

ACADEMIA ARAGONESA
DE
JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

ANUARIO

2017



ACADEMIA ARAGONESA
DE
JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

ANUARIO

2017



Edita: Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación.

Depósito Legal: Z 753-2018

Imprime: Los Fueros, artes gráficas
Madre Sacramento, 46 – 50004 Zaragoza

SUMARIO

SALUDO DEL PRESIDENTE	7
MEMORIA DE ACTIVIDADES DEL AÑO 2017	9
DISCURSO DE INGRESO:	
EL DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD: SU NECESARIA RECONSIDERACIÓN Excmo. Sr. Don Adolfo Calatayud Sierra.....	15
DISCURSO DE CONTESTACIÓN:	
Excma. Sra. Doña María-Elena Zabalo Escudero	141
DISCURSO DE INGRESO:	
EL DERECHO DE ALIMENTOS DEL LEGITIMARIO	151
Excmo. Sr. Don Luis-Alberto Gil Nogueras	
DISCURSO DE CONTESTACIÓN:	
Excmo. Sr. Don José-Luis Merino Hernández	177
DISCURSO DE INGRESO:	
SUCESIÓN (Y CONTINUIDAD) DE ESTADOS A LA LUZ DE LAS RECIENTES TRANSFORMACIONES TERRITORIALES EN EUROPA: EFECTOS EN LA PERTENENCIA A LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES	187
Excmo. Sr. Don Antonio Blanc Altemir	
DISCURSO DE CONTESTACIÓN:	
Excmo. Sr. D. José-Luis Merino Hernández	233
CONFERENCIA:	
EL DERECHO A CONOCER EL PROPIO ORIGEN BIOLÓGICO. EVOLUCIÓN. SITUACIÓN ACTUAL DESDE UNA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL	
Excmo. Sr. Don Luis Alberto Gil Nogueras	243

SALUDO DEL PRESIDENTE

La Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, tras las elecciones celebradas el día 3 de octubre de 2017, ha iniciado una nueva etapa en la que trata de recuperar y consolidar el valor de la Institución como centro de investigación y difusión de la cultura jurídica aragonesa, con especial dedicación al tradicional Derecho foral y al recuperado Derecho público aragonés.

Para conseguirlo la Academia precisa hacerse presente en la sociedad aragonesa, mediante la realización de aquellas actividades que son propias de una institución académica.

El valioso elemento humano de que la Academia dispone facilita de forma importante la consecución de ese objetivo. Presentes en su seno las principales profesiones jurídicas, los Académicos que las integran están en condiciones y tienen la disponibilidad para hacer patente en la sociedad las inquietudes de índole jurídica que en cada momento ésta pueda tener.

Todo ese tipo de actuaciones –conferencias, comunicaciones, sesiones de trabajo, cursos, artículos– deben tener el adecuado reflejo documental que permita a los profesionales del Derecho, y a los ciudadanos interesados, poder acceder a sus contenidos.

Para ello, una de sus primeras actuaciones va encaminada a la edición de nuevo de su *Anuario*, una obra en la que, junto a la relación de las actividades académicas del año anterior, se publican los textos de las diferentes ponencias que los Académicos han presentado durante ese tiempo, en distintas sesiones de trabajo, y se complementa con la reedición de algunos de los discursos y las contestaciones a ellos, leídos en años anteriores.

JOSÉ-LUIS MERINO HERNÁNDEZ

MEMORIA DE ACTIVIDADES DEL AÑO 2017

La renovación del cargo de Presidente y de los miembros de la Mesa de la Academia, con los actos previos, formación de candidaturas y celebración de elecciones, marcan buena parte de la andadura del año 2017.

En elecciones celebradas el 3 de Octubre, por unanimidad salió elegida la candidatura que encabezaba don José Luis Merino Hernández e integrada además por los académicos de número Don Francisco Mata Rivas, Don Luis Alberto Gil Nogueras, Don Julio Arenere Bayo y don Adolfo Calatayud Sierra.

En representación de la Academia don José Luis Merino asistió en Madrid el día 4 de Octubre a la reunión anual de la Comisión Permanente de la Conferencia de Academias Jurídicas Iberoamericanas donde se acordó la celebración en Madrid, durante Noviembre de 2018, del próximo Congreso Iberoamericano de Academias en Madrid.

Se procedió el día 18 de Octubre a la renovación del Convenio para la celebración de las sesiones de Encuentros del Foro del Derecho Aragonés en la sede de El Justicia de Aragón. En esa misma fecha tuvo lugar la primera reunión de los miembros elegidos como integrantes de la Mesa de la Academia fueron nombrados como Secretario General de la Academia el académico don Francisco Mata Rivas, y tesorero Don Julio Arenere Bayo, actuando como vocales don Luis Alberto Gil Nogueras y don Adolfo Calatayud Sierra.

En tal reunión se trató la fecha para la lectura del discurso de ingreso del académico electo don Ramón Salanova Alcalde. Se aunaron igualmente iniciativas para la recuperación de la página web de la academia que se encontraba interrumpida. Se habló de la necesidad de editar uno o varios anuarios pendientes de publicar desde hace tiempo, donde se incluyeran los últimos discursos de ingreso leídos por los compañeros académicos pendientes de inclusión, así como

el contenido de las sesiones académicas acaecidas. Para tal fin se decidió buscar la necesaria financiación. Precisamente respecto de tales sesiones académicas se resolvió retomarlas instando a los miembros a que con elección de un tema de su interés comunicaran su disposición a reanudarlas. Por último se coincidió en la necesidad de completar el número de académicos previsto en los Estatutos, por número de 30, a cuyo fin se acordó agilizar las propuestas pendientes.

El 7 de noviembre tuvo lugar el inicio de los vigemoséptimos encuentros del Derecho Aragonés donde el día 21 intervinieron los académicos de número don Ángel Bonet Navarro y don Adolfo Calatayud Sierra para hablar como ponente y co-ponente sobre la reforma de la jurisdicción voluntaria y el derecho aragonés.

En fecha 8 de Noviembre tuvo lugar el acto solemne de apertura del curso de las cinco Academias aragonesas –Bellas Artes, Medicina, Jurisprudencia y Legislación, Farmacia y Ciencias– con presencia del Presidente y otros miembros de esta Academia. Presidió el acto inaugural el Rector de la Universidad de Zaragoza, y en su transcurso leyó el preceptivo discurso nuestro compañero don Juan Antonio Cremades y Sanz Pastor, bajo el título “225 años de la Academia de Bellas Artes de San Luis”.

Paralelamente en estas fechas de Noviembre dieron fruto las conversaciones de la Mesa con el Colegio Notarial de Aragón, para fijar la sede de la Academia en el propio Edificio del Colegio Notarial, pendiente la redacción de un convenio de colaboración a firmar por ambas entidades.

El día 13 de Noviembre tuvo lugar reunión de la Mesa de gobierno en que entre otros acuerdos se adoptaron tratar de incluir en los próximos Anuarios de la Academia de forma gradual, los discursos de los Académicos que no hayan sido incluidos ya en ediciones anteriores. Igualmente se acordó aceptar las siguientes propuestas de Académicos a votar en el Pleno que se convoca para el día 18 de diciembre: De Número, Don Francisco de Asís Pozuelo Antoni; correspondientes, Don José Castán Pérez-Gómez, Doña Blanca Belío Pascual y Don Carlos-Ramón Fernández Liesa.

Tuvo lugar el día 23 de Noviembre el solemne acto de apertura del Curso de las Academias Españolas, celebrado en la Sede de la de Jurisprudencia y Legislación, en Madrid, presidido por SM el Rey Felipe VI, que contó con la presencia de don José Luis Merino, representando a nuestra Academia, y la intervención de nuestros compañeros, los Excmos. Sres. Don José Antonio Escudero López (como Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España) y Don Manuel Pizarro Moreno que leyó el discurso de apertura.

A finales de Noviembre se consiguió rehabilitar la página web de la Academia: **www.aajl.es** si bien pendiente aún de actualización, y del correo electrónico **academiaaragonesa@gmail.com** dándose de ello traslado a los miembros de la Academia.

En la Sede del Colegio Notarial de Aragón, el día 30 de Noviembre de 2017 tuvo lugar la sesión de trabajo de la Academia con presencia de varios de sus miembros, donde se produjo la disertación por parte del académico de número Don Luis Alberto Gil Nogueras, sobre el tema “El derecho de las personas a conocer su propio origen biológico” al que siguió el habitual debate.

Tiene lugar el día 19 de Diciembre Pleno ordinario de la Academia donde se decidió favorablemente la incorporación de Don Francisco de Asís Pozuelo Antoni como Académico de Número, Don José Castán Pérez-Gómez, Doña Blanca Belío Pascual y Don Carlos-Ramón Fernández Liesa como Académicos Correspondientes.

A continuación tuvo lugar sesión solemne con la lectura del discurso de ingreso de don Ramón Salanova Alcalde que versó sobre “Estructura local de Aragón y organización del territorio” al que contestó el Académico de número Don José Bermejo Vera.

A finales de año se recibió en la Mesa de Gobierno comunicación del Director de la Obra Social de la Fundación de Ibercaja en la que se comunicaba su disposición a colaborar económicamente en la concesión de los dos clásicos Premios Castán Tobeñas para Derecho privado y Gascón y Marín para Derecho público.

LUIS-ALBERTO GIL NOGUERAS

**DISCURSOS
DE
INGRESO**

EL DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD: SU NECESARIA RECONSIDERACIÓN

Adolfo Calatayud Sierra

ÍNDICE

I. PRESENTACIÓN. II. INTRODUCCIÓN. III. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA. IV. JUSTIFICACIÓN Y CRÍTICA. V. MATRIMONIOS QUE ESTÁN SUJETOS AL DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD. 1. Compatibilidad con todos los regímenes matrimoniales. 2. Ley reguladora de los efectos del matrimonio, régimen económico matrimonial y viudedad. 3. Matrimonios anteriores a la Ley 11/1990. 4. Parejas no casadas. VI. OBJETO. 1. El derecho expectante de viudedad sólo recae sobre inmuebles por naturaleza y empresas y explotaciones económicas. 2. Los bienes muebles y el supuesto de fraude. 3. El derecho de viudedad sólo recae sobre bienes de que los cónyuges sean propietarios. VII. BIENES QUE QUEDAN EXCLUIDOS DEL DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD. 1. Bienes consorciales. 2. Los bienes privativos de uno de los cónyuges incluidos en el tráfico habitual de su profesión o negocio. VIII. PACTOS SOBRE EL DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD: SU ALCANCE E INTERPRETACIÓN. 1. Alcance de los pactos. 2. Interpretación de los pactos y disposiciones sobre el derecho expectante de viudedad. IX. CASOS EN QUE NO RIGE EL DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD. 1. Pacto de exclusión. 2. Renuncia. 3. Privación. 4. Disolución y nulidad del matrimonio y separación de los cónyuges. 5. Extinción por indignidad sucesoria. 6. Exclusión por voluntad del disponente en adquisiciones a título gratuito. 7. Declaración de ausencia. X. LA EXTINCIÓN DEL DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD EN LA ENAJENACIÓN VOLUNTARIA DE BIENES. 1. Enajenación de bienes. 2. Renuncia expresa. 3. Concurrencia en la enajenación sin reserva. 4. Extinción por resolución judicial. 5. Extinción por silencio previa notifica-

ción. 6. La vivienda habitual de la familia perteneciente a uno de los cónyuges. XI. ENAJENACIÓN FORZOSA DE BIENES Y DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD. 1. Expropiación y procedimientos administrativos de reemplazo. 2. Ejecución judicial. 3. Ejecuciones administrativas. XII. RECLAMACIÓN JUDICIAL RELATIVA A LA PROPIEDAD DE LOS BIENES Y DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD. XIII. INOPONIBILIDAD DEL DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD POR RAZÓN DEL TERRITORIO. 1. Planteamiento general y regulación. 2. Requisitos. 3. Efectos de la inoponibilidad. XIV. EFECTIVIDAD DEL DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD: Oponibilidad al adquirente. 1. Oponibilidad del derecho expectante de viudedad. 2. Posición del subadquirente. 3. Posibles derechos del adquirente afectado. XV. FINAL

I. PRESENTACIÓN

Excelentísimo Sr. Presidente de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Excelentísimos Señores Académicos, Excelentísimas e Ilustrísimas autoridades, Señores y Señoras,

Es debido comenzar este discurso agradeciendo a esta Institución y a sus miembros por haber considerado mi presencia digna de ella y hacerme el honor de integrarme en esta prestigiosa Academia, de la que forman parte grandísimos juristas; de forma especial, quiero agradecer a quien la presidía cuando se me ofreció el ingreso en la Academia, José Luis Merino Hernández, por el interés que puso en contar conmigo, así como al resto de los académicos que lo apoyaron.

También quiero expresar mi reconocimiento a la institución notarial, personalizado, en este caso, en el Colegio Notarial de Aragón, en cuya sede nos encontramos, institución de la que formo parte indisolublemente: todo el mérito que yo pueda haber reunido como jurista se debe a mi pertenencia a la corporación notarial y se deriva de la cercanía que mi trabajo como Notario me procura con el Derecho realmente vivo, el que se aplica cada día en el campo de lo que podemos denominar la paz social, en el que las personas organizan los aspectos jurídicos de su vida personal, familiar y patrimonial, en busca de seguridad, bienestar, prosperidad, de un futuro feliz para ellas y sus seres queridos, previniendo dificultades y sorteando futuros conflictos. ¡Qué importantes son los instrumentos que el Derecho nos brinda para lograrlo! El dominio de estos instrumentos resulta decisivo para colaborar en ese gran reto que es el logro de la seguridad jurídica, esencial para la paz civil y la prosperidad de las sociedades. Me siento orgulloso de formar

parte de un colectivo que ejerce una función dirigida de modo específico al logro de la seguridad jurídica y la prevención del conflicto. Por ello, para mí constituye una enorme satisfacción que este acto tenga lugar en este Colegio, que constituye mi segunda casa.

Igualmente me siento afortunado de poder disponer, para conseguir ese objetivo, de nuestro Derecho civil foral aragonés, elemento esencial del trabajo de los juristas aragoneses y, muy especialmente, de los Notarios. Esta referencia a nuestro Derecho civil creo que resulta aquí muy oportuna, puesto que, como establece el artículo 3º de los Estatutos de esta Academia, son fines principales de la misma el estudio, la investigación, promoción y difusión del Derecho, con especial dedicación al tradicional Derecho civil o foral aragonés.

Quien les habla tiene la gran satisfacción de haber participado en la modernización y adaptación a los tiempos de nuestro Derecho civil, como miembro de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, una de las mejores experiencias que me ha dado la vida. Quiero aquí también aprovechar la ocasión para manifestar mi reconocimiento a todos los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, muy especialmente a su presidente, Jesús Delgado Echeverría, nuestro principal foralista y cuya autoridad jurídica y moral ha sido esencial en el trabajo que a lo largo de los años ha desarrollado la Comisión y que ha cristalizado en el Código del Derecho Foral de Aragón, que ha colocado a nuestro Derecho en el siglo XXI, con la vitalidad y la proyección debidas.

Como Notario, mi trabajo en el día a día se desarrolla constantemente dentro del ámbito del Derecho civil aragonés, que nos brinda unas herramientas casi siempre muy ajustadas a las aspiraciones de las personas y que por ello coadyuvan al logro de sus legítimos deseos, brindando un cauce seguro para conseguirlo.

El “casi” a que acabo de aludir tiene que ver con la materia de que trata este discurso, en la que entraré a continuación.

Antes de ello, quiero decirles que, para el sillón que voy a tener el honor de ocupar en esta institución, he elegido el nombre del jurista aragonés Don Diego Franco de Villalba, seguramente el mejor jurista aragonés del siglo XVIII, un siglo muy difícil para el Derecho aragonés, por los Decretos de Nueva Planta, que casi supusieron el fin definitivo de nuestro Derecho; puede afirmarse que fue Don Diego Franco de Villalba el principal artífice de conseguir el indulto y el mantenimiento de buena parte de nuestro Derecho privado; autor, entre otras, de su trascendental obra *Crisis legal y breve noticia de los Fueros privilegiados de Aragón* y miembro de la Real Academia Jurídico Práctica de Zaragoza.

Dicho lo cual, comienzo mi discurso.

II. INTRODUCCIÓN

No es éste el primer discurso de ingreso que se ha podido escuchar en esta Academia sobre el derecho de viudedad foral aragonés. José Luis Merino Hernández dedicó su discurso a las *Limitaciones al derecho de viudedad aragonés* y Joaquín Sapena Tomás a *La viudedad aragonesa, efecto primario del matrimonio*. Ambos ensalzan la figura. Es lógico que así sea, puesto que, como decía Isábal y así lo recuerda Sapena al principio de su discurso, la viudedad es la institución “*más amada en el país, la que más motivo da para noble orgullo de propios y sincera admiración de extraños*”. El fortalecimiento de la posición jurídica del viudo y el reconocimiento de la jefatura familiar que comporta están en la esencia de nuestro Derecho.

Sin embargo, el planteamiento que va a hacerse en este discurso sigue una dirección que, al menos aparentemente, contradice la línea de los ilustres académicos que acabo de mencionar, porque voy a formular una crítica severa de un aspecto del derecho de viudedad, concretamente de la efectividad que se atribuye al derecho de viudedad en vida de ambos cónyuges, que es lo que se ha venido en denominar derecho expectante de viudedad, pero no porque pretenda reducir la protección que nuestro Derecho brinda al cónyuge viudo, sino porque, como se va a defender, la regulación del derecho expectante de viudedad produce unas consecuencias que van mucho más allá de lo que creo que exige esa protección y genera unas disfunciones en la práctica y unas quiebras para la seguridad jurídica que entiendo que hacen necesaria su reconsideración.

Soy consciente de que la crítica que voy a formular va contracorriente de la doctrina foralista y de que incluso disgusta a grandísimos juristas a los que admiro y profeso un enorme respeto. Es muy probable que yo sea el equivocado y que mis razonamientos carezcan de suficiente fundamento y que yo no consiga percibir las razones y virtudes que existen detrás de esta figura. Pero creo que es un deber intelectual poner de manifiesto las razones que me inducen a pensar que debe haber una reconsideración del derecho expectante de viudedad. Porque la mía no se trata de una opinión aislada, al menos entre los Notarios, que somos los juristas que más directamente tenemos que enfrentamos a las dificultades que suscita la existencia de este derecho; y entre los Notarios es mayoritaria la actitud crítica y la petición de reconsideración, como ha puesto de relieve la encuesta realizada por el Colegio Notarial de Aragón, a la que habrá ocasión de hacer referencia. Como miembro del Notariado aragonés en cierto modo me veo obligado a defender lo que es su opinión mayoritaria.

Es cierto que el legislador aragonés ha reformulado la regulación aragonesa sobre el derecho de viudedad hace no mucho y que ha decidido mantener en sus

rasgos esenciales el derecho expectante. Pero esa reformulación se realizó hace ya doce años, en la Ley 2/2003, de régimen económico matrimonial y viudedad, y es un tiempo suficiente para que no resulte impertinente volver sobre la materia.

Sería bueno conocer la opinión de otros colectivos jurídicos sobre el derecho expectante de viudedad; mi impresión es que existen muchos juristas que tampoco entienden que en nuestros días se mantenga, al menos en los términos en que está actualmente configurado. En cualquier caso, esta corriente crítica que de algún modo voy a representar no ha mostrado, hasta ahora, en el plano doctrinal, un desarrollo argumental; por el contrario, la totalidad de los estudios publicados defienden con vigor la actualidad del derecho expectante de viudedad, su adecuación a los tiempos y profundizan en sus basamentos para reforzarlo. Mi objetivo, tras años de reflexión y a la vista de la confrontación de esta figura con la realidad que vivo en el día a día, es articular este planteamiento crítico, para, al menos, generar debate con argumentos elaborados.

A quienes me conocen no les sorprenderá que haya decidido dedicar mi discurso de ingreso a la Academia a esta materia. Algunos han tenido ocasión de escucharme, en otros foros, defendiendo este planteamiento crítico. En la redacción de este discurso me he esforzado en profundizar en lo que entiendo que es la verdadera esencia del derecho expectante de viudedad y las consecuencias que de ella se derivan, de todo lo cual, aparte de la fuerte crítica que entiendo que merece y la propuesta de *lege ferenda* para su modificación, he extraído conclusiones sobre la forma en que debe entenderse la normativa vigente, en ocasiones muy diferente a la que suelen seguir los autores defensores de la figura.

Así pues, en este discurso se aborda el estudio de los diversos aspectos del régimen jurídico del derecho expectante de viudedad, formulando consideraciones críticas y realizando una relectura de su regulación, para encajarla de la forma menos perturbadora posible en las exigencias de la seguridad del tráfico jurídico.

III. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

El régimen jurídico del derecho expectante de viudedad se contiene dentro de la regulación general del derecho de viudedad, ya que se considera que es “el derecho de viudedad durante el matrimonio”, en el Capítulo II del Título V del Libro II del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA), arts. 279 a 282, aunque también le afecta el Capítulo I, que contiene las disposiciones generales, y algo del Capítulo III, sobre el usufructo viudal, por vía refleja. Esta regulación viene de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y

viudedad (LREMV), que sustituyó a la Compilación de Derecho Civil de Aragón (CDCA) de 1967, y fue incorporada al CDFa vía refundición.

No resulta sencillo dar un concepto del derecho expectante de viudedad foral. La Ley no lo da y tampoco en la doctrina es fácil encontrar una definición que permita a quien se acerca a esta figura entender fácilmente su significado y sentido. Y, sin embargo, creo que es imprescindible, al empezar a estudiar esta figura, trazar un concepto preciso, para saber de qué estamos hablando. De hecho, no es fácil explicar en qué consiste incluso a juristas que no estén bien introducidos en el Derecho aragonés.

El concepto del derecho expectante debemos extraerlo del examen de las reglas que establecen sus principales consecuencias.

Así, el legislador establece que *“la celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge el usufructo de viudedad sobre todos los bienes del que primero fallezca”* y añade que *“durante el matrimonio el derecho de viudedad se manifiesta como derecho expectante”* (art. 271 CDFa). Es decir, un derecho de usufructo que se hará efectivo al fallecer uno de los cónyuges, se protege, desde la celebración del matrimonio y mientras no se produce esa efectividad, con una afección sobre los bienes propiedad de cada cónyuge a favor del otro.

Con arreglo a ello, se califica la viudedad foral aragonesa de derecho unitario y de doble fase:

- a) La primera fase, la del derecho expectante: *“durante el matrimonio el derecho de viudedad se mantiene como derecho expectante a favor de cada uno de los cónyuges sobre los bienes del otro y los consorciales”* (art. 279).
- b) La segunda, la de efectividad del usufructo viudal: *“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).

Partiendo de estas premisas, la doctrina que podemos denominar clásica sobre el derecho de viudedad le atribuye las siguientes características: naturaleza familiar¹; nacimiento en el momento de la celebración del matrimonio; se califica de

¹ Es general que los autores empiecen el estudio del derecho de viudedad refiriéndose a su naturaleza de Derecho de familia, no sucesoria. En este punto, puede citarse a LACRUZ BERDEJO, José Luis, «Sobre algunos caracteres del derecho de viudedad», *Anuario de Derecho Aragonés*, III, 1946, págs. 353 y ss., en el que, partiendo de que lo ya habían escrito los autores foralistas, sienta lo que podemos calificar como el *canon* del derecho de viudedad, basado en su carácter familiar.

auténtico derecho subjetivo que tiene cada cónyuge ya sobre los bienes del otro, que, por tanto, forma parte ya de su patrimonio²; se afirma también que el derecho de viudedad no se adquiere a título *gratuito*, sino que tiene causa *onerosa*³.

De ahí se deducen también otras consecuencias importantes: al ser un derecho anterior a los que puedan adquirir otras personas con posterioridad a la celebración del matrimonio, se antepone a ellos, sean derechos de los acreedores, de los herederos del cónyuge, incluso de sus legitimarios.

El derecho expectante de viudedad constituye, así, una sujeción de naturaleza real sobre los bienes, con eficacia *erga omnes* y reipersecutoriedad, y, consecuentemente, la enajenación de sus bienes por un cónyuge sin consentimiento del otro no menoscaba el derecho de éste a usufructuarlos si sobrevive a aquél. Es un gravamen legal que pesa directamente sobre los bienes de cada cónyuge, que pasará con ellos a quien los adquiera, aunque no conste inscrito en el Registro de la Propiedad y aunque el bien se adquiera a título oneroso y de buena fe⁴.

² SANCHEZ REBULLIDA, F.A. y DE PABLO CONTRERAS, P., («Comentario al art. 72», *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón*, Vol 2º, Zaragoza, 1993), afirman: “no creemos ofrezca duda la condición de verdadero derecho subjetivo que corresponde a la viudedad cuando se manifiesta como derecho expectante sobre bienes determinados (particularmente, recayendo sobre bienes inmuebles por naturaleza o muebles como sitios del núm. 1.º del art. 39)” (pág. 629) y “Resulta claro, entonces, que, con el usufructo viudal – segunda fase de la viudedad-, no sucede mortis causa el viudo a su consorte, que aquél no subentra en una titularidad que correspondía a este último; sino que, en realidad, el sobreviviente –por decirlo de un modo gráfico– se sucede a sí mismo, en la medida en que, por disposición de la ley, por el fallecimiento de su consorte, pasa a disfrutar de otro modo o con otro contenido de un derecho que ya tenía antes de acaecer éste” (pág. 635).

³ Así, LACRUZ BERDEJO, J.L., (*ob. cit.*, pág. 354) afirma que se trata de una ventaja matrimonial recíproca y, por tanto, su adquisición no es un acto a título gratuito, y que equivale a la creación de un seguro de renta vitalicia cuya pensión comienza a pagarse a partir de la muerte del primero de los cónyuges y cuya prima consiste para cada uno en someter sus bienes al eventual usufructo del otro. Igualmente, SANCHEZ REBULLIDA, F.A. y DE PABLO CONTRERAS, P., *ob. cit.*, págs. 656 y 657.

⁴ No obstante, hay una tendencia muy generalizada en los Registros de la Propiedad de Aragón a hacer constar, al inscribir la adquisición de bienes, la existencia del derecho expectante de viudedad del cónyuge del adquirente, lo que lleva a muchos Registros a exigir que, incluso en las adquisiciones a título gratuito, se exprese en el título adquisitivo el estado civil del adquirente y, si es casado, su régimen económico matrimonial o, al menos, si se rige por la ley aragonesa y, si así fuera, el nombre del cónyuge del adquirente. Y, también obligan a expresar dichas circunstancias en las enajenaciones de bienes privativos y, si la ley aplicable al matrimonio del transmitente es la aragonesa y no consta la renuncia o concurrencia de su cónyuge, la inscripción de la transmisión se practica “sin perjuicio de su derecho expectante de viudedad”; aunque estas exigencias son muy poco frecuentes en las enajenaciones forzosas. La constancia de una indicación de ese tipo en el Registro de la Propiedad pesará como una losa sobre el adquirente de cara a una transmisión o hipoteca de los bienes.

Podemos así definir el derecho expectante de viudedad foral aragonesa de la siguiente forma: derecho de cada cónyuge sobre los bienes del otro consistente en que quedarán sujetos a su usufructo vidual si éste último le premuere y aunque los hubiera enajenado, constituyendo un gravamen real sobre los bienes oponible a los terceros adquirentes. O, dicho de otra forma: gravamen de naturaleza real existente sobre los bienes de cada cónyuge consistente en que, pese a la enajenación que uno haga de sus bienes, quedan sujetos al derecho de usufructo de viudedad del otro, si éste le sobrevive.

En lógica consecuencia, aquellos bienes que pueden enajenarse por un cónyuge sin que queden sujetos al usufructo vidual del otro no estarán sujetos al derecho expectante de viudedad. Sin embargo, el legislador no ha sido totalmente coherente con esta idea al regularlo, ya que, como vamos a ver, hay importantes grupos de bienes que pueden enajenarse por un cónyuge sin que queden sujetos al usufructo vidual del otro, en los que, por tanto, no puede hablarse, con propiedad, de que exista derecho expectante de viudedad. El legislador pretende mantener la unidad del derecho de viudedad y, para ello, da a entender que el derecho expectante de viudedad existe sobre todos los bienes de cada cónyuge y que lo que sucede es que, en algunos casos, su enajenación lo extingue, pero este planteamiento es contradictorio: si la enajenación sin más lo extingue es que sobre esos bienes no ha habido derecho expectante de viudedad, porque, como hemos dicho, éste consiste, precisamente, en que los bienes enajenados por un cónyuge quedan afectos, pese a ello, al derecho de usufructo vidual del otro. La construcción que hace el legislador es como decir que los bienes de un cónyuge quedan sujetos al usufructo vidual del otro aunque se enajenen, salvo que se enajenen.

El legislador no puede alterar la naturaleza jurídica de las instituciones limitándose a hacer declaraciones retóricas; para ello, debe regularlas con la coherencia precisa; y por mucho que diga que el derecho expectante de viudedad se extiende a todos los bienes de los cónyuges, si luego esta afirmación resulta contradicha por el régimen jurídico que el propio legislador establece, está claro que prevalecerá esto último frente a esa afirmación.

Defender que hay derecho expectante de viudedad sobre los bienes que pueden enajenarse libres de él llevaría a considerar que del mismo modo lo hay en los derechos de usufructo viduales existentes en otros territorios (por ejemplo, el del Código Civil): también para ellos podría considerarse que el derecho surge con el matrimonio y que los bienes de un cónyuge están afectos, como derecho expectante, al usufructo del otro, pero que si se enajenan en vida dejan de estarlo. No puede sostenerse con rigor que, en estos casos, en que un cónyuge puede enajenar sus bienes, sin el consentimiento del otro, como libres del derecho de viudedad,

haya verdadero derecho expectante de viudedad; más bien estamos ante una mera expectativa de derecho. Esto es lo que entiendo que sucede con parte de los casos de supuesta extinción del derecho expectante de viudedad que regula el art. 280 CDFa: no hay tal extinción, sino ausencia de derecho expectante de viudedad.

Por otra parte, si el derecho expectante de viudedad es un derecho real quiere decir que su objeto lo constituyen bienes concretos, ya que no existe un derecho real en abstracto. Por tanto, es una imprecisión decir que los cónyuges tienen derecho expectante de viudedad sin más, en general, y que el derecho expectante de viudedad nace al celebrarse el matrimonio; eso será si los cónyuges tienen en ese momento bienes sobre los que recae este derecho, es decir, inmuebles por naturaleza o empresas o explotaciones económicas y nacerá sobre esos bienes; sobre los que se adquieran posteriormente, su nacimiento se producirá a medida que vayan adquiriéndose. Sostener que nace al celebrarse el matrimonio porque desde ese momento los bienes que tengan o adquieran los cónyuges quedarán gravados por dicho derecho es una forma de hablar, pero poco exacta desde el punto de vista jurídico. Sería como decir que hay derecho de propiedad desde el nacimiento de una persona porque desde ese momento ya puede adquirirlo⁵.

Por ello, a la vista del concepto que defendemos del derecho expectante de viudedad, que entendemos que es el único coherente con los principios jurídicos fundamentales en materia de nacimiento de los derechos subjetivos, hay que hacer una relectura de la regulación que contiene el CDFa.

En cuanto a la naturaleza jurídica de este derecho tan peculiar, en la doctrina predomina la idea de que se trata de una institución específica distinta de cualquier otra, inclasificable, de la que se destacan como características: su condición de auténtico derecho nacido con la celebración del matrimonio, de carácter real oponible a terceros adquirentes de los bienes, su origen legal y su función de protección del usufructo viudal, en el que se convierte al fallecer uno de los cónyuges. Para el derecho de viudedad globalmente considerado, se dice que no es un usufructo, ni siquiera un usufructo cualificado por su carácter legal y por la condición o estado civil de su titular, sino una institución que tiene

⁵ SANCHO REBULLIDA, F.A. y DE PABLO CONTRERAS, P., («Comentario al art. 72», *ob. cit.*, pág. 630) defienden que el nacimiento del derecho se produce al celebrarse el matrimonio incluso aunque en ese momento ninguno de los cónyuges tenga bienes, porque cabe su consideración abstracta, independiente de la existencia de bienes concretos. Pero, como hemos dicho, no hay derechos reales en abstracto, al menos esta categoría no es conocida por la doctrina.

De todos modos, para entendernos, en el transcurso de este discurso utilizaremos la terminología habitual y hablaremos de cónyuges sujetos al derecho expectante de viudedad.

sustantividad independiente, en la que confluyen distintas facultades o derechos subjetivos especialmente distintos según el momento considerado⁶. Fue calificado por los proyectos de Apéndice de Franco y López de *servidumbre eventual de usufructo*.

En general, la doctrina rechaza considerarlo como un derecho en formación, porque entiende que el derecho ya está nacido y porque ello podría llevar a su consideración como simple expectativa de derecho.

A veces se habla de *usufructo anticipado* pero sin efectividad actual. También de usufructo condicionado suspensivamente. Pero no parece encajar completamente en la teoría de los derechos sujetos a condición; el fallecimiento de uno de los cónyuges opera más bien como una *condictio iuris*. La asimilación con el fideicomiso tampoco se ajusta a las características de este derecho.

Al final, se concluye que se trata de un derecho de naturaleza especial, que forma parte de una institución específica, la viudedad, como primera fase del mismo⁷.

Sin embargo, no puede dejar de reconocerse que esta dificultad de encuadrar este derecho lo hace de difícil entendimiento para muchas personas, incluso juristas. Y que suele dejarse en segundo término el elemento verdaderamente determinante de esta figura en la práctica, que es el control que concede a cada cónyuge sobre la enajenación que de sus bienes haga el otro, que es el efecto real que produce y con el que, al final, hay que acabar explicando al profano en qué consiste el derecho expectante de viudedad.

⁶ SANCHO REBULLIDA, F.A. y DE PABLO CONTRERAS, P. («Comentario al art. 72», *ob. cit.*, págs 631-632).

⁷ SANCHO REBULLIDA, F.A. y DE PABLO CONTRERAS, P. vienen a concluir que se trata de un fenómeno semejante al que se da en el caso de los retractos legales: antes de la enajenación de la cosa, su titular tiene el mismo derecho de retracto que le compete con la enajenación y en tanto puede ejercitarlo, aunque en el primer momento carezca aún del poder directo de actuación sobre la cosa que tendrá el segundo. En el caso del derecho de viudedad –dicen– ocurre lo mismo: constante matrimonio, el cónyuge lo tiene sin poder directo de actuación sobre los inmuebles afectos, y entonces se llama “derecho expectante”; fallecido su consorte, sigue teniendo el derecho de viudedad sobre los mismos bienes, pero ahora con poder directo de actuación sobre ellos, y entonces se llama “usufructo vidual” («Comentario al art. 76», *ob. cit.*, págs. 710-711).

IV. JUSTIFICACIÓN Y CRÍTICA

Se defiende esta peculiar caracterización del derecho de viudedad aragonés como institución familiar, surgida de la celebración del matrimonio, de carácter unitario y de doble fase sobre la base de varios argumentos. Se dice que el carácter familiar implica que el usufructo viudal que corresponde a un cónyuge al fallecer el otro no es un mero derecho de goce en cosa ajena que actúe como un beneficio puramente económico en exclusivo interés del cónyuge viudo, sino que, más bien, constituye una posición personal del viudo en cuanto continuador en la dirección de la familia y participa, al menos en parte, de las características de las potestades familiares, en el sentido de que se trata de una situación establecida en atención a un interés superior, el familiar, que, por ello, lleva consigo derechos pero también deberes. También se arguye que de esta manera se permite al cónyuge que sobrevive mantener una posición equivalente a la que tenía constante el matrimonio; el derecho expectante de viudedad tendría un carácter vicario respecto del usufructo viudal. Y se arguye que las consecuencias que implica sobre las enajenaciones de bienes privativos son coherentes con una concepción del matrimonio como comunidad de vida en la que las decisiones más importantes deben ser tomadas en común.

El legislador de la LREMV considera que esta caracterización sigue siendo válida. Así, el Preámbulo del CDFA (que viene de la LREMV) dice, sobre la fase expectante del derecho de viudedad lo siguiente: *“El derecho de viudedad durante el matrimonio, en su fase de derecho expectante, es coherente con una concepción igualitaria y participativa de la comunidad de vida conyugal, en la que ambos cónyuges comparten todas las decisiones económicas que tienen incidencia sobre la familia, en particular las más importantes y, por tanto, las relativas a la enajenación de bienes inmuebles de uno de ellos sobre los que el otro está llamado a tener usufructo. Esta forma de entender la comunidad de vida matrimonial corresponde verosímilmente a las ideas, creencias y vivencias de la mayor parte de los aragoneses y aragonesas de hoy, que entienden asimismo el usufructo viudal más como posición personal del viudo en cuanto continuador de la familia que como un beneficio puramente económico en su exclusivo interés. Mientras se mantengan arraigadas en la sociedad estas concepciones sobre el matrimonio y la familia, el legislador cumplirá óptimamente su función manteniendo la configuración secular del derecho de viudedad, de acuerdo con la cual ambos cónyuges concurren normalmente a la enajenación de los inmuebles de uno de ellos al objeto de renunciar el otro a su derecho”*.

Sin embargo, este planteamiento y la regulación que contiene el CDFA, en mi opinión, presentan importantes flancos de crítica, como a continuación expongo:

1. En cuanto a la configuración del derecho de viudedad como un derecho unitario pero de doble fase, tiene importantes fisuras. Una consecuencia lógica del sistema establecido es que sólo debería haber derecho de usufructo viudal en la medida en que hubiera habido derecho expectante. Así lo decía claramente el artículo 79 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón: *“el fallecimiento de un cónyuge atribuye al sobreviviente con derecho expectante el de usufructo sobre los bienes afectos”*. Sin embargo, esta unidad del derecho no se mantiene y es ésta la razón por la que la LREMV no se atrevió a recoger dicha afirmación. La unidad del derecho no ha soportado el curso del tiempo.

Son diversos los supuestos en que la quiebra del principio unitarista se pone de manifiesto:

Por una parte, la legislación vigente ha acabado aceptando que los cónyuges puedan acordar la exclusión (art. 272.2 CDFA) o renunciar (art. 274.2) el derecho expectante de viudedad manteniendo el usufructo viudal sobre los bienes de que sean titulares en el momento del fallecimiento. En estos casos, el usufructo viudal recaerá sobre unos bienes en los que no ha existido previo derecho expectante de viudedad.

Una segunda quiebra de ese carácter unitario se produce en el caso de fallecimiento de cónyuge aragonés cuyo régimen económico matrimonial no se hubiera regido por la ley aragonesa. En efecto, aunque el párrafo primero del artículo 16.2 del Código Civil vincula el derecho de viudedad aragonés a que el régimen económico matrimonial de esos cónyuges se rija por la ley aragonesa, el párrafo tercero establece que *“el usufructo viudal corresponde también al cónyuge superviviente cuando el premuerto tuviese vecindad civil aragonesa en el momento de su muerte”*, aunque el régimen económico del matrimonio no hubiera sido el aragonés. Se podría hablar mucho de esta norma, pero aquí sólo queremos destacar que se produce una situación de cónyuges sin derecho expectante de viudedad pero que pueden tener derecho de usufructo viudal aragonés. Es otro supuesto de usufructo viudal sin previo derecho expectante de viudedad⁸.

⁸ Los autores que defienden el carácter unitario del derecho de viudedad arguyen que el derecho de usufructo de viudedad que regula el art. 16.2, párrafo tercero, no es verdadero derecho de viudedad foral aragonés, sino una figura distinta, un mero derecho de naturaleza sucesoria creado por el Derecho del Estado. Así, SANCHO REBULLIDA, F.A. y DE PABLO CONTRERAS, P., («Comentario al art. 72», *ob. cit.*, págs. 644 y ss.), que afirman también que el indicado precepto no contiene una norma de conflicto, sino una regla de aplicación inmediata que, para un caso concreto, atribuye un derecho de usufructo viudal que, *per relationem*, tiene la regulación del usufructo viudal aragonés, planteándose dudas sobre su constitucionalidad. En mi opinión, la indicada norma está resolviendo un conflicto de leyes mediante el establecimiento de una norma de conflicto que, ante la existencia

En tercer lugar, verdadero derecho expectante sólo existe respecto de los inmuebles por naturaleza y empresas y explotaciones económicas, pese a que, desde la Compilación de 1967, el derecho de viudedad es, por ley, universal, es decir, que se extiende también a los bienes muebles, cuya enajenación los deja fuera del usufructo viudal, salvo el caso de enajenación en fraude del derecho de viudedad, excepción ésta que, como defenderemos, no tiene entidad suficiente para servir de soporte a un verdadero derecho subjetivo, por lo que estos bienes quedan fuera del derecho expectante de viudedad⁹.

de puntos de conexión distintos, opta por la aplicación de la ley aragonesa, materia ésta para la que tiene competencia exclusiva (art. 149.1.8 CE); las normas conflictuales actúan sobre la base de las normas sustantivas, que no pueden cambiar, máxime a la vista de la atribución de competencias a la comunidad autónoma de Aragón para la conservación, modificación y desarrollo de su Derecho civil. No se olvide que la redacción actual del art. 16 CC procede de la Ley 11/1990: si su apartado tercero contuviera otra cosa que no fuera una norma de conflicto, el Estado habría sobrepasado sus competencias, por incidir en Derecho sustantivo sucesorio aragonés, lo cual no parece razonable defender.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que sobre este precepto ha incidido decisivamente el Reglamento (UE) número 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, en vigor pleno desde el 17 de agosto de 2015, que ha desplazado el régimen interno sobre conflictos de leyes en los casos de herencias internacionales. Este desplazamiento habría afectado a esta regla, como norma de naturaleza sucesoria, de modo que al derecho de usufructo viudal, como derecho sucesorio, ya no le sería aplicable la regla del art. 16.2, párrafo tercero, sino los puntos de conexión que establece el indicado Reglamento, en el que, como regla general y a falta de elección de la ley de la nacionalidad en los términos que se regulan en ella, hay que atender a la ley de la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento (art. 21), no a su vecindad civil. De todos modos, este desplazamiento no se produce en los conflictos de leyes exclusivamente internos (art. 38). El problema es que el Reglamento no aclara qué se entiende por conflictos de leyes exclusivamente internos, o, dicho al revés, qué elementos personales, reales o formales deben intervenir en una herencia para que se entienda que es internacional y que se le aplica el Reglamento Sucesorio europeo. Sobre este particular, pueden verse mis trabajos *“Dos sistemas de solución de conflictos: sus diferencias y su encaje”*, en el nuevo marco de las sucesiones internacionales en la Unión Europea, Consejo General del Notariado, 2014, coordinador Isidoro Antonio Calvo Vidal, págs. 123 y ss., y *“Derecho interregional, Código Civil y Reglamento Europeo de Sucesiones”*, Revista Jurídica del Notariado, número 86, abril-junio 2013, págs. 479-508.

Sobre el art. 16.2, párrafo tercero, también puede verse MARIA ELENA ZABALO ESCUDERO, *Vecindad civil, conflicto móvil y Derecho Civil aragonés*, discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Zaragoza 2005, págs. 22-23).

⁹ Más coherente que la LREMV era, en este punto, la Compilación, que establecía que *“tratándose de los demás bienes muebles, el derecho de viudedad afecta exclusivamente a aquellos que existan al fallecimiento o hayan sido enajenados en fraude de tal derecho”* (art. 76.4). No hablaba de *“derecho expectante de viudedad”*, sino de *“derecho de viudedad”*, que aquí está limitado al usufructo viudal sobre los bienes existentes al tiempo del fallecimiento.

Pero, incluso tratándose de inmuebles por naturaleza y empresas y explotaciones económicas, existen varios grupos importantes de bienes que, en puridad, no puede sostenerse que estén sometidos al derecho expectante de viudedad, porque pueden enajenarse como libres, pero que si no se enajenan sí que lo estarán al usufructo viudal. Como indicábamos antes, el legislador ha pretendido salvar la unidad del derecho con la ficción de que estos bienes sí que están sujetos al derecho expectante de viudedad, pero que la enajenación de los bienes lo extingue, pero, como defendíamos antes, eso es una contradicción en sus propios términos. Así sucede con todos los bienes consorciales (los comunes en el régimen económico matrimonial legal de consorcio conyugal aragonés), ya que su enajenación válida no se ve afectada por el derecho expectante de viudedad, pese a que el art. 280.1.b) configure la enajenación de estos bienes como un supuesto de extinción. Lo mismo sucede con los bienes privativos de uno de los cónyuges incluidos en el tráfico habitual de su profesión o negocio (art. 280.1.c).

Las dudas del legislador sobre esta concepción unitaria afloran por otros sitios, particularmente cuando establece la extensión del derecho de viudedad, sobre la que no parece haber criterios sistemáticos muy claros: a veces, regula aspectos de esta materia en las disposiciones generales del derecho de viudedad, aunque sólo tengan efectos por causa de muerte (art. 275 CDFEA: privación en testamento por causa de desheredación¹⁰; art. 276.3: extinción por causa de indig-nidad¹¹), mientras en otras se incluyen en las reglas sobre el usufructo viudal (art. 283.3: reducción por concurrencia de hijos no comunes).

En realidad, a la vista de lo dicho, resulta artificioso mantener la idea de que derecho expectante de viudedad y usufructo viudal forman una sola institución de doble fase y que tienen por objeto los mismos bienes. Se trata de dos figuras de naturaleza muy diferente, con ámbitos que en muchos casos no coinciden. La distinta naturaleza de uno y otro derecho debe tener repercusión también en las reglas sobre su interpretación, como veremos posteriormente (art. 272.3 CDFEA).

2. También son incoherentes las consecuencias a que lleva la configuración que se hace del derecho expectante de viudedad. Explicarlo bien requiere una mirada atrás. Antes de la Compilación de 1967, el derecho de viudedad foral

¹⁰ Coincide LUIS ALBERTO GIL NOGUERAS en considerar que este precepto tiene una mala colocación sistemática en la Ley y que debería ir ubicado en la regulación sobre el usufructo viudal (*Manual de Derecho matrimonial aragonés*, Zaragoza, 2007, pág. 301).

¹¹ Idem GIL NOGUERAS, L.A., *ob. cit.* pág. 311.

aragonés se limitaba, salvo pacto, a los bienes inmuebles. En ese sistema, si un cónyuge enajenaba un bien inmueble, era cierto que se reducía la expectativa de derecho de viudedad del otro, puesto que sobre la contraprestación obtenida (salvo en el caso de la permuta por otro inmueble) carecía de usufructo viudal. Por ello, aun siendo una solución muy drástica, podía considerarse coherente con el objetivo de mantener la situación del cónyuge viudo que los bienes enajenados sin su consentimiento siguieran afectos a su derecho de viudedad.

Ahora bien, la Compilación hizo universal, por ley, el derecho de viudedad, con lo cual la enajenación onerosa de un bien por uno de los cónyuges no disminuye la expectativa de usufructo viudal del otro, que se mantendrá sobre la contraprestación obtenida, en principio equivalente al valor de lo transmitido. Pues bien, al haberse mantenido el mismo sistema de derecho expectante de viudedad, se produce una sobreprotección del cónyuge y lo que puede llamarse “*efecto multiplicador*” del derecho expectante de viudedad. Para comprobarlo, sirve con examinar los resultados que se producen en el caso de la permuta de inmuebles. En efecto, si resulta que uno de los permutantes fallece sin que su cónyuge haya renunciado al derecho expectante sobre el bien que transmitió en la permuta, dicho cónyuge viudo tendrá derecho de usufructo viudal sobre ambos inmuebles: el adquirido por el cónyuge premuerto en la permuta, por ser propiedad suya en el momento de su fallecimiento, y también el otro, puesto que su derecho expectante de viudedad sobre él subsistía. La consecuencia es incoherente y absurda.

Una opción que se podría haber seguido en la modificación que de la institución se produjo con la LREMV para evitar esta incoherencia habría sido limitar la eficacia frente a terceros del derecho expectante de viudedad a las enajenaciones gratuitas, en las que efectivamente hay una disminución de la expectativa de viudedad del cónyuge del enajenante. Esta solución habría salvado la esencia de la institución y evitado estas incoherencias y el perjuicio que hoy supone para el tráfico jurídico. Además, podría defenderse con argumentos atendibles que las enajenaciones gratuitas de bienes propiedad de uno solo de los cónyuges, por su carácter excepcional y el sacrificio que pueden suponer para la economía familiar, es conveniente que requieran la intervención del otro cónyuge. Sin embargo, el legislador ha mantenido el sistema de la Compilación, con los problemas apuntados.

3. Si lo que se desea es conseguir que tengan que participar los dos cónyuges en la decisión sobre la enajenación de bienes, sean de uno o de otro, tal y como apunta el Preámbulo del CDFA, lo coherente sería establecer un consentimiento

control¹², similar al previsto para la realización de actos de disposición sobre la vivienda familiar. Con una consecuencia más coherente: algún tipo de ineficacia para las enajenaciones realizadas sin el cumplimiento de este requisito; pero con la misma regla de protección de terceros existente para la vivienda familiar. Otra cosa es que esté justificado exigir ese consentimiento.

4. También debe ponerse en cuestión que, en el tiempo presente, esté justificado que un cónyuge necesite el consentimiento del otro para la libre enajenación de sus bienes. Los defensores del derecho expectante de viudedad arguyen que son muy pocos los casos en que surgen problemas derivados de esta institución, pero, entonces, tampoco los habría si no fuera necesario ese consentimiento; y, lo que hay que preguntarse es si, en los casos en que sí que hay problemas, porque el cónyuge se niega a prestarlo o exige ventajas por hacerlo, es lógico concederle esta potestad. Es cierto que en la mayoría de los casos las familias están bien avenidas y, en los actos de enajenación de bienes por parte de un cónyuge, el otro renuncia a su derecho expectante sin mayor dificultad, pero esto no siempre sucede. Por ejemplo, hay veces en que, cuando el viudo o viuda y sus hijos quieren vender un bien procedente de la herencia del padre o madre premuerto, aparece un yerno o nuera que se niega a renunciar a su derecho expectante de viudedad y aprovecha la situación para obtener contrapartidas. El derecho expectante de viudedad se torna, de este modo, en un instrumento del yerno o nuera (que en muchas ocasiones no tiene buenas relaciones con los suegros o los cuñados) para chantajear y generar conflictos familiares. Carece de justificación otorgarles este poder de inmiscuirse en cuestiones que no les incumben y que en nada contribuye al bienestar familiar. Incluso, en ocasiones, el conflicto generado por esta situa-

¹² Al parecer, así era inicialmente. Como indica SANTIAGO PELAYO HORE («Problemas de la viudedad foral» en *Segunda semana de Derecho aragonés*», Jaca, 1943, págs. 183-184), en el Fuero “*Ne vir sine uxore: aut uxor sine viro alienare possit*” dado por D. Jaime en las Cortes de Huesca, se invalidaba cualquier especie de enajenación de inmueble otorgada por el marido sin consentimiento de la mujer. Concretamente, dice dicho Fuero (según los Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón de Pascual Savall y Dronda y Santiago Penén y Debesa, 1591, edificio facsimilar, Zaragoza 1991): “*Nullus homo infantio, aut alius quicumque sit, ex quo haet legitimam uxorem, aliquas hææreditates quas habeat ea vivente, habeat filios aut non, de cætero secundum Forum non potest, nec debet ullam de ipsis hææditatibus sine asesnu, & voluntate uxoris, vendere, aut pignorare, aut permutare, vel dare, autorización alio modo, vel causa alienare: ex quo iure hææditario dignoscitur in re vera ad eos pertinere. Idem Forus est de uxore.* De esta manera, dice este autor, quedaba resuelto el problema de una manera clara y rotunda y no se traía a colación toda esta técnica del derecho expectante sutil y resbaladiza. Pero, recuerda, ya las Observancias desnaturalizaron el principio del referido Fuero al considerar válidas las enajenaciones que hiciese el marido, pero dejando siempre a salvo el derecho de viudedad que a la esposa pudiera corresponder sobre los bienes enajenados. Nació entonces la idea del usufructo como derecho expectante.

ción puede acabar desencadenando una crisis matrimonial entre el cónyuge titular y el que se niega a la renuncia.

En tiempos pasados, la fortaleza de la unión matrimonial, la organización social basada en la familia como núcleo del bienestar de todos sus miembros, el menor dinamismo del intercambio económico y alguna otra razón de coherencia interna, hacían que esta institución tuviera un importante papel en el funcionamiento social. Incluso, el derecho expectante de viudedad tenía un papel de igualdad por razón del sexo que no se menciona mucho pero que fue importante: cuando la ley atribuía al esposo la representación legal de su esposa y la administración e incluso disposición de los bienes comunes del matrimonio, en Aragón, a través del derecho expectante de viudedad, el esposo debía contar con su mujer para poder enajenar los bienes inmuebles; en este sentido, la mujer aragonesa tenía una posición jurídica superior a la del resto de los territorios existentes en España.

Pero todo esto ha cambiado, incluyendo que la mujer hoy disfruta de plena igualdad jurídica. Estos cambios obligan a reconsiderar el mantenimiento del derecho expectante de viudedad.

5. Otro elemento de crítica de la institución consiste en la fuente de inseguridad jurídica que supone, en la medida en que el derecho expectante de viudedad surte efectos frente a terceros adquirentes de los bienes, aunque sean a título oneroso y de buena fe y aunque tal derecho no conste en el Registro de la Propiedad (con la sola excepción del caso regulado en el párrafo segundo del art. 16.2 CC, al que luego se hará referencia). Con lo cual el derecho expectante de viudedad viene a funcionar sobre los bienes que se enajenan como un gravamen oculto, a veces muy difícil de conocer. No parece aceptable sostener, frente a ello, que la solución para el tercero pasa por conocer bien el Derecho aragonés o asesorarse debidamente¹³.

Pensemos en la posibilidad de que un cónyuge diga que es soltero, siendo que está casado, o que manifieste que su régimen económico matrimonial es el de Derecho común, por tanto, sin existencia de viudedad, siendo que tal cosa no es cierta y está casado en régimen aragonés. Si el acto de enajenación se formaliza ante Notario, éste estará muy atento para evitar que quede a salvo el derecho expectante de viudedad, aunque lo cierto es que el Notario no dispone de todos los elementos para ello, ya que si el enajenante le miente, hoy por hoy carece de

¹³ Solución ésta que parece extendida. Así, AURELIO BARRIO GALLARDO, tras examinar las posibles opciones de defensa de sus derechos por parte del tercero e ir desechando una tras otra, concluye que *“si existe una defensa viable y eficaz frente al derecho expectante del lado del comprador; ésa es la que procura el estudio y conocimiento de nuestro Derecho foral aragonés”* («Derecho expectante de viudedad y tráfico jurídico inmobiliario», *Revista de Derecho Civil Aragonés*, XIV 2008, pág. 97).

medios para comprobarlo. Si la enajenación se hace en documento privado, salvo que intervenga en su elaboración alguien con conocimientos profundos sobre el tema, es muy fácil que se olviden de esta cuestión; así, de vez en cuando se ven casos de documentos privados en que se omitió la renuncia al derecho expectante de viudedad del cónyuge, que luego se niega a llevar a cabo dicha renuncia, a veces en connivencia con el otro cónyuge, el que vendió, que así confía obtener más precio del comprador o, sencillamente, no puede firmar la escritura por carecer de capacidad.

Un riesgo añadido para la seguridad jurídica surge en las situaciones de crisis matrimonial. El artículo 276.2 CDFA establece, con muy buen criterio, que el derecho de viudedad se extingue por la admisión a trámite de la demanda de separación, divorcio o nulidad, interpuesta por uno o ambos cónyuges (como veremos, hoy hay que añadir la separación y divorcio ante el Letrado de la Administración de Justicia y el Notario), pero añade la posibilidad de que se pacte su mantenimiento mientras el matrimonio subsista y, además, el derecho expectante de viudedad nace de nuevo cuando se reconcilian los cónyuges separados o así lo pactan éstos. Si el transmitente oculta estas circunstancias, al adquirente de los bienes le será muy difícil saber si existe derecho expectante de viudedad.

En suma, el derecho expectante de viudedad supone una importante quiebra al principio de seguridad del tráfico jurídico y un riesgo importante para el adquirente de los bienes.

6. La conceptualización del derecho expectante de viudedad como un auténtico derecho subjetivo, integrado ya en el patrimonio del cónyuge no titular, puede llevar, si se aplica en toda su extensión, a consecuencias difíciles de aceptar. Habría que empezar por preguntarse cuál es su valor patrimonial, si es que lo tiene¹⁴. Por otra parte, desde el punto de vista procesal y administrativo, habría

¹⁴ La Compilación parecía reconocerle un valor patrimonial, ya que su art. 78, para los procesos matrimoniales, decía que *“el Juez, al apreciar las circunstancias para fijar la pensión o indemnización debidas, tendrá en cuenta, además, la extinción del derecho expectante de viudedad”*. Esta norma, sobre la que no nos consta que haya habido casos de aplicación práctica, suscitaba muchas dudas sobre la forma de fijar ese valor que debía tenerse en cuenta para la determinación de la pensión o indemnización y fue suprimida por la LREMV. Lo cual no quiere decir que haya resuelto el problema de su patrimonialidad y su valoración.

JUAN IGNACIO MEDRANO SÁNCHEZ da por supuesto ese valor patrimonial cuando, para la aplicación de la regla contenida en el art. 281 CDFA (que luego se examinará), es decir, la forma de operar el derecho expectante de viudedad en la ejecución judicial de bienes inmuebles, considera necesario que, caso de que se mantenga éste pese a la ejecución, se le haga saber al perito para que se calcule la minoración que conllevará en el valor del bien embargado («Embargo y ejecución de bienes de

que plantearse si esta condición no obligaría a contar con el cónyuge no titular en cualquier trámite o procedimiento que afecte a la titularidad de los bienes. En el plano tributario, esta configuración del derecho de viudedad no se tiene en cuenta, afortunadamente; así, parece pacífico que el cónyuge no titular no tiene que declarar el derecho expectante de viudedad sobre los bienes del otro en su declaración del Impuesto sobre el Patrimonio; y en el Impuesto de Sucesiones, se viene entendiendo pacíficamente que la adquisición del derecho de usufructo viudal es una adquisición por causa de muerte, a título gratuito, que se produce a favor de un cónyuge al fallecimiento del otro.

En fin, en última instancia, toda la construcción del derecho de viudedad foral aragonés, tal y como se ha explicado, es poco realista. Son escasísimos, casi inexistentes, los supuestos en que el derecho de viudedad se haya hecho efectivo contra un adquirente de un bien por haberse transmitido sin la renuncia al derecho expectante de viudedad foral aragonesa por parte del cónyuge enajenante ahora fallecido. Ello no se debe a que no haya supuestos en que la situación se ha producido, sino a que existe un fuerte desconocimiento de las consecuencias a que realmente lleva la existencia de esta figura, derivado de que no son razonables. Si se pretendiera hacer efectivo este derecho, habría que ver qué dirían los tribunales para dirimir la colisión entre el cónyuge viudo y el adquirente de buena fe; pensemos, por ejemplo, que el ejercicio de ese derecho supusiera desahuciar a una familia con escasos recursos de su vivienda habitual.

En suma, el derecho expectante de viudedad va a contracorriente de las tendencias sociales y es improbable que llegue a hacerse realmente efectivo. En la práctica, lo que conlleva, como decimos, es una limitación a la disposición de los bienes, cuya justificación es muy discutible.

Sobre la ausencia de justificación suficiente del derecho expectante de viudedad, es significativo el resultado de la encuesta realizada por el Colegio Notarial de Aragón entre los Notarios de esta comunidad en 2013¹⁵, coincidiendo con el cumplimiento de diez años desde la LREMV.

personas casadas en Aragón», *Actas del Foro de Derecho Aragonés, Decimoterceros Encuentros*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2004, pág. 63).

¹⁵ *Encuesta notarial sobre Derecho aragonés 2013*, fuente: Colegio Notarial de Aragón. La encuesta se refiere a aspectos diversos del Derecho civil aragonés, no sólo al derecho expectante de viudedad, aunque tiene un apartado específico sobre derecho de viudedad, que incluye varias cuestiones concretas sobre el derecho expectante. Participaron Notarios que representan el 58 % de los Notarios activos ejercientes en Aragón, por lo que su resultado puede considerarse significativo sobre la opinión del Notariado aragonés.

A la primera cuestión planteada, sobre la conveniencia de mantener el derecho expectante de viudedad¹⁶, las contestaciones fueron las siguientes: del total de los Notarios participantes, sólo un 24 % defendió el sistema vigente, entre los cuales un 2 % consideró que debía excluirse la necesidad de renuncia o consentimiento en las permutas; frente a ello, un 51 % se inclinaba por la total supresión del derecho expectante de viudedad; un 18 % era partidario de mantener este régimen sólo en las enajenaciones gratuitas; y un 7 % pedía que se suprimiera el derecho expectante para los bienes adquiridos por herencia, manteniéndose para los demás.

Planteada también la cuestión de la condición de gravamen real que actualmente tiene el derecho expectante de viudedad, se consultó sobre si los derechos del cónyuge que no ha renunciado o consentido deben prevalecer en todo caso sobre los del adquirente¹⁷, las contestaciones recibidas fueron las siguientes: el 28 % defendió que debe prevalecer en todo caso el derecho del cónyuge viudo; el 18,50 %, el del adquirente en todo caso; el 39 % el del adquirente si la adquisición es onerosa y hay buena fe; el 11 %, el del adquirente si la adquisición es onerosa y hay buena fe y además el derecho expectante no consta en la inscripción registral del inmueble; y un 3,50 % defendió el régimen del art. 16-2 CC.

¹⁶ El texto de la pregunta planteada era exactamente el siguiente: “*Acerca de la conveniencia de mantener el derecho expectante de viudedad. En vida de ambos cónyuges, el derecho expectante de viudedad que cada uno tiene sobre los inmuebles y explotaciones económicas del otro no se extingue por su enajenación salvo que se renuncie expresamente o concurra alguna otra causa legal de extinción. En su opinión: a) Debería mantenerse el mismo régimen. b) Debería suprimirse el derecho expectante de viudedad (para que cada cónyuge pueda enajenar sus bienes sin precisar la renuncia del otro). c) Debería mantenerse sólo en las enajenaciones gratuitas (en las onerosas, la contraprestación que se recibe hace que no disminuya el patrimonio de quien enajena, con lo que la expectativa de viudedad de su cónyuge no se reduce). d) Debería suprimirse para los bienes que un cónyuge recibe por herencia, manteniéndose en los demás. e) Si es partidario de otro sistema, indíquelo a continuación*”.

¹⁷ El texto de la pregunta planteada era exactamente el siguiente: “*El derecho expectante como gravamen real. Si en la enajenación de un bien inmueble privativo por persona casada no interviene su cónyuge, el adquirente recibe los bienes sujetos al derecho expectante de éste, de modo que de fallecer el enajenante antes que su cónyuge, éste conservaría el derecho de usufructo viudal sobre los bienes enajenados y podría exigirlos del adquirente, aunque desconociera ese derecho. Por tanto, el derecho expectante actúa como un gravamen real sobre los bienes. Partiendo de la normativa vigente, en su opinión, en una situación como la descrita, qué derecho debería prevalecer: a) El del cónyuge viudo en todo caso. b) El del adquirente en todo caso. c) El del adquirente si la adquisición es onerosa y hay buena fe. d) El del adquirente si la adquisición es onerosa y hay buena fe y además el derecho expectante no consta en la inscripción registral del inmueble. e) Si es partidario de otra solución, indíquela*”.

Estos resultados ponen de manifiesto una disconformidad mayoritaria en el Notariado aragonés con el mantenimiento del derecho expectante de viudedad y con los efectos que produce en el tráfico jurídico y los perjuicios que puede ocasionar a los adquirentes de los bienes. No se pretende defender que la opinión de los Notarios tenga que ser definitiva e incontrovertible, pero no puede negarse que es muy relevante, porque vivimos en primera línea la problemática práctica que, en el tráfico jurídico, supone la existencia de este derecho y las dificultades que lleva consigo, en ocasiones, para que las transmisiones inmobiliarias puedan producirse.

No existen encuestas que recojan la opinión de otros colectivos de juristas aragoneses sobre ésta u otras instituciones del Derecho civil aragonés, porque no se han realizado. Sin embargo, sería muy conveniente conocer qué es lo que realmente opinan quienes estudian o aplican nuestro Derecho, para poder saber el grado de aceptación de cada institución y que el legislador pudiera tenerlo en cuenta cuando se vaya a afrontar su puesta al día.

V. MATRIMONIOS QUE ESTÁN SUJETOS AL DERECHO EXPECTANTE DE VIUEDAD

Es ésta cuestión que nunca ha dejado de suscitar dudas, pese a la gran trascendencia práctica que tiene para un matrimonio estar sujeto al derecho expectante de viudedad foral aragonesa.

La ley vigente parte de una idea esencial: el derecho de viudedad regulado en el Derecho aragonés corresponde a los cónyuges sometidos al régimen económico matrimonial de dicho Derecho, aunque después cambie su vecindad civil, (párrafo primero del art. 16.2 CC, donde hemos sustituido las referencias a la Compilación por “*Derecho aragonés*”¹⁸). Así pues, se vincula este derecho al régimen económico matrimonial. Por tanto, es independiente de la ley personal

¹⁸ En cambio, no resulta de aplicación el último inciso del art. 9.8 CC (introducido por la Ley 11/1990), sobre los derechos que por ministerio de la ley se atribuyen al cónyuge supérstite, que remite a la ley que regula los efectos del matrimonio, a salvo la legítima de los descendientes. No procede dicho precepto, porque para el derecho de viudedad hay una norma especial, el citado art. 16.2, que, además, fue aprobado de nuevo por la misma Ley 11/1990, con lo que no puede considerarse que ha decaído por una norma posterior. No procede el examen de aquella norma y sólo destacar que establece una solución diferente a la del art. 16.2, sobre todo si se interpreta en la forma que lo han hecho las Resoluciones de la DGRN de 11 de marzo de 2003 y 18 de junio de 2003, que entienden preferente la ley personal común de los cónyuges a la reguladora de los efectos del matrimonio.

de los cónyuges, de modo que puede existir aunque alguno de los cónyuges no tengan vecindad civil aragonesa o, incluso, aunque ninguno de ellos la tenga, y aunque sean extranjeros, siempre y cuando su régimen económico matrimonial sea aragonés¹⁹.

Da igual que el matrimonio se haya celebrado entre personas de distinto o del mismo sexo, siempre que sea válido, puesto que el matrimonio tiene los mismos efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo (art. 44 CC, tras la reforma realizada por la Ley 13/2005)²⁰.

Y también es indiferente el lugar de situación de los bienes, pese a que el derecho expectante de viudedad tiene por objeto fundamentalmente los bienes inmuebles: les afectará aunque se encuentren fuera de Aragón, incluso fuera de España, si el propietario de los bienes está casado bajo régimen económico matrimonial aragonés. Esta solución podría discutirse, puesto que, como hemos visto, el derecho expectante de viudedad, en el fondo, opera como un gravamen real que

De todos modos, DELGADO ECHEVERRÍA, J., («Comentario al art 16.2 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, Tomo I, Vol. 2º, 1995, págs. 1282 y ss.) critica que, tras la introducción del último inciso del art. 9.8 CC, se haya mantenido el art. 16.2, porque considera perturbadora la convivencia de ambas normas y, en lo que se apartan, cree que es preferible la solución de aquél; incluso, llega a defender su derogación tácita, al menos de sus párrafos primero y tercero. Es, sin embargo, criterio pacífico en la práctica la aplicación al derecho de viudedad de lo dispuesto en el art. 16.2 CC.

¹⁹ Una cuestión de tanta importancia como ésta sin embargo no quedó completamente clara (y aún así con algunas dudas, como vamos a ver a continuación) hasta la aprobación de la reforma del Título Preliminar del CC de 1974. Con anterioridad, los autores habían dedicado esfuerzo a intentar determinar los criterios de sujeción al derecho de viudedad. Puede destacarse el trabajo de Santiago PELAYO HORE «Problemas de la viudedad foral», *Segunda semana de Derecho aragonés*, Jaca, 1943, págs. 175 y ss., quien, aunque cita las dudas de Marceliano Isábal, concluye que el derecho expectante de viudedad corresponde al estatuto personal y, por tanto, a los aragoneses, con independencia del lugar de situación de los bienes; en ese tiempo, puesto que la esposa seguía, al casarse, la condición del marido, esto suponía que había derecho de viudedad si el marido era aragonés. Aunque es cierto que la mayoría de los autores se inclinaban por vincularla al régimen económico matrimonial, como recuerda DELGADO ECHEVERRÍA, J. (*ob. cit.*, págs. 1288-1289), también indica que la opinión no era unánime.

SAPENA TOMÁS, J. (*La viudedad aragonesa, efecto primario del matrimonio*, discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Zaragoza 2001, pág. 29), sin embargo, considera que la viudedad es un derecho propio y natural del matrimonio aragonés y que, por ello, el día que los dos cónyuges sean aragoneses, aunque no tuvieran régimen económico matrimonial aragonés, nacerá la viudedad aragonesa.

²⁰ Desde luego nada permite afirmar que el carácter tradicional de este derecho y el origen histórico del derecho de viudedad lleven consigo que queden excluidos de él los matrimonios entre personas del mismo sexo.

recae sobre los bienes y para los inmuebles el art. 10.1 CC somete los derechos sobre bienes inmuebles a la ley del lugar de su situación. Sin embargo, como hemos visto, en esta materia existe una regla especial que, por ello, es preferente. De todos modos, el legislador es consciente de las distorsiones que puede ocasionar la aplicación indiscriminada de este derecho fuera de Aragón y, por ello, el art. 16.2, en su párrafo segundo, establece una restricción, que luego examinaremos.

Sin embargo, pese a la claridad de esta regla básica, son precisas algunas aclaraciones sobre la vinculación del derecho de viudedad foral aragonés al régimen económico matrimonial aragonés, que no deja de suscitar dudas:

1. Compatibilidad con todos los regímenes matrimoniales.

Para que haya derecho expectante de viudedad no es preciso que el régimen económico matrimonial sea el legal aragonés, es decir, el denominado consorcio conyugal, que es una modalidad de régimen de comunidad de ganancias, sino que puede ser cualquiera sujeto al Derecho aragonés, ya que el derecho de viudedad es compatible con cualquier régimen económico matrimonial (art. 271.3 CDFA). Es una solución que podría discutirse, al menos en lo que se refiere al derecho expectante para el régimen de separación de bienes, porque no deja de haber una cierta contradicción entre que, pese a pactar este régimen, en el que se pretende conseguir el máximo de autonomía patrimonial entre los cónyuges, perviva el derecho expectante de viudedad, que impone la intervención del otro cónyuge para la enajenación como libres de los bienes inmuebles por naturaleza y las empresas y explotaciones económicas²¹, pero, para que no haya dudas, el art. 205.2 CDFA, en la regulación del régimen de separación de bienes, tras indicar

²¹ La cuestión fue afrontada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en la Sentencia de 30 de octubre de 1996, que resolvió lo mismo que luego se incorporó de modo expreso al texto legal. Sin embargo, esta Sentencia tuvo un voto particular del Magistrado Don José Ramón San Román Moreno, a la sazón presidente del TSJAA, que lo fundó en que el régimen económico matrimonial de separación de bienes es un régimen extraño al Derecho aragonés, que difícilmente se compadece con la naturaleza familiar que la mayoría de la doctrina atribuye al derecho expectante de viudedad y por paralelismo con el régimen de la separación judicial, en la que se extingue salvo pacto en contrario.

Esta Sentencia, que suscitó controversia, por el supuesto de hecho concurrente, para el que se acabó declarando la no extinción del derecho expectante de viudedad del cónyuge del transmitente, provocó algunos comentarios y estudios jurídicos, en general reafirmando el régimen establecido. Así, BAYOD LÓPEZ, C., «En torno a las especialidades procesales civiles de Aragón», *Boletín de los Colegios de Abogados de Aragón*, número 93, 1 Abril 1994, pág 70).121-139, y BATALLA CARILLA, J.L., «El derecho expectante de viudedad y la disposición de bienes inmuebles por los cónyuges. Desde las Observancias hasta hoy», *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 1997, número 1, págs 125-134.

que en este régimen pertenecerán a cada cónyuge los que tuviese en el momento inicial del mismo y los que después adquiera por cualquier título y que, asimismo, corresponderá a cada uno la administración, goce y libre disposición de tales bienes, añade que “*salvo renuncia expresa, ambos cónyuges conservarán el derecho de viudedad*”. Por esta razón, cuando se otorgan capitulaciones matrimoniales en que se pacta el régimen de separación de bienes, habrá que plantearse añadir un pacto de renuncia al derecho de viudedad, o bien a todo él o sólo al derecho expectante de viudedad, posibilidad ésta que, como comentamos, es posible; en la práctica esto segundo es lo más frecuente.

2. Ley reguladora de los efectos del matrimonio, régimen económico matrimonial y viudedad.

Hay que llamar la atención acerca de que en algunos casos no es tan sencillo decidir si el régimen económico matrimonial está sujeto al Derecho aragonés. Esto es debido a que nuestro derecho de conflictos, desde la reforma del CC de 1990, no regula la ley aplicable al régimen económico matrimonial, sino la reguladora de los efectos del matrimonio y, aunque es cierto que el régimen económico es uno de los efectos del matrimonio, la regulación establecida en el art. 9.2 CC, que es la que determina la ley que ha de regir la materia, deja varias cuestiones dudosas. Con arreglo a dicho precepto, la ley aplicable a los efectos del matrimonio será la aragonesa y, por tanto, el régimen económico matrimonial el aragonés y, en consecuencia, habrá derecho de viudedad, en los siguientes casos:

- Si ambos cónyuges tienen vecindad civil aragonesa al tiempo de contraer matrimonio.
- En su defecto, si uno de los dos tiene vecindad civil aragonesa o residencia habitual en Aragón y ambos eligen, para regir los efectos de su matrimonio, la ley aragonesa en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio. Obsérvese que la elección sólo puede producirse antes del matrimonio.
- A falta de esta elección, si la residencia habitual común de los cónyuges inmediatamente posterior a la celebración está en Aragón. Téngase en cuenta que el lugar de residencia debe ser “*inmediatamente posterior*” al matrimonio; de modo que, si por razones laborales o de otro tipo, los cónyuges no tienen una residencia habitual común justo después del matrimonio, no se aplicará este criterio.
- A falta de residencia común, si el matrimonio se ha celebrado en Aragón.

Debe destacarse que todos estos puntos de conexión se refieren al momento de celebración del matrimonio. Es decir, que la ley reguladora de los efectos del matrimonio, conforme al indicado precepto, es inmutable y no se ve afectada por las posteriores vicisitudes personales de los cónyuges. Seguramente es una solución muy rígida, aunque tiene la virtud de que da mayor estabilidad a esta materia²².

Pues bien, como decimos, estos puntos de conexión determinan la ley que rige los efectos del matrimonio, pero hay supuestos en que el régimen económico concreto aplicable al matrimonio puede regirse por una ley distinta. Así sucede cuando los cónyuges pactan un régimen diferente del que corresponde con arreglo a la ley reguladora de los efectos del matrimonio. Es un pacto cuya validez hoy no plantea dudas, dada la gran libertad de pacto en capitulaciones matrimoniales²³. En estos supuestos, el llamado régimen económico matrimonial primario, es decir, el conjunto de reglas generales, normalmente de carácter imperativo sobre las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, independientes del concreto régimen económico aplicable al matrimonio, se regirá por la ley aplicable a los efectos del matrimonio, no por la reguladora del concreto régimen elegido. Pueden darse dos situaciones inversas: que los cónyuges no regidos por la ley aragonesa pacten que quieren que su régimen económico matrimonial sea uno establecido en la ley aragonesa (que puede ser tanto el consorcio conyugal como el régimen económico matrimonial de separación de bienes, puesto que ambos tienen regulación en el Derecho aragonés). O, en sentido opuesto, que los cónyuges

²² Debe tenerse en cuenta que, en el ámbito de la Unión Europea, existe una propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales, que sigue la línea marcada por el Reglamento Sucesorio europeo, y que, de forma similar a éste, establece como punto de conexión general para determinar la ley aplicable al régimen económico matrimonial, a falta de elección de ley, la ley del Estado de la primera residencia habitual común de los cónyuges después del matrimonio, antes que la ley nacional común. Como en el Reglamento Sucesorio, la propuesta contiene una norma para los Estados que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas en materia de regímenes económicos matrimoniales, que dispone que no estarán obligados a aplicar el Reglamento a los conflictos de leyes que se planteen entre dichas unidades territoriales exclusivamente. Por tanto, si la propuesta indicada se aprobara, en aquellos casos en que el matrimonio tuviera elementos extranjeros, para determinar si un matrimonio queda sujeto al derecho expectante de viudedad, habrá que atender no a los criterios explicados, sino a los del Reglamento. Aquí también tendremos que plantearnos en qué casos el elemento extranjero que pueda concurrir tiene suficiente entidad para considerar que el matrimonio es, a estos efectos, internacional.

²³ El art. 1317 CC, en la redacción anterior a la reforma llevada a cabo por la Ley 13/1981, declaraba nulas las cláusulas por las que los capitulantes, de una manera general, determinaban que su régimen de bienes se sometía a los fueros y costumbres de las regiones forales y no a las disposiciones generales del Código Civil. La indicada reforma suprimió esta injustificada restricción.

ges regidos por la ley aragonesa quieran pactar uno regulado por ley distinta a la aragonesa, por ejemplo, el de gananciales del CC o el régimen de participación en las ganancias tal y como está regulado en el CC o en el Código Civil de Cataluña. La pregunta es cómo afecta este pacto al derecho de viudedad.

En mi opinión, lo que determina la existencia del derecho de viudedad no es la ley reguladora del régimen económico matrimonial elegido, sino la ley aplicable a los efectos del matrimonio y al régimen económico matrimonial primario; no habrá viudedad cuando se opte por un régimen económico matrimonial aragonés si los efectos del matrimonio no se rigen por la ley aragonesa²⁴.

Más dudoso es el caso de cambio de ley personal y nuevo pacto sobre el régimen económico matrimonial. Imaginemos los cónyuges cuyo matrimonio se rige por el Derecho común, pero que, con el tiempo, han adquirido la vecindad civil aragonesa y que pactan un cambio en el régimen económico matrimonial, por ejemplo, estaban casados en régimen económico matrimonial común legal de gananciales y acuerdan separación de bienes, incluso de modo expreso optan por el regulado por el CDFa. Puede defenderse que, siendo ambos aragoneses y pactando un régimen económico matrimonial sometido a la ley aragonesa, deben tener derecho de viudedad²⁵. Pero, en puridad, si no lo tenían antes del pacto, aunque fueran aragoneses, no parece que el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales cambie esa situación. Lo mismo sucede en el caso inverso: cónyuges respecto de los que los efectos de su matrimonio se rigen por el Derecho aragonés, que adquieren después una ley personal distinta, por ejemplo la común,

²⁴ En este mismo sentido se pronuncian también SANCHO REBULLIDA, F.A. y DE PABLO CONTRERAS, P. (*Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón*, Vol 2º, 1993, pág. 636), que afirman que el derecho de viudedad forma parte del régimen económico matrimonial primario. Igualmente, BAYOD LÓPEZ, C. («La viudedad» *Manual de Derecho Civil Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza 2006, pág. 462).

²⁵ Así, DELGADO ECHEVERRÍA, JESÚS, («Comentario al art 16.2 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, Tomo I, Vol. 2º, 1995, pág. 1292) considera que corresponde el derecho de viudedad a los cónyuges para los que los efectos del matrimonio están regidos por ley distinta de la aragonesa, pero que han sustituido su régimen económico matrimonial por el aragonés, por haberlo pactado así y ser ésta la vecindad o estar aquí la residencia habitual de uno o de ambos, conforme al art. 9.3 CC. Y añade que ésa sería la diferencia con el régimen del último inciso del art. 9.8 CC., aunque cree que, probablemente, las cosas serían igual aunque se derogara el art. 16.2, párrafo primero, ya que, en el caso considerado, no se trataría exactamente de un derecho atribuido por ministerio de la ley (objeto del art. 9.8), sino conferido recíprocamente mediante el pacto de régimen matrimonial.

Lo mismo entiende SAPENA TOMÁS, JOAQUÍN, (*La viudedad aragonesa, efecto primario del matrimonio*, discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Zaragoza 2001, pág. 30).

y pactan un régimen económico matrimonial sujeto a esta última ley; lo coherente con lo dicho es que mantendrán el derecho de viudedad, puesto que hemos defendido que se basa en la ley reguladora de los efectos del matrimonio, que no cambia y, por tanto, sigue siendo la aragonesa.

También cabe plantearse la eficacia del pacto llevado a cabo por los cónyuges cuyo matrimonio no se rige por el Derecho aragonés sometándose al derecho de viudedad. Entiendo que no podrían establecer un derecho de viudedad con el alcance que establece la ley aragonesa. Quizá podría llegarse a una solución similar a la legal en cuanto al usufructo viudal, eso sí respetando los procedimientos y las limitaciones para la disposición por causa de muerte. Pero en ningún caso puede establecerse un derecho expectante de viudedad, por la fuerte incidencia que tiene en el tráfico jurídico; posiblemente podría pactarse un régimen económico matrimonial convencional en el que la enajenación de bienes privativos requiera el consentimiento de ambos cónyuges, dada la gran amplitud que se concede al pacto para regular el régimen económico matrimonial; pero no sería un derecho expectante de viudedad, como está regulado. A estos efectos será indiferente que ambos cónyuges en el momento del pacto tengan vecindad civil aragonesa²⁶.

3. Matrimonios anteriores a la Ley 11/1990.

Lo dicho hasta ahora es el régimen que estableció la Ley 11/1990, de 15 de octubre, en materia de no discriminación por razón de sexo, que reformó el CC. Ahora bien, este régimen no se aplica a los matrimonios celebrados con anterioridad a su entrada en vigor, porque no se le dio eficacia retroactiva. En consecuencia, dichos matrimonios se siguieron rigiendo por lo dispuesto en la legislación anterior. El tema no es poco importante, porque son muchísimos los matrimonios que se encuentran en esta situación, y el problema es que la legislación anterior, contenida en los arts. 9.2 y 9.3 CC, en la redacción que les dio el Decreto 1.836/1974, de 31 de mayo, de reforma del Título Preliminar del Código Civil (que, en este punto,

²⁶ Así lo entienden también SANCHO REBULLIDA, F.A. y DE PABLO CONTRERAS, P., («Comentario al art. 72», *ob. cit.*, pág. 649). SAPENA TOMÁS, JOAQUÍN, (*ob. cit.*, pág. 31), sin embargo, entiende que puede convenirse la viudedad por pacto aunque sólo uno de los cónyuges fuere aragonés si la ley personal del foráneo lo permite y en la medida en que conforme a la misma pueda ordenarse, añadiendo que de este modo podría pactarse la viudedad entre los sometidos a las Compilaciones balear, catalana, navarra y aragonesa, que admiten la sucesión contractual, con las limitaciones que de los mismos resultan, fundamentalmente el derecho de los legitimarios; y dice que ésa ha sido la solución, a lo largo de los siglos, para regular el régimen familiar de los matrimonios contraídos entre novios de ambos márgenes del Noguera Ribagorzana, incluso sujetando al derecho de viudedad los bienes del *hereu* catalán por pacto expreso, ya que así se exigía por los familiares de la novia aragonesa.

era igual que antes de esta reforma), en defecto de ley personal común, sometía las relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges a la ley personal del marido al tiempo de la celebración del matrimonio y la Sentencia del Tribunal Constitucional 39/2002, de 14 de febrero, lo declaró contrario a la Constitución y, por tanto, derogado por ella; pero no ha resuelto cuál es el régimen aplicable a esos matrimonios, limitándose a indicar que corresponde a los Tribunales integrar el vacío producido, por los medios que el ordenamiento jurídico pone a su disposición.

Aun sin poder profundizar aquí sobre el punto de conexión que determina la ley aplicable a las relaciones patrimoniales de los matrimonios celebrados desde la entrada en vigor de la Constitución (29 de diciembre de 1978) a la de la Ley 11/1990 (7 de noviembre de 1990), quizá la solución más acertada sea aplicar, por analogía, el régimen de las obligaciones contractuales contenido en el art. 10.5 CC, fundada en la base contractual que no deja de tener el matrimonio, más explícita si hay capitulaciones matrimoniales, implícita en caso de fijación subsidiaria del régimen económico matrimonial²⁷.

De todos modos, la cuestión puede complicarse más, porque en el régimen que establecían entonces los arts. 9.2 y 9.3 CC se sometían las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, igual que las personales, a falta o por insuficiencia de capitulaciones matrimoniales, a “*la última ley nacional [o vecindad civil] común durante el matrimonio*”, es decir, sin vinculación temporal al momento de la celebración del matrimonio, de modo que esta ley era mudable, a medida que cambiaba la ley personal común del matrimonio; aunque exceptuaba el régimen económico matrimonial, que no se veía alterado por el cambio de ley personal, salvo que lo acordaran los cónyuges y no lo impidiera su nueva ley personal. La excepción, como tal, había que limitarla a su ámbito estricto, es decir, al concreto régimen económico matrimonial aplicable a ese matrimonio; el régimen económico matrimonial primario participaba plenamente del régimen general de mutabilidad. Es decir, que podía ser que una ley rigiera las “*relaciones patrimoniales*” entre los cónyuges y otra el régimen económico matrimonial²⁸.

La cuestión es a cuál de estas dos leyes habrá que atender, en estos matrimonios, para determinar si tienen derecho de viudedad. En coherencia con lo dicho antes, sería a la reguladora de las “*relaciones patrimoniales*”, en la que se encuentra inserto el régimen económico matrimonial primario. Sin embargo, esto tiene el inconveniente de que el derecho expectante de viudedad puede ir apareciendo y desapareciendo a lo largo del matrimonio, en función de las vicisitudes que experimente la ley personal de los cónyuges, con grave inseguridad para los

²⁷ Sobre este particular, puede verse CALATAYUD SIERRA, ADOLFO, *Instituciones de Derecho Privado*, Madrid 2003, Tomo I, Volumen 1º, págs. 490 y ss.

²⁸ CALATAYUD SIERRA, A., *ob cit.*, pág. 491.

terceros que contraten con los cónyuges. Por ello, quizá sea mejor atender exclusivamente al momento de celebración del matrimonio.

Conforme a todo ello, atendiendo al art. 10.5 CC, habrá derecho de viudedad en esos matrimonios en los siguientes casos: cuando se hayan sometido con ocasión del matrimonio a la ley aragonesa, siempre que ésta tenga relación con el negocio, lo que hay que entender que sucede si tiene vecindad civil aragonesa o residencia habitual en Aragón cualquiera de los cónyuges; en su defecto, cuando ambos tengan la vecindad civil aragonesa al contraer matrimonio; en su defecto, cuando esté en Aragón su residencia habitual común en el momento de celebración del matrimonio; y, en defecto de todos los anteriores criterios, si la celebración del matrimonio ha tenido lugar en Aragón²⁹.

En cuanto a los matrimonios celebrados antes de la entrada en vigor de la Constitución, hay que entender que siguen rigiéndose por la ley anterior, por la falta de carácter retroactivo de ésta y por el principio de que el régimen económico matrimonial no cambia si no es mediante pacto entre los cónyuges. Ésta es la solución a la que llegó la STS de 11 de febrero de 2005³⁰. Por tanto, estarán sujetos al derecho de viudedad foral aragonés si el marido tenía vecindad civil aragonesa al tiempo de contraer matrimonio.

²⁹ La prolija y hasta cierto punto confusa Resolución DGRN de 9 de julio de 2014 no se pronuncia directamente sobre la solución a esta cuestión, pero acepta que, ante la laguna legal creada por la declaración de inconstitucionalidad, los cónyuges puedan de común acuerdo determinar, que no elegir, el que consideran que es el régimen económico por el que se ha regido el matrimonio, a la vista de las circunstancias especiales concurrentes en el caso (se trataba de un matrimonio entre español y portuguesa celebrado en Alemania en el año 1983), consistentes en que el matrimonio se había inscrito inicialmente en el Registro Civil consular español y sobre todo que constaba, indicado al margen de su inscripción que el matrimonio había capitulado conforme la ley española y mutado su régimen económico matrimonial por el de participación establecido en el Código Civil.

³⁰ Aunque esta solución también se ha discutido. Así, FUGARDO ESTIVIL, JOSEP MARIA, «Inconstitucionalidad del art. 9.2 CC (D. 1836/1974, de 31 de mayo). Vulneración del derecho a la igualdad conyugal. Designación de la ley nacional del marido para regir supletoriamente el régimen económico matrimonial. Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 39/2002, de 14 de febrero. (BOE de 14 de marzo)», *La Notaría*, marzo de 2002. Este autor se muestra partidario de aplicar las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad a los matrimonios mixtos celebrados antes de la entrada en vigor de la Constitución respecto de aquellos efectos (liquidación, adjudicación) que deban producirse con posterioridad a la entrada en vigor de la misma. De no ser así, dice, respecto de dichos matrimonios resultarían contradichos la dignidad de la persona, los derechos inviolables que les son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la ley y a los derechos de los demás (art. 10.1 CE) y el principio contrario a la desigualdad jurídica de uno de los cónyuges y la discriminación por razón de sexo; y la falta de tutela del derecho fundamental a su plena igualdad jurídica seguiría perdurando indefinidamente (arts. 14, 32 y 53.1 CE). Sin embargo, el principio de seguridad jurídica, que conlleva la irretroactividad de la ley, salvo que ésta lo declare expresamente, parece apoyar la posición contraria.

