

REAL ACADEMIA ARAGONESA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

30º ANIVERSARIO DE SU FUNDACIÓN
ESTUDIOS JURÍDICOS



Zaragoza, 2025

REAL ACADEMIA ARAGONESA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

30º ANIVERSARIO DE SU FUNDACIÓN
ESTUDIOS JURÍDICOS



Zaragoza, 2025

Edita: Real Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación.

ISBN: 978-84-0978-996-2

Depósito Legal: Z 1631-2025

Imprime: Imprenta Arilla, S.L.

Prolongación Paseo del Muro, 33 - Ejea de los Caballeros (Zaragoza)

INDICE

PRESENTACIÓN.....	9
--------------------------	----------

TRABAJOS

EL “MALTRATO PSICOLÓGICO” COMO NUEVA CAUSA DE DESHEREDACION EN EL CDFA <i>Excmo. Sr. D. José Luis Artero Felipe.</i> Académico de Número	11
---	----

ESTADO CONSTITUCIONAL, JUECES Y LEALTAD CONSTITUCIONAL <i>Excmo. Sr. Don José Manuel Bandrés y Sánchez-Cruzat</i> Académico de Número	29
--	----

UNA VISIÓN RETROSPECTIVA DEL REY ALFONSO I “EL BATALLADOR” <i>Excma. Sra. Doña Rosa-María Bandrés y Sánchez-Cruzat</i> Académica de Número	41
---	----

EL DERECHO CIVIL DESDE LA PERSPECTIVA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO (AED) <i>Excmo. Sr. Don Rafael Bernad Mainar</i> Académico de Número	55
--	----

LA DIMENSIÓN INTERNACIONAL DE JOAQUÍN COSTA <i>Excmo. Sr. Don Antonio Blanc Altemir</i> Académico de Número	73
--	----

PATRIMONIO PROTEGIDO EN ARAGÓN TRAS LA REFORMA DEL RÉGIMEN DE LA DISCAPACIDAD <i>Excmo. Sr. D. Adolfo Calatayud Sierra</i> Académico de Número	89
---	----

CURATELA DE PROGENITORES

Excma. Sra. Doña María-Cristina Chárlez Arán

Académica de Número 105

ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LOS MANDATOS DE APOYO Y PODERES PREVENTIVOS

Ilmo. Sr. D. José Castán Perez-Gómez

Académico Correspondiente 113

PATRIMONIO SOCIETARIO Y MEDIDAS DE APOYO A LA LUZ DE LA NUEVA REGULACIÓN DEL CÓDIGO DE DERECHO FORAL DE ARAGÓN

Ilma. Sra. Doña Carmen Gay Cano

Académica Correspondiente 129

EL ORIGEN DE LOS PACTOS SUCESORIOS. CLASES

Excmo. Sr. D. Luis-Alberto Gil Nogueras

Académico de Número 147

LA CASACION FORAL Y LA REFORMA DEL RECURSO DE CASACION

Excmo. Sr. Don Fermín Hernández Gironella

Académico de Número 159

EL DERECHO DE ABOLORIO

Excma. Sra. Doña Aurora López Azcona

Académica de Número 169

DERECHO DE DEFENSA Y LIBERTAD DE IMPRENTA EN EL MEJICO DE MAXIMILIANO DE HABSBURGO

Ilmo. Sr. D. Manuel López-Medel Báscones

Académico Correspondiente 183

LA DUDOSA HISTORICIDAD DE ALGUNAS INSTITUCIONES FORALES

Excmo. Sr. Don José Luis Merino Hernández

Académico de Número 197

REFLEXIONES EN TORNO A LA FIDUCIA SUCESORIA ARAGONESA

Excma. Sra. Doña Pilar Palazón Valentín

Académica de Número 211

**EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA FISCALIDAD
ARAGONESA SOBRE LA EMPRESA FAMILIAR**

Excmo. Sr. D. Francisco de Asís Pozuelo Antoni

Académico de Número 221

**TREINTA AÑOS DE AUTONOMÍA ARAGONESA (1996-2025):
ALGUNOS ASPECTOS**

Excmo. Sr. D. Ramón Salanova Alcalde

Académico de Número 233

EL “IUS USUS INOCUI” EN EL DERECHO FORAL DE ARAGON

Ilma. Sra. Doña Carmen Sanz Escorihuela

Académica Correspondiente 247

**CONSECUENCIAS CIVILES DE LA INASISTENCIA
ALIMENTARIA EN SITUACIONES DE RUPTURA FAMILIAR**

Excmo. Sr. D. Isaac Tena Piazuolo

Académico de Número 269

**EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS EN LA ENCRUCIJADA
DE LOS CONFLICTOS DE LEYES**

Excma. Sra. Doña María Elena Zabalo Escudero

Académica de Número 285

PRESENTACIÓN

El día 28 de diciembre de 1995, el Boletín Oficial del Estado publicaba el Real Decreto por el que se declaraba aprobados los estatutos de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación.

Este año se cumple el trigésimo aniversario de aquella aprobación, y son muchos los acontecimientos vividos desde entonces.

No fue fácil llegar al *numerus clausus* de Académicos de Número previsto en los estatutos, treinta en total. Se logró en 2024, veintinueve años después de la fundación de la institución. Muchos de los que, en su momento, habían leído su discurso de ingreso fallecieron antes de poder completar el elenco establecido por los estatutos: diecisiete en total, a los que el pasado año homenajeamos con el libro “In Memoriam”.

Junto a ellos, y en cumplimiento de los estatutos, la Academia trata de atraer a importantes juristas aragoneses con el carácter de Académicos Correspondientes, y en número ilimitado. Bien porque el cupo de Académicos de Número está completo, bien porque son personas que no residen habitualmente en Aragón, su acceso a numerarios está, por el momento, cerrado. Su participación en la Academia, como se comprobará en las páginas de este libro, es notable.

A lo largo de estos años, han sido muchas las aportaciones jurídicas llevadas a cabo por los Académicos, especialmente, con sus discursos de ingreso y sus conferencias. Los distintos Anuarios publicados dan fe de ello. Son miles de páginas, dedicadas a distintos aspectos del Derecho, las que se han colmado con el pensamiento jurídico de ese magnífico elenco de juristas que constituye la Academia.

Los 40 premios otorgados a juristas jóvenes, menores de 35 años -“Castán Tobeñas” de Derecho privado y “Gascón y Marín” de Derecho público- han conseguido extender el conocimiento de la Academia y sus actividades, tanto en España como en no pocos países americanos.

Con el objeto de festejar esos treinta años de existencia la Academia se propuso la edición de un nuevo libro en el que todos aquellos académicos que lo desearan pudieran participar, con un trabajo de su libre elección. Una suerte de homenaje a la Academia y sus treinta años de actividad jurídica.

Y en eso, precisamente, consiste esta obra.

José Luis Merino Hernández
Presidente

EL “*MALTRATO PSICOLOGICO*” COMO NUEVA CAUSA DE DESHEREDACION EN EL CDFA

Por el

Excmo. Sr. D. José Luis Artero Felipe

Académico de Número

I. INTRODUCCIÓN

El 15 de julio de 2024 entró en vigor la Ley 3/2024, de 13 de junio de modificación del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA) en materia de capacidad jurídica de las personas. Se trata de la mayor reforma de nuestro Derecho desde su publicación en 2011.

Esta importante modificación obedece a la necesaria adaptación a nuestro ordenamiento de la Ley 8/2021 de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo con las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Y, también, de este modo, Aragón se convierte en la primera Comunidad Autónoma que ha adaptado su normativa foral, incorporando los preceptos y principios de la Convención de New York de 2006.

En consecuencia, el CDFA regula de forma novedosa, (propia y completa) diferentes materias como la tutela, curatela, guarda de hecho y, en general, todas las instituciones y figuras jurídicas destinadas la protección de menores e incapacitados. Sin embargo, por medio de la citada Ley 3/2024 el legislador aragonés, con indudable acierto y oportunidad, también ha modificado algunos preceptos que no guardan relación directa con el motivo fundamental de ese cambio legislativo; así se menciona en el apartado IX del “Preámbulo” (*OTRAS MODIFICACIONES*): “*en la línea con los más modernos criterios doctrinales y jurisprudenciales, (y podríamos añadir que en observancia a otros textos legales como art. 451-17 del CSCat.), se amplían las causas de desheredación*” añadiendo el maltrato psicológico junto al de obra, y la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre causante y legitimario que se regulan en el art. 510 CDFA. En este trabajo vamos a referirnos en concreto a la desheredación por maltrato psicológico que queda encuadrada en la causa c) del mencionado precepto.

El origen de la institución sucesoria de la desheredación suele remontarse a la antigua civilización de Mesopotamia, que concedió una gran importancia al Derecho, intentando regular la actividad del hombre en todos los órdenes (penal, matrimonial, sucesorio, etc...).

En concreto, nos referimos al Código de Hammurabi (1792 – 1750 A.C.), con una antigüedad de más de 3.000 años, en que, por ejemplo, se dispone que “*si un hijo golpea a su padre, se le amputará la mano*” y, en cualquier caso, podrá ser desheredado por cometer una falta grave hacia su padre.

Presente también en los Derechos ático, egipcio, caldeo, etc... pasaría a la legislación de Roma en las XII Tablas. Y, por supuesto, al derecho castellano, plasmado en la Partida 6 “*el fijo que a sabiendas y sañudamente mete manos airadas en su padre para ferirlo...*” o en la Ley 2 del Fuero Real “*le firiere por saña*”, en el Fuero Juzgo, y en las Leyes de Toro “*arrastrar a la madre de los pelos*”. En nuestro Derecho, ya en el Fuero de Jaca (1187), se recogen referencias a la “desafiliación” como un severo castigo en el supuesto de incumplimiento de los deberes filiales o de graves faltas de respeto. En efecto, encontraremos la desheredación en multitud de épocas y textos legales, (con diferentes nombres, matices y efectos: apartamiento, exclusión, desheredación, desafiliación, exheredación), pero siempre con un denominador común: que determinados parientes (en particular los descendientes) queden apartados de la sucesión por una serie de causas especialmente ominosas.

Como es natural, la más grave es el atentado doloso contra la vida del causante (en el que el móvil puede ser estrictamente sucesorio, es decir, heredarle), tradicionalmente sancionado como causa de indignidad (vid. art. 328 a) CDFa). Se trata sin duda del delito más grave contra la generación y el primero que se recogió en la práctica totalidad de textos legales. Pero también resultan invocadas con más frecuencia otras causas como los malos tratos (ahora también psicológicos) y las injurias, reveladores de una grave falta de respeto y consideración hacia los progenitores (arts. 328 a) y b) y art. 510 c) CDFa, así como la negativa a prestar alimentos, por la falta de atención y el desinterés que evidencia hacia el padre/madre o los ascendientes, en una situación de necesidad (art. 510 b) (CDFa). De hecho, en no pocas ocasiones llegan a invocarse de forma conjunta (SAP de Badajoz 23 enero 2003 EDJ 2003/18354).

La regulación de la desheredación se encuentra presente en todos los Derechos y Códigos legales del mundo (Alemania, Francia, Holanda, Irlanda, Italia, Reino Unido, por citar tan solo algunos de los europeos y de nuestro entorno, así como la práctica totalidad de América Central y del Sur, y algunos de los Estados de EEUU de América, de tradición e influencia de Derecho Romano - Latino) y, por supuesto, en los restantes ordenamientos forales que coexisten en España (art. 451-17 CSCat., art. 263 Ley Gallega, Ley 270 CDCF de Navarra).

Pocas figuras jurídicas de Derecho Civil como la desheredación, permiten conocer la evolución sociológica de un país (atendiendo a la causas o conductas que la propician, los sujetos pasivos, etc..), en tanto que conciernen a la familia y a las relaciones paterno - filiales. Por citar un ejemplo, en la regulación del Texto Sustantivo Civil puede desheredarse a los hijos y descendientes, a los padres y ascendientes, y aún al cónyuge *ex* arts. 853, 854 y 855 C.Civ., respectivamente.

Por otra parte, la desheredación guarda estrecha relación con otras instituciones jurídicas, no necesariamente de Derecho sucesorio, con las que aparece frecuentemente asociada o implicada: sirvan como ejemplo, el derecho de alimentos (regulación, reconocimiento

y/o privación), revocación de donaciones por ingratitud (vg. SAP Navarra 22/09/2005 (EDJ 2015/195215), etc... Y, por supuesto con la indignidad sucesoria, pues no olvidemos la dicción del art. 510 CDFA que cita en primer lugar y con carácter general como causas legales de desheredación: *a) Las de indignidad para suceder*. En idéntico sentido el art. 852 C.Civ. o el art. 370 CSCat. que habla de “desheredamiento”.

Además, encontraremos una profusa regulación de la desheredación en todos aquellos ordenamientos que reconocen (con mayor o menor amplitud) un sistema de legítima sucesoria; si se admite la legítima como esa parte de la herencia de la que el testador no puede disponer libremente por haberla reservado la ley a determinados parientes (herederos forzosos), parece lógico que exista un correlativo freno o contrapeso, en forma de desheredación que permita la privación de la misma en determinadas circunstancias y, sobre todo, como “castigo” o sanción civil para diversos comportamientos. Dicho de otro modo, cuanto más férreo sea el sistema legitimario de un ordenamiento sucesorio, mayor será la presencia de la figura de la desheredación.

En Aragón, hasta la publicación de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte de 1999, tenía que recurrirse a las causas y regulación de la desheredación (y la indignidad sucesoria) contenidas en los arts. 756 y 848 y ss del Código Civil, al igual que para configurar otras instituciones o figuras sucesorias.

Bien es cierto que la desheredación en derecho aragonés tiene poco campo de aplicación en la medida en que la regulación de la legítima (una mitad del caudal) se configuró en su día como colectiva (art. 486. 1 CDFA) y en beneficio de hijos y descendientes sin necesidad de atribución de concreta cuota individual y, quizá por ello no existe tanta jurisprudencia sobre esta institución. Por tanto, en Aragón, a diferencia de otros ordenamientos, solo procede la desheredación de hijos (o, en su caso, descendientes) en tanto que únicos legitimarios.

Por ello, la regulación de la legítima permite un amplio margen de actuación (puede excluirse de la herencia a uno o varios de los hijos, siempre que ese 50% del caudal hereditario recaiga en cualquier persona que descienda de la estirpe del testador). El problema se plantea, precisamente, cuando se trataba de desheredar a un único legitimario, o bien a todos ellos, supuesto lamentablemente cada vez más habitual debido a los frecuentes e intensos conflictos familiares.

Sea como fuere, tanto la jurisprudencia como la doctrina, dentro del “dinamismo conceptual” que caracteriza a la desheredación, han venido abogando por la introducción como una nueva causa, del denominado maltrato psicológico a modo de “subespecie” del tradicional maltrato de obra.

En este punto no podemos soslayar que, en realidad, el concepto de “maltrato psicológico” encuentra su origen y entronca con el Derecho Penal y, en concreto, en el ámbito de las relaciones de pareja y/o conyugales. En particular cabe destacar la reciente STS 15 septiembre 2021 (EDJ 2021/693000) que recoge lo que denomina las 27 reglas del maltrato psicológico. El Alto Tribunal confirmaba así la condena impuesta por la Audiencia Provincial de La Coruña (y ratificada por el TSJ de Galicia). A nuestros efectos, destacamos las consideracio-

nes o características más importantes (extrapolables en parte a la causa de desheredación que analizamos) como son la existencia de una “subyugación psicológica”, una “insostenibilidad emocional”, en la que se sanciona la habitualidad y la reiteración, es decir, que ese tipo de maltrato resulte permanente, prolongado en el tiempo, encontrándose continuamente presente en la relación, y que anule la voluntad de la víctima produciendo un daño o unas secuelas anímicas o mentales a quien la padece.

La actual normativa penal distingue entre la denominada violencia de género (que se ejerce sobre la pareja sentimental y en particular, siempre del hombre sobre la mujer), y la violencia doméstica que se produce entre convivientes (aunque no exista parentesco), si bien el supuesto más “habitual” es el de la violencia ejercida por los hijos hacia los padres; en este caso podemos encontrar conductas que abarcan todo el arco punitivo penal. El maltrato de obra se regula en el art. 153.2 CP, mientras que los delitos contra la integridad moral se recogen en el art. 173.2 CP. En cualquier caso, en ambos tipos penales pueden incardinarse conductas que conecten con el maltrato psicológico o psíquico que llevan aparejadas un reproche o sanción penal.

Y, en cualquier caso, no olvidemos que la figura sucesoria de la desheredación (al igual que la indignidad) podría ubicarse en el denominado “derecho civil sancionatorio”; no en vano se configura como una “pena privada” que permite excluir a un legitimario de una concreta sucesión.

Como veremos más adelante, la referencia al maltrato psicológico como causa de desheredación comenzó a esbozarse en diversas resoluciones tanto del Tribunal Supremo como de las diferentes Audiencias Provinciales. Baste ahora decir que no sería hasta “histórica” STS 03 junio 2014 (EDJ 2014/99484), ratificada poco tiempo después por la STS 30 enero 2015 (EDJ 2015/16322) en que se convertiría en una causa independiente y autónoma, si bien jurisprudencial, no legal, en tanto que no plasmada en un Texto positivo (a día de hoy, todavía no se encuentra regulada en el apartado 2ª del art. 853 C.Civ.). Una vez más, Aragón ha sido pionera en reformar su Derecho foral incorporando este nuevo motivo de desheredación a su ordenamiento jurídico foral.

La profesora CABEZUELO ARENAS, manifiesta (si bien con algunos matices) que la incorporación de la desheredación por maltrato psicológico acaso pueda ser una “concesión a los partidarios de la libertad de testar”. En concreto, en un epígrafe de su libro titulado “Maltrato psicológico y abandono afectivo de los ascendientes como causa de desheredación” (publicado ya en 2018 y de ineludible lectura para el estudio de esta materia), se pregunta acerca de si se trata de un “oportunismo del cambio interpretativo o un primer paso a la libertad de testar”. Esa conclusión sería cierta, desde luego, es un sistema de legítima estricta como el del Derecho Común, no así en un derecho como el aragonés. De este modo entendemos que principalmente obedece a otras razones sociológicas y familiares que también se plantea la citada autora.

La figura de la legítima sucesoria es cada día más cuestionada. La magistrada SALOM LUCAS, en opinión que compartimos, sostiene que tan solo tuvo sentido en sociedades patrimoniales cerradas, en las que “la riqueza de las generaciones se sustentaba en la continua

posesión de bienes, fundamentalmente inmuebles” y que resultaba necesario transmitir generación tras generación.

Pero, por otra parte, como afirma DE LA PLAZA, la regulación del maltrato psicológico como causa de desheredación, se debe a una “mayor sensibilización social sobre las formas de violencia no física y a una comprensión más profunda de los efectos del maltrato emocional en el ámbito familiar”.

En efecto, resulta indudable que en los últimos años se ha producido (evidentemente, no solo en España,) una evolución social de las familias, de su extensión, configuración y de los miembros (cada vez menos) que las componen. Los padres pueden ser hoy en día más cercanos en el trato, pero acaso más lejanos presencialmente, debido entre otras cuestiones a las ocupaciones laborales de ambos, y por fortuna lejos de “poder feudal” (que ostentaba, en particular, el padre) que citaban algunas resoluciones.

Por otra parte, el incremento de la esperanza de vida, anudado al envejecimiento de la población, y el alarmante descenso de la tasa de natalidad, ha conllevado que afloren nuevos tipos de conductas y actitudes ante los progenitores (ancianos, enfermos y/o discapaces, con la preceptiva provisión de las diferentes medidas de apoyo (*ex art. 101 CDFA*), y su consiguiente vulnerabilidad), con la aparición de nuevos problemas de convivencia y el afloramiento de otras necesidades. Hoy en día, son muchos los ancianos de más de 80 años que viven solos, a veces desatendidos por hijos y nietos. Por otra parte, el cada vez más elevado número de divorcios y de crisis matrimoniales, origina que algunos progenitores desaparezcan de la vida de sus hijos por diversos motivos, como señala VAQUER ALOY.

En este punto, citamos a MERINO HERNANDEZ cuando afirma que, en la práctica, “desgraciadamente no es extraño ver en los despachos notariales supuestos de verdadero abandono, material y moral, de personas ancianas por parte de alguno de los hijos”. Se trata de comportamientos que no constituyen una negación de la prestación de alimentos, ni mucho menos un maltrato de obra. Estas conductas por parte de determinados hijos hacia sus progenitores también son objeto de consulta en los gabinetes jurídicos de los abogados y se trasladan, a la práctica forense. Pero el abandono emocional, la falta de relación o de cuidados, etc..., si bien reprochables moralmente, no merecían la tacha legal o el baldón de la desheredación, y en todo caso, en la actualidad quedarían incardinados en la nueva causa recogida en la letra e) del art. 510 CDFA: “*ausencia manifiesta y continuada de la relación familiar (...) si es por una causa principalmente imputable al legitimario*”.

Como afirma PEREZ – PUJAZON, y da título a su artículo, “la ausencia de relación familiar no constituye per se causa de desheredación”, no se trata de una causa autónoma; en caso contrario, quedaría en manos del testador el pago de la legítima, afirma. Para que pueda invocarse como causa de desheredación, entendida como maltrato psicológico, tales comportamientos por parte de los legitimarios deberían afectar a la salud mental de aquel, resultando necesario acreditar y justificar el padecimiento psíquico del mismo.

El maltrato psicológico puede manifestarse, según el Tribunal Supremo, en “diversas acciones como el acoso verbal, la manipulación emocional, la intimidación, el aislamiento social o la humillación constante”.

En todo caso, la invocación del “maltrato psicológico” como causa de desheredación es una práctica que advertimos en los despachos profesionales (en este caso de abogados), de forma cada vez más frecuente; de hecho estamos detectando un cierto “automatismo”, el recurso a una fórmula estereotipada, como si entre la ciudadanía, e incluso entre algunos “operadores jurídicos” hubiera calado la sensación de que basta con citar genéricamente esta causa, sin que deban concurrir los demás requisitos para que revista la consideración de legal, cierta y justa y, consecuentemente, produciendo los efectos propios de privar de la legítima al desheredado, en dicción del art. 511.1 CDFA.

En el apartado siguiente, vamos a analizar con detalle la evolución que ha conducido a la “creación” jurisprudencial de esa nueva causa de desheredación hace exactamente una década, (por lo que acaso es el momento de revisarla), así como su reciente incorporación al CDFA en la letra c) de su art. 510. De este modo puede servir de orientación práctica, básicamente para abogados (en su función de asesoramiento y de justicia preventiva), notarios (como fedatarios públicos, autorizantes del testamento en el que generalmente la desheredación se llevará a cabo) y jueces (en tanto que, en cada caso concreto, tendrán que dirimir con sus resoluciones la existencia o no del “maltrato psicológico”, asentando la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo).

II. EVOLUCION JURISPRUDENCIAL DEL CONCEPTO DE “MALTRATO PSICOLOGICO”.

Es una cuestión pacífica entre la doctrina científica el hecho de que existe un “numerus clausus” de causas de desheredación; es decir, el elenco que citan los diferentes textos legales se presenta como una lista cerrada, en la que no cabe la analogía, ni interpretaciones extensivas, o de “*minoris ad maiorem*”. Ello se debe al carácter restrictivo del derecho sancionatorio en general, y al principio general del derecho, “*odiosa sunt restringenda*” que implica la aplicación excepcional de las disposiciones punitivas en todos los órdenes.

Sin embargo, en función de la realidad social, del signo cultural, la evolución de las relaciones familiares etc..., se permite una determinada interpretación extensiva de las causas ya existentes, en base al denominado “dinamismo conceptual”, como precisamente ha sucedido con la definitiva incardinación del “maltrato psicológico” como una modalidad o “subespecie” dentro del genérico maltrato de obra.

La denominada “jurisprudencia menor” dictada por las diversas Audiencias Provinciales ya había apuntado en contadas ocasiones la existencia del maltrato psicológico como causa de desheredación. Pero la resolución del “*thema decidendi*” siempre hacía referencia a que las causas de desheredación tan solo pueden ser aquellas previstas y tasadas expresamente por la ley, siendo “su aplicación e interpretación restrictiva”. En efecto, para la SAP de Guipúzcoa 10 mayo 2005 (EDJ 2005/120710) “la contrariedad, sorpresa, tensión o gastos que hubiera generado el procedimiento judicial, no implica hacer equivaler la situación procesal a una injuria grave o a un maltrato psicológico en su persona (...)”. Y sigue diciendo “la reacción posterior

del hijo (al contraer su padre segundas nupcias) y el distanciamiento producido pueden ser tenidos en consideración y acaso ser susceptibles de reproche desde un punto de vista moral, pero no cabe calificar como un maltrato de obra”. En este caso, según el Tribunal “ad quem”, el abandono sentimental, la falta de consideración, desinterés o indiferencia hacia el padre, el conflicto con el hijo, no pueden asemejarse a un maltrato psicológico/ psíquico y menos aún de obra.

En parecido sentido citamos la SAP de Palencia 28 abril 2005 (EDJ 2005/69868), que tampoco había estimado la causa de desheredación, consistente en la negativa a la prestación de alimentos, reconducida al maltrato de obra (y de ahí a un pretendido maltrato psicológico). En esta ocasión, también había existido una crisis matrimonial entre los progenitores, una “separación conflictiva en la que los hijos tomaron partido por su madre, en razón básicamente a que ésta estaba enferma”. Lo realmente reseñable de esta resolución es que luego de declarar que “las palabras ofensivas o irrespetuosas no son suficiente si no quedan especificadas o relacionadas para poder apreciar la necesaria existencia de los malos tratos de obra o injurias graves, sino también la gravedad de las mismas”, entiende expresamente probado el maltrato psicológico” (...) “lo que ha resultado acreditado es un maltrato psicológico de los hijos hacia el padre, del cual nunca se ocuparon a pesar de ser una persona muy mayor y gravemente enferma, al que no fueron nunca a ver, ni le llamaron por teléfono, quejándose el padre ante sus amigos e incluso compañeros de viaje de que sus hijos le habían abandonado y le habían maltratado”. La Juzgadora de Instancia entiende que esa conducta había sido prolongada en el tiempo y “merece la descalificación moral y física que declara ser constitutiva del maltrato como causa de desheredación”. La Ilma. Sala, sin embargo, estima que el maltrato psicológico así descrito y acreditado, no constituía una causa legal de desheredación comprendida en el art. 853.2 C.Civ.

Tradicionalmente se venía advirtiendo por la jurisprudencia del Alto Tribunal que la falta de relación de los hijos con sus progenitores, e incluso cierto abandono sentimental o despreocupación por ellos, la falta de interés, etc... son hechos que “de ser ciertos corresponden al campo de la moral y escapan a la apreciación y a la valoración jurídica... y que solo están sometidas al tribunal de la conciencia”. Es doctrina de la STS 28 junio 1993 (EDJ 1993/6343), citada por la práctica totalidad de la doctrina científica e invocada por multitud de resoluciones posteriores (SAP de Cádiz 26 diciembre 2003 (EDJ 2003/179323); (SAP de Burgos 22 septiembre 2004 (EDJ 2004/186819); SAP Asturias 9 noviembre 2005 (EDJ 2005/242039), por citar tan solo algunas. Sin embargo la STS 14 de marzo 1994 (EDJ 1994/2319) comienza a plantearse la existencia del maltrato psicológico, como una variante del maltrato de obra, pero concluye que se trataría de una “interpretación subjetiva y parcial que choca con el carácter restrictivo” de las causas de desheredación.

Hay que destacar la SAP Santa Cruz de Tenerife 26 abril 2013 (EDJ 2013/187727), prácticamente “desconocida” pues no es citada por casi ningún autor, y que podríamos calificar como de precursora. Plantea que el término “maltrato” debe entenderse en un sentido amplio e integrador que abarque no solo el maltrato físico, sino también todo daño o sufrimiento psicológico infligido por cualquiera de los herederos legitimarios hacia el testador. La falta

de cariño, el desprecio, el desentenderse y no prestar la dedicación debida a los progenitores mayores o necesitados debe incluirse como causa de desheredación. Y ello aunque no llegue al caso más grave del incumplimiento de la obligación moral y legal de prestar alimentos (que, insistimos, se configura como una causa de desheredación independiente y autónoma).