4. Parejas no casadas.

No existe derecho de viudedad en las parejas no casadas. Es algo que no admite duda, puesto que el derecho de viudedad está ligado necesariamente al matrimonio, como ya se ha explicado. De hecho, el CDFA contiene una regulación sobre parejas estables no casadas, en la que deja muy claro que durante la vigencia de la pareja cada uno de sus miembros conserva la propiedad, administración y disfrute de sus propios bienes (art. 307.3) y cuáles son los derechos que corresponden al sobreviviente en caso de fallecimiento del otro: con independencia del contenido, en su caso, de la escritura de constitución de la pareja, del testamento o de los pactos sucesorios, tiene derecho al mobiliario, útiles e instrumentos de trabajo que constituyan el ajuar de la vivienda habitual, con exclusión solamente de las joyas u objetos artísticos de valor extraordinario o de los bienes de procedencia familiar, así como a residir gratuitamente en la vivienda habitual durante el plazo de un año (art. 311)³¹.

Lo que puede plantearse es si, conforme al principio de libertad de pacto que se contempla para que las parejas estables no casadas puedan regular, en escritura pública, los derechos y obligaciones que les correspondan en sus aspectos personales y patrimoniales (art. 307.1), sería posible que los miembros de la pareja acordaran que les fuera aplicable el derecho de viudedad foral aragonés. La solución entiendo que, como en el caso de los matrimonios no sujetos al Derecho aragonés, ha de ser negativa, al menos en cuanto que derecho de viudedad en términos estrictos. En ningún caso podrá haber algo similar al derecho expectante de viudedad, por la afección que tiene para terceros. Y, el derecho de usufructo para caso de fallecimiento de una de las parejas, deberá respetar los procedimientos de disposición por causa de muerte y los posibles derechos de legitimarios.

VI. OBJETO

La delimitación objetiva del derecho expectante de viudedad exige examinar dos cuestiones: el tipo de bienes sobre el que recae y el tipo de derecho del que debe ser titular un cónyuge sobre un bien para que quede afecto al derecho expectante de viudedad del otro.

³¹ Incluso estos derechos de origen legal podrían ponerse en cuestión a la vista de la STC 93/2013, que declara la inconstitucionalidad de varios de los preceptos de la Ley navarra 6/2000, de igualdad jurídica de las parejas estables, que rechaza el establecimiento de un régimen legal a la pareja de hecho, aunque sea dispositivo, en cuanto ese régimen surja de la aplicación de la Ley y no de un acuerdo de los convivientes.

1. El derecho expectante de viudedad sólo recae sobre inmuebles por naturaleza y empresas y explotaciones económicas.

El derecho de viudedad foral aragonés se pretende, en principio, universal, es decir, que se extiende a todos los bienes de los cónyuges, muebles o inmuebles. Esta universalidad legal procede de la Compilación de 1967, ya que antes se limitaba a los inmuebles, salvo que por pacto se extendiera a otros bienes, pudiendo, por esta vía, incluso, devenir universal³².

Sin embargo, pese al texto literal de la ley y a la supuesta consideración unitaria del derecho de viudedad, lo cierto es que la universalidad sólo puede predicarse del usufructo viudal, mientras que el derecho expectante de viudedad, si atendemos a su verdadero concepto, se limita a los bienes inmuebles por naturaleza y a las empresas y explotaciones económicas (art. 280 CDFR), porque sólo para ellos se prevé la afección de los bienes que les persigue aunque se enajenen.

En cuanto a los inmuebles por naturaleza³³, es un concepto doctrinal y no muy claro, ya que la opinión común distingue entre inmuebles por naturaleza, por incorporación, por destino y por analogía, considerando dentro de los primeros sólo las porciones de corteza terrestre, es decir, el suelo (art. 334-1º CC); sin embargo, parece que es acertada su opinión en el sentido de que también hay que entender incluidos a estos efectos los inmuebles por incorporación, es decir, los adheridos al suelo: construcciones (art. 334-1º), árboles (art. 334-2º) y, en general, todo lo que está unido a un inmueble de una manera fija, de suerte que no puede separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto (art. 334-3º). De modo que el legislador aragonés, al referirse a los “*inmuebles por naturaleza*”, lo que quiere excluir son los llamados inmuebles por analogía, es decir, los derechos reales distintos de la propiedad sobre bienes inmuebles (art. 334-10º) y también los inmuebles por destino, es decir los bienes en principio muebles que son destinados por el propietario del inmueble –por naturaleza o incorporación– en que se hallaren al servicio más o menos permanente de este

³² Aunque en la Compilación de Huesca de 1247 la viudedad se extendía a todos los bienes, la práctica la limitó a los inmuebles y, aunque inicialmente sólo se atribuía a la esposa, se acabó extendiendo al varón, todo lo cual quedó recogido en el Fuero 1º *De Alimentis*, de 1390. Esto mismo se recogió en el Apéndice de 1925. La atribución de carácter universal fue una demanda de un sector de juristas aragoneses que adquirió fuerza a partir del siglo XIX. Durante la elaboración de la Compilación de 1967 hubo vacilaciones, hasta que un informe de Notarios y Registradores fue decisivo para inclinar la solución final a favor de la universalidad.

³³ Como ponen de manifiesto SANCHO REBULLIDA, F.A. y DE PABLO CONTRERAS, P. («Comentario al art. 76», *ob. cit.* págs 712-715).

último (art. 334.4º-7º), puesto que el acto de destinación es meramente voluntario y no tiene entidad suficiente para que, por ejemplo, se entiendan hipotecados con el inmueble al que están destinados, salvo pacto expreso (art. 111.1º LH), siendo que, además, dichos objetos pueden ser embargados separadamente como bienes muebles, de todo lo cual se infiere que no se pueden considerar equivalentes a los inmuebles por naturaleza.

Respecto de las empresas o explotaciones económicas, señalar únicamente que la doctrina moderna admite que pueden ser objeto de derechos unitariamente y que se acude a la figura de la *universitas* para construir su concepto, basado en la existencia de una pluralidad de bienes y derechos organizados para una finalidad de producción de bienes y servicios. Debe destacarse que las acciones o participaciones sociales no son equiparables a una explotación económica, no se consideran una especie de “*cuota indivisa*” de ella, por lo que, como regla de principio, no están afectas al derecho expectante de viudedad y su enajenación como libres puede hacerse sin intervención del cónyuge. Quizá podría discutirse el caso de que las acciones o participaciones sociales que se enajenen sean la totalidad (sociedad unipersonal que se transmite íntegra) o la casi totalidad (de modo que sea equiparable a tener toda la sociedad) y la sociedad en cuestión ejerza una explotación económica que pueda ser calificada como tal.

2. Los bienes muebles y el supuesto de fraude.

En mi opinión, los bienes muebles en general no están sujetos al derecho expectante de viudedad porque pueden enajenarse libres del derecho de viudedad, con la única excepción de que la enajenación se haga en fraude del derecho de viudedad (art. 282 CDFR), excepción ésta que no tiene entidad suficiente para servir de soporte a un auténtico derecho subjetivo de presente, pese al texto de la ley.

La duda sobre si los bienes muebles quedan sujetos al derecho expectante se suscitó desde la aprobación de la Compilación de 1967 y hubo importantes autores que lo negaron³⁴. No obstante, la que puede considerarse doctrina fora-

³⁴ Pueden citarse, entre otros, los siguientes autores: MARTÍN BALLESTERO, L., (en coloquio posterior a las Jornadas de Derecho aragonés, «Actas de las Jornadas de Derecho aragonés», *Anuario de Derecho Aragonés*, XIV, 1968-1969, pág. 556), ARREGUI GIL, J. («El derecho expectante de viudedad y los bienes muebles», dentro de «Actas de las Jornadas de Derecho aragonés», ob. cit. pág. 537), SANCHO REBULLIDA, F.A. («La viudedad en la Compilación del Derecho Civil de Aragón», *Anuario de Derecho Civil*, XX, 1967, págs. 780 y 781, aunque, como veremos, este autor, luego cambió de opinión), MERINO HERNÁNDEZ, J.L., «Un problema resuelto y otro

lista más ortodoxa, que aparentemente parece haberse plasmado en el texto legal, defiende que los bienes muebles están también sujetos al derecho expectante de viudedad³⁵.

Se arguye que considerar que no hay derecho expectante sobre los bienes muebles supondría dividir la viudedad en dos instituciones distintas, lo que, desde este planteamiento, se rechaza, por ir contra de los antecedentes de la institución y del texto del art. 79 de la Compilación. Pero recordemos que lo que esta norma proclamaba (que el fallecimiento de un cónyuge atribuye al sobreviviente con derecho expectante el usufructo sobre los bienes afectos) no ha pasado al CDFa. Es cierto que el citado art. 282 parte de que estos bienes están sujetos al derecho expectante, pero, como hemos indicado, lo hace de forma incoherente y contradictoria, porque si se pueden enajenar libremente no puede hablarse de derecho expectante.

Se dice también que, aunque la naturaleza real no sea predicable respecto de los bienes muebles, no por ello deben ser éstos excluidos del derecho expectante, el cual para ellos tiene una estructura jurídica y un modo de operar distinto, porque el derecho viudedad puede presentar distinta naturaleza en función de los bienes sobre los que recae. Así, sobre los bienes muebles, la afectación operaría sobre la base de considerarse que se trata de un derecho sometido a condición, con mera eficacia entre los cónyuges, vinculado a no defraudar el derecho expectante del otro. Pero, en rigor, no parece que haya mayor condición que la que se produce en toda adquisición por causa de muerte, para la cual, con el mismo

que se crea (sobre el derecho de viudedad aragonés)», Anuario de Derecho Civil, XXVIII, 1975, págs. 423 a 436), DELGADO ECHEVERRÍA, J. (comentario al art 16.2 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, Tomo I, Vol. 2º, 1995, pág. 1296), LACRUZ BERDEJO, J.L. (*Elementos de Derecho Civil*, IV, *Derecho de Familia*, Barcelona 1990, pág. 566), ZAPATERO GONZÁLEZ, R. («De la viudedad foral», dentro de «Actas de las Jornadas de Derecho aragonés», ob. cit. pág. 215), LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E. («Comentario al art. 76 de la Compilación aragonesa», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXXIII, Vol. 2º, Madrid 1990, pág. 326).

³⁵ Explican y desarrollan con extensión los argumentos que defienden esta naturaleza SANCHO REBULLIDA, F.A. y DE PABLO CONTRERAS, P. («Comentario al art. 76», ob. cit., págs 629, 704-708 y 755-760), y también BIESA HERNÁNDEZ, M.C. (*Las causas de extinción del derecho expectante de viudedad en la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad*, Colección El Justicia de Aragón, Zaragoza 2010, págs. 513 y ss.). También defienden la existencia de derecho expectante de viudedad sobre los bienes muebles SANCHO REBULLIDA, F.A. («La viudedad y el derecho expectante de viudedad», *Actas del Foro de Derecho aragonés, Primeros Encuentros*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1992) y GIL NOGUERAS, L.A. («El derecho de viudedad durante el matrimonio» *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, Zaragoza 2007, págs. 332-333).

argumento, podría considerarse que los bienes adquiridos por una persona están afectos a la adquisición por sus sucesores por causa de muerte bajo la condición de que no se enajenen. No puede sostenerse, en puridad, que se trata de una afectación con condición suspensiva: si de alguna forma puede calificarse la forma en que opera la no enajenación respecto de la sucesión por causa de muerte, sería como *condictio iuris*, ya que no puede heredarse lo que no pertenece al causante porque fue enajenado por él en vida; lo mismo puede decirse respecto de los bienes muebles y el derecho de viudedad.

Igualmente se argumenta que el automatismo con que los muebles existentes en el patrimonio del premuerto quedan sometidos al usufructo del sobreviviente es prueba de la existencia de este derecho. Pero el automatismo no exige la existencia de un derecho previamente existente y se da en los legatarios de cosa cierta existente en el caudal hereditario (arts. 882 CC y 479 CDFP). Además, es muy dudoso que ese automatismo realmente opere en los bienes enajenados en fraude del derecho de viudedad, puesto que parece claro que el fraude no se presume y que, por tanto, el cónyuge deberá impugnar la enajenación presuntamente fraudulenta.

Por fin, se pone el acento en el sometimiento al usufructo viudal de los bienes muebles enajenados en fraude del derecho de viudedad y se considera que en esta circunstancia está la clave que permite afirmar que la persona casada tiene también derecho expectante de viudedad sobre los bienes muebles de su cónyuge; aunque no lo tenga como un gravamen real, sí que tiene un derecho y no una mera expectativa. Se deduce de ello que el cónyuge podría impugnar en vida del otro las enajenaciones realizadas en fraude de su derecho expectante de viudedad, de modo similar a como pueden hacerlo los acreedores respecto de las enajenaciones realizadas en fraude de su derecho de crédito. Frente a este planteamiento, puede argüirse que la excepcionalidad del supuesto carece de consistencia suficiente para que pueda hablarse de un auténtico derecho y que la protección contra el fraude en mi opinión constituye una manifestación del principio general que proscribiera el ejercicio abusivo de los derechos, que también ampara las expectativas de derecho. En realidad, seguramente las consecuencias del fraude serían las mismas aunque la norma no lo dijera de manera expresa. La alusión expresa por parte del legislador no deja de tener un contenido más retórico que real y no es suficiente para salvaguardar esa unidad imposible del derecho de viudedad.

La naturaleza jurídica de ese supuesto derecho expectante de viudedad sobre bienes muebles, una vez que se le ha privado de ese carácter real, ni se aclara, ni se puede insertar en categorías conocidas. Respecto de la posibilidad de ejercitar acción en vida del cónyuge, creo que no es suficiente para que pueda hablarse de un verdadero derecho subjetivo, puesto que no es extraño que se

establezcan instrumentos para proteger expectativas de derecho frente a actuaciones fraudulentas.

En cualquier caso, esta polémica resulta poco útil, porque hablar de que existe un derecho expectante de viudedad sobre los bienes muebles, pero carente de eficacia real, no permite extraer las características que asociamos a dicho derecho: si hablamos de derecho de un cónyuge sobre los bienes del otro, para que exista tal, tendrá que tener naturaleza real. Por todo ello, me inclino por negar que pueda hablarse con propiedad de la existencia de derecho expectante de viudedad sobre los bienes muebles.

En cuanto a cómo opera el supuesto de fraude del derecho expectante de viudedad en la enajenación de bienes muebles, la primera duda que surge es qué se entiende, a estos efectos, por enajenación fraudulenta, circunstancia que el CDFR no aclara. La doctrina, incluso la que considera que este supuesto es base suficiente para la consideración que existe un auténtico derecho expectante en los bienes muebles, reduce mucho el ámbito de los supuestos en que puede darse esta situación. Concretamente, se exigen dos requisitos³⁶:

1º) Que de la enajenación resulte un perjuicio para el cónyuge titular del derecho de viudedad, concretado en una disminución del patrimonio mobiliario del otro cónyuge, sobre el que eventualmente recaerá el futuro usufructo viudal, lo que exige que la enajenación es lucrativa, en todo o en parte; siendo a título oneroso y habiendo contraprestación, no habrá perjuicio ni menoscabo alguno, ya que por subrogación o reemplazo habrá otros bienes que suplirán el hueco de los enajenados en el patrimonio del disponente. Parece obvio, porque no se considera propio del derecho expectante elegir los bienes sobre los que recaerá el usufructo viudal. Lo que no se entiende es por qué no se parte del mismo principio para los bienes inmuebles.

2º) Que, por parte del cónyuge enajenante, exista ánimo o intención de defraudar, de excluir injustificadamente los bienes del derecho de viudedad de su consorte. Es decir, que incluso la enajenación gratuita puede no ser fraudulenta si no existe ese ánimo. Como vemos, es un criterio más restrictivo que el que rige en materia de fraude de acreedores, para el que las donaciones se presumen siempre hechas en fraude de acreedores (art. 643 CC). En cambio, aquí será preciso probar que la donación se hizo con la específica intención de excluir el derecho de viudedad del cónyuge³⁷, lo que en la práctica hace muy difícil que prospere una

³⁶ SANCHO REBULLIDA, F.A. y DE PABLO CONTRERAS, P., «Comentario al art. 76», *ob. cit.*, págs 758-759.

³⁷ Aunque, de modo más riguroso GIL NOGUERAS, L.A. (*ob. cit.*, pág. 334) considera que podría existir una presunción de fraude en las enajenaciones a título gratuito, que muestran una

acción de impugnación basada en el art 282 CDFa. De hecho, no hay resoluciones judiciales conocidas que se hayan tenido que ocupar de esta materia. Lo que refuerza la argumentación de la escasa consistencia de la excepción del fraude para servir de base de un auténtico derecho subjetivo.

La doctrina suele ocuparse también de si es necesario que la intención de defraudar concorra en el adquirente de los bienes enajenados. El criterio mayoritario consiste en entender que no es preciso el *consilium fraudis*, ya que el texto mismo de la norma tiene en cuenta sólo el aspecto de enajenación, no el de la adquisición de la contraparte³⁸.

También suelen considerar estos autores que es presupuesto de la acción que las enajenaciones no hayan sido consentidas, ni tan siquiera de modo tácito, por el cónyuge del enajenante, a lo que equivale el conocimiento sin oposición, por la doctrina de los actos propios. Como se ve, se parte aquí de un criterio mucho más flexible que tratándose del verdadero derecho expectante de viudedad, que, como decíamos, es el que recae sobre inmuebles y empresas o explotaciones económicas, para los que se exige renuncia expresa o concurrencia en la enajenación.

Por lo que hace referencia a la consecuencia jurídica del fraude, si existe, permitirá al cónyuge la impugnación de la enajenación así realizada, lo que se considera que podría hacerse incluso en vida de su cónyuge. No parece haber duda de la necesidad de que se lleve a cabo esa impugnación. En ningún lugar se regula el plazo en el que debería producirse la impugnación y la doctrina no se ha ocupado de esta cuestión; seguramente habrá que entender aplicable el establecido para las acciones por realización de actos fraudulentos, es decir, los cuatro años del art. 1299 CC, a contar desde la realización del acto, si entendemos que es entonces cuando comienza la posibilidad de su ejercicio.

La estimación de la acción de impugnación no dejaría sin efecto la enajenación, sino que declararía el derecho del cónyuge al usufructo viudal sobre los bienes enajenados. En vida del enajenante, suele considerarse que el cónyuge tendría derecho, además, a solicitar medidas cautelares para asegurar la efectividad de la

causa de justificación más débil, pues se amparan en el ánimo liberador del transmitente, si bien admite que la presunción podría destruirse por prueba en contrario, admitiendo en ello la diferencia de trato con la situación del acreedor. LACRUZ BERDEJO, J.L. (*Elementos de Derecho Civil*, IV, *Derecho de Familia*, Barcelona 1990, pág. 566), aunque sin mayor argumentación, parece considerar fraudulentas las enajenaciones por título lucrativo, salvo que se trata de donaciones de uso, remuneratorias o dotaciones para el establecimiento de los hijos.

³⁸ SANCHO REBULLIDA., F.A. y DE PABLO CONTRERAS, P. («Comentario al art. 76», *ob. cit.*, pág. 759). En igual sentido BIESA HERNÁNDEZ, M.C. (*ob. cit.*, págs. 588-593) y GIL NOGUERAS, L.A. (*ob. cit.*, pág. 334).

declaración, pero no podrían perjudicar al adquirente de los bienes que no haya sido cómplice en el fraude. Fallecido el enajenante antes que su cónyuge, será cuando podrá éste hacer efectivo su derecho de viudedad, pero sin poder perjudicar al adquirente o subadquirente de los bienes de buena fe, por lo que, de haberlos, su derecho de usufructo viudal no podrá recaer sobre los bienes enajenados y la forma de hacer efectivo su derecho consistirá en una indemnización a cargo de los herederos de su cónyuge o de los terceros que hubieran sido cómplices en el fraude.

3. El derecho de viudedad sólo recae sobre bienes de que los cónyuges sean propietarios.

Así hay que deducirlo de la expresión “*bienes*” que utilizan los art. 271, 279 y 281.1 CDFR, que implica derecho de propiedad. En ello parece haber unanimidad en la doctrina que ha tratado la cuestión, que tiene claro que sólo si el bien se adquiere en propiedad puede quedar afecto al derecho expectante de viudedad, de modo que no lo están aquellos bienes sobre los que lo adquirido es un derecho real de goce distinto, aunque recaiga sobre inmuebles o explotaciones económicas³⁹.

Sin embargo, no es preciso que la propiedad recaiga sobre la totalidad del bien; también quedan afectas las cuotas indivisas.

Tampoco es necesario que el dominio sea pleno, por lo que afecta a los bienes adquiridos en nuda propiedad, aunque, si se llega a hacer efectivo, el usufructo viudal del cónyuge del nudo propietario quedará pospuesto al usufructo previo que exista sobre dichos bienes.

En general, parece claro que no es preciso que el cónyuge propietario esté en posesión del bien⁴⁰: el usufructo viudal que recibirá su cónyuge al fallecer aquél estaría sujeto a las mismas limitaciones con que lo hubiera adquirido el fallecido; así, si el bien estaba arrendado, la posesión inmediata será del arrendatario y al cónyuge viudo le corresponderá el usufructo viudal con posesión mediata sobre el bien.

Para que queden sujetos al derecho expectante de viudedad, los bienes tienen que haber estado en el patrimonio de los cónyuges durante la vigencia del matrimonio, de modo que los enajenados antes quedan fuera del mismo. Por la misma razón, no recae sobre los bienes de una herencia que es repudiada, porque, entonces, los bienes no han llegado a adquirirse y, por ello, la repudiación

³⁹ Entre otros, puede verse en SANCHO REBULLIDA, F.A. y DE PABLO CONTRERAS, P., («Comentario al art. 76», *ob. cit.*, pág. 722).

⁴⁰ Así lo disponía expresamente la observancia 59 *De iure dotium*.

no requiere la intervención del cónyuge del repudiante para que el beneficiario de la repudiación reciba la herencia libre de su derecho expectante de viudedad, aunque existan inmuebles por naturaleza o empresas o explotaciones económicas en ella. Distinto es el caso de la llamada renuncia derivativa de la herencia, la que se produce a favor de persona distinta de aquella a la que debe pasar el llamamiento hereditario en caso de repudiación, ya que, entonces, la herencia se entiende aceptada y transmitida al beneficiario de la renuncia, por lo que, si existen en ella inmuebles por naturaleza o empresas o explotaciones económicas, quedarán afectos al derecho expectante de viudedad del cónyuge del repudiante.

Las circunstancias de la adquisición de la propiedad deberán ser tenidas en cuenta para decidir si hay derecho expectante de viudedad y, en su caso, con qué limitaciones o con qué derechos antepuestos. La casuística puede ser diversa, veamos algunos supuestos. Los bienes comprados por uno de los cónyuges cuya propiedad todavía no ha sido adquirida no quedan afectos; así sucederá si no ha habido tradición o si se ha pactado una reserva de dominio; en consecuencia, la cesión de los derechos contractuales a un tercero no es una enajenación de un inmueble en propiedad y podrá llevarse a cabo como libre sin necesidad de intervención del otro cónyuge. Si en la adquisición se ha pactado una condición resolutoria, el bien queda sujeto al derecho expectante de viudedad, pero subordinado a la propiedad adquirida, de modo que se extinguirá si la propiedad se pierde por el cumplimiento de la condición resolutoria; lo mismo sucederá si el bien se ha adquirido sujeto a retracto convencional y éste llega a ejercitarse; o si el bien se adquiere sujeto a hipoteca o si el precio aplazado se garantiza en el mismo acto con hipoteca sobre el mismo bien adquirido, supuestos en que la hipoteca estará antepuesta al derecho expectante de viudedad del cónyuge adquirente, de modo que si se ejecuta la hipoteca el derecho expectante de viudedad se extinguirá; o si el bien se ha adquirido por donación con reserva por parte del donante de la facultad de disposición (art. 639 CC) o con cláusula de reversión (art. 641 CC): la disposición o el ejercicio de la reversión dejan sin efecto el derecho expectante de viudedad del cónyuge del donatario. En estos últimos casos, si el cónyuge propietario enajena el bien sin intervención de su cónyuge estando pendiente el cumplimiento de la condición, el ejercicio del retracto, la ejecución de la hipoteca, el ejercicio de la facultad de disposición por el donante o el ejercicio de la reversión, el adquirente lo recibirá sujeto a estos derechos y también al derecho expectante de viudedad del cónyuge del enajenante; ahora bien, éste quedará extinguido por el posterior acaecimiento de dichas circunstancias, porque los indicados derechos mantendrán su prioridad frente al expectante, aunque el bien se hubiera enajenado.

Un supuesto muy particular es el que contempla la STS 29-1-1982, que concluye que, si la adquisición por el tercero se produjo por una usucapción comen-

zada antes de que, el fallecido cónyuge de la demandante adquiriera *formalmente* la propiedad, no hubo derecho expectante de viudedad a su favor ni, por tanto, fallecido su cónyuge, usufructo viudal sobre dicho bien.

Conforme a lo dicho, si el derecho que sobre el bien corresponde al cónyuge es distinto del dominio, aunque sea un derecho real de disfrute, no quedará afecto al derecho de viudedad del otro. Veamos algunos supuestos:

1) Derecho de usufructo. Los bienes sobre los que un cónyuge tiene el derecho de usufructo no están sometidos al derecho expectante de viudedad del otro. Desde luego, si se trata de usufructo vitalicio, puesto que se extingue por fallecimiento del usufructuario. Pero tampoco quedarán afectos los bienes que un cónyuge haya adquirido en régimen de usufructo temporal, que no se extingue al fallecimiento del usufructuario, sino que pasa a sus herederos hasta su conclusión, de modo que el cónyuge del usufructuario no podrá recabar el usufructo de viudedad a dichos herederos y es irrelevante que el usufructo haya sido renunciado o enajenado.

Con más razón queda también fuera el derecho de habitación, que es intransmisible (art. 525 CC).

2) Servidumbres personales (art. 531 CC) o derechos de aprovechamiento parcial (terminología que utiliza el art. 555 CDFA). Sucede lo mismo, de modo que, incluso en el caso de que estén configurados como transmisibles, podrán enajenarse libres del derecho expectante de viudedad del cónyuge, así como renunciarse sin interferencia de éste.

3) Arrendamiento. Desde luego el bien que se disfruta en régimen de arrendamiento de uno de los cónyuges no se verá afectado por el derecho de viudedad: el arrendamiento tiene sus propias reglas sobre qué sucede con el contrato si fallece el arrendatario. Incluso, aunque el arrendamiento lo fuera de un local en que se ejerciera una explotación económica, el destino de aquél vendrá marcado por la normativa específica en materia de arrendamientos; no podrá considerarse como una parte integrante de una explotación económica y, como tal, sujeto al derecho expectante de viudedad. Por tanto, el cónyuge titular del arrendamiento no precisará el consentimiento del otro para ceder como libre el arrendamiento, ni para renunciarlo.

4) Derecho de superficie. Es un derecho real que permite edificar o plantar en un inmueble ajeno y hacer propio lo edificado o plantado, si bien por un tiempo limitado, transcurrido el cual revierten al propietario del inmueble. Por tanto, en este derecho puede distinguirse dos fases, que parece que tienen relevancia en cuanto al derecho expectante de viudedad. En la primera, es decir, cuando se es titular del derecho a edificar o plantar, pero no se ha ejercitado, el super-

ficiario no es titular de un derecho de propiedad y, por ello, no está sujeto al derecho expectante de viudedad, de modo que podrá ceder y renunciar su derecho como libre de él. Una vez realizada la construcción o la plantación, habrá una propiedad, si quiera sea temporal, la llamada *propiedad superficial*, que parece que sí quedaría afecta al derecho expectante de viudedad, si bien, lógicamente, el derecho de usufructo viudal que el cónyuge, en su caso, llegara a adquirir tendría el límite temporal de dicha propiedad.

- 5) Derecho de vuelo. Se trata de un derecho real por el que su titular adquiere la facultad de elevar una o varias plantas o realizar construcciones bajo el suelo en un inmueble de otra persona, de modo que, una vez ejercitado, adquiere la propiedad definitiva de lo construido. Aunque existe cierta discusión doctrinal sobre su naturaleza jurídica, parece que la más adecuada es la que lo configura como un derecho real sobre cosa ajena con vocación de dominio, es decir, con una doble fase similar a la que hemos visto para el derecho de superficie, con la diferencia de que la propiedad que se adquiere sobre lo construido no está sujeta a límite temporal. Por tanto, entiendo que son válidas las mismas consideraciones que para el derecho de superficie, pero sin dicho límite.
- 6) Derecho de aprovechamiento por turno de inmuebles. Está regulado en el Real Decreto-Ley 8/2012, que dice que este derecho atribuye a su titular la facultad de disfrutar, con carácter exclusivo, durante un período específico de cada año, consecutivo o alterno, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio en el que estuviera integrado y que esté dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto, así como del derecho a la prestación de los servicios complementarios, añadiendo que el derecho de aprovechamiento por turno podrá constituirse como derecho real limitado o con carácter obligacional y que no podrá en ningún caso vincularse a una cuota indivisa de la propiedad, ni denominarse multipropiedad, ni de cualquier otra manera que contenga la palabra propiedad (art. 23). En consecuencia, no está sujeto al derecho expectante de viudedad.

VII. BIENES QUE QUEDAN EXCLUIDOS DEL DERECHO EXPECTANTE DE VIUEDAD.

Como ya hemos indicado, el derecho de viudedad foral aragonés es, en principio, por ley, universal, si bien, en realidad, el derecho expectante de viudedad se limita a los bienes inmuebles por naturaleza y a las empresas y explotaciones económicas que se tengan en propiedad.

Pero, aún entre estos bienes, tal y como hemos adelantado antes, hay dos grupos de bienes que pueden enajenarse por un cónyuge sin que queden sujetos al usufructo viudal del otro, en los que, por tanto, no puede hablarse, con propiedad, de que exista derecho expectante de viudedad, pese a la literalidad del CDFA, que establece que sobre esos bienes sí que hay derecho expectante de viudedad, aunque su enajenación lo extingue.

Esto es lo que sucede con los bienes consorciales y con los incluidos en el tráfico habitual de la profesión o negocio.

1. Bienes consorciales.

En mi opinión, todos los bienes consorciales (es decir, los comunes en el ámbito del régimen económico matrimonial legal de consorcio conyugal) están excluidos del derecho expectante de viudedad, puesto que su enajenación válida se entiende hecha, en todo caso, libre de él (art. 280.1.b). En efecto, como hemos dicho, la esencia del derecho expectante de viudedad consiste en que la enajenación de los bienes no lo menoscaba, luego si su válida enajenación se puede hacer sin que el derecho se mantenga es que, en realidad, estos bienes no están sujetos al derecho expectante de viudedad.

En este punto, la LRMV supuso un cambio importante respecto de la legislación anterior, bajo la cual el tratamiento del derecho expectante en materia de bienes consorciales evolucionó de forma un tanto tortuosa, que parece oportuno recordar.

Aunque muy inicialmente, los Fueros invalidaban cualquier especie de enajenación de inmueble otorgada por el marido sin consentimiento de la mujer, las Observancias atribuyeron al marido la facultad de enajenación de los bienes inmuebles, pero la esposa debía prestar su consentimiento para que no quedara a salvo su derecho de viudedad, que es en lo que consiste el derecho expectante de viudedad, aunque tardó en denominarse así⁴¹. En ese momento, el Derecho aragonés se podía considerar un precursor de los derechos de la mujer, en la medida en que, frente al resto de los Derechos de la época, se hacía preciso el consentimiento de la esposa para la enajenación como libres de los bienes comunes y también de los propios de ella.

Sin embargo, la Compilación de 1967 alteró este sistema, ya que, aunque mantuvo al marido como administrador de la comunidad conyugal, estableció que para los actos de disposición voluntaria sobre inmuebles y establecimien-

⁴¹ Véase la nota 12.

tos mercantiles necesitaba el consentimiento del otro cónyuge o, en su defecto, aprobación de la Junta de Parientes y, en otro caso, autorización judicial; y, por otra parte, dispuso que el derecho expectante de viudedad no se extinguía en caso de enajenación sino por renuncia expresa; con lo cual, resultaba que para la enajenación por el marido era preciso un doble consentimiento por parte de la esposa: el consentimiento a la enajenación misma y, además, la renuncia expresa al derecho expectante de viudedad; se partía del absurdo de que el consentimiento a la enajenación no era suficiente para declarar extinguido el derecho expectante de viudedad, es decir, que no renunciar expresamente era equivalente a reservarse tal derecho.

La reforma de la Compilación de 1985 puso fin a este sinsentido, al disponer que, salvo reserva expresa, la enajenación, o el consentimiento a ella, de los bienes comunes equivalía a la renuncia al derecho expectante de viudedad de quien enajena o consiente. Pero aún quedaban cuestiones pendientes: en los casos de enajenación de bienes consorciales realizada por uno solo de los cónyuges, cuando esto era posible, no se extinguía el derecho expectante de viudedad del otro; tampoco se resolvía el tema de los bienes privativos, donde, aunque concuerran ambos cónyuges, se seguía exigiendo la renuncia expresa.

Por fin, la LREMV resolvió estos últimos problemas de forma radical: sobre los bienes consorciales no hay derecho expectante de viudedad, porque su enajenación válida se hace sin que los bienes enajenados queden sujetos al derecho de viudedad.

Es cierto que no dice esto la literalidad del art. 280, pero, en mi opinión, esta es engañosa. Trata de salvaguardar la ficción de la viudedad como derecho unitario y da a entender que sobre estos bienes hay derecho expectante, por ello, dice que la “enajenación válida” del bien consorcial “extingue” el derecho expectante, pero, en realidad, insistimos en ello, si la enajenación puede hacerse como libre del derecho expectante es porque éste, en realidad, no existe. El adjetivo “válida” nada añade, porque si la enajenación no ha reunido los requisitos precisos para su validez, no es que se mantenga el derecho expectante de viudedad sobre los bienes, sino que, sencillamente, el bien no se ha enajenado, por lo que sigue estando en el patrimonio consorcial y, en caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, ese bien, en la medida en que se adjudique al patrimonio del fallecido, igual que el resto del patrimonio de éste, quedará sujeto al usufructo de viudedad del sobreviviente, de forma idéntica a como sucede con cualquiera otro de los derechos de usufructo universales de viudedad existentes en los demás Derechos que no regulan el derecho expectante de viudedad.

Ésta creo que es la conclusión a la que lleva la lógica de las cosas, pese a la literalidad de la norma y a que hasta ahora ninguno de los autores que han tratado acerca del derecho expectante de viudedad ha llegado de forma tan directa a esta conclusión. Por ello, creo que carece de interés la polémica acerca del momento y las circunstancias en que se produce la extinción del derecho expectante de viudedad en las transmisiones de bienes consorciales y su relación con el régimen de ineficacia de los actos llevados a cabo sobre bienes consorciales que regula el art. 235 CDFA⁴².

Téngase en cuenta que, aunque lo normal será que la enajenación la realicen ambos cónyuges conjuntamente o uno con el consentimiento del otro (art. 233 CDFA), hay diversos supuestos en que puede ser realizada por uno solo de ellos, concretamente: por haberse pactado en capitulaciones matrimoniales (art. 229.1); por ser necesarios para satisfacer 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 mediante justificación de la necesidad

⁴² Este precepto establece que *“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”*. Y que *“el cónyuge cuyo consentimiento se omitió puede prestarlo expresa o tácitamente con posterioridad, pero no se presume en ningún caso. Mientras no consienta, puede interponer demanda contra el comprador en petición de que se declare que la compraventa en que no ha sido parte le es inoponible, así como exigir la restitución al patrimonio común de la cosa vendida y entregada, salvo que el comprador haya adquirido la propiedad por usucapión o, si es el caso, en virtud de las reglas de protección de terceros de buena fe”*.

La polémica aludida se refiere, fundamentalmente, a si la venta por sí sola, aunque no produzca la transmisión del bien, extingue el derecho expectante de viudedad y también a si la adquisición por usucapión por el adquirente lo extingue. CARMEN LERMA RODRIGO considera que la venta de un inmueble consorcial sin consentimiento de uno de los cónyuges cuando dicho consentimiento es preciso no extingue en ningún caso el derecho expectante de viudedad, ni siquiera cuando el comprador adquiere el bien comprado por usucapión, porque para ello sería necesario que la enajenación sea válida de acuerdo con la regulación específica sobre actos de disposición de consorciales («La extinción del derecho expectante de viudedad», *Actas del Foro de Derecho Aragonés, Decimocuartos Encuentros*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2005, págs. 149-150). En cambio, CARMEN BAYOD LÓPEZ considera que la extinción se produce en todos los casos en que se haya operado definitivamente la adquisición del bien por parte del tercer adquirente, mientras tanto no puede hablarse de válida enajenación, y que mientras el bien objeto de transmisión pueda ser restituido al patrimonio consorcial a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se omitió debe pervivir el expectante, porque el tercero aún no es propietario, si bien con un carácter claudicante, puesto que si adquiere su propiedad, bien porque el cónyuge no disponente presta su consentimiento a la venta, bien porque opera la protección del art. 34 LH, bien porque adquiere por usucapión, el expectante debe extinguirse, al ser válida la venta y haberse producido de forma irrevindicable la adquisición del dominio («La viudedad», *Manual de Derecho Civil Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, págs. 478-479).

del acto con la declaración, en ese sentido, de la Junta de Parientes del otro cónyuge (art. 230.d en relación al 218.1.a); por estar incluidos los bienes enajenados en el tráfico habitual de su profesión o negocio, lo que podrá acreditarse mediante la aseveración del Notario de que le consta por notoriedad (art. 231); por actuar un cónyuge con autorización del Juez, por estar el otro impedido para prestarlo o haberse negado injustificadamente a ello (art. 234); o por haberse atribuido por el Juez la gestión del patrimonio común a uno de los cónyuges ante la imposibilidad del otro (art. 240), haberse privado por el Juez a uno de los cónyuges de sus facultades de gestión por haber puesto en peligro repetidamente la economía familiar (241) o por estar el otro cónyuge incapacitado o ausente y siempre que para la enajenación se haya obtenido autorización del Juez o de la Junta de Parientes (art. 242⁴³). Incluso, puede ser que la enajenación hecha por uno solo devenga válida por usucapión del adquirente.

Los amplios términos en que está redactada la norma la hace aplicable tanto a los casos de enajenación voluntaria como forzosa, de modo que si ésta se lleva cumpliendo los requisitos precisos para su validez, los bienes enajenados no quedarán sujetos al derecho de viudedad de los cónyuges.

Un bien inicialmente consorcial puede pasar a ser privativo y viceversa, bien porque los cónyuges pacten la restricción o ampliación de la comunidad conyugal (art. 215 CDFA), o porque liquiden la comunidad conyugal y se dividan los bienes que la componen. Si un bien consorcial deja de serlo, desde ese momento queda sometido al derecho expectante de viudedad de su cónyuge. Si sucede al revés, es decir si el bien privativo deviene consorcial, en ese momento se extingue el derecho expectante; no es como dice la norma, que el derecho expectante se extingue cuando se enajena el bien, sino que se extingue por adquirir carácter consorcial y es por ello que puede enajenarse libre de él.

Por otro lado, hay que indicar que no se aplica el mismo régimen a los bienes que pertenecen a ambos cónyuges por mitad y pro indiviso, sin carácter consorcial, por haberlos adquirido así antes de estar vigente el régimen económico matrimonial de consorcio conyugal, o porque están casados en régimen de separación de bienes. En tal supuesto, la cuota indivisa de cada uno está sujeta al derecho expectante de viudedad del otro.

⁴³ Suele entenderse que, aunque el requisito de autorización del Juez o de la Junta de Parientes para la enajenación sólo se exige expresamente en el supuesto de incapacitación o ausencia de uno de los cónyuges (art. 242), también es de aplicación en los casos de atribución de gestión a uno solo de los cónyuges por imposibilidad del otro (art. 240) y de privación de la gestión a uno de ellos (art. 241).

2. Los bienes privativos de uno de los cónyuges incluidos en el tráfico habitual de su profesión o negocio.

Aquí sucede lo mismo que con los bienes consorciales: no están sujetos al derecho expectante de viudedad, pese a la literalidad de la norma (art. 280.1.c), porque pueden enajenarse por el cónyuge empresario por sí solo sin quedar sujetos al derecho de viudedad del otro.

Antes de la LREMV, sólo tenía relevancia la naturaleza de los bienes (inmuebles o explotaciones económicas), no que éstos estuvieran en el tráfico habitual de la profesión o negocio. La cuestión se planteaba fundamentalmente en el promotor inmobiliario individual casado, que necesitaba el consentimiento de su cónyuge para la venta de los productos de su actividad empresarial, que eran inmuebles⁴⁴. La LREMV ha resuelto esta cuestión adecuadamente, porque carecía de sentido que en estos casos fuera necesaria la renuncia del cónyuge del empresario al derecho expectante de viudedad o, subsidiariamente, acudir a los procedimientos de extinción residuales que luego se examinarán.

La norma se completa indicando que, para probar en el tráfico que un acto está incluido en el giro habitual del que lo realiza, bastará que así resulte de la aseveración del Notario de que le consta por notoriedad. La declaración de notoriedad es impugnabile, por supuesto, pero genera una presunción que es preciso destruir mediante la correspondiente declaración judicial.

Esta solución está en la misma línea que la dada a los bienes de igual naturaleza de carácter consorcial, para los que, frente a la regla general de que su enajenación requiere ser realizada por ambos o con uno de ellos con el consentimiento del otro (arts. 229 y 233), se considera suficientemente legitimado para la enajenación al cónyuge empresario (art. 231). Siendo bienes consorciales, como hemos dicho en el apartado anterior, no quedan sujetos al derecho expectante de viudedad, puesto que el cónyuge empresario puede enajenarlos sin sujeción a él.

⁴⁴ Aunque hubo autores que se esforzaron en argumentar que estos bienes quedaban fuera de la sujeción al derecho expectante de viudedad, como SANCHO REBULLIDA, F.A. y DE PABLO CONTRERAS, P. («Comentario al art. 76», *ob. cit.*, págs 718-721), sobre la base de que lo que estaba sujeto al derecho expectante de viudedad en estos casos sólo era la empresa o explotación misma y los elementos principales de la misma (sede física, inmovilizado, nombre comercial, etc.), pero no los productos de la actividad, porque, aunque fueran inmuebles, eran elementos accesorios. En contra, LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E. («Comentario al art. 76 de la Compilación aragonesa», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXXIII, Vol. 2º, Madrid 1990, pág. 327).

La condición de estar incluido un bien en el tráfico habitual de su profesión o negocio, igual que veíamos con la consorcialidad, puede cambiar con el tiempo. Si un bien en principio afecto al tráfico habitual deja de estarlo, desde ese momento quedará sometido al derecho expectante de viudedad. Sería el caso de la vivienda que promueve el promotor inmobiliario y luego decide dedicarla a su uso personal.

VIII. PACTOS SOBRE EL DERECHO EXPECTANTE DE VIUEDAD: SU ALCANCE E INTERPRETACIÓN

1. Alcance de los pactos.

En el Derecho aragonés, se reconoce, con carácter general, gran libertad de pacto: *“conforme al principio standum est chartae, se estará, en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés”* (art. 3 C DFA).

Este principio tiene manifestaciones particulares en muchos de los preceptos del Derecho aragonés y, con frecuencia, se insiste en él para determinadas instituciones. Así, para el derecho de viudedad, el art. 272.1 establece que los cónyuges pueden *“regularlo como libremente convengan”*.

Los pactos sobre el derecho de viudedad deben establecerse por los cónyuges en escritura pública o ser dispuestos de mancomún en su testamento, es decir, que si se establecen en testamento, éste debe ser mancomunado; aunque no se diga expresamente, también podrían establecerse en pacto sucesorio, puesto que éste necesariamente debe otorgarse en escritura pública (art. 377); y, si son anteriores al matrimonio, habrán de constar en capitulaciones matrimoniales (que también debe formalizarse en escritura pública, conforme al art. 195, con la particularidad de que deben otorgarse en contemplación a la celebración del matrimonio).

Sin embargo, la aparente amplitud de los pactos tiene que ponerse en cuestión en lo que al derecho expectante de viudedad se refiere. En mi opinión, la libertad de pacto sólo puede actuar para reducir su ámbito. Es decir, la regulación legal se tiene que considerar un régimen de máximos, que los cónyuges pueden reducir, pero no ampliar. Esto es así por la afectación que produce este derecho en el tráfico jurídico, como gravamen real legal oponible a los adquirentes, con independencia de que conozcan o no su existencia; una extensión más allá de la regulación legal de este gravamen contravendría las reglas sobre el orden público en materia de seguridad del tráfico jurídico inmobiliario.

Desde este planteamiento, no serían posibles pactos como los siguientes:

- Establecer el derecho expectante de viudedad cuando no proceda conforme a los puntos de conexión que antes se examinaron, incluso en el caso de que ambos cónyuges tengan, en el momento del pacto, vecindad civil aragonesa.
- Extender el derecho expectante de viudedad a aquellos bienes sobre los que, según lo que vimos en el apartado anterior, no recae: los bienes muebles, los consorciales y los privativos de uno de los cónyuges incluidos en el tráfico habitual de su profesión o negocio.
- Limitar los supuestos en que se extingue del derecho expectante de viudedad regulados en los arts. 280 y 281 CDFA.
- Mantener el derecho expectante de viudedad en caso de disolución del matrimonio o declaración de nulidad del mismo (art. 276 CDFA), que, en realidad, son supuestos de extinción del derecho de viudedad, sin posibilidad de pacto en contrario (de hecho, el indicado precepto utiliza el adverbio “*necesariamente*” para referirse a la extinción). Por el contrario, sí que se permite pactar su mantenimiento en caso de separación matrimonial, como veremos.
- Mantener el derecho expectante de viudedad sobre los bienes del declarado ausente (art. 54.2 CDFA).
- Suprimir la exclusión de viudedad establecida por la persona de la que uno de los cónyuges haya recibido los bienes a título lucrativo (art. 277 CDFA).

En suma, no puede pretenderse hacer llegar el gravamen legal que sobre los bienes de los cónyuges supone el derecho expectante de viudedad más allá de lo que dispone la ley.

2. Interpretación de los pactos y disposiciones sobre el derecho expectante de viudedad.

El propio art. 272, en su apartado 3, establece que “*las cláusulas contractuales y testamentarias relativas a la viudedad se entenderán siempre en sentido favorable a la misma*”. Es el principio que se denomina “*favor viduitatis*”, generalmente muy alabado por la doctrina, en línea con el objetivo legal de protección del cónyuge viudo.

Ahora bien, creo que este principio no puede ser aplicado igual al derecho expectante de viudedad que al usufructo viudal. Respecto de los bienes sujetos ya a éste, resulta razonable que, en caso de duda, se estime preferible la protección de los derechos del cónyuge viudo sobre los de los sucesores del cónyuge premuerto. Ahora bien, en cuanto al derecho expectante de viudedad, entiendo que

el principio interpretativo que debe prevalecer es el contrario, es decir, que la propiedad se presume libre de gravámenes y que los que se establezcan están sujetos a interpretación restrictiva, de modo que, en caso de duda, debería entenderse que no rige el derecho expectante de viudedad.

Un tipo de cláusula que suscita dudas es la que se establece en escritura de capitulaciones matrimoniales en que los cónyuges pactan separación de bienes. Ya dijimos antes que el derecho de viudedad es compatible con cualquier régimen económico matrimonial, por lo que hay que dejar claro en las capitulaciones matrimoniales si se mantiene o excluye. Ahora bien, sucede en ocasiones, sobre todo cuando se trata de capitulaciones otorgadas fuera de Aragón, que se omite en ellas referencia expresa al derecho de viudedad, pero, no obstante, los cónyuges dejan muy claro que su voluntad es que cada uno puede enajenar sus bienes con total autonomía y sin ninguna limitación por razón del régimen económico matrimonial. Se viene entendiendo, de modo general, que en esos casos no se ha excluido el derecho expectante de viudedad, ni se ha renunciado a él, partiendo del principio *favor viduitatis*, del que se deriva que la renuncia debe ser expresa (arts. 205.2 y 280.1.a) y que no puede presumirse su exclusión si no consta expresamente. Esta interpretación, con frecuencia, choca con lo que claramente era la voluntad de los cónyuges y entiendo que debería ser corregida, al menos cuando el texto de las capitulaciones es lo suficientemente contundente en el sentido de que en ningún caso será necesitará un cónyuge el consentimiento del otro para enajenar los bienes libremente y, por tanto, sin cargas derivadas de derechos de éste; sin que ello suponga que también se ha renunciado al usufructo viudal, porque esto sí que no resulta de las cláusulas capitulares del tipo citado.

Otra cláusula que suscita dudas es aquella en la que los cónyuges excluyen o renuncian al derecho expectante de viudedad, sin especificar si la exclusión o renuncia se extiende también al usufructo viudal sobre los bienes no enajenados. En efecto, el actual CDEFA acepta la posibilidad de excluir o renunciar sólo el derecho expectante de viudedad, manteniendo el usufructo viudal (arts. 272.2 y 274.2). Esta posibilidad fue introduciéndose poco a poco en la práctica notarial, con resistencias al principio, cuando, por el principio de unidad de la viudedad, se consideraba que no podía haber usufructo de viudedad sin previo derecho expectante (art. 79 de la Compilación), por lo que la renuncia a éste suponía renunciar a todo el derecho de viudedad; al final, el legislador ha acabado incorporando esta posibilidad a la ley. Pues bien, el problema es cómo interpretar la exclusión o renuncia al derecho expectante de viudedad que no precisa si se hace o no extensiva al usufructo viudal, cláusula que no es infrecuente ver. Y no

es sencillo dar respuesta a esta cuestión. Se trata de determinar cuál ha sido la voluntad de los cónyuges y, para ello, será imprescindible atender a la fecha en que se llevó a cabo el pacto de exclusión o la renuncia, puesto que si es anterior al tiempo en que se aceptó la renuncia sólo al derecho expectante de viudedad, será indudable que al excluir o renunciar al derecho expectante de viudedad estaban comprendiendo todo el derecho de viudedad como unidad inseparable; mientras que, a partir del momento en que se extendió la práctica de admitir la renuncia sólo del derecho expectante de viudedad, la solución debe ser la contraria; habría sido conveniente que el legislador, en la última reforma, se pronunciara expresamente en el sentido de que la exclusión o renuncia al derecho expectante de viudedad no implica la del usufructo viudal sobre los bienes existentes en el momento del fallecimiento si no se indica expresamente, aunque creo es la interpretación más convincente, porque para el usufructo viudal sí que rige en toda su extensión el principio *favor viduitatis*; como se decía antes, es una prueba de la quiebra del *sacro santo* principio de la unidad del derecho de viudedad.

El problema, dado que esta posibilidad fue introduciéndose progresivamente, es fijar a partir de qué momento se produce este cambio copernicano en la forma en que debemos interpretar una cláusula o renuncia como la indicada. Desde luego, las cláusulas anteriores a la Compilación e, incluso, las inmediatamente posteriores a ella, debe considerarse que comprenden el derecho de viudedad como un todo. Quizá la fecha que puede tomarse como referencia es la de la reforma de la Compilación llevada a cabo por Ley 3/1985, de 21 de mayo, que, por primera vez, reguló la renuncia genérica del derecho de viudedad, independiente de la enajenación de los bienes, admitiendo que podía ser total o parcial. Es una manifestación más de las distorsiones que crea esta configuración como figura unitaria de lo que son dos figuras jurídicas muy distintas⁴⁵.

⁴⁵ La SAP de Zaragoza de 7 de marzo de 1994 resuelve un supuesto en el que los cónyuges, en escritura de 1953, habían renunciado al derecho expectante de viudedad y, posteriormente, en 1990, otorgan una nueva escritura en la que aclaran que la renuncia se refiere a las transmisiones de bienes hechas en vida de ambos, conservando el sobreviviente al fallecimiento de cualquiera de ellos el usufructo viudal aragonés. Aunque a veces se cita esta sentencia en apoyo de que la renuncia al derecho expectante, sin decir nada más, no implica la de usufructo de viudedad sobre los bienes que existan al fallecimiento, lo cierto es que en este caso la segunda escritura resolvía de forma explícita la cuestión.

IX. CASOS EN QUE NO RIGE EL DERECHO EXPECTANTE DE VIUEDAD

Aún tratándose de matrimonios que reúnen las circunstancias antes examinadas para su sujeción al derecho expectante de viudedad y de bienes a los que, en principio, se extiende éste, hay ciertos casos en que los bienes de los cónyuges están libres de él, por razones de diverso tipo, pero que preferimos agrupar en este apartado.

1. Pacto de exclusión.

No habrá derecho expectante de viudedad cuando los cónyuges hayan acordado su exclusión, que se permite sobre la base del principio de libertad de pacto que se regula el art. 272 CDFA.

La exclusión puede referirse a todos los bienes o sólo a algunos de ellos y puede afectar a ambos cónyuges o sólo a uno de los dos. Podría también someterse a condiciones, por ejemplo que la afección quede sin efecto si los bienes se enajenan a determinadas personas o de determinada manera. Nada parece impedir someterla a término final, de modo que se pacte que el derecho expectante se restablezca a partir de determinada fecha, en cuyo caso los bienes que se enajenen con anterioridad quedarán libres de la afección.

Si el matrimonio ya se ha celebrado, la exclusión supondrá la extinción, desde ese momento, del derecho expectante. La extinción tendrá efectos también hacia atrás, por lo que si, antes de ella, una persona hubiera enajenado bienes sin el consentimiento o renuncia de su cónyuge, de modo que dichos bienes hubieran quedado afectos al derecho de viudedad de éste, la exclusión dejará sin efecto la afección también en cuanto a esos bienes.

Si la exclusión se hace antes del matrimonio, lo que sucede es que el derecho expectante no llega a nacer.

Hoy se permite pactar, en escritura pública, la exclusión del derecho expectante de viudedad, conservando para su caso el de usufructo viudal (art. 272.2). Sin embargo, no ha sido fácil llegar a esta situación, ya que inicialmente, esta posibilidad fue discutida, sobre la base de la unidad de la institución. Este rigor fue siendo socavado por la práctica notarial, que fue introduciendo vías para conseguir ese objetivo. Téngase en cuenta que, así como el usufructo viudal universal es deseado por la mayoría de los cónyuges aragoneses, no sucede lo mismo con el derecho expectante de viudedad, porque muchas personas entienden que constituye una intolerable limitación a la facultad de disponer en vida de sus bienes. Por ello, hay muchos cónyuges que quieren excluir el derecho expectante, pero mantener el usufructo viudal sobre los bienes existentes al tiempo del fallecimiento.

La primera vía que se utilizó para conseguir ese fin consistió en que los cónyuges se autorizaran recíprocamente para que, cuando uno de ellos enajenara un inmueble, pudiera renunciar al derecho expectante de viudedad correspondiente al otro, a modo de apoderado del mismo. Otro camino fue realizar renunciaciones al derecho expectante de viudedad que, aunque hechas de presente, diferían su eficacia al momento de la enajenación, lo que, de hecho, suponía excluir el derecho expectante de viudedad, que consiste, precisamente, en que la enajenación no extingue la afección. La reforma de la Compilación de 1985 ya abrió el paso a renunciaciones genéricas al derecho expectante de viudedad, aunque no decía expresamente que esa renuncia podía hacerse con conservación del usufructo viudal. Por fin, la LREMV de 2003 (y de ahí ha pasado al CDFa) aceptó de modo explícito la posibilidad de excluir la aplicación del derecho expectante. En estos casos, si el bien no se enajena, al fallecer su titular, su cónyuge tendrá usufructo viudal sobre él, que no habrá estado precedido por una fase de derecho expectante de viudedad; es una quiebra de la unidad, que ha terminado aceptándose; el Preámbulo de la LREMV (hoy en el CDFa) lo explica así: *“La práctica ha introducido renunciaciones al derecho de viudedad limitadas al derecho expectante, con la finalidad de que el cónyuge propietario de los inmuebles pueda disponer de ellos sin trabas, pero conservando el renunciante el usufructo sobre todos aquellos que aquél no haya enajenado. Es una finalidad razonable que se expresa de maneras diversas en los documentos notariales...”*.

Nos remitimos a lo que se decía antes, al tratar de los pactos relativos al derecho de viudedad, sobre las dudas acerca de si la exclusión o renuncia al derecho expectante de viudedad sin indicar si comprende también la del usufructo viudal.

Es una obviedad que no cabe lo contrario, es decir, excluir el usufructo viudal manteniendo el derecho expectante de viudedad, dado el carácter vicario que éste tiene respecto de aquél: como hemos dicho, el derecho expectante consiste precisamente en poder disfrutar del usufructo viudal sobre los bienes enajenados, luego, si éste ha sido excluido, el expectante carece de sentido. Es ésta la razón por la que la norma no contempla esta posibilidad. No podría, por ello, pretenderse mantener el derecho expectante pese a excluir el usufructo viudal en el entendimiento de que, así, si posteriormente los cónyuges modifican el pacto de exclusión y lo recuperan quedarían afectos al mismo los bienes enajenados en el *interregno* sin el consentimiento de ambos⁴⁶.

⁴⁶ Sin embargo, GIL NOGUERAS, L.A. («De la viudedad» *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, Zaragoza, 2007, págs. 298-300) considera que un cónyuge puede desear renunciar al

El pacto de exclusión debe contenerse en escritura pública y, si se otorga antes de contraer matrimonio, tienen que constar en capitulaciones matrimoniales, es decir, también en escritura pública y en contemplación a la celebración del matrimonio. Estamos ante un requisito de forma constitutivo, es decir, de cuyo cumplimiento depende la validez del pacto. El legislador ha optado por el rigor formal por la importancia de este pacto y para garantizar que, a través de la intervención notarial, los cónyuges conozcan sus efectos, además de para asegurar su autenticidad.

En el caso de que la exclusión se pacte en capitulaciones matrimoniales, se publicará en el Registro Civil como parte de ellas, al margen de la inscripción de matrimonio (arts. 77 LRC de 1957, 60 LRC de 2011, 1.333 CC y 266 RRC). Las demás escrituras sobre exclusión del derecho de viudedad, aunque no sean, en puridad, capitulaciones matrimoniales, también deben hacerse constar en el Registro Civil, por la fuerte vinculación que tiene con el régimen económico matrimonial y por la incidencia en los derechos de terceros.

En principio, nada impide que los cónyuges que han pactado la exclusión del derecho expectante de viudedad otorguen un nuevo pacto que la deje sin efecto y, por tanto, vuelvan a sujetarse a él, pacto que deberá constar en escritura pública. El problema de este pacto son sus efectos frente al tercero que adquiere de un cónyuge que exhibe la escritura pública de exclusión, pero no la que vuelve a establecer el derecho expectante de viudedad. Esta cuestión debe resolverse sobre la base de lo dispuesto en el art. 1219 CC.: *“Las escrituras hechas para desvirtuar otra escritura anterior entre los mismos interesados, sólo producirán efectos contra terceros cuando el contenido de aquéllas hubiese sido anotado en el registro público competente o al margen de la escritura matriz y del traslado o copia en cuya virtud hubiese procedido el tercero”*. Este precepto consagra la presunción de integridad de la escritura pública frente a tercero, limitando la eficacia de las llamadas contraescrituras, documentos especialmente peligrosos, en cuanto que pueden ser vehículo de la simulación. Entendemos que esta escritura deberá hacerse constar en el Registro Civil, por las razones ya expresadas. Por ello, si la escritura no se ha anotado en el Registro Civil, no será oponible a los terceros de buena fe que desconozcan dicho pacto, que, por tanto, adquirirán los bienes libres del derecho expectante de viudedad (arts. 77 LRC de 1957 y 60 LRC

usufructo viudal que en su día pueda llegar a corresponderle, pero que, constante matrimonio, prefiera mantener el control que sobre tales bienes le confiere el derecho expectante. Ahora bien, como hemos visto, en realidad no hay ningún control directo que atribuya el derecho expectante, sino el derecho a usufructuar los bienes sobre los que no se ha renunciado, luego si no hay ese derecho a usufructuar, porque se ha renunciado, ningún derecho expectante puede haber.

de 2011). No puede oponerse a ello que el derecho expectante es un gravamen legal oponible aunque no conste inscrito, porque en los supuestos que comentamos de restablecimiento, en realidad, su origen es pactado.

De todos modos, la cuestión dista de ser satisfactoria para el tráfico jurídico, ya que debe reconocerse que, a efectos prácticos y en la materia de que hablamos, la publicidad que presta el Registro Civil es pobre, ya que se limita a expresar, de forma marginal y muy concisa, la naturaleza del hecho y la referencia a la escritura pública de capitulaciones matrimoniales, sin incorporar su contenido, por lo que lo inscrito podría no ser suficiente para dar una idea exacta del alcance del pacto. Aparte de la dificultad de acceder al contenido del Registro Civil, para lo que es preciso obtener certificaciones en soporte papel, previa la correspondiente solicitud y, en su caso, espera, con los inevitables desplazamientos físicos; lo que lleva consigo que muy pocas personas se informen en el Registro Civil acerca de los posibles pactos sobre régimen económico matrimonial de las personas con las que contratan. El caso es que su constancia en el Registro Civil haría oponible el pacto, pese a la omisión del enajenante, que nada dice sobre él, y de que el adquirente no haya comprobado el Registro Civil, cosa que, como hemos dicho, casi nadie hace. Es de esperar que cuando se produzca la entrada en vigor la nueva Ley 20/2011, del Registro Civil (que la disposición adicional decimonovena del Real Decreto-Ley 8/2014 ha aplazado hasta el 15 de julio de 2015), se haga verdaderamente efectivo lo que dispone su art. 80 y desde las Notarías sea posible, por vía electrónica, acceder a su contenido, para dar seguridad a quienes adquieren bienes de personas casadas, protegiendo, de esta forma, el tráfico jurídico.

En cualquier caso, las enajenaciones realizadas durante el tiempo en que la exclusión o renuncia estuvieron vigentes quedarán libres del derecho expectante de viudedad, que no existía, al enajenarse los bienes. Recuérdese que el derecho expectante de viudedad, como gravamen real que es, en realidad recae sobre bienes concretos, por lo que si el bien que se enajenó no estaba sujeto a él, fue adquirido libre. No puede pretenderse atribuir efectos retroactivos al pacto que deja sin efecto la exclusión o renuncia.

2. Renuncia.

Cada cónyuge puede renunciar, en escritura pública, a su derecho de viudedad sobre todos los bienes del otro o parte de ellos; también se admite la validez de la renuncia solamente al derecho expectante de viudedad, sobre todos o parte de los bienes del otro (art. 274 CDFA).

La diferencia entre la exclusión que acabamos de ver y la renuncia está en el carácter pactado de aquélla, frente a la naturaleza unilateral de ésta. No se apre-

cian más diferencias, ni tampoco las hay en sus consecuencias, porque el pacto de exclusión puede afectar sólo al derecho de viudedad de uno de los cónyuges y la renuncia puede ser simultánea de ambos. Por tanto, lo dicho más arriba para la exclusión vale también para la renuncia. En la práctica, lo habitual, en los documentos notariales, es utilizar siempre la expresión *renuncia*, tanto si el documento lo otorgan ambos cónyuges, incluso antes de contraer matrimonio, como si la hace uno solo de ellos; es poco frecuente que se configure como una exclusión.

La renuncia no es recepticia y surte efectos inmediatos. No se establece ningún mecanismo para que llegue a conocimiento del otro cónyuge.

En cuanto a su publicidad, vale también lo dicho para la exclusión. La renuncia debería considerarse que es un hecho que afecta al régimen económico matrimonial, a efectos de su constancia en el Registro Civil.

La renuncia realizada es irrevocable, pero nada impide que, mediante pacto entre los cónyuges, se restablezca el derecho de viudedad renunciado, de la misma forma que veíamos para la exclusión, pacto para el que valen las consideraciones que antes se hacían.

A la renuncia vuelve a referirse el art. 280.1.a), pero en este caso para la producida con ocasión de la enajenación de bienes inmuebles y explotaciones económicas, como primer supuesto en el que la enajenación sí que extingue el derecho expectante de viudedad; es decir, se trata de la renuncia realizada con ocasión de la enajenación de algún bien determinado, mientras que en el art. 274 el legislador está contemplando la renuncia independiente de la enajenación. Aunque lo cierto es que no hay diferencias entre los efectos de uno y otro caso; sí que la hay en cuanto a los requisitos, ya que si la renuncia se contiene en el mismo acto por el que válidamente se enajena el bien, no se exige escritura pública para la validez de la renuncia. Sobre esta renuncia volveremos después.

La exclusión y la renuncia del derecho de viudedad pueden llevarse a cabo tanto en acto entre vivos, como por causa de muerte, en testamento mancomunado y pacto sucesorio. En cuanto al testamento mancomunado, se indica expresamente, para la exclusión, en el art. 272.1 y, aunque no se dice lo mismo para la renuncia, dada la casi identidad que, como hemos dicho, hay entre una y otra, no existe duda de que también puede hacerse en testamento mancomunado. Respecto del pacto sucesorio, en la medida en que se formaliza en escritura pública, nada impide que pueda contener exclusiones y pactos del derecho de viudedad. Lo que sucede es que, realizadas en acto de disposición por causa de muerte, la exclusión y la renuncia serán irrelevantes para el tráfico jurídico, dada su eficacia *mortis causa* y su posible modificación antes del fallecimiento. Por tanto, de nada servirá que el enajenante exhiba el testamento mancomunado o pacto sucesorio.

rio que incluya la exclusión o renuncia del derecho expectante de viudedad, si el adquirente quiere seguridad, deberá obtener la renuncia o consentimiento del otro cónyuge. Otra cosa es la posible responsabilidad del transmitente frente al adquirente que se obliga a no modificar la exclusión o renuncia realizada y luego no cumple su compromiso.

3. Privación.

Cada cónyuge puede, en testamento, privar al otro de su derecho de viudedad, exclusivamente por alguna de las causas que dan lugar a la desheredación (art. 273.1). Esta regla se incluye en el capítulo sobre disposiciones generales del derecho de viudedad, pero no se ve en qué forma afecta al derecho expectante, puesto que la privación se establece en testamento (seguramente, también podría hacerse en pacto sucesorio) y con efectos por causa de muerte, con lo que valen las consideraciones hechas para la exclusión y renuncia en acto de disposición *mortis causa*, ya que esa *desheredación* puede dejarse sin efecto, por reconciliación y perdón. No hay duda de que el tercero que ha adquirido un bien del cónyuge desheredante nada puede hacer para evitar que se revoque la desheredación.

Otro supuesto de privación unilateral, en este caso parcial, aparece en el art. 283.3, dentro de la regulación del usufructo viudal: 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. En principio, a esta regla le valen las mismas consideraciones que a los anteriores supuestos de limitaciones establecidas en acto *mortis causa*. Ahora bien, sorprende que se admita que esta privación pueda hacerse también fuera de testamento, en escritura pública; sin embargo, estamos ante una norma sobre el usufructo viudal, de donde se infiere que la eficacia de esta escritura está referida al fallecimiento del cónyuge de que se trate, al que nada le impide modificar y dejar sin efecto la privación.

En suma, en estos supuestos, ninguna consecuencia práctica se produce sobre el derecho expectante de viudedad.

4. Disolución y nulidad del matrimonio y separación de los cónyuges.

Es ésta una materia de cierta complejidad, para cuyo análisis, vamos a distinguir varios apartados:

Extinción del derecho de viudedad. Son dos los supuestos de extinción del derecho de viudedad asociados a la situación de crisis matrimonial, regulados en el art. 276 CDFa:

1. El derecho de viudedad se extingue necesariamente con la disolución del matrimonio por causa distinta de la muerte y por la declaración de su nulidad (art. 276.1).

La referencia a la disolución comprende el divorcio (art. 85 CC), pero también las disposiciones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado una vez homologadas judicialmente (art. 80 CC).

Téngase en cuenta que, desde la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria, junto al divorcio por resolución judicial, se da a los cónyuges la posibilidad de acordar su divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador ante el Letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública ante Notario, salvo que existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores (art. 87, en relación con el 82 CC⁴⁷). Los efectos de la disolución del matrimonio por divorcio se producirán desde la firmeza de la sentencia del Juez o decreto del Letrado de la Administración de Justicia que así lo declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en la escritura pública si se acuerda ante Notario (art. 89 CC).

En cuanto a la nulidad, opera para ambos cónyuges con independencia de su buena o mala fe, sin que, a estos efectos tenga consecuencias la referencia a esta circunstancia que contiene el art. 79 CC.

2. Se extingue también por la admisión a trámite de la demanda de separación, divorcio o nulidad, interpuesta por uno o ambos cónyuges, a menos que pacten su mantenimiento mientras el matrimonio subsista (art. 276.2).

⁴⁷ Del mismo modo puede obtenerse la separación de los cónyuges (art. 82 CC).

La ley encomienda al Letrado de la Administración de Justicia y al Notario ejercer un control sobre este acuerdo de separación o divorcio. Así, el art. 90.2 CC dispone que, cuando los cónyuges formalicen los acuerdos ante el Secretario judicial o Notario y éstos consideren que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente; en este caso, los cónyuges sólo podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador.

Estas reglas se complementan con el art. 54 de la Ley del Notariado, para el divorcio notarial, y el art. 777.10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para el divorcio ante el Letrado de la Administración de Justicia. En complemento de esta modificación, la Disposición Adicional primera, apartado 2, de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, dispone que las referencias que figuren en normas de fecha anterior a esta Ley a separación o divorcio judicial se entenderán hechas a separación o divorcio legal y que, en el mismo sentido, las referencias existentes a «separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente» deberán entenderse a la separación notarial.

Ésta segunda causa de extinción es una importante novedad de la LREMV, ya que bajo la Compilación la extinción requería la sentencia declarando la nulidad del matrimonio o decretando la separación⁴⁸ o el divorcio, con la consecuencia de que, si durante la tramitación fallecía un cónyuge, era preciso continuar el procedimiento para obtener la resolución judicial. La norma es acertada, puesto que la interposición de la demanda por uno o ambos cónyuges supone un elemento suficiente para considerar rota la base en que reposa el fundamento del derecho de viudedad, con mayor razón el derecho expectante: imagínese lo inadecuado de que, si resulta que, durante el proceso matrimonial, uno de los cónyuges necesita enajenar un inmueble, tenga que obtener el consentimiento del otro, porque, sin dicho consentimiento, difícilmente querrá alguien adquirir el bien.

Este efecto no se produce si la demanda ha sido interpuesta por persona distinta de alguno de los cónyuges, lo cual es posible en el caso de que se pretenda la declaración de nulidad del matrimonio, que puede ser también instada por el Ministerio Fiscal y por cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella (art. 74 CC).

El art. 276.2 no contempla la posibilidad de separación o divorcio de mutuo acuerdo ante el Letrado de la Administración de Justicia y el Notario introducida por la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria, en la redacción que ha dado a los arts. 82 y 86 y correlativos del CC y 54 de la Ley del Notariado. Puede dudarse acerca de si la petición en tal sentido realizada por los cónyuges al Letrado de la Administración de Justicia o el Notario pueden equipararse, a estos efectos, a la admisión a trámite de la demanda.

En cuanto al Letrado de la Administración de Justicia, parece que la respuesta afirmativa encuentra apoyo en el art. 777 LEC, que se refiere a la petición realizada por los cónyuges y su admisión (apartado 3), como trámite específico del procedimiento, admisión que entiendo que es equiparable a la de la demanda que realiza el Juez.

Sin embargo, para la actuación notarial no existe un trámite procedimental específico de admisión de la solicitud de las partes. De ello hay que deducir que es el otorgamiento de la escritura público de separación extingue el derecho de viudedad, igual que vimos con la escritura de divorcio, porque, aunque el precepto no contempla esta causa de extinción, la lectura que hay que hacer de él

⁴⁸ Inicialmente, la Compilación, para el caso de la separación, estableció que perdía el derecho expectante el cónyuge declarado culpable, no así el que no lo fuera. Sin embargo, la reforma de 1985 suprimió la referencia al cónyuge culpable, con lo que el derecho expectante se extinguía para los dos, aunque ya se admitió el pacto de mantenimiento.

coherente con esta nueva vía de separación lleva a esa conclusión. La alternativa sería considerar que, tras la escritura pública de separación, subsiste el derecho de viudedad, salvo que se pacte expresamente, lo cual sería una incongruencia con la regulación de esta materia, ya que la *mens legislatoris* es clara: adelantar la extinción al momento de iniciar el procedimiento de separación o divorcio; si en el trámite notarial no puede separarse ese momento del de otorgamiento de la escritura pública, tendrá que ser ésta la que produzca la extinción.

Aunque la petición del otorgamiento de la escritura pública al Notario no extinga *per se* el derecho de viudedad, por no constituir un trámite formal propiamente dicho, la agilidad que tiene la intervención notarial lleva consigo que el tiempo que media desde que se solicita el otorgamiento de la escritura hasta que ésta se produce sea normalmente corto, por lo que es poco probable que, en ese periodo, se produzca el fallecimiento de uno de los cónyuges.

Cuando un tercero vaya a adquirir bienes privativos de una persona casada que manifiesta estar en trámite de separación, divorcio o declaración de nulidad matrimonial, lo que tendrá que hacer es pedirle que acredite tener admitida a trámite la demanda por el Juzgado o tener por admitida la solicitud formulada al Letrado de la Administración de Justicia y que no se ha pactado su mantenimiento, mediante el correspondiente certificado emitido por el Juzgado en que se esté tramitando.

No está previsto que se extinga el derecho expectante por la separación de hecho, por larga que sea, lo cual contrasta con la solución dada en materia de sucesión legal, en la cual el llamamiento al cónyuge sobreviviente no tiene lugar si al fallecimiento del causante estuviera separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente (art. 531.1 CDFR). Normalmente, en el documento en que se refleje fehacientemente la separación de hecho, constará también la renuncia al derecho de viudedad; pero si se olvidó incluirla, se mantendrá. De todos modos, no debe olvidarse la posibilidad de que el tribunal que conozca del tema aprecie abuso de derecho en quien reclama el usufructo viudal después de una larga separación, como hizo la STS 13 junio 1986 en un caso en el que la viuda reclamaba el derecho de viudedad tras una separación de hecho de más de cuarenta años, separación respecto de la que se declaraba probado que fue mutuamente consentida.

Pacto de mantenimiento durante la tramitación del procedimiento matrimonial. Los cónyuges pueden pactar el mantenimiento del derecho de viudedad mientras el matrimonio subsista. En el caso de la separación, los efectos del pacto pueden extenderse más allá de lo que dura el procedimiento matrimonial, puesto que, aún después de la separación, como el matrimonio subsiste, el

pacto mantendrá su vigencia; aunque nada impide que en el pacto se el mantenimiento al tiempo que medie hasta la sentencia o el decreto del Letrado de la Administración de Justicia que resuelvan sobre la separación. El pacto también podrá incluirse en la escritura pública de separación, cuando ésta se acuerde ante Notario.

La admisión de este pacto no deja de ser discutible, puesto que mantener el derecho de viudedad en una ruptura matrimonial no parece tener mucho sentido y quizá el legislador no debería haberlo permitido. Porque, además, este pacto plantea problemas importantes, sobre todo por las consecuencias que puede tener para el tráfico jurídico. Veamos las principales cuestiones que suscita.

a) La primera cuestión es cuándo debe celebrarse el pacto, que el precepto no aclara.

Si la separación o el divorcio se tramitan ante el Juez o ante el Letrado de la Administración de Justicia, debe tenerse en cuenta que, como hemos visto, el derecho expectante queda extinguido al admitirse a trámite la demanda o la solicitud de separación o divorcio. Por tanto, para evitar la extinción el pacto deberá ser necesariamente anterior o simultáneo a ese momento. Y deberá quedar acreditado entonces, por lo que deberá acompañarse a la demanda o escrito por el que se promueva el procedimiento.

Téngase en cuenta que este pacto no es materia propia del convenio regulador o del pacto de relaciones familiares, puesto que éstos lo que contienen son los efectos que va a producir la separación o divorcio, por tanto, una vez que haya finalizado el procedimiento judicial, y está sometido a la aprobación judicial o al control del Letrado de la Administración de Justicia, mientras que el pacto de que estamos tratando es de naturaleza diferente, dirigido a evitar que la demanda o petición extinga el derecho expectante de viudedad. Es cierto que, en el caso de la separación, el mantenimiento puede extenderse más allá de la sentencia que la decreta y, por ello, en este caso también debería hacerse constar en el convenio regulador o pacto de relaciones familiares; pero no sería suficiente que constara en ellos.

Si existe un pacto de este tipo, lo lógico es que la separación o divorcio sean solicitados de común acuerdo, aunque, realmente, nada lo impone, por muy paradójica que resulte una demanda interpuesta por uno solo de los cónyuges contra el otro en la que se aporta un documento en que conste el acuerdo de mantenimiento del derecho de viudedad.

Dada la excepcionalidad de un pacto como éste y los efectos que el mantenimiento, en particular, del derecho expectante tiene para terceros, entiendo

que el principio de seguridad jurídica exige que sea en el ámbito judicial y en el procedimiento de que se trate donde quede acreditada su celebración. Por tanto, creo que no sería posible pactar el mantenimiento en un momento posterior, porque ya estaría extinguido⁴⁹. Por la misma razón, la fuerte relación del pacto con el procedimiento judicial, no surtirá efectos el pacto, aunque se acredite haberse celebrado antes de la admisión a trámite de la demanda, si el pacto no se ha acompañado a ésta.

En el caso de la separación acordada en escritura pública ante Notario, será en dicha escritura donde se deberá contener el pacto.

b) Respecto de la forma que debe reunir el pacto, conforme a las reglas generales sobre pactos relativos al derecho de viudedad, contenidas en el art. 272 CDFA, deberá constar en escritura pública. Si se trata de separación acuerda ante Notario, la misma escritura pública que la formalice, como acabamos de decir, será la que contenga el pacto. Pero si la tramitación de la separación o el divorcio se hace ante el Juez o el Letrado de la Administración de Justicia, el requisito formal de la escritura pública seguirá siendo preciso, por lo que los cónyuges deberán otorgarla y la copia autorizada deberá acompañarse a la demanda o escrito promoviendo el procedimiento (art. 777 LEC); de modo que no valdría el pacto en documento privado, aunque se aporte por ambas partes al Juzgado.

c) En cuanto al contenido del pacto, le es de aplicación lo que para los pactos sobre el derecho de viudedad establece el art. 272, por lo que podrá pactarse el mantenimiento sólo sobre determinados bienes o sólo para uno de los cónyuges, o someter el mantenimiento a plazo, inicial o final, con el límite de que sólo puede estar en vigor mientras el matrimonio subsista. Por la misma razón, podrá optarse por mantener sólo el derecho de usufructo viudal y excluir el derecho expectante.

d) El pacto producirá como efecto el mantenimiento del derecho de viudedad, en los términos acordados, que se extenderá durante el tiempo que dura la tramitación del procedimiento judicial y, en el caso de la separación, más allá de la sentencia o decreto del Letrado de la Administración de Justicia que la decreten; y si la separación se ha acordado ante Notario, será a partir del momento del otorgamiento de la escritura pública.

⁴⁹ Sin embargo, LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E., parece defender que pueda hacerse posteriormente, en el convenio regulador, arguyendo que en el momento de interposición de la demanda será difícil («Extinción del derecho expectante de viudedad», *Actas del Foro de Derecho Aragonés, Decimocuartos Encuentros*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2003, pág. 135). Pero, en realidad, entiendo que ese pacto no sería el que estamos tratando, sino el de renacimiento del derecho viudedad que pueden celebrar los separados (art. 276.2 *in fine*).

Como pacto que es, no será posible su revocación unilateral, de ahí el peligro de un pacto de este tipo en el caso de la separación matrimonial, por su carácter indefinido. Puede dudarse si, separados los cónyuges con pacto de mantenimiento del derecho de viudedad, se extinguirá por la admisión a trámite de la posterior demanda de divorcio o la petición en tal sentido al Letrado de la Administración de Justicia. Me inclino por la solución positiva, porque el pacto de mantenimiento hay que entenderlo vinculado a la situación en la que se pactó, que fue la de la separación de los cónyuges; la petición de divorcio abre una situación nueva, muy distinta y de mayor nivel, puesto que lo que se persigue con ella es la disolución del matrimonio; por ello, salvo que se pacte el mantenimiento de la viudedad, la admisión a trámite lo extinguirá.

En cambio, nada impedirá que los cónyuges pacten la exclusión del derecho de viudedad cuyo mantenimiento se había pactado o renuncien a él conforme a las reglas generales. Entiendo que será conveniente que la exclusión o renuncia sea comunicada al Juzgado que conoce del procedimiento matrimonial, si éste se encuentra en trámite, pero no parece que ello sea un requisito para su validez, que se regirá por las normas generales.

e) Este pacto, como todos los que se celebren sobre el derecho expectante de viudedad, según se vio más arriba, debe indicarse en el Registro Civil al margen de la inscripción de matrimonio, de modo que, mientras no se practique la indicación, no será oponible al tercero de buena fe que adquiera bienes de uno de los cónyuges con desconocimiento de su existencia y confiado en que el derecho expectante se ha extinguido por estar admitida a trámite la demanda del procedimiento matrimonial.

Dado lo inusual de un pacto de estas características, es posible que el Juzgado o el Letrado de la Administración de Justicia no lo comuniquen de oficio al Registro Civil. Por ello, los cónyuges que hayan pactado el mantenimiento del derecho de viudedad y quieran tener la seguridad de que el pacto es oponible a terceros, deberán preocuparse de instarles que hagan la comunicación o, mejor todavía, promover ellos la constancia registral.

No obstante, como decíamos antes, mientras no existan medios que permitan una consulta ágil, por sistemas telemáticos, desde las Notarías, del Registro Civil, será difícil garantizar fehacientemente a los adquirentes de bienes que no existe un pacto de este tipo indicado en dicho registro.

Renacimiento del derecho de viudedad. Para los casos examinados de extinción por la admisión a trámite de la demanda, el precepto añade que el derecho de viudedad nace de nuevo cuando el proceso finaliza en vida de ambos

cónyuges sin sentencia firme estimatoria, se reconcilian los cónyuges separados o así lo pactan éstos (art. 278.2 *in fine*).

La expresión “*renace*” es correcta, porque, como vimos, el derecho está extinguido desde la admisión a trámite de la demanda, pero requiere alguna aclaración. En mi opinión, lo que sucede es que aparece un nuevo derecho de viudedad, completamente independiente del que había antes y se extinguió; no se trata de que haya habido un paréntesis durante el cual el derecho ha estado en suspenso y que ese mismo derecho recupere ahora su vigencia. Esto tiene consecuencias prácticas: si en la primera fase de vigencia del derecho se enajenó algún bien sin consentimiento de uno de los cónyuges y, por tanto, quedó afecto al derecho de viudedad del otro, esa afección quedó extinguida por la admisión a trámite de la demanda y no recupera su vigencia; además, la ejecución por deudas de un cónyuge anteriores al renacimiento extinguirá el derecho de viudedad (art. 281.1 CDFR).

La aplicación de esta norma requiere que el derecho de viudedad se haya extinguido, lo que no sucederá si se pactó el mantenimiento, según vimos antes: en esos casos, el derecho de viudedad no *renace*, porque se ha mantenido.

Para la aplicación de esta regla, igual que sucedía con las anteriores, habrá que tener en cuenta las nuevas vías de separación y divorcio ante el Letrado de la Administración de Justicia y el Notario, pese a que, por su anterioridad, no las contempla.

Son tres los supuestos de renacimiento regulados en el precepto y conviene examinarlos para comprobar la incidencia que puede tener frente a terceros:

1) El proceso finaliza en vida de ambos cónyuges sin sentencia firme estimatoria. Si el proceso termina por fallecimiento de uno de los cónyuges, el derecho de viudedad no renace. En cuanto a las causas de terminación del proceso sin sentencia, serán todas las posibles conforme a la legislación procesal, fundamentalmente desistimiento o renuncia y desestimación.

Habrá que incluir en este supuesto el de la separación o divorcio instados ante el Letrado de la Administración de Justicia y que finaliza sin el decreto que declare la separación o el divorcio.

La principal cuestión que se suscita, de nuevo, es cómo puede el tercero que va a adquirir un bien de una persona en principio inmersa en un procedimiento matrimonial, y, por tanto, no sujeta al derecho expectante de viudedad, conocer que se han dado estas circunstancias y que ha renacido. Pero, aunque aquí ya no nos encontremos con un pacto, lo cierto es que sí que se trata de un “hecho” que afecta al derecho expectante de viudedad y, por esa vía, al régimen económico

de bienes del matrimonio, por lo que la oponibilidad de esta circunstancia ante el tercero de buena fe, que cree que el procedimiento matrimonial todavía no ha finalizado, requiere que ese hecho se haga constar en el Registro Civil, mediante indicación en la inscripción de matrimonio. Esta indicación debería promoverla el propio Juzgado o el Letrado de la Administración de Justicia, pero, por si acaso no lo hace, los cónyuges que quieran tener la seguridad de conservar plenamente el derecho expectante deberían preocuparse de que se proceda así.

2) Reconciliación de los cónyuges separados. La reconciliación pone término al procedimiento de separación (si no ha concluido) y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él, pero ambos cónyuges separadamente deberán ponerlo en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio y, cuando la separación hubiere tenido lugar sin intervención judicial, es decir, ante el Letrado de la Administración de Justicia o el Notario, la reconciliación deberá formalizarse en escritura pública o acta de manifestaciones (art. 84 CC).

En cuanto a la separación judicial propiamente dicha, suele entenderse que la reconciliación no comunicada al Juez surte efectos entre los cónyuges, pero no con relación a terceros de buena fe, para lo cual debe tener acceso al Registro Civil, lo que requiere una resolución judicial que sólo recaerá después de que se haya comunicado al Juez⁵⁰. Por tanto, mientras que la reconciliación no conste en el Registro Civil, el derecho expectante de viudedad del cónyuge no titular de los bienes no será oponible al adquirente de buena fe que adquiriera bienes del titular.

Respecto de la separación hecha ante el Letrado de la Administración de Justicia o el Notario, la norma es clara: para su validez hace falta escritura pública o acta de manifestaciones, ambas ante Notario. Éste será el documento que deberá presentarse a inscribir en el Registro Civil.

3) Pacto de los cónyuges separados. Como ya hemos adelantado, este pacto es distinto del de mantenimiento del derecho de viudedad que veíamos antes. Aquí es un pacto que hace *renacer* el derecho que estaba extinguido. Entiendo que este pacto se rige por las normas generales del art. 272 CDFA, por lo que deberá constar en escritura pública, con independencia del procedimiento seguido, judicial, ante el Letrado de la Administración de Justicia o notarial. Además, por las razones reiteradas, para que sea oponible a terceros de buena adquirentes de los bienes de uno de los cónyuges, deberá constar en el Registro Civil.

⁵⁰ Véase PUIG FERRIOL, L, «Comentario al art. 84», *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, pág 341.

5. Extinción por indignidad sucesoria.

El derecho de viudedad se extingue también cuando, al fallecer un cónyuge, incurre el supérstite en causa de indignidad (art. 276.3 CDFa). Mencionamos esta regla porque está incluida en la disposiciones generales del derecho de viudedad, con lo que se supone que afecta también al derecho expectante, pero lo cierto es que para éste no tiene virtualidad, por su eficacia *mortis causa*.

6. Exclusión por voluntad del disponente en adquisiciones a título gratuito.

El derecho de viudedad no comprende los bienes que los cónyuges reciban a título gratuito con prohibición de viudedad o para que a su fallecimiento pasen a tercera persona (art. 277.1 CDFa). Por excepción, 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 (art. 277.2)⁵¹. Esta norma sí que puede tener virtualidad a efectos del derecho expectante de viudedad, porque si el enajenante ha recibido los bienes con prohibición de viudedad y sin ninguna otra limitación que lo impida, parece claro que podrá enajenarlos por sí solo como libres.

Cabe plantearse si el donante o causante podría excluir, respecto de los bienes de que dispone, sólo el derecho expectante de viudedad, de modo que permita al donatario o sucesor enajenarlos sin consentimiento del cónyuge, pero que, si no se enajenan, queden sometidos al usufructo viudal. Es decir, si puede hacer lo mismo que hemos visto que pueden hacer los cónyuges. Entiendo que sí, porque, aunque el precepto no lo diga de forma expresa, quien puede lo más puede lo menos: si puede excluir todo el derecho de viudedad, también puede hacerlo sólo del derecho expectante. En apoyo, el principio de gran libertad de pacto y de autonomía de la voluntad del Derecho aragonés (art. 3 CDFa) y que no se atenta contra ninguna norma imperativa. No puede ser obstáculo el sacrosanto principio de unidad del derecho de viudedad, que, como hemos visto, se encuentra ya quebrado por muchos lados.

⁵¹ La prohibición de los ascendientes de excluir la viudedad del cónyuge de sus descendientes en los bienes que les transmitan a título lucrativo ha sido controvertida desde hace tiempo. Suele justificarse sobre la base de que tal prohibición podría crear problemas familiares (LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E. «Comentario al art. 74 de la Compilación aragonesa», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXXIII, Vol. 2º, Madrid 1990, págs. 310-311). Sin embargo, hay autores que entienden que esta discriminación negativa a los padres carece de sentido hoy en día, como MERINO HERNÁNDEZ, J.L. («De la viudedad», *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, Zaragoza, 2007, págs. 313-314, y el mismo autor en *Limitaciones al derecho de viudedad aragonés*, discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Zaragoza 1997).

Por mi parte, entiendo que, cuanto menos, debería permitirse excluir el derecho expectante de viudedad, para facilitar a los descendientes la enajenación de los bienes recibidos.

Si la exclusión del derecho de viudedad se ha hecho por donación parece posible que el donante la revoque, igual que podría liberar al donatario de la prohibición de disponer que le hubiera impuesto o de la obligación de colacionar los bienes donados. El problema vuelven a ser los terceros de buena fe que adquieran el bien del donatario desconociendo que la exclusión ha sido revocada. Creo que la solución ha de ser la misma que antes veíamos para el pacto entre los cónyuges de dejar sin efecto la exclusión previamente acordada, a lo que nos remitimos.