Sin embargo, no sería hasta la STS 03 junio 2014 (EDJ 2014/99484) en que se produce un cambio trascendental en la interpretación que el Alto Tribunal realiza del maltrato de obra, como causa de desheredación. Se trata de una resolución que podríamos considerar liminar desde el momento que introduce expresamente en la jurisprudencia el maltrato psicológico como una subespecie del maltrato de obra, de forma concreta e individualizada. Por primera vez se estima que “los recurrentes incurrieron en un maltrato psíquico y reiterado contra su padre del todo incompatible con los deberes elementales de respeto y consideración que se derivan de la relación jurídica de la filiación, con una conducta de menosprecio y de abandono familiar, que quedó evidenciada al no interesarse por él, estando enfermo durante los últimos siete años de vida”. Los hechos, concernían a un padre que, en efecto, había sido abandonado literalmente por su hijo e hija, que por propia decisión y voluntad no volvieron a tener ningún tipo de contacto o relación con él, y que resultan desheredados. Lo verdaderamente relevante es que la resolución considera probado que el progenitor “fue objeto de insultos y menosprecios reiterados, y sobre todo, de un maltrato psíquico voluntariamente causado por los actores que supuso un auténtico abandono familiar”.

Y, lo que es más importante, “en la actualidad, el maltrato psicológico, como acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima, debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra, sin que sea un obstáculo para ello la alegación de la falta de jurisprudencia clara y precisa al respecto...”.

En síntesis, podemos extraer ya una serie de requisitos para invocar (y apreciar) esta “nueva causa” de desheredación: el “abandono emocional- familiar” debe ser reiterado en el tiempo, provocado por los legitimarios finalmente desheredados y, sobre todo, ha debido producir un daño psíquico al testador, afectando a su salud o estado mental. Esta inclusión del “maltrato psicológico” encuentra su fundamento en el respeto a la dignidad de la persona como “germen o núcleo fundamental” de los derechos constitucionales (*ex art. 10 CE*) y su proyección en el Derecho de Familia.

Dicha resolución sería ratificada tan apenas medio año después, por la STS 30 enero 2015 (EDJ 2015/16322) sentando así jurisprudencia, por su reiteración, como enseña el art. 1.6 C.Civ. En esta ocasión, “el maltrato psicológico a la causante es de tal entidad que debe entenderse incluido dentro del concepto de maltrato de obra contemplado en el C.C.”. Y sigue diciendo: “aunque las causas de desheredación sean taxativas, la interpretación de las mismas debe hacerse de forma flexible (...) y reitera: “aunque sean únicamente las que expresamente señala la ley y ello suponga su enumeración taxativa, sin posibilidad de analogía, ni de interpretación extensiva; no obstante esto no significa que la interpretación o valoración de la concreta causa, previamente admitida por la ley, deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo”.

Y, entrando en los hechos enjuiciados y objeto de debate, no ofrece duda que “el actor maltrató psíquicamente y de manera permanente e intensa a su madre...”; “La causante sufrió un trato desconsiderado de su hijo, quien le despojó sin ninguna consideración de todos sus bienes inmuebles a través de una fraudulenta donación (...) con inevitable afección en el plano psicológico o psíquico, intolerable a la luz de la realidad social”. Esta sentencia parece afinar y aquilatar alguno de los requisitos ya expresados, de modo que el maltrato no solo ha de ser reiterado y mantenido en el tiempo, sino también de una entidad suficiente, de una gravedad, que produzca el exigido menoscabo psicológico.

En resumen, las dos resoluciones del Tribunal Supremo, mediante lo que denominan una inclusión interpretativa, insertan el maltrato psicológico reiterado (grave) dentro de la causa general del maltrato de obra, entendido como una acción que haya lesionado la salud mental de la víctima o sujeto pasivo (el testador o disponente que sanciona tal actitud con la privación de la legítima) y que, en cualquier caso, la falta de afectividad o el abandono que origina la misma, sea imputable al desheredado. Una vez introducido el maltrato psicológico como causa de desheredación por la vía jurisprudencial, en los años posteriores iban a dictarse diversas resoluciones en idéntico sentido, acogiendo inmediatamente este nuevo supuesto, no solo por parte del Alto Tribunal sino también por las Audiencias Provinciales de nuestro país (vg. SAP de Barcelona 14 enero 2016 (EDJ 2016/15342); SAP Santa Cruz de Tenerife 26 abril 2017 (EDJ 2017/183374); SAP Sevilla 07 marzo 2019 (EDJ 2019/601925); SAP Sevilla 07 marzo 2019 (EDJ 2019/601925); SAP de Asturias 10 octubre 2019 (EDJ 2019/727187); SAP de Valencia 05 noviembre 2019 (EDJ 2019/819894); SAP Barcelona 18 marzo 2021 (EDJ 2012/593621); SAP de Valencia 02 diciembre 2022 (EDJ 2022/860506), por citar solo algunas.

Por el contrario, para la STS 27 junio 2018 (ROJ STS 2492) no puede apreciarse el maltrato psíquico como causa de desheredación; llama la atención que, en aquella litis, el testador incorporaba al testamento abierto dos documentos consistentes en una carta dirigida a la hija desheredada, así como una denuncia por agresión que había sido archivada. La Sala entiende que existía una “falta de comunicación y de entendimiento” (...) razones que “corresponden al terreno de la moral”. La demandante “se limitaba a emitir opiniones sobre su padre, aunque fueran duras”. En idéntico sentido el ATS 16 junio 2021 (ROJ ATS 8187).

En particular, nos referimos a la SAP de Zaragoza 12 julio 2016 (EDJ 2016/154713) que califica como injusta una desheredación basada en un maltrato psicológico pretendidamente producido por un “desamparo emocional” derivado de las “disensiones familiares subsiguientes a la separación matrimonial entre el causante y su mujer” (supuesto que, como ya hemos visto, acostumbra a ser bastante habitual en este tipo de procedimientos y se encuentra en el origen de no pocas tensiones familiares). La Ilma. Sala realiza dos apreciaciones importantes: la primera en lo relativo a que en el caso enjuiciado no existía testamento, ni fiducia sucesoria o pacto, por lo que no se cumplía el presupuesto básico de cualquier desheredación, es decir, el documento público en que se exprese como dispone el art. 501.1 CDFa. Y, por otra parte, concluye que los hechos aducidos por la demandada, no pueden ser incluidos en ninguno de los supuestos de indignidad (art. 329 CDFa), circunstancia que hubiera llevado aparejada la “incapacidad” para suceder, aunque no existiera testamento.

En cualquier caso, el Tribunal Supremo continuó con la nueva orientación jurisprudencial y así, se han venido sucediendo resoluciones que han acogido el maltrato psicológico como causa de desheredación (vg. STS 13 mayo 2019 (EDJ 2019/578107). Y, lo que es más importante, precisando los requisitos y características de esta modalidad de maltrato de obra ya sea en sentido positivo (al estimar como justa la desheredación efectuada) o negativo (al no apreciar los presupuestos necesarios para considerar la concurrencia de esta nueva causa).

Sin embargo, citamos la STS 24 mayo 2022 (EDJ 2022/588523) que considera la desheredación como injusta y realiza una serie de interesantes precisiones: en un contexto de abandono, desafecto y desatención por parte de las nietas de la testadora, y una falta absoluta de relación caracterizada por una historia previa de numerosos desencuentros con la disponente, no aprecia un “menoscabo psicológico” en la misma. Dice la resolución: “por mucho dolor que cause en una persona el alejamiento de su parientes más próximos, ello no constituye maltrato de obra (...) los hechos no son tan graves como los que dieron lugar a la calificación de maltrato psicológico en las STS que tratan esta cuestión”. La actuación del heredero, en suma, tiene que ser tan grave y de tal entidad que determine un menoscabo o lesión de la salud mental del testador o una terrible desazón o sufrimiento moral, con unas secuelas o padecimientos psíquicos o mentales, objetivos y debidamente acreditados. Esta es la causa de privación de la legítima incardinada, primero en el art. 853.2 C.Civ., y ahora recogida en el apartado c) del art. 510 CDFA.

En idéntico sentido se pronuncia la STS 19 abril 2023 (EDJ 2023/554424) que proclama que una falta de relación no permite afirmar, salvo en el terreno especulativo, la existencia de un maltrato psicológico. Por tanto, no puede existir una causa autónoma de desheredación basada exclusivamente en la indiferencia y en la ausencia de relación.

Para concluir, las resoluciones más recientes en el momento de redactar este trabajo, nos remiten a la SAP de León 14 enero 2024 (EDJ 2024/526098), en que se considera que la falta de contacto y relación paterno filial es debida más bien a la negativa del padre que al desinterés de los hijos, por lo que no estima la existencia de un maltrato psicológico (y con ella la “justa causa” de desheredación, centrando el fallo en lo que llama la “imputabilidad de los hijos desheredados”). Asimismo, citamos la STS 05 junio 2024 (EDJ 2024/588145) que repasa la doctrina jurisprudencial existente hasta la fecha, y al igual que la resolución anterior, no aprecia una responsabilidad en la hija desheredada al no ser ella quien libremente rompió la relación afectiva con su progenitor, sino que tal vínculo no existió desde su niñez; antes al contrario “la que fue abandonada por el padre fue la niña”. Existe una SAP de Madrid 14 octubre 2024 (EDJ 2024/760461) a la que haremos referencia en el epígrafe que sigue, dentro del apartado relativo a la prueba de esta concreta causa de desheredación.

III. APLICACIÓN PRÁCTICA DEL MALTRATO PSICOLÓGICO COMO CAUSA DE DESHEREDACIÓN.

El art. 509.1 CDFA exige, con carácter general, que la desheredación se funde en una causa legal y cierta. La incorporación del maltrato psicológico al elenco de causas de desheredación colma el primero de los requisitos; con la nueva redacción del art. 510 c) CDFA esta modalidad del maltrato de obra deja de ser una causa “jurisprudencial” para convertirse en una causa legal en tanto que expresamente positivizada en nuestro Derecho Foral. De este modo se evita la inseguridad jurídica y la indefinición que hasta ahora podía provocar la simple mención de algunas de las sentencias citadas en los testamentos en que se invocaba esta innovadora causa de desheredación.

Asimismo, debido a su gravedad y su importancia, la desheredación exige un requisito de solemnidad como es que se exprese en pacto o testamento (la fórmula más habitual), o en el acto de ejecución de la fiducia (vid. arts 509.1 y 456 CDFA).

A este respecto, entendemos que resultará difícil que la desheredación conste en pacto sucesorio, ya que implicaría que el desheredado (en este caso “no instituido”) consiente esa privación de la legítima por parte de los instituyentes (alguno de sus progenitores o ambos) y reconoce la causa que la fundamenta, asumiendo este “castigo privado”. De este modo no podría ya en ningún caso oponerse a la misma. Cuestión distinta es que en el pacto conste una renuncia expresa a los derechos hereditarios que puedan corresponder a un posible legítimo, posibilidad que se desprende de los arts. 377 y 381.1 CDFA y, en particular el art. 399 CDFA. El ámbito natural de la desheredación, como sanción civil que es, procede más en el testamento como negocio jurídico unilateral (aún el mancomunado) y no recepticio.

En cuanto a los sujetos pasivos del maltrato psicológico grave que recoge el **art. 510 c)** CDFA, comprende como es natural al testador, pero también a su cónyuge o pareja estable, pero siempre que sean ascendientes del desheredado. En palabras de MERINO HERNANDEZ, queda un tanto desprotegida la autoridad moral del cónyuge bínubo (o pareja de hecho) que incluso podría llegar a ostentar la autoridad familiar sobre los hijos de su cónyuge (art. 85 CDFA) y sin embargo no está protegido por la vía de la desheredación frente a cualquier tipo de maltrato por parte de aquellos.

El alcance de la expresión de la concreta causa de la desheredación, que exige el art. 509.1 CDFA, ha sido objeto de diversas interpretaciones por parte de la jurisprudencia. Tradicionalmente el Tribunal Supremo ha entendido que no resulta preciso describir con detalle los hechos constitutivos que fundamentan la desheredación; tan solo basta citar la causa y acaso el precepto en que se basa (sirvan como ejemplo la STS 15 junio 1990 (EDJ 1990/6394), con cita de la añeja STS 04 febrero 1904) y STS 25 septiembre 2003 (EDJ 2003/105027) para la que “no es preciso relatar y mucho menos detallar los hechos que provocan la desheredación, presentándose la voluntad de desheredar como decidida y suficientemente patente”. En lo que respecta al maltrato psicológico, en la SAP de Madrid 14 octubre 2024 (EDJ 2024/760461), la más reciente de que tenemos noticia, el causante describía en el propio testamento, “los motivos que justifican la desheredación” de forma prolija, detallada y pormenorizada; entre otros

“no atender a mis llamadas ni visitarme”, los “desaires, difamaciones, indiferencias y desatenciones...” lo que, según el disponente, le habría causado un “profundo dolor, abatimiento, depresión y maltrato psicológico como padre”, sin que pese a ello, atendiendo a la prueba documental y testifical se considere la desheredación ajustada a Derecho.

La descripción de los hechos podrá resultar de gran ayuda a la hora de determinar con exactitud la causa de desheredación, sin perjuicio de la preceptiva cita del concreto precepto en que se base. Hay que tener en cuenta que, procesalmente, la causa puede ser cierta y, sin embargo, no poder llegar a probarse, pero sin duda una detallada descripción puede disuadir al heredero de impugnar la desheredación por injusta. No olvidemos que el art. 509.2 CDFA contiene una tradicional regla de inversión o desplazamiento de la carga de la prueba, una suerte de “ventaja de índole procesal”, en expresión jurisprudencial, ya que serán los herederos del causante quienes tendrán que acreditar la causa, si el desheredado la niega. A diferencia, por cierto, de la prueba de la reconciliación o perdón que, sin embargo, según la doctrina científica más autorizada y la pacífica jurisprudencia del TS, corresponde al desheredado si la alega, aunque no lo mencione expresamente el art. 511.3 CDFA (ni tampoco el art. 856 C.Civ.).

En lo concerniente a la prueba de esta concreta causa de desheredación, el notario de Castellón CARRAU CARBONELL, (al igual que la magistrada SALOM LUCAS), pone de manifiesto la “dificultad de aplicación práctica” de la desheredación por maltrato psicológico, y aventura los problemas que podrán producirse si, como adelantábamos en el párrafo precedente, el desheredado niega esta concreta causa en que se basa. En principio, afirma, *“el desheredado lo que impugnará es el testamento”* y es ahí donde evidencia los *“difíciles problemas probatorios”* (como en realidad surgen en todo procedimiento o juicio ordinario en el que se dirima la “certeza” de cualquier causa de desheredación). Este fedatario, con acierto, sostiene que en ocasiones tendrán que probarse *“hechos negativos”* y remite a los tradicionales medios de prueba recogidos en el art. 299 LEC.

Y, lo que es más importante, propone una solución/consejo, destinada a otros notarios cuando autoricen testamentos en los que se invoque esta causa de desheredación, como es el recurso al acta de notoriedad, prevista en el art. 209 RN, como “elemento probatorio”, en la que se manifiesten y/o acrediten con detalle los hechos que fundamentan la desheredación (relación inexistente, abandono emocional, y sobre todo, patologías psicológicas o mentales, etc..). En efecto, el citado precepto establece que las actas de notoriedad tienen por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios sobre los cuales puedan ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones personales o patrimoniales con trascendencia jurídica.

Desde los despachos de abogados venimos recomendando el recurso a este tipo de actas de notoriedad, incluso con la intervención de testigos, (y para todas las cláusulas de desheredación), con el objeto de lo que, procesalmente, denominamos “preconstituir prueba”. De este modo se puede complementar la mera descripción de los hechos o el enunciado breve del precepto en que se basa la desheredación.

Consecuentemente, ya sea en el propio testamento, o en un acta de manifestaciones/notoriedad previa o inmediatamente anterior a la testamentifacción (e incluso con el con-

curso de dos testigos) cabría incluir un informe psicológico – que entendemos fundamental – suscrito por un perito (neurólogo, geriatra, psiquiatra, psicólogo, asistente social, director de residencia o centro de día, etc...) en el que se acredite el padecimiento mental y/o psicológico ocasionado al testador por la conducta del legitimario.

Una de las cuestiones más interesantes en cuanto a la prueba de la desheredación (cuando la conducta en que se basa puede, además, merecer un reproche penal) es si debe existir una previa condena por los hechos que la fundamenten. En general se entiende que no debe existir un necesario paralelismo entre la repercusión penal de los hechos y su sanción civil. En efecto, el maltrato grave puede ser reputado también como delito (de lesiones, injurias, etc...ex arts. 147 y ss. y arts. 208 y ss. CP). Sin embargo, el testador no tiene por qué haber denunciado los hechos ante un tribunal penal; tal vez al tratarse de una circunstancia que afecta a las relaciones familiares y personales (y por tanto privadas como pertenecientes a la órbita del Derecho Civil), no quiera que trasciendan al ámbito público que es en el que se desenvuelve el Derecho Penal. Ahora bien, cuestión distinta es que los hechos hayan sido enjuiciados en la jurisdicción penal y el legitimario haya resultado absuelto, o por el contrario haya existido una sentencia condenatoria lo que, en ese caso, sí constituirá una sólida prueba para la justificar la desheredación, resultando incluso conveniente aportar la resolución judicial en el propio instrumento público.

Para la SAP Jaén 26 mayo 1999 (EDJ 1999/15122) “ha quedado suficientemente acreditado, a través de la aportación a estos autos de las sentencias condenatorias de los actores, que la causa de desheredación por maltrato de la víctima e injurias que concurría en este caso” y, por tanto, la privación de la legítima se considera legal, justa y por causa cierta.

A *sensu* contrario encontramos la SAP Salamanca 01 marzo 2004 (EDJ 2004/21610) cuando señala la “ventaja de índole procesal” que supone la inversión de la carga de la prueba siendo el heredero quien tendrá que probar la existencia de la causa de desheredación, lo que no sucedía en el supuesto enjuiciado ya que “el juicio de faltas de denuncia policial ... terminó por sentencia absolutoria”.

Según el criterio de la SAP Valencia 10 septiembre 2004 (EDJ 2004/210018) “no es necesario que los malos tratos o las injurias hayan dado lugar a condena penal.” Sin embargo para la SAP Cáceres 15 mayo 2002 (EDJ 2002/32307) “no ha quedado acreditada la causa de desheredación, pues no hay ninguna prueba de la existencia de los malos tratos ... ya que no han sido aportadas denuncias, puesto que el causante nunca ha denunciado a los hijos por maltrato...”. En idéntico sentido la SAP Pontevedra 13 marzo 2000 (EDJ 2000/17841) dispone que “las pruebas documentales no pueden considerarse en modo alguno suficientes para tener por demostrados los malos tratos ... como fundamento de la desheredación. Las denuncias no cristalizaron en sentencias condenatorias sino absolutorias”.

En cualquier caso, la prueba podrá basarse no solo en procedimientos judiciales previos, sino también en testificales y documentación médica o historia clínica (partes de lesiones, dictámenes o evaluaciones forenses) imprescindibles, como hemos dicho, para la acreditación de esta causa de desheredación. Sirva como ejemplo la SAP Barcelona 19 octubre 2004 (EDJ

2004/176359) en que se aportó al procedimiento un “parte de lesiones y una denuncia” para acreditar la desheredación por parte del causante (en este caso el padre).

El maltrato tendrá que ser objetivo y no basarse tan solo en la mera apreciación o los particulares sentimientos, percepciones del progenitor que deshereda (no basta con “sentirse maltratado”) como afirma, SALOM LUCAS. Por otra parte, como expresamente dispone el art. 510 c) CDFA el maltrato psicológico ha de ser grave. En no pocas ocasiones, además de por la intencionalidad, la gravedad viene motivada, precisamente por la reiteración, por la continuidad en el tiempo, al ser constante y deliberado; en suma incompatible con los deberes de “respeto, ayuda y asistencia” inherentes a las relaciones paterno filiales y en concreto, las existentes por parte de los descendientes hacia sus ascendientes, que proclama el art. 58.1 CDFA.

Y todo ello, tiene necesariamente que producir un menoscabo o daño psicológico, psíquico o mental, grave y que haya afectado a la salud del testador/a de una forma demostrable médicamente; es decir, debe existir una clara y notoria relación de causalidad entre el maltrato y la repercusión psicológica que haya producido al progenitor.

En todo caso, como pone de manifiesto la Letrada DE LA PLAZA, una de las características de la evolución jurisprudencial que venimos comentando es “la atención prestada a las circunstancias específicas de cada caso”. El maltrato psicológico – dice – *“puede ser sutil y difícil de probar”* aludiendo a una “perspectiva contextualizada”. Es decir, habrá que atender a las circunstancias concretas tanto personales, como familiares del disponente, (edad, estado de salud o relación de dependencia con el legitimario, -no es lo mismo que el progenitor viva en su domicilio a que se encuentre ingresado en una residencia-, nivel educativo o formación, existencia de otros descendientes o parientes cercanos, etc...).

Citando algunos casos concretos, con carácter general, el ingreso en una residencia no puede considerarse nunca un maltrato de obra (ni aún psicológico) por mucho que al paciente pueda suponerle episodios de tristeza o generar cuadros médicos de ansiedad o incluso de depresión. CABEZUELO ARENAS manifiesta de forma retórica que *“no se puede presumir sistemáticamente que el internamiento en una residencia es indicativo siempre y en todo caso de un desinterés hacia el anciano”*. A veces, el internamiento en un centro de salud (geriátrico, residencia, etc...), constituye la única medida posible para garantizar el debido tratamiento y la adecuada atención de una persona anciana y/o enferma, que puede llegar a convertirse en un peligro para sí misma y aún para los demás, al no poder gobernarse por sí misma. Por otra parte, determinados cuidados médicos no pueden prestarse en un domicilio particular, máxime cuando en no pocas ocasiones el paciente permanecería muchas horas en soledad debido, entre otras cosas, a las obligaciones laborales de los miembros de la familia.

Para la citada autora, habrá que analizar cada caso; en algunos supuestos las circunstancias del ingreso determinarán la existencia de un maltrato psicológico, cuando exista por ejemplo, un total desinterés o una absoluta falta de atención hacia los progenitores. Es el caso de la SAP de Las Palmas 23 febrero 2009 (EDJ 2009/87836) en que *“un anciano ciego y diabético ...”* tuvo que ser socorrido por su sobrino a requerimiento de un vecino. En idéntico

sentido, cita la SAP de Madrid 03 noviembre 2016 (EDJ 2016/254392). Si bien en este caso, entiendo que en puridad la causa aplicable sería la contenida en el art. 510 e), la ausencia de relación familiar imputable al legitimario.

De igual modo no puede asimilarse ni a los malos tratos, ni menos aún a las injurias, la interposición de una demanda de incapacitación (SAP Pontevedra 10 marzo 2000 (EDJ 2000/17841). A este respecto puede consultarse igualmente la SAP de Asturias 23 mayo 2011 (EDJ 2011/141488). Tampoco constituye ninguna clase de maltrato la interposición de un procedimiento judicial para la reclamación de la herencia o de algún pretendido derecho hereditario, como sucede en la SAP de Guipúzcoa 10 mayo 2005 (EDJ 2005/ 120710), en que el actor interpuso una demanda para “acceder a la herencia materna”. El padre, de “carácter autoritario y educación tradicional” no aceptó esa situación, y si bien pudo producirle “un quebranto o sufrimiento” esa circunstancia no constituye una causa de desheredación.

No podemos concluir sin realizar siquiera una breve referencia a otras causas de indignidad y desheredación que ha introducido en nuestro Derecho foral la reforma operada por la Ley 3/2024.

La causa d) del art. 510 CDFA se refiere a la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre causante y el legitimario, si es por una causa principalmente imputable a éste. Nada obsta a que un hijo, en el libre desarrollo de su personalidad (derecho fundamental que consagran los arts. 10.1 y 16 CE) determine prescindir de cualquier tipo de contacto con sus progenitores, ahora bien, pechando con las consecuencias de tal decisión como en este caso, sería privarle de su derecho a la sucesión. Dicho de otro modo, si opta voluntaria y libremente por desentenderse de sus padres no puede pretender tener derecho a recibir parte de su patrimonio. Sin embargo, esta conducta, por mucho que pueda causar disgusto, pesar o malestar a los progenitores, no guarda relación con el maltrato psicológico, pues éste presupone una actuación expresa, el ejercicio de determinadas conductas deliberadas y directas que, en ningún caso, podrían producirse si, como enuncia la causa de desheredación, existe una “mera” ausencia de relación familiar, lamentablemente cada vez más actual.

Para concluir, el art. 328 b) CDFA declara “incapaz de suceder” por causa de indignidad al que fuera condenado en sentencia firme a pena grave por haber ejercido habitualmente violencia física o psíquica en el ámbito familiar al causante. En términos generales, a diferencia de las causas de desheredación (que suponen una “falta familiar” castigada en virtud de una especie de “poder doméstico” del disponente, producidas generalmente antes de la testamentación y que procede tanto en la sucesión testada o paccionada), las de indignidad vienen determinadas por la ley, se basan en razones morales y/o éticas, en una falta “social”, proceden tanto en la sucesión testada como intestada e incluso pueden implicar la existencia de una condena previa. Como enseña la STS 02 julio 2019 (EDJ 2019/639181), “la desheredación y la indignidad para suceder coinciden en que alguien se le va a privar de la sucesión del causante pero no en todos sus presupuestos o formas”. De hecho, en este supuesto concreto, relacionando ambas instituciones sucesorias, la Sala entiende que “lo mantenido para el maltrato de obra como causa de desheredación integrando el maltrato psicológico y emocional no puede trasladarse a la causa de incapacidad para suceder por indignidad que es objeto de debate”.

En este caso, nos encontramos ante un tipo agravado que protege un interés público con una intensidad aún mayor que las causas de desheredación; así, exige expresamente la existencia de una condena a una pena grave (entre ellas la prisión superior a cinco años, vid. art. 33.2 CP), y el ejercicio habitual no solo de una violencia física sino también psíquica, enlazando con la causa de desheredación que venimos estudiando. En todo caso la violencia implica otro tipo de actuación por parte del indigno, como un uso intencional de la fuerza o abuso de poder que acaso resulte más explícito que el mero maltrato psicológico y que puede acarrear consecuencias todavía más importantes para la salud física y sobre todo mental del sujeto pasivo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA.

- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: “Maltrato psicológico y abandono afectivo de los ascendientes como causa de desheredación (art. 853.2 CC). Editorial Tirant Lo Blanc, Valencia, 2019.
- CARRAU CARBONEL, José María: “La desheredación por maltrato psicológico y su dificultad de aplicación práctica”. Revista de Derecho Civil. Vol. II (abril – junio 2015), pags. 249 – 256.
- CARRILLO, Juan Manuel: “La desheredación por maltrato psicológico”. Blog.sepin.es de 25 octubre 2024.
- DE LA PLAZA, Elena: “Desheredación e indignidad: especial referencia a la desheredación por maltrato psicológico”. Economist & Jurist, Mayo 2024, nº 279, Pags. 38 – 43.
- DIAZ AMARO, Isora María: “El maltrato psicológico como nueva causa de desheredación”. (Trabajo de Fin de Grado tutorizado por la profesora HERNANDEZ TORRES, Estefanía). Universidad de La Laguna. 2020.
- HIJAS CID, Eduardo: “Doctrina del Tribunal Supremo sobre el maltrato psicológico y sus efectos en sucesiones y donaciones”. El notario, num. 64. 2015.
- LOPEZ AZCONA, Aurora: “La incidencia del abandono emocional de los hijos mayores en la obligación de alimentos”. Discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación (07 febrero 2023). AAJL, Zaragoza, 2023.
- MERINO HERNANDEZ, José Luis: “Memento Experto. Derecho Foral de Aragón”. Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2011.
- PEREZ ARROYO, Olga: “El maltrato psicológico de los hijos hacia sus padres, como nueva causa de desheredación: una aproximación jurídica, mediática y de interés humano”. Derecom. Madrid, 2018.
- PEREZ – PUJAZON, María Encarnación: “La ausencia de relación familiar no constituye *per se* causa de desheredación”. Blog Despacho URÍA MENENDEZ.

- ROCA – SASTRE MUNCUNILL, Luis: “Derecho de Sucesiones. Tomo II”. Editorial BOSCH. Barcelona, 1991.
- RODRIGUEZ, Delia/ VARELA, Silvia: “El maltrato psicológico como causa de desheredación: últimas sentencias”. *Economist & Jurist*, Diciembre 2022 – Enero 2023, nº 266, Pags. 44 – 49.
- SALOM LUCAS, Amparo: “Desheredación e indignidad: especial referencia a la desheredación por maltrato psicológico”. *Revista Jurídica SEPIN*, 4º trimestre, 2023, nº 145, Pags. 14 – 21.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan: “Comentarios al Código Civil. Tomo XI”. EDERSA, Madrid, 1982.L

ESTADO CONSTITUCIONAL, JUECES Y LEALTAD CONSTITUCIONAL

Por el

Excmo. Sr. Don José Manuel Bandrés Sánchez-Cruza

Académico de Número

I. EL SENTIDO AUTÉNTICO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL Y EL PRINCIPIO DE LEALTAD CONSTITUCIONAL.

El Estado Constitucional se ve amenazado cuando las fuerzas políticas y sociales disienten considerablemente sobre el sentido y significado de la Constitución como norma jurídica fundamental de la Comunidad, cuyas funciones más significativas son las de proteger y garantizar los derechos fundamentales y las libertades públicas, así como los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, y limitar los ámbitos de actuación de los distintos poderes en que se estructura el Estado, estableciendo un sistema político fundado en el establecimiento de pesos y contrapesos, con la finalidad de evitar el abuso o los excesos de poder.