7. Declaración de ausencia.

Según el art. 54.2 CDFA, el derecho de usufructo viudal que corresponde al ausente que reaparece no se extiende a los bienes enajenados por su cónyuge vigente la declaración de ausencia. Por otra parte, el art. 280.1.e) considera causa de extinción del derecho expectante de viudedad la enajenación de sus bienes por el cónyuge del declarado ausente.

Esta regulación modifica lo que antes establecía el art. 7 de la Compilación, que, tras su reforma en 1985, decía que la declaración judicial de ausencia produce por sí la extinción del derecho expectante de viudedad del cónyuge desaparecido; y si apareciere el ausente, éste recobrará el derecho expectante o adquirirá el de viudedad sobre los bienes de su cónyuge, sin perjuicio de los actos de disposición ya realizados⁵².

La regulación vigente plantea dudas sobre su exacto entendimiento. En realidad, pese a la literalidad del art. 280.1.e), la pérdida del derecho expectante de viudedad se produce con la declaración de ausencia, no con la enajenación de los bienes: si éstos pueden enajenarse sin sujeción al derecho expectante de viudedad es porque éste no pesaba sobre los bienes. Lo que puede dudarse es si la declaración de ausencia produce la extinción del derecho expectante de viudedad o sólo la suspensión de sus efectos. Si se considera que se trata de una suspensión, reaparecido el ausente, su derecho expectante de viudedad recupera vigencia: no nace uno nuevo, sino que es el mismo que había antes, con la única excepción de que quedan excluidos del mismo los bienes que se han enajenado durante la

⁵² La reforma de 1985 vino a resolver un problema que planteaba la redacción inicial de la Compilación, en la cual se establecía que el cónyuge del declarado ausente podía disponer libremente de sus propios bienes, pero nada decía sobre qué sucedía con el derecho expectante de viudedad que sobre esos bienes tenía el ausente, lo que hizo dudar a la doctrina. Razonablemente, MERINO HERNÁNDEZ, J.L., sostenía que si se le permitía disponer libremente es porque esos bienes no estaban sujetos al derecho expectante de viudedad del ausente y que la reforma de 1985 era, por tanto, meramente formal («Comentario a los arts. 7 y 8 de la Compilación Aragonesa», *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, Tomo XXXIII, volumen I, Madrid, 1986, pág. 157).

declaración de ausencia. Si así fuera, contrastaría esta solución con la establecida para los procesos matrimoniales (art. 276.2). Personalmente, me inclino por entender que se produce la extinción, por los antecedentes y por analogía con lo previsto para los procesos matrimoniales, por lo que quedarán liberados los bienes enajenados antes de la declaración de ausencia.

La reaparición del ausente pone fin a la declaración de ausencia, pero debe declararse judicialmente (art. 2043 LEC de 1881) e inscribirse en el Registro Civil. Mientras tanto, el derecho expectante del ausente no será oponible a los terceros de buena fe que adquieran bienes de su cónyuge.

Contrasta la solución que se da al caso de la ausencia con la que recibe la incapacitación de uno de los cónyuges, en la que el otro no puede enajenar sus bienes libres del derecho expectante de viudedad del incapacitado, quedándole como única alternativa la obtención de autorización judicial o de la Junta de Parientes, como luego veremos.

X. LA EXTINCIÓN DEL DERECHO EXPECTANTE DE VIUEDAD EN LA ENAJENACIÓN VOLUNTARIA DE BIENES.

Es en la enajenación de los bienes por parte de persona casada donde se encuentra el núcleo esencial del derecho expectante de viudedad y la consecuencia más directa que conlleva es la necesidad de que el cónyuge no titular del bien renuncie a él o preste su consentimiento para que la enajenación del bien pueda hacerse en concepto de libre, puesto que, en otro caso, la enajenación será válida, pero el bien quedará sujeto al derecho de usufructo viudal del cónyuge del enajenante si éste premuere a su cónyuge y, de esa manera, difícilmente aceptará nadie la adquisición del bien, al menos una adquisición onerosa, mediante contraprestación. Como hemos visto, en esto, precisamente, consiste el derecho expectante de viudedad.

Por ello, la regulación que sobre este derecho contenía la Compilación de Derecho Civil de Aragón, así como la del Código del Derecho Foral de Aragón, toman como principal cuestión a tratar la de la enajenación de los bienes y de qué manera se extingue, con ocasión de la misma, el derecho expectante de viudedad. Como vamos a ver, la renuncia es la forma más habitual de extinción con ocasión de la enajenación de los bienes, pero a ella se equipara el consentimiento al acto sin reserva expresa y existen otras causas de extinción ligadas a la enajenación, que vamos a examinar.

Hoy es el art. 280 CDFA el que regula esta materia, aunque, como hemos explicado antes, incluye algunos supuestos que, en realidad, no son de extinción

del derecho expectante de viudedad, sino de inexistencia del mismo. El epígrafe del precepto habla de “*disposición de bienes inmuebles*”, pero, como hemos visto y recoge el texto mismo precepto, se extiende también a las empresas y explotaciones económicas. Por otra parte, la referencia que hace a los inmuebles debe entenderse limitada a los inmuebles por naturaleza. Es decir, el ámbito de este precepto es el propio del derecho expectante de viudedad, el de los bienes sujetos al mismo, que hemos analizado en los apartados anteriores. También puede llamar la atención que el epígrafe hable de “*disposición*” mientras que el precepto se refiera la “*enajenación*”, como igualmente lo hacen los arts. 281 y 282, lo que también precisará algún comentario. Otro aspecto que debe tomarse en cuenta es que el precepto no limita su ámbito a las enajenaciones voluntarias y, aunque algunas de sus reglas está claro que se refieren a éstas, otras pueden valer también para las enajenaciones forzosas e, incluso, alguna se aplica específicamente a ellas (la relativa a la expropiación o reemplazo de bienes en procedimiento administrativo). si bien en este apartado nos referimos a la enajenación voluntaria; la forzosa se trata en el apartado siguiente.

A continuación, vamos a examinar las diversas cuestiones que plantea esta materia.

1. Enajenación de bienes.

El art. 280 nos dice que el derecho expectante de viudedad no se extingue por la *enajenación* de los bienes; igual expresión utilizan los arts. 281 y 282; el art. 76 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón decía “*este derecho no se extingue o menoscaba por la ulterior enajenación*”.

El problema es que existen dos formas de entender qué es *enajenación*: en sentido estricto incluye sólo la transferencia del dominio, mientras que, en el amplio, se refiere a la de cualquier derecho real. No resulta baladí plantearse la cuestión, puesto que de ello dependerá qué tipo de actos realizados por una persona sobre sus bienes sin intervención de su cónyuge pueden ser ignorados por éste, una vez viudo, en perjuicio del tercero que hubiera contratado con aquélla, máxime cuando la expresión “*menoscaba*” que aparecía en la Compilación no ha sido recogida por el CDFR⁵³.

⁵³ En cambio, SANCHO REBULLIDA, F.A, y DE PABLO CONTRERAS, P., para la Compilación, consideraron que carecía de sentido elucubrar sobre qué actos constituyen enajenación, porque la afirmación de su art. 76 de que el derecho expectante de viudedad “*no se extingue o menoscaba por la ulterior enajenación*” era clara para significar que el derecho del cónyuge no se veía afectado por cualquiera derecho real o gravamen que hubiera constituido el fallecido, porque

Aquí chocan los derechos del cónyuge a mantener su derecho expectante de viudedad con el del titular a administrar y regir su patrimonio y es preciso encontrar un punto de equilibrio. Para lo cual, no debe desconocerse el principio general que impone que las limitaciones sobre el dominio se interpreten restrictivamente, así como el carácter un tanto excepcional que presenta ya de por sí el derecho expectante de viudedad, que no debería llevarse más allá de donde el legislador ha establecido.

En mi opinión, sobre la significación que aquí tiene el concepto de enajenación, valen las siguientes consideraciones:

1) Desde luego tiene el carácter de enajenación la transmisión del dominio, pleno o en régimen de nuda propiedad, de la totalidad o de una cuota indivisa, y cualquiera que sea el título por el que se produzca, oneroso o gratuito. También se incluye aquí el supuesto de renuncia al derecho de propiedad, con independencia de que, como consecuencia de ella, lo renunciado sea adquirido por el Estado, si fuera el pleno dominio, o por los condóminos, si fuera una cuota indivisa.

También está incluido el caso de la permuta, puesto que no hay duda de que se trata de una enajenación, no obstante el sinsentido que se produce, al que ya hicimos alusión al hacer la crítica de la figura: el cónyuge, si sobrevive al permutante, tendrá derecho al usufructo viudal de ambos inmuebles permutados.

La constitución de hipoteca sin consentimiento del cónyuge dejará a salvo su derecho expectante de viudedad si el bien hipotecado llega a ser enajenado como consecuencia de la ejecución de la hipoteca. Es como una enajenación sujeta a la condición de su ejecución. Por ello, no hay entidad financiera que acepte la hipoteca como garantía sin la intervención del cónyuge del hipotecante⁵⁴.

La aportación de un inmueble a una sociedad, sea con ocasión de su constitución y de una ampliación de capital, pese a su caracterización por algún sector doctrinal como un acto distinto a la enajenación, una comunicación de bienes,

el derecho expectante de viudedad precede a la carga y se impone sobre ella; si bien reconocían que, en este punto, tal vez era más explícito el Apéndice, cuyo art. 49 especificaba que el derecho expectante de viudedad “*quedará a salvo, no obstante las enajenaciones que hiciere o gravámenes que impusiese el marido*” («Comentario al art. 76», *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón*, Vol 2º, 1993, pág. 727).

⁵⁴ LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E. («Comentario al art. 76 de la Compilación aragonesa», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXXIII, Vol. 2º, Madrid 1990, pág. 332) llama la atención acerca de que en estos casos el cónyuge debe ser cuidadoso y no renunciar al derecho de viudedad sin más, sino que debe condicionarse a que se produzca la ejecución de la hipoteca.

creo que no hay duda de que es también un acto de enajenación, dado que la sociedad tiene personalidad jurídica y el bien se transfiere a ésta, por lo que la falta de consentimiento del cónyuge dejará a salvo su derecho expectante de viudedad⁵⁵.

2) Constitución de un derecho de usufructo. También debería considerarse como *enajenación*, de modo que, si no interviene el cónyuge del propietario, el usufructuario podría verse desposeído del bien por aquél cuando deviniera viudo, puesto que tendría derecho al usufructo viudal sobre él, usufructo que se antepondría al de aquél.

3) La constitución de los derechos de superficie y vuelo y también su transmisión una vez que se hayan ejercitado dichos derechos y, por tanto, adquirida propiedad de lo construido por el titular de dichos derechos,

Recuérdese que el derecho de aprovechamiento por turno de inmuebles no está sujeto al derecho expectante de viudedad, por lo que su transmisión en nada le afecta.

4) La partición de herencia y la disolución de comunidad. Antes de la LREMV, se suscitó esta cuestión y, ante la duda, era muy frecuente que en las escrituras que formalizaban este tipo de actos se pidiera la intervención de los cónyuges de los comuneros⁵⁶. El auto del presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 22 de octubre de 1992, resolviendo un recurso contra la calificación de un Registrador, ya dijo que no era precisa la renuncia al derecho

⁵⁵ Así viene a reconocerlo la Resolución DGRN de 5 de agosto de 1977, al plantearse la inscribibilidad en el Registro Mercantil de una aportación de un inmueble por persona sujeta a derecho aragonés y sin la renuncia al derecho expectante de viudedad de su cónyuge. La DGRN reconoce que la ausencia de renuncia puede originar que temporalmente quede la sociedad sin poder servirse o utilizar el inmueble que le fue aportado en pleno dominio. Ante lo cual, se plantea las dudas sobre la suficiencia de la aportación realizada para cubrir el capital social suscrito, pero, sin embargo, la DGRN no ve inconveniente en la inscripción porque las conjeturas sobre posibles acontecimientos posteriores no deben impedir el ingreso en el Registro Mercantil de una sociedad que reúna al ser calificada los requisitos necesarios para la inscripción: en caso contrario, el cónyuge aragonés vería obstaculizado un acto de disposición sobre bienes privativos en contra de la tendencia legislativa y la realidad social. Aunque añade que la circunstancia de no constar la renuncia al derecho expectante de viudedad deberá constar en el Registro Mercantil para conocimiento de terceros y de aquellos interesados en adquirir las participaciones sociales.

⁵⁶ Salvo si la partición de herencia fuera simultánea a su aceptación, puesto que en ese caso no puede hablarse de que haya habido una comunidad hereditaria, puesto que cada uno directamente adquiere unos bienes separados. Téngase en cuenta que, en la práctica notarial, lo habitual es que, si no hay partición de la herencia simultánea a la aceptación, se forme un proindiviso ordinario sobre todos los bienes de la herencia; por esta razón, son muy poco frecuentes las comunidades hereditarias propiamente dichas, al menos formalizadas en documento público.

expectante de viudedad por parte de los cónyuges de los comuneros casados para que, al extinguirse el condominio sobre unos inmuebles y adjudicarse los mismos a los comuneros, quedara extinguido el expectante que los cónyuges de los comuneros tenían sobre su respectiva cuota⁵⁷.

Este supuesto ha sido recogido expresamente en el CDFA, que incluye entre los casos de extinción del derecho expectante de viudedad el de “*partición y división de bienes, incluso con exceso de adjudicación, respecto de aquellos que no se adjudiquen al cónyuge*” (art. 280.1.d). El precepto resuelve la cuestión con carácter definitivo, en el sentido de que en ese tipo de actos no es precisa la intervención del cónyuge para que éste no mantenga el derecho expectante de viudedad sobre los bienes que se adjudican al resto de los comuneros, pero requiere algún comentario.

No creo que la disolución de comunidad pueda ser calificada como acto de enajenación de bienes, es más bien una concreción o determinación de los bienes que corresponden al comunero entre los que se mantenían en comunidad⁵⁸. Así

⁵⁷ Aunque sorprenden los argumentos por los que se llega a esa conclusión, ya que el auto sostiene que el entonces art. 76 de la Compilación emplea la palabra *enajenación* en sentido amplio, dentro del cual encaja el negocio jurídico de la disolución o división de la comunidad de bienes, que considera que es un acto de disposición, y afirma que la causa para rechazar la subsistencia del derecho expectante de viudedad se encuentra en que, de sostenerse lo contrario, se llegaría a la contradictoria situación de una concurrencia de derechos expectante de viudedad sobre las antiguas cuotas indivisas y sobre los bienes adjudicados. No procede entrar a comentar este auto, ya superado por el CDFA, aunque puede llamarse la atención acerca de lo dudosas que son las afirmaciones sobre la naturaleza jurídica de la disolución de comunidad y que, con el razonamiento dado por ella, la misma solución podría aplicarse al caso de la permuta, ya comentado, o, en general, a cualquier transmisión onerosa.

⁵⁸ En el ámbito tributario, que es quizá donde se ha planteado de forma más explícita la cuestión de la naturaleza jurídica del acto de disolución de comunidad, se puede considerar pacífico que no constituye un acto traslativo. Así, las STS de 23-5-1998 y 28-6-1999 establecen que “*la división y adjudicación de la cosa común son actos internos de la comunidad de bienes en los que no hay traslación del dominio, de modo que, en consecuencia, por primera transmisión sólo puede entenderse la que tiene como destinatario un tercero*”. Consecuencia de esta afirmación es el tratamiento tributario que recibe la disolución de comunidad, completamente diferente al de la enajenación de bienes: en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, no se le considera sujeta a dicho tributo; en el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, no se considera acto sujeto; y en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, no se considera que constituya alteración patrimonial a efectos de determinar posibles ganancias o pérdidas patrimoniales. Aunque la excepción la constituye el caso de existencia de excesos de adjudicación, que se consideran como actos de enajenación, aunque con algunas excepciones: no se consideran sujetos al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales los excesos de adjudicación que surjan por dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 821, 829, 1056 (segundo) y 1062 (primero) del Código Civil y disposiciones del Derecho Foral basadas en el mismo fundamento, es decir, derivados de la indivisibilidad del bien a cuya comunidad se pone fin (art. 7.2.B del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y

pues, en realidad, para los casos generales de partición de herencia y disolución de cosa común, lo que sucede es que no existe enajenación, siendo ésta la razón por la que no se requiere la intervención del cónyuge. Podría dudarse más en los casos en que la disolución de comunidad se lleva a cabo mediante la íntegra adjudicación del bien a alguno de los comuneros a razón de pagar a los demás el valor de su parte, es decir, con excesos de adjudicación, pero el legislador, afortunadamente, ha dejado claro que también entonces queda extinguido el derecho expectante de viudedad del cónyuge del comunero sobre los bienes que no se le adjudiquen, sin que deba dar su consentimiento, dando preferencia a la autonomía privada de los comuneros para acordar la disolución de la comunidad de la forma que estimen conveniente y evitando las interferencias de sus cónyuges. Por ello, pese a la imprecisión del legislador, que trata como enajenación actos que, en realidad, no lo son, la clarificación que hace es de agradecer.

El precepto no condiciona la existencia del exceso de adjudicación a la indivisibilidad del bien o bienes que forman la comunidad, es decir, a que se produzca la circunstancia regulada en el art. 1062 CC. Por tanto, con independencia de ello, los cónyuges de los comuneros que sólo reciben dinero no conservan el derecho expectante de viudedad sobre los bienes objeto de la disolución de comunidad.

Tampoco lo conservan los cónyuges de aquellos comuneros que, en las comunidades formadas por inmuebles o explotaciones económicas y bienes de otro tipo, se adjudican sólo estos últimos.

Pero si un comunero renuncia a su parte en la comunidad, sin recibir nada a cambio, habrá que considerar que se trata de una cesión gratuita de su cuota indivisa al comunero que recibe en su totalidad el bien. Si en el acto de disolución de comunidad se acuerda aplazar el pago del importe del exceso de adjudicación y, al cabo de un tiempo, quien tiene derecho al cobro del mismo decide condonar la deuda, se llegaría al mismo resultado; pero la distancia en el tiempo entre esos dos actos jurídicos impediría asimilarlos.

En último término, siempre sería posible aplicar la doctrina del fraude de ley, si concurren los presupuestos del mismo que ya vimos al referirnos a los bienes muebles.

5) Las modificaciones inmobiliarias no son actos de enajenación y pueden llevarse a cabo sin intervención del cónyuge: segregaciones, divisiones, agrupaciones, agregaciones, declaraciones de obra nueva y destrucción, modificaciones de uso o

Actos Jurídicos Documentados); y también se excluyen de sujeción al Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana los excesos de adjudicación derivados de bienes en que la comunidad resulta de una adquisición hereditaria (Resolución DGT V1798-08).

destino, constitución de vinculaciones *ob rem*, divisiones horizontales, constitución de complejos inmobiliarios, establecimiento estatutos y reglas de comunidad y su modificación, etc. No sólo en sus aspectos jurídico formales documentales, para su constancia en el Registro de la Propiedad, sino también en sentido material, por lo que el cónyuge propietario puede construir en el inmueble como desee, modificar lo construido y destruirlo y su cónyuge viudo no podrá desconocer lo realizado por él.

Lo mismo cabe decir de las empresas y explotaciones económicas, que sólo tendrán esa condición si mantienen su carácter organizativo y funcional, que el titular puede modificar y dejar sin efecto, sin que sea preciso para ello el consentimiento del cónyuge, pese a que ello provocará la extinción de su derecho expectante de viudedad, porque el bien sobre el que recaía ha perdido la naturaleza que le hacía estar sujeto a él.

6) Aunque pueden plantearse dudas, tampoco creo que sea necesaria la intervención de su cónyuge para que el titular de un inmueble pueda constituir servidumbres sobre él, porque no se trata de actos de enajenación. Sus características son, más bien, próximas a los actos de modificación inmobiliaria del apartado anterior. Téngase en cuenta que la constitución de servidumbres está normalmente vinculada a la mejora de la utilización de los inmuebles y son derechos normalmente perpetuos, pero que no impiden al cónyuge viudo ejercitar su derecho de usufructo sobre el inmueble que las soporta, y la interrupción de uso que podría llevar considerarlos como una enajenación a efectos del derecho expectante de viudedad podría producir graves perjuicios. Con lo que el cónyuge viudo, recibirá los bienes sujetos a ellas. Aunque nada impediría que pudiera acreditarse la existencia de fraude contra el derecho expectante de viudedad, si concurren sus presupuestos.

7) El arrendamiento no constituye un acto de enajenación, de modo que el propietario de los bienes puede arrendarlos sin que intervenga su cónyuge y el arrendamiento vinculará a éste si llega a adquirir el usufructo viudal, con lo que se subrogará en la condición de arrendador⁵⁹. El hecho de que la ley exija para

⁵⁹ El Apéndice de 1925, en cambio, disponía la extensión de la viudedad, a favor de la mujer, a los inmuebles que sin consentimiento suyo el marido hubiera dado por más de un año en arrendamiento estando ellos sujetos al derecho expectante de viudedad (art. 66). Pero no se recogió una norma similar en la Compilación, ni aparece en el CDFa. No obstante, para la regulación de la Compilación, SANCHO REBULLIDA, F.A. y DE PABLO CONTRERAS, P., entendieron que la misma razón para que el usufructo no le sea oponible al cónyuge existe en el arrendamiento y que, por ello, la posesión del arrendatario debe ceder ante la que corresponde al viudo; para ello arguyen que la materia de arrendamientos no está incluida entre las que el art. 148.1.8 de la Constitución reserva en todo caso al Estado, por lo que entra dentro de las competencias posibles de la Comunidad Autó-

ciertos arrendamientos la misma capacidad que para realizar actos de disposición no los convierte en una enajenación. La extinción del contrato de arrendamiento que regula el art. 13.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos por la pérdida de su derecho por parte del arrendador sólo es aplicable a los casos que regula (pérdida derivada del ejercicio del retracto convencional, la apertura de una sustitución fideicomisaria, la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial, o el ejercicio de un derecho de opción de compra) y la limitación temporal por razón del derecho del arrendador también se limita a los casos contemplados en él (usufructuario, superficiario y cuantos tengan un análogo derecho de goce).

Tampoco creo que esta conclusión se vea alterada por el derecho de adquisición preferente que con frecuencia corresponde al arrendatario, porque su ejercicio lleva consigo que el propietario venda el bien y quien lo ejercite se subrogará en la posición del adquirente, por lo que, si el cónyuge del propietario no ha consentido la venta, quedará salvaguardado su derecho expectante de viudedad. Y si se trata del ejercicio del tanteo, igualmente será preciso el consentimiento del cónyuge⁶⁰.

2. Renuncia expresa.

La primera vía que regula el art. 280.2,a) CDFA para impedir que el derecho expectante de viudedad se mantenga sobre el bien enajenado es la “*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*”. Esta renuncia se distingue de la que regula el art. 274 en que esta última es genérica, independiente de un acto concreto de enajenación de uno varios bienes, pero no hay muchas diferencias de régimen entre una y otra, aunque sí algunas. La principal es que se suprime el requisito de la escritura pública si la renuncia se hace en el mismo

noma de Aragón, por lo que la normativa estatal se aplica sólo como supletoria del Derecho aragonés; y, sobre todo, porque, si la posesión inmediata del viudo desplaza incluso a la del propietario, carece de sentido pretender que no ocurra lo mismo tratándose del arrendatario («Comentario al art. 79», *ob. cit.*, pág. 782). Estos razonamientos podrían utilizarse igual para la regulación del CDFA. Sin embargo, como se explica arriba, en mi opinión, parte de la consideración del arrendamiento como una enajenación y del derecho de arrendamiento como un derecho real, circunstancias que no se corresponden con la realidad.

⁶⁰ En realidad, el tema de los derechos de adquisición preferente arrendaticios puede ser examinado desde su reverso y plantearse que, si el cónyuge del propietario ha consentido el arrendamiento, tal vez no sea preciso que vuelva a consentir el ejercicio del derecho de tanteo por el arrendatario, puesto que este derecho forma parte de los que lleva consigo el contrato de arrendamiento.

acto en que se enajena el bien, por coherencia con el régimen del principio general de libertad de forma en la enajenación de inmuebles que rige en España: si la enajenación es válida en documento privado (con la excepción de la donación de inmuebles, que requiere documento público como requisito de validez, conforme al art. 533 CC), debe serlo también la renuncia que el cónyuge haga en el mismo documento a su derecho expectante de viudedad; lo contrario sería un sinsentido, la enajenación sería válida, pero no la renuncia al derecho expectante de viudedad. Entiendo que, aunque el precepto vuelve a hablar de enajenación, en realidad se refiere al contrato celebrado, de compraventa o de otro tipo, de modo que si la transmisión de la propiedad queda diferida, porque de momento no hay entrega, cuando ésta se produzca el comprador adquirirá el bien con el derecho expectante de viudedad extinguido; y si la propiedad no llega a transmitirse, el cónyuge lo conservará; aunque no lo diga expresamente, se trataría de una renuncia condicionada a que se complete la enajenación de la propiedad del bien.

Aunque se mantiene la exigencia de que la renuncia sea expresa, se ve hoy contrarrestada por el hecho de que se admita como equivalente la concurrencia a la enajenación, como veremos después.

La renuncia en contemplación a una enajenación puede ser anterior o posterior a ésta.

En cuanto a la renuncia previa, deberá formalizarse en escritura pública y lo normal es que esté condicionada a que se lleve a cabo la enajenación del bien, de modo que, en caso contrario, el cónyuge conservaría su derecho expectante de viudedad sobre dicho bien. Si no se hace en contemplación a la enajenación del bien, estaríamos más bien dentro del ámbito de la renuncia del art. 274. Sin embargo, no es precisa la determinación de las circunstancias de la enajenación, salvo que tenga especial interés en ello, y nada impide someter la validez de la renuncia a que la enajenación se lleve a cabo en determinado plazo o se condicione de cualquier otra forma⁶¹.

Y, desde luego, la renuncia también puede ser posterior a la enajenación, hecha también en escritura pública. Aunque es poco recomendable para el adquirente, que se arriesga a que no se lleve a efecto. Un supuesto frecuente, y que puede considerarse equivalente, es la renuncia llevada a cabo por el enajenante, o por otra persona, como mandatario verbal del cónyuge y sometida a su poste-

⁶¹ En la práctica, se utilizan fórmulas del tipo “*renuncia al derecho expectante de viudedad que le corresponde sobre el inmueble referido para el caso de que sea objeto de enajenación*”, sin más especificación, aunque, como se indica, pueden establecerse las limitaciones y condiciones que se consideren oportunas.

rior ratificación, que también deberá llevarse a cabo en escritura pública; por la misma razón indicada, es poco recomendable.

Para la renuncia del art. 280 valen las consideraciones que se hicieron para la del art. 274 CDFA, en el sentido de que es irrevocable y no recepticia. Pero, estando referida a bienes concretos y realizándose en contemplación a su enajenación, creo que hay dos diferencias más de régimen jurídico. La primera es que la renuncia del art. 280 no debe hacerse constar en el Registro Civil, puesto que no es un acto que *afecte* el régimen económico matrimonial entendido como un conjunto de reglas que determinan el estatuto jurídico patrimonial del matrimonio. La segunda es que no creo posible el pacto entre los cónyuges restableciendo el derecho expectante de viudedad renunciado, porque no sería un pacto sobre el régimen del derecho de viudedad conforme al art. 272, sino una vía de eludir la irrevocabilidad de la renuncia, con gran peligro para el tercero que adquiriera el bien confiado en la renuncia realizada.

La renuncia puede hacerse a través de apoderado, que puede ser el propio cónyuge que va a enajenar o una tercera persona. La renuncia al derecho expectante de viudedad no es un acto personalísimo, como tampoco lo es cualquier tipo de derecho de los cónyuges dentro del ámbito del régimen económico matrimonial, en el que lo fundamental es el aspecto patrimonial. De hecho, este poder es muy frecuente en la práctica, sin que su utilización haya generado ningún tipo de controversia. Además, nada impide que sea general, para todos o una parte genéricamente determinada de los bienes del cónyuge del poderdante, porque, como hemos visto, la renuncia puede ser genérica y, por la misma razón, también el poder para renunciar; es decir, no es necesario que sea especial para cada bien. Así lo ha entendido la STSJA de 2 de diciembre de 2005, que, frente a un recurso que arguye que no debe reconocerse eficacia a la renuncia hecha por representante, porque no reúne los requisitos de ser expresa, hecha en documento público y de modo personal por la interesada, considera indudablemente válida la hecha por un apoderado al que el marido le había facultado para vender y la esposa le había atribuido facultad de *“renunciar al derecho de viudedad foral que pudieran corresponderle en los actos que se realicen en virtud de este poder”* y entiende que no es necesario citar la finca concreta, porque tal cosa no venía exigido por el entonces vigente art. 76 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, que era el precepto vigente entonces, como tampoco lo exige la normativa actual ⁶².

⁶² Sin embargo, SANCHO REBULLIDA, F.A. y DE PABLO CONTRERAS, P. consideran que el derecho expectante de viudedad es un derecho personalísimo y sólo aceptan un poder “espe-

El poder deberá formalizarse en escritura pública, no sólo por exigencia del art. 1280.5° CC, sino también porque el consentimiento del cónyuge a la renuncia precisa ese requisito formal por el citado art. 280.2.a); en este caso, el consentimiento del cónyuge relativo a su renuncia no es simultáneo a la enajenación, por lo que no le es de aplicación la exención de la escritura pública; a estos efectos, es equivalente a la renuncia anticipada.

Si el cónyuge del enajenante está incapacitado, entiendo que es posible que la renuncia se lleve a cabo por las reglas que procedan en función del régimen de incapacitación y el procedimiento de guarda a que esté sometido. No suelen referirse a esta cuestión los autores que han estudiado la materia; de la insistencia de algunos en el carácter “personalísimo” del derecho de viudedad parece inferirse su posición contraria a esta posibilidad. Sin embargo, como hemos indicado, no cabe duda de que la renuncia al derecho expectante de viudedad sobre bienes que se enajenan se encuentra entre los actos que pueden llevarse a cabo a través de representante voluntario y ninguna norma impide que pueda llevarse a cabo también a través de su representante legal.

Centrándonos en las reglas que serían de aplicación a la renuncia de un incapacitado en caso de que tenga vecindad civil aragonesa, hay que señalar que, en primer término, habrá que atender a lo que establezca la sentencia de incapacitación y, a salvo lo previsto en ella, para determinar la “capacidad del incapacitado”: si está sujeto a tutela o autoridad familiar, se le aplican las reglas sobre capacidad del menor que no ha cumplido los catorce años; y, si está sujeto a curatela, las del menor que los ha cumplido ya (art. 39 CDFa). Por tanto, y salvo que otra cosa disponga la sentencia de incapacitación:

– Si el cónyuge del enajenante está sujeto a tutela o autoridad familiar prorrogada o rehabilitada, la renuncia tendrá que hacerla su representante legal, el tutor o los padres, pero necesitarán autorización previa de la Junta de Parientes o el Juez (art. 15.1 CDFa). En cuanto a la Junta de Parientes, se formará según lo establecido en los arts. 172 y ss. CDFa, de cierta complejidad, en las que no es posible detenerse aquí. Únicamente, puede ser de utilidad decir que, si, como es cada vez más frecuente, se trata de una persona mayor con algún tipo de demencia senil, en ausencia de ascendientes, podrán formar la Junta de Parientes dos hijos, puesto que cada hijo cubre las dos líneas exigidas, paterna y materna,

cialísimo”, en el que aparezcan perfectamente determinados su contenido y alcance; añaden que el poder implica conferir al apoderado una función equivalente a la de un mero *nuntius* y afirman que en modo alguno cabe el otorgamiento de un poder para renunciar cuyo uso pueda quedar al arbitrio del apoderado, caso por caso («Comentario al art. 74» *ob. cit.*, pág. 690).

los de mayor edad si hay más de dos. Si, como sucederá normalmente, el enajenante es el tutor de su cónyuge, existirá oposición de intereses, pero, siendo tutor único, podrá ejercer la representación con la autorización de la Junta de Parientes o del Juez que ya es precisa para el acto (art. 13.1.b).

- Si está sujeto a curatela, el incapacitado actuará por sí, pero con la asistencia del curador (arts. 150.1), sin que se requiera autorización adicional. Si el curador es el cónyuge, habrá oposición de intereses, y la asistencia deberá prestarse por la Junta de Parientes o un defensor judicial (art. 28.1.b).

La autorización judicial para la renuncia no es exactamente la misma que regula el art. 282.2, a que luego se hace referencia y que también podría utilizarse alternativamente.

En el supuesto, frecuente, de persona incapaz no incapacitada, dado que no podrá hacer la renuncia por sí y carecerá de representante legal para ello, habrá que acudir a la vía judicial del art. 280.3 CDFEA, que después se estudia. Aunque el incapaz no incapacitado tuviera un guardador de hecho, las facultades de éste no comprenden la de renunciar al derecho expectante de viudedad, puesto el Art. 159 CDFEA dice que debe limitarse a cuidar de la persona protegida y a realizar los actos de administración de sus bienes que sean necesarios.

Es criterio establecido sin discusión, al menos hasta ahora, que esta renuncia no tiene consecuencias patrimoniales ni tributarias. No se considera un acto a título *gratuito*, ni desde el punto de vista sustantivo, por lo que no puede ser considerado realizado en fraude de acreedores, ni desde la perspectiva tributaria, por lo que no genera Impuesto de Donaciones. Tampoco se considera que está sujeto al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, por carecer de contenido valuable (art. 31.2 de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados).

Cabe plantearse si el cónyuge que se encuentre declarado en situación de concurso de acreedores puede hacer por sí solo la renuncia al derecho expectante de viudedad en las enajenaciones que lleva a cabo su cónyuge. Recordemos que el art. 40 de la ley Concursal establece que, en caso de concurso voluntario, el deudor conserva las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, aunque queda sometido a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad, y que, si el concurso es necesario, se suspende el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales, si bien el juez podrá acordar la suspensión en caso de concurso voluntario o la mera intervención cuando se trate de concurso necesario y que, a solicitud de la administración concursal y oído el concursado, el juez, mediante auto, podrá

acordar en cualquier momento el cambio de las situaciones de intervención o de suspensión de las facultades del deudor sobre su patrimonio. La pregunta es si a la renuncia del derecho expectante de viudedad se le aplica este régimen de intervención o suspensión de facultades. La cuestión puede no ser fácil de resolver, porque la Ley Concursal no está pensando en el problema que plantean las cuestiones de gestión de bienes en el ámbito del régimen económico matrimonial⁶³. Entiendo que no quedará sujeta a él y que, por tanto, el cónyuge, aun en situación de concurso, podrá renunciar al derecho expectante de viudedad que le corresponda sobre los bienes enajenados por su cónyuge, porque, en principio, no afecta a los acreedores que su deudor conserve o no el derecho expectante de viudedad sobre los bienes de su cónyuge, puesto que, aunque llegara a hacerse efectivo y acabara usufructuándolos, el derecho de usufructo de viudedad es inembargable (art. 290.1 CDFR). No creo que permita llegar a conclusión diferente el hipotético derecho de alimentos que pudiera corresponder al deudor a cargo de la masa del concurso (arts. 47 y 84.2.4º LC) y que pueda verse perjudicado como consecuencia de la renuncia al derecho expectante de viudedad, dada la incidencia negativa que podría tener sobre el patrimonio estrictamente personal del cónyuge, el carácter puramente hipotético del usufructo viudal y las características del derecho de alimentos.

Por similares razones, entiendo que los acreedores del cónyuge no pueden revocar la renuncia realizada por éste sobre la base del art. 1111 CC.

3. Concurrencia en la enajenación sin reserva.

El art. 280.2 CDFR establece que “*salvo reserva expresa, en toda enajenación en que hayan concurrido ambos cónyuges se extinguirá el derecho expectante de viudedad*”.

Quizá no merezca la pena debatir acerca de si este precepto en realidad contiene una renuncia tácita, aunque lo cierto es que se le parece mucho, hasta el punto de poder afirmarse que este supuesto de extinción del derecho expectante de viudedad abre una vía de atenuación de sus consecuencias. En efecto, esta causa de extinción viene a suponer el abandono del principio absoluto de la necesidad de renuncia expresa, que, sin embargo, se mantiene para el derecho de usufructo viudal.

⁶³ Sobre la incidencia del concurso de acreedores en el ámbito del régimen económico matrimonial aragonés, puede verse el excelente trabajo de MARÍA ÁNGELES PARRALUCÁN «Concurso de acreedores y consorcio conyugal», *Actas del Foro de Derecho Aragonés, Decimonoveno Encuentros*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, págs. 107-154. Aunque no se detiene en el concreto tema que tratamos aquí.

De hecho, viene a ser una forma alternativa o paralela a la renuncia para obtener la extinción del derecho expectante de viudedad, que, incluso, podría considerarse preferible, con el fin de prevenir un hipotético cambio de criterio sobre la consideración de la renuncia como acto gratuito o sujeto a tributación; es decir, que tal vez podría ser conveniente que, cuando un cónyuge enajene sus bienes, el otro intervenga no para renunciar al derecho expectante de viudedad, sino para concurrir en la enajenación consintiéndola, ya que los efectos en ambos casos son los mismos y se evita incluir el vocablo “renuncia”, que puede ser peligroso desde el punto de vista tributario.

En cuanto al sentido de esta norma, el legislador ha acabado reconociendo que si un cónyuge da su conformidad a la enajenación que lleva a cabo el otro, si quiere conservar su derecho expectante de viudedad sobre el bien enajenado, debe hacer reserva expresa; y la mera *concurrencia* sin reserva se considera que supone estar conforme con la enajenación plena y libre, con todas sus consecuencias, inclusive la extinción del derecho expectante de viudedad.

Esta regla tiene detrás tanto sentido común que lo que no se comprende bien es que durante mucho tiempo se haya mantenido lo contrario, es decir, que pese a concurrir en la enajenación sin reserva se mantenía el derecho expectante de viudedad. Si un cónyuge interviene en la enajenación que hace el otro y el bien se dice que se transmite libre de cargas y gravámenes o con los que se mencionen, pero sin referencia al derecho expectante de viudedad, se está dando por buena la extinción del derecho expectante de viudedad.

El precedente de este precepto se encuentra en la reforma de la Compilación de 1985, que añadió, en el art. 76, la regla de que, salvo reserva expresa, la enajenación, o el consentimiento a ella, de los bienes comunes equivalían a la renuncia al derecho expectante de viudedad de quien enajena o consiente. Así se eliminaba el régimen del doble consentimiento que la legislación anterior exigía para la enajenación de bienes consorciales: consentimiento para enajenar y consentimiento para renunciar al derecho expectante de viudedad, porque éste último se entendía que era independiente del primero y la renuncia tenía que ser expresa. La reforma, sin embargo, se quedó corta. Por un lado, sólo se refería a los bienes consorciales, aunque eran muchos los autores partidarios de que este régimen se considerara aplicable también a los privativos pertenecientes a ambos cónyuges⁶⁴. Por otro, no se aplicaba a los casos en que sólo uno de los cónyuges enajenaba, por ser el bien privativo suyo, pero el otro intervenía en el acto, por

⁶⁴ Así, SANCHO REBULLIDA., F.A. y DE PABLO CONTRERAS, P., «Comentario al art. 76», *ob. cit.*, pág. 743.

las razones que fuera⁶⁵. Por fin, la LREMV resolvió definitivamente el problema en los términos vistos.

El efecto extintivo de la concurrencia a la enajenación no requiere que el cónyuge del enajenante conozca la existencia del derecho expectante de viudedad ni su significado exacto, como tampoco es necesario en la renuncia. Es decir, el cónyuge no podría defender que no se ha extinguido su derecho expectante de viudedad sobre el bien enajenado sobre la base de que, aunque concurrió en la enajenación, no sabía el significado y efectos que esa concurrencia acarrea, porque si concurrió sin reservas se entiende que aceptó que la enajenación se llevara a cabo con plenitud de efectos, sin que el bien enajenado quedara sujeto a carga o gravamen a favor del enajenante o su cónyuge. El supuesto error de Derecho no tendría consecuencias invalidantes para la extinción del derecho expectante de viudedad.

El precepto utiliza la expresión “*concurrencia*” para definir la actuación del cónyuge en el acto, que es muy amplia, pero que plantea algunas dudas acerca de su significado preciso. Para su examen, podemos distinguir dos grupos de supuestos de concurrencia:

1) El primero incluye todo tipo de consentimiento prestado a la enajenación, tanto si es impuesto por alguna otra norma, como sucedería en el caso de la vivienda habitual (art. 190 CDFR), como si no viene exigido por disposición alguna.

Entiendo que este consentimiento puede ser previo, simultáneo o posterior a la enajenación, igual que la renuncia. En efecto, creo que la expresión “*concurrencia*” no exige simultaneidad; así resulta de su mismo sentido gramatical, puesto que si bien es cierto que algunos de los significados de esa palabra la supo-

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 7 de febrero de 1996 también aplicó la misma regla a la venta por ambos cónyuges de bienes privativos, por identidad de razón.

⁶⁵ La STSJA 30 octubre 1996, en un caso en que, tras pactar separación de bienes y adjudicarse los bienes de la comunidad conyugal, ambos cónyuges venden en un solo acto y a unos mismos compradores un piso y un local, uno propiedad de un cónyuge y el otro del otro, sin renunciar al derecho expectante de viudedad, consideró que éste subsistía. Un voto particular del presidente del Tribunal José Ramón San Román Moreno, en cambio, discrepaba, muy razonablemente, de esta solución: “*evidentemente, al transmitirse «las propiedades libres de cargas», aparece claramente expresada la voluntad de las partes en el documento por ellas suscrito y no puede ser otra la interpretación que con arreglo al principio normativo del «Standum est chartae», ha de darse a esa cláusula del contrato, dado que no cabe negar la condición de carga o gravamen real, que unánimemente se reconoce, al derecho expectante de viudedad*”.

nen, no sucede así con otros⁶⁶. Además, así se infiere de la finalidad de la norma, que ha quedado expuesta. Así, por ejemplo, el consentimiento prestado a la concesión por el cónyuge de un derecho de opción de compra lleva consigo que el ejercicio de la opción no quede afectado por el derecho expectante de viudedad; lo mismo sucede en el caso de la promesa de venta.

El consentimiento a la enajenación puede prestarse por medio de representante, siempre que tenga facultades suficientes. Si es un apoderado, creo que será suficiente con tener facultades para hacer o consentir enajenaciones de inmuebles; creo que no es necesario que el poder haga mayores precisiones, puesto que un poder que permite enajenar bienes también habilita para consentir enajenaciones llevadas a cabo por otros. Igual que veíamos para la renuncia, el poder puede ser general. También puede prestarlo el representante legal, con los mismos requisitos que vimos para la renuncia.

Puede dudarse si ese consentimiento, cuando no es simultáneo a la enajenación, es preciso que conste en escritura pública y que sea expreso. Una interpretación analógica con el supuesto de renuncia llevaría a concluir que el consentimiento previo o posterior a la enajenación debe prestarse expresamente y en escritura pública. Sin embargo, entiendo que no es descabellado defender el carácter extintivo del consentimiento tácito, aun sin escritura pública, si puede acreditarse suficientemente que se ha producido y el cónyuge no ha reaccionado en un tiempo razonable poniendo en conocimiento del adquirente que se reserva el derecho expectante de viudedad sobre el bien enajenado; por ejemplo, pensemos en el caso de que un cónyuge enajene un bien privativo y con el dinero obtenido ambos cónyuges deciden comprar un bien que se titula a nombre de los dos: podría inferirse de ahí que el cónyuge que no enajenó aceptó con todas sus consecuencias la enajenación llevada a cabo por el otro.

La reserva de su derecho expectante de viudedad por parte del cónyuge que consiente debe ser simultánea al consentimiento, ya que, en caso contrario, se entiende que el derecho expectante ha quedado extinguido; también debe ser simultánea si el consentimiento a la enajenación fue previo, como exigencia de la seguridad jurídica, puesto que, en otro caso, podrían defraudarse los derechos del adquirente.

2) También entra en el ámbito de esta norma cualquier supuesto de intervención de un cónyuge en la enajenación que lleva a cabo otro sin consentirla

⁶⁶ En uno de los significados recogidos por el Diccionario de la Real Academia, concurrencia aparece como sinónima a “concurso” y recuérdese que el Código Civil utiliza esta palabra para referirse al consentimiento contractual, indicando que “se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación”, que pueden no producirse simultáneamente (art. 1262)

expresamente ni hacer reserva expresa de su derecho expectante de viudedad, da igual el concepto por el que intervenga. Por ejemplo, si ambos cónyuges enajenan bienes distintos en un mismo acto; o si ambos reciben un préstamo y en garantía del mismo se hipoteca un bien que es propiedad de uno solo de los cónyuges; o si uno solo recibe el préstamo hipotecario e hipoteca y el otro cónyuge concurre para afianzar⁶⁷, etc. En cualquier caso, ha de ser una concurrencia consciente, de modo que, obviamente, no se entendería que existe tal si el cónyuge en cuestión carece de capacidad jurídica suficiente.

En estos casos de concurrencia sin consentimiento parece que sí que se presupone la simultaneidad. Lo que podría dudarse es si hace falta que el cónyuge concurrente intervenga en el documento en que se produce la enajenación o si es suficiente que esté presente en el acto del otorgamiento, aun sin intervenir directamente en él. Pensemos, por ejemplo, en que ambos vendan distintos bienes inmuebles privativos de uno y otro a la misma persona y se formalicen las ventas en documentos distintos, pero que se firman conjuntamente. Creo que puede defenderse que si el cónyuge estuvo presente y presencié la enajenación, aunque no interviniera en el documento en que ésta se produce, concurrió al acto y que, por ello, su derecho expectante de viudedad habrá quedado extinguido. El problema será probar esa concurrencia.

Otra duda es si la concurrencia sin consentimiento puede llevarse a cabo a través de representante. En realidad, el poder llevaría más bien a la prestación de consentimiento; pero también cabría aceptar que la concurrencia del representante fuera suficiente siempre y cuando en el poder se presuponga la enajenación que va a llevar a cabo el otro cónyuge. Pensemos en el ejemplo que antes poníamos de que la intervención del cónyuge sea para afianzar: no serviría un poder para afianzar sin más especificación, pero sí cuando en él se expresa que lo afianzado va a ser un préstamo hipotecario que se va a conceder a su cónyuge; no bastaría el poder para obtener préstamos en general, pero sí el poder para obtener préstamos hipotecarios sobre bienes del cónyuge.

A la concurrencia del cónyuge declarado en situación de concurso de acreedores le son de aplicación las mismas consideraciones que hemos visto relativas a su renuncia al derecho expectante de viudedad.

⁶⁷ Obsérvese que en este último caso el cónyuge no es parte en el acto jurídico relativo a la constitución de la hipoteca, sólo lo es como fiador personal, lo cual es un acto jurídico independiente y que está vinculado con el préstamo, no con la garantía hipotecaria. Sin embargo, el texto legal es lo suficientemente claro, como reconoce CARMEN LERMA RODRIGO en su intervención, como coponente, en la ponencia «La extinción del derecho expectante de viudedad», *Actas del Foro de Derecho Aragonés, Decimocuartos Encuentros*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2005, pág. 150.

4. Extinción por resolución judicial.

El art. 280.3 dispone que *“a petición de un cónyuge, el Juez puede declarar extinguido el derecho expectante del otro sobre un bien, antes o después de su enajenación, en razón de las necesidades o intereses familiares”*. El antecedente de este precepto está también en la reforma de la Compilación de 1985, que introdujo la regla en virtud de la cual *“en los mismos casos de enajenación, también se extinguirá el derecho expectante de viudedad cuando así lo acuerde el Juez de Primera Instancia, a petición expresa del propietario de los bienes, si el cónyuge titular del expectante se encuentra incapacitado o se niega a la renuncia con abuso de su derecho”*⁶⁸.

Esta regla es un complemento de las anteriores, ya que establece una salida para los casos en que no se puede obtener la extinción del derecho expectante de viudedad por las dos vías que hemos visto previamente, la renuncia o la concurrencia del cónyuge. La nueva regulación mejora sustancialmente la anterior, que la limitaba al supuesto del incapacitado y al de negativa a la renuncia con abuso de derecho⁶⁹. Ahora, no se limita a los supuestos expresados y se deja gran amplitud al Juez para decidir conforme a las circunstancias del caso.

Las circunstancias relativas a esta vía de extinción son las siguientes:

a) Quien puede solicitar la extinción judicial es el cónyuge que va a proceder a la enajenación, es decir, el propietario de los bienes. Recordemos que estamos hablando de bienes privativos, puesto que, en los consorciales, no hay necesidad, ya que su válida enajenación siempre estará libre del derecho expectante de viudedad de los cónyuges, con independencia de que se lleve a cabo por uno solo

⁶⁸ En los anteproyectos de la Compilación ya se contenían normas con esta misma finalidad, que preveían la posibilidad de suplir la intervención del cónyuge por decisión de la Junta de Parientes o aprobación judicial, pero desapareció en la tramitación del proyecto en las Cortes.

⁶⁹ Extraño abuso de derecho negarse a renunciar a un derecho; era una contradicción en sus propios términos, porque parece que nadie abusa de un derecho por no querer renunciar a él. Probablemente por ello fue debatido si el concepto de abuso de derecho de este precepto era el mismo que contiene el art. 7.2 CC. BAYOD LÓPEZ, C., consideró que no lo era, ya que las consecuencias derivadas de uno y otro artículo eran diferentes: indemnización de daños para el tercero perjudicado o adopción de medidas cautelares, en el precepto del Código Civil, frente a la extinción del derecho expectante de viudedad, en el precepto aragonés; y entendía que la Compilación regulaba un supuesto concreto de extinción del expectante que hacía referencia a negativas arbitrarias o injustificadas de renuncia no equiparables a un abuso de derecho en sentido propio («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», *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 1997, número 2, págs 136 y 137). Pero, en cualquier caso, viene a ser parecido: no se entiende que la negativa a renunciar un derecho, si realmente lo es, pueda ser calificada de arbitraria o injustificada.

de los cónyuges. En el caso de que el cónyuge propietario esté incapacitado, la solicitud la tendrá que hacer su representante legal; no hay norma alguna que impida esta representación.

Sin embargo, no está legitimado el tercero adquirente de los bienes, como deja claro el texto de la norma y tal y como confirmaron las STSJA 4 abril 1995 y 30 octubre 1996 para la regulación anterior, que mantienen su validez para la nueva.

b) La solicitud se formula en contemplación a una enajenación concreta, pero puede hacerse tanto antes de su realización como después. Lo de suyo es que se haga antes, para que quien adquiera el bien tenga la seguridad de que éste quede libre del derecho expectante de viudedad del cónyuge de enajenante. En estos casos, si luego la enajenación no se lleva a cabo, la extinción no será efectiva. Es decir, lo que el Juez hace es declarar que la enajenación del bien llevará consigo la extinción del derecho expectante de viudedad y así debería expresarlo en su resolución.

La solicitud posterior a la enajenación pretenderá resolver una omisión producida en el momento de la su realización, pero contará con la dificultad de que el adquirente quizá no tenga mucha fuerza para obligar al enajenante a instar este procedimiento, salvo que se haya previsto en la escritura una retención del precio o parte de él, o que se haya sometido la venta a condición de obtener la extinción del derecho expectante.

Aunque la norma se refiere a la enajenación de “un bien”, entiendo que nada impide que, si se van a enajenar conjuntamente varios bienes, la solicitud incluya todos ellos. Lo que el legislador quiere decir es que la solicitud se refiere a una enajenación concreta y determinada, que puede tener por objeto varios bienes.

c) La solicitud deberá concretar suficientemente la enajenación en cuya contemplación se hace, a fin de que el Juez pueda valorar si procede la declaración de su extinción “*en razón de las necesidades o intereses familiares*”. Esto supone tener que expresar el bien o bienes que se pretende enajenar y las circunstancias en virtud de las cuales se considera que conviene a las necesidades o intereses familiares. Probablemente sea preciso indicar el precio que espera obtenerse, al menos el mínimo por el que la enajenación se llevaría a cabo, porque parece que ese dato es relevante para que el Juez puede hacer su valoración; en cambio, no creo que sea imprescindible la identidad de quien vaya a adquirir los bienes, de hecho, si existe una necesidad económica perentoria y la solución o alivio a la misma pasa por la enajenación del bien, la iniciación de los trámites para llevarla a cabo aconsejaría disponer ya de la declaración judicial y en ese momento puede no saberse todavía quién va a adquirirlo.

Conforme a lo que antes se relataba, a estos efectos, la constitución de una hipoteca sobre un bien se considera como una enajenación condicionada a que se produzca su ejecución, por lo que también puede ser objeto de la declaración judicial de extinción, para tal supuesto de ejecución; de otra manera, difícilmente una entidad financiera concede un préstamo hipotecario; en esas situaciones, habrá que señalar en la solicitud esas circunstancias y la finalidad del préstamo.

De todos modos, la norma no exige que la enajenación sea onerosa y no es totalmente descartable la posibilidad de que las “*necesidades o intereses familiares*” se produzcan sobre una transmisión lucrativa. Puede imaginarse el caso de una donación de una vivienda que pretende realizarse a favor de un hijo que precisa disponer de ella y no tiene posibilidad de acceso a la misma por otra vía. Podría defenderse que el problema de la vivienda puede encontrar solución en una cesión del uso en precario, pero ello no protege al hijo frente al derecho expectante de viudedad del cónyuge de su padre si éste fallece antes que aquél. En cualquier caso, en ese supuesto, lógicamente, sí que habría que indicar, en la solicitud, quién es el adquirente.

d) Los supuestos comprendidos en el ámbito de la norma son aquellos en que el cónyuge no puede o no quiere renunciar ni concurrir a la enajenación.

En los primeros, estaría el de incapacitación del cónyuge, aunque, como veíamos antes, alternativamente, podría obtenerse autorización de la Junta de Parientes o del Juez para la renuncia al derecho expectante de viudedad. También el de incapacidad no declarada; en este caso, parece aconsejable instar previamente la declaración de incapacitación o, al menos, ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, para que se proceda conforme a lo que establece el art. 757 LEC. También el de inconsciencia transitoria, causada, por ejemplo, por un accidente. En cambio, no sería necesario en el supuesto del ausente declarado, conforme vimos antes (arts. 54.2, 280.1.e) y 283.2 CDF). Sí, en el supuesto del desaparecido cuya ausencia todavía no ha sido declarada.

El segundo grupo de supuestos está constituido por aquellos en que el cónyuge no quiere renunciar ni concurrir a la enajenación. Ya no se habla de negativa con “*abuso de derecho*”. Sencillamente, el Juez deberá valorar, conforme a su arbitrio, después de oír a uno y otro, si las necesidad o intereses familiares favorables a la enajenación deben prevalecer a la negativa a renunciar a ese derecho.

e) El legislador ha sido parco a la hora de fijar los criterios que deben guiar al Juez en su resolución, limitándose a hablar de que decidirá “*en razón de las necesidades o intereses familiares*”. El concepto de “*necesidad*” es relativamente frecuente en el ámbito del Derecho de familia, por lo que pueden utilizarse para su apreciación los criterios habituales en la materia. Más complicada puede ser

la valoración de los “*intereses familiares*”. Además, no es lo mismo que cuando se trata de la enajenación de bienes de menores e incapacitados, en donde son los intereses y necesidades de éstos los que cuentan (art. 18 CDFA); aquí se habla de unas “*necesidades o intereses familiares*” de modo muy genérico. Es difícil sentar criterios en una materia tan atípica como ésta del derecho expectante de viudedad y su vinculación con las necesidades e intereses familiares. En suma, será el arbitrio judicial el elemento esencial, en función de las circunstancias concurrentes. En este punto, únicamente, quisiera expresar mi opinión acerca de que el Juez, en caso de duda, sería preferible que optara por la libre enajenación de los bienes, en vez de por el mantenimiento del derecho expectante de viudedad, por las razones que se vienen relatando desde el principio.

f) En cuanto al procedimiento a seguir, no existe ninguno regulado con carácter específico y se ha debatido si ello exige acudir a un proceso ordinario, que, obviamente, resulta inadecuado, dado que lo habitual es que para la enajenación pretendida se requiera una rapidez que no es capaz de proporcionar dicho proceso⁷⁰. Esta circunstancia puede dejar casi sin virtualidad práctica esta vía.

Ahora bien, creo que hay razones de peso suficientes para entender de aplicación el procedimiento de jurisdicción voluntaria. Antes de la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria, la Disposición Transitoria Décima de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de reforma del Código Civil en materia de la filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial, dispuso la aplicación de las normas de la Jurisdicción voluntaria para otorgar las autorizaciones judiciales previstas en dicha Ley y para resolver las controversias surgidas en las relaciones personales

⁷⁰ Para la regulación introducida en la reforma de la Compilación de 1985, BONET NAVARRRO, A., ya dijo que el acuerdo judicial sustitutorio no tenía otra posibilidad de obtenerse que como consecuencia de la formulación de la oportuna demanda judicial que abriera un procedimiento jurisdiccional contradictorio, puesto que el artículo estaba aludiendo a actuaciones judiciales que denotaban controversia. Este autor considera que el proceso que debería implantarse para este trámite debería ser sumario, concentrado y limitado en los medios de ataque y defensa («Normas procesales aragonesas», *Actas de las Jornadas de Derecho Civil Aragonés en Jaca*, 1985, Cortes de Aragón, Zaragoza, págs. 121, 127, 131 y 141).

En cambio, para la regulación previa a dicha reforma, este mismo autor entendía que las autorizaciones judiciales reguladas en la Compilación inequívocamente se podrían obtener por procedimientos de jurisdicción voluntaria («En torno a las especialidades procesales civiles de Aragón», *Boletín de los Colegios de Abogados de Aragón*, número 93, 1 Abril 1984, pág. 70).

La opinión de Bonet la sigue BIESA HERNÁNDEZ, M.C., que reitera sus argumentos y también cree inevitable acudir a los procesos ordinarios correspondientes a la cuantía litigiosa, por no venir especificada la clase de juicio por razón de la materia (*ob. cit.*, pág. 316). E igualmente dan por buena la opinión de Bonet SANCHO REBULLIDA, F.A. y DE PABLO CONTRERAS, P., («Comentario al art. 176», *ob. cit.*, págs. 748-749).

y patrimoniales de los cónyuges cuando por su propia naturaleza exigieran una resolución urgente, añadiendo que en el procedimiento, los recursos se admitirán, en todo caso, en un solo efecto y que quedaría siempre a salvo el ejercicio de las acciones correspondientes en la vía judicial ordinaria. Solía aceptarse pacíficamente que este procedimiento de jurisdicción voluntaria es válido para la autorización contemplada en el art. 234 CDFa destinada a suplir el consentimiento en la enajenación onerosa de bienes consorciales de un cónyuge que esté impedido para prestarlo o se niegue injustificadamente a prestarlo⁷¹ y no se ven diferencias apreciables entre éste y el caso que tratamos.

El auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 27 de marzo de 2007 admitió su tramitación en expediente de jurisdicción voluntaria, conforme a la disposición transitoria décima de la Ley de 11 de mayo de 1981, aunque apoyado en que en ese caso el cónyuge fue emplazado y no compareció ni se opuso. Ahora bien, en mi opinión, aunque el cónyuge debe ser citado y, si está incapacitado o carece de capacidad para comparecer, en su lugar, su representante legal o un defensor judicial, conforme a la disposición transitoria indicada, la oposición no impedía que el Juez resolviera y ello con plenos efectos legitimadores para que el tercer adquirente quedara liberado de una posible reclamación ulterior por parte del cónyuge del enajenante.

Con la Ley de Jurisdicción Voluntaria resulta más claro el encuadramiento en su ámbito de este procedimiento, dada la amplitud que se ha dado a los expedientes objeto de la misma (art. 1), y particularmente en lo relativo a las discrepancias en la gestión de los bienes de los cónyuges (art. 90) y, aunque sin existir un procedimiento de jurisdicción voluntaria específico, nada impide la aplicación del procedimiento general.

Podría debatirse acerca de si resolución de este procedimiento corresponde al Juez o al Letrado de la Administración de Justicia, entre los cuales la Ley de Jurisdicción Voluntaria distribuye las competencias. Ciertamente, el art. 280.3 CDFa atribuye la decisión expresamente al Juez, pero parece que debe tenerse en cuenta la nueva atribución de competencias, es decir, es preciso hacer una nueva lectura de este tipo de normas a la vista de la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria. Sin embargo, a la vista de que el art. 2.3 de esta ley establece que, cuando no venga atribuida la competencia expresamente a ninguno de ellos, el Juez decidirá, entre otros, los expedientes que puedan deparar actos de disposición, reconoci-

⁷¹ Así lo entendía, para la norma equivalente de la Compilación, tras la reforma de 1985 RAMS ALBESA, J. («Comentario al art. 50», *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón*, Vol 2º, Zaragoza, 1993, págs. 259 y ss.).

miento, creación o extinción de derechos subjetivos, entendemos que será éste el competente, puesto que se trata de un supuesto en el que se produce la extinción de un derecho de uno de los cónyuges. De modo que se confirma la competencia judicial que ya establecía el CDFA.

e) Efectos. La consecuencia que produce la declaración judicial de extinción del derecho expectante es que la enajenación contemplada se llevará a cabo sin que el bien objeto de la misma quede afecto a aquél. Es decir, como ya indicábamos anteriormente, la extinción sólo se producirá con ocasión de la enajenación proyectada, respecto de la cual se ha declarado, o respecto de la ya realizada, si éste es el caso.

No se trata de una extinción similar a la exclusión del art. 272.2, que lleva consigo que, a partir de ese momento, el titular pueda enajenar el bien libremente, cuando y como quiera, sin el gravamen del derecho expectante de viudedad; en la extinción judicial estamos ante una medida excepcional referida a una enajenación concreta, en los términos ya expresados anteriormente.

5. Extinción por silencio previa notificación.

Otra novedad de la LREMV dirigida a flexibilizar el régimen de extinción del derecho expectante, con ocasión de la enajenación de un bien, se contiene en el actual art. 280.4 CDFA, que establece que *“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”*.

El Preámbulo de la Ley se refiere a esta novedad, que dice que está pensada para supuestos extraordinarios en que resulta muy difícil la comunicación y trato entre los cónyuges, especialmente si uno de ellos rehúye cualquier respuesta, añadiendo que podría ser, por ejemplo, el caso entre cónyuges que viven separados por sentencia judicial anterior a la entrada en vigor de la reforma del artículo 78 de la Compilación operada en 1985⁷² y que, por tanto, conservan el derecho de viudedad. Se trata de un intento del legislador de dejar una especie de salida última frente a quien mantiene una posición totalmente pasiva.

Concretamente, se establece un mecanismo de extinción del derecho expectante que precisa de la concurrencia de los dos siguientes requisitos:

⁷² Como vimos, hasta esa reforma, la separación judicial sólo extinguía el derecho expectante para el cónyuge declarado culpable

a) Notificación fehacientemente, al cónyuge, de la enajenación del bien, con el requerimiento para que manifieste su voluntad de conservar o renunciar su derecho con las consecuencias legales que de ello se derivan. Sobre esta notificación pueden hacerse diversas consideraciones:

- Parece que la notificación podrá realizarla tanto el cónyuge enajenante como el tercero adquirente del bien objeto de la enajenación.
- La norma parece que está pensando en una notificación posterior a la enajenación. Es dudoso si surtiría el mismo efecto la previa a la misma, pero la norma no lo prohíbe; en cualquier caso, la notificación debería determinar con precisión las circunstancias en que se va a producir la enajenación y la extinción sólo se haría efectiva si realmente se lleva a cabo.
- El destinatario de la notificación es el cónyuge del enajenante. Por tanto, deberá dirigirse a su domicilio, del que será preciso disponer; aunque no hay razón para negar su validez fuera de aquél si el destinatario es conocido o se identifica y acepta su recepción, tal y como regula el Reglamento Notarial para las notificaciones y requerimientos realizados por Notario (art. 292, párrafo 7º).

Por ello, este procedimiento no es válido para el cónyuge cuyo paradero se desconoce y con quien no puede contactarse. No cabe, en estos casos, la notificación edictal.

Es dudoso que pueda acudir a esta vía si resulta que el cónyuge del enajenante carece de capacidad legal, esté o no incapacitado. Entiendo, no obstante, que no es descabellado admitirlo si la notificación se dirige también a su representante legal, siempre que no sea el cónyuge enajenante o, si lo fuera, a un defensor judicial que habría que nombrarle. En el caso de incapaz no incapacitado, también podría aceptarse si la notificación se hace también al Ministerio Fiscal, a quien corresponderá su defensa. Serán estos representantes quienes podrían ejercer el derecho de oposición que regula el precepto, en el plazo establecido y en su nombre.

- En cuanto a la forma de la notificación, el precepto exige que sea “*fehaciente*”. Tal requisito reúne sin duda la notificación notarial, aunque no es imprescindible; en la práctica, suele darse también dicho carácter a la realizada por burofax; también podría serlo aquella cuya copia es firmada por el destinatario. Sin embargo, la notarial presenta indudables ventajas para facilitar la acreditación de su realización ante una negativa del destinatario de haberla recibido, que puede acabar derivando a la vía judicial. Además, el régimen jurídico de las notificaciones notariales está regulado con precisión y detalle en el Reglamento Notarial, lo que puede eludir dificultades para determinar si la notificación ha sido correctamente realizada. Téngase también en cuenta que, frente al Registro de la Propiedad, el documento notarial será el mejor medio de hacer valer su realización.

- Respecto de su contenido, parece que debe expresar la enajenación concreta que constituye su objeto, con todas las circunstancias de la misma: objeto enajenado, adquirente, precio y forma de pago y demás condiciones relevantes acordadas. Y también debe contener el requerimiento para que manifieste su voluntad de conservar o renunciar su derecho con las consecuencias legales que de ello se derivan. Estas consecuencias son las que expresa el propio precepto: que si transcurren dos años desde la notificación sin que en el Registro de la Propiedad conste su voluntad de conservar el derecho expectante de viudedad, éste se extinguirá.
- Si la notificación se lleva a cabo notarialmente, su validez no se verá impedida por la negativa a recibirla, tal y como dispone el art. 203 RN. Si no es notarial, la dificultad será acreditar que se ha producido esa negativa.

b) El segundo requisito para que se haga efectiva la extinción es que hayan transcurrido dos años desde la notificación sin que en el Registro de la Propiedad conste la voluntad del cónyuge de conservar el derecho expectante. Aquí también pueden hacerse varios comentarios:

- La norma es clara: sólo la constancia en el Registro de la Propiedad de la voluntad de conservar el derecho expectante de viudedad lo deja a salvo. La oposición en cualquier otra instancia no será suficiente, ni siquiera la que se haga como contestación al propio requerimiento notarial en ejercicio del derecho que a contestar atribuye el art. 204 RN.
- Si antes de transcurrido el plazo falleciera el enajenante, el derecho de viudedad de su cónyuge estaría en vigor y podría recabar la posesión de los bienes. La duda es si se mantiene su obligación de declarar ante el Registro de la Propiedad su voluntad de conservarlo. Conforme a la literalidad de la norma, parece que así será, de modo que, en caso contrario, se consideraría extinguido su derecho; aunque también podría defenderse que, si ha manifestado su voluntad de aceptar el derecho de usufructo viudal sobre los bienes y los ha reclamado, ha consolidado su derecho y ya no operaría la caducidad.
- En cuanto al tipo de asiento que se practicará en el Registro de la Propiedad, probablemente bastará con una nota marginal, para la cual deberá presentar un documento suscrito en que se exprese su voluntad en tal sentido.
- Si no ha habido oposición en el ámbito del Registro en el plazo establecido, podrá solicitarse la cancelación registral de la reserva o inscripción que, en su caso, se hubiera practicado en él del derecho expectante del cónyuge del enajenante con ocasión de inscribir la enajenación, para lo cual habrá que aportar el requerimiento fehaciente practicado. O, si la enajenación todavía no se ha inscrito, podrá inscribirse ya libre del derecho expectante de viudedad.

6. La vivienda habitual de la familia perteneciente a uno de los cónyuges.

Una mención especial requiere el tratamiento de la vivienda habitual. El art. 190.1 CDFA establece 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”* y añade que *“en ambos casos, con la enajenación se extingue el derecho expectante de viudedad”*.

La norma es de pleno sentido común:

- Si la enajenación de la vivienda se lleva a cabo mediante el consentimiento del cónyuge no titular de la misma, el derecho expectante se extinguiría, aunque no lo dijera esta norma, por haber concurrido en la enajenación al prestar su consentimiento, conforme a lo previsto en el art. 280.2. Si el cónyuge presta su consentimiento a la enajenación pero hace reserva del derecho expectante de viudedad, pese a que el art. 190.1 no contempla ese supuesto, lo lógico es considerar que se conserva, conforme a lo que prevé el art. 280.2, puesto que esto puede hacerse con la generalidad de los bienes inmuebles y no parece lógico que no quepa precisamente con la vivienda habitual⁷³; lo que sucede es que, en tal caso, es muy poco probable que la enajenación pueda efectuarse.
- Y, si la enajenación se lleva con autorización judicial, carecería de lógica que esa autorización dejara a salvo el derecho expectante de viudedad, porque, en tal caso, difícilmente podrá enajenarse el bien. En realidad, lo que entiendo que sucede es que esa autorización lleva implícita la del art. 280.3, puesto que las dos se basan en los mismos fundamentos: las necesidades o intereses familiares, que determinan la conveniencia de la enajenación. Si no existiera una norma como ésta, habría que solicitar conjuntamente ambas autorizaciones, la causada por la condición de vivienda habitual de la familia y la de extinción del derecho expectante de viudedad. El legislador ha hecho bien en acumular ambas autorizaciones dando por implícita la segunda en la primera.

Se supera, así, la situación anterior, del art. 51 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, que no preveía que la autorización judicial dada para la enajenación de la vivienda habitual extinguiera el derecho expectante de viudedad del

⁷³ Sin embargo, MARIA DEL CARMEN BIESA HERNÁNDEZ deduce del carácter imperativo del art. 190 que no cabe la reserva del derecho expectante de viudedad en la prestación de consentimiento para la enajenación de la vivienda habitual (*ob. cit.*, págs 300-301). Ahora bien, la imperatividad en Aragón no se presume y, en mi opinión, parece que la regla del art. 280.2 debe regir también para la vivienda habitual.

otro cónyuge, con lo que se venía entendiendo que tal extinción no se producía⁷⁴, con lo cual se daba el absurdo de que la autorización judicial no servía para nada, puesto que casi nadie va a querer adquirir la vivienda de esa forma.

En cualquier caso, creo que está claro que la extinción del derecho expectante de viudedad sólo se produce si la enajenación se ha hecho con consentimiento del cónyuge no titular o con autorización judicial. Esto es lo que regula el apartado 1 analizado. En otro caso, el derecho expectante de viudedad se mantiene, incluso en los casos en que el otro cónyuge no pueda impugnar la enajenación realizada, bien por haber transcurrido el plazo de cuatro años de la acción que se le concede para instar judicialmente su nulidad (apartado 2 del mismo art. 190), bien porque el adquirente lo fue a título oneroso y de buena fe y el enajenante manifestó que el inmueble enajenado no tenía el carácter de vivienda familiar (apartado 3); igual que en el caso de enajenación de cualquier otro bien inmueble por el cónyuge propietario del mismo sin consentimiento del otro⁷⁵.

XI. ENAJENACIÓN FORZOSA DE BIENES Y DERECHO EXPECTANTE DE VIUEDAD

En las enajenaciones forzosas, el derecho expectante de viudedad puede producir estridencias todavía mayores que en las voluntarias y, seguramente, con menos justificación, porque en ellas existen unos intereses, incluso de carácter público, que deberían prevalecer.

El legislador ha regulado algunos de los supuestos de enajenación forzosa, pero no todos. Veamos, a continuación, el tratamiento que recibe esta materia.

⁷⁴ Así, JOAQUÍN RAMS ALBESA, en «Comentario al art. 51», págs. 271-272 y SANCHO REBULLIDA, F.A. y DE PABLO CONTRERAS, P., en «Comentario al art. 76», pág. 745-746, ambos en *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón*, Vol 2º, 1993.

⁷⁵ Sin embargo, MARIA DEL CARMEN BIESA HERNÁNDEZ se inclina por hacer una interpretación matizada de esta norma y considerar extinguido el derecho expectante de viudedad en el caso del tercer adquirente protegido por la regla del apartado 3, en aras de una protección eficaz del tercero de buena fe, atribuyendo a la buena fe del tercero los mismos efectos que el consentimiento del cónyuge no propietario (*Las causas de extinción del derecho expectante de viudedad en la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad*, Colección El Justicia de Aragón, Zaragoza 2010, pág. 392). Ahora bien, no se entiende que la buena fe del tercero venza al derecho expectante de viudedad del cónyuge del enajenante cuando se enajena la vivienda familiar, que precisamente por ello merece una mayor protección, que cuando se enajene cualquier otro inmueble.

1. Expropiación y procedimientos administrativos de reemplazo.

El art. 280.1.f) CDFA dispone que el derecho expectante de viudedad queda extinguido en los supuestos de expropiación o reemplazo por otros en virtud de procedimiento administrativo.

Esta regla resuelve una importante cuestión que carecía de solución bajo la legislación anterior, aunque la idea de que el derecho expectante no podía subsistir en esos casos estaba generalizada en la práctica habitual, pese a que la interpretación más directa podría haber llevado a su mantenimiento, dados los términos tajantes que negaban su extinción sin renuncia expresa; pero eso habría sido un verdadero disparate. La doctrina, pese a su relevancia, apenas trató esta cuestión. Como mucho, se encuentran breves referencias al supuesto de la expropiación forzosa, para la que, sobre la base de la remisión que el art. 78 de la Compilación hacía, en cuanto fueran aplicables al derecho expectante de viudedad, a las causas de extinción que para el usufructo establece el CC, se propugnaba la extinción del derecho expectante por aplicación del art. 513.5ª CC, que establece como causa de extinción del usufructo la pérdida total del objeto⁷⁶. Pero lo cierto es que esa causa no es aplicable a la expropiación forzosa, que es algo distinto de la pérdida de la cosa, que tiene que ver con su destrucción. De hecho, el tratamiento del derecho de usufructo en el procedimiento expropiatorio parte de la base de que su titular es también un sujeto expropiado que debe ser indemnizado, por el valor de su derecho; atribuir el mismo tratamiento al cónyuge del expropiado, por su derecho expectante de viudedad, sería lo más coherente con la concepción purista de éste, pero esa solución habría causado tales trastornos que nadie llegó a defenderlo.

En realidad, lo que sucede en estos procedimientos es que existe un interés público que debe prevalecer sobre el derecho expectante de viudedad del cónyuge del propietario de los bienes y eso es lo que al final ha reconocido de modo explícito el legislador.

Aunque no se diga expresamente, esta norma lleva implícita una regla añadida: el cónyuge del titular no es parte en el procedimiento administrativo de que se trate, ni su derecho expectante debe ser tenido en consideración alguna, a diferencia de los titulares de verdaderos derechos reales que recaigan sobre el inmueble.

Los supuestos que entran dentro del ámbito de esta norma son los siguientes:

⁷⁶ Así, SANCHO REBULLIDA, F.A. y DE PABLO CONTRERAS, P., «Comentario al art. 78», *ob. cit.*, págs. 768-769.

1) La expropiación forzosa del dominio.

2) La concentración parcelaria, en la que se produce la reordenación de la propiedad de una zona, sustituyendo la distribución atomizada de la propiedad por otra basada en la fijación de parcelas de dimensiones adecuadas, de modo que los propietarios reciben por sus parcelas de procedencia otras de reemplazo mejor estructuradas.

3) Las permutas forzosas, también por razones de reestructuración de la propiedad rústica.

4) Los procedimientos de ejecución y gestión urbanísticos, sea por reparcelación o por compensación, en los que los propietarios aportan las parcelas de su propiedad y en su lugar reciben otras derivadas de la ejecución urbanística.

Pues bien, sobre los inmuebles de origen quedará extinguido el derecho expectante de viudedad; desde luego, sí que lo habrá sobre los inmuebles recibidos como consecuencia del procedimiento.

2. Ejecución judicial.

La cuestión clave que aquí se suscita es si el derecho expectante de viudedad del cónyuge del ejecutado prevalece sobre la ejecución y por tanto se mantiene sobre los bienes rematados o adjudicados. Es una materia compleja, cuyo tratamiento aconseja su distribución en varios apartados.

Planteamiento general. Qué sucede con el derecho expectante de viudedad del cónyuge del ejecutado en las ejecuciones forzosas, pese a ser un tema capital, carecía de regulación expresa hasta la LREMV. Al parecer, lo que preveía el Anteproyecto de Compilación no pasó al texto definitivo de ésta por un error causado por un cambio de remisiones de preceptos y, al final, sobre este particular lo único que quedó fue una regla que, tras expresar la subsistencia del derecho expectante de viudedad en caso de enajenación de los bienes salvo renuncia expresa, establecía lo siguiente: *“queda a salvo lo establecido sobre responsabilidad por deudas de gestión frente a terceros de buena fe”*. Esta texto generaba dudas. No obstante, la doctrina foralista se mostraba mayoritariamente partidaria de defender la pervivencia, con carácter general del derecho expectante de viudedad, con pocas excepciones⁷⁷.

⁷⁷ SANCHO REBULLIDA., F.A. y DE PABLO CONTRERAS, P. consideraban que, partiendo del error padecido, cabía interpretar la norma conforme a lo que preveía el anteproyecto y considerar que el derecho expectante de viudedad subsistía sobre los bienes privativos y comunes salidos del patrimonio respectivo cuando ello traía su causa en deudas privativas posteriores a la celebración del

Hay que llamar la atención acerca de las consecuencias que lleva consigo esta doctrina: quien adquiere un bien inmueble o una empresa o explotación económica en un procedimiento de ejecución judicial instado contra una persona casada, si el matrimonio se rige por la ley aragonesa, se encuentra con que el bien adquirido queda sujeto al derecho expectante de viudedad del cónyuge del ejecutado, salvo en unos casos sobre los que no había pleno acuerdo.

Este resultado ataca a un elemento fundamental para la seguridad del tráfico jurídico y para la contratación. El buen fin de las ejecuciones forzosas no sólo conviene a quienes adquieren los bienes en el procedimiento en que se hacen efectivas, sino también a los acreedores que las han instado, que gracias a ellas pueden cobrar lo que se les debe o, al menos, parte, cuanto más mejor, e, incluso, a los propios deudores, puesto que, si consiguen que sus bienes sean enajenados por un buen precio, verán extinguida o, al menos, reducida la deuda que pesa sobre ellos. En la medida en que depreciemos el valor de los bienes sometidos a ejecución, será peor para todos ellos y esto es lo que sucede si hacemos prevalecer el derecho expectante de viudedad del cónyuge del ejecutado sobre la enajenación resultante del procedimiento; es más, las personas casadas bajo ley aragonesa, de esta forma pierden solvencia, en cuanto que los bienes con los que responden de sus deudas ven reducido de forma drástica su valor de cara a una ejecución. Téngase en cuenta lo que supone el mantenimiento del derecho expectante de viudedad sobre los bienes ejecutados: el cónyuge del ejecutado, si deviene viudo, puede recabar su posesión para hacer efectivo su derecho de usufructo viudal. De esta forma, salvo que sea el propio acreedor o profesionales de las subastas, es muy poco probable que, ante ese riesgo, alguien decida concurrir en la subasta, porque el trastorno de verse privado de la posesión durante un periodo indeterminado es enorme; pensemos en que el bien en cuestión se pretenda destinar a la vivienda habitual o a servir de base al ejercicio de una actividad económica. Además, en esas condiciones, será muy difícil conseguir venderlo o que una entidad financiera lo acepte como garantía hipotecaria.

matrimonio; pero, tras la reforma de la Compilación de 1985, que introdujo la regla de que, salvo reserva expresa, la enajenación o el consentimiento a ella de bienes comunes equivale a la renuncia al derecho expectante de viudedad, entendieron que el derecho expectante de viudedad no subsistía si se trataba de deudas contraídas conjuntamente por ambos cónyuges o por uno cualquiera de ellos con el consentimiento del otro, ni tampoco si eran deudas de gestión del matrimonio, aunque hubieran sido contraídas por uno solo de ellos; pero sí subsistía a favor del cónyuge no deudor en los casos de deudas privativas del otro posteriores al matrimonio o, incluso, anteriores a él, esto último por no resultar del todo irrazonable y ser conforme con la opinión común bajo el régimen de los Fueros y Observancias y, parcialmente, con el Apéndice («Comentario al art. 78», *ob. cit.*, págs. 754-755).

Pero lo peor es la inseguridad provocada por la enorme dificultad para conocer las circunstancias desencadenantes del mantenimiento del derecho expectante de viudedad: la ley aplicable al matrimonio del deudor, si el cónyuge prestó su consentimiento a la deuda o la naturaleza de la deuda dentro del ámbito matrimonial. La simple existencia del matrimonio es algo que habitualmente se desconoce en el procedimiento de ejecución.

La materia ahora aparece regulada en el art. 281 CDFA, que vamos a examinar a continuación y que, aunque ha abierto alguna vía más de extinción del derecho expectante de viudedad en caso de ejecución, mantiene los mismos principios esenciales, con los inconvenientes que hemos puesto de manifiesto. Este precepto distingue, a estos efectos, dos grupos de deudas, que pasamos a comentar.

Deudas cuya ejecución extingue el derecho expectante de viudedad sin más requisitos. El art. 281.1 enumera, dentro de este grupo, las siguientes:

a) Las contraídas por ambos cónyuges. Entiendo que lo mismo se aplicará a aquellas que hayan sido contraídas por uno solo con el consentimiento del otro y que este consentimiento puede ser tanto expreso como tácito. El problema será acreditar el consentimiento.

b) Las contraídas por uno solo de ellos cuando sean de cargo o responsabilidad común. Entiendo que aquí están comprendidas, si el deudor está casado bajo régimen económico matrimonial legal de consorcio conyugal aragonés, las deudas que enumera el art. 218.1 CDFA como “*cargo del patrimonio común*” y también las que recoge el art. 219, es decir, aquellas de las que responden los bienes comunes frente a terceros de buena fe, incluso aunque al final no sean de cargo definitivo de la comunidad conyugal⁷⁸. Para el caso de que el régimen económico matrimonial sea el de separación de bienes, habrá que entender incluidas las deudas contraídas para la satisfacción de las necesidades familiares, conforme a lo establecido en los arts. 189 y 209.

c) Las deudas contraídas con anterioridad al matrimonio. Se parte de la base de que si son anteriores, el derecho expectante de viudedad no había nacido al tiempo de contraerse, por lo que no puede anteponerse a ellas ni, por tanto, subsistir si dichas deudas causan la enajenación forzosa de bienes del deudor.

d) Y las que tengan por razón sucesiones o donaciones. Se trata de las deudas ocasionadas por una sucesión por causa de muerte o una donación. La justificación se encuentra en que en estos casos los bienes se adquieren junto con

⁷⁸ En la misma forma se pronuncia BIESA HERNÁNDEZ, M.C. (*ob. cit.*, págs. 454-455).

la deuda, de modo que se puede considerar que ésta se encuentra implícita en ellos⁷⁹. Hagamos un breve examen de estos dos supuestos:

- Tratándose de sucesión por causa de muerte, se incluyen aquí las deudas del causante de que deba responder el sucesor, bien por ser heredero, bien porque, aun siendo legatario, su pago se le ha impuesto expresamente en el testamento o contrato sucesorio; y también las obligaciones modales impuestas por el causante al sucesor y cuyo cumplimiento le puede ser exigido⁸⁰.

Suele decirse que esta norma es coherente con el principio de limitación de responsabilidad del heredero que rige en el Derecho aragonés, conforme al cual, según dispone el art. 355 CDFA, *“el heredero, incluido el troncal, responde de las obligaciones del causante y de los legados y demás cargas hereditarias exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto, aunque no se haga inventario”*. *“Sin embargo, cuando los bienes heredados existentes no sean suficientes, el heredero responderá con su propio patrimonio del valor de lo heredado que enajene, consuma o emplee en el pago de créditos hereditarios no vencidos; así como del valor de la pérdida o deterioro que, por su culpa o negligencia, se produzca en los bienes heredados”*. De modo que sólo en los casos excepcionales que se acaban de indicar podrían llegar a ejecutarse otros bienes del sucesor por el incumplimiento de esas obligaciones.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que la ley aplicable a la sucesión por causa de muerte de la que deriva la herencia o legado puede que no sea la aragonesa. Así, podría ser el Código Civil el aplicable a dicha sucesión y, conforme a él, no hay limitación de responsabilidad, de modo que el heredero queda responsable de todas las deudas y cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios, salvo que acepte a beneficio de inventario (art. 1003). Pues bien, puesto que el art. 281 CDFA no distingue, también en estos casos la ejecución sobre bienes privativos del heredero distintos de los heredados extingue el derecho expectante de viudedad que sobre ellos correspondiera al cónyuge.

Otro supuesto es el del legado de bien hipotecado. Conforme al art. 867 CC, cuando el testador legare una cosa empeñada o hipotecada para la seguridad de

⁷⁹ No obstante lo cual, BIESA HERNÁNDEZ, M.C. , cuestiona la solución establecida, porque no se trata de deudas anteriores al matrimonio y porque son deudas que no son ni de cargo ni de responsabilidad de los bienes comunes (*ob. cit.* págs. 456-458).

⁸⁰ Sobre la posibilidad de que el testador imponga verdaderas obligaciones a sus sucesores, puede verse CALATAYUD SIERRA, ADOLFO, «La facultad del testador de imponer obligaciones a sus sucesores», *Revista Jurídico del Notariado*, 2010, número 75, págs 9-56.

alguna deuda exigible, el pago de ésta quedará a cargo del heredero y, si por no pagar el heredero lo hiciera el legatario, quedará éste subrogado en el lugar y derechos del acreedor para reclamar contra el heredero. Por tanto, salvo que el testador haya impuesto al legatario la carga de pagar la deuda hipotecaria, el pago de ésta no le corresponde a él, sino al heredero; lo que sucede es que el legatario recibe un bien hipotecado en garantía de una deuda de un tercero, por lo que si éste no la paga, puede encontrarse con que el acreedor inste la ejecución sobre el bien hipotecado. En este caso, la ejecución de la hipoteca tampoco dejará a salvo el derecho expectante de viudedad, no sólo por traer causa de una sucesión por causa de muerte, sino también porque la deuda y la garantía son previos a la adquisición por el legatario, de modo que el bien ingresa en su patrimonio con esta carga, que, por ello, se antepone al derecho expectante de viudedad.

- En una donación, las deudas incluidas en este caso son las del donante que asuma el donatario conforme a los arts. 642 y 643 CC y también aquellas obligaciones modales que se le impongan por el donante. La razón por la que en estos casos la ejecución extingue el derecho expectante de viudedad es la misma que para la sucesión por causa de muerte y hay que tener en cuenta que aquí no rige la limitación de responsabilidad de la sucesión por causa de muerte. Lo mismo sucederá cuando el bien donado esté hipotecado, por las razones que veíamos para el legado de finca hipotecada.

Debe tenerse en cuenta que las deudas de este primer grupo no se presumen, ya que, como indica el apartado 2, si el cónyuge del deudor se opone a la extinción de su derecho expectante de viudedad, corresponde al acreedor probar que la deuda es de las enumeradas en este apartado, en los términos previstos en la Ley de enjuiciamiento civil para la ejecución en bienes gananciales.

Otras deudas cuya ejecución también extingue el derecho expectante. Las deudas expresadas en el apartado anterior son las que dan lugar, según el art. 281.1 CDFEA, a que la ejecución extinga el derecho expectante de viudedad del cónyuge del deudor sin que deba concurrir ningún requisito más. Pero, en realidad, hay otras en que la solución es la misma, aunque no las mencione la Ley, concretamente:

a) Las deudas que, aunque no sean anteriores al matrimonio, sí que lo sean al nacimiento del derecho expectante de viudedad: porque se excluyó o renunció y, posteriormente, se pacta su restablecimiento, o porque se extinguió por la admisión a trámite de la demanda de separación, divorcio o nulidad y luego *renace* conforme al art. 276 CDFEA.

b) Las deudas que pesan sobre los bienes en el momento de su adquisición. Es lo que sucede con el legado o donación de un bien ya hipotecado, aunque la deuda no se le imponga al legatario o donatario, o con la compra de un bien hipo-

tecado, asuma o no el adquirente la deuda garantizada con la hipoteca. Esto es así porque si el bien entra en el patrimonio con la carga hipotecaria, ésta se encuentra antepuesta al derecho expectante de viudedad, de modo que la ejecución de ésta lo extingue. Y creo que lo mismo sucederá cuando el propietario del bien adquirido y el acreedor, a fin de evitar la ejecución, acuerden la dación del bien hipotecado en pago de la deuda, ya que lo contrario supondría dificultar una solución acordada para el impago de una deuda muchos menos lesiva que la ejecución y que los poderes públicos están promoviendo en los últimos tiempos⁸¹.

c) Las deudas ligadas al proceso de adquisición: precio aplazado, garantizado o no con condición resolutoria o hipoteca sobre el mismo bien, o préstamo, hipotecario o no, concertado para financiar la adquisición. Estas deudas también son preferentes al derecho expectante de viudedad del cónyuge del adquirente. Al menos cuando el bien ejecutado es el mismo que fue adquirido. Y, por las mismas razones antes expresadas, la dación en pago de la deuda del bien adquirido también tendría que quedar libre del derecho expectante de viudedad.

Régimen del derecho expectante de viudedad en los demás casos. Fuera de los supuestos examinados en el apartado anterior, la ejecución de un bien no extingue el derecho expectante de viudedad salvo que concurren los requisitos que expresa el art. 281.2. Entendemos que la solución es insatisfactoria, por las razones que hemos expresado anteriormente⁸².

Aunque el precepto habla tanto de bienes comunes como privativos, en realidad, sólo tiene sentido para los bienes privativos del cónyuge deudor, ya que, tratándose de bienes consorciales, prevalece lo que dice el art. 280.1.b): la enaje-

⁸¹ Véase, al efecto, la Ley 1/2003, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que modifica el Real Decreto-Ley 6/2012, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, que trata de promover la dación en pago como forma de salida al impago de préstamos hipotecarios.

⁸² Coincide con la crítica JUAN IGNACIO MEDRANO SÁNCHEZ, que considera cuestionable la opción de mantener el expectante frente a deudas privativas, dado que supone introducir un factor de incertidumbre en el tráfico jurídico; dice que la opción del legislador ofrecerá aspectos negativos, que pueden ser relevantes, y así el aragonés casado pasa, por mor de ese posicionamiento del legislador, a ser un sujeto de derecho con una solvencia legalmente disminuida; en la dinámica de las relaciones externas de los cónyuges el principio de subsistencia del expectante puede convertirse en un freno de la capacidad económica y solvencia de los cónyuges; acaso esta superprotección pueda, paradójicamente, tener un efecto perverso y contrario al buscado por el legislador, al ser previsible que los terceros exijan renunciaciones previas del expectante del cónyuge con el que se relacionen o la asunción por éste de las responsabilidades de aquél («Embargo y ejecución de bienes de personas casadas en Aragón», *Actas del Foro de Derecho Aragonés, Decimoterceros Encuentros*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2004, pág. 62).

nación válida de un bien consorcial se hace siempre libre del derecho expectante de viudedad de los cónyuges, precepto que, como dijimos, no se limita a las enajenaciones voluntarias.

Por tanto, si los bienes ejecutados son consorciales, será preciso cumplir los requisitos que para su ejecución se establecen y, si se cumplen y la enajenación, en consecuencia, es válida, ninguno de los cónyuges conservará el derecho expectante de viudedad sobre ellos. En concreto, los requisitos para la válida enajenación forzosa de los bienes consorciales son los establecidos en el art. 541 LEC, que distingue los siguientes supuestos:

- Si la ejecución se sigue a causa de deudas contraídas por uno de los cónyuges, pero de las que deba responder la comunidad conyugal, la demanda ejecutiva podrá dirigirse únicamente contra el cónyuge deudor, pero el embargo de bienes comunes 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, pueda oponerse a la ejecución por las mismas causas que correspondan al ejecutado. El cónyuge también puede oponerse negando que los bienes comunes deben responder de la deuda por la que se haya despachado la ejecución, correspondiendo, entonces, al acreedor probar la responsabilidad de los bienes gananciales comunes, ya que tal cosa no se presume.

- Si se sigue por deudas propias de uno de los cónyuges, el embargo debe notificarse igualmente a su cónyuge, que podrá pedir la disolución de la sociedad conyugal, en cuyo caso el tribunal, oídos los cónyuges, resolverá lo procedente sobre división del patrimonio y, en su caso, acordará que se lleve a cabo con arreglo a lo dispuesto en la LEC, suspendiéndose entre tanto la ejecución en lo relativo a los bienes comunes. La particularidad del Derecho aragonés está en que también puede optar el cónyuge del deudor por la liquidación de la comunidad conyugal sin disolución de la misma, para dejar a salvo el valor que en el patrimonio común le corresponde, conforme a lo que establece el art. 225 CDFR.

En cualquier caso, cumplidos estos requisitos y enajenado válidamente el bien consorcial, no quedará derecho expectante de viudedad.

Y es que, como hemos defendido más arriba, sobre los bienes consorciales realmente no existe derecho expectante de viudedad.

Por tanto, pese al texto del art. 281, su ámbito queda circunscrito a los bienes privativos y a la ejecución por deudas que sean distintas de las señaladas en el apartado anterior.

Y el régimen que se establece sobre el particular es que el derecho expectante de viudedad se conserva pese a la enajenación judicial de los bienes salvo que se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que el embargo sea notificado al cónyuge del deudor, al menos diez días hábiles antes de la celebración de la subasta. Obsérvese que esta notificación es distinta de la que regula el art. 541 LEC, ya que ésta sólo procede si la ejecución se dirige sobre bienes comunes, mientras que, como hemos dicho, aquí nos encontramos con bienes privativos.

La notificación, a diferencia de la del art. 541 LEC, no es obligatoria. El problema de no hacerla es que se mantendrá el derecho expectante de viudedad sobre los bienes inmuebles objeto de la ejecución. Por esa razón, el Juez no la instará de oficio, sino que tendrá que ser el ejecutante quien la pida.

Para que la notificación surta el efecto buscado debe practicarse en el plazo que señala, es decir al menos diez días hábiles antes de la celebración de la subasta. Se practicará por el procedimiento previsto para las notificaciones judiciales, de la misma forma que la notificación del art. 541 LEC.

El principal problema es que la notificación no se hace por desconocimiento, ya que el estado civil de casado en los titulares de bienes privativos es dato que habitualmente se desconoce, sobre todo si los bienes se adquirieron antes de contraer matrimonio; el Registro de la Propiedad no permite conocer el estado civil actualizado del propietario al tiempo del apremio; lo que conlleva que, por desconocimiento por parte de todos, se realicen bienes privativos sin notificación al cónyuge no titular, con daño evidente a la seguridad jurídica en el tráfico jurídico forzoso⁸³.

b) El segundo requisito consiste en que, hecha la notificación al otro cónyuge, éste no manifiesta en el citado plazo, es decir, antes de la celebración de la subasta, su voluntad de conservarlo, por no ser deudas de las enumeradas en el apartado anterior. A estos efectos, la norma añade que corresponde al acreedor probar que la deuda es de las enumeradas en el apartado 1, en los términos previstos en la Ley de enjuiciamiento civil para la ejecución en bienes gananciales.

Sobre esta norma es preciso hacer algunos comentarios:

– Insistimos en que, pese a la literalidad del precepto, la voluntad de conservarlo sólo tiene validez para los bienes privativos del cónyuge que está siendo objeto de la ejecución. Si los bienes son consorciales, las opciones son otras: optar por la disolución de la comunidad conyugal o por la liquidación sin disolución.

– La norma se aplica también al régimen económico matrimonial de separación de bienes y a cualquier otro distinto del consorcial.

⁸³ Como llama la atención JUAN IGNACIO MEDRANO SÁNCHEZ (*ob. cit.*, pág. 67).

– En realidad, como hemos visto antes, no sólo en la ejecución por las deudas que enumera el apartado 1 de este precepto, se extingue automáticamente el derecho expectante de viudedad, sino también en esas otras que hemos mencionado anteriormente: deudas anteriores al nacimiento del derecho expectante de viudedad foral aragonesa, deudas que pesen sobre los bienes al adquirirse y deudas ligadas al proceso adquisitivo. Por tanto, la voluntad de conservarlo será también irrelevante en esos casos.

– Atendiendo al texto de la norma, no es suficiente que el cónyuge se oponga a la extinción de su derecho expectante de viudedad, sino que la oposición debe basarse en no ser la deuda de las enumeradas en el apartado anterior. Luego, si no funda su oposición en esa causa, no tendrá fuerza para evitar la extinción. Basada la oposición en esa causa, queda a cargo del acreedor probar que la deuda sí que está en dicho apartado; en este punto, el CDFA se remite a lo previsto en la LEC en materia de ejecución en bienes gananciales, aunque, como hemos dicho, aquí no se trata de bienes comunes; la remisión lo que pretende es establecer un cauce para la forma de operar de esta oposición utilizando un trámite ya existente en la LEC, aunque lo que se va a ventilar en este caso es cuestión muy distinta y operará aunque el régimen económico del matrimonio fuera el de separación de bienes.

– Pese a que la expresión “*manifieste*” podría suscitar dudas, desde el punto de vista procesal, la intervención del cónyuge debe configurarse como una causa de oposición a la ejecución, aunque una oposición relativa, porque su éxito no impedirá el apremio del bien, sino que se haga con respeto al expectante y con la importantísima merma del valor del bien que ello conllevará; oposición que dará lugar a un incidente que participa de la misma naturaleza y peculiaridades que el de privatividad de la deuda⁸⁴.

– El plazo para expresar esa voluntad de conservar el derecho expectante de viudedad se extiende hasta la celebración de la subasta. Es discutible lo acertado de elegir este momento para resolver la cuestión⁸⁵, ya que la consecuencia de la reacción del cónyuge para conservar su derecho expectante de viudedad inexorablemente tiene que ser la suspensión de la subasta para dilucidar esa oposición y que así quede claro en el proceso de ejecución, sobre todo frente a los postores en

⁸⁴ Como dice JUAN IGNACIO MEDRANO SÁNCHEZ, que considera que es incidente llevará consigo una declaración definitiva de derechos (*ob. cit.*, pág. 64).

⁸⁵ En todo lo que viene a continuación se siguen también las acertadas observaciones de JUAN IGNACIO MEDRANO SÁNCHEZ (*Ob. cit.*, págs. 65-67).

la subasta, si pujan por un bien libre o no de esa carga real que supone el derecho expectante. Más pertinente habría sido ordenar la notificación antes de la convocatoria de la subasta y, más concretamente, antes de la valoración de los bienes. Si el derecho expectante de viudedad va a conservarse, será necesario que, antes de la subasta, se lleve a cabo una peritación para evaluar la minoración que conllevará en el valor del bien embargado el expectante, lo cual corresponde al perito, y no al Letrado de la Administración de Justicia, puesto que éste debe limitarse al cálculo aritmético de deducir del valor fijado por el perito el importe total garantizado, conforme al art. 666 LEC. El cálculo de la minoración que comporta en el valor del bien el derecho expectante de viudedad es complejo y no sirven para ello las pautas que suministra la legislación tributaria, ya que están fijadas para el derecho usufructo, no para el expectante.

– El objeto del incidente sería la determinación de si la deuda que da lugar a la ejecución es de las del apartado 1 del precepto, tal y como se infiere del precepto, y correspondería al acreedor la prueba que es así. Ahora bien, nada impide que el acreedor allí alegue la concurrencia de circunstancias de las que se infiera que no hay derecho expectante de viudedad, como que el régimen económico matrimonial no se regía por la ley aragonesa o que el derecho había sido renunciado o excluido, etc.

– Debe tenerse en cuenta la reciente doctrina del Tribunal Supremo sobre el efecto de cosa juzgada de lo resuelto en los incidentes de ejecución, conforme a la cual, si el incidente se resuelve a favor del cónyuge del ejecutado, aunque resultara que, en realidad, carecía de derecho expectante de viudedad, nada podría hacer el rematante con posterioridad para hacer valer la ausencia de tal derecho. Entiendo que es una doctrina muy discutible, porque la resolución del incidente no puede atribuir un derecho que no se tenía. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta la importancia de este incidente.

No obstante esta norma, la realidad práctica muestra una ausencia casi absoluta de la realización de este trámite en la ejecución judicial de bienes inmuebles privativos. Esto quiere decir que, teóricamente, los rematantes de estos bienes los están adquiriendo sujetos al derecho expectante de viudedad del cónyuge del ejecutado. Sin embargo, tampoco se conocen demandas del cónyuge, una vez viudo, reclamando el usufructo del bien objeto de la ejecución. Y es que la subsistencia en estos casos del derecho expectante de viudedad contraviene tanto el sentido común que, por mucho que sea la consecuencia derivada de la norma, o es que se desconoce ésta o se considera poco verosímil que una reclamación así pueda prosperar.

3. Ejecuciones administrativas.

Nada dice el CDFA sobre el régimen de las ejecuciones administrativas y la forma en que incide el derecho expectante de viudedad en ellas no es cuestión sencilla, por la carencia de criterios seguros.

Son diversos los supuestos que entran en este tipo de ejecuciones, las más relevantes son las derivadas de deudas tributarias, pero también las causadas por el impago de deudas de la Seguridad Social y las producidas por otro tipo de responsabilidades administrativas: por sanciones urbanísticas, de tráfico o de cualquier otro sector de disciplina administrativa.

Para estas ejecuciones caben tres posibles soluciones:

1) Considerar que no les es de aplicación el art. 281 y que, por tanto, como regla de principio, el derecho expectante de viudedad no se extingue en la enajenación de los bienes. Sólo se exceptuarían las deudas de las que fueran responsables ambos cónyuges, las que fueran de cargo o responsabilidad de la comunidad conyugal, las anteriores a la celebración del matrimonio y también las de sucesiones y donaciones, es decir, las del apartado 1 del art. 281, pero no por disponerlo este precepto, sino por los principios generales que rigen la materia en general; también las inherentes al proceso de adquisición de los mismos bienes ejecutados, como los tributos derivados de su adquisición, por las razones que antes hemos indicado. Pero, en ningún caso, cabría la extinción por el mecanismo del apartado 2 del art. 281, puesto que es una regla excepcional que no valdría para supuestos distintos de aquellos para los que está expresamente prevista.

2) La segunda solución consistiría en aplicarles el mismo régimen que a las enajenaciones judiciales, sobre la base de la remisión genérica que la normativa sobre ejecuciones administrativas contiene a las judiciales y, también, por analogía, basándose en la existencia de una identidad de razón. Esto supondría que hay que insertar en los procedimientos de ejecución administrativos la notificación que contempla el art. 281.2, con el posible incidente derivado y la dificultad de que es la propia administración actuante la acreedora, con lo cual tendría que ser ella misma la que instara la comunicación y resolviera sobre la oposición, actuando como juez y parte; aunque, en cualquier caso, al cónyuge del ejecutado siempre le cabría la posibilidad de recurrir, si está disconforme con lo resuelto.

3) Y la tercera sería estimar que en las ejecuciones administrativas se extingue siempre el derecho expectante de viudedad del cónyuge del ejecutado. Los argumentos a favor de esta solución estarían en el interés público que existe en estas ejecuciones, del que se derivaría que no se les deben poner obstáculos, a

fin de que el erario público pueda ser resarcido de la deuda y este interés debe prevalecer sobre el privado del cónyuge del ejecutado a su derecho expectante de viudedad. Además, esta solución podría también encontrar apoyo analógico en el art. 280.1.f), que hemos visto que considera causa de extinción del derecho expectante de viudedad la expropiación o reemplazo por otros bienes en virtud de procedimiento administrativo, que, aunque regula supuestos diferentes, se basa en la misma idea de la prevalencia del interés público propio de los procedimientos administrativos.

La doctrina no se ha detenido apenas a considerar estos supuestos y la que, tangencialmente, se ha referido a ellos parece inclinarse por la segunda solución, es decir, la aplicación analógica del art. 281⁸⁶.

Sin embargo, creo más ajustada a los intereses en juego la tercera solución; como se ha defendido antes, el principio *favor viduitatis*, que se arguye a favor de la segunda, plenamente válido para el usufructo viudal, tratándose de derecho expectante de viudedad debe decaer ante otros principios basados en intereses preferentes, entre ellos el de las administraciones públicas a poder ejecutar los bienes de sus deudores con las mínimas trabas y de forma que de los bienes pueda obtenerse su máximo importe.

Esta idea es la que la práctica de las Administraciones pone de manifiesto, ya que el trámite de notificación al cónyuge del ejecutado tratándose de bienes privativos es totalmente desconocido en las ejecuciones administrativas. Quizá ni se ha reparado en el problema que aquí planteamos o quizá se entiende que, sencillamente, no es de aplicación el régimen de las ejecuciones judiciales y se parte de la base de que la ejecución extingue el derecho expectante de viudedad. Tampoco se conocen recursos de particulares contra las Administraciones por este motivo.

⁸⁶ Es el criterio de BIESA HERNÁNDEZ, M.C., sobre la base del principio del *favor viduitatis* y de que el mecanismo de la subrogación real en que se basa la extinción por el art. 280.1.f) aquí no procede (*ob. cit.*, págs. 513 y ss.).

JUAN IGNACIO MEDRANO SÁNCHEZ, por su parte, duda, aunque sólo se plantea el problema para los bienes comunes (*ob. cit.*, págs. 63-64); si bien precisamente respecto de los bienes comunes es donde creo que no hay problema, como antes se ha explicado.

LUIS ALBERTO GIL NOGUERAS, tras empezar por negar que el art. 280.1.f) sea aplicable a las ejecuciones administrativas, porque en ellas no hay reemplazo de un bien por otro, sin embargo, dice que ello puede ser objeto de debate por cuanto también se puede sostener que, en un proceso de apremio, de la transmisión del bien trabado deriva una contraprestación para el ejecutado que la Administración utiliza para minorar o liquidar una deuda (*Manual de Derecho matrimonial aragonés*, Zaragoza, 2007, pág. 329).

XII. RECLAMACIÓN JUDICIAL RELATIVA A LA PROPIEDAD DE LOS BIENES Y DERECHO EXPECTANTE DE VIUEDAD

Nos referimos a las reclamaciones que reciba un cónyuge relativas a la propiedad de sus bienes, como podrían ser, por poner algún ejemplo, una acción de petición de herencia contra un heredero supuestamente aparente, o una acción de retracto contra el adquirente de un bien, o una impugnación de una transmisión por la supuesta existencia de vicios de consentimiento o una acción reivindicatoria fundada en cualquier otra circunstancia.

La cuestión es si la caracterización del derecho expectante de viudedad como un gravamen real sobre esos bienes impone que tenga que ser demandado en el procedimiento el cónyuge del titular de los bienes para que su derecho expectante sea afectado por las resultas del mismo. Nos estamos refiriendo a bienes privativos, porque si son consorciales no hay duda de que deberá demandarse a ambos.

Lo más coherente con el planteamiento ortodoxo del derecho expectante de viudedad, como derecho real de presente que un cónyuge tiene ya sobre los bienes del otro, sería entender que en estos casos se produce una situación de litisconsorcio pasivo necesario, que obliga a que la demanda se dirija también contra el cónyuge. Sin embargo, la jurisprudencia ha sido contraria a la estimación de la excepción de litisconsorcio por razón del derecho expectante de viudedad.

La STS 7 marzo 1968 niega el litisconsorcio en una demanda del comprador contra el vendedor relativa al cumplimiento de un contrato de compraventa: si se discute sobre el cumplimiento del contrato de compraventa, dicha discusión será independiente de que el cónyuge del vendedor tenga derecho expectante de viudedad, el cual quedará a salvo si no se extingue por alguna de las causas previstas para ello. En concreto, se trataba de una demanda interpuesta por el Instituto Nacional de Colonización que reclamaba de un particular el cumplimiento de un contrato por el que éste había vendido a aquél un inmueble; la Sentencia desestima el recurso que el particular basó en que debía haber sido demandado su cónyuge, por ser titular del derecho expectante de viudedad sobre el inmueble, arguyendo que siempre queda a salvo dicho derecho, tal y como se había declarado en la sentencia de instancia.

Ahora bien, la cuestión puede suscitar más dudas en el caso contrario, o sea cuando el demandado es el que ocupa la posición de adquirente de un bien y lo que se pone en entredicho es su adquisición. La STS 12 noviembre 1990 desestima también el recurso de casación basado en la existencia de litisconsorcio

pasivo necesario por no haber sido demandado el cónyuge de quien fue privado de una adquisición hereditaria, ya escriturada e inscrita en el Registro de la Propiedad, por haberse acreditado que el inmueble estaba sujeto a consorcio foral y procedía el acrecimiento foral frente al heredero testamentario⁸⁷. El TS arguye que estando “*sub judice*” la reclamación, no puede estimarse que la porción de finca objeto de la misma hubiere entrado ya en el patrimonio del demandado y quedado sometida al derecho expectante de viudedad. Esta forma de razonar parece la correcta y entronca con lo que antes se defendía aquí sobre las deudas derivadas del proceso adquisitivo, que están antepuestas al derecho expectante de viudedad.

Un caso similar, pero en inverso, trata la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 10 de junio de 2009. Se trata de una demanda en que se insta la declaración de nulidad de la venta de un inmueble; la sentencia estimatoria del Juzgado es recurrida en apelación y, entre los recurrentes, aparece la esposa de uno de los compradores, que pide que se declare que carece de legitimación pasiva *ad causam*, por tratarse de un bien privativo de su esposo, y a los efectos de que no se le impongan las costas, recurso que es estimado. En similares términos, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 8 de marzo de 2002 niega la legitimación pasiva del cónyuge cuando se está tratando de una adquisición hereditaria, ya que, tratándose de bienes privativos, su titular puede defenderlos en juicio sin mediación de su consorte, al que el resultado del juicio sólo podría afectarle de manera indirecta o refleja. Esta Sentencia fue íntegramente confirmada por la STSJA 10 abril 2003.

Estas resoluciones reconocen, de modo implícito pero claro, que las resultas del procedimiento afectarán al cónyuge, por lo que éste no podrá defender que su derecho expectante de viudedad permanece pese a perder su cónyuge el dominio, lo cual es totalmente coherente con el hecho de que el derecho expectante de viudedad sólo existe sobre los bienes cuya propiedad pertenezcan al cónyuge, por lo que si resulta que se declara que la adquisición no se ha producido o ha decaído por defectos en el proceso adquisitivo, no podrá pretenderse que el otro cónyuge tenga derecho expectante de viudedad sobre esos bienes.

⁸⁷ El consorcio foral aparece actualmente regulado en los arts. 373 y ss. CDFA.

XIII. INOPONIBILIDAD DEL DERECHO EXPECTANTE DE VIUEDAD POR RAZÓN DEL TERRITORIO

1. Planteamiento general y regulación.

La eficacia del derecho expectante de viudedad frente al tercero que adquiere los bienes, aunque éste desconozca su existencia e incluso aunque este convencido de que no existe por creer que no concurren los presupuestos de los que depende, es lo que ha llevado al legislador del Código Civil a establecer una norma excepcional, destinada a la protección de ese tercero si se dan determinadas circunstancias que están ligadas con el territorio.

Concretamente, el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 16 del Código Civil establece lo siguiente: *El derecho expectante de viudedad no podrá oponerse al adquirente a título oneroso y de buena fe de los bienes que no radiquen en territorio donde se reconozca tal derecho, si el contrato se hubiera celebrado fuera de dicho territorio, sin haber hecho constar el régimen económico matrimonial del transmitente.*

Este precepto fue introducido en la reforma del título Preliminar del Código Civil de 1973-1974, dentro del artículo que regula, en general, el Derecho interregional, y del apartado 2, cuyo único objeto lo constituye el derecho de viudedad foral aragonés, y su finalidad está clara: proteger al adquirente de buena fe cuando aparentemente no concurren vinculaciones territoriales con el Derecho aragonés⁸⁸.

Realmente es una excepción muy tímida a la oponibilidad general del derecho expectante de viudedad frente al tercero de buena fe. Sin embargo, ha sido fuertemente criticada por la doctrina foralista aragonesa. Principalmente se acusa a la norma de utilizar una técnica incorrecta al actuar por vía de Derecho interregional y limitar, por tal camino, una institución aragonesa, solución excepcional que no merece ninguna otra limitación de origen legal del dominio existente en España, ya que todas son oponibles con independencia del lugar de situación del bien y de celebración del contrato⁸⁹.

⁸⁸ La idea de que en estos casos era preciso establecer alguna limitación territorial para proteger al adquirente se planteó, antes de la reforma del Título Preliminar, por SANTIAGO PELAYO HORÉ, en «Problemas de la viudedad foral» en *Segunda semana de Derecho aragonés*, Jaca, 1943, págs. 179 y ss. y también por V. L. SIMÓ SANTONJA, «Derecho Intranacional e Interregional (Sistema español: principios de reforma)» en *Revista de Derecho Notarial*, número XXXII, abril-junio 1961, págs. 311-317.

⁸⁹ Así, JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA, que dice que no es que la cuestión deba ser regulada de otra manera, sino que no es una cuestión de Derecho interregional y que, en la escasa medida en

Sin embargo, en mi opinión, si algo se echa de menos en esta materia es la escasa protección de los terceros de buena fe, que tendrían que ser protegidos en muchos más casos que los que establece este precepto, aunque ello a lo que lleva es a plantearse el fundamento mismo del derecho expectante de viudedad como gravamen legal oponible *erga omnes*, en los términos que ya se formularon al principio de este trabajo y a los que nos remitimos.

2. Requisitos.

Para que el derecho expectante de viudedad sea inoponible al adquirente de los bienes deben concurrir conjuntamente los siguientes requisitos:

1) Que se trate de adquirente a título oneroso y de buena fe. La buena fe consiste en la ignorancia de la existencia del derecho expectante de viudedad sobre el inmueble adquirido, ya sea por erróneo conocimiento de los hechos –que el régimen económico matrimonial del enajenante está sujeto al Derecho aragonés o que el enajenante está casado-, ya sea por ignorar la institución misma del derecho expectante de viudedad o su disciplina⁹⁰.

Puede dudarse si afectará a la buena fe del adquirente la circunstancia de que conste en el Registro de la Propiedad el régimen económico matrimonial

que la finalidad que persigue es razonable, por responder a preocupaciones de seguridad jurídica y protección de la buena fe, es una cuestión de Derecho material, civil, más estrictamente de Derecho inmobiliario registral («La viudedad aragonesa en el Derecho interregional (Comentario al artículo 16.2 Cc. y propuesta de reforma)», en «Jornadas de Derecho Foral», Jaca 28-31 de agosto de 1976, *Anuario de Derecho Aragonés*, XVII, 1974-76, pág. 101). El mismo autor insiste en estas ideas en otros trabajos y dice que se ha superpuesto un criterio territorialista en el tratamiento de la viudedad aragonesa, de modo que el derecho expectante sólo operará plenamente sobre fincas situadas en territorio aragonés; con este precepto, discriminatorio para el Derecho aragonés, tampoco se resuelven práctica y eficazmente los problemas existentes y se crean otras dificultades («Comentario al art 16 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, 1991, pág. 171, y «Comentario al art 16.2», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, Tomo I, Vol. 2º, 1995, págs. 1298-1299).

Incluso, hay quien invoca la inconstitucionalidad de la norma, por invadir las competencias de conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio, cuya competencia exclusiva corresponde al legislador aragonés (BIESA HERNÁNDEZ, M.C. (*ob. cit.*, pág. 628.).

Pero lo cierto es que el legislador aragonés, al regular el derecho de viudedad en 2003, no ha establecido ninguna norma de carácter sustantivo para la protección del adquirente de buena fe. La única existente sigue siendo ésta.

⁹⁰ JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentario al art 16.2», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, Tomo I, Vol. 2º, 1995, pág. 1299).

del transmitente o su vecindad civil, pero, si atendemos a que la buena fe es una circunstancia meramente subjetiva y que aquí no rige el principio de oponibilidad de lo inscrito, hay base para considerar que el Registro de la Propiedad no quita necesariamente la buena fe del adquirente⁹¹.

Como tampoco deja sin efecto la buena fe el solo hecho de constar inscrito en el Registro Civil el régimen económico matrimonial del enajenante, incluso un pacto expreso estableciendo el derecho expectante de viudedad (si resulta que se excluyó o renunció y luego se decidió restablecerlo), aunque en esos casos decaería la presunción general de la buena fe del adquirente⁹², quien, no obstante, podría acreditar su desconocimiento, lo cual no sería difícil, dado lo poco habitual que resulta la comprobación en el Registro Civil de las circunstancias matrimoniales de las personas con las que se contrata.

2) Que los bienes no radiquen en territorio donde se reconozca tal derecho. Es cierto que la expresión que utiliza la ley no es afortunada, puesto que el derecho expectante de viudedad se reconoce con independencia del territorio en que se encuentren los bienes⁹³, pero no parece haber duda de que lo que pretende decir es que los bienes se encuentren situados fuera de Aragón.

3) Que el contrato se hubiera celebrado fuera de dicho territorio. Es decir, fuera de Aragón. Sobre este requisito⁹⁴, hay que decir que probablemente se está pensando sólo en el otorgamiento de escritura pública y en que, siendo la Notaría

⁹¹ Sin embargo, desde el Centro de Estudios Registrales de Aragón se ha advertido de que no se dará la buena fe cuando en el Registro conste el régimen económico y la vecindad civil del transmitente con anterioridad a la celebración del negocio dispositivo; y, a estos efectos, se llama la atención acerca de que el art. 51.9º RH establece, como requisitos de la inscripción, la vecindad civil, si se acredita o manifiesta, y, de tratarse de adquirente casado, el régimen económico matrimonial y el nombre y apellidos del otro cónyuge, cuando el acto o contrato que se inscribe afecte a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal y se concluye que, tratándose de cónyuges cuyo matrimonio se rija por la ley aragonesa, conviene que las circunstancias a que se acaba de hacer referencia consten en cualquier clase de documentación que haya de tener acceso al Registro y en el asiento en que se practique y que si consta en el Registro será oponible frente a todos y podrá tenerse presente por los adquirentes de derechos del bien a los efectos pertinentes cualquiera que sea el lugar donde el inmueble radique («El régimen económico matrimonial de la Comunidad Autónoma de Aragón», *Regímenes económico-matrimoniales y cesiones (derecho común, foral y especial)*, Aranzadi 2008, pág. 170).

⁹² A estos efectos, el art. 198 CDFa establece que las estipulaciones capitulares sobre régimen económico matrimonial son inoponibles a los terceros de buena fe y que la buena fe del tercero no se presumirá cuando el otorgamiento de los capítulos matrimoniales conste en el Registro Civil.

⁹³ Así lo hace ver JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA, *ob. cit.*, pág. 1299.

⁹⁴ Seguimos aquí también a JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA, *ob. cit.*, pág. 1.300.

de fuera de Aragón, más fácilmente se pasará por alto la cuestión de la viudedad, pero lo cierto es que el contrato se perfecciona por el mero consentimiento y que es corriente documentarlo por escrito privado, para, más tarde, elevarlo a escritura pública; en estos casos, el contrato se habrá celebrado en el lugar en que se otorgó el documento privado. En la práctica podría discutirse en qué momento se pasó de los tratos previos al contrato en firme y pueden también plantear problemas la amplia gama de precontratos de venta y opciones de compra; siendo el contrato entre ausentes, se entenderá celebrado en el lugar en que se hizo la oferta (art. 1262 CC), casos en que todavía menos oportuna resulta la regla.

En realidad, en mi opinión, todas estas atinadas objeciones a lo que llevan es a la conclusión de que el legislador debió haber omitido este requisito, que, probablemente, nada añade. Aunque si así se hizo fue para reducir más el alcance de esta excepción tan criticada por los juristas foralistas.

4) Y que no se haya hecho constar el régimen económico matrimonial del transmitente, se sobreentiende que en el contrato. Se reproducen aquí las mismas cuestiones que en el requisito anterior: parece pensarse sólo en el otorgamiento de la escritura pública y volvemos a encontrarnos con la dificultad del momento de la perfección del contrato⁹⁵.

Respecto de la constancia de esta circunstancia en la escritura pública en que se produce la enajenación, debe tenerse en cuenta que el art. 159 del Reglamento Notarial establece que si el otorgante fuere casado y el acto o contrato afectase o pudiese afectar en el futuro a las consecuencias patrimoniales de su matrimonio, se hará constar el nombre y apellidos del cónyuge a quien afectase o pudiese afectar, así como el régimen económico matrimonial. A la vista de esta norma, podría pensarse que este requisito nunca concurrirá. Pero las cosas no son tan sencillas, porque lo habitual, fuera de Aragón, es que, cuando se trata de enajenación de bienes privativos (por proceder de título gratuito o por haber sido adquiridos antes de contraer matrimonio, como casos más frecuentes), no se consignen en la escritura el régimen económico matrimonial ni los datos del cónyuge, porque se presupone que no están afectados los derechos de éste; la peculiaridad que comporta el derecho expectante de viudedad es tal que no suele tomarse en consideración fuera de Aragón. Además de que, muchas veces, ni el propio sujeto sabe bien a qué ley están sujetos los efectos de su matrimonio y existe una cierta tendencia a considerar que, si no se expresa otra cosa o hay circunstancias de las que se infiera solución distinta, el matrimonio se rige por la ley del lugar de domicilio. Así pues, no es extraño que, en casos de este tipo, no se haga constar la ley aplicable al régimen económico matrimonial.

⁹⁵ JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA, *ob. cit.*, pág. 1.300.

Los juristas foralistas críticos con esta norma entienden, en suma, que habría sido más conveniente –supuesta la existencia del precepto y aceptadas en hipótesis sus líneas generales– no establecer otro requisito que el de la adquisición a título oneroso y de buena fe, dejando los demás datos (situación del bien, lugar de celebración del contrato, constatación en el mismo del régimen económico matrimonial del transmitente) como indicios de innecesaria mención legal que el juzgador apreciaría para la calificación de la buena o mala fe⁹⁶. Pero lo cierto es que el legislador aragonés, al volver a regular esta materia en el año 2003, ha perdido la oportunidad de establecer limitaciones al derecho expectante de viudedad basadas en la protección del tercer adquirente de los bienes.

3. Efectos de la inoponibilidad. La concurrencia de los requisitos expresados en el apartado anterior produce como efecto que el derecho expectante de viudedad no sea oponible al adquirente⁹⁷. El derecho no se extingue, pero no podrá hacerse valer o ejercitarse o disfrutarse luego como usufructo en perjuicio del adquirente, al que se le concede una defensa específica para evitar todo perjuicio derivado de la existencia del derecho expectante, defensa que, desde el punto de vista procesal, consistirá en una excepción, que el adquirente podría no hacer valer, con lo que el derecho expectante de viudedad se haría efectivo, si bien es improbable que esto suceda a poco bien asesorado que esté⁹⁸.

Al ser un supuesto no de extinción sino de inoponibilidad, si el adquirente no lo es del dominio, sino sólo de un derecho real limitado, el derecho expectante de viudedad subsiste sin trabas en tanto no perjudique al derecho real adquirido por el tercero y se expande a todos los aspectos o utilidades de la cosa en el supuesto de que tal derecho se extinga⁹⁹. Aunque lo cierto es que, fuera de ese supuesto, la diferencia entre inoponibilidad y extinción es imperceptible¹⁰⁰.

⁹⁶ JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA, *ob. cit.*, pág. 1.300.

⁹⁷ La forma en que opera esta inoponibilidad la describe con gran exactitud JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA, a quien seguimos en lo que se dice a continuación (*ob. cit.*, pág. 1.301).

⁹⁸ Aún podría discutirse si la inoponibilidad puede hacerse valer si el adquirente, al recibir la reclamación del cónyuge viudo del enajenante, se avino a aceptar el derecho expectante de viudedad sobre el bien adquirido, por mero desconocimiento de la regla que estamos examinando, de la que luego tiene noticia. Si la reclamación por parte del cónyuge fue judicial y el adquirente se allanó, seguramente el tema haya quedado definitivamente resuelto. Ahora bien, si la reclamación fue extrajudicial, es más discutible: frente a la doctrina de los actos propios podría oponerse la buena fe y el error derivado de la ignorancia de su derecho a oponerse al derecho expectante de viudedad.

⁹⁹ JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA, *ob. cit.*, pág. 1.301.

¹⁰⁰ Como explica BIESA HERNÁNDEZ, M.C. (*ob. cit.*, págs. 670 y ss.).

La protección del adquirente se arrastra a los subadquirentes, aunque conozcan la existencia del derecho expectante de viudedad, ya que de otro modo quedaría el primer adquirente perjudicado en cuanto al valor en cambio del bien adquirido.

Si, por el contrario, el primer adquirente no estaba protegido por la inoponibilidad, por faltar alguno de los requisitos, puede pensarse en colmar la laguna legal con los criterios implícitos en la norma dictada para la protección al primer adquirente, ya que el segundo es, a la vez, más necesitado y más digno de protección, con lo cual no podrá oponérsele el derecho expectante de viudedad cuando haya adquirido a título oneroso y de buena fe, adaptando al caso los demás requisitos: en particular, la referencia al régimen económico matrimonial ha de entenderse al del anterior transmitente, de la viudedad de cuyo cónyuge se trata. Aunque, en realidad, y según se defiende más adelante, la protección del subadquirente de buena fe debe tener un alcance mayor que el limitado que establece este precepto.

XIV. EFECTIVIDAD DEL DERECHO EXPECTANTE DE VIUEDAD: OPONIBILIDAD AL ADQUIRENTE.

1. Oponibilidad del derecho expectante de viudedad.

El efecto propio del derecho expectante de viudedad, el que constituye su esencia y característica principal, es que la enajenación de los bienes no lo extingue, ya que el gravamen que supone pesa sobre ellos, dotado de reipersecutoriedad y eficacia *erga omnes*, y como, además, tiene origen legal, es irrelevante que conste en el Registro de la Propiedad y que el adquirente de los bienes lo desconozca y haya actuado de buena fe. Por tanto, si se dan los presupuestos que hemos examinado para que al matrimonio le sea aplicable el derecho expectante de viudedad y no ha sido renunciado ni excluido ni se da ninguna otra circunstancia que lo extinga, ni estamos en el supuesto de inoponibilidad que hemos examinado antes, la enajenación de los bienes sujetos a él lleva consigo que el adquirente los reciba sujetos a él; es decir, que si el enajenante fallece antes que su cónyuge, éste podrá exigir al adquirente los bienes para hacer efectivo su derecho de usufructo viudal sobre ellos. Es de esto de lo que hemos estado tratando en todas estas páginas. Ésta es la conclusión a la que, tras todo el recorrido realizado, se llega.

El perjuicio que sufre el adquirente que se encuentra en esta situación es también de doble fase. Desde luego, el perjuicio más evidente se produce si muere el enajenante antes que su cónyuge, porque el fallecimiento de aquél atribuye a éste el derecho de usufructo viudal de los bienes que aquél enajenó (art. 283.1 CDFR) y se le concede la posesión de los mismos desde el mismo fallecimiento (art. 283.4).

Como puede imaginarse, el daño que esto genera es muy grave; pensemos que el inmueble en cuestión sea una vivienda familiar o el local que sirve de soporte físico a la empresa o negocio en el que el adquirente ejerce su actividad y gana su sustento y el de su familia. Téngase en cuenta que el tiempo de viudez puede ser largo y, en cualquier caso, no es posible saber qué duración va a tener, lo que agrava el trastorno que conlleva la desposesión del bien adquirido.

Pero, aun antes de que se produzca el hecho desencadenante del usufructo viudal, es decir, el fallecimiento del enajenante anterior a su cónyuge, el adquirente ya padece un importante perjuicio, porque la existencia del gravamen sobre los bienes le va a dificultar enormemente su venta o que le sea aceptado como garantía hipotecaria para un préstamo o crédito. En concreto, es muy improbable que una entidad financiera acepte como garantía una hipoteca sobre un bien con este tipo de cargas, por la aleatoriedad a que somete el disfrute sobre el bien, que hace muy difícil de calcular el alcance que puede tener sobre su valor.

Para hacer efectivo su derecho, el cónyuge del transmitente, una vez viudo, se encontrará con la dificultad de que los bienes están en posesión del adquirente. A él deberá dirigirse para exigirle su entrega. Ante su resistencia, cabe preguntarse por las vías procesales de que dispone. Antes de la LEC de 2000, se discutía en la doctrina sobre la habilidad de los interdictos posesorios y, más concretamente, el de adquirir que se confería al heredero para hacer valer la posesión civilísima que le atribuye el art. 440 CC¹⁰¹. Actualmente, la LEC ya no regula los interdictos como tales, si bien el art. 250.1 atribuye al juicio verbal la resolución de varios tipos de reclamaciones posesorias, entre ellas, en su ordinal 3º, las acciones que pretendan que el tribunal ponga en posesión de bienes a quien los hubiere adquirido por herencia si no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño o usufructuario. Es el equivalente al antiguo interdicto de adquirir y, aunque el cónyuge viudo no es heredero, podría entenderse aplicable por analogía. El problema es que este precepto exige la ausencia de poseedores a título de dueño o usufructuario y en estos casos los hay. Ante la imposibilidad de utilizar este pro-

¹⁰¹ BONET NAVARRO, A., consideraba inadecuada la protección interdictal y abogaba por la conveniencia de regular un proceso especial, que cumpliera la función que en el Derecho histórico tenía el proceso foral de aprehensión («En torno a las especialidades procesales civiles de Aragón», *Boletín de los Colegios de Abogados de Aragón*, número 93, 1 Abril 1984, págs. 67-68).

SANCHO REBULLIDA, F.A. y DE PABLO CONTRERAS, P., se inclinaban por aplicar la acción de desahucio y el interdicto de adquirir que correspondía al heredero, aunque fuera por analogía, si bien advertían que, conforme a la LEC, no era posible ejercitar el interdicto contra quien poseyera a título de dueño o usufructuario, con lo que, en última instancia, el viudo debía acudir a la acción real derivada de su derecho de usufructo viudal, en el juicio declarativo ordinario correspondiente por cuantía («Comentario al art. 79», *ob. cit.*, págs. 781-782).

cedimiento, habrá que acudir al proceso declarativo que corresponda por cuantía, ordinario o verbal.

En cuanto a la vía para que el cónyuge obtenga la inscripción en el Registro de su derecho de usufructo viudal, habría que distinguir dos supuestos. Si el derecho expectante de viudedad ya consta en el Registro de la Propiedad, porque se expresó en la inscripción de la adquisición, probablemente le bastaría al cónyuge viudo con acreditar el fallecimiento de su cónyuge, con lo que la inscripción del derecho expectante de viudedad se convertiría en inscripción de derecho de usufructo viudal. Pero si no consta en el Registro de la Propiedad, para obtener la inscripción en el Registro de la Propiedad de su usufructo viudal deberá obtener el consentimiento del titular registral en documento público o, en su defecto, resolución judicial que declare su derecho obtenida mediante demanda en procedimiento declarativo dirigida contra todos los titulares registrales, por exigencia del principio de tracto sucesivo¹⁰².

2. Posición del subadquirente. Es muy discutible que el subadquirente, es decir, la persona a quien el adquirente que recibió el bien sujeto al derecho expectante de viudedad lo transmite, quede sujeto también y en todo caso al derecho expectante de viudedad del cónyuge del primer enajenante.

La respuesta afirmativa se basaría en el *canon* del derecho expectante de viudedad como gravamen legal que recae sobre los bienes y que es oponible a cualquier adquirente, con independencia de las circunstancias concurrentes.

Ahora bien, existen argumentos de mucho peso para considerar que para el subadquirente deben funcionar las reglas generales sobre protección del adquirente basadas en el Registro de la Propiedad, por lo que si reúne los requisitos para ser protegido por el principio de fe pública registral regulados en el art. 34 LH, no se le podrá oponer el derecho expectante de viudedad del cónyuge del primer enajenante. Es decir, quedará inmune a la reclamación de éste si, estando el bien inmueble inscrito a nombre de quien le transmite, no consta en el Registro de la Propiedad el derecho expectante y el subadquirente ha actuado a título oneroso y de buena fe e inscribe su adquisición en el Registro de la Propiedad.

Creo que la solución debe ser la misma que merece el caso de quien adquiere un bien de la comunidad conyugal pensando que es privativo de quien le transmite, porque cree que es soltero o que está casado en régimen de separación de bienes: el adquirente no queda protegido por el hecho de que el carácter consorcial del bien no conste en el Registro de la Propiedad; pero si ese adquirente, a su

¹⁰² Así lo entendieron, para el régimen de la anterior LEC, pero con validez para la nueva, SANCHO REBULLIDA, F.A. y DE PABLO CONTRERAS, P. («Comentario al art. 79», *ob. cit.*, págs. 785-786).

vez, transmite el bien, el subadquirente a título oneroso y de buena fe confiado en que según el Registro de la Propiedad quien le transmite es el propietario si que queda protegido por la fe pública registral si inscribe su adquisición. Pues bien, lo mismo sucede con el derecho expectante de viudedad, porque, aunque su origen sea legal, no puede merecer más protección de la que merecería si ya fuera titular del usufructo viudal, que también es legal pero decae ante el subadquirente de los bienes que reúne los requisitos del art. 34 LH.

En realidad, lo que entiendo que pasa es que, cuando se transmite la propiedad del bien sujeto al gravamen del derecho expectante de viudedad, éste experimenta una transformación, en la medida en que pasa a una fase distinta, en la que convive con un propietario diferente de su cónyuge, y en esa fase no es lógico que siga sujeto a las mismas reglas de oponibilidad que cuando pertenecía a éste, sino que debe someterse a las generales de los derechos reales y a los principios generales de éstos en cuanto a la oponibilidad frente a terceros.

Es cierto que el CDFA no establece esta solución, pero se debe a que no está pensando en el subadquirente, sino que concentra su atención en quien adquiere directamente del cónyuge, respecto del cual la regla es la oponibilidad. El caso del subadquirente, en realidad, carece de regulación en el CDFA y debe ser resuelto conforme a los principios generales en materia de seguridad jurídica inmobiliaria, es decir, según lo dispuesto en el art. 34 LH.

El sentido común lleva también a esta solución, porque, de mantenerse la contraria, cualquier persona que adquiriera un inmueble tendría que asegurarse no sólo de que quien le transmite no está sujeto al derecho expectante de viudedad o, de estarlo, su cónyuge lo ha renunciado o consentido la enajenación, sino también de que en ninguna de las transmisiones anteriores ha quedado pendiente ningún derecho expectante de viudedad de ninguno de los cónyuges de los sucesivos transmitentes que ha habido. Lo cual constituiría un verdadero disparate y una quiebra enorme de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario y de la garantía que los principios registrales prestan a todo adquirente.

Si resulta que al subadquirente sí que le resulta oponible el derecho expectante de viudedad de los cónyuges de transmitentes anteriores, por no reunir los requisitos del art. 34 LH, podría haber una pluralidad o cadena de gravámenes, si resulta que también ha quedado a salvo el derecho expectante de viudedad del cónyuge del primer adquirente que ahora transmite, y así sucesivamente. Estos derechos se ordenarán por la preferencia que les da su nacimiento. Si fallece el adquirente que transmitió antes que el primer transmitente, cabe dudar si el cónyuge de aquél puede hacer efectivo su derecho de usufructo de viudedad frente al último adquirente de los bienes estando pendiente el derecho expectante de

viudedad del cónyuge del anterior transmitente. Una posible solución consistiría en considerar que el usufructo viudal del cónyuge del subadquirente no puede hacerse efectivo mientras esté pendiente el derecho expectante de viudedad del anterior. Sin embargo, parece más coherente con la forma de operar el principio de prioridad entre derechos reales de igual naturaleza recayentes sobre un mismo bien, aceptar que sí que pueda hacer efectivo su derecho, sin perjuicio de que, en caso de que posteriormente fallezca el anterior transmitente, su cónyuge pueda hacer efectivo el suyo preferente y exigir del cónyuge del segundo o ulterior transmitente la entrega de los bienes, aunque, si, posteriormente, fallece aquél antes que éste, podrá recuperar la posesión de los bienes para continuar disfrutando de su derecho de usufructo viudal interrumpido.

3. Posibles derechos del adquirente afectado.

Cuando el derecho expectante de viudedad es oponible al adquirente de los bienes, procede preguntarse qué derechos pueden corresponderle ante esta situación, si tiene algún instrumento legal para reaccionar ante el grave perjuicio que le supone quedar sometido a él.

No deja de resultar sorprendente que la doctrina aragonesa apenas se haya preocupado por la situación del adquirente, dando por supuesto que debe soportar el derecho expectante de viudedad sin posibilidad de obtener reparación alguna. Sin embargo, algún derecho debe tener el adquirente, al menos en algunos casos. A eso vamos a dedicar esta última parte.

Hay que partir por indicar que habrá que tomar en cuenta las circunstancias concurrentes, que pueden ser muy diversas.

Para empezar, difícilmente podrá reclamar algo el adquirente a título gratuito, conforme al régimen general de este tipo de actos. Nos vamos a centrar, por tanto, en las adquisiciones a título oneroso. Son varias las situaciones que pueden darse.

Puede suceder, en primer lugar, que el adquirente, conocedor del derecho expectante de viudedad que como gravamen pesa sobre los bienes, decida aceptarlo. Lógicamente, este gravamen se habrá tenido en cuenta para la fijación del precio y condiciones de la adquisición. A lo mejor, ha estudiado las circunstancias del cónyuge y ha concluido que tiene poca esperanza de vida. Si así fuera, está claro que nada podrá reclamar si se ve privado de la posesión del bien adquirido por el cónyuge viudo de quien le transmitió, porque es un riesgo que asumió.

O que, en el mismo caso, la eficacia de la enajenación se someta a la condición, suspensiva o resolutoria, de que se produzca o no se produzca, respectivamente, la

renuncia al derecho expectante de viudedad por parte del cónyuge del enajenante. En este caso, será el régimen de la condición pactada el que se aplicará.

Éstos dos serían los supuestos en que las partes resuelven por pacto las consecuencias de la subsistencia del derecho expectante de viudedad.

Los supuestos difíciles son aquellos en que las dos partes o, al menos, el adquirente, lo desconocen. Y aquí también cabe una casuística variada.

Cabe que el transmitente, conocedor de la existencia del derecho expectante de viudedad, lo oculte, bien falseando su estado civil o la ley aplicable a los efectos de su matrimonio, de modo que el adquirente se vea engañado y adquiera confiado en que no lo hay.

O que el enajenante, aun conociendo su existencia, sin llegar a cometer falsedad alguna sobre sus circunstancias personales, sencillamente nada diga sobre él y el comprador sea desconocedor del derecho expectante de viudedad.

Más frecuente será el caso de que tanto el transmitente como el adquirente ignoren su existencia, por ser desconocedores del Derecho y, particularmente, del aragonés o hayan incurrido en error al calcular las consecuencias de las circunstancias concurrentes concluyendo que en ese caso no lo hay cuando sí que rige. No es raro que así suceda cuando la venta no se perfeccione ante Notario o si se otorga fuera de Aragón, donde el derecho expectante de viudedad no es tan conocido ni siquiera por los profesionales del Derecho.

Quizá podría imaginarse algún otro caso, pero éstos son los más importantes.

Hay una circunstancia que resulta común en estos supuestos, que es que el transmitente manifestará que el bien se enajena libre de cargas y gravámenes o sujeto a las que sean, entre las que no se mencionará el derecho expectante de viudedad de su cónyuge.

Pues bien, está claro que el adquirente no puede obligar al cónyuge del enajenante a renunciar a su derecho expectante de viudedad, porque no ha sido parte en el contrato celebrado. Tampoco puede utilizar la vía del art. 280.3 CDFA para solicitar del Juez que lo declare extinguido, puesto que, como vimos, esta facultad sólo corresponde al cónyuge que enajena¹⁰³. Sí que dispondrá del cauce del art. 280.4, que, recordemos, establece que se extingue el derecho expectante cuando

¹⁰³ De todos modos, dadas las graves consecuencias para el adquirente de buena fe, no es descartable que, cuando realmente se suscite el problema con virulencia, los jueces y tribunales encuentren vías para la protección de aquél. Sirva como ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza 7 febrero 1996, que estima la demanda de los compradores solicitando que se declare extinguido el derecho expectante de viudedad de éste por entender que existe abuso de derecho en

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.

La cuestión es si puede hacer algo más.

Como decíamos antes, la doctrina aragonesa no se detiene apenas en el tema, dando por hecho que no dispone de ningún otro instrumento. Se parte de la base de que el derecho expectante de viudedad es un gravamen de naturaleza legal que pesa sobre los bienes, cuya eficacia es equiparable a las prohibiciones y retractos legales y que si el adquirente no lo conocía el problema es suyo, porque están dotadas de publicidad legal y debería ser conocido por el comprador, concluyendo que la única defensa viable y eficaz del comprador es el conocimiento del Derecho aragonés¹⁰⁴.

Ahora bien, estas conclusiones parten de ignorar las posibles circunstancias concurrentes y, sobre todo, los legítimos derechos del adquirente de buena fe y las exigencias de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario. Resolver esta importantísima cuestión con una equiparación del derecho expectante de viudedad con los retractos legales es una solución simplista. Porque en un derecho como éste, que puede tener consecuencias tan perjudiciales para el adquirente, y que, además, se deriva directamente del régimen económico matrimonial del enajenante, es sobre éste que debe recaer la responsabilidad de conocerlo y hacerlo saber al adquirente. Es decir, quien está obligado de verdad al conocimiento de que está sujeto al derecho expectante de viudedad es quien enajena y él es el responsable de evitar que la buena fe del adquirente sea sorprendida. Y, desde luego, si además resulta que el transmitente, no es que debiendo saberlo lo ignorara, sino que él mismo ha utilizado el engaño premeditado o, sencillamente, ha preferido callarse sabiendo que el adquirente carecía de la información adecuada, no puede salir indemne.

Pues bien, a la vista de estas consideraciones, entiendo que el adquirente que se ve sorprendido en su buena fe y que se encuentra con que debe soportar el derecho expectante de viudedad del cónyuge de quien le enajenó dispone de varios instrumentos jurídicos en defensa de sus intereses:

insistir en su mantenimiento, aunque era un caso de venta de un bien privativo por ambos cónyuges, en la que con la legislación vigente no quedaría a salvo el derecho expectante de viudedad.

¹⁰⁴ Resume en estos términos la doctrina que podemos denominar foralista AURELIO BARRIO GALLARDO («Derecho expectante de viudedad y tráfico jurídico inmobiliario», *Revista de Derecho Civil Aragonés*, XIV 2008, págs. 94-97).

1) La posible responsabilidad penal de quien le transmitió el bien a sabiendas de que iba a tener que soportar la carga, ya que, dentro de la Sección destinada al delito de estafa, y como un supuesto de tal delito, el art. 251.2º del Código Penal castiga con pena de prisión de uno a cuatro años al que dispusiere de un bien ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma. Esta vía puede, además, resultar útil para forzar al cónyuge del enajenante a formalizar la renuncia a su derecho expectante de viudedad o, también, para impulsar al transmitente a utilizar el procedimiento del art. 280.3 CDFA, es decir, para solicitar del Juez que declare extinguido el derecho expectante de viudedad en razón de las necesidades o intereses familiares, en este caso evitar la pena de privación de libertad para un miembro de la familia.

La responsabilidad penal conllevará la consiguiente responsabilidad civil para reparar el perjuicio causado.

2) Ejercicio de la acción de anulabilidad del contrato a través del cual se llevó a cabo la transmisión por existencia de vicio del consentimiento, puesto que de tal puede ser calificado el desconocimiento del gravamen sobre los bienes adquiridos que supone el derecho expectante, puesto que, de haberlo sabido, muy improbablemente habría celebrado el contrato.

El vicio del consentimiento, según los casos, puede ser dolo o error.

Habrá dolo, conforme al art. 1269 CC, si el adquirente fue inducido a creer que el bien no estaba sujeto al derecho expectante de viudedad por el transmitente, que sí que conocía su existencia. Así sucederá si mintió sobre su estado civil o la ley reguladora de los efectos de su matrimonio; pero también si nada dijo sobre estas circunstancias pese a saber su relevancia, porque el dolo puede consistir también en una omisión. Como ha dicho el TS, el dolo comprende “*no sólo la insidia directa e inductora de la conducta errónea del otro contratante, sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte debidamente a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe*” (Sentencia de 28 noviembre 1989; en similares términos, entre otras las de 27 de septiembre de 1990, 21 julio 1993 o 15 junio 1995).

Las consecuencias del derecho expectante de viudedad son tan graves para el adquirente que no puede considerarse que estemos ante un supuesto de dolo incidental. Pero, en cualquier caso, téngase en cuenta que, aunque así se entendiera, el adquirente tendría derecho a ser resarcido de los daños y perjuicios sufridos (art. 1270 CC).

Tratándose de dolo, será irrelevante que el derecho expectante de viudedad conste en el Registro de la Propiedad.

Aún sin existencia de dolo, también podría impugnarse el contrato por la concurrencia de error vicio, conforme al art. 1266 CC, puesto que en la mayor parte de los casos se darán los requisitos que este precepto exige. En primer lugar, casi siempre podrá ser calificado de esencial, es decir, determinante de la voluntad declarada, puesto que, de haber conocido la existencia del derecho expectante de viudedad, el adquirente no habría celebrado el contrato dirigido a su adquisición. Podría suscitar más dudas si el error es excusable¹⁰⁵, es decir, si no habría podido ser evitado mediante el empleo de una diligencia media o regular; la concurrencia de este requisito dependerá de las circunstancias de cada caso, que habrá que valorar, para lo cual deberá tenerse en cuenta la condición de las personas, no sólo del que lo invoca, sino también de la otra parte contratante, cuando el error pueda ser debido a la confianza provocada por las afirmaciones o la conducta de ésta (STS 14 febrero 1994); la posible constancia en el Registro de la Propiedad del derecho expectante de viudedad también deberá tomarse en cuenta, aunque creo que no es un dato definitivo para excluir la excusabilidad, habrá que ver las circunstancias del caso. No constituye obstáculo para que se aprecie la existencia de error que éste lo sea de derecho, puesto que hoy es doctrina pacífica que el error vicio puede ser tanto sobre las circunstancias de hecho como sobre el derecho aplicable, ya que, como indica el art. 6.1 CC, el error de derecho también produce efectos, los que las leyes determinen, entre los que se encuentra la posible anulabilidad de la declaración de voluntad viciada por él (STS 17 febrero 1994).

La dificultad para el ejercicio de la acción de anulabilidad puede encontrarse en que tiene un plazo de ejercicio de cuatro años a contar desde a consumación del contrato (art. 1301 CC) y puede suceder que el adquirente sea consciente de la existencia del derecho expectante de viudedad una vez transcurrido dicho plazo.

3) Ejercicio de la acción de saneamiento por evicción. Conforme al art. 1474 CC, el vendedor responde al comprador de la posesión legal y pacífica de la cosa vendida y, según el art. 1475, tendrá lugar la evicción cuando se prive al comprador, por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra, de todo o parte de la cosa comprada.

La escasa doctrina foralista que se ha ocupado de esta cuestión excluye que el adquirente pueda ejercitar la acción de saneamiento por evicción, sobre la base de su carácter legal y de la publicidad que ello le proporciona¹⁰⁶. Sin embargo, anali-

¹⁰⁵ Niega la excusabilidad del error AURELIO BARRIO GALLARDO, por la publicidad legal del derecho expectante de viudedad (*ob. cit.*, pág. 97).

¹⁰⁶ Así, AURELIO BARRIO GALLARDO, aunque refiriéndose sólo a la acción del art. 1483, a que luego se hace referencia, en *ob. cit.* pág. 97.

zados los requisitos que el Código Civil y la amplia jurisprudencia sobre la materia establecen, parece que la privación al adquirente de la posesión del bien adquirido por causa del derecho expectante de viudedad encaja perfectamente en el supuesto.

El que la privación de la posesión que experimente el adquirente no sea definitiva, en la medida en que se trata de un derecho de usufructo, creo que no es obstáculo para que proceda el saneamiento por evicción, si bien habrá que considerarlo como un supuesto de evicción parcial y adaptar las normas del Código Civil al caso.

Eso sí, la acción no podrá ejercitarse mientras no se produzca la reclamación del cónyuge para hacerse con la posesión del bien enajenado, es decir, una vez que haya devenido viudo y pretenda hacer valer sobre él su usufructo viudal.

El adquirente que reciba la reclamación del cónyuge viudo de quien le enajenó deberá notificar la demanda a los herederos de éste (arts. 1481 y 1482 CC). Una vez hecha la notificación, tendrá abierta la acción de saneamiento por evicción parcial, regulada en el art. 1479 CC, que dispone que si el comprador perdiera, por efecto de la evicción, una parte de la cosa vendida de tal importancia con relación al todo que sin dicha parte no la hubiera comprado, podrá exigir la rescisión del contrato, pero con la obligación de devolver la cosa sin más gravámenes que los que tuviese al adquirirla. Creo que es razonable pensar que el adquirente normalmente tendrá este derecho, puesto que, en la mayoría de los casos, no habría comprado de conocer que iba a perder el disfrute del bien adquirido durante un tiempo indeterminado.

Si decide no rescindir la compra, tendrá derecho a exigir de los herederos del comprador, conforme el art. 1478, la restitución del precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción, en este caso, el que corresponda al derecho de usufructo, los frutos o rendimientos, si se le hubiere condenado a entregarlos al que le haya vencido en juicio, las costas del pleito que haya motivado la evicción, y, en su caso, las del seguido con los herederos del enajenante para el saneamiento, los gastos del contrato, si los hubiese pagado el adquirente, y los daños e intereses y los gastos voluntarios o de puro recreo u ornato, si se vendió de mala fe, es decir, conociendo el vendedor la existencia del derecho expectante de viudedad.

4) Saneamiento por gravámenes ocultos. Una acción distinta es la que aparece regulada en el art. 1483 CC, que dispone que si la finca vendida estuviese gravada, sin mencionarlo la escritura, con alguna carga o servidumbre no aparente, de tal naturaleza que deba presumirse no la habría adquirido el comprador si la hubiera conocido, podrá pedir la rescisión del contrato, a no ser que prefiera la indemnización correspondiente.

Se trata de una acción distinta de la saneamiento por evicción. Aquí no se exige la desposesión del bien adquirido, sino sólo comprobar que existe la carga. La cuestión es si el adquirente puede ejercitarla frente al derecho expectante de viudedad.

En la doctrina se ha discutido su aplicación a las limitaciones legales, particularmente a las servidumbres legales. La jurisprudencia ha excluido las limitaciones legales del dominio que tienen carácter institucional y configuran el contenido normal del dominio (STS 15 diciembre 1992). La cuestión se ha discutido, sobre todo, para las servidumbres legales y la que creo es la mejor doctrina entiende que responde de ellas el vendedor si son verdaderas servidumbres, nacidas antes de la venta, por mucho que tengan un origen legal, lo que le obliga a informar de ellas al comprador. Creo que el mismo tratamiento debe darse al derecho expectante de viudedad, porque, aunque tenga origen legal, su existencia se deriva de una serie de circunstancias que el comprador puede desconocer y que, sin embargo, el vendedor tiene el deber y la responsabilidad de saber y de advertir al adquirente. Como vimos al principio, el derecho expectante de viudedad, de la forma en que se ha configurado, constituye un verdadero gravamen real que recae sobre los bienes y, como tal, debe tratarse a estos efectos.

También se ha discutido si excluye esta acción el hecho de constar el gravamen en el Registro de la Propiedad. La mejor doctrina entiende que no necesariamente y que, si el comprador demuestra el dolo del vendedor al ocultarle su existencia y su ánimo de defraudar, procederá la indemnización al comprador de todos los daños, sin resolución¹⁰⁷.

La principal duda que puede plantearse es si nace la posibilidad de ejercitar esta acción desde la adquisición o sólo desde que fallece el enajenante, que es cuando su cónyuge puede recabar la posesión del bien adquirido. Esta segunda solución es la que mantiene, aunque como *obiter dicta*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 21 de noviembre de 2000¹⁰⁸, pero, tal y como hemos

¹⁰⁷ JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de obligaciones*, Volumen Tercero, Barcelona 1986, pág. 64.

¹⁰⁸ Se trataba de la venta de unas participaciones en un negocio, en la que no había habido renuncia al derecho expectante de viudedad por parte del cónyuge del vendedor, por lo que el comprador no pagó el precio pendiente; la demanda del vendedor exigiendo el cumplimiento del contrato fue estimada y la oposición del comprador rechazada; la Sentencia, sin entrar a considerar sobre si las participaciones estaban sujetas al derecho expectante de viudedad, declara que la falta de renuncia del cónyuge no puede dar lugar a la excepción de contrato no cumplido, porque no forma parte de la prestación del vendedor, y afirma que todo ello sin perjuicio de que, en su caso, llegado el fallecimiento del cónyuge vendedor, el sobreviviente que conserve el derecho expectante

puesto de manifiesto antes, la mera existencia del derecho expectante de viudedad ya supone un grave perjuicio para el adquirente, que verá disminuido su acceso al crédito hipotecario y tendrá importantes dificultades para la venta del bien, por ello entiendo podría ejercitar la acción desde la adquisición del bien.

El ejercicio de la acción de saneamiento por gravámenes ocultos, como hemos visto, da derecho al adquirente a exigir la rescisión del contrato, a no ser que prefiera la indemnización correspondiente.

En cuanto al plazo de ejercicio, durante un año, a contar desde el otorgamiento de la escritura, podrá el comprador ejercitar la acción rescisoria, o solicitar la indemnización; transcurrido el año, sólo podrá reclamar la indemnización dentro de un período igual, a contar desde el día en que haya descubierto la carga o servidumbre.

Más improbable es que puedan prosperar pretensiones dirigidas contra el cónyuge que se niega a renunciar a su derecho expectante de viudedad basadas en principios generales, como el de enriquecimiento injusto o el abuso de derecho, como muestra la jurisprudencia, sobre todo la basada en la regla del art. 280.3 CDFA y su precedente, a la que ya se hizo referencia, ya que el cónyuge del enajenante es alguien totalmente ajeno a la relación contractual y, por tanto, nada le puede exigir el adquirente.

XV. FINAL

Concluyo expresando que, tras analizar lo que supone el derecho expectante de viudedad y la enorme incidencia que puede tener en el tráfico jurídico, sorprende la escasa conflictividad que suscita si tenemos en cuenta el volumen de tráfico jurídico al que afecta; el número de resoluciones judiciales que tienen que tratar sobre esta cuestión es pequeño. Es decir, resulta que, al final, parece que son pocos los adquirentes que se ven realmente perjudicados por él. Podemos preguntarnos las causas. La primera y principal creo que se encuentra en que las transmisiones voluntarias de inmuebles se formalizan casi en su totalidad ante Notario, que vigila que la transmisión se lleve a cabo con todos los requerimientos precisos para que surta sus efectos sin problemas para las partes y, entre ellos, se encuentra asegurarse de que se extinga el derecho expectante de viudedad.

pase a reclamar la posesión de los bienes afectos, lo que daría lugar a la acción de saneamiento prevista en el art 1483 CC, y, aun así reconociendo las dificultades técnicas que podría plantear el considerar oculta una carga que viene prevista legalmente en Aragón.

Sin embargo, existen casos en que el filtro notarial puede fallar, sobre todo si la enajenación se produce fuera de Aragón, o que no exista dicho filtro, como sucede en las enajenaciones forzosas, en las que la práctica demuestra que la notificación regulada en el art. 281.2 CDFA es casi desconocida. Pese a ello, no se conocen demandas del cónyuge que queda viudo dirigidas a hacer efectivo su derecho de usufructo viudal sobre bienes que fueron enajenados por su cónyuge o respecto de los cuales sufrió una ejecución y creo que se debe a que la mayoría de las personas no considera verosímil el ejercicio de esa pretensión; piénsese que esto puede suceder muchos años después de la enajenación y los gravísimos trastornos que puede ocasionar. El hecho de no haber trascendido judicialmente en toda su crudeza ninguna reclamación de este tipo impide saber la reacción de los jueces y tribunales ante la misma, pero cabe intuir que es probable que éstos encuentren vías para detener estas pretensiones a poco que concurran circunstancias que muestren la buena fe del adquirente y los graves perjuicios que le pueden acarrear. En suma, creo que nos encontramos ante una institución poco acorde a la realidad social de nuestro tiempo y los requerimientos de seguridad jurídica que ésta exige.

DISCURSO DE CONTESTACIÓN

María-Elena Zabalo Escudero

Excelentísimo Sr. Presidente, y Excelentísimos miembros de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación,

Excelentísimas e Ilustrísimas Autoridades,

Señoras y Señores:

Se congratula hoy esta Corporación, de recibir al prestigioso jurista aragonés Adolfo Calatayud, Notario en la ciudad de Zaragoza, como Académico de número. Su incorporación a la misma en plenitud de derechos, contribuye sin duda a la realización de los fines de esta Academia, entre los que se incluye, la especial dedicación al Derecho civil de Aragón. Un Derecho que es considerado seña de identidad de nuestra tierra, *de su historia, fundamentado en derechos originarios y fiel reflejo de los valores aragoneses de pacto, lealtad y libertad*, según refiere el Estatuto de Autonomía de nuestra Comunidad Autónoma.

La investigación, promoción y difusión de nuestro Derecho, objeto de la Academia, se ve enriquecida, ya desde este mismo instante, con el ingreso del recipiendario y ello por dos razones. La primera, por haber elegido como tema de su discurso, una de las instituciones de mayor raigambre y singularidad de nuestro Derecho civil, histórico y presente, como es el derecho de viudedad, en su fase de derecho expectante, y la segunda, por el anuncio de su decisión de orlar el sillón que esta llamado a ocupar en esta Academia, con la figura del ilustre forista y académico del S. XVIII, nacido en Belmonte de Calatayud, y que cursara sus estudios de Leyes en la Universidad de Huesca, el también aragonés D. Diego Franco de Villalba.

Me ha sido concedido el privilegio y honor de pronunciar el discurso de contestación, en este solemne acto de recepción del nuevo Académico, a quien quiero agradecer muy sinceramente la confianza en mi depositada por haberme propuesto para tan encomiable encargo. Agradecimiento que se hace extensivo a la Academia por aceptar que esta Académica hable hoy en nombre de la misma.

Hace ya casi quince años tuve el honor de coincidir con Adolfo Calatayud en los Décimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, donde compartimos Ponencia sobre los “Conflictos interregionales en materia de derecho sucesorio aragonés”, constituyendo el estudio de las instituciones civiles aragonesas, y los conflictos de leyes que a partir de ellas se generan en situaciones de interregionalidad, o internacionalidad incluso, un punto de atención común, si bien desde perspectivas bien diferenciadas, pero llamadas no obstante a complementarse, la de la práctica notarial y la de la profesión docente.

Adolfo Calatayud, natural de Zaragoza, se licenció en Derecho en nuestra Universidad en 1980, ingresando pocos años después en el Notariado en las oposiciones de 1982/1983 y aprobando, en la convocatoria de 1985/1986, oposiciones restringidas entre Notarios. Tras haber servido Notarías en Agramunt (Lérida), Pina de Ebro, Hospitalet de Llogrebat, ejerce como Notario en la ciudad de Zaragoza desde 1994.

A lo largo de su trayectoria profesional ha ocupado diversos cargos corporativos, habiendo sido Decano del Ilustre Colegio Notarial de Aragón entre 2005 y 2007. Es miembro asimismo del Consejo de la Revista Jurídica del Notariado. Ha participado en relevantes encuentros internacionales del Notariado, entre los que cabe destacar su intervención como ponente por España en la VIII Jornada Notarial Iberoamericana, celebrada en Veracruz, Méjico, y en el XXII Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino, celebrado en Buenos Aires, ambos en el año 1998.

Por su dedicación al Derecho aragonés, es miembro desde su creación en 1996 de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, lo que le ha permitido participar activamente en la redacción de los anteproyectos de modificación del Derecho civil de Aragón. En la misma línea de dedicación a nuestro Derecho, es miembro del Consejo Asesor de la Revista de Derecho Civil Aragonés y también es miembro de la Comisión organizadora del Foro de Derecho Aragonés.

En su preocupación por la difusión del conocimiento jurídico, ha venido participando y participa con frecuencia en cursos, seminarios, congresos y encuentros tanto en ámbitos profesionales, como en el ámbito universitario. Permítanme destacar su intervención como ponente en el V Seminario de Derecho Internacional Privado organizado por la Universidad Complutense en el Colegio Notarial de Madrid, con una Ponencia sobre “La unidad del Derecho interregional”, publicada posteriormente en los Anales de la Academia Matritense del Notariado. Y es que la Universidad nunca le ha resultado ajena, pues también cuenta con experiencia docente, al haber ejercido como Profesor ayudante de Derecho civil en la Universidad central de Barcelona.

Ha publicado diversos estudios y trabajos, sobre Derecho civil aragonés, Derecho de contratos, Derecho de sucesiones, Derecho mercantil y Derecho notarial. Como entiendo que no procedería en este acto enumerar sin más sus numerosas publicaciones, siendo que esta es una información disponible en los repertorios bibliográficos al uso, me permitiré destacar únicamente los más recientes, y también los que se inscriben en la línea del Derecho aragonés y los conflictos de leyes.

Como muestra de las publicaciones más recientes, citaré a modo de ejemplo, “El arbitraje testamentario desde el Derecho aragonés” (en Revista de Derecho Civil Aragonés), “Dos sistemas de solución de conflictos. Sus diferencias y su encaje” (en la obra colectiva “El nuevo marco de las sucesiones internacionales en la Unión Europea” publicada por el Consejo General del Notariado, bajo la coordinación del Notario Isidoro Calvo Vidal), “Proceso civil y mediación” (obra dirigida por el catedrático y académico Ángel Bonet Navarro) y “Derecho a la forma y documentación de los contratos” (en la obra “Negociación y perfección de los contratos”, dirigido por la Catedrática de Derecho Civil M^a Ángeles Parra Lucán).

Por lo que se refiere a la línea que ha venido cultivando el beneficiario desde hace años, sobre los conflictos de leyes, principalmente en materia familiar y sucesoria, y con especial atención a las instituciones aragonesas, me limitaré a citar algunos de sus títulos: “Derecho interregional, Código civil y Reglamento Europeo de sucesiones”, “Ley aplicable y conflictos de leyes en Derecho de Sucesiones” “Conflictos interregionales entre los derechos sucesorios españoles” “Incidencia del elemento extranjero en el patrimonio conyugal y en su transmisión sucesoria” “La eficacia temporal y espacial de las normas. El derecho internacional privado y el derecho interregional: efectos del matrimonio y sucesiones”.

No es de extrañar, una vez dibujado brevemente, el perfil profesional y académico de Adolfo Calatayud, la autoridad y excelencia con la que ha acometido su discurso de ingreso en esta Academia, eligiendo un tema que conoce bien, tanto desde la práctica de su Notaría, como desde su sólida línea de investigación puesta de relieve en mis anteriores palabras.

El propio título que encabeza su discurso ya adelanta una de sus principales conclusiones, la necesaria reconsideración del derecho expectante de viudedad, reconsideración que se deriva de una revisión rigurosa y crítica de la regulación vigente de este derecho, que reformulado por la Ley 2/2003 sobre régimen económico matrimonial y viudedad, queda incorporado ahora en el Título V del Libro II del Código de Derecho Foral de Aragón.

La trama del discurso comienza partiendo del entendimiento del derecho expectante, como “un derecho de usufructo que se hará efectivo al fallecer uno de los cónyuges, se protege, desde la celebración del matrimonio y mientras no se produce esa efectividad, con una afección sobre los bienes propiedad de cada cónyuge a favor del otro” (cita textual A. CALATAYUD), de ahí su carácter matrimonial.

Es precisamente la naturaleza jurídica de los derechos de viudedad, y su diferente configuración en los ordenamientos jurídicos, el origen de uno de los grandes problemas de la Parte General del Derecho Internacional Privado, el denominado conflicto de calificaciones. Dos grandes juristas europeos del S. XIX, el alemán KAHN y y el francés BARTIN, contribuyeron a su construcción. El jurista francés veía en tal cuestión la causa “De la imposibilidad de llegar a la supresión definitiva de los conflictos de leyes”, siendo exactamente este el título de su estudio, publicado en 1897, en el que abordaba la calificación de una institución de la legislación matrimonial maltesa denominada “cuarta del cónyuge pobre”, consistente en el usufructo de la cuarta parte de los bienes del fallecido, y que estaba prevista para el caso de que no le correspondiera a la viuda sin recursos ninguna otra participación en los bienes como consecuencia de la liquidación del régimen matrimonial.

Aquel estudio partió del análisis de una decisión judicial, que el autor hizo célebre en la doctrina *ius* internacional privatista, recaída en el caso “Bartholo”, resuelto por la Corte de Apelación de Argel, en sentencia de 24 de diciembre de 1889. Tratábase de un matrimonio de nacionales malteses, que se trasladan a Argelia, donde adquieren bienes inmuebles, y donde se produce el óbito del esposo. Su viuda, reclamaba los derechos que según el derecho maltés, rector de su régimen matrimonial, le correspondía sobre los bienes adquiridos por su marido durante el matrimonio, a cuya pretensión se oponía la heredera del difunto según el derecho francés, rector de la sucesión, por ser el correspondiente al lugar de situación de los inmuebles, Argelia, por aquel entonces Departamento francés.

El conflicto de calificaciones estaba ya servido, puesto que si la pretensión de la viuda se calificaba como un derecho matrimonial, la ley maltesa habría de aplicarse y su pretensión sería reconocida, mientras que si la calificación de la misma era sucesoria la aplicación de la ley francesa hubiera conducido a su desestimación, y la viuda quedaría desamparada.

La viuda maltesa del caso “Bartholo” bien podría ser sustituida en una hipótesis de laboratorio por una viuda aragonesa que pretendiera hacer valer su derecho de usufructo en el extranjero, frente a unos derechos hereditarios determinados por ley sucesoria extranjera y para mas complejidad encontrándose los bienes

en el extranjero. Las dificultades hubiera resultado ser, aún hoy, muy similares a las que surgieron a raíz del célebre caso de finales del S. XIX.

Así se planteaban en el ámbito internacional los problemas derivados de la diferente configuración jurídica de los derechos de viudedad, de su anclaje sea en el régimen matrimonial o en el sucesorio, con los consiguientes desequilibrios resultantes de la concurrencia de sendas leyes, la rectora del régimen matrimonial, y la rectora de la sucesión. Mientras tanto en España, la pluralidad de legislaciones civiles, con diferente articulación de los derechos del cónyuge viudo, entre las que siempre ha destacado la especialidad de la viudedad aragonesa con su derecho expectante, hacía de nuestro ordenamiento interno un verdadero campo de cultivo de los conflictos de leyes.

Es por ello que ya en las Conclusiones del Primer Congreso de Derecho Civil de 1946, celebrado en Zaragoza, se postulaba una calificación unitaria de los derechos de viudedad, de manera que se regularan dentro del régimen matrimonial, pero únicamente la viudedad aragonesa gozaba y sigue gozando de dicha calificación, al configurarse como un derecho que nace con la celebración del matrimonio y que durante el mismo se encuentra “expectante”.

Lo que explica que la solución que posteriormente acogiera el Código Civil, todavía en la etapa preconstitucional y con ocasión de la reforma del Título Preliminar de 1974, se limitara a resolver, en el apartado segundo de su artículo 16, el desajuste que pudiera producir la atribución por matrimonio de la viudedad aragonesa, excluyendo los derechos legitimarios derivados de una ley sucesoria no aragonesa (en la mente del legislador las legítimas del Derecho común). En el supuesto inverso, la ausencia de derechos de viudedad en un régimen matrimonial distinto al aragonés, se corrige con la atribución del usufructo de viudedad cuando el derecho aragonés rige la sucesión. No prosperó en aquel momento una solución mas general que pretendía someter los usufructos legales de viudedad, de cualquier clase y naturaleza, a la legislación común o foral a que estuviera sometido el régimen económico del matrimonio.

De esta forma el legislador español resolvió entonces el problema que planteaba la diferente calificación de la viudedad aragonesa, a través de las llamadas técnicas de adaptación material, que persiguen conjugar las distintas leyes, aplicables a una relación jurídica, a fin de evitar superposición o ausencia de derechos derivados de una y otra. No en vano, como ya afirmaba el ilustre jurista francés Henri BATIFFOL el objeto del Derecho Internacional Privado es la convivencia (*faire vivre ensemble*) de los sistemas jurídicos, y para ello esta rama del derecho debe restablecer la coherencia en la regulación de aquellas relaciones jurídicas afectadas por la pluralidad de ordenamientos.

Años más tarde, en un escenario radicalmente diferente para los Derechos Civiles españoles, como el que proporciona la Constitución de 1978, con el nuevo marco competencial en materia civil derivado de su artículo 149, 1, 8ª, la reforma del Código Civil por Ley de 15 de noviembre de 1990, acoge en el último inciso del artículo 9.8 regla similar a la que no prosperara en la reforma de 1974, al establecer que “los derechos que por ministerio de la ley se atribuyen al cónyuge superviviente se regularán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, dejando a salvo las legítimas de los descendientes”. Se prevé en este caso una adaptación conflictual, sobre los derechos de viudedad en general, que excluye una de las leyes en presencia, la rectora de la sucesión, para que una sola ley determine la situación del cónyuge, con independencia de cual sea la naturaleza de los derechos atribuidos, previniéndose de esta forma eventuales desequilibrios.

Esta solución conflictual, que se extiende también a los conflictos de leyes internos (art. 16.1 CC), tras haber sido objeto de encontradas interpretaciones, ha sido considerada por el Tribunal Supremo, en su esclarecedora sentencia de 28 de abril de 2014, “una excepción a la regla general de la “lex successionis” previamente contemplada en el número primero del propio artículo nueve y reiterada en el párrafo primero de su número o apartado octavo (la Ley nacional del causante como criterio de determinación de la ordenación sucesoria). En este sentido, la norma aplicable resulta plenamente determinada con la remisión que cabe efectuar en relación a los artículos 9.2 y 9.3 del Código Civil, reguladores de los efectos del matrimonio como criterio de determinación. Esta excepción o regla especial, no puede considerarse como una quiebra a los principios de unidad y universalidad sucesoria que nuestro Código, como se ha señalado, no recoge como una regla de determinación absoluta, ya que responde, más bien, a un criterio técnico o de adaptación para facilitar el ajuste entre la ley aplicable a la sucesión del cónyuge superviviente y la ley aplicable a la disolución del correspondiente régimen económico matrimonial...”

Pero a este contexto, de por sí ya complejo y de difícil articulación, se añade ahora el Reglamento de la Unión Europea 650/2012 con novedosas disposiciones sobre la ley aplicable a las sucesiones transfronterizas, que desplaza al referido artículo 9.8 y que presenta importantes novedades para los derechos de viudedad en el ámbito internacional. Por una parte, excluye de su ámbito de aplicación “las cuestiones relativas a los regímenes económicos matrimoniales” cuya ley aplicable, ahora determinada por los apartados 2 y 3 del artículo 9 del Código, vendrá en un previsible futuro dispuesta por un Reglamento de la Unión Europea sobre regímenes matrimoniales que se encuentra en fase de tramitación legislativa. Y por otro lado, incluye en el ámbito de la ley sucesoria, que es la de la residencia

habitual del causante en defecto de opción explícita por la ley nacional, “los derechos sucesorios del cónyuge o pareja superviviente”, sin que se haya previsto regla alguna de adaptación. ¿Resucitará la aplicación del Reglamento los problemas de calificación que se plantearon en el caso de la viuda maltesa? ¿Cómo se calificará el carácter sucesorio o no de los derechos del cónyuge? ¿Recobrará su sentido original el 16.2 del Código?

Únicamente existe la previsión, contenida en el duodécimo de sus Considerandos, de que las autoridades que sustancien una sucesión tengan en cuenta el régimen económico del matrimonio o régimen patrimonial similar del causante para determinar la herencia de éste y las cuotas hereditarias de los beneficiarios; previsión que, entiendo, resulta insuficiente para resolver los problemas con los que puede encontrarse la viudedad aragonesa en las sucesiones internacionales.

Si la sucesión no presenta elementos extranjeros no existe obligación para los Estados de aplicar el Reglamento a los conflictos de leyes puramente internos derivados, como en el caso español, de la coexistencia de distintas legislaciones en la materia. De este modo, y mientras el legislador español no disponga otra cosa, parece que el inciso final del artículo 9.8 junto con el 16.1 y 2 del Código Civil, seguirá disponiendo la suerte del derecho de viudedad, en las situaciones de absoluta interregionalidad.

En tales situaciones, al igual que en las de internacionalidad, surgen dudas en la práctica sobre qué matrimonios se encuentran sujetos a la limitación que supone la existencia del derecho expectante en la libre enajenación de sus bienes, cuestión esta abordada por el recipiendario en su estudio. Porque frente a lo que comúnmente pueda creerse, y que además podría derivarse de la eficacia personal del Derecho foral atribuida por el Estatuto de Autonomía de Aragón, ni siempre corresponde este derecho a los aragoneses ni es exclusivo de quienes ostenten vecindad civil aragonesa, puesto que la presencia en la relación jurídica de elementos externos, sean extranjeros o no, hace que la aplicación del Derecho aragonés dependa de las normas de conflicto de leyes.

La práctica, manifestada en decisiones judiciales y resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado, se ha encargado de poner de relieve las dudas que suscita en muchas personas la determinación de su propia vecindad, e incluso el desconocimiento del régimen matrimonial bajo el que se casaron, tanto entre ellos mismos como frente a terceros, lo que añade un plus de inseguridad jurídica al ejercicio de tal derecho. Si bien, en este caso, externo a su regulación sustantiva, y que no corresponde resolver al legislador aragonés sino a quien tiene la competencia para resolver los conflictos de leyes, *ex* artículo 149.1.8 de la Constitución, que no es otro que el legislador estatal.

Únicamente ha tenido en cuenta el legislador estatal, en aras de la seguridad del tráfico inmobiliario, una previsión para la protección de terceros en aquellos casos en los que concurre algún elemento de extraterritorialidad, como es lugar de situación de los bienes y la celebración del contrato. La buena fe del adquirente y el que no se haya hecho constar el régimen económico matrimonial del transmitente, son las condiciones para la inoponibilidad, que no extinción, de tal derecho. Como bien afirma Adolfo Calatayud la finalidad del precepto es clara: “proteger al adquirente de buena fe cuando aparentemente no concurren vinculaciones territoriales con el derecho aragonés”. Pero es que a ello ha de añadirse la posibilidad de que no concurren vinculaciones personales, ante la eventualidad de que cónyuges no aragoneses, de matrimonios mixtos entre españoles o extranjeros, vean regido *ex lege* su régimen matrimonial por el Derecho aragonés, ya sea por razón de su residencia o incluso, en su defecto, por haberse casado en nuestro territorio.

Reclama el recipiendario en su discurso una protección mayor y mas eficaz para terceros, también en la regulación sustantiva de este derecho, cuestión ésta que sí es competencia del legislador aragonés, pues constituye el derecho expectante “un gravamen legal que pesa directamente sobre los bienes de cada cónyuge, que pasará con ellos a quien los adquiera, aunque no conste inscrito en el Registro de la Propiedad y aunque el bien se adquiera a título oneroso y de buena fe” o un “gravamen oculto, muchas veces difícil de conocer” (citas textuales A. CALATAYUD).

Ha de agradecerse al Notariado, tanto en Aragón como en el resto de España, la función preventiva que desarrollan en las transmisiones inmobiliarias que se formalizan en sus despachos, al velar por la concurrencia de todos los requerimientos legales para efectuarlas, entre ellos la nacionalidad, y tratándose de españoles la vecindad civil del transmitente, su régimen matrimonial lo que muchas veces no es fácilmente determinable, y si es el aragonés, la renuncia del cónyuge al derecho expectante.

Es un dato, muy a tener en cuenta, que la mayoría de los Notarios ejercientes en la Comunidad aragonesa, operadores jurídicos que contemplan muy de cerca el ejercicio del derecho expectante, precisamente a través de su renuncia en las ventas de los bienes del cónyuge, se hayan manifestado mayoritariamente a favor de su supresión, en la encuesta realizada por el Colegio Notarial de Aragón en 2013. Es previsible que el porcentaje fuera mas elevado si hubieran participado en la misma Notarios ejercientes en el resto de España, que también han de velar por la renuncia al derecho expectante, cuando corresponda.

Justifica el legislador aragonés la existencia misma de tal derecho y su mantenimiento en el arraigo de las concepciones sobre el matrimonio y la familia en

la sociedad aragonesa, en *la forma de entender la comunidad de vida matrimonial ...de la mayor parte de los aragoneses y de las aragonesas de hoy* (Preámbulo del CDFA). Fundados y suficientes motivos ofrece el discurso, que hace unos momentos acabamos de escuchar, para repensar sobre la pervivencia de este derecho cuyo origen se remonta siglos atrás, sobre si la reformulación efectuada por el legislador aragonés en 2003 satisface o no realmente las necesidades de la sociedad aragonesa del S. XXI, que se ha tornado como el resto de la sociedad española y europea en la que vivimos multicultural, presidida por el principio de autonomía individual, y de igualdad en las relaciones matrimoniales y familiares, y en la que el legislador debe procurar a los ciudadanos la seguridad jurídica, principio que, no hay que olvidar, goza de garantía constitucional.

Termino ya, felicitando al nuevo académico por su riguroso y sugerente discurso, que desde la crítica constructiva llama a la reflexión, y en el que quedan apuntadas las debilidades existentes en la regulación vigente del derecho expectante de viudedad. Se afirma en una frase atribuida a Pitágoras que “el legislador debe ser el eco de la razón”, por ello demosle razones a nuestro legislador para obtener del mismo una buena ley. Felicito también a la Academia, que se ve hoy enriquecida por incluir entre sus miembros a tan ilustre jurista, cuyas aportaciones, contribuirán, sin ninguna duda, a materializar y engrandecer los fines de esta Corporación.

Muchas gracias de nuevo Adolfo Calatayud, por concederme el privilegio de contestar tu discurso, muchas gracias a la Academia que en su día me concedió el honor de acogerme como miembro de la misma, y a todos Ustedes, señoras y señores, por su atención.

Zaragoza, 28 de junio de 2016

EL DERECHO DE ALIMENTOS DEL LEGITIMARIO

Luis-Alberto Gil Nogueras

SALUTACIONES

Excmo Sr Presidente, Excmo. Académicos, Excmos e Ilmos Sres, Sras y Sres:

Antes que nada, es para mi obligado, dar las gracias a la Academia en su conjunto, por la deferencia que tuvieron para conmigo, a todas luces inmerecida, al proponerme primero y después elegirme, miembro de esta prestigiosa Institución. Valga por delante mi eterno agradecimiento y mi disponibilidad para que en la medida de mis posibilidades, intentar responder a la confianza que depositaron en mi persona.