Por ello, resulta imprescindible para la permanencia y estabilidad del Estado Constitucional tratar de alcanzar consensos básicos sobre la idea misma de Estado Constitucional, sobre su función integradora de una ciudadanía plural y diversa, que aspira a desarrollar sus proyectos de vida en el marco de una convivencia democrática en libertad, teniendo como objetivo la pretensión de profundizar en la consecución de un orden económico y social justo.

Los precedentes históricos del Estado Constitucional tienen lugar originariamente en Inglaterra y en los Estados Unidos, cuyos sistemas políticos consagraron la supremacía de la Constitución como norma fundamental del Estado, a la que se someten incondicionalmente el legislativo, el gobierno, así como el poder judicial y los ciudadanos.

Desde las primeras construcciones constitucionales, el Estado Constitucional se fundamenta en las ideas de democracia y libertad, que se plasman en el reconocimiento del valor supremo de la Ley Fundamental, expresión legítima de la soberanía nacional, en la salvaguarda, protección y garantía de los derechos individuales y en la determinación de una configuración política del Estado fundada en el principio de separación de poderes.

En el artículo XVI de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional, como representante del pueblo francés, en 1789, se sintetiza la definición y fundamentación constitutiva del Estado Constitucional en estos precisos y clarificadores términos:

«Una sociedad en la cual la garantía de estos derechos no está asegurada y la separación de poderes no esté determinada, carece de Constitución»

El modelo de Estado Constitucional establecido en la Constitución francesa de 1791 se refleja en el preámbulo y en su texto articulado al proclamar que la Constitución se sustenta sobre los principios de libertad e igualdad de derechos, teniendo como fin abolir y clausurar un régimen feudal caracterizado por los privilegios y la existencia de justicias patrimoniales, garantizando los derechos individuales y e instaurando un régimen político representativo que descansa en el reconocimiento de la soberanía de la nación de la que emanan todos los poderes que se constituyen, el Poder Legislativo, delegado de la Asamblea Nacional, el Gobierno y el Poder Judicial.

En la precedente Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 se consignan estas mismas ideas al proclamar que se sanciona la Constitución, en nombre del pueblo con el propósito de establecer la Justicia, garantizar la tranquilidad interior, fomentar el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad para nosotros y nuestra posteridad, instituyendo el poder legislativo (que se compone de Senado y una Cámara de Representantes o Congreso), el poder ejecutivo, que se atribuye al Presidente de los Estados Unidos, y el poder judicial, que se atribuye al Tribunal Supremo y a los tribunales inferiores.

La Constitución Política de la Monarquía Española, adoptada en Cádiz, en 1812, “para el buen gobierno y la recta administración del Estado”, proclama como objetivo constitucional promover la prosperidad y el bien de toda la Nación, titular de la soberanía, que está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los derechos legítimos de todos los miembros que la componen.

El Estado Constitucional se identifica con un Estado que tiene una Constitución que proclama como fundamento del orden democrático una serie de valores que garantizan la *libertad* y la igualdad ante la Ley de los ciudadanos, y que regula la organización de los Poderes del Estado, de tal forma que aseguren la existencia, la unidad y la sostenibilidad de la acción del Estado con la finalidad de consolidar un Estado de Derecho fundado en el imperio efectivo de la Ley.

El Estado Constitucional expresa y refleja la función civilizatoria y racionalizadora de la Ley y el Derecho, que limitan el ejercicio del poder público y constituyen paradigmas jurídicos constitutivos de una convivencia democrática en libertad en beneficio del pueblo.

El principio de separación de poderes es consustancial a la concepción del Estado Constitucional, porque el Estado Constitucional se dota de una Constitución con el objetivo de limitar y controlar el poder del Estado, pues, como refiere el Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Colonia y Juez del Tribunal Constitucional de Lander de Renania del norte-Wesfalia Klaus Stern, el Estado Constitucional, nació en la lucha contra el Estado absoluto, con la finalidad de dar al Estado la forma de Estado de Derecho (Klaus Stern, Derecho del Estado de la República Federal Alemana, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987)

El principio de separación de poderes tiene como finalidad prevenir contra la tiranía y el despotismo, en cuanto que garantiza que ninguno de los poderes del Estado llegue a ser omnipotente sobre los otros.

En el Estado Constitucional, la Constitución se caracteriza como Constitución jurídica.

La fuerza normativa de la Constitución se advierte en su capacidad regulatoria determinante de la estructura interna de los poderes estatales, que establece la esfera de sus respectivas atribuciones y funciones, y del valor jurídico vinculante de los principios y valores fundamentales, mandatos y prescripciones contenidos y consignados en el texto constitucional, que deben desplegar su eficacia en la realidad constitucional.

La voluntad y la cualidad normativa de la Constitución es perceptible en la institucionalización de un orden político objetivo y normativo y en el enunciado de un sistema de valores inviolable, que aleja la actuación de los poderes del Estado de la arbitrariedad, tal como subraya el Catedrático de Derecho del Estado de la Universidad de Friburgo y juez del Tribunal Constitucional Federal alemán Konrad Hesse (Konrad Hesse, escritos de Derecho Constitucional, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983)

Como expusiera el Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid Eduardo García de Enterría, (el Estado Constitucional se significa en España, caracterizado como Estado social, democrático de Derecho, por el reconocimiento del valor normativo de la Constitución, lo que implica que todos los poderes públicos constituidos al amparo de la Constitución y los ciudadanos están sujetos a la Constitución, de modo que todas las normas constitucionales vinculan sin excepción al legislador, al Gobierno, a los Tribunales, y a los sujetos públicos y privados, y por la introducción de un sistema de justicia constitucional concentrada en el Tribunal Constitucional, aunque los juzgados y Tribunales tienen el deber de realizar un juicio positivo de la constitución de la Ley antes de su aplicación Eduardo García Enterría, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Editorial Civitas, Madrid, 1981).

Entre los principios que configuran el orden público-jurídico establecido en nuestra Constitución, cabe destacar la vigencia del principio de lealtad constitucional, que se concibe y reconoce, desde la perspectiva de la dogmática constitucional, como un valor metajurídico, rector de la organización y funcionamiento del Estado Constitucional, caracterizado como Estado social y democrático de Derecho, dotado de fuerza normativa regulatoria, que despliega su eficacia en defensa y garantía del orden constitucional, y, específicamente, del principio democrático, que se sustenta en el principio de separación de poderes, que constituye la base estructural esencial de nuestra Constitución (Leornado Álvarez Álvarez, La lealtad constitucional en la Constitución española de 1978, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008).

En su significado primario o nuclear, el principio de lealtad constitucional evoca el deber de fidelidad de todos los poderes e instituciones del Estado al universo de valores democráticos que los padres fundadores depositaron en la Constitución española de 1978.

Convivencia democrática en libertad, concordia y espíritu de consenso, voluntad de entendimiento y concertación entre las fuerzas políticas de signo antagónico, equilibrio en el ensamblaje y articulación del sistema de pesos y contrapesos (checks and balances), limitación del poder, contención institucional, moderación en el ejercicio del poder público, interdicción de la arbitrariedad y del exceso de poder, son algunos de los componentes axiológicos que impregnan el principio de lealtad constitucional según significaron los Constituyentes en el preámbulo de la Constitución.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse, tempranamente, sobre el significado constitucional del principio de lealtad constitucional, expresando en la sentencia 101/1983, de 18 de noviembre, su naturaleza bifronte, según se aplique a los ciudadanos o a los poderes públicos.

Según la citada sentencia constitucional, en virtud del artículo 9.1 de la Constitución, poderes públicos y ciudadanos están sujetos por igual a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, pero, mientras los ciudadanos tienen un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución, sin perjuicio de los supuestos en que la misma establece deberes positivos, (artículos 30 y 31, entre otros), los titulares de los poderes públicos tienen además un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución.

Por tanto, cabe afirmar que todos los poderes del Estado, constituidos al amparo de la Constitución de 1978, están obligados, por imperativo constitucional, a ejercer sus potestades y competencias en consonancia con el deber de observancia al principio de lealtad constitucional, de modo que su actuación debe insertarse en el marco del desarrollo de una convicción política de alcance general de responsabilidad democrática.

Todos los poderes públicos tienen el deber de acatar y obedecer la Constitución, de ser leales a los postulados del Estado Constitucional de Derecho, lo que supone que ningún poder o cargo público está habilitado ex Constituone para eludir los mandatos y prescripciones constitucionales ni para ignorar o menoscabar los fundamentos del orden democrático, fundado sobre la idea de libertad, el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas, y el respeto al imperio de la Ley, según establece nuestra Constitución.

En las sentencias constitucionales 239/2002, 13/2008 y 42/2004, el principio de lealtad constitucional se concreta en el más amplio deber de fidelidad a la Constitución, que se traduce, en las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en el deber de auxilio mutuo y de colaboración en aras de la defensa y promoción de los intereses generales, cuyo origen y fundamento se sustenta en el principio de solidaridad.

El principio de lealtad constitucional asegura el buen funcionamiento del Estado Constitucional. Requiere de la leal aceptación por parte de los tres brazos en que se estructura y articula el Estado a nivel estatal -el poder legislativo, el Gobierno y el poder judicial-, del sistema de pesos y contrapesos, lo que obliga a sus titulares a ejercer sus respectivas funciones con sujeción estricta al principio de legalidad constitucional, sin interferir en las atribuciones

conferidas a cada uno de estos poderes, en virtud del texto de la propia Constitución.

Se vincula el principio de lealtad constitucional al principio de unidad de la acción del Estado, en el sentido de que todos los poderes del Estado están permanentemente obligados jurídico-constitucionalmente a cooperar en el objetivo de contribuir a desarrollar y consolidar un orden jurídico que satisfaga las exigencias de democracia, libertad, igualdad y justicia de la ciudadanía, tal como se infiere de la doctrina del Tribunal Constitucional alemán.

II. LA SUJECCIÓN DE LOS JUECES AL PRINCIPIO DE LEALTAD CONSTITUCIONAL.

El principio de lealtad constitucional se proyecta al ámbito de la regulación constitucional del poder judicial contenida en el título VI de la Constitución.

Los jueces y magistrados -integrantes del poder judicial-, en su posición institucional de poder público, al que la Constitución confiere el ejercicio en exclusiva de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, según las normas de competencia y procedimiento que las leyes establecen, están sujetos al mandato constitucional de velar por el cumplimiento de la Constitución por parte de la ciudadanía, las autoridades gubernativas y administrativas y los entes y sujetos públicos y privados (Jose Manuel Bandrés, Poder Judicial y Constitución, Editorial Bosch, Barcelona 1987).

En su dimensión material, el principio de lealtad constitucional añade un sustrato esencial al deber de sujeción del poder judicial a la Constitución y a las leyes, en la medida que deben resolver los procesos judiciales que enjuicien conscientes de que el ejercicio de la función de juzgar tiene como finalidad garantizar la convivencia democrática conforme a un orden económico y social justo y coadyuvar a consolidar un Estado de Derecho, que asegure el imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular y refuerce la auctoritas de la función racionalizadora del Derecho.

El principio de lealtad constitucional, vinculado al principio de responsabilidad judicial, exige de los jueces y magistrados un comportamiento ético en la conducción y resolución de los procesos judiciales, que se plasme en la asunción leal de los valores de independencia e imparcialidad, y en el pleno respeto a las garantías procesales como canon de su actuación profesional.

La Constitución solo confía a jueces y magistrados independientes la función de juzgar. Y por ello, esta exigencia de independencia objetiva y personal, vinculada a la plena observancia del principio de imparcialidad, comporta la neutralidad de la judicatura frente a las pulsiones inherentes al activismo político o a la lucha política.

La aparición de un modelo de juez reconocible como juez político, que pone en riesgo su imparcialidad, supone una deformación disfuncional de la concepción del juez constitucional inserta en nuestra Constitución, como advierte el Presidente del Tribunal Constitucional Francisco Tomás y Valiente (Francisco Tomás y Valiente, A orillas del Estado, Editorial Taurus, Madrid, 1996.)

Los jueces y magistrados, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, deben ser honestos, íntegros y competentes, desde la perspectiva intelectual, ética y moral, de modo que el proceso de aplicación e interpretación de las normas jurídicas y de elaboración de la jurisprudencia, deben ser argumentativamente claro y transparente, en el marco de un profundo y arraigado sentimiento de fidelidad y respeto a la Constitución.

Los jueces no pueden guiarse por sus convicciones ideológicas, políticas o religiosas, imponiéndose de forma inadecuada y extravagante por encima del texto de la Constitución o las leyes, puesto que están obligados a aplicar e interpretar el ordenamiento jurídico de forma lógica y racional, con base a criterios hermenéuticos tasados preestablecidos en la Ley y aceptados por la Comunidad Jurídica.

Como subraya el Catedrático de Derecho Constitucional Ignacio de Otto, el principio del Estado de Derecho, y, más concretamente, el de legalidad, exige que la jurisdicción se ejerza solo bajo el imperio de la Ley, y con independencia de imparcialidad, para que no se imponga ningún otro criterio o interés (Ignacio de Otto y Pardo, Obras Completas, Edita Universidad de Oviedo y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Oviedo, 2010)

El principio de lealtad constitucional, como principio general del Derecho Constitucional, constituye una norma de defensa de la Constitución y, por ende, del Estado Constitucional.

En nuestro sistema jurídico-constitucional no cabe el establecimiento de “jueces insubmisos” a los mandatos normativos del poder legislativo, pues los jueces están vinculados a realizar un juicio previo de constitucionalidad de la ley aplicable, y legitimados para plantear, en su caso, cuestiones de inconstitucionalidad cuando tenga la convicción de que la ley pueda contener vicios de inconstitucionalidad.

El poder jurisdiccional de los jueces no es un poder absoluto sino limitado, sujeto a reglas y procedimientos de carácter jurídico, que configuran el derecho de los justiciables a un proceso justo y equitativo.

Sus resoluciones no pueden ser el resultado de la arbitrariedad.