A la hora de elegir un tema para ser objeto de mi discurso, muchas fueron las ideas que se agolparon en mi cabeza, pero quiso el destino que por entonces, me encontrara revisando mi contribución a una obra colectiva sobre derecho sucesorio aragonés, en la cual se halla el comentario del artículo 200 LS. Recordé entonces la existencia de una antigua propuesta que sobre la reforma del texto Compilador y su art 121, se inició allá por mediados de los noventa en la Sede de la Comisión Asesora de Derecho Civil de la DGA, y que versaba sobre el derecho de alimentos de los legitimarios. Por lo que decidí retomar algunas características de aquella reforma y centrar el objeto de este discurso sobre esta cuestión.

UN TRÁNSITO A LA LIBERTAD DE TESTAR

Hay pocos campos dentro del ámbito del Derecho civil ajenos al Derecho de familia, que generen tanta polémica y pasiones encendidas en uno u otro sentido, como el contencioso mantenido entre los partidarios de la absoluta libertad de testar, como expresión o manifestación de la libertad individual inherente a toda

persona, y los afines a mantener la necesidad de existencia de un recorte a esa libertad, a través de fórmulas que garanticen a determinadas personas ligadas con el causante, la recepción de una cuota o porción de los bienes hereditarios con motivo de la muerte de éste.

Ambos sistemas se han recogido con mayor o menor extensión en los distintos Ordenamientos Jurídicos, y a modo de ejemplo dos de los Fueros Aragoneses más antiguos que se conservan mantienen posturas antagónicas sobre el particular. Así el Fuero de Daroca de 1147 establecía que no se podía dejar a un hijo más que a otro por causa de muerte, mientras el de Jaca de 1187 disponía que los hombres de Jaca, podían disponer de sus bienes por causa de muerte como les placiera, y el Fuero *de Testamentis nobilium* de Alagón (1307) optaba por una solución intermedia, que de hecho es la que ha perdurado en el tiempo, al reconocer la facultad al testador de nombrar un heredero único entre sus hijos, dejando al resto lo que se quisiera, actitud que se generalizó en 1311 en Daroca en el Fuero *De Testamentis civium*.

En realidad la observancia de tales normas o actuaciones responde a concretos momentos históricos que atienden a una específica situación económica y política. Así por ejemplo cabe recordar que el origen de un Fuero como el de Jaca, es propiamente el de favorecer la creación de un importante núcleo de población (a la que se debe dotar del más amplio abanico de libertades y prebendas posible) ya que es intención del Poder político de la época, crear una capital del Reino que identifique al mismo y se distinga del de Navarra, cuya capital, Pamplona, mantenía la oportuna hegemonía.

Estos avatares han subsistido con el discurrir del tiempo. Hay constancia de que cuando los letrados aragoneses comparecen por invitación de Alonso Martínez para manifestar qué instituciones aragonesas deben ser salvadas conforme al sistema de apéndices al Código Civil, éstos le mencionan la libertad de testar, junto a la viudedad aragonesa y las donaciones *propter nuptiales* como rasgo del Derecho Aragonés que debía perdurar. Y cabe recordar según cuenta COSTA que en el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1880 la opción de la libertad de testar se rechazó por 25 votos contra 22¹,

La polémica, no por tradicional, debe ser considerada remota, como se puso de manifiesto en la elaboración de la ponencia “Las legítimas” dentro de las III Jornadas del Foro de Derecho Aragonés de 1993 o se ha puesto de relieve en algunas de las incidencias habidas en el seno de la reciente Comisión de Derecho

¹ COSTA (La libertad civil.. pag 502 a 504)

Civil de Aragón. Los argumentos esgrimidos por unos y otros, no por conocidos hasta la saciedad han dejado de repetirse, hasta ser referencia obligada para cualquiera que se acerque al examen de esta institución.

Vaya por delante que no me considero acérrimo defensor ni de una ni de otra postura, y aunque simpatice en su día con la existencia de una legítima material similar a la existente en el Derecho Aragonés, de menor amplitud a la recogida por la Compilación, y en consecuencia sea de mi agrado la solución de compromiso alcanzada en la Ley de Sucesiones por causa de muerte, con el paso del tiempo he manifestado una mayor proclividad a la libertad de testar, evolución personal por otro lado lógica que lleva a observar la situación desde otra perspectiva conforme avanza la edad, perspectiva que comentada a otros compañeros en parecida situación me tranquiliza que sea bastante común.

CALATAYUD observa y sintetiza como argumentos más significativos que esgrimen los partidarios de un sistema de legítima² los siguientes: a) La injuria o lesión que se produciría respecto a las esperanzas de los parientes más próximos, de percibir algo de la herencia si no lo dispusiera el causante, al presuponer que la generalidad de los hombres dejan al menos una parte de su caudal relicto a los parientes más próximos guardando cierta prelación entre sí; b) la consideración familiar del patrimonio, que obligaría a que los bienes hicieran tránsito a la siguiente generación y c) el deber de asistencia mutua que la sangre y el afecto imponen entre los parientes más próximos.

El primero de los argumentos era expuesto por COSTA³ en los términos que siguen: el padre o ha heredado de sus mayores los bienes que posee o los ha adquirido de propia industria o actividad; en el primer caso sus mayores no se los han transmitido a él para sí solo, sino también para sus descendientes; en cuanto a los obtenidos de su trabajo o industria, como el causante no es fruto de la generación espontánea, y como la familia ha hecho de él lo que es, y en virtud de ello ha podido obtener estos bienes, por lo tanto deben considerarse como fruto del trabajo de generaciones anteriores, es lógico pensar que exista esta vinculación con las venideras.

COSTA criticaba este argumento poniendo de relieve que por este sistema se vinculaban los bienes a perpetuidad. Tenía razón pues existe en ese caso una obligación de preservación del patrimonio dentro del ámbito familiar, lo cual es

² Ver su participación como ponente en los *III Encuentros de Derecho Aragonés* en la Ponencia “Las legítimas”.

³ COSTA (una conferencia... cit pág 512.530) del que CALATAYUD realiza una magnífica síntesis de su pensamiento sobre el particular en su ponencia *Las legítimas*, ya reseñada.

difícilmente defendible en un sistema económico como el actual, ya que sería tanto como defender el inmovilizado patrimonial y su pasividad dentro del tráfico jurídico en un mundo que cada vez exige una mayor circulación de bienes.

Siguiendo a COSTA, el segundo argumento se describe del modo siguiente: el padre no trabaja, produce o adquiere aisladamente como individuo, trabaja en medio de la familia y adquiere en medio de ella, con la ayuda que le proporcionan sus hijos. COSTA lo critica al decir que tampoco es cierto que sólo trabaje en medio de una familia, sino en medio de una vecindad, de unos amigos... por lo que este argumento conduciría a la copropiedad de la humanidad entera.

Estos argumentos como se ha visto son fácilmente objetables, pero no por ello deben ser despreciados, toda vez que hay que reconocer, como lo hace CALATAYUD⁴, la existencia arraigada en la conciencia popular de la necesidad de perpetuación del patrimonio familiar, y su transmisión de generación en generación. De ahí que este autor proponga como una posible solución la creación de una legítima troncal, por lo que la cuestión de fondo se transformaría en una cuestión de cantidad.

El tercer argumento, quizás el de mayor fuerza, se critica por COSTA al negar que el deber de alimentos conlleve la necesidad de la legítima, toda vez que ello supone confundir dos instituciones irreductibles entre sí cuales son la legítima y los deberes de la paternidad, sin que quepa desconocer y vulnerar los derechos que como propietario le corresponden al padre para disponer de sus bienes como se le antoje.

CALATAYUD reconoce como una exigencia moral ineludible el que se de al hijo que carezca de medios, la asistencia necesaria para la subsistencia y para la obtención de una adecuada instrucción, sin que por ello se le atribuyan derechos hereditarios, por lo que según este autor podría bastar una regulación de derecho de alimentos con cargo a la herencia para solventar el posible conflicto aducido.

Por el contrario los argumentos en favor de un sistema de libertad de testar se apoyan en su condición de ser la expresión más clara de la libertad civil, y en consecuencia como el reconocimiento legal del deber de respetar los actos dispositivos del testador en relación a unos bienes ganados con su esfuerzo personal, y en favor de las personas que él desee. CALATAYUD señala como éste sistema supondrá que los hijos, en muchas ocasiones, tan poco atentos con sus padres mayores hoy en día, tendrían que esforzarse por ganarse el derecho a aprehender los bienes que erróneamente consideran como propios.

⁴ CALATAYUD SIERRA en la indicada exposición.

Soy de la opinión que el sistema de libertad de testar tiene o puede tener tantos inconvenientes o ventajas como el de legítima. ¿No puede dar lugar sino igualmente a abusos? Pensemos en los caprichos a satisfacer por mínimos que sean del causante bajo la amenaza de dejar la herencia a terceros o en las enfermedades mortales degenerativas que impiden muchas veces verificar cuál fue la real voluntad del causante al cambiar el testamento, y en la figura del heredero de profesión en busca de pieza a quien heredar que a cambio de favores de cualquier tipo o de adular al causante obtiene de éste sus bienes, como tristes ejemplos.

Todos estos argumentos, qué duda cabe, son plenamente trasladables a la esfera del derecho aragonés, si bien la situación de la legítima aragonesa goza de mayor predicamento que la férrea institución del derecho Común. Además el sistema aragonés que es un ordenamiento que supone una unidad, y ello presupone una regulación de una compleja trabazón de relaciones jurídicas conexas, mantiene instituciones y figuras que ayudan aún más a flexibilizar las posturas.

Así, el gran beneficiario con la supresión del régimen de legítima en Aragón, el cónyuge del causante ostenta en nuestro Derecho además de su mitad sobre los bienes comunes, dentro de un sistema amplio de comunidad, el usufructo sobre la totalidad de los bienes del fallecido, a salvo las posibilidades de pacto en contra o de renuncia que prevé la Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad, y la posibilidad de articular el consorcio foral, con lo que su protección parece estar garantizada, sin perjuicio de la posibilidad de atribución de la mitad de los bienes por el causante que actualmente constituye la cuota libre. Y de otro lado, la ausencia de una cuota legitimaria individual permite al causante premiar de entre sus descendientes a los que se hubieren preocupado por él realmente, y sancionar sin atribución patrimonial, aunque nombrándolos para evitar preterición, a los descendientes que a juicio del causante hubieren incumplido sus deberes para con él.

Además como llegó a señalar MARTINEZ LASIERRA⁵ la escasa conflictividad generada por esta institución tal y como se conoce, es una prueba del buen predicamento de que goza la misma.

Muchos son las soluciones y sistemas propuestas para superar la dialéctica existente, y muchos otros se plantearan. Algunos de ellos ya han sido esbozados como el propuesto por CALATAYUD de sustituir la legítima material por una legítima troncal. Pese al ingenio que demuestra el planteamiento considero que tampoco resolvería la situación, y los problemas ya inicialmente podrían partir de

⁵ Ver su participación como coponente en los III Encuentros de Derecho Aragonés en la Ponencia “Las legítimas”

la propia configuración como troncal de un bien, según la manifestación como tal contenida en el art 213 LS. Por otro lado la atribución a los legitimarios del valor de esos bienes, pero no de ellos, supondría una merma de la idea de la troncalidad, que no solo tiene su base en la necesidad de traspasar a los descendientes, lo que antes fue de nuestros ascendientes, sino en reconocer el valor de afección que estos bienes conllevan. (Pensemos en la casa donde alguien pasa su infancia). Así tal valor de afección vendría obviado por el precio de mercado que vendría obligado a satisfacer el heredero.

Otros autores como MERINO HERNÁNDEZ ⁶ propugnaron en aras de nuevo de la protección del cónyuge viudo la imposición de gravámenes sobre la legítima en beneficio de éste, como por ejemplo una sustitución fideicomisaria de residuo en la que el viudo sea llamado en primer lugar, mientras los legitimarios fueran herederos fideicomisarios. Tal solución plantea a mi juicio los mismos inconvenientes ya expuestos, al hablar del beneficio al cónyuge en detrimento de los hijos y descendientes.

No han faltado otras propuestas como la expuesta por NAVARRO VIÑUALES⁷ de transformar la legítima aragonesa en un simple derecho de crédito del legitimario, y por consiguiente entiendo que susceptible de disposición y gravamen sin limitación, solución que me parece desprovista de arraigo, con independencia de que priva a aquél de los bienes que integran la herencia con los que puede identificarse, quizás por haber vivido con ellos a su alrededor, circunstancia por la cual la LS ha insistido en que la legítima sea satisfecha con los bienes que integren la herencia siempre que fuere posible. (Principio de intangibilidad cualitativa que la Ley, como dice, la Exposición de Motivos, se ha encargado de reforzar)

No han faltado más argumentos y propuestas en un sentido u otro, y de seguro surgirán otras en un futuro, toda vez que esta cuestión rebasa los límites de lo jurídico, y se adentra en los terrenos de la postura personal del individuo frente al tipo de sociedad, cuyo desarrollo postula.

No pretendo dar una solución a la cuestión que valga para todos. Tan sólo considero que el ordenamiento jurídico aragonés tiene fórmulas de acercamiento entre ambas posturas que podían corregir los excesos y defectos de unos y otros

⁶ MERINO HERNÁNDEZ en “Comentarios... ob cit, pág 67)

⁷ NAVARRO VIÑUALES en la Ponencia “Instituciones Forales Aragonesas necesitadas de Urgente reforma en materia sucesoria” actuando como coponentes DELGADO ECHEVARRÍA y BATALLA CARILLA, dentro de los IV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés. Actas. Pág. 118 EL JUSTICIA DE ARAGÓN 1995.

postulados, y que tradicionalmente se han rechazado, pese a haber existido iniciativas legislativas continuadas en el tiempo, alguna de ellas abortada⁸, que pudieran servir de puente o incluso de tránsito de una situación de necesidad de legítima a otra de libertad de testar, casi de modo natural.

De entre esas fórmulas siempre me ha resultado de particular interés la en su día reflejada en el artículo 121 de la Compilación aragonesa, (hoy art 200 LS) pues no en vano dijo GARCÍA AMIGO⁹ que el sistema legitimario aragonés era una legítima formal con la carga de los alimentos a favor de los descendientes desheredados o casi desheredados materialmente, y CALATAYUD SIERRA en su propuesta de reforma de la legítima aragonesa abogó por una regulación clara y precisa de este derecho de alimentos a cargo de la herencia¹⁰.

PUNTO DE PARTIDA

Como he indicado anteriormente el argumento del deber de asistencia mutua que la sangre y el afecto imponen entre los parientes más próximos, es el argumento de más fuerza a favor de la perpetuación del sistema de legítimas.

Este deber o trabazón de relaciones, a veces complejo, y que encuentra reflejo general en otros ámbitos, puede justificar una reserva de bienes a favor de determinadas personas, pues repugna la idea de que alguien favorezca a un tercero en perjuicio de sus descendientes hasta el extremo de que estos se encuentren necesitados y no obtengan apoyo de quien en principio viene más obligado a ello.

Es el deber de procurar a quien lo necesite la satisfacción de sus necesidades, en base a un principio de solidaridad familiar, la base genérica de la institución del derecho de alimentos.

Esa obligación es reconocida por el legislador aragonés en un sinfín de preceptos. A modo de ejemplo el art 1.2 LRECMV establece que “Marido y mujer deben respetarse y ayudarse mutuamente, vivir juntos, guardarse fidelidad y actuar en interés de la familia”. El art 5.1 del mismo texto legal expone que “Ambos cónyuges tienen el deber de contribuir a la satisfacción de las necesi-

⁸ Debe recordarse que existió en el seno de la Comisión de Derecho Civil de Aragón una propuesta de borrador de regulación del Derecho a Alimentos a favor de descendientes del causante perjudicados por la distribución desigual de la legítima, que fue abandonado.

⁹ En los Comentarios a la Compilación aragonesa. Edersa. Tomo 32. página 5.

¹⁰ En la Ponencia “Las legítimas...” pág 54.

dades familiares con la atención directa al hogar y a los hijos, la dedicación de sus bienes al uso familiar, la remuneración de su trabajo, los rendimientos de sus capitales y otros ingresos y, en último término, con su patrimonio” y el 5.3 que “Los hijos, cualquiera que sea su edad y mientras convivan con sus padres, deben contribuir equitativamente a la satisfacción de las necesidades familiares.”

Por su lado el art 55 de la Ley de Derecho de la Persona establece “1. Padres e hijos se deben mutuamente, durante toda su vida, respeto, ayuda y asistencia. 2. El deber de asistencia comprende la obligación de prestar alimentos y la de contribuir equitativamente, durante la vida en común, de acuerdo con sus posibilidades, a la satisfacción de las necesidades familiares” Y el 62 explica que “1. La crianza y educación de los hijos comprende para quienes ejercen la autoridad familiar los siguientes deberes y derechos: a) Tenerlos en su compañía. El hijo no puede abandonar el domicilio familiar o el de la persona o institución a que haya sido confiado, ni ser retirado de él por otras personas. b) Proveer a su sustento, habitación, vestido y asistencia médica, de acuerdo con sus posibilidades. c) Educarlos y procurarles una formación integral. Corresponde a los padres decidir sobre la educación religiosa de los hijos menores de catorce años.” El art. 63 habla de que 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. Otros preceptos de nuestro Ordenamiento jurídico hacen también referencia a estas manifestaciones de solidaridad familiar.

Y es precisamente este último argumento aducido por los partidarios del sistema legitimario, el que puede paliarse a través de la regulación del derecho de alimentos a favor de los descendientes del causante con cargo a la herencia del mismo, aunque debamos partir de que el fundamento de este derecho no es el mismo que el previsto con carácter general, sino más específico.

Según el derogado artículo 121 de la Compilación Aragonesa, ***“Aquellos descendientes sin mediación de persona capaz de heredar que en la distribución de los bienes hereditarios queden en situación legal de pedir alimentos, podrán reclamarlos de los sucesores del causante, en proporción a los bienes recibidos”***.

No existen antecedentes en el derecho histórico aragonés de este derecho de alimentos hasta el Apéndice de 1925, en cuyo artículo 30.2 se recogía un precepto similar al recogido en la Comp 67. Quizás pudo ser influencia del derecho castellano como medida compensatoria a los legitimarios de la ausencia de una cuota individual en la legítima, e introducida por vía jurisprudencial, sobre todo a partir de la vigencia del Código Civil.

No obstante algún vestigio puede existir en el Derecho Histórico Aragonés. Así el *Fuero Ne filium pro matre*, dado en Cortes de Huesca de 1247, hablaba de que los padres tienen derecho distinto de los hijos y que hay costumbre lo mismo de donar a los hijos que a personas extrañas (libertad de testar), sin perjuicio de los donativos hechos a los hijos, y aun dando preferencia sobre los extraños a las donaciones en perjuicio de los donaciones contraídas por los padres, porque los donativos paternos son alimenticios y por ende exclusivos (aquí ya pueden aparecer esos donativos a los hijos para salvaguardar su derecho a los alimentos como complemento de esa libertad de testar).

La naturaleza de éste derecho es distinta al derecho de alimentos que regula la Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad o la Ley de Derecho de la Persona. Como bien expresa CALATAYUD¹¹ referida a la obligación prevista en el Código Civil, pero igualmente aplicable al caso de la regulación aragonesa, mientras el derecho del Código se basa en los lazos familiares y en los originados por el matrimonio, el del art 200 de la LS tiene su fundamento en el hecho de haber sido beneficiario de la herencia y en las obligaciones contraídas por el causante respecto a sus descendientes.

La Ley de Sucesiones pretendió llevar a cabo una adecuación de este derecho desde una perspectiva más actual, aunque la reforma estuvo muy por debajo de las expectativas posibles, y en el fondo para mí en este particular fue decepcionante. Y ello porque propiamente salvo solventar el problema de la preferencia entre los derechos de alimentos en caso de concurrencia, poco más trató, y en este caso lo hizo para minimizarlo.

En consecuencia este derecho de alimentos permanece como meramente residual, más aún que el regulado en el artículo 121 Comp ya que el supuesto de prestación alimenticia se ha reducido favorablemente para el sucesor del causante (por establecerse la preferencia de la obligación de alimentos del viudo usufructuario y de los parientes del alimentista), lo que la hará de menor aplicación aún. A ello quizás no fuera ajena la reducción de la cuantía de la legítima de dos tercios a la mitad que llevó a cabo la mencionada ley.

E incluso a la vista de la propia redacción de la reforma, no faltan posibles interpretaciones que con pérdida de la base inicial de los preceptos que le sirvieron de base, que puedan hacer abstracción de la relación causal entre la situación de necesidad del legitimario y la voluntad del causante de distribuir la herencia de modo desigual.

¹¹ CALATAYUD SIERRA en la ya referida Ponencia de “Las legítimas”.

No obstante lo cual optó por una interpretación más concorde con el propio origen de la prestación alimenticia por entender que ahí se encuentra su base originaria, la que le da sustantividad propia.

EL SUJETO ACTIVO

Lo será el legitimario de grado preferente (expresión similar como ya se ha expuesto a la antes mantenida de descendiente sin mediación de persona capaz de heredar), en los términos que al efecto expone el art.173 LS.

Sin embargo no gozarán de este derecho a mi juicio los que no ostenten ya la condición de legitimario, por ejemplo los desheredados por el causante con los requisitos al efecto previstos o los que en su día renunciaron a la legítima, aunque sí por el contrario los excluidos por el causante, incluso de modo absoluto, pues ellos no pierden la condición de legitimarios (ver el art. 24.2 LS)

Además deben ser personas que por la distribución de la herencia, se hallen no en una situación injusta respecto al resto de descendientes, sino más allá, en situación legal de pedir alimentos y que a pesar de que nada se expone en el art 200, como nada se decía expresamente, pero se deducía del uso del término “distribución de la herencia”, en al art 121 Comp, tal situación derive de una distribución desigual de la herencia. De ahí que se establezca esa previsión de proporcionalidad a cargo de los favorecidos por el causante

La LS, por otro lado ha venido a concretar más el momento de la penuria, al hacer imprescindible que esa situación de necesidad se dé no en cualquier fase de la distribución, sino en el concreto momento de hacer efectiva la disposición del causante, esto es en el momento de ejecutar esta voluntad, y ello por cuanto la distribución de los bienes hereditarios, que puede ser verificada por el propio causante en testamento, puede diferir mucho en el tiempo de su ejecución (podemos pensar en la existencia de una fiducia sucesoria por ejemplo), y la situación de necesidad responde al momento concreto y puntual en que ésta exista, por lo que la concreción verificada por la LS puede estar justificada, ya que es factible que al tiempo de distribución de la herencia no exista situación de necesidad, pero que luego si se tenga. CALATAYUD ¹² ponía el ejemplo de un niño cuyas necesidades crecen a lo largo del tiempo, y que su situación de necesidad, en el fondo derive de aquella desigual distribución de la herencia.

¹² CALATAYUD en la ponencia citada. ACTAS 1993 páginas 56-57.

Ahora bien pese a ser ello cierto, considero que también es más que dudosa la posibilidad de que exista un derecho de alimentos que no tenga su origen en el momento de distribución de los bienes de la herencia, ni responda a ésta, siendo problemático hacer pender indefinidamente este derecho de alimentos de la voluntad de quienes deben proceder a ejecutar la voluntad del causante.¹³

Si lo que origina este derecho de alimentos va a ser esa distribución desigual de la herencia que conlleva esa situación de necesidad, ello implica una inmediata relación causa-efecto. Y es en el momento en que por entregarse los bienes a los favorecidos, en atención a la naturaleza de esta obligación, cuando el obligado puede satisfacer con cargo a aquéllos las necesidades del alimentista. Si esta necesidad surge con posterioridad a la distribución de la herencia, puede no surgir como consecuencia directa de la misma, y habrá que estar al régimen común de la obligación alimenticia, esto es a la regulación de los artículos de la LRECMV o LDP referidos a la obligación alimenticia entre parientes.

Por lo tanto se trata de legitimarios llamados a la sucesión, que cumplidas por el causante las normas reguladoras de la legítima ven como al tiempo de ejecutarse la voluntad del causante están en la referida situación, motivada se entiende como consecuencia de una distribución desigual o desproporcionada de la herencia. Por tanto recalco, si la penuria no deriva directamente de la distribución de los bienes hereditarios, bien sea porque ella no ha sido desigual, o porque no ha sido desproporcionada pese a no ser estrictamente igual, no surge en favor del legitimario este derecho de alimentos, sin perjuicio de que pueda respecto a sus hermanos o al resto de parientes obligados ejercitar el derecho de alimentos previsto en otras normas, por cuanto la desidia del legitimario o el gasto y consumo de los bienes obtenidos por el mismo en su día con cargo a la herencia, no pueden servir para justificar a cargo del sucesor que habiendo recibido bienes equivalentes los haya mantenido en su patrimonio, una específica obligación al margen de la voluntad del causante y a favor del que no previó o incluso malgastó lo percibido por su legítima, situación que en el ámbito de la regulación común, se encuentra bajo la negativa del derecho de alimentos cuando la situación de penuria le fuera imputable al alimentista.

La referencia que se hace a la ejecución de la voluntad del testador, y antes a la distribución de la herencia, plantea el problema de decidir si para la verificación de esa desproporción debe de tenerse en cuenta las percepciones que en atención a su legítima percibió en vida el alimentista del causante.

¹³ Así se pronunciaba LACRUZ EN “Las legítimas...” página 526.

La expresión distribución de la herencia me indujo en su día a sostener una respuesta negativa, aun con muchas dudas, sin embargo hoy me inclino por su inclusión. De un lado porque la utilización de la expresión “hacer efectivas las disposiciones del causante” no excluye a mi juicio las realizadas *inter vivos* por aquél, que además se han computado para el cálculo e imputación de la legítima, como se han regulado en los artículos de la Ley de Sucesiones correspondientes, y por cuanto de este modo efectivamente se obtiene una visión de conjunto sobre la existencia o no de un trato desigual y desproporcionado en la distribución de la legítima colectiva.

El examen de la necesidad supone también no solo atender a las rentas o frutos percibidos por el heredero desigualmente favorecido, sino además tener en cuenta su patrimonio. Y si este último puede venderse, habrá de hacerse y agotar así el capital obtenido, antes de pedir derecho de alimentos con cargo a la herencia.

SUJETO PASIVO

Lo va a ser el favorecido por el causante, tanto a título universal como a singular, sea legitimario o tercero. Ahora bien surge la duda de si afecta a quienes percibieron los bienes hereditarios del causante en vida del mismo.

Entiendo que la regulación de la Comp. 67 en el art 121, planteaba más problemas a este respecto, al hablar de la concreta distribución de la herencia, y no de la efectividad de los actos dispositivos del causante. Como quiera que éstos, pueden ser *inter vivos* o *mortis causa* cabe considerar que el favorecido en vida por el causante también puede ser sujeto pasivo de esta obligación.

Sin embargo frente a esta posibilista interpretación que por otro lado guarda relación con la circunstancia de que para verificar la situación de penuria se tengan en cuenta lo percibido por el legitimario en vida de su causante, encontramos el escollo de la necesidad mantenida por el precepto de que el sujeto pasivo sea sucesor del causante. Por tanto en aquellos casos en que tal circunstancia no se de, esto es en el supuesto de que el donatario no fuese favorecido en el testamento, el legitimario no tendrá acción frente a éste para reclamar del mismo el derecho de alimentos

No faltan autores, por ejemplo LACRUZ¹⁴, que ya en su día con la regulación del art 121 Comp, sostuvieron, entre otras razones para frenar una posible actitud

¹⁴ LACRUZ BERDEJO. Las legítimas... Páginas 527-528.

fraudulenta en contra de este derecho de alimentos por una total distribución de los bienes del causante por disposiciones *inter vivos*, conceder a los alimentistas las mismas oportunidades que se dan a los legitimarios para la protección de la legítima colectiva, y en consecuencia que se permitiera extender esta protección, no sólo a la reducción de las liberalidades inoficiosas, sino en su caso al derecho de alimentos con cargo al donatario.

Creo que sin embargo ello no pasa de ser un deseo, al margen de la norma, que no concede al alimentista tal derecho, y que circunscribe la acción frente a los sucesores del causante, lo cual no obsta para considerar que la medida puede resultar positiva de cara a una posterior regulación de este derecho.

CALATAYUD ¹⁵ sobre el particular, sostiene la aplicabilidad como supletoria de la regla contenida en el artículo 643 del CC. ***“No mediando estipulación respecto al pago de deudas, solo responderá de ellas el donatario cuando la donación se halla hecho en fraude acreedores. Se presumirá siempre hecha, la donación en fraude de acreedores, cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella”***. Y en consecuencia si la donación se ha hecho en fraude de los derechos de los descendientes, cabría entender que el donatario responde de los alimentos en función de lo recibido, por cuanto el donante no reservó bienes suficientes para que sus legitimarios fuesen al menos atendidos en caso de necesidad.

Creo que puede ser una solución satisfactoria, si bien tiene el escollo de que al tiempo de la donación el legitimario no puede considerarse acreedor del donante, y si de lo que se trata es de prevenir situaciones fraudulentas, puede sin ambages acudir al mecanismo del genérico art. 6.4 CC de interdicción del fraude de ley.

SUPUESTOS DE PLURALIDAD

Se recogen aquí dos tipos de situaciones. La primera es un estricto problema sucesorio, que el art 200 LS lo resuelve acertadamente (como lo hacía el 121 Comp) atendiendo al criterio de la proporcionalidad.

Así en caso de ser varios los favorecidos por el causante, estos en proporción a los bienes recibidos, y no a su caudal propio, o ajeno a la sucesión, deberán procurar alimentos a los legitimarios desfavorecidos.

¹⁵ CALATAYUD SIERRA. Ver la ponencia de continua referencia publicada en ACTAS 1993 Página 57.

La segunda alude a la pluralidad de alimentantes derivados de distinto título legal. La Comp 67 no regulaba prelación alguna. El art 200 LS opta por aplicar la prelación de la obligación de alimentos genérica tanto la del Código Civil como las de la LRECMV y LDP (Como se deduce del empleo del término “legislación general”), y añade igualmente otro obligado con carácter preferente que es el cónyuge del causante usufructuario.

La cuestión inicial que se plantea es si el art. 200 ha establecido entre sí una prelación de la obligación del cónyuge usufructuario sobre la del resto de obligados por la regulación general.

Considero que no existen argumentos para sostenerlo, por cuanto el orden de expresión es meramente aleatorio, y por cuanto del artículo 116 de la L2/03 de régimen económico matrimonial y viudedad no se deduce una alteración del orden de obligados sino una delimitación de los favorecidos y una concreción de que la obligación alimenticia del cónyuge usufructuario será en las condiciones y con el alcance previsto como ascendiente.

Por tanto en un orden global de alimentantes, conforme al art. 200 LS, el primer obligado a prestar alimentos a los legitimarios desfavorecidos será su cónyuge (art 144 CC, o art 5 LREMV). En segundo lugar los deberán los descendientes de grado más próximo, y en defecto de éstos, los ascendientes de grado más próximo, y dentro de este grupo se encontrará el cónyuge del causante usufructuario de conformidad con lo previsto en el art 116 LRECMV. Después del cónyuge, descendientes y ascendientes, deberán prestar alimentos (con el límite de contenido expuesto por el art. 143CC) los hermanos del legitimario con sus bienes propios, y en caso de resultar favorecidos por el causante, proporcionalmente con los bienes hereditarios (y sin el límite del artículo 143CC). Igualmente con los hermanos favorecidos y también en proporción a lo recibido deberán responder los otros favorecidos por el causante, no incluidos en el art 144 CC como obligados a prestar alimentos, estos son los no legitimarios, que fueron favorecidos por el causante con cargo a la mitad de libre disposición.

Personalmente esta prelación no me satisface, y ello en la medida en que conceder la prelación a la obligación de alimentos del CC o que pueda extraerse de otros preceptos de la LREMV o LDP, supone desconocer que los bienes de la herencia pasan al heredero o herederos con una carga o gravamen eventual, que es el de abonar los alimentos, caso de existir necesidad, y que estos constituyen en sí, parte de la legítima de los descendientes desfavorecidos en el testamento, por lo que este derecho conforma parte de su patrimonio y en consecuencia debe

agotarse antes de reclamar en virtud del código Civil o de la legislación general. También en sentido parejo se han pronunciado algunos autores.¹⁶

Pero también el supuesto de duplicidad se da desde el reverso contrario, esto es cuando existiendo varios alimentistas, por título distinto, existe un obligado, cuyo patrimonio no alcanza para satisfacer las necesidades de los diversos alimentistas. Este supuesto no se ha previsto por el art 200, que sólo ha tomado en consideración a la obligación de prestación.

Para CALATAYUD¹⁷ así como la obligación de prestar alimentos al descendiente del causante está limitada por el caudal hereditario recibido por el obligado a prestarlo, las que resulten directamente del Código Civil pueden extenderse tanto al resto del patrimonio del obligado como al recibido del causante.

Por ello entiende este autor, que si el patrimonio privativo del obligado no fuere suficiente para el pago de los alimentos de los alimentistas privativos que pudiera tener, podrá acudir al caudal heredado del causante. Por contra opino que debe pensarse que los bienes hereditarios se transmiten a los sucesores con carga condicional, y que en este sentido se integra en el patrimonio del sucesor, por lo que de cumplirse la condición (distribución desigual de la herencia y consiguiente situación de necesidad del legitimario), el legitimario desfavorecido, debiera de gozar de preferencia sobre los bienes heredados por el favorecido para satisfacer su derecho de alimentos con carácter preferente al derecho de los parientes del obligado, precisamente porque el gravamen ya existía al tiempo de ingresar los bienes en el patrimonio del sucesor.

Ahora bien hay que poner de relieve que la opinión expuesta por CALATAYUD sería más coherente con la actual regulación del art. 200 LS, una vez prevista la prelación de la obligación alimenticia de los parientes sobre la del favorecido por el causante, por lo que considero que su tesis conforme a la actual regulación es la más acertada.

Debe exponerse que los supuestos de concurrencia pueden ser más, ya que el derecho de alimentos no se circunscribe a los supuestos previstos en el Código Civil. Ahora bien en los supuestos de creación voluntaria, esto es por pacto del derecho de alimentos, sí considero que existirá la prelación de esta obligación sobre la recogida en el art 200. Y así debe ponerse de relieve que la expresión

¹⁶ Así GARCÍA AMIGO “Comentarios....” pág 26 o en la ponencia ya citada la opinión de MARTÍNEZ LASIERRA.

¹⁷ Así CALATAYUD en la ponencia antedicha. Actas 1993 en la página 59.

“estar en situación legal” pese a que no excluye por el sentido de sus palabras que el derecho devenga de una obligación pactada, parece por lógica remitir a situaciones en que el derecho de alimentos venga de una estricta previsión legal al margen de la voluntad de acreedor y deudor.

También cabe poner de relieve que en ocasiones, sobre todo en el ámbito del pacto sucesorio va a ser común el pacto de establecimiento de una comunidad familiar entre instituyente e instituido y sus familiares en consideración a la casa (art 66 LS) y que dentro de estos pactos la obligación de alimentar a los “tíones” (específicamente recogido en el antiguo art 109 Comp y hoy en su caso relegada a la referencia interpretativa que a las instituciones consuetudinarias a tal efecto se reseña en el art 69 LS) al haber y poder de la casa, y a cargo del instituido, viene a ser normal, por lo que en este caso, existirá esa concreta previsión que carga la institución que tendrá carácter preferente sobre la regulada en el artículo 200 LS.

Referida a la prestación, se ha planteado la posibilidad de su extensión para la satisfacción de las necesidades de la familia nuclear del legitimario alimentista (cónyuge e hijos) Se mostró partidario de ello CALATAYUD¹⁸, ya que entiende que no es posible separar las necesidades del descendiente del causante, de las de su cónyuge o de sus hijos menores o mayores que con él convivan por causa no imputable a ellos, aunque matiza que el contenido del derecho de alimentos debe ser menor.

No obstante soy de la opinión que a pesar de la dificultad de desentrañar y separar las necesidades del alimentista y de su familia, una vez recibidos los alimentos, puesto que al integrarse en su patrimonio también se beneficiará la familia, tal extensión pugnaría con la propia naturaleza del derecho de alimentos. Y ello porque el gravamen al alimentante sería superior y su concreción sería más difícil al estar siempre pendiente de los avatares familiares del favorecido, y de otro lado porque el derecho de alimentos es individual, y por esta vía se gravaría el patrimonio del obligado a favor de terceros, no beneficiarios legalmente del mismo. El art. 200 LS no ha previsto esta extensión, con lo cual entiendo que será estrictamente el legitimario de grado preferente el titular de este derecho y no el resto de sus familiares.

¹⁸ CALATAYUD en la ponencia “LAS LEGÍTIMAS” Ver ACTAS 1993, páginas 57 y 58.

CONTENIDO DEL DERECHO

No se regula de modo específico en la LS. Al igual que la Comp. 67, y en este caso a diferencia del Apéndice de 1925 (art 30.2) tampoco se hace referencia a norma concreta. Sin embargo el art 70 del Anteproyecto, fruto del trabajo de la Comisión de Jurisconsultos Aragoneses de 1961 al hablar de la legítima material individual hablaba de que al legitimario que descendiera del causante sin mediación de persona capaz para heredar como mínimo tenía derecho: A) vivir de modo indefinido en la casa familiar según costumbre y b) una pensión vitalicia consistente en el 3 % anual del capital resultante de reducir lo que le correspondiera como legítima estricta según el Civil y lo ya percibido del causante.

En la Comisión Aragonesa de 1962, el precepto quedó redactado en forma muy similar sin embargo cuando pasa a la Compilación como art 121, extrañamente se sustituye su redacción por una más parca en la que tan sólo se exige que en la distribución de los bienes del causante resulte el legitimario en situación legal de pedir alimentos.

No obstante la expresión “en situación legal” es en términos de técnica legislativa adecuada para englobar todos los supuestos y remitir a todos los posibles casos en que se de esta situación.

Si bien no existe una global regulación específica aragonesa del derecho de alimentos, por lo cual habrá que acudir a la normativa del CC que regula la misma, si que existen concretas y parciales regulaciones del mismo, que deberán atenderse porque así lo hace necesario el sistema de fuentes normativas previstas, para poder delimitar el contenido del derecho del que tratamos. Así por ejemplo al regular las relaciones entre padres e hijos dentro del ámbito de la autoridad familiar, en la LDP se establece un alcance del derecho de alimentos que pueda utilizarse para determinar el contenido, aunque sea de modo indicativo, del previsto en el art 200 LS.

Tampoco debe perderse de vista que la relación parental que prefigura la obligación común de alimentos, puede ni siquiera existir en el ámbito de referencia del art 200, y que lo normal será que la relación existente entre alimentista y obligado sea la de hermano o primo. Una aplicación literal del CC conduciría a una limitada extensión de la obligación alimenticia interpretación lógica, pero que pugnaría con la regulación en derecho aragonés en situaciones asimilables. (Por ejemplo en el supuesto ya expuesto anteriormente del art 66 LS y de la tradición aragonesa de dotar y proporcionar alimentos al haber y poder de la casa a los parientes que colaboran en el sostenimiento de la casa con cargo al instituido en pacto sucesorio).

Por ello creo que su extensión debe comprender lo necesario para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica e incluso instrucción, al menos mientras sea menor de edad. Cabría como hace CALATAYUD acudir a la ficción de que el alimentante en realidad lo es el causante, y que la relación que le liga con el alimentista es la propia entre ascendiente y descendiente. No creo que ello sea necesario, pues bastaría acudir a la costumbre y a la tradición aragonesa con carácter previo al CC, para verificar que la extensión de este derecho de alimentos es muy superior al que recoge el 143.2 CC.

No cabe perder de vista algunas previsiones que hace la LDP sobre el particular que pueden resultar muy interesantes y que considero bastante apropiadas. Así, por ejemplo el art 62 de la ley habla como contenido de los deberes que integran la autoridad familiar el sustento, la habitación, el vestido y la asistencia médica, así como la educación. Pero el art. 66 extiende estos deberes alimenticios (de cara a estos gastos) en el caso de mayores de edad o emancipados en la medida en la que sea razonable exigirles aún su cumplimiento y por el tiempo normalmente requerido para que su formación se complete, estableciéndose a tal efecto incluso un límite temporal (los 26 años) para tal extensión a salvo pacto o resolución judicial. Por lo que considero que éste va a ser el contenido de la prestación alimenticia (sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación)

La cuantía de la obligación dependerá de las posibilidades de la casa, esto es de la herencia recibida, más estrictamente.

En cuanto a la fijación de su importe, habrá que estar en primer lugar a la voluntad de las partes, ya sea por el posible acuerdo al que han llegado las mismas (obligado y alimentista) de cara a la fijación de su cuantía, no de cara a la existencia de la obligación, o por la posibilidad de que el causante en el acto de disposición hubiere establecido una cantidad en previsión. Sin embargo en este supuesto, entiendo que no será vinculante, de modo que cualquiera de las partes podrá pedir que se aumente o se reduzca si acredita que las previsiones del causante fueron erróneas ya que hay que tener en cuenta que el art 200 LS responde a una obligación legal, al margen de la voluntad del causante, y que incluso en el supuesto de previsión por el causante cabría plantear si ello pudiera constituir una obligación o carga testamentaria, autónoma del art 200 LS.

Llegados a este punto, puede plantearse, si en casos de discrepancia, podría intervenir en su fijación la Junta de Parientes, como órgano más capacitado para conocer la situación económico-familiar. No lo creo, y ello porque en su día la Compilación, como referencia en el artículo 109 que regulaba la situación de los hijos no herederos para el supuesto de heredero único que se mantenían en la casa, sólo recogía la posibilidad de intervención de la Junta para la fijación de la

dote, y no mencionaba para nada esta intervención de cara a la prestación de alimentos. Ni el art 200 LS ni el anterior 121 Comp preveían ninguna participación de este órgano para este caso concreto, por lo que entiendo que corresponde a los Tribunales la fijación de ese derecho en su caso, de ser controvertido. Además el artículo 156 LDP respecto del llamamiento para la constitución de la Junta de Parientes remite a disposiciones legales, de la costumbre o de acto jurídico, y a falta de estas, cual es el caso hay que entender que no procede su constitución.

Suscita dudas que su determinación pueda ser sometida a arbitraje. Conforme al art 2 LArbitraje de 2003 “Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho”. En concreto sobre los alimentos futuros no cabe transigir, por impedirlo el art. 1814 del Código civil, y, por tanto, no cabe someter esta cuestión a arbitraje ya que, como bien señala la mas autorizada doctrina, de la que se hacía ecos entre otras la AP Asturias en sentencia de 26-5-98, aunque la Ley de 1995 derogó los arts. 1820 y 1821 del Código Civil que indicaban que solo quienes podían transigir podían firmar un contrato de compromiso, esta derogación sólo obedeció a motivos de técnica legislativa y que al referirse la Ley a que no podían ser objeto de arbitraje las cuestiones que no se refieran a materias de libre disposición (art. 1) deben incluirse en ellas los alimentos futuros.

En el mismo sentido cabe hablar por el contenido del art 2 de la Ley de 2003. Pero ello sólo hace referencia a la situación futura de necesidad y no incluye los alimentos ya devengados, sobre los que sí se tiene facultad de disposición. Por consiguiente entiendo que cabrá esta fijación por vía de arbitraje, respecto de la situación actual y serán válidos los acuerdos entre alimentante y alimentista para satisfacer los ya vencidos, pero no cabrá el pacto sobre una situación futura.

Los mecanismos para que la tutela de este derecho se pueda hacer efectiva, serán los propios del derecho común, dada la ausencia de normativa específica aragonesa sobre el particular. Así será factible acudir al juicio verbal de alimentos. El cambio de naturaleza de este proceso, permitiría zanjar la existencia de esa obligación y su contenido, sin perjuicio, de que pudieran establecerse demandas posteriores por alteraciones significativas de las circunstancias existentes por las fluctuaciones entre las posibilidades de la herencia y las necesidades del legitimario.

En cuanto a las posibles peculiaridades del juicio de alimentos con base en el art 200, no serán sino las lógicas derivadas del propio precepto. Así a la demanda deberá acompañarse el documento o documentos probatorios de la condición de legitimario del promotor, con relación a la herencia del causante, de la condición de sucesor del demandado de alimentos, y todos aquellos que prueben la situación

de necesidad del peticionario y la bondad de los bienes hereditarios percibidos por los sucesores, sin perjuicio de que ello pudiera ser objeto de prueba posterior.

Pero surge la duda de si tal pretensión por su base sucesoria quedara ligada a la determinación del juicio declarativa por cuantía, o bien por la índole de la materia podrá subsumirse en la previsión a tal fin prevista en el art. 250.1.8 LEC. Considero que dada la generalidad del concepto que se emplea por el legislador ha sido intención de éste configurar a través del juicio verbal de petición de alimentos todas las pretensiones que de modo principal, y no acumulada a otra pretensión principal o como medida cautelar, vayan a llevarse a cabo, en que el objeto sea una prestación alimenticia con independencia tanto de su carácter provisorio o definitivo, como del título en cuya virtud se tenga derecho a ellos, sea sucesorio, familiar o convencional. Entiendo igualmente que cabrá la posibilidad de interesar las oportunas medidas cautelares, por la vía genérica del artículo 728 y ss LEC.

La forma de pago será la general, prevista en el art. 149 del CC, a salvo pacto o que la costumbre en atención a la cuestión específica que se suscite exponga otra cosa. También ha de matizarse por la interpretación jurisdiccional dado a este precepto. Así como el indicado precepto otorga una facultad de opción al alimentante para que abone una pensión económica periódica, por meses anticipados, o acoja al alimentista en su domicilio para suministrarle lo necesario, la ya lejana sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Diciembre de 1903, estableció que siempre que existan causas graves de orden moral debidamente justificadas que constituyan un serio obstáculo para la convivencia doméstica, debe despojarse al alimentante de esta facultad, y por lo tanto la obligación alimenticia ha de satisfacerse mediante el abono de la pensión fijada, si bien estos obstáculos no pueden identificarse con el mero relajamiento de vínculos, o con el propósito de entablar un pleito (STS 6-10-1904 y 11-5-1897). En la práctica, lo ordinario será el pago de la pensión establecida

Una vez, llegados a este punto, cabe plantearse si el alimentista tiene algún medio para controlar la gestión de los bienes hereditarios por parte de los sucesores, y evitar así que la garantía de sus bienes desaparezca, o se vea mermada sensiblemente, toda vez que en los supuestos indicados, el alimentante podrá pedir la reducción o extinción de la obligación. No cabe duda que para el caso de enajenaciones fraudulentas tendrá la vía del artículo 1111 del CC, y que en supuestos de culpa o negligencia en la gestión podrá ejercitar la vía que supone el artículo 1101 del mismo cuerpo legal, pero no disfrutarían de otro elemento específico o propio de control de la gestión de los sucesores, y en ningún caso, éstos responderían por causas no imputables. (Una inversión desafortunada en circunstancias normales de mercado, por ejemplo)

LA EXTINCIÓN DEL DERECHO

En cuanto a su extinción, de nuevo habrá de acudir a las causas genéricas previstas en la legislación común, esto es, a las contenidas en el artículo 152 CC, de nuevo ante el silencio del legislador aragonés.

En consecuencia se extinguirá por: A) el fallecimiento del alimentista, no así por el del alimentante, toda vez que la obligación será asumida por los herederos de éste entiendo, y ello porque la naturaleza de este derecho es especial respecto del general de alimentos que se regula en el Código Civil; B) por la circunstancia de que los bienes de la herencia se hubieren reducido hasta el punto de no poder satisfacer las propias necesidades del heredero; C) porque se hubiere puesto fin a la situación de necesidad o se pueda ejercitar una profesión, oficio o industria; D) porque el alimentista haya cometido falta que de lugar a la desheredación respecto al alimentante (Si lo hizo respecto al causante, al perder todo derecho a la herencia, y por lo tanto perder la condición de legitimario, el descendiente nunca tendrá derecho de alimentos, y en consecuencia estaremos ante un supuesto de falta de nacimiento de la obligación más que de extinción.) Y entiendo que tampoco es necesario que tal falta se haga constar en el testamento, toda vez que el precepto habla de incurrir en causa de desheredación, no de haber sido objeto de la misma; E) porque la situación de necesidad provenga de mala conducta o falta de aplicación en el trabajo imputable al alimentista, si bien sólo en el caso de que fuere el favorecido descendiente del obligado.

De las mencionadas causas de extinción alguna puede plantear dudas. La segunda de ellas entiendo que es paralela a la proporcionalidad que debe de mediar en toda obligación alimenticia, y más aún en este caso, donde incluso cabría plantear por qué el heredero debe satisfacer con cargo a la herencia bienes al no favorecido hasta el punto de hacer peligrar su propio disfrute, hasta quedar en situación casi de necesidad. Considero que ello es consecuencia de la falta de fijación de un límite claro en la obligación de abono de tales alimentos por el legislador. Considero que la obligación de alimentos no puede conllevar a que por esta vía el no favorecido vaya a percibir una porción de los bienes si quiera similar al favorecido. No es esta la finalidad.

También plantea algún problema la mejora de fortuna por el alimentista, no sí éste logra por sus medios mejorarla de un modo material, pero sí por ejemplo si careciendo en su momento de la posibilidad de encontrar un trabajo u oficio, con el paso del tiempo, se haya, quizás por haber acabado sus estudios, en disposición de obtenerlo. En estos supuestos tradicionalmente (STS 24-6-1950 y 5-11-84) se ha expuesto que se pierde en caso de renuencia del sujeto a trabajar o negativa injustificada del mismo, no siendo a tal efecto equiparable la falta de aplicación o mal comportamiento en el mismo.

Si bien es preciso que el ejercicio de la profesión, oficio o industria sea una posibilidad concreta y eficaz según las circunstancias, no una mera capacidad subjetiva (STS 5-11-84) También conviene sobre este particular por ejemplo recordar que la LDP cuando habla de los deberes de educación y crianza (art 66) viene a excluir por norma general la inclusión como obligación, la de contribución a los deberes de educación del hijo mayor de edad cuando éste cumpla los 26 años.

Por lo que se refiere a la concurrencia de alguno de los supuestos de desheredación en el alimentista, cabe plantear si la posterior reconciliación, o el perdón en los términos a los a ellos se refiere la LS producen un efecto de reanimación del derecho de alimentos. Entiendo que así debe de ser, pues la finalidad de la reconciliación es privar de cualquier efecto la desheredación llevada a cabo, por lo que no puede ser esgrimida como motivo para tener por concluida definitivamente la obligación alimentaria.

En todo caso la reconciliación o perdón debe ser entre el obligado y el alimentista. Y ello pese a que según el art 196 LS existen motivos de desheredación que afecten directamente a terceras personas (cónyuge o descendientes del causante, extrapolados aquí al obligado) por cuanto la ofensa al trascender al causante, es el que puede sancionar con la desheredación y por ende con dar por extinguida la obligación de alimentos.

Tal reconciliación entiendo que podrá ser expresa o tácita siempre que la misma de actos de los que ineludiblemente se deduzca la misma. En todo caso entiendo que la prueba de tal reconciliación corresponde al alimentista, del mismo que la acreditación de la concurrencia de la causa, caso de rechazarse corresponde al obligado.

Como actos curiosos que han servido de base para considerar que existió una reconciliación tácito, cabe por ejemplo citar, el abrazo entre un padre y un hijo a partir del cual se restablecieron entre ellos las buenas relaciones (STS 24-10-72). Entiendo igualmente que esta reconciliación o perdón será irrevocable. Otra cosa será que tras la misma, hubiera una nueva causa de desheredación y motivo de extinción del derecho.

Considero que la referencia que por otro lado se contiene en la regulación general a las causas de desheredación como motivo de extinción del derecho de alimentos, no se puede extrapolar al conjunto de su regulación, ya que la referencia tan sólo lo es a las causas o motivos de desheredación, aunque personalmente crea aplicable al presente supuesto la reconciliación y sus consecuencias. Así por ejemplo lo entienden entre otros DELGADO ECHEVARRIA¹⁹

¹⁹ JESÚS DELGADO ECHEVARRÍA en COMENTARIOS AL CÓDIGO CIVIL LIBRO I al comentar el art. 152 CC. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia Madrid 1991.

UNA PROPUESTA DE FUTURO

Considero que toda propuesta pasa por una previa declaración de intenciones. Las que atañen al presente caso ya han sido adelantadas al comienzo de la presente exposición, al referirse al tránsito no traumático a un sistema de libertad de testar desde un previo sistema legitimario.

Entiendo que al menos para conseguir este fin deben paliarse algunas cuestiones que la exigua regulación de la figura ha dejado en el aire, y cambiar la orientación de otras.

Creo que debería darse una respuesta contraria a la actualmente existente para el supuesto de concurrencia entre pluralidad de alimentantes y alimentados provenientes de distintos títulos, y más en concreto a la preferencia que en este sentido se da al derecho regulado en la legislación general, respecto del concreto derecho de alimentos sucesorio previsto en el art 200 LS. Como sobre este particular creo que ya me he pronunciado anteriormente, me remito a lo antes expuesto para considerar que debe primar en caso de concurrencia de títulos, el derivado del derecho sucesorio, tanto de modo activo como pasivo. Ello haría que esta figura dejara de ser residual, y a la par sirviera para paliar situaciones de necesidad al margen del ámbito familiar, por cuanto el gravado puede ser un tercero sin relación parental con el beneficiario.

Otra solución, a mi juicio peor, sería considerar al legitimario específico integrante de la lista de parientes llamados, con independencia de su parentesco con el causante, pues al fin y al cabo el derecho de alimentos deviene de la relación entre ascendiente/descendiente, de los lazos que ello origina y de la desigual distribución de la herencia que perjudica a un descendiente y le coloca en una posición delicada económicamente.

Se trataría pues de considerar que la obligación alimenticia que el ascendiente tuviera para con el descendiente se traspasara a los sucesores, siendo en consecuencia considerado como una prestación de ascendiente a descendiente. En este caso y sin desconocer el orden de preferencia de la obligación general (art 144CC) el descendiente desfavorecido en caso de concurrencia con obligados por Derecho común o por Derecho civil aragonés, habría de dirigirse en primer lugar a su cónyuge y descendientes de grado más próximo y después a los ascendientes, según grado, incluyendo en este concepto a los sucesores del ascendiente fallecido con el grado que tuviere. Y del mismo modo si el obligado a prestar alimentos por sucesión lo fuera a su vez por la vía del derecho general, se acudiría por la propia prelación que se establece en el ámbito común (art 142 y 145 CC) a dar preferencia al descendiente sobre el cónyuge.

Considero también que pese a la mejora que la redacción ha supuesto, con claridad debía expresarse, que también resultan obligados los donatarios del causante para evitar que por el simple mecanismo de la distribución de los bienes del causante a través de donaciones en vida, se prive a los descendientes no favorecidos de su derecho de alimentos.

Creo igualmente necesario delimitar el ámbito sustantivo del derecho, para así desligarlo un tanto de la obligación genérica de las obligaciones alimenticias entre parientes. Quizás el modo más eficaz lo fuera la fijación de un límite cuantitativo para evitar que los favorecidos en la herencia, se vean lastrados por esta carga, límite que por otro lado se fijó en anteriores ocasiones, y que fue excluido por la reforma de 1985 al suprimirse el párrafo 2 del art 121 de la Comp'67.

Puede discutirse la conveniencia de si el límite debe afectar los rendimientos de los favorecidos, o bien los bienes transmitidos, si bien sería partidario de la primera de las opciones, pero en todo caso creo que debería atenderse sólo a niveles máximos. En todo caso este límite global máximo, debería englobar lo resultante del caudal relicto, más los bienes donados en vida por el causante, pudiendo si acaso dejarse como libre parte del mismo, en atención a la libertad del causante existente, actualmente el 50 % de los bienes incluidos en las facultades de libre disposición, podían liberarse totalmente.

Esta solución, entre otras cosas podía servir de ayuda o guía para poder solventar problemas cómo hasta dónde debe llegar la prestación de alimentos, esto es hasta cuándo el obligado debe prestarlos sin que alcance la situación de necesidad, momento que a mi juicio es muy tardío y revela en realidad una falta de cumplimiento de la voluntad del causante, que de hecho es la ley de la sucesión.

Finalmente creo que debería exponerse una especial referencia a la extinción de este derecho especial de alimentos para excluir como tal causa el fallecimiento del obligado, ya que el fundamento de esta obligación alimenticia no se debe a la relación de parentesco, sino a la atribución de un patrimonio, que pasará lógicamente a los herederos del obligado fallecido. Igualmente creo que ello debe extenderse al resto de causas para conseguir la armonización del derecho de alimentos con la especificidad de este supuesto.

Creo que también como corrector se podía establecer un límite temporal a contar desde el fallecimiento del causante durante el cual este derecho pudiera subsistir, teniendo siempre en cuenta la tradición y costumbre que rige algunas instituciones, incluso los pactos que sobre el particular existan, que puedan quedar afectadas, como es el caso de los "tiones" dentro del ámbito de los pactos

sucesorios o de las instituciones consuetudinarias alegadas por la regulación que la LS hace de la sucesión paccionada.

Son las apuntadas, ideas que me han surgido para intentar revitalizar una figura que a mi juicio puede tener una importante papel quizás en un horizonte legislativo, no tan lejano.

En espera de todo ello, queda al menos el placer que para mí ha supuesto contar con la atención de este amable auditorio, para poder compartir estas ideas sobre una figura jurídica por la que he sentido cierta predilección.

Gracias a todos.

DISCURSO DE CONTESTACIÓN

José-Luis Merino Hernández

Excmos. e Ilmos. Sres., Sras y Sres.

Don Luis Alberto Gil Nogueras es un Magistrado joven. Hablo de esa juventud que en la vida de un profesional, en este caso de la Judicatura, representa el encontrarse en los aledaños del ecuador de su carrera. A sus 46 años de edad, Luis Alberto tiene por delante todavía un largo camino por recorrer en la Magistratura en particular, y en el mundo del Derecho en general.

Y desde esa óptica de relativa juventud o de joven madurez, como vdes. prefieran, supone, para esta Academia, un relevo generacional importante. Un relevo, por otra parte imprescindible si estas clásicas entidades, como son las Academias, queremos que perduren en el tiempo y den permanentemente ese fruto deseado de servir de referente intelectual a la sociedad, de ser el cauce de reflexión, en nuestro caso jurídica, en un mundo cada vez más complejo, en donde la denominada globalización parece no dar tiempo al pensamiento maduro y a la sosegada investigación.

Nació Luis Alberto en Zaragoza en 1961. Se licenció en nuestra Universidad en 1984, e ingresó en la Carrera Judicial cuatro años después, en 1988, a la temprana edad de 27 años.

Desde los comienzos de su actividad profesional, la misma la ha desarrollado siempre en tierras aragonesas: ha sido Juez de Distrito de Calatayud, de Primera Instancia e Instrucción también de Calatayud, de Huesca y de Monzón, miembro del Tribunal Tutelar de Menores de Huesca, Miembro de la Sala de Gobierno y Magistrado de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y en la actualidad, desde 1998, sirve como titular el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Zaragoza.

Pero Gil Nogueras, además de un buen profesional de la Judicatura, es un estudioso inquieto. Cuando en un práctico del Derecho se concitan ese amor al

estudio, que Gil Nogueras profesa, con la experiencia profesional derivada de la aplicación cotidiana de la norma, el resultado no puede ser otro que las excelentes obras que nuestro nuevo Académico tiene en su “currículum”. En particular, su especial dedicación al Derecho civil aragonés ha dado como resultado una serie de trabajos verdaderamente encomiables: la sucesión paccionada, las legítimas, el derecho de viudedad, entre otras, son instituciones forales aragonesas sobre las que Luis Alberto ha reflexionado ampliamente, y dado a la luz en diversas publicaciones y coloquios jurídicos.

Yo entré en contacto con él de la mano de nuestro común amigo, Francisco Mata Rivas, nuestro actual Tesorero en la Academia, en los albores de los años 90 del siglo pasado. Son, pues, bastantes años de mutuo conocimiento. Desde el primer momento vi en Gil Nogueras un hombre dispuesto a todo tipo de colaboración científica. Nunca ha rehusado los distintos envites que le he formulado para participar en diversos trabajos de investigación jurídica colectiva, en los que ha demostrado, y sigue demostrando su talante participativo y dialogante.

La primera vez que requerí la colaboración de Luis Alberto fue para participar en la Comisión de Derecho Civil, del Gobierno de Aragón, desde la que se plantearon algunas de las reformas llevadas a cabo en la vieja Compilación foral de 1967. Pude comprobar entonces el buen hacer de nuestro nuevo Académico en todas cuantas cuestiones se planteaban en la Comisión, pero de forma muy especial –me interesa destacarlo hoy– en la elaboración de un proyecto de reforma del Derecho de Alimentos, a cuya materia ha dedicado su discurso de ingreso en esta Academia. Espero no herir su humildad –una de las preciadas virtudes que adornan a Luis Alberto Gil Nogueras– si les confieso a vdes. que, para mí, es uno de los textos legislativos mejores, de los que he conocido a lo largo de mi vida profesional. Por su contenido y por su estructura, el texto normativo que Gil Nogueras presentó a la Comisión era merecedor de un mejor destino del que ha tenido: el olvido, si no el desconocimiento, por parte de los que luego nos siguieron en aquella labor prelegislativa aragonesa. Con su proverbial humildad, el propio Académico nos ha recordado en su discurso que han “existido iniciativas legislativas continuadas en el tiempo, alguna de ellas abortada, que pudieran servir de puente o incluso de tránsito de una situación de necesidad de legítima a otra de libertad de testar, casi de modo natural”. Se refiere, sin decirlo, a aquel proyecto legislativo del que él era autor único.

Luego han seguido otras importantes colaboraciones. En el año 2000, cuando todavía mantenía yo el encargo editorial de EDERSA –iniciado a comienzo de los ’80–, consistente en la publicación de los Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, de los que hemos llegado a publicar en estos años cuatro volúmenes, algunos con 2ª edición, comentando todo el Derecho civil aragonés

de la vieja Compilación. En aquel año 2000 solicité de nuevo la colaboración de Luis Alberto para participar en los comentarios al Derecho Sucesorio aragonés, y una vez más me encontré con su positiva respuesta, fruto de la cual fue uno de los más espléndidos capítulos del libro, el dedicado a la sucesión paccionada en Aragón, en donde sus reflexiones teórico-prácticas acerca de esta importante y viva institución foral rayan a una altura intelectual encomiable.

Hace ahora un par de años, un grupo de juristas aragoneses –y una vez más el impulso se lo debo personalmente a mi amigo Francisco Mata Rivas– nos reunimos para tratar de retomar este tipo de comentarios, una vez que la editorial madrileña había decaído en su inicial propósito. De esas reuniones surgió la idea de crear una nueva colección de obras jurídicas aragonesas, que bautizamos con el nombre sencillo y expresivo de Colección de Derecho Civil Aragonés. El primer volumen vio la luz el pasado año con el título de “Manual de Derecho Sucesorio Aragonés”, una obra de más de 700 páginas, dedicada a los comentarios prácticos de la Ley aragonesa de Sucesión por causa de muerte, de 24 de febrero de 1999. En ella ha vuelto a colaborar Gil Nogueras con el mismo entusiasmo y bien hacer que le caracterizan. Sus comentarios acerca de los preceptos relativos a la legítima y a la sucesión paccionada son, y estoy seguro que serán por mucho tiempo, un referente imprescindible en el estudio y conocimiento de estas instituciones aragonesas.

Dentro de pocos días verá la luz el segundo volumen de la colección que, bajo el título de “Manual de Derecho Matrimonial Aragonés”, analiza y comenta la también vigente Ley aragonesa de Régimen matrimonial y viudedad, de 12 de febrero de 2003, en el que Gil Nogueras ha dedicado sus comentarios al derecho de viudedad aragonés, con el estilo directo, práctico y, cuando lo merece, crítico que le caracteriza.

Pero además del Derecho aragonés, nuestro nuevo Académico ha frecuentado, y con notable éxito, otras ramas del saber jurídico. Merece la pena destacar su obra “Incidencia de la LEC 2000 en las acciones de consumidores y usuarios”, publicada por el Gobierno de Aragón en 2001, así como sus conferencias sobre “Las competencias de los Jueces de Paz en el ámbito civil”, “La nueva Ley de Arrendamientos en Aragón”, “La incapacitación en nuestro ordenamiento jurídico” o “Las partes en el proceso concursal”, entre otras muchas.

En el orden interno de nuestra Academia, cuando he tenido necesidad de contar con una colaboración desinteresada, de nuevo me he encontrado con la oferta generosa de Luis Alberto Gil Nogueras, quien participa ahora en los trabajos de la Mesa.

* * * *

El discurso de nuestro nuevo Académico discurre en torno a una de las materias más polémicas del vigente Derecho aragonés: la legítima.

En el Derecho aragonés vigente, como tengo constatado en mi práctica habitual en la Notaría, hay al menos tres instituciones que son normalmente rechazadas por los ciudadanos en su aplicación práctica habitual, por lo que cada una de ellas presupone de limitación a la libre disponibilidad de los bienes propios: el consorcio foral, el derecho expectante de viudedad y la legítima. De la primera se llegó a decir incluso, en su día, que era una “institución odiosa” que debía desaparecer del ordenamiento aragonés –como así ocurrió, por cierto, entre 1925 y 1967–. El aragonés medio no entiende que en un territorio, como es Aragón, donde históricamente ha primado el principio de libertad civil, plasmado en el tradicional *standum est chartae*, no entiende, digo, que haya determinadas normas que impidan o coarten esa libertad de disposición de los bienes.

Por ello, sorprende que existan comentaristas, alguno citado por el propio Gil Nogueras en su discurso, que hablen de la escasa conflictividad generada por la institución de la legítima tal y como se conoce, y que ello es una prueba del “buen predicamento de que goza la misma”. Si este autor identifica conflictividad con reclamaciones judiciales, puede ser que tenga razón. Pero hay otro tipo de conflictividad subyacente, la que no llega a los Tribunales de Justicia, pero de la que los Notarios tenemos un conocimiento cotidiano.

Como muchos de mis compañeros presentes saben, una gran mayoría de matrimonios aragoneses, especialmente de edad avanzada, cuando vienen a nuestros despachos a otorgar testamento, y se les pregunta cómo desean ordenar su sucesión hereditaria, la respuesta es unánime: primero, “lo del uno para el otro”; después, lo que quede “para los hijos”. No entienden entonces estos testadores que la Ley no les permita atribuirse en herencia el total patrimonio, recíprocamente y en pleno dominio (que es lo que realmente quieren), y que el sistema legitimario aragonés les obligue a preservar para los hijos al menos un cincuenta por ciento de sus respectivos patrimonios.

Un patrimonio que, normalmente, han creado entre los dos a lo largo de su vida matrimonial. Y todavía lo entienden menos hoy cuando ese patrimonio está constituido, exclusiva o principalmente, por su vivienda habitual; esa vivienda con cuya propiedad han conseguido hacerse, tras muchos años de sacrificios económicos y muchos años de hipoteca por pagar. Y no queramos engañarnos, este tipo de patrimonios familiares representa hoy en Aragón una mayoría muy importante.

Y es que la vivienda habitual constituye hoy un elemento patrimonial de primer orden. Cuando una persona llega a una edad avanzada, en muchos casos esa vivienda suele convertirse en el recurso que le ayude a subsistir con una cierta

dignidad, bien vendiéndola y viviendo el resto de sus días con el capital obtenido, bien transmitiéndola a cambio de una renta vitalicia, bien incluso acudiendo a esa nueva fórmula financiera conocida como “hipoteca inversa”. Y con cualquiera de esas fórmulas, allegar unos recursos suplementarios con que cubrir sus necesidades: pagarse una residencia, contratar una persona que le asista en su propio domicilio o, simplemente, tener un plus de recursos que le permita cubrir con mayor holgura sus gastos diarios.

Le legítima suele ser el mayor impedimento para esos matrimonios cuyo único bien económicamente importante es la vivienda. Si los hijos han de participar, al menos en un veinticinco por ciento de la propiedad del inmueble cuando uno de sus padres fallece, el viudo o viuda se encontrará “atado de pies y manos” para disponer con libertad de la vivienda.

En las Notarías aragonesas tenemos que hacer verdaderas “filigranas jurídicas” para salir al paso de ese impedimento que la legítima representa: desde el pacto de renuncia a ella por parte de los hijos, pasando por la institución de la fiducia sucesoria y otra serie de figuras más o menos complejas para eludir el gravamen que la legítima representa (por ejemplo, convertir todo el patrimonio en metálico para que el viudo o viuda, como usufructuario, pueda gastarlo íntegramente, conforme a los nuevos criterios de la vigente normativa aragonesa).

Por todo ello, y mucho más que podría aducir, personalmente soy de los que creo que la legítima, si acaso cumplió una determinada misión y tuvo una razón de ser en algún momento de la historia pasada de nuestras instituciones forales, hoy comienza a perder sentido. Pero no sólo porque se trate de una institución innecesaria, sino porque, como acabo de exponer, creo que en muchos casos resulta incluso pernicioso.

No hay razón natural ni lógica alguna que sustente la legítima como un derecho necesario. Hay territorios españoles donde la misma no existe, como es el caso de Navarra; en Aragón sólo de forma relativamente reciente se impuso como institución, habiendo subsistido el ordenamiento foral, durante muchos siglos, sin conocerla; en los diferentes ordenamientos civiles españoles que la contemplan, su regulación es muy variada, y tanto respecto de las personas calificadas de legitimarias, como respecto del “quantum” hereditario al que las mismas tienen derecho.

Todo ello induce a pensar que el sistema legitimario no pasa de ser sino un instrumento jurídico coyuntural, al socaire de la política imperante en el momento.

Dice nuestro nuevo Académico en su discurso que “con el paso del tiempo he manifestado una mayor proclividad a la libertad de testar, evolución por otro

lado lógica que lleva a observar la situación desde otra perspectiva conforme avanza la edad”. Mi querido amigo, Luis Alberto, te confieso que me encuentro personalmente en la misma “longitud de onda que tú emites”. Pero no creo que sea un problema de edad, a no ser que ésta la asocies con la experiencia profesional. En mi caso, como acabo de exponer, mi criterio contrario a la legítima, y por tanto, favorable a la libertad de testar, está basado en la constatación diaria de los efectos perniciosos que la institución provoca, especialmente entre las personas menos favorecidas: los ancianos con pocos recursos económicos que son, como digo, una mayoría muy amplia en nuestra sociedad.

Ciertamente, como Gil Nogueras expone en su discurso, son muchas y variadas las ideas que, desde la doctrina jurídica aragonesa, se han propuesto para “salvar” el escollo que, en muchos casos, representa el sistema legitimario. Él mismo, como antes recordaba, hizo en su día una propuesta prelegislativa, basada en el derecho de alimentos como sucedáneo o superador de la obligación legitimaria. Lamentablemente, no llegó a ver la luz, arrumbado en el “baúl de los olvidos”. Y hoy, como el propio Gil Nogueras reconoce, este derecho “permanece –en la nueva Ley aragonesa del derecho de sucesiones por causa de muerte– como meramente residual”, incluso con una regulación, a su juicio, inferior a la que se contenía en la Compilación de 1967.

Yo lo que creo es que el legislador autonómico ha variado por completo la filosofía de este derecho de alimentos, acercándolo de forma muy importante al régimen general de esa misma materia en el Derecho del Código.

Antes, la derogada Compilación de 1967 preveía este derecho de alimentos, según creo, como algo totalmente diferenciado del régimen común. Su art. 121 determinaba textualmente que aquellos legitimarios de primer grado (normalmente hijos; nietos, en defecto de sus padres) “que en la distribución de los bienes hereditarios queden en situación legal de pedir alimentos, podrán reclamarlos de los sucesores (normalmente, sus hermanos) del causante, en proporción a los bienes recibidos”.

Creo que estaba bastante clara la ligazón que la ley aragonesa hacía entre reparto de la herencia y nacimiento del estado de necesidad que motivaba el derecho a pedir alimentos. Pienso que esa regulación respondía a un fenómeno sociológico muy habitual en ciertas economías familiares clásicas: aquéllas –principalmente agrícolas, pero también industriales y comerciales– en las que los hijos, todos o alguno de ellos, se implicaban de por vida en el negocio de sus padres, colaborando directa y personalmente en su mantenimiento y acrecimiento. La lógica conllevaba que, al fallecimiento de los padres, tales hijos continuaran la empresa familiar. Si, por la razón que fuere, esos padres, al otorgar testamento o

pacto sucesorio, distribuían los bienes de forma desequilibrada, dejando a algunos de estos hijos fuera de la sucesión de la empresa, o muy disminuido en la atribución hereditaria, ello podía generar a este hijo una situación económica muy deficitaria, hasta el punto de carecer de lo elemental para su sustento (y, en su caso, el de su familia), generándole entonces ese derecho a pedir alimentos del resto de los herederos. Y era lógico: había estado viviendo de y para el patrimonio familiar, y en el momento de heredar a los padres, éstos le dejaban fuera o casi de la sucesión.

Lógicamente, cabría pensar también en aquellos hijos que, por razones especiales –minoría de edad, periodo de formación, enfermedad crónica grave, disminución psíquica o física–, su situación de dependencia y su consecuente necesidad de ser alimentados ya existía con anterioridad a producirse el reparto de los bienes hereditarios. También ellos podían reclamar alimentos de sus hermanos, de alguna manera subrogados en la obligación alimenticia de sus padres si éstos, en sus previsiones sucesorias no habían previsto la suficiente protección económica para esos hijos necesitados. Lo cual, desde luego, es muy raro que sucediera pues, como tengo constatado en la práctica diaria de mi despacho, lo que más preocupa a los padres con hijos necesitados y, sobre todo deficientes, es ordenar su sucesión hereditaria de tal modo que esos hijos puedan llegar a tener, faltando ellos, una suficiente protección económica de por vida o mientras la necesiten.

Y ahí creo que había que centrar el sentido del derecho alimenticio previsto en la derogada Compilación. Porque otra cosa –es decir, pensar que una persona, sin más, podía devenir indigente por consecuencia de ser apartado de la herencia de sus progenitores–, sería tanto como afirmar una especie de derecho absoluto a la herencia, sin la cual una persona no iba a poder vivir por sí, con sus propios medios y recursos. Lo cual, desde mi punto de vista, sería inaceptable.

Ahora, la nueva Ley aragonesa de sucesión por causa de muerte, como digo, cambia de forma importante la redacción de la norma. Su art. 200 dispone, en primer lugar, que podrán reclamar alimentos del resto de los sucesores, aquellos legitimarios “que al hacerse efectivas las disposiciones sucesorias **estén** en situación legal de pedir alimentos”. Además, en su párrafo segundo dispone que esos alimentos sólo podrán ser reclamados de los sucesores “en la medida en que no esté obligado a prestarlos el viudo usufructuario o los parientes del alimentista conforme a la legislación general”.

Ante este cambio en la nueva formulación de la figura caben, a mi juicio, dos interpretaciones:

Una la que hace nuestro nuevo Académico, quien sigue pensando que, igual que en el Derecho anterior de la Compilación, ese derecho a pedir alimentos

deriva de una distribución desigual de la herencia. Y partiendo de esta postura, desarrolla luego todo un sistema interpretativo de la norma.

Otra, la que derivaría del hecho de aceptar que la nueva Ley ha cambiado substancialmente de sentido y que la situación que contempla ya no es la de una de necesidad nacida directamente del reparto de los bienes hereditarios, sino que, en el momento de efectuarse éste, la necesidad ya existe. Es decir, que se trata de situaciones de indigencia anteriores al reparto de la herencia, no derivadas de ésta. Estados de necesidad de un hijo (o nieto, en su caso) anteriores al fallecimiento de su progenitor, y derivados de las muy diversas causas que pueden motivarlos: enfermedad, disminución psíquica o física, grave quebranto económico no imputable al propio alimentista, desamparo, etc. (Hace unos días, el actual Presidente de Cáritas Diocesana de Zaragoza, el Dr. Gasós, informaba en un programa de televisión local que uno de los porcentajes más altos de pobreza en Aragón se da en mujeres separadas o divorciadas con hijos a su cargo. Porque como alguien decía, en el mundo “la pobreza tiene rostro de mujer”.)

Abonaría esta segunda tesis, de una parte ese cambio terminológico que antes resaltaba, el “estén” referido a la situación de necesidad de los posibles alimentistas; de otra, esa llamada que la Ley hace al cónyuge viudo y a los demás parientes del necesitado, muchos de los cuales no tienen por qué ser sucesores del fallecido: los descendientes y los ascendientes del necesitado, principalmente. Por cierto que en esa referencia se echa en falta el cónyuge del presunto alimentista, primero de los citados por el art. 144 del Código civil, que precisamente no es pariente.

Luis Alberto Gil Nogueras, sin embargo, como vdes. acaban de escuchar opina que la nueva Ley no ha variado substancialmente el Derecho anterior de la Compilación. Esa interpretación, cuyo hilo conductor le lleva a desarrollar una serie de interesantes planteamientos y dar soluciones ante las dudas y lagunas que la nueva regulación ofrece, casa perfectamente con el criterio tradicional que ha regido, de siempre, en esta materia. Lo que ocurre es que, de mantenerse ese criterio, el derecho de alimentos deberá quedar circunscrito a esos supuestos que antes citaba: o hijos que han vivido del y para el patrimonio familiar, en cuyo reparto hereditario salen perjudicados; o descendientes indigentes por razones especiales, singularmente de salud, igualmente perjudicados en el reparto de la herencia. Lo cual, en la práctica, estrechará notablemente el campo de actuación de la norma.

En su discurso, nuestro nuevo Académico hace un estudio exhaustivo de los diferentes elementos en juego en ese derecho de alimentos, tanto subjetivos, como objetivos y procedimentales, cubriendo, como antes decía, las no pocas

lagunas que la nueva Ley contiene. Un esfuerzo el suyo verdaderamente encomiable, con propuestas interpretativas muy interesantes.

Y como él mismo plantea en su propuesta de futuro, enlazándola con aquel interesante estudio que hizo de la materia en la antigua Comisión de Derecho Civil del Gobierno de Aragón, una nueva y mejor regulación del derecho de alimentos podría erigirse en un “tránsito no traumático a un sistema de libertad de testar”. Yo creo que ahí podría estar la solución: partiendo de la libertad de disposición sucesoria, por ese principio de solidaridad en el que la legítima hunde su fundamento último, prever un derecho de alimentos para aquellos descendientes legitimarios que, permanente o transitoriamente, se encontrasen en situación de necesidad y a los que la muerte de sus progenitores pudiera llegar a suponer un grave quebranto económico para el normal desenvolvimiento de su personalidad y de su propia vida. Con ello se cohonestarían los dos principios básicos en juego, el de la libertad y el de la solidaridad.

Y con ello, además, en esos casos se daría un mayor sentido a la herencia más allá de lo que supone de lucro gratuito para unas personas, los herederos, que normalmente nada han tenido que ver en la conformación del patrimonio hereditario.

Sras. y sres. voy a concluir.

Creo que el tema que nos ha concitado hoy aquí es de gran importancia para el desarrollo futuro del Derecho aragonés. Me gustaría que las reflexiones que hoy han podido vdes. escuchar sirvieran –porque ese y no otro es el objetivo de esta Academia– para llamar la atención de juristas y legisladores a fin de que puedan servir en el futuro para mejorar nuestras instituciones y las normas que las rigen, en bien de la sociedad a la que están dirigidas.

Nada más y muchas gracias por su atención.

Zaragoza, 27 de septiembre de 2007

SUCESIÓN (Y CONTINUIDAD) DE ESTADOS A LA LUZ DE LAS RECIENTES TRANSFORMACIONES TERRITORIALES EN EUROPA: EFECTOS EN LA PERTENENCIA A LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Antonio Blanc Altemir

I. PALABRAS PREVIAS

1. Agradecimientos y reconocimientos

Excmo. Sr. Presidente; Excmos. Sres. Académicos; Excmos. e Ilmos. Sres. y Sras.; Sras. y Sres.:

Quisiera que mis primeras palabras fueran de sincero agradecimiento a una serie de personas que en su día, allá por el mes de junio del año 2000, hicieron posible que entrara a formar parte de esta prestigiosa Institución. En primer lugar a nuestro Presidente, Excmo. Sr. Dr. D. José Luis Merino, que junto al también Excmo. Sr. Dr. D. Francisco Mata, entonces Secretario General de la Academia, me propusieron lo que para mí fue asumido desde el primer momento como un reconocimiento inmerecido pero también y al mismo tiempo como un sugestivo reto. Debo por ello agradecer en justa correspondencia tanto a quienes me propusieron como al resto de los Académicos la confianza, desde luego también inmerecida, que depositaron en mi persona. Agradecimiento que quiero hacer extensivo a todos los presentes en este acto, colegas de la Universidad en algunos casos, amigas y amigos en otros, algunos venidos de la vecina y querida Cataluña, mi tierra de adopción.

Antes de iniciar mi Discurso de Ingreso en esta Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, quisiera igualmente hacer una mención, si quiera

breve por razones obvias, a dos juristas de incommensurable talla y prestigio, que han sido, y continúan siendo, un referente constante para quien les habla: Joaquín Costa y Ramón de Dalmau y Olivart, Marqués de Olivart. Ambos y desde posiciones personales e incluso políticas muy diferentes en esa difícil etapa de la historia de España que les tocó vivir, impregnaron toda su vibrante actividad y sus aportaciones al Derecho de un sentido científico y de una profundidad de análisis impresionantes.

El primero, **Joaquín Costa**, en su relación con el Derecho aragonés, tan intensa que ninguno puede ser del todo comprensible sin el otro: el concepto de libertad civil, la comunidad doméstica del Alto Aragón, el derecho consuetudinario... “Aragón se define por el Derecho”, constituye en palabras de Costa una hermosa definición de una tierra igualmente hermosa, un derecho que debe corresponder “a las necesidades y a los deseos del pueblo”, perfectamente compatible con un Código civil único inspirado precisamente en el fecundo *standum est chartae* que alienta todo el Derecho aragonés. Pero también quisiera hacer una referencia breve a la necesaria europeización de España que Costa proclama como la tarea más urgente de todas y como tal el primer criterio de gobierno debería basarse en “desenvolver muy intensivamente la mentalidad de los españoles, envolviéndoles el cerebro y saturándoselo de ambiente europeo”.

Estos deseos, que afortunadamente podemos considerar como ampliamente materializados en estos primeros años del siglo XXI, tienen, sin embargo, el mérito de haberse expuesto hace más de cien años, en el discurso titulado “Los siete criterios de gobierno”, que Costa pronunció en esta ciudad de Zaragoza el 12 de febrero de 1901. Europeización que Costa reivindica igualmente en el sentido de “reincorporación a la civilización europea”, a la que España perteneció en el pasado y en la que jugó un papel destacado en el concierto europeo de naciones, siendo pionera en la creación de las instituciones que habrían de regir las relaciones internacionales: la diplomacia y el derecho internacional público.

En cuanto al insigne jurista catalán, **Ramón de Dalmau y Olivart**, Marqués de Olivart, natural de la localidad leridana de Les Borges Blanques y coetáneo de Costa, conviene señalar que su aportación al Derecho, y en particular al Derecho internacional, puede considerarse de muy relevante, a la luz de su obra y de la perspectiva histórica que permite analizarla desde que aquélla fue concebida y desarrollada. El conocimiento de su producción científica y del sustrato gno-seológico en que aquélla se sustenta, ofrece, sin duda, mucho interés para los iusinternacionalistas actuales, pues a pesar de las diferencias circunstanciales –en particular el paso del tiempo– muchas de sus posiciones permanecen vigentes. Su amplia y diversificada obra cubre un largo período de la ciencia jurídica inter-

nacional de nuestro país, y se proyecta igualmente fuera de nuestras fronteras, donde la obra de Olivart era muy conocida y a quien se le consideraba como una de las figuras más representativas de nuestra disciplina en España.

Miembro de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y de la de Ciencias Morales y Políticas, así como de otras entidades y corporaciones de carácter científico, en particular las más prestigiosas de su época en el ámbito jurídico internacional, como el Institut de Droit International, o la International Law Association, de las que llegó a ejercer la vicepresidencia, Olivart logró formar una de las bibliotecas de Derecho Internacional y ciencias auxiliares más completas de su época, que en 1911 contaba con más de veinte mil volúmenes. Debido a la indeferencia y el desinterés del Gobierno de entonces, la colección fue adquirida por la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, en cuya biblioteca ha permanecido unida y actualizada constantemente como fue su deseo, constituyendo un punto de referencia obligado durante muchas décadas para quienes en Estados Unidos y también en otros países, se han dedicado al estudio del Derecho internacional.

La obra del Marqués de Olivart es amplia y variada. Sus publicaciones son numerosas y alcanzan las más diversas cuestiones. Basta considerar los campos tan disímiles a los que se dedicó con resultados más que notables, y ello a pesar de que prácticamente toda su producción científica y su actividad investigadora se llevó a cabo fuera de la cobertura universitaria y al margen de toda ayuda oficial. Su aportación al mundo jurídico comenzaría con la publicación de su tesis doctoral: *La posesión: Apuntes y fragmentos de una nueva teoría posesoria...*, en la que realiza un estudio exhaustivo y profundo de la teoría posesoria, partiendo del fundamento de la posesión en la Filosofía del Derecho a través de sus acciones en el Derecho Romano y Canónico. La obra, que se publicó en 1884 y que todavía es citada por los civilistas, tuvo un reconocimiento muy positivo tanto en España como en el extranjero.

En el ámbito jurídico internacional en el que posteriormente desarrollaría la práctica totalidad de su obra, caben destacar sus diversos Tratados y Manuales de Derecho Internacional, así como su ingente labor en el ámbito de la recopilación de los Tratados suscritos por España desde el comienzo del reinado de Isabel II hasta la mayoría de edad de Alfonso XIII (1834-1902), tarea que completó por su cuenta y al margen del carácter oficial de la Colección, hasta cubrir todos los tratados adoptados por España hasta el año 1910.

Una de las obras más conocidas del marqués de Olivart es la que lleva por título *Del aspecto internacional de la cuestión romana*, publicada en cuatro tomos entre 1893 y 1895, y de la que se editaron una versión francesa y otra italiana. En dicha obra, Olivart puso sus conocimientos jurídico internacionales

al servicio de la causa del Pontificado, entonces tan debatida en las esferas de la diplomacia europea. La obra mereció a su autor un laudatorio del Papa León XIII, quien le nombró Caballero Comendador de la Orden de San Gregorio Magno y posteriormente marqués pontificio de Olivart, título que Alfonso XIII elevaría a la categoría de título de Reino. Completa esta breve semblanza sobre la espléndida obra de Olivart una serie de trabajos publicados sobre sucesión de Estados, límites fronterizos, conflictos coloniales, así como sobre acontecimientos internacionales relevantes de su época, como la Segunda Conferencia de La Haya de 1907, o la creación de la Sociedad de Naciones en 1919.

En este acto solemne y entrañable a la vez, quisiera igualmente recordar aunque sea muy brevemente al Dr. **José M.^a Castro y Calvo**, vinculado por origen, como quien les habla, a la localidad oscense de Azanuy (que tan magistralmente retrató en su obra *Mi gente, mi tiempo*), donde tuve ocasión de conocerle personalmente ya en la etapa final de su vida. D. José M.^a Castro y Calvo, catedrático de Historia de la Lengua y Literatura Española en la Universidad de Barcelona, y luego decano y vicerrector, miembro de varias Reales Academias, estuvo muy vinculado a Aragón y a esta ciudad de Zaragoza. Tanto el Ateneo, que le dedicó un libro homenaje con ocasión de sus ochenta años –en el que por cierto participó don José Lorente Sanz académico de honor de esta Institución y amigo de la infancia de D. José M.^a–, como la Real Academia de San Luis y La Cadiera, fueron para él tribunas muy queridas en sus frecuentes viajes a Zaragoza.

2. Justificación del tema

Antes de adentrarme en el tema de mi Discurso de Ingreso sobre “Sucesión (y continuidad) de Estados a la luz de las recientes transformaciones territoriales operadas en Europa: efectos en la pertenencia a las Organizaciones internacionales”, quisiera justificar la elección del tema propuesto.

La reciente independencia de Montenegro, recuperada tras ochenta y ocho años de vida en común con el Estado yugoslavo y después de que ya en 1878 le fuera reconocida en el Congreso de Berlín, ha vuelto a poner de manifiesto que el fenómeno de la sucesión de Estados, generado por las diversas transformaciones territoriales, ha sido objeto de un indiscutible renacimiento. Este “resurgimiento” ha venido facilitado por la abundante práctica ofrecida por los cambios territoriales operados en Europa desde principios de la pasada década que han provocado la aparición reciente de más de una veintena de nuevos Estados.

Una vez finalizado el proceso de descolonización con la consiguiente creación de decenas de nuevos Estados, era de esperar que las sucesivas transforma-

ciones de la sociedad internacional consistirían en fenómenos de integración a través de los cuales los Estados configurarían entidades más amplias tanto en lo económico como en lo político, como ha ocurrido con el proceso de integración europea que encarna, con todas sus carencias pero también con todos sus enormes logros, la actual Unión Europea.

Sin embargo, tras la caída del muro de Berlín a finales de la década de los ochenta y los sucesivos acontecimientos desarrollados en Europa, ha sido de nuevo la fragmentación territorial, con la consiguiente aparición de nuevos Estados, la que ha centrado la atención de los iusinternacionalistas hacia fenómenos que bajo la rúbrica genérica de la “sucesión de Estados”, se consideraban una figura residual en la dinámica internacional finisecular.

En efecto, durante la última década del siglo XX Europa ha sido testigo de una serie de transformaciones territoriales que han afectado en particular a su sector central y oriental. Algunas pacíficas, como el desmembramiento de la Unión Soviética, que dio lugar a una quincena de nuevos Estados que obtuvieron rápidamente el reconocimiento de su subjetividad internacional; la disolución pactada y paulatina de Checoslovaquia, que dio lugar a la República Checa y la República Eslovaca; o la “reunificación” alemana, que implicó la desaparición de la República Democrática Alemana y su integración en la República Federal de Alemania. Otras violentas, como el desmembramiento de la antigua República Socialista Federativa de Yugoslavia, que provocó el desencadenamiento de una serie de conflictos armados con el trágico resultado de más de trescientos mil muertos y varios millones de desplazados, así como el nacimiento de cinco nuevos Estados y cuyos efectos desintegradores todavía perduran en estos primeros años del siglo XXI con la independencia de Montenegro y el incierto estatuto jurídico de Kosovo.

En todos estos casos se ha planteado un doble fenómeno que ha requerido la atención de los iusinternacionalistas por su enorme interés jurídico:

En primer lugar, mientras en unos casos las nuevas entidades territoriales reclamaban un pleno reconocimiento de su subjetividad internacional, en otros exigían ser reconocidas como continuadoras en la identidad de la personalidad jurídico internacional de los Estados originarios que habían sufrido tales transformaciones territoriales. El estudio de estas situaciones se enmarca bajo las rúbricas de continuidad, identidad y sucesión de Estados que acometeremos a continuación.

En segundo lugar, se plantea el marco jurídico aplicable al territorio donde se han producido tales transformaciones y que afecta en particular a los tratados

adoptados por el Estado predecesor y sus efectos en los Estados sucesores; a la nacionalidad de las personas que habitaban en tales territorios; a los bienes, archivos y deudas del Estado predecesor; y, finalmente, a los efectos sobre la condición de miembro de las Organizaciones internacionales a las que pertenecía el Estado predecesor en relación con los Estados sucesores, cuestión ésta sobre la que centraremos nuestro análisis en este Discurso de ingreso.

II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE LOS CONCEPTOS DE SUCESIÓN, IDENTIDAD Y CONTINUIDAD DE ESTADOS

1. La sucesión de Estados

La sucesión de Estados se produce por el cambio de un Estado a otro en el ejercicio de la soberanía sobre un territorio determinado. La modificación territorial, operada de conformidad con el Derecho internacional, está, por lo tanto, en la base del fenómeno de la sucesión de Estados. Si partimos de la base de que el territorio estatal no es inmutable y que el nacimiento, modificación y extinción de los Estados es una constante histórica¹, admitiremos que la compleja red de relaciones jurídicas que se producen ante este fenómeno, muestra un panorama donde la práctica internacional es, ciertamente, rica y abundante.

El “banco de pruebas” viene determinado por el hecho de que el número de Estados existente en la sociedad internacional ha experimentado un aumento espectacular desde el final de la Segunda Guerra Mundial, motivado por la incidencia de un doble factor: por un lado, el proceso descolonizador de los años sesenta que produjo la múltiple creación de nuevos Estados; por otro, el proceso de liquidación, con igual resultado, de Estados ya constituidos por medio de la unificación, la secesión o la disolución y que ha provocado la aparición reciente de más de una veintena de nuevos Estados².

¹ Cfr. SUR, S.: “Sur quelques tribulations de l’Etat dans la société internationale”, *RGDIP*, 1993/4, págs. 881 y s.s

² La importancia y extensión de las sucesiones recientes operadas en Europa Central y Oriental: reunificación alemana, desintegración soviética, yugoslava y checoslovaca, han eclipsado a otras acaecidas fuera del territorio europeo, como la unificación de Yemen del Norte y del Sur, en 1990, la adquisición de la independencia por parte de Eritrea y de Namibia, en 1993 y 1994, respectivamente, o la transferencia de soberanía sobre Hong-Kong, en 1997. Para un análisis de los fenómenos sucesorios recientes, *vid.* PAZARTZIS, P.: *La succession d’États aux traités multilatéraux à la lumière des mutations territoriales récentes*. Pedone, Paris, 2002, págs. 49-87.

La incidencia de este doble factor ha generado un cierto renacimiento de la sucesión de Estados³, considerado como un sector clásico y central del Derecho internacional. Este “resurgimiento” ha venido facilitado, por una parte, por los numerosos estudios doctrinales aparecidos sobre la materia –no sólo a raíz del proceso descolonizador, sino también, más recientemente, con ocasión de la abundante práctica ofrecida por los cambios territoriales operados en Europa desde principios de la década de los noventa– y por otra, por la vinculación de esta materia a la codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional.

La Comisión de Derecho Internacional inició en 1961 las tareas de codificación y desarrollo progresivo de la sucesión de Estados, habiendo adoptado hasta el momento dos tratados sobre otras tantas materias objeto de codificación: la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, de 23 de agosto de 1978, y la Convención sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas del Estado, de 8 de abril de 1983.

La primera de ellas, relativa a la sucesión en materia de tratados, adopta el reflejo clásico en la materia, al mismo tiempo que acusa la influencia de la descolonización, habiendo entrado en vigor el 6 de noviembre de 1996, aunque con un escaso número de Estados partes hasta el momento.

La segunda, relativa a la sucesión en materia de bienes, archivos y deudas, acoge el enfoque de los Estados de reciente independencia. Ello provocó el rechazo de un numeroso grupo de Estados occidentales en el momento de su adopción, lo que se ha traducido, lógicamente, en un número tan escaso de ratificaciones que ha impedido su entrada en vigor, planteando dudas sobre su futuro.

En relación con las otras materias, la Comisión decidió aplazar *sine die* la cuestión de la sucesión respecto de la calidad de miembro de las Organizaciones internacionales, mientras que, respecto a la sucesión en materia de nacionalidad, el proceso iniciado en 1993 ha culminado con la adopción por la Asamblea General de la Resolución 55/153, de 12 de diciembre de 2000, que contiene como Anexo un texto articulado sobre la materia.

Más allá del matiz iusprivatístico⁴ que comporta el término “sucesión de Estados”, conviene señalar que éste se ha consolidado tanto en la doctrina como

³ Cfr. GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I.; ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P.: *Curso de Derecho Internacional Público*, 7.^a e. (Segunda ed. revisada en Civitas), Madrid, 2002, pág. 514.

⁴ Sobre las implicaciones que genera la sucesión de Estados en el ámbito del Derecho internacional privado, *vid.*, EBENROTH, C.T. y otros: “Succession d’États et droit international privé”, *JDI*, 1996/1, págs. 5-68.

en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional y en la propia práctica de los Estados. Por otra parte, ambos textos codificadores incorporan la misma definición de sucesión de Estados. En efecto, tanto el artículo 2,1,b) del Convenio de 1978 sobre la sucesión en materia de tratados, como el artículo 2,1,a) del Convenio de 1983 sobre la sucesión en materia de bienes, archivos y deudas, definen la sucesión de Estados como “la sustitución de un Estado por otro en la responsabilidad de las relaciones internacionales de un territorio”, incorporando un matiz más objetivo frente a las definiciones clásicas que ponían el acento en el fenómeno de la sustitución en los derechos y obligaciones de un Estado por otro en un territorio determinado⁵.

Finalmente, conviene señalar que los Convenios de 1978 y 1983 establecen tipologías de sucesión de Estados, que, aunque no son exactamente coincidentes, intentan adaptarse a la práctica existente hasta la fecha de su adopción⁶. El Convenio de 1978 acoge cuatro categorías diferenciadas:

a) “sucesión respecto de una parte del territorio” (Parte II, artículo 15), también conocida como “sucesión parcial”, que tiene lugar “cuando una parte del territorio de un Estado, o cuando cualquier territorio de cuyas relaciones internacionales sea responsable un Estado y que no forme parte del territorio de ese Estado, pase a formar parte del territorio de otro Estado”;

b) “Estados de reciente independencia” (Parte III, artículo 16), entendiéndose por tal “un Estado sucesor cuyo territorio, inmediatamente antes de la fecha de la sucesión de Estados, era un territorio dependiente de cuyas relaciones internacionales era responsable el Estado predecesor” (artículo 2,1,f);

c) “unificación de Estados”, que tiene lugar “cuando dos o más Estados se unan y formen de ese modo un Estado sucesor” (artículo 31); y finalmente,

d) “separación de partes de un Estado” que se produce “cuando una parte o partes del territorio de un Estado se separen para formar uno o varios Estados, continúe o no existiendo el Estado predecesor” (artículo 34).

⁵ Dicha sustitución comporta, al menos, tres consecuencias diferentes: en primer lugar, la sucesión afecta a los habitantes del territorio; en segundo lugar, la sucesión incide directamente en el derecho público interno aplicable sobre el territorio afectado por aquélla; finalmente, la sucesión genera consecuencias en el ordenamiento internacional, en particular por lo que respecta a las relaciones del nuevo Estado con el resto de Estados miembros de la comunidad internacional. Cfr. DUPUY, P. M.: *Droit international public*. 4.^a ed., Dalloz, París, 1998, pág. 46.

⁶ Para un análisis de las diferentes tipologías de mutaciones territoriales, *vid.*, entre otros, JENNINGS, R.; WATTS, A.: *Oppenheim's International Law*, 9.^a ed., Longman, London, 1992, págs. 208 y s.s.; STERN, B.: “La succession d’États», *RCADI*, t. 262, 1996, págs. 104 y s.s.

A estas cuatro categorías de sucesión de Estados, que son reproducidas por el Convenio de 1983⁷, éste añade una quinta:

e) “disolución de un Estado” que tiene lugar “cuando un Estado se disuelva y deje de existir, formando las partes del territorio del Estado predecesor dos o más Estados sucesores” (artículos 18, 31 y 41).

2. Identidad y continuidad de Estados. La continuidad en la identidad

Sin embargo, procede hacer notar que no todos los cambios territoriales implican necesariamente la desaparición del Estado predecesor, pues en determinados casos, y a pesar de producirse mutaciones importantes que afectan a los elementos constitutivos de un Estado, en particular al territorio, aquél no desaparece y continúa existiendo⁸. En estos casos, la continuidad del Estado predecesor impide la sucesión, es decir la sustitución de aquél por otro Estado que le sucede. En definitiva, el Estado predecesor mantiene su identidad a pesar de que su territorio y su población hayan disminuido o aumentado notablemente.

Continuidad e identidad constituirían por lo tanto dos nociones íntimamente relacionadas entre sí⁹, aunque diferenciadas. Como afirma Czaplinski la noción de identidad estatal es ficticia pues se trata de una identidad de la subjetividad

⁷ Con el matiz de que en el supuesto de separación de Estados, el Convenio de 1983 omite, en sus artículos 17, 30 y 40, la referencia específica al hecho de que “continúe o no existiendo el Estado predecesor”, que sí incluía el artículo 34 del Convenio de 1978.

⁸ Puede afirmarse que se trata de un principio de antigua raigambre, ya aceptado por el Derecho Internacional Clásico, como demuestran las siguientes afirmaciones realizadas por el Marqués de Olivart en 1903: “Cuando un Estado se descompone y fracciona, ya por declararse independientes cualesquiera de sus provincias, ya por unirse las mismas en virtud de un tratado a otra nación vecina, o una asociación de Estados se disuelve recobrando éstos su primitiva independencia, mientras quede una parte principal, en ella continúa el Estado primitivo con todos sus derechos y obligaciones. No se ha modificado la situación internacional de Francia por la separación de la Alsacia y la Lorena, y el Impero turco sigue el mismo a pesar de las sucesivas amputaciones que ha sufrido...”. OLIVART, Marqués de: *Tratado de Derecho internacional público*, prólogo de D. Rafael Conde y Luque, t. I, 4.^a ed. revisada y ampliada, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1903, págs. 173-174. Para un análisis específico de su obra, *vid.* BLANC ALTEMIR, A.: *El Marqués de Olivart y el Derecho Internacional (1861-1928)*. *Sociedad internacional y aportación científica*. Ediciones de la Universidad de Lleida/Institut d’Estudis Ilerdencs, Lleida, 1999.

⁹ Para K. Marek, se trataría de dos nociones inseparables siendo la primera el resultado de la segunda. MAREK, K.: *Identity and Continuity of States in Public International Law*. Genève, 1954, págs.4-6. Para Cansacchi, un Estado continuaría existiendo cuando fuera el mismo sujeto internacional sin interrupción. CANSACCHI, G.: “Identité et continuité des sujets internationaux”, *RCADI*, t. 130, 1970-II, págs. 7-11.

internacional y no de una identidad de territorio, de población o de poder estatal. En su opinión, que comparto, la identidad de Estados vendría determinada por la comparación de dos entidades estatales en dos momentos diferentes, mientras que la continuidad se derivaría de la existencia de un Estado sin interrupción durante un determinado período de tiempo. Desde esta perspectiva, la identidad de un Estado no puede cuestionarse si se acepta su continuidad, mientras que la interrupción de dicha continuidad, por la cesación de la existencia estatal, excluiría en general toda identidad¹⁰.

Por nuestra parte, consideramos que la expresión “continuidad en la identidad”, utilizada por algunos autores¹¹ refleja de una forma más precisa la situación creada por las eventuales transformaciones territoriales que pueden sufrir los Estados, al unir en la misma los dos elementos que podrían verse afectados por aquéllas: la dimensión temporal del Estado y la preservación de su personalidad jurídica internacional.

El principio de continuidad del Estado opera a modo de presunción en el ámbito de la subjetividad internacional, lo que está aceptado de forma prácticamente unánime por la doctrina¹². La aplicación de dicho principio justificaría tanto la continuidad en la identidad estatal en aquellos casos en los que se producen cambios en los órganos de gobierno del Estado, como en aquellas alteraciones poco significativas que afectan al resto de los elementos constitutivos de una entidad estatal, es decir al territorio y a la población. Desde esta perspectiva, el Estado seguiría existiendo desde el punto de vista jurídico internacional a menos que pudiera constatarse su disolución efectiva, es decir el cese de su propia existencia, cuestión ésta que puede plantear asimismo algunos problemas como veremos posteriormente.

Existirían, por lo tanto, una serie de situaciones que no incidirían sobre la continuidad en la identidad de un Estado, es decir sobre su personalidad jurídica internacional. En consecuencia, determinadas modificaciones territoriales que podían

¹⁰ CZAPLINSKI, W.: “La continuité, l’identité et la succession d’États-Evaluation de cas récents”, *RBDI*, 1993/2, pág. 374.

¹¹ *Vid.* en particular PASTOR RIDUREJO, J.A.: *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones internacionales*, 6.ª ed. Tecnos, Madrid, 1996, págs. 312-314 y ORTEGA QUEROL, J.M.: “Aspectos teóricos y prácticos de la continuidad en la identidad del Estado”, *ADI*, vol. XV, 1999, págs. 273-323.

¹² Cfr. KUNZ, J. L.: “Identity of States under International Law”, *AJIL*, 1955, págs. 68 y s.s.; CANSACCHI, G.: “Identité et continuité...”, *op. cit.*, págs. 7 y s.s.; CZAPLINSKI, W.: “La continuité, l’identité...”, *op. cit.*, pág. 375; CRAWFORD, J.: «The Criteria for Statehood in International Law», *BYIL*, 1975-76, pág. 139.

manifestarse tanto en la forma de adquisiciones como pérdidas de territorio, no afectarían a la continuidad en la identidad de un Estado¹³, aunque otras alteraciones, en particular la pérdida de la soberanía o la pérdida muy significativa de territorio hasta el punto que afectara al mínimo que se considera esencial para su propia existencia, sí tendrían un efecto incuestionable en su personalidad jurídica y por ende afectarían de modo negativo a la continuidad en la identidad de ese Estado¹⁴.

Menores problemas ofrecen sin duda las modificaciones relativas a otros elementos constitutivos de una entidad estatal como son la población o la organización política. En relación con la población es lugar común el exigir como requisito la permanencia y estabilidad del núcleo básico de la misma por lo que sólo el supuesto de la pérdida total del elemento demográfico tendría consecuencias sobre la propia existencia del Estado y consecuentemente sobre la continuidad en la identidad del mismo. Tampoco las modificaciones de la organización política de un Estado afectarían en principio a su continuidad¹⁵.

Si embargo, es incuestionable que la pérdida de la independencia o la soberanía, en cuanto elemento constitutivo de mayor calado desde la óptica del Derecho internacional, supondría la desaparición del Estado y con ella de toda posible continuidad en la identidad. Ahora bien, en el caso de que la pérdida de la sobe-

¹³ La historia nos ofrece numerosos ejemplos al respecto: la continuidad en la identidad de los antiguos Estados coloniales (España, Francia, Bélgica, Reino Unido...) no fue puesta en duda a pesar de la pérdida de importantes territorios tras los diferentes procesos descolonizadores. Por otra parte, ni la pérdida de vastos territorios por parte de Prusia tras la paz de Tilsit en 1807, ni la incorporación de otros territorios por el Reino de Cerdeña con ocasión de la creación del Reino de Italia, cambió la identidad de tales Estados. El siglo XX nos ofrece igualmente numerosos casos derivados, en particular, de la disolución de los imperios Otomano y austro-húngaro. La doctrina acepta de forma prácticamente unánime que la continuidad en la identidad de un Estado no resulta afectada por determinadas modificaciones territoriales. MAREK, K.: *Identity and Continuity of States...*, *op. cit.*, pág. 15; CRAWFORD, J.: *The Creation of States in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1979, pág. 404. En el mismo sentido, cfr. ORTEGA QUEROL, J. M.: “Aspectos teóricos y prácticos...”, *op. cit.*, pág. 278 y CZAPLINSKI, W.: “La continuité, l’identité...”, *op. cit.*, págs. 377 y s.s..

¹⁴ Cfr. BOKOR-SZEGO, H.: “Naissance et disparition des Etats dans le droit international contemporain”, *Acta Juridica Scientiarum Hungaricae*, 1983, pág. 355; MAREK, K.: *Identity and Continuity of States...*, *op. cit.*, págs. 15-24.

¹⁵ Czaplinski se hace eco de una cierta divergencia de opiniones en relación con las modificaciones en la organización política derivadas de una revolución social, en particular de la revolución comunista, pues mientras un grupo de autores defendería la continuidad en la identidad de los Estados post-revolucionarios con el Estado precedente, otros la negarían, aunque la práctica internacional la ha aceptado de forma general. CZAPLINSKI, W.: “La continuité, l’identité...”, *op. cit.*, pág. 378.

ranía se haya producido por causas no aceptadas por el Derecho internacional –como una anexión– y que posteriormente se recupere la independencia, como fue el caso de los Estados bálticos en relación con la antigua Unión Soviética, nos encontraríamos ante una recuperación de la identidad, sin solución de continuidad, de los Estados reaparecidos con posterioridad. De esta forma los nuevos Estados de Estonia, Letonia y Lituania, hoy miembros de pleno derecho de la UE y de la OTAN, serían los continuadores en la identidad de los homónimos Estados desaparecidos en 1940 como consecuencia de la anexión operada por la Unión Soviética, considerada como ilegal desde la óptica del Derecho internacional.

En definitiva, todo parece indicar que las transformaciones en el elemento territorial tienen una mayor incidencia en la determinación de los fenómenos conocidos como sucesión y continuidad de Estados. En efecto, si centramos nuestra atención en el territorio que, como consecuencia de una cesión a otro Estado o de la aplicación de una norma interna o internacional, ha derivado en la creación de un Estado nuevo, nos encontraremos ante una sucesión de Estados, que según la tipología incorporada por el citado Convenio de 1978 corresponderá a una sucesión parcial (artículo 15) en el primer caso, o a una separación de parte de un Estado (artículo 34) que conllevaría la creación de un nuevo Estado, en el segundo.

Ahora bien, si nos situamos en la perspectiva del Estado originario en el que se asentaba el territorio objeto de tal modificación, lo más probable es que continúe existiendo ya que aquella no habrá alterado su continuidad, con lo que nos encontraríamos ante una continuidad en la identidad. Pero si las alteraciones territoriales han sido de tal calado que han implicado su disolución, dando paso a la creación de dos o más nuevos Estados, en este caso se plantearía la cuestión de determinar si uno de ellos se considera como continuador del Estado desaparecido (como fue el caso de la Federación Rusa respecto a la Unión Soviética) siendo el resto considerados como nuevos Estados, es decir sucesores, o bien si todos se consideran como nuevos al no reconocerse a ninguno de ellos como continuador (como fue el caso de la antigua República Socialista Federativa de Yugoslavia o de Checoslovaquia).

No obstante, y a pesar de la existencia de determinados factores que pueden favorecer la evaluación, en ocasiones el problema se plantea en el momento de determinar si nos encontramos ante un fenómeno de continuidad en la identidad o de sucesión de Estados, pues el Derecho internacional no ha fijado, por el momento, criterios claros y definitivos para su diferenciación¹⁶.

¹⁶ Cfr. STERN, B.: “La succession d’États”, *op. cit.*, págs 51 y s.s.; CZAPLINSKI, W.: “La continuité, l’identité...”, *op. cit.*, pág. 379.

Sin duda, tanto la actitud de los propios Estados afectados como la de los terceros Estados, sin ignorar la posición progresivamente más relevante que van adquiriendo las Organizaciones internacionales en esta materia, va a ser determinante para evaluar la nueva situación creada. En efecto, los terceros Estados, individualmente considerados o a través de las Organizaciones internacionales de las que forman parte, van a tener un papel predominante en dicha evaluación, en particular mediante la institución del reconocimiento de los nuevos Estados creados –en caso de sucesión– o de la constatación de la continuidad en la identidad del Estado matriz o de uno de los nuevos, en caso de disolución de aquél.

Con todas sus limitaciones, dado que al no basarse en criterios objetivos las consideraciones políticas e ideológicas tienen generalmente demasiado peso, el reconocimiento ha jugado y sigue jugando un papel muy importante en este proceso, como lo demuestra la práctica reciente en relación con las últimas transformaciones territoriales en Europa¹⁷. En el supuesto de continuidad en la identidad, el reconocimiento adopta manifestaciones indirectas como son, en particular, la aplicación de los acuerdos internacionales sin modificaciones; las declaraciones especiales, o la admisión (o permanencia en su caso) en las Organizaciones internacionales sin procedimientos formales.

Del análisis de la práctica reciente, podemos deducir que en materia de sucesión (y continuidad), los Estados adoptan soluciones y aproximaciones muy diferentes y variadas, por lo que es difícil deducir normas precisas. El panorama es ciertamente muy diversificado, lo que implica la dificultad de encerrar la pluralidad y diversidad de las soluciones adoptadas en categorías uniformes y generales. Por otra parte, la práctica reciente en materia de sucesión de Estados ha puesto de manifiesto la dificultad de encerrar en una de las categorías mencionadas por los Convenios de 1978 y de 1983 algunos de los supuestos acaecidos a principios de la década de los noventa, como fue la integración de la República Democrática Alemana en la República Federal de Alemania.

Con independencia de lo dicho hasta el momento, puede afirmarse que nos encontramos ante una materia extraordinariamente sensible a la evolución del Derecho internacional que si bien se consideraba prácticamente cerrada, los acontecimientos operados en Europa desde principios de la década de los noventa

¹⁷ Cfr. QUEL LÓPEZ, F. J.: “La práctica reciente en materia de reconocimiento de Estados: problemas en presencia”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 1992*. Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1993, págs. 39-81.

han resucitado hipótesis de sucesión consideradas propias de épocas ya pasadas, incrementando con ello el interés científico por la materia¹⁸.

3. Tipología de las diferentes situaciones de sucesión y continuidad tras las recientes transformaciones territoriales en Europa

La riqueza y variedad de las situaciones de sucesión y continuidad en la identidad derivadas de las diferentes transformaciones territoriales ocurridas en el espacio europeo durante la pasada década, nos ofrecen una variada panorámica que abarca una serie amplia y diversificada de supuestos:

- A.- La (re)unificación atípica de las dos Alemanias, al tratarse de una integración de la antigua República Democrática Alemana en la República Federal de Alemania, que supuso que esta última mantuviera la continuidad en la identidad;
- B.- El desmembramiento y consiguiente desaparición de un Estado (la antigua República Socialista Federativa de Yugoslavia) y el nacimiento de varios nuevos Estados con pretensiones por parte de uno de ellos (la antigua Serbia y Montenegro, hoy solamente Serbia tras la independencia de Montenegro) de continuidad en la personalidad jurídica internacional del antiguo Estado yugoslavo, no aceptadas por la comunidad internacional;
- C.- La reaparición de Estados que ya habían existido anteriormente (Estonia, Letonia y Lituania) y que se proclamaron como continuadores en la identidad de los Estados homónimos anexionados en 1940 por la Unión Soviética;
- D.- La disolución y consiguiente desaparición de un Estado (Unión Soviética) y el nacimiento de otros nuevos, uno de los cuales (Federación Rusa) se consideró como continuador en la identidad del desaparecido Estado soviético, y, finalmente,
- E.- La partición y consiguiente desaparición de un Estado (Checoslovaquia) y el nacimiento de otros dos nuevos (República Checa y Eslovaquia) sin pretensiones de continuidad por parte de ninguno de ellos.

¹⁸ Cfr. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P.: “Problemas actuales de la sucesión de Estados”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco-Edit. Tecnos, Madrid, 1994, pág. 162.

III. LA SUCESIÓN DE ESTADOS EN MATERIA DE PERTENENCIA A LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL

La cuestión relativa a la sucesión en la condición de miembro de las Organizaciones internacionales, fue abordada tan sólo de una forma incidental en la Convención de Viena de 1978, relativa a la sucesión de Estados en materia de tratados internacionales, cuyo artículo 4 dispone que ésta se aplicará a los efectos de la sucesión de Estados respecto de:

a) “todo tratado que sea instrumento constitutivo de una organización internacional, sin perjuicio de las normas relativas a la adquisición de la calidad de miembro y sin perjuicio de cualquier otra norma pertinente de la organización.”

Como regla general, puede afirmarse que los mecanismos de la sucesión no operan en lo que concierne a la cualidad de miembro de una organización internacional pues la admisión sigue el procedimiento previsto por el tratado constitutivo de la misma. Las Organizaciones internacionales no admiten la sucesión en el tratado constitutivo ni en la cualidad de miembro, siendo la regla general que los nuevos Estados soliciten su admisión y se sometan a los procedimientos habituales de la adhesión, aceptándose la sucesión tan sólo de forma excepcional para las organizaciones de carácter financiero, en las que se produciría una especie de “sucesión condicional”¹⁹ y para las organizaciones de carácter técnico, que generalmente presentan una debilidad institucional considerable y una carencia de mecanismos formales de admisión²⁰.

¹⁹ Las organizaciones financieras, en particular el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, deseosos de asegurar el pago de las deudas contraídas por el Estado predecesor, han puesto en práctica una “sucesión condicional”, es decir un procedimiento original de sucesión en la cualidad de miembro, que se asemeja a un procedimiento de admisión propiamente dicho. Cfr. PAZARTZIS, P.: *La succession d'États aux traités multilatéraux...*, op. cit., págs. 132 y 133. Para un análisis de la práctica de las organizaciones financieras internacionales en esta materia, vid. GIOIA, A.: “State Succession and International Financial Organizations”, en EISEMANN, P. M.; KOSKENNIEMI, M.: *La succession d'États: la codification à l'épreuve des faits/State Succession: Codification Tested Against the Facts*. Martinus Nijhoff, The Hague-Boston-London, 2000, págs. 327-383; FORGET, L.: “La succession d'États en Europe de l'Est et les organisations financières internationales. L'expérience de la Banque mondiale”, en BURDEAU, G.; STERN, B. (eds.): *Dissolution, continuation et succession en Europe de l'Est. Succession d'États et relations économiques internationales*. Montchrestien, Paris, 1994, págs. 106-115.

²⁰ A título de ejemplo, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) admitió a la Federación Rusa como sucesor, y no continuador de la Unión Soviética, con fecha 25 de diciembre de 1991. De forma semejante el resto de las Repúblicas ex-soviéticas llegaron a ser miembros en virtud del mecanismo de la sucesión automática, salvo Armenia que se adhirió.

Por lo tanto, y dado que no existe sucesión automática en la condición de miembro en las Organizaciones internacionales por parte del Estado sucesor respecto al Estado predecesor, habrá que analizar caso por caso y, de acuerdo con el procedimiento de admisión de cada organización, determinar la forma de proceder cuando se produce un supuesto de sucesión de Estados.

En el caso específico de la Organización de las Naciones Unidas²¹, la práctica es ciertamente abundante en relación con casos de separación, escisión o fraccionamiento, en los que se ha admitido generalmente la continuidad del Estado originario en la condición de miembro. Por lo tanto, en caso de separación o secesión en el que continúa existiendo el Estado predecesor, éste mantiene su estatus de miembro, pues se considera que por el hecho de que su Constitución, territorio o población hayan sufrido modificaciones no deja de ser miembro de la Organización. En cambio el nuevo o los nuevos Estados surgidos de aquélla deben solicitar su ingreso como nuevos Estados miembros, de conformidad con el artículo 4 de la Carta. Así sucedió cuando Pakistán se separó de la India en 1947, al mantener ésta su condición de miembro²², o cuando Bangla Desh se separó a su vez de Pakistán en 1971²³, siendo el caso de Siria en relación con la República Árabe Unida (R.A.U), un supuesto particular²⁴.

²¹ Sobre la práctica reciente en el seno de las Naciones Unidas sobre esta cuestión, *vid.* BÜHLER, K. G.: "State Succession, Identity/Continuity and Membership in the United Nations", en EISEMANN, P. M.; KOSKENNIEMI, M. (dirs.): *La succession d'Etats: la codification à l'épreuve des faits...*, *op. cit.*, págs. 187-326; TREVES, T.: "The Expansion of the World Community and Membership of the United Nations", *FYIL*, 1995, págs. 248-278.

²² En cambio Pakistán tuvo que solicitar su ingreso como nuevo Estado, siendo admitido el 30 de septiembre de 1947. Con ocasión de este asunto, la Sexta Comisión aprobó una serie de principios con el objeto de que pudieran servir de punto de referencia en el futuro: En primer lugar que un Estado miembro no deja de serlo por el hecho de sufrir modificaciones que afecten a su Constitución, población o territorio; y en segundo lugar que cuando el Estado predecesor se extingue, su sucesor debe ser admitido como un nuevo Estado miembro. Cfr. Asamblea General de las Naciones Unidas. Documentos Oficiales. Sexta Comisión: Segundo período de sesiones. Actas resumidas. Doc. A/C.6/162, págs. 17 y s.s. Para un análisis pormenorizado de los efectos del desmembramiento de la India sobre la condición de miembro de las Naciones Unidas y de sus organismos especializados, *vid.* GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.: "Notas sobre la práctica de las Organizaciones internacionales respecto a los efectos de la sucesión de Estados en el Estatuto de miembro de la Organización". *REDI*, 1962-3, págs. 475-478.

²³ En este caso, Pakistán mantuvo su condición de miembro y Bangladesh tuvo que solicitar su ingreso como nuevo Estado en las Naciones Unidas, siendo admitido el 17 de septiembre de 1974.

²⁴ Cuando Siria se separó en 1961 de la República Árabe Unida (R.A.U.), tras tres años de permanecer unida a Egipto, el Gobierno sirio solicitó su readmisión en las Naciones Unidas, basándose en que había sido miembro originario, y por lo tanto continuador del Estado sirio, y no como sucesor de la R.A.U. En base a estas consideraciones y a que no hubo objeciones, el Presidente de la Asamblea General invitó a Siria a ocupar de nuevo su puesto. El caso se interpretó como un supuesto de readmisión y no de sucesión. Cfr. MANGAS MARTÍN, A.: "La sucesión de Estados", en DÍEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 13.^a ed., Tecnos, Madrid 2001, pág. 285.

En los supuestos de fusión de Estados, como fueron los casos de Egipto y Siria, en la República Árabe Unida en 1958, y de Tanganica y Zanzíbar, en la República Unida de Tanzania en 1964, se ha considerado al nuevo Estado nacido de la fusión como continuador de los predecesores, y como tal, miembro de pleno derecho de las Naciones Unidas. Sin embargo, la antigua República Democrática Alemana desapareció de la lista de Estados miembros, figurando, a partir de ese momento, únicamente la República Federal de Alemania, como Estado miembro de las Naciones Unidas, con fecha de ingreso de 18 de septiembre de 1973, tal como analizaremos posteriormente.

En cambio, en caso de disolución, que implica la desaparición del Estado predecesor, los Estados surgidos de aquélla, deben solicitar de nuevo su ingreso como miembros. Así sucedió cuando se disolvieron la Federación de Estados Malí²⁵, Checoslovaquia o en el caso particular de Yugoslavia, supuestos que serán analizados igualmente más adelante.

Sin embargo, en el caso de la extinta Unión Soviética no se siguió este procedimiento, pues dada la preeminencia de la Federación Rusa, se consideró a ésta como continuadora en la identidad de la antigua Unión Soviética, tanto en su condición de miembro de las Naciones Unidas y de sus organismos especializados, como de su particular posición como miembro permanente del Consejo de Seguridad. Partiendo de esta cuestión previa, vamos, por lo tanto, a analizar separadamente la práctica seguida en los cuatro supuestos de transformaciones territoriales operadas en la Europa de la última década del siglo XX, cuyos efectos se prolongan hasta la primera década del presente siglo.

IV. LA SUCESIÓN DE ESTADOS EN MATERIA DE PERTENENCIA A LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES EN LA RECIENTE PRÁCTICA INTERNACIONAL EN EUROPA

1. La (re)unificación de Alemania

La unificación alemana constituye un caso atípico al tratarse de una incorporación por la vía de adhesión de la antigua República Democrática Alemana a la República Federal de Alemania²⁶. La especificidad viene determinada por

²⁵ Cuando la Federación Malí estaba en proceso de ser admitida en las Naciones Unidas, se disolvió, dando lugar a dos Estados: Malí y Senegal. La Organización invitó en ese momento a ambos Estados a solicitar su ingreso por separado. El ingreso se produjo en ambos casos, el 28 de septiembre de 1960.

²⁶ Las complejas cuestiones jurídicas que planteó la unificación alemana fueron reguladas por tres tratados: el Tratado sobre la creación de una unión monetaria económica y fiscal entre la

la fórmula constitucional utilizada para llevar a cabo la unificación. En efecto, el derecho constitucional de la RFA ofrecía dos vías alternativas para proceder a la reunificación con la RDA. La primera, contenida en el artículo 23 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, posibilitaba la extensión en la aplicación de dicha Ley a “otras partes de Alemania”, más allá de los *Länder* del oeste, tras su libre incorporación a la RFA²⁷. Por el contrario, la segunda vía, contenida en el artículo 146, establecía la posibilidad de que la nación alemana en su conjunto podía reemplazar la Ley Fundamental por una nueva Constitución.

Podría afirmarse, en este sentido, que mientras la vía del citado artículo 23 se funda en la soberanía territorial, la del artículo 146 lo hace en la soberanía del pueblo alemán²⁸. La elección de la vía del artículo 23 permitió a la Alemania unificada integrarse en las estructuras europeas y mundiales reafirmando su continuidad estatal. La continuidad e identidad de la RFA ampliada sería confirmada por la comunidad internacional al aceptar la integración de la antigua RDA en las Comunidades Europeas²⁹ y en la OTAN³⁰. Nos encontraríamos por lo tanto ante

RFA y la RDA, de 18 de mayo de 1990, que entró en vigor el 1 de julio del mismo año; el Tratado entre la RFA y la RDA relativo al establecimiento de la unidad alemana: tratado de unificación, de 31 de agosto de 1990, que entró en vigor el 3 de octubre del mismo año, y el Tratado denominado “Dos más Cuatro”, de 12 de septiembre de 1990, que entró en vigor el 1 de marzo de 1991, una vez ratificado por todos los Estados afectados.

²⁷ Lo cual permitiría a la RFA reivindicar los antiguos territorios alemanes incluidos en las fronteras de 1937, en particular los territorios del oeste y norte de Polonia y la región de Königsberg, posibilidad a la que renunció la RFA al ser derogado el citado artículo 23 mediante el artículo 4,2 del tratado de unificación de 31 de agosto de 1990.

²⁸ Cfr. CZAPLINSKI, W.: “La continuité, l’identité et la succession...”, *op. cit.*, pág. 383.

²⁹ Como afirma Garzón Clariana, aunque se partió de la base de la continuidad por parte de Alemania de los compromisos adoptados por la RDA y, en particular, de una aceptación por la Comunidad Europea de los compromisos que entraban en su esfera de competencia, principalmente los comerciales, este punto de partida no se siguió hasta sus últimas consecuencias dado que las especificidades de las relaciones comerciales de la antigua RDA no convenían siempre a la Comunidad Europea. GARZÓN CLARIANA, F.: “La succession dans les Communautés Européennes”, en BURDEAU, G.; STERN, B. (eds.): *Dissolution, continuation et succession...*, *op. cit.*, pág. 128. Por otra parte, dada la extensión al territorio de la antigua RDA (ahora integrado en la RFA) del campo de aplicación territorial de los tratados constitutivos, diversas disposiciones transitorias debieron ser adoptadas por la entonces CEE. Cfr. TOMUSCHAT, C.: “A United Germany within the European Community”, *Common Market Law Review*, 1990, págs. 415-436; JACQUÉ, J. P.: “German Unification and the European Community”, *EJIL*, 1991, vol. 2, n.º 1, págs. 1-17.

³⁰ Así como por la práctica relativa a los tratados suscritos por los dos Estados alemanes, al aplicarse los tratados de la RFA a los *Länder* del Este, y al extinguirse los tratados de la ex RDA tras consulta con las otras Altas Partes Contratantes. Cfr. CZAPLINSKI, W.: “La continuité, l’identité...”, *op. cit.*, pág. 383.

un caso de incorporación, al ser absorbida la RDA por la RFA, continuando ésta con su personalidad jurídica³¹.

Esta unificación, realmente atípica, viene determinada por la situación particular de Alemania tras la Segunda Guerra Mundial. En efecto, en 1945, acabada la guerra, se plantearon en Alemania problemas de sucesión de Estados que volverían a surgir en 1990 tras la caída del Muro de Berlín. Así, mientras la RFA era considerada como el mismo sujeto internacional que el anterior Reich alemán, pero su soberanía territorial estaba limitada al territorio de la RFA, la RDA se consideraba como una entidad estatal separada, aunque perteneciente, asimismo, al anterior Reich.

La posición de los dos Estados alemanes sobre la sucesión era, por lo tanto, diferente, aunque fue evolucionando con el tiempo. La pretensión inicial de la RFA de ser considerada como la continuadora del Estado alemán existente antes de 1945, acabaría siendo aceptado por la mayoría de los Estados de la comunidad internacional³². En cambio, la posición de la RDA cambió a lo largo de los años, pues pasó de considerarse inicialmente como el único continuador legítimo³³ a estimar que el Reich alemán había desaparecido dando lugar a dos Estados nuevos que debían calificarse como sus sucesores³⁴.

Sin embargo, la cuestión volvió a plantearse con toda su intensidad en 1990 con ocasión de la unificación, ya que debía solucionarse la cuestión de calificar la personalidad jurídica del nuevo Estado unificado, y en particular si éste debía considerarse como un Estado continuador³⁵ o un Estado sucesor, y por lo tanto

³¹ PAZARTZIS, P.: *La succession d'États aux traités multilatéraux à la lumière...*, op. cit., pág. 53.

³² El propio Tribunal Constitucional Federal reconocería que la RFA era idéntica al Reich alemán en dos sentencias de 25 de marzo de 1956 y de 31 de julio de 1973.

³³ Posición que quedaría reflejada en el artículo 1 de la Constitución de la RDA de 7 de octubre de 1949.

³⁴ La creación de la RDA se habría producido, según esta línea de pensamiento, por la secesión de una parte del territorio alemán.

³⁵ En cuyo caso, podríamos contemplar, como lo hace Brigitte Stern, tres hipótesis diferentes: que la nueva entidad jurídica resultante de la unificación sea continuadora de la RFA; que sea continuadora de la RDA, o finalmente, que sea continuadora de ambos Estados, asumiendo los derechos y deberes de cada uno de ellos. Sin embargo, como afirma dicha autora, la posibilidad de considerar a la Alemania unificada como continuadora de ambos Estados preexistentes, tan sólo puede admitirse si partimos de una continuación parcial que alcanzaría tan sólo a ciertos derechos y obligaciones convencionales o institucionales. Estima, en este sentido, inimaginable que la nueva Alemania haya podido ser considerada como continuadora de los Estados predecesores en aquellas Organizaciones internacionales en las que ambos eran Estados miembros de pleno derecho; en el

un Estado nuevo³⁶. En realidad, al no haberse producido un proceso de unión de Estados, *stricto sensu*, es decir una auténtica fusión que diera lugar a un nuevo Estado, por lo tanto a un Estado sucesor³⁷, sino un proceso de absorción de la RDA por la RFA, como ha quedado dicho anteriormente, la RFA pudo reivindicar su condición de Estado continuador, condición que fue aceptada por la comunidad internacional.

Por lo tanto la extinción de la antigua RDA como sujeto de Derecho internacional y la adopción del Tratado de unificación de 31 de agosto de 1990 han condicionado la participación de la Alemania reunificada en las diferentes Organizaciones internacionales³⁸. En efecto el artículo 11 de dicho Tratado disponía que los tratados de la RFA relativos a la participación de dicho Estado en las diversas Organizaciones internacionales, permanecían en vigor y sus efectos *ratione loci* se extendían al territorio adherido de la antigua RDA. En consecuencia, el Secretario General de las Naciones Unidas, así como los diversos organismos especializados y el conjunto de las Organizaciones internacionales fueron informados de que la RDA se había adherido a la RFA, la cual pasaría a denominarse “Alemania”.

En definitiva puede afirmarse que la absorción de la RDA por parte de la RFA y la consideración de ésta como Estado continuador implicó que no hubo necesidad de llevar a cabo procedimientos de admisión de la Alemania reunificada en las diversas Organizaciones internacionales en las que ambos Estados

ámbito de las relaciones diplomáticas, dada la imposibilidad de mantener una doble representación diplomática; o en el de las relaciones comerciales, dada la incompatibilidad manifiesta entre los tratados suscritos por la RDA con sus socios del COMECON y los tratados comerciales suscritos por la RFA. STERN, B.: “La succession...”, *op. cit.*, pág. 204.

³⁶ Aunque algunos autores como Czaplinski consideran que la unificación propiamente dicha –fusión–, entre dos Estados da lugar a un nuevo sujeto de Derecho internacional, interrumpiéndose de esta forma la continuidad de los Estados predecesores, el hecho de que en el caso alemán deba hablarse más de una incorporación o de una absorción que de una fusión, determina que pueda considerarse compatible el hecho de la unión con la continuidad de uno de los dos Estados predecesores en el Estado unificado. Cfr. CZAPLINSKI, W.: “La continuité, l’identité...”, *op. cit.*, pág. 376.

³⁷ Como ocurrió con la unificación de Yemen del Norte y Yemen del Sur realizada a través del Acuerdo de 22 de mayo de 1990 –que establecía la República de Yemen– cuyo artículo 1 afirmaba al efecto: “On the 26th of May, 1990, there shall be established between the State of the Yemen Arab Republic and the State of the People’s Democratic Republic of Yemen... a full and complete union, based on a merger, in which the international personality of each of them shall be integrated in a single international person called the Republic of Yemen”. Como puede observarse en este supuesto no hay continuidad en la personalidad jurídica de ninguno de los dos Estados anteriores, pues se crea un Estado totalmente nuevo, la República de Yemen, que se considera sucesor de los dos Estados predecesores.

³⁸ Cfr. OETER, S.: “German Unification and State Succession”, *Z.a.ö.R.V.*, 1991, págs. 368 y s.s.

eran miembros³⁹. Conviene, sin embargo, distinguir entre dos situaciones diferentes derivadas de la participación única de la RFA o de la RDA en diversas Organizaciones internacionales. En efecto, en aquellas en las que solamente era miembro la RFA, el Gobierno alemán se limitó a notificar que el ámbito de aplicación territorial del Tratado constitutivo de la misma se ampliaba al territorio de la antigua RDA, ahora integrado a la RFA⁴⁰.

En cambio, en aquellas otras organizaciones en las que tan sólo era miembro la RDA, la RFA no reemplazó a aquélla en su calidad de miembro, pues a pesar de que esta posibilidad estaba prevista en el artículo 12 del Tratado de la Unión⁴¹, la RFA aplicó el principio de que no reemplazaría a la RDA en ninguna organización internacional en la que ella no fuera a la vez miembro, pues partía de la constatación de que la pertenencia de la RDA a las Organizaciones internacionales o a los diferentes tratados internacionales, había concluido el 3 de octubre de 1990, en que se había consumado la unificación alemana y la desaparición de la RDA como sujeto de Derecho internacional.

2. El desmembramiento de Yugoslavia: la reciente independencia de Montenegro

La República Socialista Federativa de Yugoslavia fue proclamada el 29 de noviembre de 1945. Sin embargo, la creación de un Estado multinacional en los Balcanes, ya desde el final de la Primera Guerra Mundial⁴², no resolvería los

³⁹ Cfr. PAZARTZIS, P.: *La succession d'États aux traités...*, *op. cit.*, pág. 123.

⁴⁰ Para el caso particular de la OCDE, en la que desde mucho antes de la fusión, la RFA ya era designada como "Alemania", cfr. SCHRICKE, CH.: "La succession à l'OCDE", en BURDEAU, G.; STERN, B. (eds.): *Dissolution, continuation et succession en Europe de l'Est...*, *op. cit.*, pág. 146.

⁴¹ Cuyo párrafo 3.º establece que "si Alemania unificada decide adherirse a las Organizaciones internacionales o a los otros tratados multilaterales a los que la República Democrática Alemana es parte y no la República Federal Alemana, aquélla lo acordará con las demás Partes y con las Comunidades Europeas en la medida en que las competencias de estas últimas sean afectadas". Como afirma Papenfuss, la Alemania unificada tan sólo aplicó el artículo citado en su adhesión al Tratado por el que se crea el Sistema y Organización Internacional de Telecomunicación Espacial (Intersputnik), de 15 de Noviembre de 1971, y al Acuerdo tripartito (RDA, Polonia y URSS), para la exploración petrolífera común en la plataforma continental del mar Báltico, (Petrobaltic), de 11 de noviembre de 1975. La adhesión a ambos instrumentos tuvo lugar formalmente el 3 de octubre de 1990, coincidiendo con la unificación. PAPPENFUSS, d.: "The Fate of the International Treaties of the GDR Within the Framework of German Unification", *AJIL*, vol. 92, n° 3, (Jul. 1998), pág. 479.

⁴² En 1919, tras el desmantelamiento del Imperio Austro-húngaro, fue creado el Reino de los Serbios, Croatas y Eslovenos, que tomaría el nombre de Reino de Yugoslavia en 1929. Después de su desaparición durante la Segunda Guerra Mundial por la acción de la Alemania de Hitler y sus

conflictos nacionalistas que permanecerían latentes durante la época de Tito, para manifestarse con toda intensidad una vez desaparecido éste en 1980, y en particular, tras la caída del muro de Berlín. El rechazo por parte de Eslovenia y de Croacia a aceptar la dominación de Serbia en la vida política y el deseo de aquéllas⁴³ de convertir la Federación de 6 repúblicas, instaurada por la Constitución de 1946, en una Confederación de Estados Independientes, propuesta desestimada por Serbia y Montenegro, serían el detonante de la desintegración de la República Socialista Federativa de Yugoslavia.

En efecto, tras las elecciones celebradas en Eslovenia durante los días 8 y 22 de abril de 1990, el Parlamento de dicha República adoptó una declaración mediante la que rechazaba la aplicación de la legislación federal en su territorio. El referéndum celebrado el 23 de diciembre de 1990, dio como resultado un 88'5% de los votos a favor de la independencia. El porcentaje de votos favorables a la secesión sería todavía más abrumador en el referéndum celebrado en Croacia el 19 de mayo de 1991⁴⁴: un total de 93,24% de los votantes croatas optaron por la secesión. Tan sólo un mes más tarde, el 25 de junio de 1991, ambas Repúblicas, Eslovenia y Croacia, proclamaron su independencia.

Esta vía sería igualmente continuada por otras dos repúblicas yugoslavas: Macedonia en el referéndum celebrado durante los días 8 y 9 de septiembre de 1991 (74% de votos a favor de la secesión); y Bosnia-Herzegovina en el referéndum celebrado el 29 de febrero y 1 de marzo de 1992 (63% de votos a favor de esta misma opción). Las proclamaciones de independencia de Eslovenia y Croacia marcaron el inicio de un conflicto militar que tendría escenarios, velocidades e intensidades diferenciadas, pero cuyos trágicos resultados demostraron que tampoco la Europa de finales de siglo XX estaba inmune a este tipo de situaciones: más de 300.000 muertos y varios millones de personas desplazadas.

aliados, el Estado yugoslavo sería reunificado por Tito, una vez terminada aquélla, adoptando el nombre de República Socialista Federativa de Yugoslavia.

⁴³ A las que rápidamente se sumarían Bosnia-Herzegovina y Macedonia.

⁴⁴ Durante el mes de mayo de 1990 debía haberse producido la asunción de la presidencia de la República Socialista Federativa de Yugoslavia por parte del presidente croata, de conformidad con la Constitución yugoslava que preveía una presidencia colectiva rotatoria entre los presidentes de las seis Repúblicas federadas. La oposición por parte de Serbia a que el presidente croata asumiera la presidencia precipitó la convocatoria del referéndum, aunque la causa más profunda estribaba en la diferente concepción que separaba a serbios y croatas en torno al futuro de Yugoslavia: mientras Serbia aceptaba una reforma limitada de la Federación, Croacia optaba claramente por su desaparición y su sustitución por una confederación de Estados soberanos.

La única república que no había proclamado su independencia, Serbia y Montenegro –integradas desde el 27 de abril de 1992 en la República Federativa de Yugoslavia (RFY)– se manifestó desde el primer momento como continuadora de la desaparecida República Socialista Federativa de Yugoslavia (RSFY). Ante esta pretensión, el resto de los Estados surgidos de la desintegración, así como los Estados Unidos y la Unión Europea, manifestaron su disconformidad, argumentando que todas las antiguas Repúblicas yugoslavas, ahora Estados independientes, debían ser considerados en pie de igualdad como Estados sucesores.

Por lo que respecta a la sucesión en Naciones Unidas, por un lado hay que considerar la cuestión de la ahora también antigua RFY (tras la independencia reciente de Montenegro), y por otro, la del resto de los Estados surgidos de la desintegración. Por lo que respecta a esta última cuestión, Croacia, Eslovenia y Bosnia-Herzegovina fueron admitidos, por aclamación, como nuevos miembros el 22 de mayo de 1992⁴⁵. En cuanto a Macedonia, superada la oposición griega por la denominación de la nueva República, su ingreso se produjo el 9 de abril de 1993 con el nombre de “Antigua República Yugoslava de Macedonia”.

En relación con la primera cuestión apuntada, relativa a la permanencia de la entonces “nueva” R.F.Y. (Serbia y Montenegro) como miembro de las Naciones Unidas en calidad de continuadora de la antigua Yugoslavia, suscitó la intervención conjunta del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General. En efecto, mediante su Resolución 777, de 19 de septiembre de 1992, el Consejo, tras rechazar tal pretensión de continuidad, recomendó a la Asamblea General que no admitiera a la RFY en sus trabajos y que decidiera que ésta debía solicitar su admisión como nuevo miembro de la Organización.

Esta recomendación fue asumida por la Asamblea General en su Resolución 47/1, de 22 de septiembre de 1992, con lo cual se produjo una situación paradójica que la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría intentó aclarar dando una interpretación lo más coherente posible: La Resolución no suspende, rescinde ni expulsa a la RFY de la Organización (que por otra parte tampoco había sido formalmente aceptada), por lo que su misión podía seguir trabajando y sus símbolos externos (banderas, placas...) podían permanecer en todos los órganos de las Naciones Unidas salvo en la Asamblea General, hasta que la “nueva” Yugoslavia fuera aceptada como miembro en virtud del artículo 4 de la Carta. Como puede observarse, la situación que creó la Resolución 47/1 es irregular y criticable desde el punto de

⁴⁵ Doc. A/46/PV.86, de 22 de mayo de 1992.

vista jurídico al no ampararse en ninguna disposición de la Carta y al obedecer más a criterios de oportunismo político que a fundamentos jurídicos sólidos⁴⁶.

Los cambios políticos acaecidos en Yugoslavia tras las elecciones de septiembre de 2000, condujeron a la rápida normalización de la anómala situación creada desde 1992. Tras la presentación de la solicitud de admisión de la República Federativa de Yugoslavia como miembro de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad aprobó la Resolución 1326 (2000) de 31 de octubre de 2000 en la que recomendaba a la Asamblea General la admisión de la RFY. La admisión se produjo al día siguiente, por aclamación, mediante la Resolución 55/ 12 de 1 de noviembre de 2000⁴⁷.

La admisión formal de la RFY en las Naciones Unidas vino a clarificar y a normalizar la situación de aquélla en otras Organizaciones internacionales y en particular en los organismos especializados de las Naciones Unidas. En efecto, la posición adoptada por la Asamblea General en la citada Resolución 47/1, en la que negaba la continuidad automática de la RFY, fue seguida por la práctica totalidad de los organismos especializados de las Naciones Unidas, mediante una serie de resoluciones en las que confirmaban la negativa a aceptar tal continuidad, y en consecuencia, no reconocían el derecho de aquélla a participar en los trabajos de sus respectivos órganos⁴⁸.

Sin embargo se produjo una situación paradójica pues al mismo tiempo que la RFY estaba excluida de la participación en tales organismos especializados que exigían que para llegar a ser miembro debía pasar por los procedimientos ordinarios de admisión, “Yugoslavia” continuaba figurando en la lista de miembros de

⁴⁶ La posición incierta de la República Federal de Yugoslavia en las Naciones Unidas no fue clarificada ni tras los Acuerdos de Dayton, ni tras la Resolución 1070 (1996) del Consejo de Seguridad que levantaba las sanciones contra la RFY. Las acciones e iniciativas llevadas a cabo por determinados Estados tampoco sirvieron para clarificar el status incierto de la RFY en las Naciones Unidas y parar poner fin a su participación *de facto* en el sistema de Naciones Unidas.

⁴⁷ Cfr. BOJANIC, M.: “Éléments d’appréciation de la pratique étatique en matière de succession aux traités de la République Socialiste Fédérative de Yougoslavie (R.S.F.Y.)”, *RBDI*, 2000-2, págs. 509-512; DASTIS QUECEDO, A.: “La condición de miembro de Yugoslavia en Naciones Unidas”. *REDI*, vol. XLIV, 1992-2, págs. 693-696.

⁴⁸ *Vid.* en este sentido las Resoluciones de la Conferencia General de la Agencia Internacional de la Energía Atómica (AIEA) de 24 de septiembre de 1992; de la Organización Mundial de la Salud (OMS), de 3 de mayo de 1993; de la Organización Marítima Internacional (OMI), de 18 de junio de 1993 o de la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI), de 30 de marzo de 1993. Resoluciones similares fueron adoptadas por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA).

la mayor parte de aquellos, como la Organización Internacional del Trabajo, la Agencia Internacional de la Energía Atómica, la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, la Organización Mundial de la Salud; la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial o la Organización Marítima Internacional, aunque la situación en otros organismos especializados planteó algunas especificidades, como fue el caso de la OACI, del FMI o del Banco Mundial. Todas estas situaciones atípicas se normalizaron a partir de la admisión formal de la RFY en las Naciones Unidas, como ya ha quedado dicho anteriormente. Tras la aprobación de la Carta Constitucional de Serbia y Montenegro por la Asamblea de la RFY, el 4 de febrero de 2003, el nombre de la República Federativa de Yugoslavia pasó a ser el de “Serbia y Montenegro”⁴⁹.

La disolución yugoslava tuvo igualmente implicaciones en la entonces Conferencia para la Seguridad y Cooperación en Europa (CSCE), más tarde convertida en Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE). En efecto, mientras en el caso de la disolución soviética, como analizaremos posteriormente, se produjo la sucesión automática de la Federación Rusa en cuanto Estado continuador de la antigua Unión Soviética, y el Comité de Altos Funcionarios adoptó un modelo de carta de adhesión a la CSCE para cada uno de los Estados surgidos de aquélla, la situación fue mucho más controvertida en el caso de los Estados surgidos de la antigua RFSY. El Comité de Altos Funcionarios concedió muy pronto a Eslovenia y Croacia el estatuto de observador, al que seguiría una recomendación para admitir a ambas Repúblicas como miembros de la CSCE, sobre la base de un proyecto de carta de adhesión adaptada a la situación de ambos Estados, con fecha de 27 de febrero de 1992⁵⁰.

Sin embargo este consenso en relación con ambas Repúblicas no se produjo con Bosnia-Herzegovina ni mucho menos con Macedonia. La situación en relación con Bosnia-Herzegovina se desbloqueó al ser finalmente admitida en la CSCE el 30 de abril de 1992. En cambio, la candidatura de Macedonia se vio una y otra vez bloqueada principalmente por la actitud de Grecia. Este bloqueo afectaba incluso a la concesión del estatuto de observador, como lo demuestra el hecho de que durante la 17.ª reunión del Comité de Altos Funcionarios celebrada en noviembre de 1992, no existiera consenso en su seno ni siquiera para otorgarle dicho estatuto. Finalmente, y tras su admisión a las Naciones Unidas el 8 de abril de 1993 con el

⁴⁹ Manteniendo, no obstante, la misma fecha de admisión, es decir el 1 de noviembre de 2000.

⁵⁰ Cfr. DECAUX, E.: “La succession d’États au sein de la Conférence sur la Sécurité et la Coopération en Europe (CSCE)”, en BURDEAU, G.; STERN, B. (eds.): *Dissolution, continuation et succession en Europe de l’Est...*, op. cit., págs. 154 y s.s.

nombre de “Antigua República Yugoslava de Macedonia”, obtuvo el estatuto de observador al que siguió su adhesión como miembro de pleno derecho de la CSCE.

En cuanto a la RFY y tras varias vicisitudes que empezaron con la suspensión de sus actividades en mayo de 1992, lo que provocó que su silla estuviera vacía en las posteriores reuniones de la CSCE, situación que fue prorrogada posteriormente, finalmente fue admitida como miembro de la ya reconvertida OSCE el 10 de noviembre de 2000, una vez que su situación fuera igualmente normalizada al ser admitida como miembro de las Naciones Unidas unos días antes, concretamente el 1 de noviembre del mismo año.

La disolución yugoslava tuvo asimismo repercusiones en otras Organizaciones internacionales en las que la antigua RSFY no era miembro pero con las que mantenía relaciones de cooperación. Entre ellas podemos destacar las Comunidades Europeas y la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE). En relación con la primera y de forma muy sucinta, tan sólo mencionaremos que la actitud de la CE de no aceptar la continuidad automática de la antigua RSFY por parte de la RFY, tuvo como consecuencia que la Comunidad decidiera suspender inicialmente y dar por terminado a continuación el Acuerdo de Cooperación que había suscrito con la antigua Yugoslavia⁵¹.

En cuanto a la OCDE, la situación problemática se planteó no en términos de sucesión, pues la antigua RSFY no era miembro de la Organización, sino por el hecho de que aquella estaba asociada a numerosas actividades de la misma y en particular actuaba como observador en el Consejo de la Organización y en la mayor parte de los órganos subsidiarios en virtud de un acuerdo adoptado en 1961 que le permitía participar en diversos órganos en pie de igualdad con los países miembros. La situación se tornó embarazosa cuando tras los actos que desembocaron en la disolución, Croacia envió una notificación en enero de 1992 al Secretario General de la OCDE en la que solicitaba heredar el estatuto de la RSFY en la Organización. Situación que se complicaría aún más cuando tras la adopción de una nueva Constitución el 27 de abril de 1992, la representación permanente de Yugoslavia, al igual que hizo con otras Organizaciones internacionales, envió una nota en la que informaba sobre la citada modificación constitucional al mismo tiempo que indicaba que la nueva RFY formada por Serbia y Montenegro aseguraba la continuidad de la personalidad internacional de la antigua RFSY y en consecuencia asumiría sus derechos y obligaciones⁵².

⁵¹ Cfr. GARZÓN CLARIANA, G.: “La succession dans les Communautés Européennes”, *op. cit.*, pág. 129.

⁵² Cfr. SCHRICKE, CH.: “La succession à l’OCDE”, *op. cit.*, págs. 147 y s.s.

Ante la toma de posición de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en el conflicto, el Consejo de la OCDE adoptó un acuerdo el 27 de noviembre de 1992 mediante el cual determinó que la desaparición de la RSFY había implicado la extinción del citado Acuerdo de 1961, y que éste no permanecía en vigor entre la Organización y ninguno de los Estados surgidos de la disolución de aquélla.

La reciente independencia de *Montenegro* puede considerarse como una derrota demoledora para el proyecto de la Gran Serbia, constituyendo un episodio más, quizás no el último, en el proceso de descomposición de la antigua Yugoslavia. La Unión Europea evitó en el año 2002 que prosiguiera este proceso con otra secesión en una zona tan turbulenta como los Balcanes y logró que serbios y montenegrinos siguieran juntos en el Estado de Serbia y Montenegro. La Unión Europea temía que una independencia apresurada de Montenegro pudiera animar a los albanos-kosovares y a los serbo-bosnios a proceder de igual forma, con el consiguiente perjuicio para el frágil proceso de paz que la propia UE intentaba consolidar en los Balcanes. En este escenario, la Unión de Serbia y Montenegro alentada por la UE en 2002, representó un último intento de Bruselas por retrasar la independencia de Montenegro.

Los Acuerdos de Belgrado, firmados por Serbia y Montenegro el 14 de marzo de 2002, sólo constituyeron una unión sobre el papel con un Presidente, un Gobierno de cinco miembros y una Asamblea Parlamentaria. La Carta Constitucional, que contemplaba estas instituciones, contenía también la posibilidad de la secesión o del mantenimiento de la Unión, pasados tres años, contemplando por lo tanto el derecho de autodeterminación, condición impuesta por Montenegro para aceptar la nueva Constitución.

El Estado de Serbia y Montenegro ha sido durante estos últimos años más virtual que real, funcionando la economía montenegrina como independiente en la práctica de la serbia⁵³. En cualquier caso, Montenegro no quería una continuación de la antigua Yugoslavia con un mero cambio de nombre, sino que el nuevo

⁵³ Una muestra de este funcionamiento prácticamente independiente lo constituye el hecho de que el 10 de diciembre de 2004, los Gobiernos de la República de Serbia y de la República de Montenegro, decidieron solicitar por separado la adhesión a la Organización Mundial del Comercio, como dos territorios aduaneros distintos. El 15 de febrero de 2005 el Consejo General decidió establecer un Grupo de Trabajo para examinar la solicitud presentada por Montenegro. En consecuencia, la solicitud presentada inicialmente por la República Federativa de Yugoslavia en 2001, se consideró como retirada. El Grupo de Trabajo celebró su primera reunión el 4 de octubre de 2005 y completó una primera lectura del Memorandum sobre el régimen de comercio exterior de Montenegro. Tras la proclamación de la independencia, el procedimiento de adhesión de la República de Montenegro a la OMC, que actualmente figura como observador, seguirá su curso, si cabe, con

marco de las relaciones con Serbia se inscribiera en un progresivo acercamiento a la Unión Europea, no sólo en los estándares económicos y comerciales sino también en el proceso de estabilización interna, en particular en lo relativo a la protección de los derechos y libertades, minorías, control democrático del Ejército o colaboración con el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia.

La tibieza demostrada por Serbia en el cumplimiento de tales objetivos⁵⁴, en particular de este último, desembocó en la suspensión indefinida por la UE de las negociaciones con Serbia y Montenegro sobre un Acuerdo de Estabilización y Asociación⁵⁵. El argumento de que el camino de Montenegro hacia Europa pasaba ineludiblemente por la independencia fue utilizado a fondo por los independentistas montenegrinos ante el referéndum convocado para el 21 de mayo de 2006.

Las reglas específicas exigidas por la propia Unión Europea para que se validara la secesión de Montenegro exigían un 55% de votos afirmativos con una participación superior al 50%. Los resultados oficiales del referéndum confirmaron el cumplimiento de ambos requisitos y la victoria de los independentistas con un 55,5% de los votos favorables a la secesión y una participación del 86,49%⁵⁶. El Parlamento montenegrino adoptó la Declaración sobre la Independencia de la República de Montenegro, el 3 de junio de 2006, de conformidad con el artículo 60 de la Carta Constitucional de la Federación, en la que reconocía que Montenegro es un Estado independiente dotado de plena personalidad jurídica en virtud del Derecho internacional.

En cuanto a las repercusiones de la reciente secesión de Montenegro y su constitución como Estado independiente, en la pertenencia a las Organizaciones internacionales, conviene señalar que el hecho de que Serbia se auto-

mayor celeridad. Cfr. *Organización Mundial del Comercio. Adhesión: situación de los procesos de adhesión*. Disponible en <http://www.wto.org>

⁵⁴ Cfr. RUBIO PLO, A. R.: “Referéndum en Montenegro: muerte de una unión de papel y expectativas para los nacionalismos”. *Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos*, ARI n.º 62/2006, pág. 2. Disponible en <http://www.realinstitutoelcano.org/analisis/981.asp>

⁵⁵ La decisión de suspender tales negociaciones fue tomada a principios de mayo de 2006, una vez que la fiscal del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Carla del Ponte, certificara que Belgrado no llevaba a cabo los esfuerzos suficientes para detener al prófugo general serbobosnio Ratko Mladic, acusado como criminal de guerra por su directa implicación en miles de muertes, incluida la matanza de Srebrenica.

⁵⁶ Un total de 419.236 ciudadanos montenegrinos acudieron a las urnas, de los cuales 230.711 se decantaron por la independencia frente a los 184.954 que preferían mantener la unión con Serbia. Cfr. RUBIO PLO, A. R.: “Montenegro: muerte de una unión de papel...”, *op. cit.*, pág. 1.

proclamase continuadora del antiguo Estado de Serbia-Montenegro y de que esta pretensión no fuera rechazada por la comunidad internacional, supuso que mantuviera su condición de miembro en las Organizaciones internacionales de las que formaba parte el anterior Estado y que el nuevo Estado de Montenegro debiera solicitar su ingreso de nuevo en tales organizaciones⁵⁷. Siguiendo este proceder, Montenegro solicitó su ingreso en las Naciones Unidas⁵⁸ y en el Consejo de Europa, entre otras Organizaciones internacionales como la OSCE, que fue la primera en aceptar a Montenegro como miembro de pleno derecho el 21 de junio de 2006⁵⁹.

En relación con las Naciones Unidas, la Asamblea General, tras recomendación previa del Consejo de Seguridad⁶⁰ aprobó por aclamación el ingreso de Montenegro como Estado miembro número 192 de la Organización, mediante la Resolución 60/264 de 28 de junio de 2006. En cuanto al Consejo de Europa, del que formaba parte Serbia-Montenegro desde el año 2003, el Comité de Ministros transmitió la demanda de admisión de Montenegro a la Asamblea Parlamentaria

⁵⁷ La Declaración de independencia del Parlamento de Montenegro, adoptada el 3 de junio de 2006, hacía una referencia específica a la aceptación de los principios establecidos en los documentos de las Naciones Unidas y de otras Organizaciones internacionales, así como la intención de solicitar el ingreso en ellas. Como prioridad estratégica expresa el deseo de una rápida integración en la Unión Europea, así como “su firme determinación a acceder a las estructuras de seguridad euro-atlánticas”. El Gobierno de Montenegro se pronunció en un sentido similar. *Vid.* Declaration of the Government of the Republic of Montenegro addressed to the citizens of Montenegro. *The Government of the Republic of Montenegro*. <http://www.vlada.cg.yu/eng/>

⁵⁸ El Gobierno de Montenegro adoptó tras la celebración del referéndum una Declaración sobre las relaciones con las Naciones Unidas, en la que manifestaba su deseo de ser admitido como miembro de pleno derecho de la Organización y de sus organismos especializados tan pronto como fuera posible. También manifestaba su determinación de respetar las obligaciones internacionales derivadas de la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y de otros tratados y documentos adoptados por el anterior Estado en calidad de miembro de la Organización así como de los principios de la Carta de las Naciones Unidas. “Declaration on Relations with the United Nations after the Referendum on Stat-Legal Status”. *The Government of the Republic of Montenegro*. <http://www.vlada.cg.yu/eng/>

⁵⁹ Tras la solicitud de adhesión a la OSCE por parte de Montenegro, y después de recibir la comunicación del Ministro de Asuntos Exteriores de la República de Montenegro (Doc. CIO.GAL/97/06, de 6 de junio de 2006) por la que el nuevo Estado acepta la totalidad de los compromisos y responsabilidades que le atañen ante la OSCE, el Consejo de Ministros, en su Decisión n.º 2/06, dio “la bienvenida a Montenegro en calidad de Estado participante de la OSCE”. *Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa. Consejo de Ministros. Decisión N.º 2/06. Ingreso de Montenegro a la OSCE*. Doc. MC.DEC/2/06, de 21 de junio de 2006.

⁶⁰ El Consejo de Seguridad en su Resolución 1691 de 22 de junio de 2006, una vez examinada la demanda de admisión presentada por la República de Montenegro (S/2006/409), recomendó a la Asamblea General la admisión de Montenegro como Estado miembro de las Naciones Unidas.

para que analizara el cumplimiento por parte de la nueva República de Montenegro, de las condiciones requeridas para su admisión⁶¹.

3. La disolución de la Unión Soviética

Tras la aceptación por parte de la URSS de la independencia de las Repúblicas bálticas y de su posterior reconocimiento por parte de los Estados Unidos y la Comunidad Europea, se intentó buscar una fórmula para mantener unidas al resto de las doce repúblicas soviéticas. Ante el último intento de mantener una unión de corte federal, que pretendía el todavía presidente de la URSS Mijaíl Gorbachov, se opuso la propuesta del presidente de la Federación Rusa, Boris Yeltsin, que se inclinaba por un modelo confederal. Al no prosperar éste, tanto Ucrania como Rusia se mantuvieron fuera, lo que eliminó cualquier posibilidad de acuerdo y con él de mantener la Unión.

El consenso para declarar la extinción de la Unión Soviética se venía ya fraguando entre los Presidentes de los nuevos Estados que iban surgiendo tras las sucesivas proclamaciones de independencia y tan sólo faltaba hallar una fórmula jurídica para declarar aquélla. Además existían una serie de síntomas que demostraban la existencia de tal consenso, como era la carencia de un presupuesto general del Estado soviético para 1992. La desastrosa situación de las cuestiones económico-financieras constituían un factor disgregador de primer orden, pues el agotamiento de los fondos en el Banco del Estado amenazaba con no poder pagar los sueldos de los funcionarios y con la suspensión generalizada de pagos.

Para solucionar esta grave amenaza, Yeltsin y Gorbachov firmaron un acuerdo por el que la Federación Rusa cubriría el déficit presupuestario del todavía vigente Estado, asumiendo la financiación y la administración del presupuesto de la Unión Soviética hasta fin de año. En la práctica, la Federación Rusa iba asumiendo muchas de las atribuciones que hasta entonces correspondían al poder central. Así el presidente de la Federación Rusa había anunciado, a finales de octubre, la creación de un Banco de Rusia sobre la base de los activos del todavía existente Banco Central de la URSS. Además, eran los representantes de la Federación Rusa quien negociaban las ayudas en los organismos económicos internacionales.

⁶¹ *Déclaration du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. Demande d'adhésion de la République du Monténégro au Conseil de l'Europe.* 14 juin 2006. Disponible en <http://www.voltairenet.org/article140622.html>.

El resultado abrumador a favor de la independencia en el referéndum de Ucrania⁶², el reconocimiento de ésta por parte de la Federación Rusa y la abrogación del Tratado de la Unión de 1922 por los Parlamentos de Ucrania, Rusia y Bielorrusia, demostraron que el proyecto de cualquier forma de unión quedaba definitivamente descartado y que el consenso para extinguir la Unión Soviética era firme y definitivo. Sorprendentemente, la implosión soviética se produjo en unos pocos meses, sin suscitar apenas oposición y sin una explosión generalizada de violencia, aunque, como ya advertimos, las causas de fondo venían de lejos.

Aunque las contradicciones, las fragilidades y el coste humano del régimen soviético eran sobradamente conocidos y denunciados, no eran percibidos como una amenaza a la viabilidad y estabilidad del sistema, al menos a corto y medio plazo. Por reales e importantes que fueran los problemas de la Unión Soviética, no parecían poner en peligro un régimen que había sobrevivido a la guerra civil, a la industrialización forzada y a la colectivización, a las purgas y al terror estalinista, a la Segunda Guerra Mundial y sus seis millones de muertos, a la desestabilización y a la salida del totalitarismo..., en definitiva parecía que aquéllos no constituían un grave peligro para un Estado que, por su potencial militar y la amenaza que éste representaba, había sido percibido y considerado como una gran potencia⁶³. Sin embargo, la conjunción de una serie de factores, anteriormente mencionados, hicieron posible lo que prácticamente nadie había previsto, con la excepción de contadas consideraciones premonitorias, que más tarde fueron calificadas de proféticas⁶⁴.

Conseguido el objetivo de disolver la Unión Soviética, tras rechazar el último intento del presidente de la URSS para aprobar el Tratado de la Unión, el Presidente de la Federación Rusa quiso restablecer los nexos entre las tres Repúblicas

⁶² Con una participación del 84,1% del electorado, el 90,3% de los votantes se inclinaron a favor de la independencia. En Crimea, la población rusa, votó a favor de aquélla, con un 56%. En la misma consulta electoral se llevaron a cabo las elecciones presidenciales, resultando elegido el antiguo comunista, reconvertido al nacionalismo, Leonid Kravchuk, con un 61,5 % de los votos. Cfr. *Anuario Internacional CIDOB 1991*, Barcelona, 1992, págs. 242 y s.s.

⁶³ DE TINGUY A.: “Effondrement ou suicide?”, en DE TINGUY A. (dir.): *L’effondrement de l’Empire soviétique*, Bruylant/Université de Bruxelles, Bruxelles, 1998, pág. 4.

⁶⁴ Suelen citarse en este sentido las realizadas por el conocido disidente ruso A. AMALRIK: *L’Union Soviétique survira-t-elle en 1984?* Paris, 1977; y por la politóloga francesa de origen caucásico H. CARRÈRE D’ENCAUSSE: *L’Empire éclaté*. Flammarion, París, 1984.

eslavas⁶⁵, para lo que tuvo que vencer la resistencia inicial de Ucrania, temerosa de que Rusia, por su historia, su lengua, demografía, territorio, potencial económico y superioridad militar, mantuviera su hegemonía en la estructura que resultara de la desintegración de la URSS.

Con estas premisas, el 8 de diciembre de 1991, los Presidentes de la Federación Rusa, Bielorrusia y Ucrania firmaron en Minsk, capital de Bielorrusia, el Convenio sobre la fundación de la Comunidad de Estados Independientes (CEI), que debería establecer las bases de la nueva estructura que sucedería a la Unión Soviética, una vez descartada definitivamente su continuidad⁶⁶.

Las consecuencias del hundimiento de la URSS serán extraordinariamente intensas no sólo en Europa sino también en el resto del mundo. La desaparición de un actor estratégico de primer orden como fue la Unión Soviética durante más de cincuenta años y con ella, de una cierta estabilidad basada en la disuasión y el equilibrio de poderes, ha conmocionado profundamente la sociedad internacional provocando, al mismo tiempo un complejo proceso sucesorio.

A. La práctica seguida por la Federación Rusa

La Resolución adoptada el 21 de diciembre de 1991 por el Consejo de Jefes de Estado de la recién creada Comunidad de Estados Independientes con ocasión de la cumbre celebrada en Alma-Atá (Kazajstán), supuso una toma de postura clara en relación con la cuestión de la continuidad en la identidad de la Unión Soviética por parte de la Federación Rusa en el ámbito internacional y, de forma particular, en la condición de miembro de las Organizaciones internacionales, en especial de las Naciones Unidas, al decidir que:

“1.- Los Estados miembros de la Comunidad apoyan a la Federación de Rusia para que ésta ocupe el puesto de la antigua URSS en la Organización de

⁶⁵ Las Repúblicas de Rusia, Ucrania y Bielorrusia, fundadoras de la URSS y firmantes del Tratado de la Unión de 1922 –junto a la Federación de Transcaucasia– además de poseer armas nucleares, detentaban la mayor parte de los recursos de la Unión Soviética: Las tres Repúblicas eslavas detentaban alrededor del 80% del territorio de la URSS, el 73% de su población (210 millones de habitantes), y en 1990 habían obtenido el 79% de su PNB, el 86,5% de su producción industrial, el 74,6% de su producción agrícola, el 92% de su petróleo y el 82% de la producción total de gas y electricidad de la Unión.

⁶⁶ Sobre el proceso de creación, naturaleza jurídica y características de la CEI, *vid.* BLANC ALTEMIR, A.: *La herencia soviética. La Comunidad de Estados Independientes y los problemas sucesorios*. Tecnos, Madrid, 2004.

Naciones Unidas, incluso su escaño permanente del Consejo de Seguridad y en el resto de las instancias internacionales.”⁶⁷

En cumplimiento de este acuerdo, el Presidente de la Federación Rusa enviaba, a través del embajador Vorontsov⁶⁸, una Nota Verbal al Secretario General de las Naciones Unidas, con fecha de 24 de diciembre, en la que se le informaba que la Federación Rusa ocuparía el lugar de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas como Miembro de las Naciones Unidas, incluido el Consejo de Seguridad y todos los demás órganos y organizaciones del sistema de las Naciones Unidas, con el apoyo de los Estados de la Comunidad de Estados Independientes, y le rogaba, entre otras cuestiones, la sustitución del nombre “Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas” por el de “Federación Rusa”.

Asimismo, afirmaba que la Federación Rusa asumía la plena responsabilidad de “todos los derechos y obligaciones de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas” con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas, “incluidas las obligaciones financieras”, rogándole finalmente que aceptara esta carta “con carácter de credencial de la representación de la Federación Rusa en los órganos de las Naciones Unidas para todos quienes actualmente poseen credenciales como representantes de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas ante las Naciones Unidas”.

El propio Secretario General informó del contenido de la misma a todas las misiones permanentes acreditadas ante las Naciones Unidas, que no formularon ninguna objeción al respecto⁶⁹, ni por escrito ni verbalmente, ni tampoco con ocasión de las subsiguientes reuniones del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General celebradas cuando ya se había llevado a cabo la sustitución de la Unión Soviética por la Federación Rusa⁷⁰.

⁶⁷ Vid. texto en *Fundación Encuentro. Centro Internacional de las Culturas Europeas. De la URSS a la CEI. I. Acuerdos*, Cuaderno n.º 128, marzo de 1992, pág. 17.

⁶⁸ En el mes de diciembre de 1991 correspondía la presidencia del Consejo de Seguridad a la Unión Soviética, que la ejerció a través de su embajador Vorontsov, hasta la reunión número 3024, celebrada el 23 de diciembre del citado año. La siguiente reunión, número 3025, celebrada el 31 de diciembre, fue presidida por el mismo embajador que ya no representaba a la Unión Soviética, sino a la Federación Rusa. Cfr. DASTIS QUECEDO, A.: “La desintegración de la Unión Soviética y la cuestión de su ‘sucesión’ en las Naciones Unidas”, *REDI*, vol. XLIV, 1992-1, pág. 249.

⁶⁹ Muy al contrario, en algunos casos como el de España, las intervenciones fueron en sentido positivo, como puede observarse en la decisión transmitida el 30 de diciembre de 1991 por la Misión Permanente de España ante las Naciones Unidas a la Misión Permanente de la Federación Rusa. Cfr. “Práctica española de Derecho Internacional Público”. *REDI*, vol. XLIV, 1992-1, pág. 125.

⁷⁰ Ningún miembro del Consejo de Seguridad formuló ninguna observación cuando al final de la reunión número 3025 celebrada el 31 de diciembre de 1991, el embajador Vorontsov preguntó si

Por lo tanto, nos encontramos ante un supuesto particular, pues aunque los Acuerdos de Minsk y de Alma-Atá proclamaron la extinción de la Unión Soviética, lo que hubiera implicado en buena lógica jurídica que todos los Estados surgidos de aquélla, incluyendo a la Federación Rusa, hubieran solicitado su admisión en las Naciones Unidas, se decidió optar por la continuidad de la Federación Rusa en la personalidad jurídica internacional de la antigua Unión Soviética, en cuanto a su calidad de miembro de la Organización, en particular como miembro permanente en el Consejo de Seguridad. Y ello por varios tipos de razones, que, sin carácter exhaustivo, exponemos a continuación.

En primer lugar por la reacción positiva que como hemos visto provocó la pretensión rusa en los demás miembros de la Organización. Esta actitud positiva venía precedida por el acuerdo alcanzado al respecto entre todas las Repúblicas ex soviéticas, con la excepción de las bálticas que no asistieron, reunidas en las cumbres de Minsk y de Alma-Atá.

En segundo lugar, porque existen suficientes elementos objetivos que apoyaban tal continuidad de Rusia, como son que comprendía la mayor parte del territorio, de la población y de los recursos de la antigua Unión Soviética, además de ser la sede de sus principales instituciones y detentar la mayor parte de su capacidad nuclear.

En tercer lugar, por que optar por someter a la Federación Rusa al procedimiento de admisión hubiera, presumiblemente, provocado una crisis constitucional en las Naciones Unidas, en particular en lo relativo a la composición de su Consejo de Seguridad, lo que explica que se optase por consideraciones de carácter político basadas en la preservación de la estabilidad de la Organización⁷¹.

De esta forma, la Federación Rusa ha sido la continuadora en la personalidad jurídica internacional de la antigua Unión Soviética en las Organizaciones

alguien de los presentes quería intervenir para manifestar alguna objeción al respecto. Lo mismo ocurrió en la sesión de la Asamblea General del 2 de marzo siguiente cuando aquélla examinaba la recomendación del Consejo de Seguridad para admitir como miembros a las nuevas Repúblicas surgidas de la URSS. *Vid.* en este sentido DASTIS QUECEDO, A.: “La desintegración de la Unión Soviética y la cuestión...”, *op. cit.*, págs. 249 y 250.

⁷¹ *Vid.* en este sentido ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P.: “Problemas actuales...”, *op. cit.*, pág. 193, y BLUM, Y.: “Russia Takes Over the Soviet Union’s Seat at the United Nations”. *EJIL*, vol. 3, 1992, pág. 361. Dastis añade a esta consideración el hecho de que la antigua Unión Soviética no comprendía a efectos de las Naciones Unidas, ni a Ucrania ni a Bielorrusia, y que además, existía un cierto paralelo histórico con la situación de 1917 en que Rusia fue considerada como continuadora del antiguo imperio zarista. DASTIS QUECEDO, A.: “La desintegración de la Unión Soviética...”, *op. cit.*, pág. 251.

internacionales, mediante una simple notificación de continuidad. Como afirma B. Stern⁷², el hecho de que la Federación Rusa aparezca como continuadora de la Unión Soviética en los tratados constitutivos de las Organizaciones internacionales, implica que sea considerada como parte en las mismas no desde la fecha de notificación de continuidad, sino desde la fecha de ratificación efectuada en su día por la Unión Soviética.

B. La práctica seguida por las demás Repúblicas ex-soviéticas

En cuanto al resto de las Repúblicas, conviene distinguir el caso particular de *Ucrania y Bielorrusia*, que eran miembros originarios de las Naciones Unidas, de las demás, que fueron admitidas con posterioridad a la desintegración soviética, salvo las tres *Repúblicas bálticas* que fueron admitidas el 17 de septiembre de 1991, por lo tanto con anterioridad a producirse aquélla.

La situación específica de los *Estados bálticos* ante el desmembramiento de la Unión Soviética, desde la óptica del Derecho internacional, se deriva de dos factores distintos: en primer lugar, que tanto Estonia, como Letonia y Lituania, existieron como Estados independientes desde 1918 hasta 1940; y, en segundo lugar, que las tres Repúblicas se separaron de la URSS antes de su disolución efectiva e incluso fueron reconocidas por ésta.

La calificación de la sucesión de Estados operada, a la luz de las Convenciones de Viena sobre sucesión en materia de tratados de 1978 y sobre sucesión en materia de bienes, archivos y deudas de 1978, sería una separación de Estados, pero desde un primer momento Estonia, Letonia y Lituania no aceptaron tal calificación, presentándose como reanudadores, sin continuidad, de la personalidad jurídica internacional de los tres Estados anexionados en 1940. Nos encontraríamos, por lo tanto, ante un supuesto de restauración de la independencia de los antiguos Estados bálticos, cuya personalidad jurídica se ha perpetuado en el tiempo. Y desde esta óptica, Estonia, Letonia y Lituania serían los continuadores de los Estados anexionados por la URSS en 1940. Esta fue la postura no sólo de los Estados en cuestión, sino también la de los Estados miembros de la Comunidad Europea al afirmar:

⁷² STERN, B.: "Rapport intérimaire sur la succession en matière de traités constitutifs d'organisations internationales et de traités adoptés au sein des organisations internationales". International Law Association. *Report of the 68th Conference held at Taipei, Taiwan, Republic of China (1998)*, London, 1998, pág. 4.

“la Comunidad y sus Estados miembros acogen calurosamente la restauración de la soberanía de los Estados bálticos que habían perdido en 1940...”⁷³

Tras presentar su solicitud de admisión, finalmente los tres Estados bálticos fueron admitidos como miembros de pleno derecho de las Naciones Unidas el 17 de septiembre de 1991⁷⁴, así como de sus organismos especializados. Una semana antes, durante la reunión de la Conferencia para la Seguridad y Cooperación en Europa, hoy OSCE, celebrada en Moscú, Estonia, Letonia y Lituania, habían sido igualmente admitidos en su seno, proceso que se repetiría asimismo con posterioridad ante otras Organizaciones internacionales.

En cuanto a *Ucrania y Bielorrusia* fueron admitidos como miembros originarios, de conformidad con el artículo 3 de la Carta, el 24 de octubre de 1945. La participación de las Repúblicas soviéticas en las Naciones Unidas ya fue discutida en la Conferencia de Dumbarton-Oaks por iniciativa de la delegación soviética que propuso la admisión de todas las Repúblicas que componían la Unión Soviética. La propuesta fue rechazada por los Estados Unidos y el Reino Unido alegando que aquéllas carecían de soberanía real y efectiva. En la Conferencia de Yalta, la delegación soviética renunció a dicha pretensión pero exigió que al menos tres Repúblicas (Bielorrusia, Ucrania y Lituania) fueran aceptadas como miembros originarios de las Naciones Unidas. Roosevelt y Churchill aceptaron las candidaturas de las dos primeras, pero rechazaron la de Lituania alegando que no habían reconocido su anexión por la Unión Soviética.

En consecuencia, en el caso de Ucrania y Bielorrusia, ahora convertida en Belarús, se ha seguido un proceso similar, aunque no idéntico al de la Federación Rusa. En efecto, al ser miembros originarios de las Naciones Unidas, de varios de sus organismos especializados y de otras Organizaciones internacionales⁷⁵,

⁷³ “*Declaración de los Doce sobre los países bálticos. Bruselas, 27 de agosto de 1991*”. La Oficina de Información Diplomática del Ministerio de Asuntos Exteriores español hizo público el comunicado, suscrito por los Doce Estados miembros de la Comunidad Europea en el marco de la Cooperación Política Europea. *Vid.* texto en *Actividades, Textos y Documentos de la Política Exterior Española, Año 1991*, págs. 881-882.

⁷⁴ Durante la sesión celebrada el 17 de septiembre de 1991, la Asamblea General adoptó por aclamación los proyectos de resolución sobre la admisión de los tres Estados bálticos como miembros de pleno derecho de las Naciones Unidas, a recomendación del Consejo de Seguridad, que había aprobado, el día 12 de septiembre, por unanimidad y sin debate, las Resoluciones 709, 710 y 711 relativas al procedimiento de admisión de Estonia, Letonia y Lituania.

⁷⁵ En cuyo caso aparece la fecha de adhesión originaria de ambas Repúblicas ex-soviéticas, ahora Estados independientes: O.M.S (Ucrania: 3 de abril de 1948; Belarús: 7 de abril de 1948); O.M.M.; UNESCO o A.I.E.A. (Ucrania: 31 de julio de 1957; Belarús: 8 de abril de 1957). En cam-

ambos Estados han mantenido su estatuto mediante una simple notificación en la que comunicaban que continuaban formando parte de la organización. En cambio, en las organizaciones en las que no eran anteriormente miembros, han debido seguir el procedimiento normal de adhesión.

El resto de los Estados surgidos de la desmembración soviética fueron admitidos el 2 de marzo de 1992, salvo Georgia, cuya admisión se produjo el 31 de julio del mismo año. En cuanto a los organismos especializados se ha seguido el mismo procedimiento, tanto en relación con la Federación Rusa⁷⁶ como con el resto de las Repúblicas ex-soviéticas⁷⁷, práctica utilizada, asimismo, con carácter general⁷⁸, en relación con otras Organizaciones internacionales de carácter universal o regional.

4. La partición de Checoslovaquia

El Estado checoslovaco fue creado al fin de la Primera Guerra Mundial, concretamente el 18 de octubre de 1918. Con unas fronteras bien definidas, garantizadas por la Conferencia de París, y con una población de 15 millones de habitantes, de los cuales el 70% pertenecía a etnias eslavas, Checoslovaquia nació como un Estado viable a pesar del amenazante expansionismo de su gran vecino alemán.

bio en la O.A.C.I., de la que no formaban parte, ambos debieron seguir el procedimiento normal de adhesión (Ucrania: 10 de agosto de 1992; Belarús: 4 de junio de 1993).

⁷⁶ La Federación Rusa envió sendas comunicaciones a una serie de organismos especializados de las Naciones Unidas en las que comunicaba que asumía la plena responsabilidad de todos los derechos y obligaciones de la URSS, por lo que debería utilizarse en adelante el nombre de “Federación Rusa” en vez de “Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas” (UNESCO: 30 de diciembre de 1991; OMCI y AIEA: 26 de diciembre de 1991). En cambio, la Federación Rusa manifestó su consentimiento al Acuerdo constitutivo del FMI y al Acuerdo del BIRD, mediante aceptación (1 de junio y 16 de junio de 1992 respectivamente).