Como observa el Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid, Tomas-Ramón Fernández, el Juez, para no incurrir en violación del principio constitucional de prohibición de la arbitrariedad y preservar el espacio deliberadamente dejado por la Ley a la autoridad judicial para que complete su obra, debe enjuiciar los casos con arreglo a los cánones de racionalidad y razonabilidad, para lo que resulta preciso que respete los hechos que hayan sido definitivamente probados en el proceso, que tome en consideración todos los factores jurídicos relevantes y que sopesa el valor de los distintos factores, exponiendo las razones que justifican su decisión (Tomás- Ramón Fernandez, Del arbitrio y la arbitrariedad judicial, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2004)

La legitimidad constitucional del poder jurisdiccional del Estado se aprecia al hacer justicia, interpretando y aplicando de forma extensiva e integradora los valores constitucionales

y protegiendo de forma efectiva los derechos fundamentales frente a las injerencias ilegítimas de los poderes gubernativos en la esfera de las libertades civiles individuales y colectivas.

Los jueces no están vinculados, en su actuación de fiscalización de los poderes públicos, al principio de deferencia al poder ejecutivo, porque su caracterización constitucional es su configuración como un poder jurídico independiente, situado en el mismo plano que los otros poderes del Estado, desvinculado de la organización gubernamental. Su misión constitucional es garantizar los derechos de los ciudadanos frente a la actuación de las autoridades públicas e impedir las inmunidades del poder y sancionar los abusos del poder.

Recuerda Eduardo García de Enterría como uno de los padres fundadores de la Constitución de los Estados Unidos, Thomas Jefferson, justificaba el principio de deferencia del poder judicial a la Administración en que la Constitución no ha dado a los Jueces un derecho para decidir sobre el Ejecutivo, ni tampoco al Ejecutivo para decidir sobre ellos, puesto que ambas magistraturas son igualmente independientes en las esferas de acción respectivamente asignadas a cada una, en cuanto la Constitución quería que los poderes coordinados se contrapongan y balanceen entre sí, y no promueve al poder judicial como un poder despótico (Eduardo García de Enterría, *Democracia, Jueces y control de la Administración*, Editorial Civitas, Madrid, 1995).

Y subraya este insigne jurista como el Tribunal Supremo de los Estados Unidos contrariamente a esta tesis, impuso la judicial review, en un sistema que pretende limitar el control del ejecutivo, reconociendo la competencia y capacidad del Tribunal Supremo para pronunciarse sobre cuestiones constitucionales e invalidar la ley que se revele contraria a la Constitución.

Se abre así, en la cultura constitucional un escenario de plena justiciabilidad del Gobierno y de la Administración pública, sometidos al Derecho y al juez, que posiciona a los tribunales de justicia dentro del Estado democrático como custodios de la legalidad constitucional y legitimados para velar por la aplicación de la ley y el derecho

III. EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL Y EL DEBER DE OBSERVANCIA DEL PRINCIPIO DE LEALTAD CONSTITUCIONAL.

El artículo 122 de la Constitución española de 1978, en su apartado 2, define al Consejo General del Poder Judicial como “el órgano de gobierno del mismo”.

Esta misma disposición constitucional remite a la Ley Orgánica del Poder Judicial el establecimiento de su estatuto, así como la regulación del régimen de incompatibilidades y la determinación de sus funciones, en particular, en materia de nombramientos, ascensos, inspección, y régimen disciplinario.

El diseño constitucional del Consejo General del Poder Judicial es significativamente tributario de la Constitución de la República Italiana de 1947, en cuyo artículo 104, tras referir que la Magistratura constituye un orden autónomo e independiente de cualquier otro poder,

se instituye un Consiglio Superiore della Magistratura, presidido por el Presidente de la República, cuya composición se integra por miembros natos y miembros electivos (dos tercios elegidos por la totalidad de los magistrados y un tercio designados por el Parlamento entre Catedráticos y Abogados), al que se encomiendan funciones en materia de administración del estatuto judicial, según dispone el artículo 105, relativas a la admisión, destinos, traslados, ascensos y medidas disciplinarias.

El modelo de Consejo General de Poder Judicial instituido en España se caracteriza, según expone el Magistrado Diego Iñiguez Hernández, por el establecimiento de un órgano autónomo cuya función constitucional es la de colaborar a garantizar la independencia judicial, en relación con cada uno de los jueces y tribunales que ejercen jurisdicción (Diego Iñiguez Hernández, *El fracaso del autogobierno judicial*, Editorial Thomson/Civitas, Madrid, 2008).

El Consejo no se reconoce en la Constitución como expresión o manifestación del autogobierno de la Judicatura. No puede erigirse como representante del conjunto de jueces y magistrados, sino como un órgano constitucional de carácter instrumental, que asume la defensa de la independencia judicial frente a cualquier injerencia proveniente de los otros poderes del Estado y frente a la misma corporación judicial.

El Consejo no constituye, según el diseño constitucional, un contrapoder. No puede extralimitarse en el ejercicio de sus funciones gubernativas adoptando decisiones tendentes a ocupar espacios que competen estrictamente a la jurisdicción.

El Consejo General del Poder Judicial no ejerce jurisdicción, cuyo ejercicio está reservado a los juzgados y tribunales. Por tanto, no puede perturbar el ejercicio de la función jurisdiccional a través de la inspección y la imposición de sanciones disciplinarias, tal como se refiere en la sentencia constitucional 108/1986, de 29 de julio.

Tampoco puede interferir en los procesos políticos que, propiamente, corresponden a los otros poderes del Estado, más allá de la reivindicación y defensa de la independencia judicial, cuestionando la arquitectura del sistema constitucional de división de poderes,

La posición del Consejo General del Poder Judicial, respecto del principio de lealtad constitucional, tiene una dimensión funcional, en cuanto el Consejo se crea ex Constitutione como un órgano autónomo del poder ejecutivo con la finalidad de que desempeñe determinadas funciones de carácter gubernativo referidas a la administración del régimen jurídico de jueces y magistrados -en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario-, cuya asunción por el Gobierno podría enturbiar la imagen de la independencia judicial.

La adhesión del Consejo General del Poder Judicial al principio de lealtad constitucional exige que en el ejercicio de sus funciones constitucionales actúe responsablemente, conforme al deber de buena administración, de forma acorde con los principios de objetividad, racionalidad, transparencia y proporcionalidad, en defensa del bien común de la Justicia y del interés general de los ciudadanos como titulares legítimos del derecho a la tutela judicial efectiva.

Implica, también, no intentar influir sobre la actividad jurisdiccional de los juzgados y tribunales, lo que comporta abstenerse de favorecer a determinados jueces por medio de nombramientos o ascensos por razones ideológicas o corporativas extrañas a los principios de mérito, competencia y capacidad,

En el desarrollo de su mandato temporal, los vocales del Consejo General del Poder Judicial deben comprometerse con el valor de la independencia judicial, cuya defensa les asigna la Constitución. Y por ello, no pueden obedecer en su actuación a la lógica partidista, pues, como razona el Tribunal Constitucional, el poder judicial debe mantenerse al margen de la lucha de partidos, lo que vincula, también, a su órgano de gobierno.

Tampoco pueden responder, en la gestión del estatuto judicial, a otros intereses que no sean los de procurar el eficaz funcionamiento de la Administración de Justicia en su consideración de servicio público constitucional.

Los vocales miembros del Consejo, por lealtad al designio del Constituyente sobre la función constitucional asignada a esta institución, están obligados a actuar con rectitud e integridad, despojados de cualquier sesgo corporativo estamental o clientelar, con la plena asunción de que no pueden realizar ninguna acción que contribuya a debilitar o diluir el significado de la jurisdicción como poder independiente e imparcial, garante y guardián de las libertades democráticas enunciadas en la Constitución.

Los vocales deben ajustar su actuación a la lógica y dinámicas congruentes con la institucionalidad. Están obligados a distinguirse para lograr consensos, particularmente, en el ámbito del ejercicio de sus competencias de naturaleza discrecional, como las relativas a las materias de ascensos y nombramientos, sin que puedan hacer un ejercicio desviado de sus facultades gubernativas.

Un Consejo dividido o fragmentado en bloques, polarizado y sometido a las presiones corporativas o asociativas, que no contribuya a revalorizar la imagen de la independencia y neutralidad del poder judicial como institución, puede considerarse un órgano fallido desde la perspectiva de la realidad político-constitucional.

En la búsqueda de un modelo de un Consejo General del Poder Judicial que responda fielmente al designio constitucional, las Cortes Generales deberán impulsar una reforma constitucional, o una reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que determine el acantonamiento de este órgano en las funciones estrictamente gubernativas de administración del estatuto judicial, con el objetivo de impedir la asunción de facultades que ponen en riesgo la independencia judicial, atribuyéndole, además, aquellas facultades que sean necesarias para defender la independencia de los Juzgados y Tribunales frente a las injerencias ilegítimas provenientes de sujetos públicos o privados.

IV. LA INCIDENCIA DEL PRINCIPIO DE LEALTAD CONSTITUCIONAL EN LA GOBERNANZA INSTITUCIONAL DEL SISTEMA JUDICIAL.

El poder judicial y la Administración de Justicia se encuentran sometidos a una preocupante situación de estrés constitucional debido a dos factores que convergen y se interrelacionan negativamente -la politización de la justicia y la judicialización de la política, que degradan el funcionamiento del sistema constitucional y que provocan una grave pérdida de confianza de la ciudadanía en las instancias judiciales que agrieta la misma democracia

La politización de la justicia se origina cuando la judicatura abandona su posición constitucional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado con independencia e imparcialidad, y con base a la aplicación de la Constitución y las leyes en garantía de los derechos de los ciudadanos, y se transforma en un actor subversivo del sistema político-constitucional, invadiendo espacios y escenarios que corresponden al activismo político militante, ejerciendo la potestad jurisdiccional con fines espurios, con el resultado de falsear los postulados de la Democracia Jurídica, fundada y sustentada en el respeto al principio de legalidad constitucional.

El poder judicial ejerce legítimamente la función de juzgar en el marco de un sistema democrático, basado en el equilibrio y contención de los poderes constituidos. Por ello, el activismo judicial que pueda entenderse como un deslizamiento de la soberanía del pueblo hacia el juez resulta incompatible con el Estado Constitucional, como advierte el magistrado francés Antoine Garapon (Antoine Garapon, *Juez y Democracia*, Editorial Flor del Viento Ediciones, Barcelona, 1997).

Cuando el juez fundamenta sus decisiones no en la racionalidad jurídica sino en razones o argumentos incardinables en la conveniencia política, incurre en una conducta que, más allá que derive en la existencia de responsabilidad, contribuye a erosionar la imagen de independencia y neutralidad del sistema judicial, en la medida que supone una quiebra y abdicación de la fuerza vinculante del principio de sujeción del juez a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

La judicialización de la política se ocasiona cuando se posiciona a los Juzgados y Tribunales como instancia dirimente de los conflictos y controversias de naturaleza política que son propios de la legítima lucha partidista, que deben resolverse en el marco del proceso político y no en el ámbito de la jurisdicción.

Como refiere el Magistrado del Tribunal Supremo del Reino Unido Jonathan Sumpton, los jueces no deben asumir la tarea de zanjar las cuestiones políticas o morales que afectan a la sociedad en la medida que supondría entregar un poder discrecional inmenso sobre esta clase de asuntos, que no puede compensar las deficiencias o el anquilosamiento de la política.

Un sistema de gobernanza institucional acorde con los desafíos políticos, económicos y sociales que afrontan los Estados Constitucionales, debe fundamentarse en la incorporación de patrones y paradigmas de actuación referidos a la participación, cooperación de las fuerzas y agentes implicados, transparencia, eficacia, eficiencia y rendición de cuentas.

Como propugna el Magistrado emérito del Tribunal Constitucional Juan Antonio Xiol Ríos, resulta indispensable la introducción de los principios de gobernabilidad y buena administración en el ámbito judicial, de modo que permita abolir el paradigma burocrático que tradicionalmente ha distinguido y caracterizado la actuación y el funcionamiento del poder jurisdiccional del Estado. La gobernanza del entramado jurisdiccional debe asumir la aplicación del paradigma constitucional, caracterizado por la penetración de principios y valores democráticos en la interpretación judicial del Derecho, así como el paradigma del servicio público, para poder avanzar en la consecución de una justicia a escala humana.

Por imperativo del principio de lealtad constitucional, la buena gobernanza del sistema judicial requiere que todos los poderes del Estado implicados en las tareas de la Justicia, -legislativo, gobierno y poder judicial- acepten como paradigmas de su comportamiento y actuación “convenciones constitucionales”, basadas en el pleno respeto al espíritu y la letra del enunciado del principio democrático y al significado material del principio de lealtad constitucional, que favorezcan que ejerzan sus respectivas funciones constitucionales con la finalidad de procurar la expansión de los valores y principios democráticos que dan carta de naturaleza al Estado Constitucional, y con el objetivo de que el Estado de Derecho pueda materializarse en un Estado de Justicia que responda a las exigencias de libertad, igualdad y solidaridad de la Comunidad política, en el sentido que expresa el profesor de la Universidad de Harvard Michael J. Sandel (Michael J. Sandel, Justicia ¿Hacemos lo que debemos?, Editorial Debate, Barcelona, 2011).

UNA VISIÓN RETROSPECTIVA DEL REY ALFONSO I “EL BATALLADOR”

Por la
Excma. Sra. Dra. Rosa-María Bandrés y Sánchez Cruzat
Académica de Número

AVANT-PROPOS.

¿QUIEN FUE ALFONSO I “EL BATALLADOR”? (1104-1134).

- El Hijo de Sancho Ramírez y Felicia de Roucy.
- El heredero de su hermano Pedro I.
- El rey de Aragón, Pamplona, Sobrarbe y Ribagorza, durante treinta años.
- El que nació en Jaca o Hecho y falleció en Fraga, luchando en el campo de batalla, como lo fueron sus antepasados: su abuelo Ramiro I en el cerco de la villa de Graus; su padre Sancho Ramírez en el asedio a la ciudad de Huesca, el 4 de junio de 1094: su hermano Pedro I, en el valle de Arán.
- El que se educó en el monasterio de San Pedro de Siresa.
- El que defendió a la cristiandad, fiel a sus principios religiosos.
- El que confirmó la infeudación de sus reinos de aragoneses, pamploneses sobrarbenses y ribagorzanos a la Santa Sede, realizada por su padre Sancho Ramírez en 1089.
- El que favoreció las peregrinaciones a Santiago en Galicia, a San Millán de la Cogolla en la Rioja y a Jerusalén.
- El rey con contrajo matrimonio con una reina.
- El que fue rey y emperador de “*totius Hispaniae*”. Por su matrimonio con la reina Doña Urraca de León, Galicia y Castilla. (1109-1114).
- El que pretendió recuperar la unificación política de Hispania, como lo estuvo en tiempos de su bisabuelo Sancho Garcés III de los pamploneses.
- El que nombró a su hermano Ramiro, abad en el monasterio leonés de Sahagún, hacia 1112, poco después lo propuso obispo de Burgos, en 1122 lo propuso obispo de Pamplona y

en 1134 fue elegido obispo de Roda; al igual que hizo su padre Sancho Ramírez al consagrar a su hermano García, obispo de Jaca.

- El que fundó las cofradías o “*militia Christi*” de Belchite en 1122 y Monreal en 1124, a semejanza de la orden del Temple de Jerusalén.

- El que consolidó el Derecho aragonés en el siglo XII.

- El que participó con éxito en más de 27 batallas.

- El que otorgó Cartas de fueros a los pobladores, infanzones, vecinos, mozárabes o francos, de más de 35 localidades, sean villas, ciudades, iglesias o monasterios, en los reinos de Aragón, Sobrarbe, Ribagorza, Pamplona o Castilla.

- El que concede a sus súbditos, los fueros que le piden, al igual que su abuelo Sancho Ramírez, los concedió a Jaca.

- El que concede los Fueros de Sobrarbe, a Tudela, Cervera y Gallipienzo en la Rioja. Ejea y Barbastro y otras localidades.

- El que concede la Carta de Autoridad y Confirmación o Fueros de Jaca, a muy numerosas localidades de Aragón, Sobrarbe, Pamplona o Castilla; y a las sitas en el llamado Camino de Santiago. Como más significativas a las localidades a Aínsa la capital de Sobrarbe, y a Alquezar, Uncastillo, Estella, o San Cernín-San Saturnino, Sangüesa, San Sebastián, Orio o Zarauz.

- El que concede varias Cartas de Fueros a Zaragoza, tales como, en 1119 “los llamados buenos fueros de los infanzones de Aragón”, en referencia a los “buenos fueros de Sobrarbe” el llamado “Privilegio de los Veinte” o “*tortum per tortum*”; y a Tudela.

- El que realiza una expedición militar a *Al Andalus* entre los años 1125-1126, en la que participaron más de cuatro mil caballeros, y los que se les fueron añadiendo de los reinos de Valencia, Murcia y demás poblaciones de la costa mediterránea, con el ideal de fundar en Granada un reino cristiano.

- El que se trajo de la expedición a *Al Andalus* más de diez mil cristianos, llamados mozárabes, con los que repoblar su reino de Aragón, destinándolos a la villa de Mallén, a la ribera del río Ebro y otros lugares, otorgándoles grandes privilegios, gracias, exenciones y libertades.

- El que otorgó testamento escrito en 1134, a favor de Iglesias, monasterios, y Órdenes militares de Jerusalén, de tan difícil cumplimiento, que habiendo renunciado la Santa Sede, facilitó que su sucesor fuera su hermano Ramiro, a la sazón Obispo de Roda, el cual tras dispensa papal, contrajo matrimonio con la viuda Inés de Poitiers, y de cuyo matrimonio nació la futura reina doña Petronila de Aragón.

- Alfonso I en previsión de que su heredero y sucesor fuera su hermano Ramiro, tiempo atrás lo había asociado al trono, participando en numerosas Cartas de Fueros, donde consta, incluso que, es “rey y sacerdote”.

LA MONARQUÍA EN LA EDAD MEDIA EUROPEA.

La Edad Media europea, por lo que respecta a la realidad histórica del Reino de España nos indica Américo Castro (1885-1972) que “la historia hispánica, al menos en lo esencial, es la historia de una creencia y de una sensibilidad religiosa” y añade “por lo que son numerosos los aspectos de la vida que no pueden entenderse sino a la luz de unas creencias religiosas”. La actuación de los monarcas aragoneses y pamploneses es plenamente coincidente, con la síntesis realizada por el prestigioso historiador.¹

La Historia y el Derecho deben ser siempre interpretadas con arreglo al contexto histórico en el que tuvieron lugar.

A continuación, realizo unas reflexiones sobre la educación y formación de los monarcas de los aragoneses, en la Edad Media europea.

ANTECEDENTES.

DE REINO DE ARAGONESES A CORONA DE ARAGÓN.

Con el infante Ramiro, hijo natural y declarado heredero por su padre el emperador de los pamploneses Sancho III el Mayor, y tras su fallecimiento en 1035, nace el reino de Aragón independiente con cuyo reinado se inicia una nueva dinastía conformada por sus descendientes su hijo Sancho (Ramírez), sus nietos Pedro, Alfonso y Ramiro, su bizneta Petronila y su tataranieta Alfonso.

En 1176 se revierte la situación, es entonces cuando, se une por elección el reino de los pamploneses al de Aragón, al ser elegido Sancho Ramírez, sucesor del rey de los pamploneses Sancho “el de Peñalén” tras ser asesinado por sus hermanos Ermisenda y Ramón.

La imparable expansión territorial de la dinastía de los “Sánchez” es llevada a cabo “con denodado esfuerzo, llevados del mismo impulso religioso de su padre”²

EL ESPÍRITU DE UNA ÉPOCA: LA EDUCACIÓN DE LOS HIJOS Y HEREDEROS DE SÁNCHO RAMÍREZ.

La educación recibida por los tres hijos y herederos de Sancho Ramírez, sigue el modelo tradicional, se realiza en monasterios que son los grandes centros de ordenación del territorio, donde, además, se origina la irradiación religiosa, cultural y de progreso social. Siendo Sahagún, Santa María de Alaón, San Pedro de Siresa o San Juan de la Peña entre otros, los centros cluniacenses benedictinos más destacados. Con las consiguientes cautelas pues ya advierte Ubieto que “se ha supuesto que Sancho el Mayor fue el que introdujo la norma cluniacense en los cenobios navarro-aragoneses”.³

¹ En cita de Juan José Rubio Rodríguez. Las Fundaciones benéfico-religiosas en el Derecho común y español. Córdoba MC-MLV. P.21.

² Como señala el profesor Lacarra, en su obra Aragón en el pasado. 2ª edición. Espasa-Calpe. 1977. p.49.

³ Ubieto Arteta, Antonio. Los orígenes de los reinos de Castilla y Aragón. 2ª edición UNIZAR. 1991.p. 39.

Se desconoce el monasterio en el que se educó el infante Pedro, mientras que el infante Alfonso lo hizo en San Pedro de Siresa, bajo la tutela de su tía paterna la condesa doña Sancha Ramírez, y el infante Ramiro en San Ponce de Tomeras.⁴

La educación recibida por los hermanos Sánchez, acentuó la firme creencia, de que todas las acciones estaban orientadas hacia el Creador, porque la educación en la época medieval era teocrática, de tal forma, que se consideraba que todo gobierno emanaba directamente de Dios y era ejercido directamente por la autoridad eclesiástica, es decir por el papado. Porque para los cristianos de esta época, toda la estructura social gira en torno a una idea central: la Fe en Dios que vive junto a ellos, les dirige, alienta y sostiene en una multisecular batalla contra el Islam”.⁵

Como consecuencia de esta creencia, los monarcas desde Carlomagno, a partir del 25 de diciembre del año 800 en el que fue coronado emperador en Roma, por el papa León III, surge una alianza entre ambos poderes, uno de cuyos mayores exponentes se encuentra en la utilización en sus diplomas en la fórmula de ser reyes o emperadores “por la gracia de Dios”. El profesor Ubieta, nos dice a este respecto que “en los reinos de Pamplona-Aragón aparece por primera vez la fórmula *“Rex Dei Gratia”*, en un documento original del 14 de abril de 1035.”⁶

Alianza que se consolida, además por las diversas peregrinaciones de los monarcas a Roma, entre las que destaca, imitando a Carlomagno, la de Sancho Ramírez en 1068, que tuvo como consecuencia la infeudación del reino a la Santa Sede en 1089, y al convertirse de su vasallo, adquiere el compromiso de abonar anualmente 500 mancusos de oro y uno por cada uno de sus *seniores*. Moneda que era acuñada en la ceca de la capital del Reino, es decir en Jaca.

La profunda influencia que ejercía el cristianismo sobre la vida de las personas, era tal, que formaba parte y conformaba la vida cotidiana, la vida individual, hasta tal punto que en el otorgamiento de la últimas voluntades, Cristo era considerado un miembro más de la familia, con la categoría de heredero; porque como nos dice Francisco Tomás y Valiente -asesinado por la organización ETA en 1966- en su manual de Historia del Derecho, toda la vida estaba dirigida a Dios, era como una atmósfera que envolvía todas las vidas, todas las actuaciones de los hombres, por ello se recurría constantemente a Él, apelando, incluso, en caso de conflicto a la *Justicia divina*, porque se consideraba que la justicia es un atributo de Dios. Dan cuenta de ello los 60 versículos que recoge la Biblia, así el Salmo 33.5 tan conocido, dice:” Él ama la justicia y el derecho”; o la carta a los Efesios 4,5-8 cuando San Cipriano, en el siglo III, recogiendo este lema dice: “Un solo Señor (un solo Dios) una sola fe, un solo bautismo”, lema mencionado en el concilio de Jaca de 1063, convocado por Ramiro I y su hijo Sancho Ramírez, al que

⁴ Buesa Conde, Domingo. La construcción del Reino de Aragón y la consolidación del mundo románico 26/Románico digital. P.p.3 ,20.

⁵ Rubio Rodríguez, Juan José. Ob. Cit. p.p.56-61.

⁶ Ubieta Arteta, Antonio. Los orígenes de los reinos. Ob. cit.p.169.

asistieron un arzobispo, ocho obispos, tres abades, un conde y varios próceres. Concilio que Ubieto lo considera falso.⁷

La Iglesia es preciso recordar, que difunde el conocimiento de la lengua latina, lengua que no ha sido jamás reemplazada.⁸

LOS IDEALES DE LA CRISTIANDAD.

1. LAS PEREGRINACIONES.

En la Europa medieval los ideales de la Cristiandad tienen una primera manifestación en las peregrinaciones, que podemos definir como viajes espirituales de carácter pacífico, con el fin de visitar lugares que eran considerados sagrados, los cuales fueron vividos en el continente europeo con pasión, como se demuestra, con las tradicionales y antiquísimas realizadas a Jerusalén y Tierra Santa, cuyo máximo exponente en Aragón lo constituyó la existencia del monasterio, hospedería o alberguería y hospital de santa Cristina de Somport o *Summo Portu*, situado en lo alto de los Pirineos aragoneses; siendo uno de los tres más importantes de la cristiandad, junto con el hospital de Jerusalén y el de Mont Joux en el gran San Bernardo, tal como lo recoge el *Codex Calixtinus* o guía del peregrino, elaborado en la época del papa Calixto II (1119-1124), hermano de Raimundo de Borgoña, primer esposo de la reina Urraca, y por lo tanto, sobrino de Alfonso VII emperador de León y Castilla, lo que contribuyó al fortalecimiento del Camino de Santiago o camino francés a Santiago de Compostela, el cual había dado comienzo por el ímpetu del emperador franco Carlomagno, el llamado “padre de Europa”, en menor medida por las peregrinaciones a San Millán de la Cogolla, con sus monasterios Yuso y Suso, en la Rioja, o a Santa Engracia y los Innumerables Mártires, en la ciudad de Zaragoza.

2. LAS CRUZADAS.

En segundo lugar, los ideales de la Cristiandad, se manifiestan en el nacimiento de las Cruzadas, que “movilizaron todas las fuerzas de occidente, para salvaguardar la tumba de Cristo”. P.C.⁹

Se trataba de expediciones armadas de carácter militar, con el objetivo de recuperar el control de las tierras ocupadas por los musulmanes, cuyo precedente se encuentra en la convocatoria del papa Alejandro II, en 1064, a la que se llamó “*guerra santa*”, y que tuvo como resultado la efímera conquista de la ciudad de Barbastro por Pedro I. Siendo Papa Urbano II, en 1095, movilizó a toda la Cristiandad occidental, al convocar el concilio de Clermont-Ferrand en el reino de los francos, con la finalidad de la recuperación de Jerusalén y los Santos Lugares que como es bien sabido, se encontraban en poder de los turcos, así como frenar la expansión musulmana. Ambos, peregrinos y cruzados, tienen puntos en común, siendo uno de ellos el tener derecho a recibir por parte de la cristiandad, hospitalidad y protección personal.

⁷ Su texto se encuentra en Dámaso Sangorrín y Diest-Garcés. Deán de la catedral de Jaca. El Libro de la Cadena del Concejo de Jaca. Ed. Facsimil. Herald de Aragón. Zaragoza. 1979. P.69.

⁸ Timbal. P.C. Histoire des institutions publiques et des faits sociaux. 4^e édition. Dallod, 1970. P.26. n° 301.

⁹ Timbal. Ob. cit.p.16.

LOS HERMANOS SÁNCHEZ: PEDRO I, ALFONSO I Y RAMIRO II.

1. PEDRO I SÁNCHEZ Y URGEL. (1094-1104).

El sucesor de Sancho Ramírez fue su primogénito Pedro I, nacido de su matrimonio con Isabel de Urgel. Quizá nacería en Jaca, la capital del nuevo e independiente reino de los aragoneses, donde desde su abuelo Ramiro I, el fundador de la nueva dinastía, tenía su residencia la familia real. Tampoco se conoce con exactitud la fecha de su nacimiento. Contrajo matrimonio con Inés de Poitiers y de Aquitania en enero de 1186; Fueron sus hijos Fernando y Pedro, este contraería matrimonio con Cristina (sic María) hija del Cid Campeador. Ambos hijos fallecerían sin descendencia. El monarca Pedro I contraería segundas nupcias con una dama de nombre Berta, de cuyo matrimonio no hubo descendencia. Pedro I rey de aragoneses y pamploneses fue el tercero de la nueva dinastía que gobernaría entre los años 1094 y 1104, fue el conquistador de las ciudades musulmanas de Huesca en 1096, y de Barbastro cinco años después. Otorgó fueros a infanzones y pobladores en gratitud por los servicios prestados en la conquista de Barbastro. Destaca como juez, a quién se le atribuye ser el autor de numerosas sentencias de acuerdo con su libre albedrío, conocidas como “*fazañas*”. También en la Europa medieval existía una prueba ritual para conocer la inocencia y culpabilidad de una persona acusada, cuyo resultado recibía el nombre de *ordalia* o *Juicio de Dios*.