⁷⁷ Con la particularidad ya señalada anteriormente en relación con Ucrania y Belarús. El ingreso del resto de los Estados surgidos de la desintegración soviética en los organismos especializados, se ha producido con posterioridad a su incorporación como miembros de pleno derecho en las Naciones Unidas, y de conformidad con los requisitos establecidos en sus tratados constitutivos, respecto de los que dichos Estados han manifestado su consentimiento.

⁷⁸ Los casos en los que la Federación Rusa ha debido de solicitar la admisión *ex novo*, son realmente excepcionales, como ha ocurrido con el Convenio constitutivo de la Organización Europea de Telecomunicaciones por Satélite (EUTELSAT), en la que la Federación Rusa fue admitida el 4 de julio de 1994, mediante adhesión.

Sin embargo, las concepciones fundacionales del nuevo Estado checoslovaco por parte de checos y eslovacos fueron diferentes desde un principio. Así mientras para los checos, la creación del nuevo Estado era de alguna forma la continuidad del Estado medieval creado en torno a la Corona de Bohemia⁷⁹, para los eslovacos la pertenencia a dicho Estado les brindaba la posibilidad de salir del área de influencia húngara, a la que pertenecían desde hacía siglos y con ello de evitar la definitiva asimilación por parte de aquélla restableciendo la viabilidad de la nación eslovaca.

A pesar de estas diferentes sensibilidades, la Constitución de la República checoslovaca adoptada en 1920 proclamaba el carácter unitario del nuevo Estado, siguiendo la concepción constitucional de la representación checa, que no satisfacía plenamente a la otra parte ya que aquella no permitía la emancipación nacional eslovaca, razón por la que los eslovacos nunca llegarían a identificarse con la noción de “pueblo checoslovaco”⁸⁰. La coexistencia de dos concepciones fundacionales difícilmente reconciliables y las también diferentes esperanzas que checos y eslovacos habían depositado en la creación del nuevo Estado⁸¹ pesarían como una losa y junto a otros factores complicarían progresivamente las relaciones entre ambos pueblos.

Entre dichos factores podemos mencionar uno de carácter interno y otro externo. En relación con el primero de ellos, conviene señalar la propia composición étnica de su población, que si bien en un principio era claramente multinacional⁸² a principios de la década de los noventa había perdido esta naturaleza pasando a ser claramente dual: 63% de checos y 31% de eslovacos, representando las minorías menos de un 6%⁸³. La coexistencia dualista, marcada además por la preponderancia demográfica checa (10 millones de checos frente a cinco de eslovacos) no constituiría un factor de estabilidad sino que potenciaría aún más las diferencias entre ambas comunidades una vez caído el muro de Berlín. En

⁷⁹ Formado por Bohemia, Moravia y una parte de Silesia.

⁸⁰ Cfr. MALENOVSKY, J.: “Problèmes juridiques liés à la partition de la Tchécoslovaquie”, *AFDI*, 1993, pág. 307.

⁸¹ MIKO, F. T.: “The Czech Republic and Slovakia: Implications of the Split”, *Dossier Est-Ouest*, 1 January 1993, pág. 3.

⁸² El censo de la población que habitaba entre las dos guerras en Checoslovaquia arrojaba la siguiente composición étnica: 53% de checos; 24% de la minoría alemana; 16% de eslovacos; 4,5% de la minoría húngara así como porcentajes muy bajos de otras etnias. Durante la Segunda Guerra Mundial, Checoslovaquia perdió una gran parte de su minoría judía, así como más de tres millones de la minoría alemana y una parte de la minoría húngara.

⁸³ De los cuales, un 3,8% pertenecía a la minoría húngara.

efecto, mientras que la parte checa intentaba mantener un Estado unitario con un poder central fuerte, la parte eslovaca pretendía debilitar dicho poder potenciando estructuras de carácter federal o confederal.

La llegada del régimen democrático no cambió el rígido esquema centralista derivado de la época anterior⁸⁴, pero ello no equivale a afirmar que la partición checoslovaca fuera la consecuencia directa del establecimiento de la democracia⁸⁵ pues conviene señalar al respecto que la celebración de las primeras elecciones en el conjunto del territorio no tuvieron el efecto de conceder una legitimidad nueva y duradera al marco federal preexistente, en particular dado el hecho de que desde 1989 no había sido creado ningún partido político viable y fuerte que operara en el conjunto del territorio federal checoslovaco, lo que, sin lugar a dudas, era muy significativo.

El otro factor a tener en cuenta en el proceso de partición del Estado checoslovaco fue el contexto internacional. En efecto, Checoslovaquia fue creada en un espacio percibido durante siglos como un simple elemento más del Imperio austriaco en un momento en que tanto Rusia como Alemania habían perdido temporalmente su influencia en la zona como grandes potencias. La caída del muro de Berlín en 1989 generó un vacío de poder en Europa Central y con él la desaparición de fuerzas suficientemente poderosas que exigieran el mantenimiento del Estado checoslovaco⁸⁶ coincidiendo en un momento en que, por otra parte, Europa Occidental estaba sumida en una crisis económica que reclamaba la atención de sus Gobiernos en el ámbito interno al mismo tiempo que se estaba negociando en la Comunidad Europea el ambicioso modelo que implicaba la adopción del Tratado de Unión Europea.

La atomización de la vida política y social en Europa Central como reacción a décadas de existencia de un poder comunista extremadamente fuerte y centralizado, determinó a su vez que los conceptos de socialismo y federalismo

⁸⁴ Sin duda este esquema fue heredado de la época comunista, en la que existía una rígida centralización del poder político que emanaba del Comité Central del Partido Comunista de Checoslovaquia con sede en Praga, donde también residían el Parlamento, los órganos centrales del Poder Ejecutivo y Judicial, así como una larga lista de organismos relacionados con la economía y el comercio exterior. La llegada del régimen democrático no lograría cambiar esta situación de centralismo excesivo lo que contribuiría a potenciar la desconfianza entre checos y eslovacos favoreciendo en último término la partición de Checoslovaquia.

⁸⁵ Cfr. RUPNIK, J.: "Lettre de l'Europe de l'Est. La dimension internationale de la séparation tchéco-slovaque", *Pouvoirs*, n.º 66, 1993, pág. 161.

⁸⁶ Cfr. MALENOVSKY, J.: "Problèmes juridiques liés...", *op. cit.*, pág. 309.

salieran desacreditados de la experiencia comunista⁸⁷, y que en particular éste último, no fuera acogido por los nuevos Estados democráticos surgidos en esta parte de Europa. Además, la comunidad internacional, en particular la Comunidad Europea, estimó que una forma de evitar en territorio checoslovaco la repetición del modelo desintegrador violento de Yugoslavia, era el de acelerar la partición de Checoslovaquia en lugar de intentar mantener a toda costa su existencia.

Tras las elecciones parlamentarias de junio de 1992, cuyos resultados evidenciaron la imposibilidad de mantener la Federación⁸⁸ el Consejo Nacional Eslovaco (Parlamento) proclamó el 17 de julio del mismo año la Declaración de soberanía de la República Eslovaca en la que se hacía una mención expresa a la creación de un nuevo Estado eslovaco. Tan sólo tres días después, el 20 de julio, el presidente Václav Havel presentó su dimisión. El cargo de Presidente de Checoslovaquia quedaría vacante y ya no volvería a ser ocupado al no ser capaz la Asamblea Federal de elegir otro candidato. En cambio, si fue elegido un Gobierno Federal restringido y compuesto de forma paritaria por ministros checos y eslovacos, que empezó a ejercer sus funciones el 23 de julio con el único objetivo de llevar a cabo una partición tranquila y civilizada del Estado checoslovaco, lo que finalmente se materializaría con la adopción por parte de la Asamblea Federal de la Ley Constitucional sobre la disolución, de 25 de noviembre del mismo año de 1992, que preveía la disolución de la Federación el 31 de diciembre siguiente y la creación de dos nuevos Estados que serían sus sucesores.

Por lo que respecta a la sucesión en las diversas Organizaciones internacionales a las que pertenecía Checoslovaquia, conviene señalar que dicho Estado fue miembro originario de las Naciones Unidas. Sin embargo, dado que ninguno de los dos Estados surgidos de la disolución, República Checa y República Eslovaca, fueron considerados como continuadores de la antigua Checoslovaquia, sino como sucesores en pie de igualdad, ambos debieron solicitar su ingreso en la Organización, que se produjo el 19 de enero de 1993. Por lo tanto, puede afirmarse que la disolución de Checoslovaquia demostró una vez más que el Derecho internacional no autoriza a un Estado sucesor a convertirse automáticamente en

⁸⁷ Cfr. RUPNIK, J.: "Lettre de l'Europe de l'Est...", *op. cit.*, pág. 161.

⁸⁸ Mientras en la República Checa resultó vencedor el Partido Democrático Cívico que era partidario de un Estado Federal fuerte, en la República Eslovaca ganó el Movimiento para Eslovaquia que reclamaba la emancipación del pueblo eslovaco y un esquema confederal en sus relaciones con la parte checa.

miembro de las Organizaciones internacionales a las que pertenecía el Estado predecesor⁸⁹.

En aplicación de dicho principio, el Consejo de Seguridad analizó las demandas de admisión de la República Checa y de Eslovaquia a las Naciones Unidas, y recomendó a la Asamblea General la adhesión de ambos Estados el 8 de enero de 1993⁹⁰. Mediante las Resoluciones 47/221 y 47/222, de 19 de enero del mismo año, la Asamblea General aprobó por aclamación las recomendaciones del Consejo, por lo que la República Checa pasó a convertirse en el Estado miembro n.º 179 y Eslovaquia el 180º. En relación con la participación de ambos Estados en determinados órganos subsidiarios de la Asamblea General, conviene señalar que las plazas vacantes por la desaparición de Checoslovaquia, fueron asumidas por sus Estados sucesores, República Checa y Eslovaquia, en función de un acuerdo previo entre ambos. En cambio el Comité de Contribuciones no aceptó la pretensión de ambos Estados, formulada en septiembre de 1993, de fijar sus contribuciones al presupuesto ordinario de las Naciones Unidas en tanto que nuevos Estados, sino que propuso dividir entre ambos, en tanto que Estados sucesores de la antigua Checoslovaquia, la cuota que ésta tenía asignada.

En relación con la participación de ambos Estados en los organismos especializados de las Naciones Unidas y en el resto de las Organizaciones internacionales de las que formaba parte la antigua Checoslovaquia, conviene señalar que los Ministros de Asuntos Exteriores de Checoslovaquia, de la República Checa y de Eslovaquia adoptaron un acuerdo el 12 de diciembre de 1992, en el que se precisaba cual de los dos nuevos Estados sería el continuador del Estado checoslovaco en las diferentes Organizaciones internacionales en los que aquél era miembro⁹¹. Conviene señalar, al respecto que la mayoría de las Organizaciones

⁸⁹ La Sexta Comisión de la Asamblea General había ya tomado en 1947 esta misma posición en relación con la pertenencia a las Naciones Unidas: “When a new State is created, whatever the territory and the population which compose it, and whether these have or have not been part of a State Member of the United Nations, this new State cannot, under the system provided for by the Charter, claim the status of Member of the United Nations, unless it has been formally admitted as such in conformity with provisions of the Charter”. United Nations. GAOR, 2nd Session, 6th Commission, 43 rd meet, 7-X-1947, págs. 38 y s.s.

⁹⁰ Docs. A/47/863 y A/47/864.

⁹¹ El Acuerdo partía del hecho de que tras la próxima desaparición de Checoslovaquia, los dos Estados sucesores no podrían pretender entrar automáticamente en todas las Organizaciones internacionales de que formaba parte el Estado checoslovaco, aunque si uno de ellos. El Acuerdo precisaba, por lo tanto, cuál de los dos nuevos Estados debía suceder a Checoslovaquia en cada una de las Organizaciones internacionales en las que aquélla formaba parte. Cfr. MALENOVSKY, J.: “Problèmes juridiques liés...”, *op. cit.*, pág. 332.

internacionales concernidas por esta pretensión, no la aceptaron, por lo que los nuevos Estados surgidos de la partición checoslovaca tuvieron que solicitar su ingreso de conformidad con el procedimiento, generalmente simplificado, de admisión consignado en sus tratados constitutivos⁹².

Sin embargo, la práctica no fue uniforme en el marco de las Naciones Unidas, pues la atribución de la representación en determinados organismos subsidiarios, fue llevada a cabo siguiendo un modelo de sucesión, siendo asumida en unas ocasiones por la República Checa y en otras por Eslovaquia, de conformidad con el acuerdo anteriormente citado. Por otra parte, y según advertimos anteriormente, con carácter excepcional, determinadas organizaciones de carácter financiero, como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, aceptaron un procedimiento de “sucesión condicional” para los Estados surgidos de la disolución yugoslava, que, con ciertas modificaciones, sirvió de precedente en el caso checoslovaco.

En efecto, tanto el FMI como el Banco Mundial exigieron a las dos nuevas Repúblicas, el cumplimiento de una serie de condiciones para suceder a Checoslovaquia, entre las que destacan, aceptar en sus partes respectivas las deudas y compromisos del antiguo Estado checoslovaco y adoptar todas las medidas necesarias para llevar a cabo la sucesión, de conformidad con los respectivos tratados constitutivos de aquéllas. Otras Organizaciones de carácter técnico, que generalmente presentan una debilidad institucional considerable y una carencia de mecanismos formales de admisión, aceptaron una sucesión automática en la calidad de miembro de la República checa y de Eslovaquia⁹³.

⁹² Un ejemplo de este proceder lo constituye la OIT, de cuyo Consejo de administración, Checoslovaquia había sido miembro electo. Los Ministerios de Asuntos Exteriores checo y eslovaco enviaron con fecha de 16 de diciembre de 1992 una nota verbal al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, por la que comunicaban que de conformidad con el acuerdo adoptado por ambas Repúblicas, el Estado continuador en la condición de miembro de la OIT sería la República Checa. Sin embargo esta pretensión fue rechazada por la Oficina Internacional de Trabajo y tanto la República Checa como Eslovaquia tuvieron que aceptar formalmente las obligaciones derivadas de la Constitución de la OIT antes de ser aceptados como nuevos miembros a partir del 19 de enero de 1993, fecha de su ingreso en las Naciones Unidas. La misma actitud fue adoptada por otros organismos especializados, en particular la OACI. Cfr. MAUPIN, F.: “La succession à l’OIT”, en BURDEAU, G.; STERN, B. (eds.): *Dissolution, continuation et succession...*, *op. cit.* págs. 119 y 120. Para el supuesto específico de la FAO, cfr. STEIN, R.: «La succession dans la FAO», en *ibid.*, págs. 124-126.

⁹³ A título de ejemplo, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) admitió a la República checa y a Eslovaquia en tanto que sucesores de Checoslovaquia. En cuanto a la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, convertida en organización intergubernamental en 1955 tras la elaboración de un Estatuto, se siguió un procedimiento pragmático que desembocó en una rápida resolución de la cuestión relativa a la admisión de la República checa

En relación con otras Organizaciones internacionales⁹⁴, en particular europeas⁹⁵ como el Consejo de Europa, conviene señalar que fueron los órganos competentes de la Organización quienes decidieron la admisión de los dos nuevos Estados, de conformidad con su Estatuto constitutivo. A tal efecto, el Comité de Ministros tras constatar en su sesión de 8 de enero de 1993, que Checoslovaquia había cesado de ser miembro del Consejo de Europa, y basándose en la noción de discontinuidad, decidió que sus dos Estados sucesores, debían someterse al procedimiento regular de admisión. A tal efecto, la República Checa y Eslovaquia presentaron sus solicitudes de admisión, sometiéndose al procedimiento habitual de adhesión, que fue recomendada positivamente por la Asamblea Parlamentaria el 29 de junio de 1993. Al día siguiente, el Comité de Ministros invitó a los dos nuevos Estados a adherirse al Consejo de Europa mediante sus Resoluciones 93 (32) y 93 (33), lo que efectivamente hicieron en el mismo día de 30 de junio de 1993, con efectos *ex nunc*⁹⁶.

Para concluir podemos afirmar que a pesar de los particularismos existentes, la República Checa y Eslovaquia fueron admitidas a partir del 1 de enero de 1993⁹⁷ en la mayoría de las Organizaciones internacionales de las que formaba

y de Eslovaquia como sucesores de Checoslovaquia, tras haber recibido el Secretario General de la Conferencia una comunicación de ambas Repúblicas por la que declaraban su aceptación a las Convenciones de La Haya y de su Estatuto. Cfr. DROZ, G.: “La succession à la Conférence de La Haye de droit international privé”, en BURDEAU, G.; STERN, B. (eds.): *Dissolution, continuation et succession...*, *op. cit.* págs. 178 y s.s.

⁹⁴ Como la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) y la Conferencia para la Seguridad y Cooperación en Europa (CSCE), convertida posteriormente en la actual Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE).

⁹⁵ En relación con las Comunidades Europeas, conviene señalar que Checoslovaquia había concluido el 16 de diciembre de 1991 un Acuerdo Europeo que todavía no se encontraba en vigor en el momento de su desaparición, a 31 de diciembre de 1992, por lo que al no haberse consolidado las obligaciones jurídicas que de él se derivaban, no se aceptó el principio de continuidad en relación con los dos Estados sucesores de aquélla. En cambio, el problema planteado por la existencia de un acuerdo interino adoptado para aplicar de forma provisional las disposiciones estrictamente comunitarias del citado Acuerdo Europeo, se resolvió mediante la adopción de un nuevo acuerdo distinto con cada uno de los dos Estados sucesores. Cfr. GARZÓN CLARIANA, G.: “La succession dans les Communautés Européennes”, *op. cit.*, pág. 130.

⁹⁶ La cuantía de las contribuciones de ambos Estados al Consejo de Europa, fue fijado independientemente del que tenía asignada la antigua Checoslovaquia y solamente para la segunda mitad de 1993. Sobre las cuestiones relativas a la sucesión en el Consejo de Europa, cfr. MALENOVSKY, J.: “La succession au Conseil de l’Europe”, en BURDEAU, G.; STERN, B. (eds.): *Dissolution, continuation et succession en Europe de l’Est...*, *op. cit.*, págs. 134-145.

⁹⁷ Tan sólo en el Consejo de Cooperación del Atlántico Norte, la admisión de la República checa y de Eslovaquia se produjo con anterioridad a la desaparición formal de Checoslovaquia, el 31 de diciembre de 1992.

parte la antigua Checoslovaquia. La admisión se produjo simultáneamente en algunos casos, como en las Naciones Unidas o en el Consejo de Europa, o de forma separada en otros⁹⁸. En la mayoría de los casos, el procedimiento de adhesión de los dos nuevos Estados se produjo de forma simplificada y se resolvió de forma acelerada en pocas semanas, salvo en el Consejo de Europa que no se materializó hasta el 30 de junio de 1993, como ya advertimos, produciendo muy excepcionalmente⁹⁹ efectos retroactivos al 1 de enero de 1993, fecha en que se produjo formalmente el nacimiento de los dos nuevos Estados.

V. A MODO DE EPÍLOGO

La modificación territorial, operada de conformidad con el Derecho internacional, está en la base del fenómeno de la sucesión de Estados. Tanto el proceso descolonizador de los años sesenta como el proceso de liquidación de Estados ya constituidos por medio de la unificación, la secesión o la disolución, ha generado un cierto renacimiento de la sucesión de Estados, considerado como un sector clásico y central del Derecho internacional. Este “resurgimiento” ha venido facilitado tanto por la abundante práctica ofrecida por los cambios territoriales operados en Europa desde principios de la década de los noventa, como por la vinculación de esta materia a la codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional.

No obstante, conviene señalar que no todos los cambios territoriales implican necesariamente la desaparición del Estado predecesor, pues en determinados casos, y a pesar de producirse mutaciones importantes que afectan a los elementos constitutivos de un Estado, en particular al territorio, éste no desaparece y continúa existiendo. En estos casos, la continuidad del Estado predecesor impide la sucesión, es decir la sustitución de aquél por otro Estado que le sucede. En definitiva, el Estado predecesor mantiene su identidad a pesar de que su territorio y su población hayan disminuido o aumentado notablemente. Nos encontraríamos en este caso ante un supuesto de continuidad en la identidad del Estado.

La práctica reciente a la luz de las últimas transformaciones operadas en la Europa de finales del siglo XX, e incluso en los primeros años de este siglo XXI,

⁹⁸ Como fue el caso de la Organización Mundial de la Salud, en la que la República checa entró como miembro de pleno derecho el 24 de enero de 1993 y Eslovaquia, el 4 de febrero del mismo año.

⁹⁹ Como fue el caso del GATT.

confirma que, como regla general, los mecanismos de la sucesión no operan en lo que concierne a la cualidad de miembro de una organización internacional pues la admisión sigue el procedimiento previsto por el tratado constitutivo de la misma. Las Organizaciones internacionales no admiten la sucesión con carácter automático en el tratado constitutivo ni en la cualidad de miembro, siendo la regla general que los nuevos Estados soliciten su admisión y se sometan a los procedimientos habituales de la adhesión, aceptándose la sucesión tan sólo de forma excepcional.

Del análisis de la abundante práctica que las sucesivas transformaciones territoriales han tenido lugar en Europa durante los últimos años, puede deducirse que en los cuatro casos analizados se han dado soluciones específicas en atención al fenómeno particular de sucesión de Estados que subyace en cada una de ellas, y de modo particular en lo que afecta a su pertenencia a las Organizaciones internacionales de las que formaba parte el Estado predecesor.

En el caso “atípico” de la unificación de Alemania, la absorción de la RDA por parte de la RFA y la consideración de ésta como Estado continuador, implicó que no hubo necesidad de llevar a cabo procedimientos de admisión de la Alemania reunificada en las diversas Organizaciones internacionales en las que ambos Estados eran miembros, ni en las que tan sólo lo era la RFA, renunciando, sin embargo, ésta a reemplazar a la RDA en calidad de miembro en aquellas Organizaciones internacionales en las que tan sólo era miembro la extinguida RDA.

En el supuesto de la disolución de Yugoslavia, el rechazo a la pretensión de la nueva RFY (Serbia y Montenegro), a considerarse como continuadora de la desaparecida RSFY, condicionó de forma muy notable la cuestión de la participación en las diversas Organizaciones internacionales de las que formaba parte la antigua RSFY. En efecto, el hecho de que todas las antiguas Repúblicas yugoslavas, ahora Estados independientes, debían ser considerados como Estados sucesores, implicó que todos ellos debieron solicitar de nuevo su ingreso en tales organizaciones. En cambio, en el reciente proceso de secesión de Montenegro, el hecho de que Serbia se autoproclamase continuadora del antiguo Estado de Serbia-Montenegro y de que esta pretensión no fuera rechazada por la comunidad internacional ni por el nuevo Estado de Montenegro, ha supuesto que mantuviera su condición de miembro en las Organizaciones internacionales de las que formaba parte el anterior Estado y que el nuevo Estado de Montenegro debiera solicitar su ingreso de nuevo en tales organizaciones.

En el caso de la extinta Unión Soviética, dada la preeminencia de la Federación Rusa, se consideró a ésta como continuadora en la personalidad jurídica internacional de la antigua Unión Soviética, en las Organizaciones internacionales

les de las que ésta formaba parte, mediante una simple notificación de continuidad en la que se solicitaba tan sólo un cambio nominal de la representación. Este procedimiento se siguió tanto en su condición de miembro de las Naciones Unidas y de sus organismos especializados, como de su particular posición como miembro permanente del Consejo de Seguridad, que pasó a ocupar, con todas sus consecuencias, la Federación Rusa. En cuanto al resto de las Repúblicas, conviene distinguir el caso particular de Ucrania y Bielorrusia, que en cuanto miembros originarios de las Naciones Unidas no debieron volver a solicitar su ingreso, de las demás, que sí debieron solicitarlo, siendo admitidas con posterioridad a la desintegración soviética, salvo las tres Repúblicas bálticas que fueron admitidas el 17 de septiembre de 1991, por lo tanto con anterioridad a producirse aquélla.

En el supuesto de la partición de Checoslovaquia, dado que ninguno de los dos Estados surgidos de la disolución, República Checa y República Eslovaca, fueron considerados como continuadores de la antigua Checoslovaquia, sino como sucesores en pie de igualdad, ambos debieron solicitar su ingreso en las diferentes Organizaciones internacionales en las que aquella era miembro. La admisión se produjo de forma simultánea en algunos casos como en las Naciones Unidas o en el Consejo de Europa o de forma separada en otros, habiéndose utilizado generalmente un procedimiento de adhesión simplificado.

DISCURSO DE CONTESTACIÓN

José Luis Merino Hernández

Excmos. e Ilmos. Sres., Sras. y Sres.

El Dr. Blanc Altemir es un intelectual aragonés de la Franja. Yo siempre he creído que pertenecer a esta singular parte del territorio de nuestra Comunidad imprime un determinado carácter. Son estos aragoneses, según he podido constatar, personas que nacen y viven a caballo de dos Comunidades, de dos culturas, la aragonesa y la catalana, estrechamente relacionadas en la Historia y en el presente, pero cada una con su singular personalidad, con su “seny” una y con su carácter la otra. Y quienes, como el Dr. Blanc, saben retener lo mejor de cada una, son hombres y mujeres con una gran capacidad de integración.

Antonio Blanc Altemir nació, hace ahora casi 53 años, en el pequeño pueblo oscense de Azanuy, en la Litera. Como tantos otros aragoneses de la Franja, se trasladó a Cataluña a realizar sus estudios universitarios, en cuya Universidad de Barcelona obtuvo primero la licenciatura en Derecho, en 1978, y luego el doctorado, en 1988, con la máxima calificación y Premio Extraordinario.

Muy pronto se incorpora a la Universidad de Lleida, en la que desempeña diferentes cargos docentes, hasta el año 1991 en el que obtiene, por concurso oposición, la plaza de Profesor Titular de Derecho Internacional Público.

Su clara vocación hacia el Derecho Internacional, le llevó a ampliar sus estudios en Luxemburgo, en cuyo “Institut Universitaire” se diplomó en 1991.

No obstante todo lo dicho, sus raíces aragonesas las pone de manifiesto en su quehacer universitario como Profesor en el Centro de Barbastro de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, en el que ha desempeñado distintos cargos como Coordinador de Derecho y Director, impartiendo también la docencia desde hace ya 24 años; y ahora, ingresando por méritos propios en esta Academia

Aragonesa que le acoge con todos los honores y, por mi parte, con gran admiración y afecto.

El Profesor Blanc es autor de siete libros y ha dirigido cinco obras colectivas, así como de numerosos artículos publicados en revistas especializadas, algunas de gran impacto internacional. Ha sido ponente en un buen número de congresos internacionales y participado en diferentes proyectos y grupos de investigación. En su calidad de docente, ha dirigido tesis doctorales y organizado diferentes Cursos, siendo Coordinador de varios Programas de Doctorado.

Su doble vocación iusinternacionalista e iberoamericanista le lleva, desde hace más de una década, a impartir cursos de doctorado en varias universidades de América latina, especialmente Santiago de Chile y Lima, sin olvidar sus lazos con la vieja Europa, en muchas de cuyas universidades ha pronunciado conferencias y cursos: Bielorrusia, Italia (Bolonía, Milán y Padua, entre otras) y Francia (Montpellier) son países habituales en su quehacer universitario, además de otras muchas universidades españolas.

Un viajero impenitente, un universitario inquieto, un profesor que viaja, imparte, observa y trata de analizar, desde su perspectiva de iusinternacionalista, el mundo que nos rodea, los cambios importantes que, en el final del siglo XX y comienzos del XXI, se han producido y se siguen produciendo, en especial, en los países de nuestro próximo entorno.

* * *

Antes de entrar en la glosa del discurso que acabamos de escuchar, permítaseme una breve digresión emotiva. Cuando el Dr. Blanc inicia su disertación recordando a esos dos grandes juristas, Joaquín Costa y el Marqués de Olivart, no he podido por menos que reavivar unos sentimientos de identificación con ambos, y cada uno por razones bien distintas.

A todos cuantos hemos dedicado nuestra vida intelectual como juristas al estudio y la praxis del Derecho aragonés, y lo hemos hecho —y seguiremos haciéndolo— desde la perspectiva de lo que la norma positiva conviene al pueblo al que va destinada, para todos nosotros Joaquín Costa representa un referente indiscutible e inagotable; cuanto más se profundiza en la obra del León de Graus, más se acerca uno al verdadero Derecho, a la norma querida y sentida por el hombre y la mujer de la calle; porque, lejos de las grandes construcciones y disquisiciones doctrinales, está el sentimiento popular de lo querido y necesitado por el ciudadano en cada momento de su existencia.

El Marqués de Olivart, Don Ramón María de Dalmau, trae a mi mente recuerdos entrañables de juventud. Cuando todavía era estudiante del último curso de la carrera de Derecho en Zaragoza, comencé mis “pinitos” de escritor y el primer trabajo que publiqué, en la revista Temis de la Universidad cesaraugustana, en 1965 —sólo hace de eso 42 años—, llevaba por título “El sistema de Derecho conflictual español en el Marqués de Olivart”. De la mano del entonces Catedrático de Derecho Internacional, el Dr. D. Luis García Arias, tuve la oportunidad de acercarme a esta insigne figura y guardar para ella similar admiración que la manifestada por el Dr. Blanc.

* * *

La lectura del discurso de nuestro nuevo Académico ha despertado en mí un conjunto de sensaciones diversas y hasta contradictorias. Por una parte, parece uno estar escuchando o leyendo algo conocido y, sin embargo, conforme el conferenciante profundiza en el objeto de su discurso, se constata el gran desconocimiento que se tiene de los acontecimientos que en él describe. No de los sucesos en sí, desde luego, sino de los efectos y consecuencias que los mismos han supuesto para los países y los pueblos que han sido sus protagonistas.

Bastante lejos en el tiempo nos quedan hoy, a los habitantes del siglo XXI, todos aquellos movimientos independentistas acaecidos en el siglo XIX y primera mitad del XX: desde el nacimiento de las repúblicas iberoamericanas, segregándose de sus respectivas metrópolis, especialmente España, hasta la aparición de los nuevos estados africanos.

Sin embargo, todos cuantos aquí nos encontramos estamos siendo testigos presenciales de similares acontecimientos en la aparente inamovible Europa, en esa Europa pactada tras la II Guerra Mundial, de la que creo nadie hubiéramos podido anticipar, hace unos lustros, los cambios habidos, simbolizados, si cabe, con la famosa caída del muro de Berlín.

Como bien dice el Dr. Blanc Altemir en su discurso, “una vez finalizado el proceso de descolonización con la consiguiente creación de decenas de nuevos Estados, era de esperar que las sucesivas transformaciones en la sociedad internacional consistirían en fenómenos de integración a través de los cuales los Estados configurarían entidades más amplias, tanto en lo económico como en lo político, como ha ocurrido con el proceso de integración europea que encarna... la actual Unión Europea”.

Y sin embargo, no ha sido así. La descomposición de la Unión Soviética, la reunificación de Alemania, la división de Checoslovaquia, el renacer de los países

bálticos —Estonia, Lituania y Letonia— y el desmembramiento de la Yugoslavia de Tito son todos ellos fenómenos acaecidos muy cerca de nosotros y en relativamente muy pocos años. Como recuerda el Dr. Blanc en su discurso, consecuencia de todo ello ha sido la reciente aparición en Europa de más de una veintena de nuevos Estados.

Estoy seguro que todos hemos seguido con muchísimo interés cada uno de ellos, en algunos casos más que en otros por lo que tenían de desgarradores, y hemos estado atentos a las consecuencias que en todo el mundo, y especialmente en nuestra área geográfica, iban produciendo.

Sin embargo, yo creo que nuestra atención, de no ser expertos en la materia como lo es el Dr. Blanc Altemir, se ha quedado en la superficie de los problemas, en la epidermis de los acontecimientos, en los fenómenos más visibles de todos ellos; esos que diariamente nos relatan los medios de comunicación y los que vamos pudiendo comprobar por nosotros mismos con el transcurso del tiempo.

Pero es realmente sorprendente llegar siquiera a atisbar qué otras cuestiones importantes subyacen detrás de cada uno de estos fenómenos. Y eso es lo que me ha sucedido a mí al leer y escuchar con todo detenimiento el discurso que hoy acaba de pronunciar el Dr. Blanc, el ya Académico de Número aragonés, Excmo. Sr. Dr. Antonio Blanc Altemir.

Porque, ¿se les ha ocurrido a vds. pensar qué sucede con la nacionalidad de los habitantes de esos países que han desaparecido, dividido o desmembrado?

¿Y qué ha de hacerse de los fondos económicos de los anteriores bancos centrales de los estados divididos? ¿O de sus fondos culturales, pictóricos, bibliográficos, artísticos...? ¿Y de la deuda externa que cada uno de ellos tuviera? ¿Y de su moneda? ¿Y de su bandera y signos de identificación nacional? ¿Y de sus tratados internacionales con otros países?

Uno de esos elementos, la nacionalidad, produce unos efectos que, más allá de los aspectos internacionales de que trata el discurso de nuestro nuevo Académico, repercuten en la vida privada de los ciudadanos de esos países. Y aunque sea salirme un poco del tema central del discurso, permítanme una breve reflexión al respecto.

Desde hace unos años, España está siendo un país receptor de una población inmigrante, día a día creciente, proveniente de casi todos los continentes, y un número muy importante, de países europeos que han sufrido los efectos de una segregación, fusión o disolución de sus Estados de origen. (Como dato de interés puedo decirles que en mi Notaría, el pasado año, contabilicé hasta treinta nacionalidades distintas de personas otorgantes de escrituras.)

En la medida en que esos ciudadanos tratan de echar raíces en nuestro país, e ingresan en la cultura de la propiedad privada —especialmente de la vivienda— y del consiguiente préstamo hipotecario, tan arraigada entre los españoles, a la hora de formalizar la documentación correspondiente, nos plantean, en las Notarías, no pocos problemas cuando tratamos de averiguar, por ejemplo, el régimen económico de su matrimonio o, llegado el caso de un fallecimiento, la ley personal del difunto.

Las alteraciones que, en su vida, han sufrido esos ciudadanos como consecuencia de la experimentada por su país de origen, va a afectar de forma muy singular a esos aspectos jurídico-privados a los que me refiero. Quizás sería interesante un estudio acerca de estas cuestiones.

Volviendo al núcleo del discurso, sorprende, insisto, ponerse a pensar en cada una de estas cuestiones, en las que seguramente ninguno hemos parado mientes en el momento de producirse el evento de que se trate, y que sólo un experto como el Dr. Blanc Altemir es capaz de analizar con los conocimientos que su dedicación profesional le proporciona.

Precisamente, a uno de esos problemas derivados de los fenómenos apuntados dedica su discurso nuestro nuevo Académico: en concreto, a la cuestión de cómo se ha resuelto en cada caso la pertenencia de cada uno de esos países que ha sufrido el fenómeno de la reunificación, división o desmembramiento, su pertenencia —digo— a las distintas organizaciones internacionales existentes en el mundo, y muy singularmente, a la Organización de Naciones Unidas, la ONU.

Todo ello enmarcado en el fenómeno jurídico de lo que ha dado en llamarse “la sucesión de Estados”, de la que, de forma relativamente reciente —concretamente desde 1961—, se viene ocupando la Comisión de Derecho Internacional, la cual ya ha dado a luz dos tratados, en 1978 y 1983.

Muy poca normativa jurídica si se tiene en cuenta la importancia de los fenómenos acaecidos sólo en Europa. Y es que, en todas las cuestiones de Derecho Internacional —los que nos hemos aproximado algo a esta materia lo constatamos—, la jurisdicción se mueve de forma bien distinta a como lo hace en el ordenamiento interno de cada uno de nuestros países. Quienes, por nuestra profesión, estamos acostumbrados a que casi todos los problemas tengan un perfecto encaje en una norma positiva, a que nada de lo que atañe al derecho privado, o al penal, o al fiscal, o al administrativo quede a la improvisación, nos descoloca un tanto —permítaseme la expresión— ver cómo fenómenos tan importantes como los apuntados no tienen una solución normativa a la que acogerse de forma clara e indubitada.

Y, sin embargo —así es el Derecho Internacional—, cada uno de esos problemas ha encontrado en la práctica su solución. Como bien ha puesto de manifiesto el Dr. Blanc en su discurso, muchos de ellos se han resuelto por la vía de los hechos, o por la decisión tomada, en un momento determinado, por uno de esos organismos internacionales en los que centra su atención el nuevo Académico.

Como vds. han podido escuchar, las soluciones dadas, en los distintos organismos internacionales, a los diferentes fenómenos acaecidos en esos países europeos en los que ha centrado su atención el Dr. Blanc Altemir, han sido bien distintas, soluciones que no dejan de sorprender al lego en la materia.

A pesar de ello, los internacionalistas, como acaban vds. de escuchar, se afanan en crear una doctrina jurídica que pueda servir de pauta para futuros acontecimientos de corte similar. Es la teoría de la sucesión de Estados, espléndidamente expuesta por nuestro nuevo Académico.

Pese a ello, la impresión que uno saca de la exposición que acaba de hacer el Profesor Blanc es que en cada caso los organismos internacionales, y no con unanimidad de criterios entre cada uno de ellos, han ido adoptando soluciones concretas, en las que yo me atrevo a atisbar la existencia de un componente importante de interés político, dependiendo del país y del caso concreto de que se trate. Y en ello, como el propio Dr. Blanc explica, juega un papel predominante el reconocimiento de los nuevos Estados creados, por parte de terceros Estados.

Así, sobre la base de considerar como ilegal la anexión, en 1940, de Letonia, Estonia y Lituania por la Unión Soviética, su reincorporación a los distintos organismos internacionales, y en concreto, su pertenencia a la ONU vino dada por una suerte de “recuperación” de su perdida identidad. En términos de Derecho privado, y si se me permite el parangón —producto si vds. quieren una cierta deformación profesional—, podría hablarse de una nulidad de actuaciones en la anexión llevada a cabo por la URSS, nulidad que, a su vez, conlleva un desconocimiento jurídico —en este caso internacional— de ese periodo, largo periodo de tiempo pasado por esos Estados y sus ciudadanos bajo la dependencia de la potencia extranjera. ¿No se ve en esta fácil solución un componente político importante, un deseo de dar una suerte de “carpetazo” a la existencia misma de la Unión Soviética?

Quizás, como contrapartida, en la ONU y en otros organismos internacionales se admite sin mayor debate que la Federación Rusa sea la sucesora de esa extinta Unión Soviética, como si se tratara de una especie de “Estado matriz” del que se han ido segregando y apartando sus satélites, pero conservando aquélla la esencia del primitivo Estado. Como dice el Dr. Blanc, “como continuadora en la identidad de la antigua Unión”. ¿No hay en esta solución un evidente interés político internacional, una especie de equilibrio de intereses?

Siguiendo con esa misma “lógica política”, no puede sorprender las soluciones dadas al caso checoslovaco y al alemán.

La división de Checoslovaquia en dos diferentes Estados, la República Checa y Eslovaquia, obliga a ambos a solicitar “ex novo” su pertenencia a todo tipo de organismos internacionales; aquí no hay interés en reconocer a ninguno de ellos como “Estado matriz”.

En el caso alemán la solución tampoco sorprende: el Estado fuerte se come al chico —pido perdón por el símil—, y la República Democrática Alemana desaparece del mapa político mundial, en beneficio del Estado fuerte que es la República Federal Alemana. En términos de Derecho privado mercantil —y pido de nuevo excusas por estas referencias iusprivatistas—, estaríamos en presencia de una fusión por absorción, en la que una de las entidades pierde su personalidad jurídica, subsumida en la personalidad de la entidad absorbente.

Voy a concluir, y lo hago sin tratar de analizar, desde la óptica desde la que les estoy hablando, el caso yugoslavo. Mucho es lo que ha sucedido en aquel ya desaparecido Estado —mucho y triste—, pero creo que, desgraciadamente, el “telón” no ha bajado definitivamente en ese escenario europeo, la “función” continúa; los próximos años seguiremos siendo testigos de no pocos acontecimientos: Kosovo está en el ojo del huracán.

Y una pregunta inquietante: ¿Continuarán estos fenómenos en otras zonas de Europa: Irlanda, Escocia, País Vasco o Córcega? ¿Habrá concluido el “corsi” histórico de las separaciones y divisiones de Estados? ¿Se volverá, en un próximo futuro, al “ricorsi” de las uniones de Estados? ¿Podrá ser precisamente Europa el modelo o motor de ellas?

Y, por cierto, ¿se han analizado suficientemente las causas políticas, económicas y sociológicas que provocan estos movimientos segregacionistas?

Y termino para no cansar más a vds. con estas digresiones, las cuales no han querido sino resaltar la importancia del discurso de nuestro nuevo Académico de Número, el Dr. Blanc Altemir, a quien quiero felicitar muy efusivamente por la importante aportación que acaba de realizar en una materia tan interesante, a quien deseo lo mejor en su prometedor futuro como profesor e investigador universitario y a quien solamente le hago un ruego encarecido: que siga haciéndonos beneficiarios, en la Academia, de su saber, de sus amplios conocimientos, participando, como ya viene haciéndolo, en las labores internas de nuestra institución.

Muchas gracias a todos Vdes. por la atención prestada.

Zaragoza, 7 de junio de 2007

CONFERENCIA

EL DERECHO A CONOCER EL PROPIO ORIGEN BIOLÓGICO

Evolución. Situación actual desde una perspectiva civil-constitucional

Luis Alberto Gil Nogueras

El desconocimiento de tu origen biológico presenta muchas vertientes y afecta a distintas disciplinas jurídicas. Su desconocimiento puede tener su origen en muchas causas, y algunas de ellas pueden implicar la existencia de un delito. Enlazamos con figuras tales como la sustracción de menores (una de cuyas modalidades la de robo de bebés es objeto de un importante seguimiento mediático en estos últimos tiempos), detenciones ilegales y secuestros, el fenómeno de los hijos de los desaparecidos, la problemática relacionada con genocidios en los que no sólo tiene lugar el asesinato masivo de personas, sino la expulsión, desarraigo y desestructuración familiar con los efectos que ello tiene sobre la población afectada y sobre el objeto que nos ocupa.

El enfoque en el que me voy a centrar es el estrictamente civil, con referencias a la evolución del derecho, como parte del derecho a la personalidad de todo individuo, a su evolución y a su reflejo constitucional.

¿Existe un **derecho constitucional a conocer** el origen biológico? ¿A partir de qué axioma? ¿y **por qué camino**? ¿**Hasta dónde** llega, pues hay un reconocimiento generalizado de que todo derecho aun los de relevancia constitucional tienen sus límites? Todos ellos son una serie de interrogantes que debemos despejar cuando nos aproximamos a la presente cuestión. Y seguidamente plantear ¿cómo se puede verificar esta búsqueda? ¿Con qué nos vamos a encontrar?

En los últimos tiempos nos hemos encontrado serios intentos relacionados con el deseo de **llegar a este conocimiento** por personas que desde la edad adulta

intentan obtener esta información que en principio no les fue facilitada, por diversas razones.

Como estas varían, y abarcan desde la sucesión de conflictos internacionales, la comisión de delitos comunes o de delitos contra la humanidad, hasta la gestión de procesos o expedientes de protección de menores o de adopción, no es fácil dar una **respuesta única** a tales cuestiones, ni es sencillo acotar un camino para esa búsqueda.

I. EL ORIGEN DE LA BÚSQUEDA

Al margen de los problemas relacionados con las versiones más dramáticas del problema, cuales son los casos de genocidio (tanto las relativas a las cruentas matanzas y exterminios masivos de personas, cuanto a los movimientos migratorios forzados, deportaciones en masa o desplazamientos favorecidos por políticas totalitarias en contra de diversas minorías étnicas) el debate sobre derecho a conocer tu origen biológico se pone de relieve inicialmente dentro de las adopciones e inicialmente circunscrito al sólo hecho de hacer partícipe al adoptado de su condición de tal. Este es el comienzo.

Al principio tanto las familias de adopción, cuanto los profesionales que trabajaban en este campo eran reacias a facilitar tal información al hijo, por entenderlo contraproducente, fuente de conflictos y sentimientos encontrados para el adoptado, y también por el miedo ante su reacción ante el hecho diferencial. Desde otro punto de vista se apuntaba que cuando alguien se interrogaba sobre tal hecho era muestra patente del fracaso de la adopción verificada. Incluso desde el punto de vista médico se apuntaba como un signo patológico que evidenciaba algún trastorno conductual en la persona.

Por el contrario en la actualidad existe un amplio reconocimiento de que la búsqueda responde a un interés natural de los adoptados.

Este interés viene a resultar creciente y la respuesta jurídica a tal pretensión ha sido relativamente reciente.

Por ejemplo en Estudios publicados sobre este tema, a mediados de los años 80 en España, las demandas o expedientes incoadas en razón de la búsqueda de tal origen eran escasas, y apenas un 17 % de los Servicios Provinciales implicados en el proceso de adopción habían tomado algún tipo de iniciativa, siquiera fuera para acudir a un protocolo de actuación en caso de tales peticiones.

Aumenta el interés en los años noventa, ya que las demandas aumentaron exponencialmente en ese periodo de tiempo. Probablemente la labor de los

medios de comunicación, esencialmente la televisión a través de programas de todos conocidos tuvieron notoria incidencia (desde la temporada 1992/1993 en antena hasta mediados de 1998 hubo un programa que entre otros cometidos servía para la búsqueda de estos orígenes), pero también un cambio de postura o de resituación de la Sociedad respecto de instituciones tan emblemáticas como la familia, el matrimonio, la labor de los Servicios Sociales, la Iglesia Católica. Igualmente España ha dejado de ser un país al margen de la evolución del resto de países de su entorno y es receptiva a las ideas que van viniendo desde otras latitudes. Es en esta década también donde se ubican los primeros hitos internacionales del reconocimiento de este Derecho. Y finalmente se dan actuaciones o incidentes que favorecen y retroalimentan el fenómeno, como la curiosa sustracción acaecida en 1995 de dos libros del antiguo Orfanato del Hospital de Navarra en que figuraban las partidas de bautismo de niños abandonados en su día por sus madres, cuyos datos fueron hechos públicos posteriormente, recibiendo los mencionados en sus domicilios fotocopias de tales partidas en que se les daba a conocer su identidad biológica.

A partir de esos años a nivel Europeo se han hecho diversos Estudios para tratar de despejar las dudas de cómo incide la revelación en el adoptado de su realidad biológica, y de hasta dónde puede llegar a entablar relación con su familia de origen.

Es en este punto conocido el llevado a cabo por la Universidad de Utrecht y su Departamento de Estudios Educativos publicado en el año 2000, que se adentraba tanto en las motivaciones de los adoptados cuanto en las expectativas generadas por quienes habían comenzado la búsqueda de su origen biológico.

Entre las primeras destacaban: la indefinición de su identidad, el 72 %; la curiosidad, el deseo de averiguar de dónde venían, quiénes eran sus padres y porqué se les abandonó, el 61 %; el mismo porcentaje aludía a circunstancias relacionadas con la propia biología, un vacío en su imagen corporal o la falta de un espejo biológico”

Paralelamente otras entidades como la Children's Society en el Reino Unido realizaba un estudio sobre la satisfacción de la experiencia vivida por personas adaptadas que habían buscado su familia de origen y se había relacionado con ella de algún modo. El resultado de este trabajo concluye que un alto porcentaje de los encuestados, algo más del 80 %, declararon que aquella había resultado positiva, más de un 70 % que la información de conocer tal origen y a sus parientes biológicos les había ayudado a conocerse mejor. Un 85 % tuvo contacto con uno o más de sus familiares de origen, bien sea con su madre o sus hermanos. El método de contacto inicial utilizado fue por carta o teléfono (más de un 90 %) frente a un 9 %

que optaron por el contacto personal directo. El 78 % se sirvieron de otra persona para ponerse en contacto frente al 22 % restante que contacto directamente.

Por lo que se refiere al contacto, un 36 % lo calificaba de amigable, frente a un 29 % que señalaban que de modo inmediato se sintieron como parte de la familia. Del resto un 14 % manifestaba haberse sentido mal o como extraños y un 7 % se mantenía en una indefinición con sentimientos encontrados.

En la mayoría de los supuestos, al primer contacto siguió otros (un 76 %) con la madre al menos tres años después del primer encuentro, un 70 % caso del padre biológico, y un 85 % mantiene transcurrido ese periodo, algún contacto con algún familiar biológico.

De modo global, un 85 % valoró la experiencia como positiva y un 61 % se sintieron personas más completas.

Con estos datos los iniciales temores y rechazos expuestos deben de ser superados, sin perjuicio de que deba de respetarse la voluntad del afectado. No puede forzarse esa búsqueda.

II. EL DERECHO A CONOCER EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Hablando de derecho a conocer y de Derecho Internacional resulta obligado comenzar por la actuación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre todo a raíz de la Sentencia de 7 de Julio de 1989 TEDH, EDJ 1989/12019 en el denominado caso Gaskin, si bien ya anteriormente había tratado del derecho fundamental de toda persona al acceso a dossieres confidenciales para conocer su historia personal y familiar durante la infancia.

Para ello hay que recordar que este Tribunal funda su doctrina con base en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y de Libertades Fundamentales, auspiciado por el Consejo de Europa y firmado en 1950 en Roma. Y en la materia que nos ocupa el artículo que se aduce es el art 8, según el cual

Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

El caso Gaskin podría resumirse del siguiente modo: Graham Gaskin había quedado huérfano de madre al poco tiempo de su nacimiento, por lo que, durante aproximadamente 17 años, quedó bajo la tutela del Ayuntamiento de Liverpool, excepto en determinados períodos de corta duración (entre una semana y cinco meses) en los que estuvo al cuidado de su padre. Durante la mayor parte de su minoría de edad el Sr. Gaskin fue entregado a diversas familias de acogida, sin que llegara a integrarse en ninguna de ellas.

Durante este periodo, el Sr. Gaskin tuvo que comparecer ante el Tribunal de menores de su ciudad acusado, entre otros delitos, de un robo y un hurto, de los cuales fue declarado culpable y se dictó una resolución para su asistencia y cuidado. Esta situación finalizó cuando el demandante cumplió la mayoría de edad.

El Sr. Gaskin desde su mayoría solicitó a las autoridades que le permitieran acceder a su expediente, alegando que había sido maltratado en sus familias de acogida, lo que le había producido graves problemas psicológicos, por lo que pretendía iniciar acciones contra el Ayuntamiento de Liverpool por negligencia. La solicitud de Gaskin fue rechazada en todas las instancias nacionales del Reino Unido. Por ello, Gaskin formuló demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la que alegaba que la negativa de las autoridades británicas a permitirle acceder a documentos fundamentales sobre su historia personal violaba, por un lado, su derecho fundamental al respeto de la vida privada y familiar del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos y, por otro, el derecho a recibir informaciones consagrado en el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

La Sentencia de 7 de Julio de 1989 por lo que al denegado derecho al examen de los registros público se refiere en su apartado 49 dice que, *“en opinión del Tribunal, las personas en la misma situación que el solicitante tienen un interés vital, protegido por la Convención, en recibir la información necesaria para conocer y entender su infancia y desarrollo temprano. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la confidencialidad de los archivos públicos es importante para recibir información objetiva y fiable, y que tal confidencialidad puede también ser necesaria para la protección de terceras personas. 2 Bajo este último aspecto, un sistema como el inglés, que hace depender el acceso a los registros del consentimiento del registrante, puede ser considerado, en principio, compatible con las obligaciones bajo el artículo 8, teniendo en cuenta el margen de apreciación del Estado. Sin embargo, el Tribunal considera que bajo un sistema de este tipo los intereses del individuo que pretende acceder a sus archivos referentes a su vida privada y familiar debe ser garantizado cuando alguno de los que hubieren contribuido a los expedientes no pudiese ser localizado o rehusase*

de manera impropia su consentimiento. Tal sistema es solamente conforme con el principio de proporcionalidad si establece una autoridad independiente que finalmente decida si el acceso ha de ser garantizado en casos en los que el contribuyente al registro no responda o deniegue el consentimiento. Tal procedimiento no estaba a disposición del solicitante en el caso presente. Hubo por tanto violación del art 8 CEDH al denegarse al recurrente el acceso a tales archivos.

En relación con *el derecho de los hijos a conocer su identidad biológica* también podemos encontrar la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de Febrero de 2002, caso Mikulic JUR 2002/78019 en el que la demandante, una niña de 5 años, se quejaba de la lentitud del procedimiento de búsqueda de paternidad iniciado junto a su madre y de la inexistencia en Derecho croata de medidas procesales que permitan a los Tribunales obligar al padre a someterse a las pruebas de ADN ordenadas por los jueces. El Tribunal consideró que el estado estaba obligado a establecer medios que permitieran a una autoridad independiente resolver la cuestión de la paternidad en breve plazo.

También sobre este tema resolvió el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2003 el denominado caso Odièvre TEDH 2003/81 donde se ha pronunciado sobre el derecho de los adoptados a conocer sus orígenes biológicos. Si bien en el caso referido se cuestionaba la legislación Francesa que garantiza el anonimato de la madre en el supuesto del parto anónimo, y si ello vulneraba el artículo 8 del Convenio, conviniendo que el caso no era parejo a los anteriormente resueltos.

La demandante se quejaba de que no se le había permitido el acceso a los datos identificativos de su familia biológica, con la consiguiente imposibilidad de conocer su historia personal, lo que, a su entender, constituía una vulneración del artículo 8 del Convenio, que dispone que “*toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar*”. La demandante alegaba que su solicitud de obtención de información sobre aspectos eminentemente personales de su historia y de su infancia entraba dentro del campo de aplicación del artículo 8 del Convenio, porque la búsqueda de su identidad biológica forma parte íntegra de su vida privada, así como de su vida familiar, siendo fundamental la búsqueda de su familia biológica con la que podría establecer vínculos afectivos si la ley francesa no se lo impidiera. La demandante fundaba sus alegaciones en los derechos del niño señalando que, en Francia, “se puede hacer como si la madre no existiera mientras que en la mayor parte de los países del mundo el nacimiento constituye automáticamente un vínculo de filiación entre la madre y el hijo que ha traído al mundo. Debido a una ficción jurídica y porque ha solicitado expresamente el anonimato, se considera que su madre nunca parió. La demandante describe su

dificultad para vivir en la ignorancia de su identidad original y denuncia una injerencia arbitraria en su vida de ciudadana por la fijación del secreto, y también por la omisión errónea de las autoridades internas debido a la negativa a levantar el secreto cuando las informaciones solicitadas figuran en su expediente”

La sentencia se pronuncia al respecto y dice que: *“La cuestión del acceso a sus orígenes y del conocimiento de la identidad de sus padres biológicos, no es de igual naturaleza que la del acceso al expediente personal sobre un niño acogido o la de la búsqueda de pruebas de una paternidad solicitada. El Tribunal se encuentra en este caso ante una persona dotada de una filiación adoptiva que busca otra persona, su madre biológica, y que la abandonó al nacer y que solicitó expresamente el secreto de dicho nacimiento”*

En este caso, existe un conflicto de intereses entre diversos individuos que deben ser conciliados a la luz del caso en cuestión. Por un lado, existe el interés de la adoptada, pero, por otro, el interés de la madre biológica que declaró expresamente su voluntad de permanecer en el anonimato, el del padre y hermanos biológicos y el de su propia familia adoptiva: *“La expresión “toda persona” del artículo 8 del Convenio se aplica tanto al niño como a la madre. (Lo cual da lugar a otro reconocimiento implícito que es el derecho al secreto o al olvido de los padres biológicos y que encuentra igual apoyo en el art 8 de la Convención) Por un lado está el derecho al conocimiento de sus orígenes que encuentra su fundamento en la interpretación amplia del campo de aplicación de la noción de vida privada. El interés vital del niño en su desarrollo ampliamente reconocido en el articulado del Convenio... Por otro lado, no se puede negar el interés de una mujer en conservar su anonimato para proteger su salud dando a luz en condiciones médicas adecuadas. En el presente caso la madre de la demandante nunca visitó en la clínica al bebé y por lo visto se separó de él con una indiferencia absoluta y no se alega que posteriormente expresara el menor deseo de conocer a su hija: no corresponde al Tribunal juzgar esta actitud, sino solamente hacerla constar. El Tribunal se encuentra en esta caso en presencia de dos intereses privados difícilmente conciliables, que afectan por otro lado no a un adulto y a un niño sino a dos adultos que gozan cada uno de autonomía de su voluntad”*

Continúa explicando el Tribunal que *la demandante tiene actualmente cerca de 38 años de edad, que fue adoptada a la edad de 4 años, y que el levantamiento no consensuado del secreto de su nacimiento podría acarrear riesgos nada desdeñables, no solamente para su propia madre, sino también para la familia adoptiva que la crió, para su padre y hermanos biológicos, quienes tienen todos igualmente derecho al respecto de su vida privada y familiar”*.

Y en su apartado 45 se remarca que “*el interés general tampoco está ausente en la medida en que la ley Francesa se inscribe, desde hace tiempo, en el deseo de proteger la salud de la madre y del hijo durante el embarazo y del parto, y de evitar los abortos, en concreto los abortos clandestinos o los abandonos salvajes. El derecho al respeto a la vida, valor superior garantizado por el Convenio, no es de esta forma ajeno a los fines que persigue el sistema francés*”.

Por otro lado la cuestión en el caso de referencia también podía resolverse merced a una reforma legislativa producida en aquél país mediante la cual cabía la posibilidad de solicitar autorización para recabar este tipo de información sobre la familia biológica de la recurrente, de un Organismo independiente, ajeno a la Administración interviniente en el proceso de adopción y del custodio de los archivos, que atendiendo las razones e intereses en juego podría autorizarlo.

Así dice la resolución: “*El sistema establecido en Francia recientemente, aunque conserva el principio de admisión del parto anónimo, refuerza la posibilidad de levantar el secreto de la identidad que, después de todo, existía antes de la ley de 22 de enero de 2002. La nueva Ley facilitará la búsqueda de los orígenes biológicos gracias al establecimiento de un consejo nacional de acceso a los orígenes personales, órgano independiente compuesto por magistrados, representantes de asociaciones afectadas por el objeto de la ley y de profesionales con un buen conocimiento práctico de la cuestión. De aplicación inmediata, permitirá desde ahora que la demandante solicite la reversibilidad del secreto de la identidad de su madre, **siempre con el consentimiento de esta**, de forma que asegure equitativamente la conciliación entre la protección de esta última y la solicitud legítima de la demandante y no se excluye si quiera, aunque sea poco probable, que gracias al nuevo Consejo establecido por el legislador, la demandante pueda llegar a obtener lo que busca.*”

Como puede observarse al final la solución puede ser pareja a la del caso Gas-kin en la medida en que se busca un equilibrio y proporción entre los intereses en juego mediante la decisión a adoptar por un órgano independiente que los valore.

Por ello la sentencia expone *que los Estados deben poder escoger los medios que consideren más adecuados al fin de la conciliación así buscada. En resumen, el Tribunal considera que Francia no ha excedido el margen de apreciación que le debe ser reconocido debido al carácter complejo y delicado de la cuestión que plantea el secreto de los orígenes en virtud del derecho de cada uno a su historia, de la elección de los padres biológicos, del vínculo de familia existente y de los padres adoptivos. Por lo tanto no hubo violación del Art. 8 del Convenio*”

Se reconoce por tanto el derecho del adoptado a conocer su filiación biológica, sin perjuicio de que el Estado pueda restringir ese derecho, siempre que se

establezca un organismo independiente que resuelva los conflictos de intereses con otras personas igualmente afectadas a la luz de las circunstancias del caso.

Si ello se produce dentro de la esfera de la institución de la adopción, también la utilización de las nuevas técnicas de reproducción asistida, han sido objeto de examen por el Tribunal, prácticamente con la misma base y fundamento en su pretensión. El art 8 del Convenio.

Por ejemplo sobre el particular se han pronunciado la Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Caso S. H. y Otros contra Austria TEDH 2010/56 de 1 de abril (la cual acoge favorablemente el recurso de dos parejas casadas de nacionalidad austriaca contra el Estado Austriaco al alegar que las prohibiciones contenidas en la Ley Austriaca de 1992 de procreación artificial impidiendo el uso de óvulos y semen en la fecundación in vitro habían generado un trato discriminatorio para los demandantes vulnerando la prohibición de discriminación contenida en el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación con el artículo 8 que garantiza el respeto a la vida privada y familiar) y la STEDH de 28 agosto 2012, Sección 2, Caso Costa y Pavan contra Italia TEDH 2012/72

En esta última el Tribunal dice que “ *Las técnicas de reproducción asistida tienen que ser tratadas desde la familia como un asunto de orden público pero sin que ello entrañe restricciones a los Derechos fundamentales del individuo en el ejercicio del desarrollo de su capacidad como persona o progenitor, especialmente cuando hay un individual y conjunto acuerdo reconocido, cuando tras el nacimiento se inscribe a su descendiente en el Registro. De este modo se origina un auténtico respeto del derecho a la privacidad que se refleja en el derecho de una pareja a concebir un niño a través de técnicas, en el presente caso, de reproducción asistida. Porque la negativa al uso de tales técnicas afecta a la vida privada y familiar y no estaría incluida en el derecho a respetar la decisión por quebrar la existencia de un justo equilibrio entre los intereses públicos y privados concurrentes, tal y como determina el art 8 de la Convención*)

La reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 24 de Enero de 2017 revocando una resolución anterior del año 2015, sin embargo ha entendido perfectamente ajustado y legítima la injerencia del Estado Italiano en negar efectos jurídicos y en consecuencia privar de la custodia de los hijos obtenidos a través de un sistema de reproducción asistida, prohibido en Italia, cuando no existen vínculos biológicos de los menores con ninguno de aquéllos. Inicialmente el Tribunal consideró que la adquisición de un bebé obtenido a través de gametos de tercero y gestado por sustitución por otro tercero, no permitía al Estado italiano entrometerse en la vida privada y familiar del menor, aunque

podría no reconocer la filiación de este modo obtenido en Rusia. Se debía en interés del menor respetar la situación familiar de facto creada por quienes en realidad se comportaban como padres de aquél, debiendo ésta protección primar sobre el respeto del orden público nacional.

En esta nueva decisión, la Sala volviendo sobre sus pasos (en virtud de la actuación de los Magistrados disidentes de la primera resolución, Robert Spano y Guido Raimondi) sostiene que la retirada de la custodia del menor era un objetivo legítimo del Estado italiano en la defensa del orden público interno y de los derechos y libertades de los niños en materia de filiación. Se pronuncia sobre la actuación de las autoridades italianas poniendo de relieve que aquélla no produjo daños graves o irreparables a consecuencia de la separación de los adquirentes, y que en el presente caso se daba una ausencia de la vida familiar, aunque sólo sea de facto, entre los solicitantes y el niño debido a la ausencia de cualquier vínculo biológico entre ellos, y una corta duración de su cohabitación, motivos que se suponen precarios, “a pesar de la existencia de un proyecto parental y la calidad de la unión.

Es importante destacar que, a diferencia de la primera decisión, la Gran Sala recuerda que *“la Convención no otorga ningún derecho para convertirse en un padre”* y dispone que **“el interés público”** prima en este caso sobre **el deseo de la crianza de los hijos** por los solicitantes. Por otra parte, era legítimo retirar la custodia del menor porque *“aceptar dejar al niño con los compradores (...) sería dar carta de naturaleza a la legalización de la situación creada por ellos en violación de normas fundamentales de la ley italiana”*.

Con ello el Tribunal Europeo frena la impunidad de efectos anudados de hecho a la prohibición a la maternidad subrogada regulada en varios de los estados, si bien puede establecerse algunas consecuencias.

En primer lugar que en caso de que para la maternidad subrogada se hubiere utilizado material genético de uno de los progenitores, no parece que se haya cambiado el criterio respecto de anteriores resoluciones. Y que resulta esencial que el Estado actúe desde el primer momento de tal modo que no se genere un vínculo continuado familiar entre los adquirentes y el menor que pueda originar daños irreversibles en éste.

A modo de conclusión de tales resoluciones puede deducirse que los ciudadanos europeos tienen reconocido un derecho al acceso a las técnicas de reproducción humana asistida como parte de su derecho a la vida privada contenido en el art. 8. Sin embargo este reconocimiento no conlleva la obligación para los Estados de proporcionar los medios para acceder a las técnicas de reproducción humana asistida, como un derecho alternativo a la libertad a procrear, como una libre opción de los padres, especialmente cuando los estados no pueden garan-

tizar el acceso a gametos donados, pues esta cuestión es algo que depende de la solidaridad de sus conciudadanos.

Paralelamente a la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y por extensión del Consejo de Europa, en un ámbito global, hay que referirse a la labor desarrollada en la Sede de las Naciones Unidas.

La Carta de los Derechos Fundamentales (Carta de la UE) que, desde el Tratado de Lisboa en el año 2007, tiene efectos vinculantes en la UE, no reconoce inicialmente ningún derecho a saber el origen biológico de una persona. Pero **la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño** adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 reconoce en su artículo 7 que: “1. *El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.* Por su parte el art 8 1 señala que *Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas*”

No hay Derechos absolutos por lo general. Todo niño tiene derecho a un nombre, una nacionalidad y a una familia que le cuide. Hay una previsión y una propensión a que tal familia sea la de su origen biológico, pero en la medida de lo posible.

La garantía en consecuencia de los Estados miembros es de preservar tales derechos, pero conforme a las leyes, evitando injerencias ilícitas. Consecuentemente puede haber leyes que sean excepción a la regla anterior, como pueden existir injerencias por ellas permitidas, incluso obligadas que tengan la condición de lícitas.

III. LAS DISTINTAS REGULACIONES NACIONALES

Al pasar de las grandes Convenciones internacionales y de las resoluciones de los distintos Tribunales que interpretan y desarrollan su articulado, a las regulaciones nacionales se observa la variopinta muestra de soluciones a los diversos conflictos generados por este tema. Un repaso por ellas ayuda a comprender los esfuerzos y limitaciones de este derecho a conocer en un sentido u otro.

Y si bien en el caso de las adopciones, dentro de los países de nuestro entorno se tiende a generalizar con matices, ese derecho de búsqueda, y cuanto menos un deber de comunicación al adoptado de su filiación como tal, es en el tema relacio-

nado con el uso de las **técnicas de reproducción asistida** donde hayamos todas las posibles variantes, incluso dentro del mismo Estado.

Resulta paradójico el caso de los Estados Unidos donde la propensión que hay a regular desde el sector público lo indispensable, deja estas cuestiones en manos de la autorregulación de los afectados. No existe regulación imperativa al respecto. En consecuencia son los profesionales intervinientes a través de sus protocolos de actuación los que deciden. Por lo general se recomienda en ellos el anonimato de los donantes. Sin embargo hay otros que permiten que sus bancos de donantes incluyan material de donantes que puedan ser identificables. De tal modo que la cuestión se resuelve por las reglas de la oferta y demanda según la opción elegida tanto por el donante (que debe mostrar su voluntad de poder ser identificado) cuanto del donado y su entorno que lleva a cabo la elección del banco de donantes. De facto implica que un cliente pueda elegir entre un banco en que los donantes no son conocidos ni pueden serlo, y otro en que los donantes pueden ser conocidos por aquél. En todo caso el conocimiento del que se habla entiendo que es entre donante (s) y donatario(s)

Sin embargo **la legislación estadounidense sí regula la adopción** y prevé que la adopción conlleve la redacción de una nueva partida de nacimiento en la que los adoptantes aparecen como padres del adoptado, mientras que la partida de nacimiento original se archiva en un expediente confidencial, de forma que ni el hijo ni los padres adoptivos puedan acceder a la identidad de los padres biológicos ni estos a la de los adoptivos.

Este sistema ha dado lugar a que en algunos Estados, se haya planteado la constitucionalidad de las leyes que restringen el derecho de los adoptados a conocer a sus padres biológicos, afirmándose que éstas podrían vulnerar el derecho a conocer la propia identidad, que es un derecho fundamental que tiene su raíz en el derecho a la intimidad.

En cambio en Europa existen legislaciones más o menos restrictivas porque se entiende que esa libertad reproductiva que permiten las técnicas de reproducción asistida puede entrar en colisión con algunos derechos fundamentales y de ahí que el Estado deba legislar para evitar abusos.

El caso más común es el alemán influido por las dramáticas experiencias eugenésicas de principios del siglo XX. Curiosamente la legislación alemana fue pionera sobre el reconocimiento del Derecho a conocer como un derecho inherente a la personalidad del individuo, dentro del tema de las adopciones.

En el año 2009 el gobierno alemán aprobó una ley que garantizaba a todos los individuos el derecho a conocer sus propios orígenes, al igual que el de los

padres a determinar científicamente el origen de sus hijos. Ello está en sintonía con las previsiones del TEDH en las sentencias comentadas de 7 de Julio de 1989 y 7 de Febrero de 2002.

Sin embargo este Derecho a conocer no es absoluto, como no lo es el derecho a utilizar las pruebas de paternidad, ya que este derecho a certificar la paternidad se reduce a la aplicación dentro del ámbito familiar, pero no resulta trasladable a los supuestos padres biológicos que no se sometan de forma voluntaria a tales pruebas. Existe un derecho a conocer los propios orígenes pero este no puede situarse por encima de los derechos fundamentales de otras personas, también garantizados por las leyes internas y los Convenios Internacionales, como por ejemplo el derecho a la intimidad.

El Tribunal Constitucional alemán expone en una sentencia que *el derecho al conocimiento de la propia ascendencia ha de equilibrarse con derechos fundamentales en conflicto, para lo que el legislador debe establecer un marco compatible con la Convención Europea de Derechos Humanos la negativa a probar la paternidad «no viola el derecho del niño al nombre de su padre legal», según establece el Código Civil alemán, aunque admite que «solamente en casos excepcionales puede derivarse el derecho a forzar el conocimiento de la propia ascendencia*

Por otro lado hay que diferenciar las distintas técnicas de fecundación y de reproducción asistida, su reconocimiento y los efectos que se traducen en cada uno de los Estados, pues no todas ellas están permitidas en los mismos.

Por ejemplo las legislaciones europeas no sólo se diferencian por permitir o no la donación anónima de gametos. También existen diferencias respecto a la posibilidad de donar los gametos masculinos o femeninos. La donación de óvulos está prohibida en Italia, Suiza, Austria y Alemania. En este último se justifica la prohibición de donación de óvulos (Ley Alemana de protección del Embrión que lo tipifica como delito punible) porque busca proteger el bienestar del hijo asegurando la identidad de la madre, ya que la división entre la maternidad genética y biológica representa una novedad en la historia de la humanidad. La división e incertidumbre de la maternidad podría suponer una amenaza en el desarrollo y estabilidad psíquica del hijo/a.

En Suecia o Dinamarca, sólo se pueden utilizar óvulos sobrantes, porque el procedimiento de obtención se considera peligroso para la salud de las donantes.

De hecho este viene a ser un argumento muy utilizado para quienes mantienen la prohibición de la donación de gametos femeninos, el riesgo para la salud de las donantes. Hay algunos riesgos demostrados con peso científico. Para ello

debe de partirse de que una mujer en condiciones normales produce un óvulo por mes. Por tanto para la obtención de óvulos para las técnicas de reproducción asistida, se produce en muchos casos una estimulación o hiperestimulación ovárica, además de un procedimiento quirúrgico invasor. La hiperestimulación puede aumentar las posibilidades de desarrollar cáncer de ovarios; también se habla de que puede generar mayores riesgos de trombosis y embarazos ectópicos o extrauterinos; así como desencadenar el síndrome de hiperestimulación ovárica.

Finalmente se suele acudir al argumento de que con tales riesgos, se puede generar **un ilícito comercio de óvulos**.

A modo de ejemplo me permito incluir un **cuadro comparativo** entre las legislaciones francesa, alemana, italiana, inglesa y española sobre las mencionadas técnicas:

Legislación Europea	Destinataria mujer soltera	donante semen	donante óvulos	adopción embriones	fecundar postmortem	Selección sexo
FRANCIA	NO	SI	SI	SI	NO	NO
ALEMANIA	NO	SI	NO	NO	NO	NO
ITALIA	NO	NO	NO	NO	NO	NO
INGLATERRA	NO	SI	SI	SI	NO	SIa
ESPAÑA	SI	SI	SI	SI	SI	SI

Conviene sobre el último parámetro hacer referencia en que la elección del sexo sólo se permite en relación a problemas derivados de enfermedades congénitas relacionadas con el sexo.

Por tanto si ya empezamos a hurgar dentro de las limitaciones nacionales a las técnicas de reproducción asistida, y apreciamos sus diferencias entre sí, comprenderemos la variedad de respuestas a encontrar sobre el derecho a conocer de los nacidos a través de tales, el origen de su filiación y de quien partió su material genético.

También hay que apuntar que se ha producido una **evolución legislativa** en numerosos países europeos, pasando de la permisividad de la donación anónima de material genético a su inadmisión. Es el caso por ejemplo de Suecia que con la ley 1440/1984, permite que el niño/a, cuando tuviera suficiente madurez, pueda saber la identidad del donante de esperma. (Suecia no permite la donación de gametos femeninos)

Esto también ocurrió en Austria a través de la Ley 275/1992 sobre técnicas de reproducción asistida.

Sin embargo son mayoría las legislaciones nacionales que permiten cuando no imponen el anonimato en la donación de gametos.

Siguiendo el mismo cuadro que antes ha servido de ejemplo:

- FRANCIA: prevé el anonimato del donante
- ALEMANIA: no lo exige
- ITALIA: tampoco, pero cabe echar un vistazo al cuadro anterior
- INGLATERRA: no lo impone
- ESPAÑA: sí fija ese anonimato.

También difieren las posturas respecto a la utilización de personas interpuestas dentro del proceso de gestación. (Maternidades por subrogación, los denominados “vientres de alquiler”) Estos acuerdos en virtud de los cuales una mujer acepta llevar en su vientre un niño por encargo de otra persona o varias (es indistinta la fórmula utilizada para la inseminación) con el compromiso, concluido el embarazo de entregar al recién nacido a los comitentes, renunciando a la filiación que pudiera corresponderle, están prohibidos en muchos países de nuestro entorno. Sin embargo están permitido en otros, por ejemplo en Ucrania, donde ya parece haberse establecido una floreciente industria sobre ello.

Por el contrario este sistema es comúnmente admitido en las legislaciones de los Estados en USA en la medida en que no se prohíben.

IV. EL DERECHO ESPAÑOL

Conviene recordar la Constitución Española de 1978, y en concreto el artículo 39 de la misma, según la cual *Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.*

Con carácter previo también conviene atender el contenido del art 10. *La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.*

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

E igualmente del 18. *Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*

Y el art 24 *Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*

Todos ellos juegan su papel dentro del derecho a conocer el origen biológico, y de cara a delimitar su alcance.

1A) En materia de Adopciones

En este campo hay que referirse al contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala civil de 21 de septiembre de 1999 ROJ: STS 5672/1999. En ella se trataba el supuesto en que la demandante era una madre que, antes de dar a luz, durante el octavo mes de gestación, había suscrito un acta en la que decía que, ponderando sus circunstancias personales, familiares, sociales, emocionales y económicas, consideraba que no podía hacerse cargo de su futuro hijo, por lo que renunciaba anticipadamente al mismo a favor de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, que la dio en acogimiento y, luego, adopción a una familia. En la base de tal renuncia se consignaba su voluntad de mantener oculta su identidad, tanto a los efectos registrales civiles (artículo 167 del Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil), como en el procedimiento de acogimiento y adopción, en sus fases administrativa y judicial, que debería tramitarse respecto del nacido, “como si de un menor desamparado y de padres desconocidos se tratase”. Posteriormente, la madre cambió de opinión y solicitó de las autoridades andaluzas la devolución de la niña y que se le procediera a proporcionar información sobre la adopción de la misma. Durante el procedimiento judicial, la Audiencia Provincial acordó que se practicase, para mejor proveer, una prueba encaminada a precisar la identidad de la niña a partir de los datos conocidos de que el parto había tenido lugar en un determinado día y Hospital y que fue entregada en acogimiento a la Delegación en Jaén de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, así como la concreción del expediente de adopción. El éxito de esta prueba quedó truncado por la contumaz oposición del órgano administrativo que se negó a evacuarlo apoyándose en la dicción literal del Art. 167 del Reglamento del Registro Civil, sin aportar dato alguno respecto del expediente de adopción. La Audiencia Provincial se aquietó ante la contestación de la Dirección Provincial, no reiterando la diligencia requerida. Tampoco acordó en el mismo ámbito de mejor proveer la práctica de la prueba biológica que se había intentado en la primera instancia del proceso.

El Tribunal Supremo por tanto aborda aquí dos cuestiones: la primera la relativa a la validez de la **renuncia de la madre**, y la segunda la **negativa de la entidad administrativa al suministro de información** alegando la normativa del Registro Civil. Esencialmente es este segundo aspecto el que nos interesa resaltar en la medida en que por ese cúmulo de vicisitudes que recalca la Sentencia la identidad de la menor dada en adopción no se había conseguido saber, **impidiendo, por tanto que tenga cumplida satisfacción el derecho de la menor a conocer al menos a su progenitora** que establece, como principio, la Convención sobre los derechos del niño, de 1989 ratificada por España en 1990 (artículo 7º).

Respecto del primer problema sin mucho preámbulo la resolución parte de la nulidad radical de la renuncia anticipada por considerarla, por un lado, contraria al artículo 177.2 del Código civil, en cuanto norma imperativa que establece que *“El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto”* No existe viabilidad alguna de que el asentimiento a la adopción pueda ser prestado con antelación al parto, y ni siquiera en el período de treinta días computados desde el parto, ya que necesariamente debe manifestarse una vez transcurrido ese tiempo, es decir, el día treinta y uno; y nunca con anterioridad al momento del parto, concluye el Alto Tribunal. Por lo que la expresada renuncia de la madre no podía ser opuesta por la Administración para facilitar la información recabada.

Tampoco podía esgrimirse la normativa aludida con base en la regulación del Registro Civil preconstitucional. Ello hacía referencia a la ocultación de los datos de filiación materna, en los supuestos de la entrega en acogimiento y adopción de la recién nacida: *El artículo 167 del Reglamento del Registro Civil, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958 enumera los extremos que debe contener el cuestionario de declaración de nacimiento -plasmados en el formulario modelo número cinco Orden Ministerial de 24 de diciembre de 1958, subsistente en el extremo que aquí interesa, incluso tras su modificación por Orden Ministerial de 26 de mayo de 1988 y entre ellos los relativos a la identidad de la madre. El párrafo segundo del precepto precisa que «el parte o declaración de los profesionales y personal de establecimientos sanitarios que tengan obligación de guardar secreto no se referirá a la madre contra su voluntad», añadiendo la nota diecisiete del modelo oficial de 1958. «En este supuesto, póngase: desconocida», redacción intacta en la actualidad ahora recogida en la nota 15 de la redacción de 1988. El artículo 182 del Reglamento del Registro Civil permite a la madre no matrimonial desconocer el hecho de su maternidad si en el parte facultativo se hubieran puesto sus datos de identidad. Estos preceptos del Reglamento del Registro Civil parecen constituir el desarrollo del artículo 47 I y concordantes de*

la Ley de Registro Civil de 8 de junio de 1957 expresivo de que en la inscripción de nacimiento constará la filiación materna, siempre que en ella coincidan la declaración y el parte o comprobación reglamentaria. «Complementan el sentido de esta norma los preceptos sobre formalización del desconocimiento de la filiación por la madre (artículo 47 II y III de la Ley de Enjuiciamiento Civil). A su vez, el artículo 120.4º del Código Civil en la redacción de la Ley núm. 11/1981 de 13 de mayo previene que la filiación matrimonial quedará determinada legalmente, respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro del plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil». La «circular» de 2 de junio de 1981 sobre consecuencias registrales del nuevo régimen de filiación, en su apartado I-C) se refería sucintamente a esta coincidencia que necesariamente debería existir *entre el dato de maternidad y el parte o comprobación reglamentaria*

Dice el Tribunal Supremo “*Sin embargo, en la actualidad, y tras la vigencia de la Constitución de 1978 entendemos que tal limitación, elusiva de la constancia clínica de la identidad de la madre, ha quedado derogada por su manifiesta oposición a lo en ella establecido, y no debe ser aplicada por los Jueces y Tribunales (artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), siendo nulos, por ende, los actos producidos bajo su cobertura. En concreto, el sistema diseñado en los artículos 167, 182 y concordantes del Reglamento del Registro Civil, y sus disposiciones de desarrollo pugnan con el principio de libre investigación de la paternidad (artículo 39.2 de la Constitución española), y con el de igualdad (artículo 14), además de erosionar gravemente el artículo 10 de la Constitución Española, al afectar a la misma dignidad de madre e hijo, a sus derechos inviolables inherentes a ella, y al libre desarrollo de su personalidad y al mismo artículo 24.1 en cuanto resulta de prohibida la indefensión. La coincidencia entre filiación legal y paternidad y maternidad biológica deben ser totales. Esta es la base desde la que decae la regulación reglamentaria permisiva de tal ocultación. Y desde ella deben ser contrastados sus elementos restrictivos. En líneas generales la regulación reglamentaria del Registro Civil supone una contradicción con el principio constitucional de igualdad e investigación libre de la paternidad, al situar a la madre biológica en situación relevante frente al padre, e incluso frente al mismo, ya que al padre se le puede imponer coactivamente la paternidad, en tanto que la madre, que puede determinar libremente si va a continuar la gestación o cortar por completo sus relaciones con la persona nacida, tiene el camino despejado para eludir sus obligaciones. El hijo biológico, además, pierde por completo el nexo que permitiría, en su momento, conocer su verdadera filiación, debido a un acto voluntario de la madre, expresivo de su no asunción de la maternidad y sus responsabilidades inherentes. Por último, el*

sistema encierra graves discordancias, no sólo con relación a los mismos padre e hijo biológicos, sino también frente a la unión matrimonial, en la que la madre no puede renunciar a su maternidad ni negar al hijo el hecho de su filiación, ni el padre deshacer por sí solo la presunción de su paternidad, lo que no resulta constitucionalmente congruente, máxime cuando las investigaciones científicas tienden, en la actualidad, a poner de relieve las interrelaciones biológicas que se desprenden de los antecedentes genéticos y su influencia, de manera que cabe hablar del derecho de las personas a conocer su herencia genética. El sistema recientemente acogido por la Instrucción de 15 de febrero de 1999 sobre constancia registral de la adopción, que posibilita la cancelación de la inscripción principal de nacimiento, abriéndose una nueva, con un régimen de publicidad limitada de la inicial, trasladable al ámbito en que nos encontramos, sí sería admisible y compatible con el respeto a los principios constitucionales que hoy quedan en entredicho.

También incide sobre la imposibilidad de la práctica de la prueba biológica solicitada y acordada en la instancia. Tras constatar que el éxito de este medio de prueba queda truncado por la contumaz oposición del órgano administrativo que debía evacuarlo -reiterando su posición al respecto mantenida constantemente a lo largo del proceso- con apoyatura básica en la dicción literal del artículo 167 del Reglamento del Registro Civil y sin aportar dato alguno respecto al expediente de adopción, el Tribunal expresa...” *En esta perspectiva deben ser invocadas tanto la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de noviembre de 1991 ROJ STC 227/1991 como la relevante Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero 1994, ROJ STC 7/1994 que viene a abrir nuevos cauces en la viabilidad de las pruebas esenciales, cuya ineffectividad, inclusive, pudiera corresponder parcialmente a la propia torpeza de la parte promovente (Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de Febrero de 1991 ROJ STC 227/1991). En definitiva la misma relevancia y fuerza expansiva de los derechos constitucionales en juego (artículos 24.1 y 14 y 39 de la Constitución Española) justificaba sobradamente, en el supuesto de que se trata, que la Sala, consciente de la infructuosidad de la práctica en la primera instancia del proceso de un medio de prueba esencial, y de las dificultades y posiciones bloqueantes opuestas a su efectividad por la administración autonómica, acordase, como diligencia para mejor proveer, la realización de la prueba biológica, necesaria de todo punto para esclarecer una posible filiación materna que había sido instada reiteradamente, y no inventada, por la reclamante. Debe recordarse aquí que desde el inicio la actora viene identificando nominalmente a su hija, lo que encuentra fácil soporte en que el alumbramiento tuvo lugar en un hospital, sito en una localidad pequeña, y no en un gran establecimiento sanitario de una gran ciudad, por lo que el acceso al*

conocimiento de tal identidad era, con toda seguridad, sencillamente asequible en los medios interesados. Con la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994 podemos sostener que «la infracción constitucional se ve agravada desde el momento en que se dejan sin tutela judicial los derechos del menor reconocidos en el artículo 39.1º de la Constitución Española, **desconociéndose a su vez el mandato constitucional de hacer posible la investigación de la paternidad**, lo que exige una interpretación de los correspondientes preceptos procesales finalista y adecuada para hacer posible la práctica de la prueba cuya obligatoriedad no es constitucionalmente cuestionable... », ya que «... la investigación judicial de la filiación sirve directamente a fines constitucionales, enunciados en términos claros y rotundos por el artículo 39 de la Constitución Española y por ende, la actuación de los Tribunales ve acentuado el rigor de la exigencia anteriormente enunciada, a fin de procurar que los padres cumplan sus deberes respecto a sus hijos menores...». A mayor abundamiento debe mantenerse que, aunque nuestras Leyes de Enjuiciamiento no contemplan los deberes de oficio que corresponden al órgano jurisdiccional, sobre todo en materia de pruebas, en asuntos llamados procesos civiles inquisitivos, dominados por el interés público en los que la búsqueda de la verdad material impera sobre la verdad que pueda establecerse formalmente, las nuevas leyes conceden gran importancia a estos poderes. Así «mutatis mutandis» con razones analógicas que traspasan el cauce de la jurisdicción voluntaria para impostarse dentro de la jurisdicción contenciosa, no debe olvidarse el mandato de la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil que reza así: **«Tanto el Juez como el Ministerio Fiscal, actuarán de oficio en interés del menor o incapaz, adoptando y proponiendo las medidas, diligencias y pruebas que estimen oportunas. Suplirán la pasividad de los particulares y les asesorarán sobre sus derechos y sobre el modo de subsanar los defectos de sus solicitudes. En lo que nos concierne no podemos consentir que meros defectos formales impidan la recta práctica de las pruebas necesarias y esenciales para el esclarecimiento de la cuestión debatida...»**

Conclusión: Existe un derecho del menor a conocer su origen biológico el cual encuentra acomodo dentro de los art 10 y 39 de la CE. Para ello pueden y deben usarse las técnicas de investigación de paternidad, pudiendo ser acordadas de oficio en interés del menor o incapaz.

Posteriores sentencias han incidido sobre la cuestión expuesta por esta resolución. Y a modo de ejemplo las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2004, 20 de septiembre de 2002, de 22 de mayo de 2000, de 29 de marzo de 2000, de 26 de julio de 1999, de 11 de mayo de 1999 **vienen sancionando la**

conducta obstruccionista de los padres que se niegan a someterse a una mera extracción de sangre para practicar los análisis pertinentes y considera que, si bien no cabe hablar de una *“ficta confessio”*, si representa un indicio valioso que, conjugado con otros elementos probatorios, permiten declarar la paternidad **sin atentar el derecho a la intimidad del presunto padre biológico y a la dignidad de su familia**, derechos que suelen ser invocados para justificar la negativa a someterse a las pruebas biológicas, y que no pueden prevalecer contra los derechos del hijo a que se investigue la paternidad y contra el interés público que resuelve decididamente el conflicto de derechos a favor del hijo.

Por ello la ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil en el art 767.4 establece que *La negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios*

El **Código Civil** de modo expreso en la actualidad recoge el **derecho del adoptado no sólo a conocer su origen biológico**, sino a **mantener relaciones con la familia** biológica. Igualmente prevé la obligación por parte de las Administraciones Públicas al **mantenimiento** de la **documentación del expediente** y en especial la identidad de los padres biológicos, datos médicos de ellos y de su familia. Pero ello a partir sólo de la Ley 26/2015 de 28 de Julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Así el artículo 180.6 CC establece que *Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos.*

Al margen de la necesidad de prestación de consentimiento por el adoptando mayor de 12 años (art 177 CC), el art 178.4 prevé *que cuando el interés del menor así lo aconseje, en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad Pública, podrá acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva, favoreciéndose especialmente, cuando ello sea posible, la relación entre los hermanos biológicos.*

En estos casos el Juez, al constituir la adopción, podrá acordar el mantenimiento de dicha relación, determinando su periodicidad, duración y condiciones, a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal y con el consentimiento de la familia adoptiva y del adoptando si tuviera suficiente madurez y siempre si fuere mayor de doce años.

*El Juez podrá acordar, también, su **modificación o finalización en atención al interés superior del menor**. La Entidad Pública remitirá al Juez **informes periódicos** sobre el desarrollo de las visitas y comunicaciones, así **como propuestas de mantenimiento o modificación** de las mismas durante los dos primeros años, y, transcurridos estos a petición del Juez.*

*Están **legitimados** para solicitar la **suspensión o supresión** de dichas visitas o comunicaciones la Entidad Pública, la familia adoptiva, la familia de origen y el menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años.*

*En la **declaración de idoneidad** (para ser adoptantes) deberá hacerse constar si las personas que se ofrecen a la adopción **aceptarían adoptar a un menor** que fuese a **mantener la relación** con la familia de origen*

La obligación para las Administraciones Públicas actuantes en relación a este derecho a conocer del adoptando se centra en la previsión del art 180.5 CC, de asegurar **la conservación de la información** de que dispongan relativa a los orígenes del menor; en particular la información respecto a la identidad de sus progenitores, así como la historia médica del menor y de su familia, y se conservarán durante al menos **cincuenta años** con posterioridad al momento en que la adopción se haya hecho definitiva. La conservación se llevará a cabo a los solos efectos de que la persona adoptada pueda ejercitar el derecho, y no a otros.