Tras su fallecimiento sin sucesión, al haberle premuertos sus dos hijos, fue sucedido por su hermanastro Alfonso, nacido de las segundas nupcias de Sancho Ramírez con Felicia de Roucy.

2. ALFONSO I SÁNCHEZ Y ROUCY (1073?-1134).

El segundogénito de Sancho Ramírez fue el infante Alfonso que nace posiblemente en Jaca o en la villa de Hecho en fecha indeterminada, quizá en 1073 y fallece en 1134, fue su madre la condesa Felicia de Roucy, del linaje de la Champagne del reino de los francos, se educó según sus propias palabras en el monasterio de san Pedro de Siresa, fundado entre 809 y 814, famoso por su magnífica biblioteca, sabemos que su maestro fue Esteban , que luego sería obispo de Jaca-Huesca, a quienes les unió una gran amistad, y su *aitan* fue el noble Lope Garcés, y como se referencia supra “vivió en el monasterio de san Pedro de Siresa con su tía la condesa doña Sancha”.¹⁰

2.1. SU FUTURA ESPOSA: URRACA REINA DE CASTILLA Y LEÓN.

Una breve pincelada sobre la actividad política de Alfonso VI, rey y emperador de Castilla y León, nos indica que tuvo que tomar una gran decisión al fallecer su heredero, el infante Sancho en 1108 y quedar como heredera su hija Urraca, viuda del conde Raimundo de Borgoña, y ambos padres de un hijo, el futuro emperador Alfonso VII. Concibió la solución, al problema sucesorio, en la persona de Alfonso I rey de los aragoneses y pamploneses. Aceptada por la nobleza laica y eclesiástica, tuvo lugar el enlace matrimonial, en el otoño de 1109.

¹⁰ Domingo Buesa Conde. Ob. cit.

En efecto, en el otoño del referido año de 1109 y en el castillo de Mazuelo de Muñó, en tierras de Burgos, tuvo lugar el enlace matrimonial de Alfonso I rey de aragoneses y pamploneses con Urraca, reina de León y Castilla.

2.2. CARTA DONATIONIS (1109) ENTRE ALFONSO I Y URRACA.

El matrimonio suscribió una *Carta donationis*. Carta en la que los futuros cónyuges, se hacen donación recíproca de la soberanía sobre las tierras que poseen. No mencionan los reinos, sino las tierras que conforman los reinos, por lo que se puede afirmar que “el rey se comporta como un gran propietario, donde sus derechos son ilimitados y su absolutismo solo se encuentra superado por la indisciplina -des sujets- de sus súbditos”.¹¹

La Carta da comienzo diciendo: “En el nombre de Cristo y de la Santa e indivisa Trinidad del Padre y del Hijo y del Espíritu Santo. Amén. Esta es la carta de donación que hago yo, Alfonso, por la gracia de Dios emperador de toda Hispania, a vos la reina Urraca, mi cónyuge”.

Tras la salutación dan comienzo las donaciones o arras que establece don Alfonso a favor de su esposa, donaciones que realiza, según dice, “por su espontánea voluntad”, cita en primer lugar el castillo de Estella, exceptuando lo que allí tiene Lope Garcés, -su *aitan*-, le dona el señorío de Sos o Uncastillo, el que le plazca; añade todos los señoríos pertenecientes a las villas y ciudades de Ejea, Huesca, Montearagón, Jaca y el castillo de Bospén, situado en la Hoya de Huesca, donde indica, que todos los *seniores* deben jurarle fidelidad y, “deben hacerse sus hombres de boca y manos”. Expresión que nos indica la fidelidad y el homenaje, como dos elementos inseparables, donde el contacto físico es obligado, el vasallo con la cabeza descubierta y sin armas, se arrodilla delante de su señor y pone sus manos entre las suyas y le ruega que lo reciba como su hombre, el señor le levanta, le da un beso y declara recibirlo como su hombre; sin embargo si se trata de una mujer, por decencia están dispensados de la “boca”, del beso (*osculum*).¹²

Siendo la vizcondesa del Bearne, en Uncastillo, la única mujer, que aparece documentada, perteneciente al linaje de Gastón de Bearne (1090-1130), el cual poseía el título de *senior* de Zaragoza y cuyo olifante o cuerno de guerra, se encuentra en la actualidad en el Museo de la basílica-catedral del Pilar de Zaragoza.

Dispone, qué si naciere un hijo, tenga todas mis tierras y si no tuviere hijo y le sobreviviere doña Urraca, “quede para ella toda la tierra ingenua y libre”. Todo lo cual se lo da, “para que le tenga con honor, como la buena mujer debe hacer a su buen señor”.

Por su parte la reina le hace donación de los reinos de León y Castilla que ha heredado de su padre Alfonso VI, expresado en los siguientes términos: “Y yo, la reina Urraca convengo con vos el rey Alfonso, mi señor y marido, que yo haré todos mis hombres que tienen *honores* por mí y por vos, que todos sean vuestros hombres y os juren fidelidad contra todos los

¹¹ Timbal. P.C. Ob. cit. p.55.

¹² Timbal. Ob.cit. p.140.

hombres de este siglo y que todos sean vuestros con fe, sin engaño y que os den potestad cada uno de ellos, de las honores que tuvieren, en la hora en que se la pidiereis: Y si alguno de ellos no quisiere hacerlo, yo os ayudaré contra él, con todo mi poder, con buena fe y sin engaño, y luego vos hagáis de él toda vuestra voluntad”.

Y añade, “Y si Dios omnipotente me diere un hijo de vos y luego vos me sobreviviereis, que toda la tierra quede para vos y vuestro hijo que tuviereis de mí”, a falta de hijo dispone que todo quede para Alfonso, al cual cita por dos veces como rey, no como emperador: “Y después de vuestros días quede toda a mi hijo”.

El texto presenta alguna diferencia entre ambos cónyuges, pues mientras don Alfonso indica ser emperador de toda Hispania, sin hacer referencia a los reinos de aragoneses y pamploneses, doña Urraca, dice ser reina y le hace donación de los reinos de León y Castilla, heredados de su padre Alfonso VI.

También se observa diferencia en el léxico, entre los *seniores* aragoneses y pamploneses y los hombres “que tienen los *honores*” de los reinos de Castilla y León, para significar lo mismo, en ambos casos se tienen los *honores* pero no la propiedad.

La reina se refiere al escrito con la voz “*convenio*”. Le ruega a su esposo textualmente, que “me tengáis con *honor* como el buen marido debe tener a su buena esposa y que no me dejéis por el parentesco, ni por excomuniación ni por ninguna otra causa”. Dispone, además, qué hacer si fuera el rey el que la dejara, indicando que, “vuelvan las *honores* de sus hombres a ella. Si fuere ella la que se separara sin su voluntad que todos los hombres de su tierra y de la del rey le atiendan con las *honores* que tuvieren y se aparten de ella por completo. “Y el *convenio* arriba escrito que os hice, quede luego disuelto”.

Hecho el convenio o pacto en la era 1147 (a. 1109) en el mes de diciembre.¹³

La Carta de donación, lesionaba posiblemente, derechos adquiridos por la nobleza y se observa en su minuciosidad la existencia de recelos por parte no solo de los otorgantes, sino también de sus súbditos. Uno de los primeros en declarar su malestar fue el conde Pedro Froilaz de Traba, encargado en su mismo domicilio de la tutoría y crianza de su hijo el niño Alfonso Raimúndez, el heredero, al constatar que los derechos de su pupilo se encontraban relegados, malestar que hizo suyo y al que apoyó parte del testamento eclesiástico, encabezados por el arzobispo de Santiago, Diego Gelmírez.

2.3. SU SEPARACIÓN: EL CONCILIO DE LEÓN DE 1114.

Las tensiones vividas por el matrimonio entre sí y la procelosa situación política que se creó en un imperio tan extenso, que no había existido como tal desde la época del reino visigodo, dieron origen a tal malestar, que rota la paz del imperio culminó con la ruptura del matrimonio.

¹³ García Gallo, Alfonso. Manual de Historia del Derecho Español. II. Antología de fuentes del antiguo Derecho. Madrid, 1964. Pp.550-55. N°802.

Ruptura que tuvo su punto culminante en el Concilio de León de 18 de octubre de 1114, “convocado por D. Bernardo, arzobispo de León y legado pontificio, provocado por los disturbios del reino debido a los enfrentamientos entre la reina doña Urraca y su esposo el rey Alfonso I de Aragón”.¹⁴

Dispuso el Concilio que “aquellos que se unieron siendo consanguíneos o parientes, sepárense irremisiblemente o sean excomulgados”, además el decreto concretó el alcance del mismo, al declarar que lo acordado en el concilio debía cumplirse “en tierra de Campos o en Castilla, en Portugal o en las Extremaduras o en Aragón, bajo pena de anatema”. El parentesco y la consanguinidad de ambos procedía del bisabuelo. Sancho III el Mayor, tras la distribución de su imperio entre sus cuatro hijos: García Sánchez, el primogénito nacido de legítimo matrimonio: Pamplona; Fernando, Castilla; Gonzalo Sobrarbe y Ribagorza; y Ramiro, su hijo natural nacido antes de su matrimonio y prohijado por la reina doña Munia o Mayor, recibió las tierras de Aragón.

Don Alfonso condujo a doña Urraca hasta Soria y la entregó a los castellanos porque “no quería vivir en pecado con ella”.¹⁵

En efecto, ante un ataque directo a la situación del matrimonio real, dada la espiritualidad de don Alfonso, determinó separarse de su esposa, lo cual se llevó a cabo en fecha indeterminada. No obstante, siguió titulándose, durante algún tiempo Emperador de toda España, así lo recogen varios documentos.

2.4. SU ACTIVIDAD POLÍTICA.

2.4.1.-LA EXPANSIÓN TERRITORIAL.

Alfonso I, durante los treinta años de su reinado, el reino de los aragoneses y pamplo-
neses alcanzó una expansión territorial sin precedentes, fue el conquistador, en primer lugar,
de las villas de Ejea y Tauste; otras villas o ciudades se rindieron, entregaron o pactaron, cabe
citar: Balaguer, Tarazona, Zaragoza a la que el Concilio de Toulouse de 1118 concedió el be-
neficio de Cruzado a cuantos participaran en la conquista de la ciudad. Las tropas cristianas
se asentaron en un poblado junto al río Ebro, a la vista de la ciudad que recibió el nombre de
Juslibol, traducido en “Dios lo quiere”, nombre que todavía hoy lo mantiene. Y al grito de la
reconquista “Santiago y cierra España”, el 18 de diciembre ocupaba el castillo de la Aljafería
y al día siguiente entraba triunfante en la ciudad, situada a un kilómetro; con este motivo se
entregaron los poblados o villas de su entorno o *ager publicus*; recuperó también Almudévar,
Tudela, Nájera, Valtierra, Fitero, Cascante, Soria, Tarazona, Borja, Ricla, Épila, Calatayud, Da-
roca, Molina de Aragón, Mequinenza... y dice en su testamento “Y si Dios me diera a Tortosa,
toda enteramente sea del Hospital de Jerusalén”.

¹⁴ Así se expresa el catedrático de Historia del Derecho, el Jesuita don Gonzalo Martínez Díez en su obra Legislación conciliar del reino Astur (718-910) y del Reino de León (910-1230). León: centro de Estudios e Investigación “San Isidoro” Caja España e Inversiones. Archivo Histórico Diocesano, 2009. Fuentes y Estudios leoneses, 126. 432 págs. P.19.

¹⁵ Así lo refiere la Crónica de San Juan de la Peña, tal como nos lo relata José María Lacarra de Miguel. Aragón en el pasado. 2ª edición. M.1977. p.p.60-61.

Conquistas que consideró, dada la fuerza de su fe, eran favorecidas por la costumbre de llevar en sus campañas militares reliquias, entre ellas las de la Vera Cruz.¹⁶

La ciudad de Jerusalén fue tomada el 15 de julio de 1099, durante la primera Cruzada por Godofredo de Buillón; y Alfonso “El Batallador”, como gran peregrino y cruzado, vería cumplidas sus ansias al ostentar, si bien efímeramente, el título de rey.

2.4.2. LAS MILITIA CHRISTI DE BELCHITE Y MONREAL DEL CAMPO.

Con el ejemplo de las Órdenes Militares de Tierra Santa y con una finalidad estrictamente religiosa y asistencial, Alfonso I fundó en el reino de los aragoneses, unas verdaderas *Militia Christi*, “cuyos hermanos servirán a Dios luchando toda su vida con los paganos”.

Las *Militia Christi* aragonesas, tuvieron como objetivo principal abrir y consolidar la ruta del Mediterráneo para la conquista de Jerusalén, fueron la cofradía militar de Belchite, creada en 1122 para defender la frontera con los musulmanes, y dos años después fundó una villa a la que llamó Monreal, con el significado de “*morada o mansión del Rey celestial*” y en cuya fundación se dieron cita arzobispos y obispos, entre ellos Esteban de Zaragoza, que lo fue de Jaca-Huesca y Diego Gelmírez de Santiago de Galicia. Belchite y Monreal del Campo se erigieron en centro de reclutamiento de las expediciones de la cristiandad, a las que concedió grandes indulgencias a todos aquellos que se incorporaran a ellas, y a los que acudieran a poblar Belchite les concedió fueros excepcionales.¹⁷

Prácticamente convirtió Monreal del Campo en una villa que podemos designar con el término bíblico “*de refugio*”, para todas aquellas gentes que tenían problemas con la justicia.

Ambas villas Belchite y Monreal del Campo estuvieron vinculadas a la actividad de los Cruzados y por lo tanto con la misma finalidad, pero en menor medida, que las creadas en Jerusalén, y en este caso, y primeramente, con el objetivo de reconquistar el efímero y luego perdido Reino de Valencia por Rodrigo Díaz de Vivar, y como segundo objetivo, siguiendo la bellísima costa mediterránea, lanzarse a la conquista del reino musulmán de Granada para la cristiandad, cuya presencia era reclamada por los cientos de mozárabes que la habitaban.

Con cuyo fin se organizó una gran expedición en las referidas villas, expedición que no dio el resultado apetecido. Pese a que las tropas aragonesas se presentaron a la vista de Granada, el día 7 de enero de 1126, y Alfonso contaba entonces, al decir de los autores árabes, con cincuenta mil hombres bajo su bandera.¹⁸ Lo que le permitió conducir al reino de los aragoneses a más de quince mil mozárabes, que favorecieron el asentamiento de nuevas gentes, sobre todo en el entorno del valle del río Ebro.

Con todo, Alfonso I a sus *Militia Christi* de Belchite y Monreal del Campo, no las mencionó en su testamento