También cuando se ejerza por el adoptando ese derecho a conocer recae sobre la Administración la **obligación de facilitar...** cuando les sean requeridos, **los informes** y antecedentes necesarios sobre el menor y su familia de origen.

Y ello es plenamente reconocido por los Tribunales. Por no ir más lejos la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sec 3 180/2013 de 20 de marzo de 2013 (ROJ: SAP GC 1206/2013 - ECLI:ES:APGC:2013:1206) dice: *Por su parte, la adopción, regulada en los arts. 175,ss, es la institución jurídica por la cual de manera irrevocable (sin perjuicio de la posibilidad de extinción ex art. 180.2) se establece una relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza. La adopción exige una serie de requisitos legales y, una vez constituida, produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior -con las excepciones que establece el art. 178.2- aunque las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad representadas por sus padres, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos (las entidades públicas españolas de protección de menores, previa notificación a las personas afectadas, prestarán a través de sus servicios especializados el asesoramiento y la ayuda que precisen los solicitantes para hacer efectivo este derecho).*

Y ello prima frente al derecho de la madre biológica a mantener el anonimato. Así lo recuerda la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra , sec 1 195/2011 de 13 de septiembre de 2011 (ROJ: SAP NA 302/2011 - ECLI:ES:APNA:2011:302) cuando recuerda la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia. *En la Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 21-9-1999, nº 776/1999, que acertadamente recoge el Juzgado a quo se dispone;* 2) *Nos encontramos, por ello, ante una regulación normativa registral anterior a la Constitución , que posibilita la ocultación de la identidad de la madre biológica, por su propia decisión, confirmada por los desarrollos reglamentarios posteriores a 1978, ya que la redacción del artículo 120 del Código Civil se configura en términos genéricos, y no incluye un expreso reconocimiento de tan negativa restricción. Ya desde el inicio de la vigencia de dicha normativa registral, la doctrina expresó sus reservas a esta formulación del desconocimiento de la filiación, pues se entendía, frente al criterio de la Comisión de Reforma (el secreto profesional podría salvar la vida de niños recién nacidos, evitando así el aborto e infanticidio por parte de madres deseosas de evitar la divulgación de su maternidad extramatrimonial) que las graves razones de interés público en la determinación del vínculo de la filiación, cualquiera que fuere su clase, se oponían a esa ocultación; no posible, por otra parte, en cuanto a las entonces denominada “familia legítima”, en la que tal conducta podría rozar el ámbito punitivo.* 3) *Sin embargo, en la actualidad, y tras la vigencia de la Constitución de 1978 entendemos que tal limitación, elusiva de la constancia clínica de la identidad de la madre, ha quedado derogada por su manifiesta oposición a lo en ella establecido, y no debe ser aplicada por los Jueces y Tribunales (artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), siendo nulos, por ende, los actos producidos bajo su cobertura. En concreto, el sistema diseñado en los artículos 167, 182 y concordantes del Reglamento del Registro Civil, y sus disposiciones de desarrollo pugnan con el principio de libre investigación de la paternidad (artículo 39-2 de la Constitución española), y con el de igualdad (artículo 14), además de erosionar gravemente el artículo 10 de la Constitución Española, al afectar a la misma dignidad de madre e hijo, a sus derechos inviolables inherentes a ella, y al libre desarrollo de su personalidad y al mismo artículo 24-1 en cuanto resulta proscriptivo de la indefensión. La coincidencia entre filiación legal y paternidad y maternidad biológica deben ser totales. Esta es la base desde la que decae la regulación reglamentaria permisiva de tal ocultación. Y desde ella deben ser contrastados sus elementos restrictivos. En líneas generales la regulación reglamentaria del Registro Civil supone una contradicción con el principio constitucional de igualdad e investigación libre de la paternidad, al situar a la madre biológica en situación relevante frente al padre, e incluso frente al mismo hijo, ya que al padre se le puede imponer coactivamente la paternidad, en tanto*

que la madre, que puede determinar libremente si va a continuar la gestación o cortar por completo sus relaciones con la persona nacida, tiene el camino despejado para eludir sus obligaciones. **El hijo biológico, además, pierde por completo el nexo que le permitiría, en su momento, conocer su verdadera filiación, debido a un acto voluntario de la madre, expresivo de su no asunción de la maternidad y sus responsabilidades inherentes.** Por último, el sistema encierra graves discordancias, no sólo con relación a los mismos padre e hijo biológicos, sino también frente a la unión matrimonial, en la que la madre no puede renunciar a su maternidad ni negar al hijo el hecho de su filiación, ni el padre deshacer por sí solo la presunción de su paternidad, lo que no resulta constitucionalmente congruente máxime, cuando las investigaciones científicas tienden, en la actualidad, a poner de relieve las interrelaciones biológicas que se desprenden de los antecedentes genéticos y su influencia, de manera, que cabe hablar del derecho de las personas a conocer su herencia genética. El sistema recientemente acogido por la Instrucción de 15 de febrero de 1999 sobre constancia registral de la adopción, que posibilita la cancelación de la inscripción principal de nacimiento, abriéndose una nueva, con un régimen de publicidad limitada de la inicial, trasladable al ámbito en que nos encontramos, sí sería admisible y compatible con el respeto a los principios constitucionales que hoy quedan en entredicho. La Sala, por tanto, estima, de conformidad con el Ministerio Fiscal, que el artículo 47 I de la Ley de Registro Civil de 8 de junio de 1957, (y sus concordantes) están derogados por inconstitucionalidad sobrevinida, en el particular, que permite interpretaciones reglamentarias que hagan depender de la voluntad de la madre, la circunstancia registral de la maternidad. En consecuencia se consideran inaplicables, por derogación de la cobertura legal, en el mismo sentido, los artículos 167 y 187 del Reglamento”.

En idéntico sentido se pronuncia la STS de 22-5-2000, nº 516/2000, “El principio general del interés del menor es destacado por la fundada sentencia dictada en primera instancia ...en los siguientes términos: El artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre, de 1990, proclama que el niño desde que nace tiene derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, siendo misión de los Estados Partes respetar y velar para que sea efectiva la integración del menor en las relaciones familiares. Para hacer realidad, por consiguiente, ese derecho del niño, se hace preciso establecer su filiación. **El derecho del hijo a conocer su origen biológico adquiere tal relevancia que, incluso, la propia Constitución Española exhorta al legislador a que se posibilite la investigación de la paternidad (artículo 39).** Pero no solo eso, principio también rector de la actuación de los poderes públicos es asegurar la protección integral de los hijos. Concretamente, la Constitu-

*ción establece que los hijos, con independencia de su filiación, son iguales ante la Ley y tienen derecho a ser asistidos por sus padres hayan nacido dentro o fuera del matrimonio. Y es que el derecho a conocer la propia filiación biológica, incluso con independencia de la jurídica, se erige como un **derecho de la personalidad que no puede ser negado** a la persona sin quebrantar el derecho a la identidad personal y cuyo fundamento hay que buscar en la dignidad de la persona y en el desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la Constitución”.*

*En definitiva y desde el prisma constitucional, como se recoge en el Auto de la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, A 23-9-2002,: “el principio de libre investigación de la paternidad se encuentra recogido en el artículo 39.2 de la Constitución, de modo que ese **principio ha de inspirar la práctica judicial**, conforme a lo dispuesto en el artículo 53,3 del propio texto constitucional , de acuerdo con las leyes que lo desarrollen”.*

El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid sección 22, 344/2012 del 06 de noviembre de 2012 (ROJ: AAP M 17365/2012 - ECLI:ES:APM:2012:17365A) en el curso de un **Expediente de Jurisdicción voluntaria**, en que se pretendía el acceso a una información de una Clínica por parte de una persona, se dice: *La pretensión que se formula se encuadra en el derecho a conocer los orígenes biológicos y **no se necesita ninguna asistencia a tal fin, para obtener esa información** en el pleno ejercicio de ese derecho.*

*Se propugna, en definitiva por la demandante, en el escrito rector del procedimiento, dirigirse al hospital donde se produjo el nacimiento de la actora y se pide en primer lugar que se facilite a la interesada los **datos que obran en el archivo relativos a la identidad de su madre biológica** instando asimismo poder acceder a los archivos donde conste el expediente, a los fines de consultar el Libro Registro General de Entrada de Enfermos.*

*Hay que recordar que **desde el año 1999 las madres ya no pueden ocultar su identidad** teniendo en cuenta el artículo 180.5 del código civil que otorga el derecho a conocer los orígenes biológicos, sin que pueda denegarse tal información alegando el derecho a la intimidad de la madre, o a la protección de datos, por cuanto a la luz de ese precepto legal las madres **ya no tienen un derecho a la protección de sus datos frente a sus hijos biológicos, aunque si frente a cualquier otra persona** , pero no frente a sus hijos, pues éstos, como se indica , tienen un derecho preferente a conocer sus orígenes.*

Cierto que en el caso que examinamos el oficio remitido por el Centro Médico o Clínica de la Milagrosa pone de manifiesto que la información que se requiere no está en el hospital, debiendo no obstante apurarse todas las posibilidades en esta vía procedimental.

Vía procedimental que la Sala considera no ha sido plenamente agotada y que, en todo caso, en los diferentes trámites que cabe todavía realizar, ha de recordar el contenido de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en cuanto que se solicita la información que consta en unos archivos sobre una persona determinada.

Es claro que la solicitud de información de la recurrente se refiere, como decimos, al ejercicio del derecho a conocer los orígenes biológicos, reconocido en el artículo 180 del Código Civil, tras la modificación operada por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, y, en concreto, a la persona cuyos datos se solicitan.

Hay que señalar, en este sentido, que el reconocimiento del derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos supone una cesión de datos de carácter personal referida a los padres biológicos del adoptado, al definir el artículo 3 i) de la Ley Orgánica 15/1999 la cesión como “Toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado”.

Tal cesión debe sujetarse al régimen general de comunicación de datos de carácter personal establecido en el artículo 11 de la misma Ley, donde se establece que la misma solo puede verificarse para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y cesionario y exige, para que pueda tener lugar, el consentimiento del interesado (artículo 11.1), otorgado con carácter previo a la cesión y suficientemente informado de la finalidad a que se destinarán los datos cuya comunicación se autoriza o el tipo de actividad de aquél a quien se pretenden comunicar (artículo 11.3).

No obstante, el artículo 11.2 prevé una serie de excepciones a la necesidad de contar con el consentimiento del afectado que, a los efectos que interesan en el presente supuesto, quedan limitadas a la contenida en el apartado a) que prevé la posibilidad de cesión incontestada “Cuando la cesión está autorizada en una Ley.” Por tanto, será necesario que exista una norma con rango de Ley, estatal o autonómica, que habilite la cesión no consentida de los datos.

Como se ha indicado anteriormente, el artículo 180 del Código Civil dispone en su número 5 «Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad representadas por sus padres, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos. Las Entidades Públicas españolas de protección de menores, previa notificación a las personas afectadas, prestarán a través de sus servicios especializados el asesoramiento y la ayuda que precisen los solicitantes para hacer efectivo este derecho.»

*Se establece así un supuesto de **habilitación legal de la cesión de los mencionados datos de carácter personal**, de manera que la cesión por el consultante*

de los datos necesarios para que la Entidad Pública de protección de menores a que se refiere la consulta ejerza las funciones que se le atribuyen de ayuda a los solicitantes para hacer efectivo su derecho, se encuentra amparada en el artículo 11.2.a de la Ley Orgánica 15/1999, en relación con lo dispuesto en el artículo 180.5 del Código Civil.

No obstante, se ha señalado reiteradamente, que el establecimiento de una habilitación legal para el tratamiento o cesión de datos de carácter personal no puede considerarse sin más conforme al derecho fundamental a la protección de datos si dicha excepción no ampara el respeto a los restantes principios contenidos en la Ley Orgánica 15/1999 y, en particular, los establecidos en su artículo 4, cuyo número primero dispone lo siguiente: “Los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido”.

*En consecuencia, **la cesión deberá limitarse a aquellos datos que permitan a la Entidad Pública de protección de menores el ejercicio de sus funciones**, asimismo, el número segundo del artículo 4 de la Ley Orgánica 15/1999 exige que los datos sean tratados únicamente para las finalidades que motivaron su recogida, en este caso, las establecidas en el aludido artículo 180 del Código Civil de ayuda, previa notificación a las personas afectadas, a los solicitantes del derecho sin que quepa emplear dichos datos personales para finalidades distintas de las mencionadas...*

*..De esta forma es claro que **no existe impedimento legal alguno para la realización de la actuación judicial**, - y en los términos que también se indicarán - como así lo entendió la Juzgadora a quo al remitir oficio a la Clínica La Milagrosa interesando facilitara al Juzgado los datos relativos a la identidad de la madre biológica que constaran en sus archivos, despacho éste cumplimentado en el sentido de informar la inexistencia de los datos solicitados , diligencias éstas , que en todo caso y tal y como fue articulada, en su momento la demanda - **y dados los intereses en juego** - no han de concebirse restrictivamente, sino más bien a favor de un cumplimiento satisfactorio, de manera que ha de apurarse siempre, y en definitiva , en virtud del deber primario de tutela judicial efectiva y en atención a aquellos importantes intereses señalados , la posibilidad de realización de lo que en definitiva se persigue y que ya se contiene en el escrito rector del proceso , infiriendo de él todas sus naturales consecuencias en relación con la causa petendi, y en consecuencia por todo ello ,**procede - dada la ambigüedad y confusa redacción de la comunicación de la Clínica de la Milagrosa,- previa***

citación del Legal Representante de la citada clínica , que a presencia judicial se le requiera a fin de que manifieste concretamente la razón, causa o motivo de aquel comunicado, explicando cuantas circunstancias puedan esclarecer todo lo concerniente al nacimiento de Doña Teodora , ocurrido el 9 de noviembre de 1982 , en la referida clínica y, a su madre biológica , señalando las causas específicas que dificulten o imposibiliten esa información, explicando, en su caso, el destino de los archivos - es de entender que el ingreso de la madre biológica de la ahora recurrente debió recogerse en el libro registro de entrada - y acudiendo asimismo a otras vías de conocimiento , consultando si fuere necesario, cualquier clase de Libro Registro General de Entrada de Enfermos, así como en el libro de planta, e incluso, en el de la UCI de neonatos, si hubiera sido llevada allí, y cualquier otro documento o archivo en el que pudiera constar la identidad de la madre biológica, o en otros Organismos o Instituciones

En términos muy parejos se pronuncia la reciente resolución de la APZaragoza, sec 5 de 10 de noviembre de 2017 que tras hacer un repaso concienzudo y sincrético de las distintas tendencias sobre la cuestión recapitula diciendo: *El derecho a la averiguación de la filiación biológica es un derecho prevalente que los Tribunales y la Administración ha de facilitar.*

Es un derecho superior al de la intimidad de los padres biológicos.

Su ejercicio exige, no obstante, la medida precisa en cada caso concreto

Y concluye Por tanto, procede la autorización de las pruebas pertinentes para averiguar el contenido de los libros secretos o reservados de la Maternidad de la... a fin de conocer la identidad de la señora que dio a luz a la peticionaria... reseñando como tales... citación al encargado de ... de los citados libros para explicación pertinente al respecto. Individualización posterior de datos, para limitar el acceso a contenidos innecesarios de terceros. Control de realización de dicha búsqueda por parte de la Administración, y en su caso, del Ministerio Fiscal.

Este derecho a conocer también ha sido objeto de desarrollo dentro del ámbito de los **Derechos civiles forales**.

El Derecho catalán reconoce el **derecho del hijo/a adoptado a conocer su origen biológico**. Así el art 235 de Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia dice que el adoptado tiene **derecho a ser informado sobre su origen**. *El adoptado, a partir del cumplimiento de la mayoría de edad o de la emancipación, puede ejercer las acciones que conduzcan a averiguar la identidad de sus progenitores biológicos, lo cual no afecta a la filiación adoptiva.* Las administraciones públicas deben

facilitar al adoptado, si los pide, los datos que tengan sobre su filiación biológica. A tal fin, debe iniciarse un procedimiento confidencial de mediación, previo a la revelación, en cuyo marco tanto el adoptado como su padre y su madre biológicos deben ser informados de las respectivas circunstancias familiares y sociales y de la actitud manifestada por la otra parte con relación al posible encuentro. *El adoptado puede solicitar, en interés de su salud, los datos biogenéticos de sus progenitores. También pueden hacerlo los adoptantes mientras el adoptado es menor de edad*

Por tanto existe no sólo **un derecho a ser informado de que es adoptado**, sino a investigar **su origen biológico** y a que **se le suministre por las Administraciones** Públicas los datos que tengan sobre tal filiación. Incluso cabe un proceso de mediación para relacionarse.

Además se **regula la obligación de información** de la condición de adoptado. En el 236 se dice que **los adoptantes** deben **hacer saber al hijo que lo adoptaron**, tan pronto como este tenga suficiente madurez o, como máximo, cuando cumpla doce años, salvo que esta información sea contraria al interés superior del menor.

Se regula por Decreto 169/2015 de 21 de Julio, por el que se establece el procedimiento para facilitar el conocimiento de los orígenes biológicos **el mecanismo procesal** para facilitar a los interesados el conocimiento de sus orígenes

Ya previamente la Ley Catalana 14/2010 de 27 de Mayo de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia en su art 30 había reconocido que **los niños y los adolescentes tienen derecho a conocer su origen genético, padres y madres biológicos y parientes biológicos. Los niños y los adolescentes tienen derecho a solicitar a las administraciones públicas competentes la documentación que les permita acreditar su identidad.**

El procedimiento según el art 1 del Decreto de la Generalitat es **facilitar a las personas adoptadas y a las personas tuteladas y extuteladas** por la entidad pública de protección en el ámbito de Cataluña, el conocimiento de sus orígenes y parientes biológicos.

Las personas mayores de edad y las emancipadas que han sido adoptadas o tuteladas tienen derecho a acceder a su expediente de protección y a conocer los datos sobre sus orígenes y parientes biológicos. (art 6) Para ejercicio de este derecho deben **dirigir al órgano competente en infancia y adolescencia**, de acuerdo con el procedimiento reglado a través de un impreso normalizado (art 12)

Las **administraciones públicas competentes obtienen los datos** sobre orígenes biológicos de los expedientes administrativos correspondientes de los que

son responsables. (art 8) **No se incluyen los datos de localización** de las personas, a menos que lo autoricen expresamente.

El **procedimiento, con carácter confidencial**, debe garantizar que el ejercicio del derecho al conocimiento de los orígenes biológicos **sea respetuoso con los derechos de las otras personas**, la prevención de situaciones de conflicto personal y la orientación de la intervención.

El equipo técnico elaborará un informe sobre **la viabilidad del procedimiento de encuentro**, que se notificará a la persona titular del derecho.

En caso de que el informe concluyera la **no viabilidad del encuentro**, el órgano competente informará a la persona titular del derecho, únicamente, de **los datos de identidad de los progenitores biológicos** que se hayan podido obtener, sin promover el encuentro entre las partes.

El procedimiento para facilitar el conocimiento de los orígenes biológicos se debe resolver y notificar en el plazo máximo de **seis meses**. Contra las decisiones adoptadas en el curso del proceso **cabe recurso de alzada** ante el órgano superior jerárquico del órgano competente en materia de infancia y adolescencia que dicta la resolución a tramitar conforme al derecho administrativo común.

1.B) Las adopciones Internacionales

El conocimiento de los orígenes biológicos de las personas adoptadas en el marco de un procedimiento de adopción internacional, lo rigen **el Convenio de la Haya, relativo a la protección al niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993**, la normativa de los países de origen y las normas internas que regulan la adopción internacional.

En este sentido el art 30 del Convenio obliga a las autoridades competentes de un Estado contratante a que aseguren **la conservación de la información** de la que dispongan relativa a los orígenes del niño, en particular la información **respecto a la identidad de sus padres**, así como **la historia médica** del niño y de su familia.

Dichas autoridades asegurarán el acceso, con el debido asesoramiento, del niño o de su representante a esta información en la medida en que lo permita la Ley de dicho Estado.

No obstante se establece un **deber de reserva** de tales datos sólo a los efectos para los que se facilitaron u obtuvieron (art 31)

Es importante por la transcendencia psicológica en el menor, y por los posibles impedimentos matrimoniales. En España el adoptado puede saberlo porque

en el Registro Civil la adopción se inscribe al margen de la inscripción de nacimiento, donde consta la filiación biológica del adoptado (artículo 47 y 48 de la Ley Registro Civil) y además por las previsiones ya expuestas al hablar de la reforma del Código Civil de 2015.

2) Los supuestos de acogimiento por desamparo

Este derecho también se pone de manifiesto, pues de la misma manera que de cara a la adopción, existe la **posibilidad de mantenimiento de relaciones** del menor acogido con su familia biológica, incluso dentro del acogimiento preadoptivo. El art 20 bis de la ley Orgánica 1/96 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor entre las **obligaciones que hace recaer sobre la familia de acogida, recoge las de respetar y facilitar las relaciones con la familia de origen del menor, en la medida de las posibilidades de los acogedores familiares, en el marco del régimen de visitas establecido a favor de aquella y la reintegración familiar, en su caso.**

Igualmente el artículo anterior establece en su apartado 3 que *a la resolución de formalización del acogimiento familiar a que se refiere el apartado anterior, acordada conforme a los términos previstos en el Código Civil, se acompañará un documento anexo que incluirá los siguientes extremos: a) La identidad del acogedor o acogedores y del acogido.*

Expresamente **entre los derechos de los menores acogidos** se encuentran según el art 21 a) Dirigirse directamente a la Entidad Pública y **ser informado** de cualquier **hecho trascendente** relativo al acogimiento. d) **Relacionarse con su familia de origen** en el marco del régimen de visitas, relación y comunicación establecido por la Entidad Pública. e) **Conocer** progresivamente su realidad socio-familiar y sus circunstancias para facilitar la asunción de las mismas. j) **Acceder a su expediente y conocer los datos sobre sus orígenes** y parientes biológicos, una vez alcanzada la mayoría de edad.

En la Ley Catalana 14/2010 de 27 de Mayo antes mencionada, el art 117 **impone a la Administración** la obligación de informar a los niños y adolescentes desamparados que tengan suficiente madurez, de su situación personal y legal, de las medidas y actuaciones que lo afectan, y también de **sus derechos y de los recursos a los que puede acceder para ejercerlos** va dirigido a las personas mayores de edad, que ya no están sometidas al sistema de protección de niños y adolescentes, pero a las cuales resulta aplicable esta Ley por el hecho de haberlo estado, con independencia de si han sido adoptadas o no.

El niño o el adolescente, **tiene derecho a conocer**, en función de su edad y capacidad, su **historia personal y familiar** y, si ha sido separado de su familia

de origen definitivamente, sus antecedentes culturales y sociales, que deben ser siempre respetados.

Y alcanzada la mayoría de edad, la persona interesada tiene derecho **a acceder a su expediente y a conocer los datos sobre sus orígenes y parientes biológicos**. A tal fin, el órgano competente en materia de protección de los niños y los adolescentes debe iniciar un **procedimiento confidencial** de mediación, previo a la revelación de los posibles parientes biológicos, en cuyo marco, tanto la persona interesada como las personas afectadas deben ser informadas de las respectivas circunstancias familiares y sociales, y de la actitud manifestada por la otra parte en relación con el posible encuentro.

3) El derecho a conocer y las acciones de Filiación

Intimamente relacionado con el derecho a conocer el propio origen biológico, puede invocarse la tendencia actual del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional sobre la materia, **dando prevalencia a la verdad real sobre la presunta resultante del estado matrimonial**, que culminó con la declaración de inconstitucionalidad del art. 136.1 C.c. (STC 156/2005, de 9 de Junio, ROJ STC 156/2005)

Establecía el precepto mencionado que *“el marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil”*

El Juzgado de Primera Instancia de Gandía 2 planteó **cuestión de inconstitucionalidad** del mismo en cuanto **impide al marido impugnar su paternidad matrimonial** una vez transcurrido un año desde la inscripción del nacimiento en el Registro Civil, **incluso cuando las pruebas** o indicios de que la paternidad no es cierta **se hayan obtenido con posterioridad**, es contrario al apartado 1 del artículo 24 de la Constitución

Dice el Tribunal Constitucional que *el art. 136 CC cercena el acceso a la jurisdicción del padre que descubre no serlo una vez transcurrido un año desde la inscripción registral de la filiación, sin que esa limitación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) guarde proporcionalidad con la finalidad perseguida de dotar de seguridad jurídica a la filiación matrimonial. La imposición al marido de una paternidad legal que, sobre no responder a la realidad biológica, no ha sido buscada (como ocurre en los casos de adopción y de inseminación artificial) ni consentida conscientemente, sino impuesta por una presunción legal (art. 116 CC), que siendo inicialmente iuris tantum, sin embargo, transcurrido un año desde la inscripción de la filiación, conocido el nacimiento, se transforma en presunción iuris et de iure, resulta incompatible*

con el mandato constitucional de posibilitar la investigación de la paternidad (art. 39.2 CE) y, por extensión, con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), así como con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su dimensión de acceso a la jurisdicción.

A partir de ahí varias son las resoluciones judiciales que amparan este derecho a conocer. Por ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sec 12, 270/2016, de 19 de abril de 2016 (ROJ: SAP B 3315/2016 - ECLI:ES:APB:2016:3315) explica que *Debe tenerse en cuenta que el derecho a conocer la procedencia biológica, es decir, quien es el padre y quien es la madre, de cualquier ciudadano está garantizado por el art. 39 de la Constitución Española, que además indica la posibilidad legal de investigarse la paternidad.*

El origen determina la identidad personal y por ello se considera un derecho principalísimo, directamente relacionado con la dignidad personal y los derechos inherentes a la persona. Esta importancia determina que ante la enorme dificultad que tiene la madre de aportar prueba concluyente sobre quien es el padre del ser que entre dos concibieron y ella trajo al mundo, la ley haga recaer sobre el demandado, la prueba de descargo, pues éste es el único que puede aportarla, sin ninguna dificultad, sin ningún riesgo físico, y debe entenderse que la negativa reiterada e injustificada, tal como en el presente caso ocurrió, es un indicio de la máxima consistencia.

También en el mismo sentido, discurre la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sec 4, 43/2016, de 1 de Febrero de 2016 (ROJ: SAP BI 271/2016 - ECLI:ES:APBI:2016:271) donde se afirma que *es un hecho indiscutible que la menor tiene derecho a conocer a su progenitor biológico y que éste tiene derecho a conocer a su hija y a establecer una relación con ella. Que la madre haya ocultado esta información a su hija o que ésta identifique a la actual pareja de su madre como su padre no es óbice a lo anterior; como reflejan las preguntas del Ministerio Fiscal en el acto del juicio se trata de buscar el momento más oportuno y menos perjudicial para que la niña conozca a su padre y establezca una relación.*

La sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, sec 1 274/2015, de 27 de Octubre (ROJ: SAP AB 901/2015 - ECLI:ES:APAB:2015:901) incidirá sobre ello y dirá que *el “principio de prueba” exigido legalmente (art 767.1 LEC) para la admisión de éste tipo de demandas obedece a la necesidad de evitar reclamaciones disparatadas, indiscriminadas o sin fundamento mínimo, sobre todo cuando la prueba principal suele ser la denominada prueba pericial biológica, especialmente sensible aún socialmente y que precisa de la colaboración personal del afectado, pero ello no es ningún privilegio para el demandado (en relación con otros demandados por otras acciones judiciales distintas, donde no se exige*

ningún “principio de prueba”), ni tampoco puede entenderse como limitación a la tutela judicial efectiva del menor o de quien actúa en juicio en su nombre o interés (art 24 de la Constitución), **sobre todo en el ámbito del derecho a conocer su filiación y de protección de los hijos contemplados en el art 39.2, 3 y 4 de la Constitución.** Motivo por el que dicha exigencia de un «principio de prueba» no es más que la aportación con la reclamación judicial de filiación de algún dato de verosimilitud. Nada más. No se trata de aportar ya con la demanda, y antes del periodo probatorio propio de cada proceso, una verdadera prueba de filiación: es suficiente con un indicio o incluso una oferta de prueba futura aunque concretada en la demanda inicial. **Cualquier atisbo, asomo o ribete de credibilidad del hecho invocado es suficiente para la admisión de la demanda, pues otra cosa sería contraria a los ya indicados art 14, 24 y 39 CE.**

Curiosa resulta la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sec 22, 875/2015, de 16 de Octubre de 2015 (ROJ: SAP M 14268/2015 - ECLI:ES:APM:2015:14268) por hacer referencia a los **efectos del desistimiento sobre una acción de filiación iniciada a nombre de una menor.** Dice: *A la vista de los antecedentes fácticos, teniendo en cuenta el interés público existente en este tipo de procedimientos, donde se procura el conocimiento de la verdad material y no meramente formal, ni concurre de forma apreciable irregularidad en las actuaciones que resulte susceptible de producir indefensión, es factible anticipar la procedencia de la desestimación del motivo principal de recurso, con confirmación en tal aspecto de la sentencia de instancia, pues la materia que nos ocupa, filiación de una menor de edad, es cuestión de orden público, ius cogens o derecho necesario en la que **no viene vinculado el Juez ni el Tribunal por las peticiones de las partes, al quedar relajado el rigor de los principios dispositivo y de rogación (artículo 216 de la L.E.Civil), de congruencia (artículo 218 de la dicha Ley), de contradicción e igualdad de armas en el proceso que inspiran nuestro ordenamiento formal, propios de cuando de las restantes de estricto derecho privado se trata, al ser las cuestiones referidas al estado civil de las personas indisponibles para las partes en méritos al artículo 1.814 del Código Civil.***

Esta razón sin más aboca el motivo principal de recurso al fracaso; no obstante, a mayor abundamiento, en aras a evitar toda apariencia formal de indefensión, es aquí cierto que el Ministerio Fiscal, interviniente necesario en este tipo de procesos (artículo 749.1 de la L.E.Civil), se opuso al desistimiento por las razones antes expresadas, a las que añadimos nosotros la necesidad de la seguridad jurídica que ha de imperar en materia tan sensible como la que nos ocupa.

*Además, tal y como se indica por el Ministerio Público, en modo alguno viene presidido **el desistimiento** ni la anuencia prestada al mismo de **contrario***

por el interés superior de la menor, que tiene derecho a conocer su realidad biológica sobre la paternidad, sin que de ello le derive perjuicio alguno, más allá de hipótesis, suposiciones o conjeturas que quieran hacerse, como es el caso de la probabilidad de que un día la filiada debiera asistir a su padre, cuando luego se añade en el propio escrito de recurso que éste afortunadamente dispone de una gran fortuna, u otras que se relacionan por la apelante, y que pueden tener base para el motivo subsidiario de recurso, mas no para el principal que ahora se enjuicia.

Ello incluso sirve como principio procesal, por ejemplo a efectos de la caducidad en el ejercicio de acciones de filiación. Sobre este aspecto por ejemplo se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife, sec 1 430/2015, de 17 de septiembre de 2015 (ROJ: SAP TF 2185/2015 - ECLI:ES:APTF:2015:2185) al decir: *“En el presente caso convenimos con la juez de instancia y con el apelado en el que el dies a quo no debe empezar a computarse sino desde que se despejaron las sospechas o dudas, y ello en aras al respeto del principio de verdad biológica que se ajusta y sirve de forma plena a los intereses prioritarios de protección de la persona, sea del que aparece como hijo que tiene **derecho a conocer la verdad biológica de su filiación**, sea el que aparece como padre configurando la paternidad como una proyección de su persona. Sobre esta cuestión ya las STS, entre otras, de 20 de junio y 2 de octubre de 2000 y 22 de marzo de 2002 se han pronunciado en el sentido de que: «la verdad biológica no puede dejarse de lado y conforma la efectiva verdad material y, a su vez, también ha de tenerse en cuenta el derecho natural y, por ello, el interés justificado que asiste a los hijos de saber y conocer quién es su padre, lo que se presenta como encuadrable en tutela judicial efectiva que a los mismos ha de otorgársele por integrarse en la moral-jurídica y normativa constitucional (art. 39 CE), que incluso resulta necesaria para la determinación genética y puede ser vital para preservar la salud”.*

4. En materia de Técnicas de Reproducción asistida

Este es el campo más complejo en la actualidad para el desarrollo del derecho a conocer, entre otras cosas por su novedad, aunque también inciden otros factores que lo hacen peculiar.

España es **el tercer país** de la UE en actividad sobre reproducción asistida. (Quizás un ejemplo del denominado turismo reproductivo propiciado por la diferencia de regulación entre los países de nuestro entorno, sobre aquéllos que no permiten la donación de óvulos), lo cual puede dar una idea de la trascendencia que pueda tener un posicionamiento legislativo en uno u otro sentido.

4.A) La situación normativa a raíz de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida

La **primera regulación** sobre Técnicas de Reproducción asistida data del **22 de noviembre de 1988**, el primer Banco de semen en nuestro país data de 1978 y al tiempo de entrada en vigor de la norma habían nacido ya unos 2.000 niños en nuestra nación a través de estas técnicas. Se trataba de una regulación abiertamente permisiva que incluía las técnicas de reproducción alternativas a la esterilidad de la pareja humana como una expectativa real en el tratamiento de la esterilidad cuando otros métodos son poco adecuados o ineficaces que permitiera una esperanza para las estimadas 700.000 parejas estériles casadas en edad fértil, de las que un 40 por 100 podrían beneficiarse de la FIVTE o técnicas afines y un 20 por 100 de la Inseminación Artificial. E **incluía la posibilidad de la donación anónima de gametos masculinos y femeninos**

Ahora bien la disponibilidad del investigador de óvulos desde el momento en que son fecundados in vitro, le permite su manipulación con fines diagnósticos, terapéuticos, de investigación básica o experimental, o de ingeniería genética, sin duda beneficiosos para el individuo y la humanidad, pero en cualquier caso, y dado el material con el que se trabaja, propiciadores de una **diáspora** de implicaciones que suscitan **temor e incertidumbre con alcances sociales**, ético, biomédico y jurídico principalmente.

La ley tampoco desconoció que la colaboración de **donantes** de material reproductor en la realización de estas técnicas supone la **incorporación de personas ajenas a las receptoras y a los varones a ellas vinculados en la creación de los futuros hijos**, que llevarán su aportación genética, con lo que se ponen en entredicho cuestiones del máximo interés relacionadas con el derecho de **familia, la maternidad, la paternidad, la filiación y la sucesión**; es necesario, por lo tanto, establecer los requisitos del donante y de la donación, así como las **obligaciones, responsabilidades o derechos**, si los hubiere, respecto de los **donantes con los hijos** así nacidos.

Y también se abordaban dos previsibles aplicaciones de estas técnicas de Reproducción Asistida, en nuestra Nación: **la gestación de sustitución y la gestación en la mujer sola**; posibilidades que llevan a interrogar si existe **un derecho a la procreación absoluto**. Y en el primer caso de la gestación de sustitución, si las partes **pueden disponer libremente en los negocios jurídicos del Derecho de Familia**, aun en el supuesto de un contrato o acuerdo previo entre ellas. Respecto del segundo la cuestión se concluye **debe abordarse desde el respeto a los derechos de la mujer a fundar su propia familia** en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales garantes de la igualdad de la

mujer, la Ley debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente.

El art 5 preveía respecto al contrato de donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley que era **gratuito, formal y secreto** concertado entre el donante y el Centro autorizado, formalizado por escrito.

El 5.5 impone **la donación anónima**, custodiándose los datos de identidad del donante en el **más estricto secreto** y en clave en los bancos respectivos y en el Registro Nacional de Donantes.

Pero se reconoce a favor del hijo un **derecho** por sí o por sus representantes legales, **a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad**. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos.

Sólo **excepcionalmente**, en **circunstancias extraordinarias** que comporten un **comprobado peligro para la vida del hijo**, o **cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales**, podrá **revelarse la identidad del donante**, siempre que dicha revelación sea **indispensable** para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda **no implica**, en ningún caso, **determinación legal** de la filiación. (.8.3)

Dicha revelación tendrá **carácter restringido** y **no implicará**, en ningún caso, **publicidad de la identidad** del donante.

En ningún caso la **inscripción en el Registro Civil** reflejará datos de los que pueda inferirse el carácter de la generación. (Art 7.2)

Será **nulo de pleno derecho** el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero (art 10). (Los contratos de maternidad subrogada)

La filiación los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto, sin perjuicio de la acción de filiación (reclamación de paternidad contra el padre biológico. Pues aquí el convenio no tiene eficacia.

El **Tribunal Constitucional** tuvo la oportunidad de pronunciarse con respecto al secreto y **anonimato de los donantes** en su sentencia de 17 de junio de 1999 ROJ STC 116/1999, resolviendo un recurso de inconstitucionalidad y estableció que ello no infringía el contenido del art 39 CE “ *Desde este entendimiento de la familia, es evidente que las técnicas de reproducción asistida reguladas en la Ley no implican, por sí mismas, un menoscabo de su protección constitucional (de la familia) ni, por lo tanto, del principio establecido en el art. 39.1 C.E. Es por ello perfectamente lícito, desde el punto de vista constitucional, la disociación entre*

progenitor biológico y padre legal que sirve de fundamento a ciertas reglas contenidas fundamentalmente en los arts. 8 y 9 de la Ley. Por otra parte, el argumento de los recurrentes, en el sentido de que en los supuestos de adopción la diferencia entre la paternidad o maternidad biológica y la legal se justifica por razones de protección del interés del hijo, lo que no ocurre en relación con las hipótesis contempladas en la Ley 35/1988, supone desconocer la finalidad primera y justificativa de la propia Ley que es, precisamente, la de posibilitar la fecundación y, por ende, la creación o el crecimiento de la familia como unidad básica y esencial de convivencia... El último de los argumentos que integra este bloque impugnatorio es el referido a la pretendida incompatibilidad del art. 5.5 de la Ley: «La donación será anónima», con lo dispuesto en el art. 39.2 de la Constitución, a saber: «La ley posibilitará la investigación de la paternidad». Sostienen los actores que mediante la **garantía del secreto de la identidad del donante** la Ley **oculta deliberadamente al padre biológico**, incumpliendo de este modo el mandato contenido en el citado art. 39.2 C.E. En efecto, la Constitución ordena al legislador que «posibilite» la investigación de la paternidad, lo que **no significa la existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos que tenga por objeto la averiguación, en todo caso** y al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen, de la identidad de su progenitor. Pues bien, desde esta perspectiva, la Ley enjuiciada sólo **podrá ser tachada de inconstitucional, por infringir** lo dispuesto en el art. 39.2 C.E., en la hipótesis de impedir, **sin razón o justificación** alguna, la investigación de la paternidad. **No es éste el caso** de la previsión contenida en el art. 5.5 de la Ley 35/1988, que garantiza la no revelación, como regla, de la identidad de los donantes de gametos. Conviene no olvidar, como base de partida, que **la acción de reclamación o de investigación de la paternidad se orienta a constituir**, entre los sujetos afectados, **un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos**, integrante de la denominada relación paterno-filial, siendo así que la revelación de la identidad de **quien es progenitor a través de las técnicas de procreación artificial, no se ordena en modo alguno a la constitución de tal vínculo jurídico**, sino a una mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos origen de la generación, lo que **sitúa la eventual reclamación, con este concreto y limitado alcance**, en un ámbito distinto al de la acción investigadora que trae causa de lo dispuesto en el último inciso del art. 39.2 de la Constitución. Habida cuenta de lo expuesto, hemos de rechazar la alegada inconstitucionalidad del art. 5, apartado 5, de la Ley impugnada. Ha de señalarse, en primer término, que el anonimato de los donantes que la Ley trata de preservar no supone una absoluta imposibilidad de determinar su identidad, pues el mismo precepto dispone que, **de manera excepcional**, «en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado **peligro para la vida** del hijo, o cuando proceda con arreglo

a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto». Asimismo, el mencionado precepto legal atribuye a los hijos nacidos mediante las técnicas reproductoras artificiales, o a sus representantes legales, el derecho a obtener información general de los donantes, a reserva de su identidad, lo que garantiza el conocimiento de los factores o elementos genéticos y de otra índole de su progenitor. No puede afirmarse, por ello, que la regulación legal, al preservar la identidad de los donantes, ocasione consecuencias perjudiciales para los hijos con alcance bastante para afirmar que se produce una desprotección de éstos. Por otra parte, los límites y cautelas establecidos en este ámbito por el legislador no carecen de base racional, respondiendo claramente a la necesidad de cohonestar la obtención de gametos y preembriones susceptibles de ser transferidos al útero materno e imprescindibles para la puesta en práctica de estas técnicas de reproducción asistida [orientadas -debe nuevamente recordarse- a fines terapéuticos y a combatir la esterilidad humana (art. 1.2 de la Ley)], con el derecho a la intimidad de los donantes, contribuyendo, de tal modo, a favorecer el acceso a estas técnicas de reproducción humana artificial, en tanto que situadas en un ámbito médico en el que por diversas razones -desde las culturales y éticas, hasta las derivadas de la propia novedad tecnológica de estos medios de fecundación puede resultar especialmente dificultoso obtener el material genético necesario para llevarlas a cabo...

4.B) La situación tras la ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Tras un parche para resolver el tema del destino de los preembriones supernumerarios, regulado por la Ley 45/2003 de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (preembriones que se encontraban crioconservados) surge la ley 14/2006 de 26 de Mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida, actualmente vigente debido al avance científico constatado en los últimos años, el desarrollo de nuevas técnicas de reproducción y el aumento del potencial investigador.

Las técnicas de reproducción asistida que pueden practicarse también son objeto de nueva regulación. Debido a que la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, siguió el método de enumerar, mediante una lista cerrada, cuantas posibilidades técnicas eran conocidas en aquel momento, y fijaba en relación con ellas los límites legales de actuación, las nuevas técnicas surgidas por los avances científicos carecen de una consideración expresa en la norma, y suscitan el debate sobre la existencia de un vacío jurídico o, por el contrario, la aplicación extensiva de la

Ley en vigor sobre la base de una interpretación lo más amplia posible. Se intenta extender el ámbito de su actuación más allá de dar solución a los problemas de esterilidad, y aplicarlas como desarrollo de otras complementarias para permitir evitar, en ciertos casos, la aparición de enfermedad.

Por lo demás y en cuanto al tema que aquí nos interesa la nueva norma **no significó alteración** de lo expuesto por la Ley anterior, y vino a repetir el contenido del 5.1 la donación de gametos y preembriones es contrato **gratuito, formal y confidencial** concertado entre el donante y el centro autorizado que se formalizará por **escrito** (5.4)

Y el 5.5 establece que *La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan. Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones.*

Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes. La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5.5 de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación (art 8.3)

El “**peligro para la salud del hijo**” es un concepto indefinido, susceptible de una gran subjetividad, lo que hace necesario definir los límites. De hecho cabe sostener que los hijos nacidos a través de estas técnicas de reproducción con mala relación con sus padres legales aduzcan trastornos psicológicos como riesgo para la salud para poder conocer la identidad de sus padres biológicos, lo cual no parece ser la intención del legislador.

En ningún caso, **la inscripción en el Registro Civil** reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación (art 7)

Y en el art 10 se traslada la redacción del antiguo art 10 para tratar **la maternidad subrogada**.

Consecuentemente la filiación obtenida a través de técnicas de reproducción asistida **no genera en España un derecho habitual** a conocer la identidad de sus padres biológicos, **pero sí** en algún caso **extraordinario**.

4.C) Los Argumentos en torno al debate entre el anonimato y la publicidad de los donantes

4.C) a) A favor del anonimato

La polémica abarca distintos puntos de vista y posicionamientos diversos en función de las propias creencias personales de cada cual. Dadas las implicaciones de todo tipo de la cuestión, para dar una visión más o menos objetiva se impone dar a conocer los argumentos que se barajan en uno u otro sentido.

Entre los **argumentos a favor del anonimato**, se hace referencia al resultado deparado por **algunos trabajos de investigación** que habrían detectado en el seno de las relaciones familiares una quiebra del sentimiento unitario entre sus miembros cuando se comunicaba al afectado el origen de su concepción. En su interior el concebido sentía no formar parte de una continuidad biológico-familiar del núcleo del que formaba parte, lo cual le hacía sentir la desconfianza del resto por ser distinto genéticamente. Ello llevado al otro extremo, al punto biológico de origen, igualmente se detectaría frustración en cuanto a la búsqueda de una identidad de un referente genético de nula afectividad, ni con el concebido ni con la receptora, por tanto con el núcleo familiar de pertenencia. También se habrían observado una tensión caso de existencia de hermanos con distinto origen en la concepción. A partir de este conocimiento se habrían exacerbado sentimientos de trato desigual de la familia respecto del concebido biológicamente y a través de técnicas de reproducción asistida.

También están las razones que **explican los padres** para no querer revelar a sus hijos/as que han sido concebidos con donantes, se encuentra la extendida opinión de que comunicarlo implicaría una quiebra de su bienestar siendo contrario a su propio interés, en la medida en que ello al ser conocido por el resto de los miembros de la familia podría generar una situación de rechazo o extrañamiento. A su vez de extenderse este conocimiento a un espectro de personas más amplio cabría la posibilidad de un aislamiento del menor o aún peor de ser víctima de algún tipo de acoso o abuso (sobre todo en forma de burlas o similares) en una fase de crecimiento humano donde la búsqueda de lo común y el rechazo de lo diferente cobra una especial importancia.

También se señalaba (en un argumento que poco tiene que ver con el interés del concebido) que dada las peculiaridades propias de nuestra sociedad, caso de haberse producido la gestación mediante la implantación de gametos masculinos, de darse ello a conocer se estigmatizaría la figura paterna. Curiosamente no era representativo el porcentaje que hablaba de la misma manera en caso de implantación de gametos femeninos (ovocitos), si bien no falte quien lo explique porque este sistema tenga menor incidencia.

En paralelo se aduce a favor del anonimato el derecho de privacidad de los padres, encuadrado dentro del derecho fundamental a la personalidad, que no se respetaría si se permite desvelar la identidad del donante. Y se reseña el hecho de que incluso en los países donde no existe la necesidad del anonimato del donante, y a diferencia de los supuestos de adopción, no hay previsión legal que obligue a los padres a informar a los hijos sobre el origen y forma de su concepción con la intervención de un donante.

Finalmente el argumento, quizás con mayor impacto real, sea que la revelación de la identidad del donante repercutiría negativamente sobre el número de donantes, pues estos en general no tienen ningún interés en conocer o entablar futuras relaciones con los hijos concebidos con su material genético. Igualmente se ha podido constatar que en los países donde no se garantiza el mismo, los donantes tienen más edad, tienen su propia familia, y otros hijos biológicos, lo cual puede derivar en una reducción de eficacia de las técnicas a utilizar, pues se amplía el riesgo de transmisión de anomalías congénitas, y puede generar interferencias interfamiliares entre la propia del donante y la del hijo y receptora del material.

Por ejemplo sobre este punto se reseña la evolución negativa acaecida en Reino Unido desde que se modificó la normativa, país desde el cual llegan a España parejas con problemas de esterilidad en busca de las soluciones que les proporciona la mayor flexibilidad de la legislación española en cuanto al asunto de la confidencialidad de los donantes.

También se han reseñado otros motivos de índole más jurídica. Por ejemplo la de evitar la interposición de posibles reclamaciones de paternidad hacia el progenitor biológico. Por ejemplo en la regulación española, tal posibilidad está expresamente negada, aun en el excepcional caso en que quepa la revelación de la identidad del donante.

Finalmente no podemos olvidar que detrás de estas técnicas hay una industria, hay un factor económico a considerar. Y el anonimato de los donantes a estos efectos es más útil para atender las reglas de la demanda, demanda que se corresponde generalmente con un deseo propio a ser padre/madre en un momento determinado sin tener en cuenta las reglas propias naturales, como parte de un legítimo derecho al desarrollo personal, pero que en ocasiones no atienden el debido desarrollo de la personalidad del concebido. Y sobre este aspecto no deja de ser paradójico, por ejemplo que mientras el período de fertilidad biológico de las mujeres viene a manifestarse más temprano por lo que en lógica concluirá igualmente más temprano, la maternidad tiene lugar debido a factores sociales, económicos, incluso culturales, más tarde.

También se ha puesto de manifiesto que los más recientes **estudios antropológicos y sociológicos** sobre el tema, se muestran más y más reveladores de la significación que para los seres humanos, especialmente para los menores y adolescentes, tienen las relaciones personales creadas y no los vínculos consanguíneos. Se destaca que frente a una verdad genética, actualmente perfectamente determinable, hay un complejo entramado de vínculos afectivos creados por el nacido durante su infancia, con mucha más fuerza, generadores de deseos y preferencias que poca relación guardan con un vínculo meramente genético. Por lo que éste realmente deviene en anecdótico, y no necesariamente beneficioso.

Además ponen de relieve que **los estudios** en que los partidarios de la tesis contrarios se apoyan, **vienen de otras situaciones afines**, pero **no trasladables**, como sucede con la adopción. Aquí no hay un abandono, motivado por razones sociales o económicas al margen de la voluntad del progenitor biológico, sino una donación de material genético por persona que no mantiene ninguna vinculación ni con el recién nacido ni con sus progenitores, y además en la generalidad de las ocasiones el otro progenitor biológico sí viene a coincidir con el progenitor legalmente determinado.

4. C) b) A favor de la publicidad

Por los partidarios de esta tesis viene a señalarse que los **cambios en el devenir del progreso de la Humanidad** siempre han ido acompañado de desconfianza y miedo. El mismo miedo que en el ámbito de la adopción desaconsejaba o convertía en fracaso del sistema los intentos de conocer el origen biológico del adoptado se dan ahora en el terreno de la reproducción asistida. Cabe también recordar que estas técnicas ahora admitidas sin complejos (Y ahí está la generación sobre el debate de la regulación de la reproducción asistida) fueron solo hace veinte años, objeto de una gran oposición por sectores extensos de la sociedad. Si tales técnicas ya han sido asumidas socialmente, qué sentido tiene mantener en secreto tal sistema de procreación para el nacido, cuando ello puede **quebrar la confianza familiar**, y ser percibido como un secreto además difícil de mantener debido a los parecidos físico y existencia de un historial médico reglado del que los receptores, padres legales del menor, tienen pleno conocimiento. Al margen de las dificultades para la confianza necesaria en toda convivencia que genera todo secreto, su existencia se percibe como un claro obstáculo al sostenimiento de vínculos estables en las relaciones humanas

Se ha señalado también como argumento a favor de la publicidad la **Convención de los Derechos del niño de 1989**. Su artículo 7 establece que **el niño** será

inscrito inmediatamente después de su nacimiento y **tendrá derecho desde que nace** a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, **en la medida de lo posible, a conocer a sus padres** y a ser cuidado por ellos.

Siendo conforme al art 3 de la Convención que **en todas las medidas concernientes a los niños** que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, **las autoridades administrativas** o los órganos legislativos, una consideración primordial a que **se atenderá será el interés superior del niño**, éste justificaría en todo caso el derecho del niño a conocer quién es su progenitor biológico, por ser perfectamente posible.

Por otro lado la propia regulación de tales técnicas lleva a cabo **una reglamentación con previsión de Registro y control de donantes**. Así se recoge una edad máxima de las donantes de ovocitos de 35 años, mientras que en el caso de los donantes de semen, la edad máxima es de 50 años (art. 2.1 del Real Decreto 412/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida y se regula la creación y organización del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones con fines de reproducción humana), donde se regula el acceso y control de donantes humanos. En dicho registro, ciertamente aún inactivo, se encuentran recogidas las bases de datos de cada centro o servicio autorizado por la Comunidad Autónoma respectiva, por agregación a una Base Central administrada por el Ministerio de Sanidad y Consumo (art 8) y en él se contiene un registro individual de cada donante aceptado con sus datos de identificación relacionados, identificado a través de número de clave interno, con los siguientes datos: a) Número de preembriones obtenidos con sus gametos e identificación de las personas de las que procedan cada uno de los gametos del otro sexo. b) Identificación de receptores de la donación de gametos, sean por técnica de inseminación artificial o mediante FIV con gameto de receptor. c) Identificación de la mujer/es receptora/s de los preembriones obtenidos d) Datos de identificación de los recién nacidos vivos, incluidas incidencias detectadas tras el nacimiento. e) Partos de recién nacidos muertos f) Interrupción de embarazo por malformación o enfermedad fetal de origen genético o por otras causa.

Así mismo todo donante debe acreditar un estado de salud física y mental, adecuados sin que tenga antecedentes de enfermedades congénitas transmisibles, y engendrado menos de seis descendientes por la fórmula que sea.

Para evaluar el cumplimiento de los requisitos que debe reunir todo donante, los candidatos y candidatas deben superar un interrogatorio y un examen físico, con una serie de pruebas reguladas en el RD Ley 9/2014 de 4 de Julio por el que

se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos. De todo ello se encarga un equipo especializado dentro de una Clínica o centro Homologado. Por tanto estamos ante **un proceso riguroso**, reglado, altamente especializado, por lo que habría que desterrar cualquier tipo de prejuicio o estigma en relación a origen y resultados para los así generados.

También se ha mencionado, al igual que en su día se expuso para la adopción, como argumento a favor de la publicidad el **derecho al libre desarrollo de la personalidad** es fundamento del orden político y de la paz social. Así mismo es un instrumento que faculta la posible **prevención de enfermedades** lo cual tiene igualmente una trascendencia constitucional a través de la previsión del art 43 CE. Y a pesar de que existan controles, por basarse ello esencialmente en información recabada del propio donante o que no pueda ser detectada por el equipo interviniente.

Otro aspecto legal a destacar reside en el hecho de que la **donación es altruista**, es decir, los donantes no reciben contraprestaciones, salvo una “**compensación económica resarcitoria**” establecida por el art. 5.3 de la Ley 14/2006, y justificada por las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales derivados de la donación. Los donantes son captados en campañas promulgadas por los propios centros de reproducción, los cuales no pueden ofrecer incentivos económicos para promover las donaciones. En el mismo artículo, también se establece que “el Ministerio de Sanidad y Consumo, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, fijará periódicamente las **condiciones básicas que garanticen el respeto al carácter gratuito de la donación**”, sin embargo, **no se ha cumplido con esta premisa**, lo que ha propiciado cierto descontrol en el asunto al que hace referencia, con el riesgo de la aparición de un **mercado oculto**.

En los últimos años las **donaciones de gametos** no ha dejado de aumentar, si bien no se ha podido determinar cuál es la causa o motivo de ello, pudiendo ser que las técnicas de reproducción asistida no son percibidas como algo extraño, sino que han sido plenamente aceptadas socialmente.

Este carácter altruista a mi juicio resulta básico en el ámbito de la donación, so pena de inferir en un **problema bioético** de suma importancia, por convertir el cuerpo humano en un bien objeto de comercio entre los hombres, en términos que emplearía el art 1271 del Código Civil para referirse al necesario objeto de todo tipo de contratos.

Sobre este particular incide el **Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina** de 1997, ratificado por España, que se mueve entre el conocimiento de las acciones que podrían poner en peligro la dignidad humana mediante una práctica inadecuada de la biología y la medicina, y la afirmación de que los progresos en la biología y la medicina deben ser aprovechados en favor de las generaciones presentes y futuras, proclama en su art 2 que **El interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia.**

Y fruto de este **superior fin** se adoptan sobre este tema algunas resoluciones importantes, como puedan ser las contenidas en los artículos 13 (Únicamente podrá efectuarse una intervención que tenga por objeto **modificar el genoma humano** por razones **preventivas, diagnósticas o terapéuticas** y sólo cuando no tenga por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia. De ahí que el artículo siguiente **prohíba la utilización de técnicas de asistencia médica a la procreación para elegir el sexo** de la persona que va a nacer, salvo en los casos en que sea preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada a sexo) Y definitiva me parece la previsión del art 21 según el cual **el cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro.** Lo cual a mi juicio tiene trascendencia, tanto en el tema de la maternidad subrogada por precio, cuanto sobre la gratuidad de la donación de gametos.

La legislación española es a mi juicio respetuosa de tales principios, pues sólo reconoce a favor del donante una cantidad por los daños y perjuicios irrogados a consecuencia de la donación, que en caso de ovocitos pueden alcanzar los 1000 euros. Si bien no es una cifra standard pues admite modulación a partir de los 500 euros.

Unido al tema del altruismo del donante, y ligado con el tema del necesario consentimiento de éste para todos los actos relacionados con su cuerpo previa necesaria información (por ejemplo artículos 5, 10, 16, 19 o 22 del Convenio de Oviedo de 1997 antes expuesto) parece al menos imponerse sobre el tema del anonimato o publicidad del donante, que éste pueda optar en dar a conocer su identidad en un futuro al nacido o mantener el anonimato.

Además si eliminamos el anonimato se garantizará que sólo los donantes comprometidos y con miras altruistas sean los efectivos donantes, y no otras personas motivadas por el dinero que se percibe y que donan por su precaria situación económica. Aunque ya hemos visto que las percepciones son solo indemnizatorias.

También como argumento a favor de la publicidad, se ha mantenido los resultados antes expuestos sobre las **consecuencias negativas del anonimato en la adopción** unido a los reconocidos beneficios para quienes experimentaron la posibilidad de relacionarse con sus progenitores biológicos.

Si bien en estos casos se matiza, según los autores en si el conocimiento de tu origen biológico y de la identidad del progenitor donante, debe o no conllevar como en la adopción, la posibilidad de **entablar un vínculo** con el progenitor genético.

Finalmente quienes sostienen esa necesidad de publicidad afirman que en conjunto hay un **derecho fundamental a conocer tu origen biológico** y que como tal exige esa posibilidad al menos de conocimiento por el menor, que no necesidad. Esto es tampoco se puede imponer que el nacido sea informado de quien es su donante genético contra su voluntad.

V. ALGUNOS EFECTOS DEL DERECHO A CONOCER

Estos variarán dependiendo del concreto seno en que tal derecho vaya a sustanciarse.

Y ello por cuanto la filiación atribuye una serie de efectos, caso de minoría de edad, y otros muchos superada ésta. Y entre los primeros el art 160 del Código Civil hace referencia al derecho a relacionarse con sus progenitores aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el artículo 161; a mantener relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados, salvo justa causa. El art 154 CC habla del derecho/deber de los padres de alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, de representarlos y administrar sus bienes. Y por su parte los art 50 y ss de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil hacen referencia al derecho a un nombre desde su nacimiento y a ser identificada por este y sus apellidos. Al margen encontramos otros efectos relacionados con los derechos reales (retractos y adquisiciones preferentes...) o sucesorios.

Los efectos y el juego de tales difieren considerablemente. No es lo mismo si el conocimiento deviene del ejercicio de una acción de filiación en que no se dan los condicionantes de la adopción o de una gestación por técnicas de reproducción asistida.

No obstante el ejercicio de las primeras sí ha asentado algunos efectos relevantes.

1.- En materia de apellidos.

La Sentencia del Tribunal Supremo Civil, sec 1, 621/2015, de 12 de Noviembre (ROJ: STS 4597/2015 - **ECLI:ES:TS:2015:4597**) que hace referencia a otra anterior de la misma sección, la 76/2015 de 17 de Febrero de 2015 (ROJ: STS 544/2015 - ECLI:ES:TS:2015:544) trata el tema relacionado con el resultado de acciones de filiación en que se venía a denunciar la vulneración de su derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación por razón de sexo (artículo 14 CE) y el derecho a la propia imagen del menor (artículo 18.1 CE), dado que las resoluciones judiciales impugnadas, **tras declarar la filiación paterna del hijo, ordenaban la inscripción de los apellidos** en el Registro Civil constando como primer apellido **el del padre**. (Art 53 y 59 Ley del Registro Civil).

La Sala aduce que en *términos de estricta legalidad vigente al tiempo de dictarse la sentencia recurrida no existe duda sobre su decisión, conforme a lo dispuesto en el artículo 109 del Código Civil, artículo 53 y siguientes de la Ley de Registro Civil y artículo 194 del Reglamento de Registro Civil. Así, en defecto de la opción prevista en el artículo 109 del Código Civil, que es el caso presente, “el primer apellido de un español es el primero del padre y el segundo apellido, el primero de los personales de la madre...”*.

La respuesta, sin embargo, no puede ser de interpretación literal de la norma cuando está en cuestión el interés superior del menor; por lo que la Sala cuando ha tenido que acudir a negar o posibilitar la interpretación correctora de una norma que afectaba a alguna medida en la que se encontraba interesado un menor, se ha cuidado de tener en cuenta el interés superior de éste (SS 29 de marzo de 2011; 1 de abril de 2011; 10 de octubre de 2011; 5 de noviembre de 2012).

Así se hacía ver en la sentencia de 27 de octubre de 2014, con cita de la normativa que se ha ido promulgando, tanto estatal como internacional y autonómica, subrayando que el interés superior del menor late como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte.

El mayor exponente ha sido la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de Enjuiciamiento Civil que ha sufrido una modificación por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infracción y a la adolescencia, pues, como afirma su Preámbulo, “[...] transcurridos casi veinte años desde la aprobación de la citada norma, se ha producido importantes cambios sociales que inciden en la situación de los menores y que demandan una mejora de sus instrumentos de protección jurídica en aras del cumplimiento efectivo del citado artículo 39 de la Constitución.”

Resulta de sumo interés la Ley del Registro Civil 20/2011 de 21 de julio en cuya **Exposición de motivos** se afirma que “en relación con los aspectos sustantivos de la Ley, merece una mención especial el Artículo VI, relativo a hechos y actos inscribible. “...El nombre y apellidos se configura como un elemento de identidad del nacido derivado del derecho de la personalidad y como tal se incorpora a la inscripción de nacimiento. Con el fin de avanzar en la igualdad de género se **prescinde de la histórica prevalencia del apellido paterno frente al materno permitiendo que ambos progenitores sean los que decidan el orden de los apellidos**”

Es, pues, el interés superior del menor el que inspira al legislador de esta Ley para resolver **el orden de los apellidos** en defecto de acuerdo de los progenitores, confiando que sea el Encargado del Registro Civil el que valore tal interés y asuma la decisión.

Evidentemente meritada Ley no estaba en vigor al dictarse la sentencia, pero autoriza una interpretación correctora de la vigente, porque en los aspectos sustantivos la vigencia constitucional de los principios que la inspiran sí se encuentran en vigor.

La propia Disposición Final décima de la Ley motiva su largo periodo de “vacatio legis” **cuando recoge que** “Hasta la entrada en vigor de la presente Ley, el Ministerio de Justicia adoptará las medidas y los cambios normativos necesarios que afecten a la organización y funcionamiento de los Registros Civiles dentro del proceso de modernización de la Justicia”.

Se trata de una dilación exigida por razones estructurales y organizativas del nuevo Registro Civil, que no por inexigibilidad de los principios que informan sus novedades sustantivas.

Así ha venido a confirmarlo el propio legislador que, ante las dilaciones de la entrada en vigor de la Ley, ha decidido que algunos preceptos, entren en vigor el 15 de octubre de 2015 y no el 30 de junio de 2017, en virtud de la redacción dada a la disposición final décima por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, en concreto por el apartado diez del artículo segundo de esta.

Así lo interpretó el Tribunal Constitucional en la sentencia de su Sala Segunda 167/2013 de 7 de octubre, Rc. 614/2010, por entender comprometido el derecho fundamental a la propia imagen del menor del artículo 18.1 de la Constitución Española, **al alcanzar a este el cambio de apellidos a una edad en que tanto en la vida social como en la escolar es conocido por el primer apellido en**

su día determinado. Se hacía ver que en el caso de determinación judicial de la paternidad, la filiación se establece de forma sobrevenida, con las consecuencias inherentes a los apellidos y entra en juego el derecho del menor a su nombre, puesto que en el periodo transcurrido entre el nacimiento y el momento en que se puso fin al proceso por Sentencia firme había venido utilizando el primer apellido materno, siendo patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona.

Siguiendo esta doctrina Jurisprudencial la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca 9/2016, de 26 de Enero de 2016 (ROJ: SAP HU 55/2016 - ECLI:ES:APHU:2016:55) declaró en un tema de filiación en que se había desatendido la petición del actor de que se **alteraran el orden de apellidos** del reconocido que *no hay una razón objetiva para declarar que es más favorable para la menor alterar el orden de los apellidos, pues con ello no se desconoce el derecho a su identidad ni el derecho a conocer a sus padres.*

2. En materia de alimentos

Se da un total reconocimiento de tal derecho de alimentos desde el mismo momento del ejercicio de una acción de filiación, incluso como medida cautelar previa o coetánea a la formulación de la acción. Así el art 768 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dice: *Mientras dure el procedimiento por el que se impugne la filiación, el tribunal adoptará las **medidas de protección oportunas** sobre la persona y bienes del sometido a la potestad del que aparece como progenitor.*

*Reclamada judicialmente la filiación, el tribunal **podrá acordar alimentos provisionales a cargo del demandado** y, en su caso, adoptar las medidas de protección a que se refiere el apartado anterior.*

3. *Como regla, las medidas a que se refieren los apartados anteriores se acordarán previa audiencia de las personas que pudieran resultar afectadas. Para ello será de aplicación lo dispuesto en los artículos 734, 735 y 736 de esta Ley.*

*No obstante, cuando concurran **razones de urgencia**, se podrán acordar las medidas sin más trámites, y el Secretario judicial mandará citar a los interesados a una comparecencia, que se celebrará dentro de los diez días siguientes y en la que, tras oír las alegaciones de los comparecientes sobre la procedencia de las medidas adoptadas, resolverá el Tribunal lo que proceda por medio de auto.*

*Para la adopción de las medidas cautelares en estos procesos, podrá **no exigirse caución** a quien las solicite*

3. Las relaciones personales

El mantenimiento de relaciones personales con la familia de origen determinada a través de una acción de filiación, no genera especial problemática por sí. En los casos de **adopción**, nos encontramos con la previsión del art 160.1 del Código Civil en que se establece que *los menores adoptados por otra persona, solo podrán relacionarse con su familia de origen en los términos previstos en el artículo 178.4* que a su vez prevé **cuando el interés del menor** así lo aconseje, en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad Pública, **podrá acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto** a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva, favoreciéndose especialmente, cuando ello sea posible, la relación entre los hermanos biológicos. En estos casos el Juez, al constituir la adopción, podrá acordar el mantenimiento de dicha relación, determinando su periodicidad, duración y condiciones, a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal y con el consentimiento de la familia adoptiva y del adoptando si tuviera suficiente madurez y siempre si fuere mayor de doce años. En todo caso, será oído el adoptando menor de doce años de acuerdo a su edad y madurez. Si fuere necesario, dicha relación se llevará a cabo con la intermediación de la Entidad Pública o entidades acreditadas a tal fin. El Juez podrá acordar, también, su modificación o finalización en atención al interés superior del menor. La Entidad Pública remitirá al Juez informes periódicos sobre el desarrollo de las visitas y comunicaciones, así como propuestas de mantenimiento o modificación de las mismas durante los dos primeros años, y, transcurridos estos a petición del Juez. Están legitimados para solicitar la suspensión o supresión de dichas visitas o comunicaciones la Entidad Pública, la familia adoptiva, la familia de origen y el menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años. En la declaración de idoneidad deberá hacerse constar si las personas que se ofrecen a la adopción aceptarían adoptar a un menor que fuese a mantener la relación con la familia de origen.

A este respecto puede consultarse la sentencia del Tribunal Supremo, civil de 31 de Julio de 2009 que **señala** en casos de confrontación de intereses entre familia de adopción y biológica: “se advierte la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, pues la directriz sobre el interés del menor se formula con un sintagma de carácter absoluto («se buscará siempre»), mientras que la directriz sobre la reinserción familiar se formula con carácter relativo («se procurará»)”, a lo que añade que “Ambos principios o directrices pueden entrar en contradicción, puesto que las soluciones más adecuadas al interés del menor pueden no ser las que favorezcan la reinserción en la

familia. Cuando existe esta contradicción se impone una técnica de ponderación que exige valorar el peso que el legislador atribuye a cada una de las directrices, para atribuir valor preponderante a una u otra de ellas. Desde esta perspectiva se advierte la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, pues la directriz que ordena procurar la reinserción familiar se subordina expresamente a ella («cuando no sea contrario a su interés»).

Obviamente alcanzado la mayoría de edad si el adoptado desea entablar relaciones personales con su familia biológica conocida ésta, no hay una objeción legal.

4. Derechos sucesorios

Al menos dentro del ámbito de las acciones de filiación, este es un derecho unido a la condición de heredero forzoso del descendiente reconocido.

Ahora bien en algunos casos tal derecho se ha denegado, como en el supuesto curioso contemplado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa sección 2, 133/2013 del 03 de mayo de 2013 (ROJ: SAP SS 1030/2013 - ECLI:ES:APSS:2013:1030) en la cual se examinaba el recurso de unas parientes biológicas de la parte contraria que había sido adoptada de modo irregular, y que concedora de quienes eran sus padres biológicos había procedido a ejercer sus derechos hereditarios sobre sus padres adoptivos, e impugnaba en aquél momento su filiación reclamando la de sus padres biológicos. Dice la resolución de referencia *Y a juicio de este Tribunal esa falta de ejercicio durante tanto tiempo alimentó la confianza legítima de que el eventual derecho ya no sería actuado por haber generado en la parte contraria expectativas serias y lógicas fundadas en los propios actos de la demandante, ya que aún cuando se trata de un derecho ejercitable durante toda la vida de la actora, estimamos que se dan suficientes elementos fácticos como para concluir que los actos propios de la demandante apuntaban al abandono del derecho a impugnar la maternidad registral cuando se llevó a cabo la aceptación de la herencia de la Sra Inmaculada y en cuanto a la confianza en el no ejercicio de la acción de reclamación de filiación señalar que el transcurso del tiempo alimentó dicha creencia ,pues resulta evidente que no existió voluntad por parte de la Sra. Virginia de atribuir derecho alguno a la actora ,y es más estimamos que, en vista de lo acontecido ,de haber supuesto aquella la posibilidad de que llegara a ejercitarse la acción que ahora nos ocupa , sin duda habría adoptado medidas testamentarias para bloquear su herencia , o en su caso se hubieran adoptado otro tipo de medidas para proteger su patrimonio. Buena prueba de ello es el propio contenido del testamento de la Sra Virginia en el que se contienen una serie de cláusulas diri-*

gidas a blindar los derechos sucesorios de su esposo, al tiempo que los refiere al supuesto de que el mismo permanezca viudo y no conviva maritalmente con otra persona; llegando incluso a realizar un prelegado a favor de una de las hijas matrimoniales con cargo al tercio de mejora o la de libre disposición.

*Todo cuanto ha sido expuesto nos lleva a la consideración de que ,si bien formalmente nunca se hizo constar la naturaleza de la filiación de la actora respecto de Germán y Inmaculada como filiación adoptiva y precisamente dicha circunstancia ha permitido el análisis de la cuestión suscitada en este procedimiento, lo cierto es que la totalidad de los elementos de juicio que han quedado de manifiesto en el curso de las actuaciones nos llevan a entender que ciertamente la actora fue adoptada por aquellos (ella misma así lo ha venido considerando al manifestar en el escrito de demanda “los padres que aparecían legalmente como biológicos, en realidad no eran tales, sino que **había sido adoptada de una forma que como mínimo habría que calificar como irregular** “indicando también que posteriormente Virginia le contó que había dado a luz en Valencia en la clínica del Santo Celo regentada entonces por las Carmelitas de la Caridad, que se dedicaban, entre otras cosas a acoger a chicas jóvenes que se quedaban embarazadas y pasaban allí sus últimos meses de gestación para que nadie conociera su estado, y después entregaban a su niños” sentando con ello los presupuestos fácticos en los que se ha venido a configurar el presente litigio.*

VI. LA POLÉMICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Como ya se expuso la técnica de la maternidad subrogada (o los conocidos vientres de alquiler) en nuestro país no está permitida. De tal modo se recoge en el art 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. No obstante recientemente se ha abierto un debate político en torno a la conveniencia o no del cambio legislativo, y no deja de ser curioso, que para ser una **actividad prohibida, declarada contraria al orden público interno** (la sentencia del Tribunal Supremo Civil Pleno 835/2013 de 6 de Febrero de 2014 ROJ: STS 247/2014 - ECLI:ES:TS:2014:247) vaya aquella con variados argumentos generando efectos jurídicos, lo cual revela la mencionada polémica.

Esta sentencia del Tribunal Supremo Civil Pleno 247/2014 de 6 de Febrero de 2014, en el caso de una maternidad subrogada (vientre de alquiler) no inscrita por el Registro consular de California, y cuestionándose **si procedía el reconocimiento por las autoridades del Registro Civil español de la inscripción del nacimiento** de los menores realizada por las autoridades del estado norteameri-

cano de California, proclama que la “*legalidad conforme a la Ley española*” de los asientos extendidos en Registros extranjeros que exige el art. 23 de la Ley del Registro Civil, *sí bien no puede entenderse como absoluta conformidad de estos con todas y cada una de las exigencias de nuestra legislación (lo que haría prácticamente imposible el reconocimiento), sí ha de serlo como respeto a las normas, principios y valores que encarnan el orden público internacional español, y a este aspecto ha de extenderse el control en que consiste el reconocimiento de la certificación registral extranjera (en realidad, del asiento objeto de la certificación). Que dicha certificación registral extranjera no produzca efectos de cosa juzgada y cualquier parte legitimada pueda impugnar ante los tribunales españoles la inscripción en el Registro Civil español de la certificación extranjera, como pone de relieve la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado para justificar la solución adoptada, no elimina la realización por el encargado del Registro Civil español del control de contenido del asiento objeto de dicha certificación, de modo que deniegue su acceso al Registro Civil español cuando sea contrario al orden público internacional español, o deniegue el acceso de aquellos aspectos del asiento (como el relativo a la determinación de la filiación) en los que se observe tal contrariedad...*

Y continúa por lo que aquí nos atañe que *Llevar razón los recurrentes cuando afirman que las modernas regulaciones de las relaciones familiares no establecen como fuente exclusiva de la filiación el hecho biológico, y que por tanto la determinación de una filiación por criterios distintos a los puramente biológicos no constituye en sí una contravención del orden público internacional español. Junto al hecho biológico existen otros vínculos, como por ejemplo los derivados de la adopción o del consentimiento a la fecundación con contribución de donante, prestado por el cónyuge o conviviente de la mujer que se somete al tratamiento de reproducción asistida, que el ordenamiento jurídico toma en consideración como determinantes de la filiación. De estos otros posibles vínculos determinantes de la filiación resulta también que la filiación puede quedar legalmente determinada respecto de dos personas del mismo sexo. Con ello se reconoce que en la determinación legal de la relación de filiación tienen incidencia no solo factores biológicos, sino también otros de naturaleza social y cultural. Pero junto a ello, en nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que*

se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de “ciudadanía censitaria” en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población. **Fruto de esta preocupación es, por ejemplo, la elaboración de instrumentos legales internacionales que regulan la adopción internacional** estableciendo como principios básicos que los estados establezcan, con carácter prioritario, medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su familia de origen, y la prevención de la sustracción, la venta o el tráfico de niños, que se concreta, entre otros extremos, en que el consentimiento de la madre haya sido prestado libremente, después del nacimiento del niño y no obtenido mediante pago o compensación de clase alguna (considerandos introductorios y art. 4 del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993). También responden a esta preocupación las leyes que en los diversos países regulan las técnicas de reproducción humana asistida, y en concreto la gestación por sustitución.

7.- **Consecuencia lógica de lo expuesto es que las normas aplicables a la gestación por sustitución o maternidad subrogada, en concreto el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, integran el orden público internacional español.** Ciertamente, el orden público internacional español se caracteriza por ser un orden público “atenuado”. Pero la intensidad de tal atenuación es menor cuanto mayores son los vínculos sustanciales de la situación jurídica con España. En el caso objeto de este recurso, los vínculos eran intensos puesto que de lo actuado se desprende que **los recurrentes, nacionales y residentes en España, se desplazaron a California únicamente para concertar el contrato de gestación por sustitución y la consiguiente gestación, parto y entrega de los niños, porque tal actuación estaba prohibida en España.** La vinculación de la situación jurídica debatida con el estado extranjero cuya decisión se solicita sea reconocida es completamente artificial, **fruto de la “huida” de los solicitantes del ordenamiento español que declara radicalmente nulo el contrato de gestación por sustitución, no reconoce la filiación de los padres intencionales o comitentes respecto del niño que nazca como consecuencia de dicha gestación por sustitución (sin perjuicio de la reclamación de paternidad que pueda efectuar el padre biológico), e incluso tipifica ciertos supuestos como delito, también cuando la entrega del menor se ha producido en el extranjero (art. 221.2 del Código Penal)...**

Otras circunstancias a tomar en consideración son que la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida cuyo art. 10 regula esta **cuestión es relativamente reciente**, pues data de mayo de 2006, y ha venido precedida por un considerable debate social...el **art. 10 de ambas leyes, permaneció idéntica.** Su

apartado primero establece la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. El segundo apartado prevé que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto (en línea con lo recomendado en el informe del Comité Ad Hoc de Expertos en el Progreso de las Ciencias Biomédicas, CAHBI, del Consejo de Europa). Y el tercero deja a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

.. En el recurso se alega que **no permitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación por naturaleza de los sujetos nacidos en California a favor de dos varones resulta discriminatorio, porque sí es posible inscribir la filiación a favor de dos mujeres** en el caso de que una de ellas se someta a un tratamiento de reproducción asistida y la otra sea su cónyuge (art. 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida). El argumento **no se considera admisible**. Los propios recurrentes reconocen que uno y otro supuesto son diferentes, por razones evidentes. La desigualdad sustancial entre los supuestos de hecho excluye en principio la existencia de un trato discriminatorio por el hecho de que la consecuencia legal de uno y otro supuesto sea diferente.

Luego no hay discriminación por razón de sexo, denunciada.

Se desestima igualmente la alegación de actuar conforme al interés superior del menor, y se dice: *la aceptación de tales argumentos debería llevar a admitir la determinación de la filiación a favor de personas de países desarrollados, en buena situación económica, que hubieran conseguido les fuera entregado un niño procedente de familias desestructuradas o de entornos problemáticos de zonas depauperadas, cualquiera que hubiera sido el medio por el que lo hubieran conseguido, puesto que el interés superior del menor justificaría su integración en una familia en buena posición y que estuviera interesada en él. La invocación indiscriminada del “interés del menor” serviría de este modo para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento jurídico nacional e internacional que se hubiera producido para situar al menor en el ámbito de esas personas acomodadas*

La tesis de los recurrentes no puede ser aceptada. La cláusula general de la consideración primordial del interés superior del menor contenida en la legislación no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma. La concreción de dicho interés del menor no debe hacerse conforme a sus personales puntos de vista, sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en

*los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales. **La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma***

No obstante hay muchas resoluciones que fundándose en la previa inscripción normalmente consular de este tipo de alumbramientos, han venido a reconocer efectos jurídicos a tales.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, social, sección 3 1201/2014, de 23 de diciembre de 2014 (ROJ: STSJ M 16500/2014 - ECLI:ES:TSJM:2014:16500) admite el derecho del trabajador a la prestación en base al propio reconocimiento de la inscripción en el Registro consular de Delhi. Dice *“Pese a lo que sostiene el INSS la Sala considera que el trabajador demandante se encuentra en la situación protegida que le hace beneficiario de la prestación de maternidad al reunir los requisitos de alta y cotización. A tal conclusión llegamos sobre la base de las siguientes consideraciones: Se ha permitido la inscripción en el Registro Civil consular de C. nacido mediante gestación por sustitución. En consecuencia, se ha dado validez a uno de los efectos derivados del contrato, esto es, a la filiación derivada del convenio o contrato de gestación suscrito por D., quien aportó su material genético a la mujer gestante en un país en el que tal tipo de contrato está permitido. Al acordarse la inscripción en el Registro Civil consular de la certificación extranjera sobre filiación el control de legalidad conforme a la ley española se ha superado. Con ello se anticipó lo que establece la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil en su art. 13, que entró en vigor el 22 de julio de 2014 y que supone, desde nuestro punto de vista, una vía de entrada a legalización en nuestro ordenamiento del convenio de gestación por sustitución realizado en países donde está permitido, acogiendo así la ley el criterio mantenido por la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009. Es incuestionable la plena capacidad de obrar y el consentimiento voluntario de las partes y el carácter irrevocable del consentimiento prestado en el contrato de gestación por sustitución suscrito en país que legalmente lo permite y respecto del cual en España se ha reconocido uno de sus efectos más importantes: la filiación en relación con las dos partes que han aportado su material genético para la generación de una nueva vida humana. Queda por tanto constancia del origen biológico de C. (...). R. es, por tanto, titular jurídico único de todos los derechos y obligaciones concernientes al bienestar y desarrollo de C. (...) La gestante es parte del origen biológico de C., quien tiene derecho a conocer su origen. Este origen biológico (englobado en la filiación y determinada por el parto ex art.10.2 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida) es el que refleja el Registro en reconocimiento al derecho de C. a conocer su ori-*

gen. Filiación, a estos efectos y en el presente caso respecto a la gestante, equivale a origen biológico, no a madre. (...) Sin olvidar que el contrato está suscrito por las dos partes que aportan su material genético para la generación de la vida de C., lo que en puridad no encaja en la prohibición del art. 10.1 de la LTRHA.

En términos parejos se pronuncia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Social sección 1 625/2015 del 17 de julio de 2015 (ROJ: STSJ M 8690/2015 - ECLI:ES:TSJM:2015:8690) *Ambas insisten en que el origen biológico (masculino y femenino) el que es inseparable de la persona porque constituye el material genético de cada uno de nosotros. A este origen biológico (progenitores) es el que se refiere el axioma romano mater semper certa est, el cual debe entenderse superado hoy en día porque la filiación puede no ser biológica y tanto el padre como la madre pueden no ser los biológicos. Madre y filiación son hoy en día conceptos mucho más amplios que el de origen biológico, único insistimos que permanece inmutable en cada persona desde su concepción. **El derecho fundamental a la reproducción que asiste a R. debe ser respetado plenamente y en todas sus facetas incluidas las de Seguridad Social cuando ese derecho ha sido ejercitado a través del contrato de gestación por sustitución y reconocida la filiación que del mismo se deriva.** Reconocida la filiación debe respetarse el derecho que asiste a toda mujer si su legislación se lo permite a prestar su consentimiento para actuar como gestante, esto es, debemos reconocer la autonomía y responsabilidad de la mujer que decide ejercer su derecho y con plena libertad y voluntad da su consentimiento para recibir el material genético de un varón, genera una vida y trae un ser humano al mundo y sin renunciar a la filiación, renuncia a sus derechos jurídicos vinculados al hecho biológico para satisfacer el derecho fundamental a la reproducción de otro ser humano, el demandante. Sin duda seguirá siendo el origen biológico femenino del nacido, su progenitora, pero no será madre en el sentido amplio que jurídicamente debe utilizarse para dar cabida a todas las situaciones, es decir, titular de la relación jurídico parental en relación al nacido. En cualquier caso, no es de aplicación al presente supuesto lo que establece la STS de 6 de febrero de 2014 ya que, como hemos visto, la filiación biológica está establecida y no es esto lo que se cuestiona, sino el derecho a disfrutar de la prestación de maternidad por el demandante”.*

La cuestión ha sido zanjada por sendas sentencias del Tribunal Supremo, social de 19 de Octubre y 30 de noviembre de 2016 (número 1022/2016 ROJ: STS 5801/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5801) que viene a asentar el criterio siguiente: **“La nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, establecida en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, no supone que al menor que nace en esas circunstancias se le priven de determinados derechos.**

Hay que distinguir dos planos perfectamente diferenciados, a saber, el atinente al contrato de gestación por sustitución y su nulidad legalmente establecida y la situación de los menores, al que no puede perjudicar la nulidad del contrato. En nuestro ordenamiento laboral, en determinados supuestos, se reconocen ciertos efectos en casos de negocios jurídicos afectados de nulidad. Así, cuando se reconoce el derecho al salario por el tiempo ya trabajado al amparo de un contrato que resultase nulo –artículo 9.2 ET–; en el supuesto en el que se establece pensión de viudedad en determinados casos de nulidad matrimonial -artículo 74.2, actual 220.3 LGSS-; cuando se acotan los efectos de la ausencia de permiso de trabajo, –artículo 36.5 LOEX 4/2000–. Por ello no debe resultar extraño que aquí los efectos que favorecen a los neonatos puedan ser reconocidos.

*Segundo: EL artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, interpretado por el TEDH en las sentencias de 26 de junio de 2014, **Menesson y Labassee contra Francia**, –si bien no se refiere a las prestaciones por maternidad– expresamente toma en consideración, para examinar la cuestión referente a la negativa de Francia a la inscripción en el Registro Civil de los menores, el interés superior del menor cuyo respeto ha de guiar cualquier decisión que les afecte. Si bien, tal y como señala la Sala Primera del Tribunal Supremo en la sentencia de 6 de febrero de 2014, casación 245/2012, «la cláusula general del interés superior del menor, contenida en la legislación, no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma, sino que su aplicación ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma», dicho principio ha de servir para la interpretación de las normas ahora examinadas referentes a la protección de la maternidad.*

Tercero.- Tal y como nos recuerda la precitada sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, recurso 245/2012: «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al interpretar el art. 8 del Convenio, ha considerado que allí donde está establecida la existencia de una relación de familia con un niño, el Estado debe actuar con el fin de permitir que este vínculo se desarrolle y otorgar protección jurídica que haga posible la integración del niño en su familia (sentencias de 28 de junio de 2007, caso Wagner y otro contra Luxemburgo, y de 4 de octubre de 2012, caso Harroudj contra Francia)...Pero de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si tal núcleo familiar existe actualmente, si los menores tienen relaciones familiares “de facto” con los recurrentes, la solución que haya de buscarse tanto por los recurrentes como por las autoridades públicas que intervengan, habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos».

En el asunto examinado los menores, nacidos tras la gestación por sustitución, forman un núcleo familiar con los padres comitentes, que le prestan atención y cuidados parentales y tienen relaciones familiares “de facto”, por lo que debe protegerse este vínculo, siendo un medio perfectamente idóneo para ello la concesión de la prestación por maternidad. En definitiva, cuando el Ministerio Fiscal ha informado en el mismo sentido que nuestra sentencia acoge, está queriendo actuar, precisamente, de acuerdo con lo interesado por la propia Sentencia de la Sala Primera.

Cuarto: De no otorgarse la protección por maternidad -atendiendo a la doble finalidad que tiene, tal y como se consigna en el argumento sexto- al menor nacido tras un contrato de gestación por subrogación, se produciría una discriminación en el trato dispensado a éste, por razón de su filiación, contraviniendo lo establecido en los artículos 14 y 39.2 de la Constitución, disponiendo este último precepto que los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley, con independencia de su filiación.

Quinto: Tanto el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores como los referentes a la protección que se dispensa en las normas de Seguridad Social a las situaciones reguladas en el precepto estatutario, en especial los artículos 133 bis (actual artículo 177) y 133 ter (actual artículo 178) forman parte del desarrollo del mandato constitucional –artículo 39 de la Constitución– que establece la protección a la familia y a la infancia, finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. Está fuera de toda duda que el reconocimiento del derecho al descanso y prestación por maternidad entraña un adecuado cumplimiento del mandato constitucional de protección a la familia y a la infancia.

Todo ello a mi juicio revela una **seria polémica** en cuanto a los efectos para los hijos de este modo concebidos, que **afecta en consecuencia al propio derecho a conocer** no sólo que se ha gestado siguiendo tales técnicas, sino a conocer a su madre biológica. Lo cual en los casos o supuestos generalizados en que tal actuación se ha producido a través de un negocio oneroso, entraña unas consecuencias particulares que a nadie escapa, resultan problemáticas.

Y más aún cuando tales actividades se desarrollan fuera de nuestro ámbito, en países lejanos, con arreglo a una normativa, en muchos casos contractual, que pacta una expresa renuncia de derechos por parte de la madre biológica. Sin embargo cabe recordar que tales pactos carecerían de validez en nuestro país, por lo que no podrían serle opuestos al nacido a través de tales métodos para conocer su origen biológico, al menos en similares causas o motivos de los que tienen lugar en el resto de técnicas de reproducción asistida.

BIBLIOGRAFÍA

DURAN RIVACOBA, Ramón. Anonimato del Progenitor y derecho a la identidad del hijo. Decisiones Judiciales encontradas sobre reserva de identidad en los casos de madre soltera y donante de esperma *Ius et Praxis* 2010.

IGAREDA GONZÁLEZ, Noelia *El derecho a conocer los orígenes biológicos versus el anonimato en la donación de gametos e-archivo.uc3m.es*

QUESADA GONZALEZ, Maria Corona. *El derecho (¿Constitucional?) a conocer el propio origen biológico* Anuario de Derecho civil 1994.

SANCHEZ MARTINEZ, María Olga *Los orígenes biológicos y los derechos de hijos e hijas: filiación y derecho a saber* Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho.

TERRIBA SALAS, Nuria y FARNOS AMOROS, coordinadoras *El Derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos de la persona*. Comité de Bioética de Catalunya. Generalitat de Catalunya comitebioetica.cat/wp-content.

VIDAL PRADO, Carlos *El derecho a conocer la filiación biológica* www.navarra.es/appsext.

El informe de 22 páginas, al que ha tenido acceso *Público*, recomienda a España la “**creación de un Banco Nacional de ADN**” que sirva de base para que las víctimas puedan encontrar a sus verdaderas familias y que, además, esas pruebas de ADN se realicen «de **forma gratuita**” a través del *Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses*. Asimismo, la presidenta de la delegación propone que se proteja a las víctimas con un «**estatus especial**» y que el Ministerio de Justicia les proporcione «apoyo psicológico, orientación jurídica e información administrativa», por lo que solicita «aumentar la financiación de la oficina del Ministerio de Justicia» que se ocupa de las víctimas de la trama del robo de bebés.

Zaragoza, 30 de noviembre de 2017



CON EL PATROCINIO DE:

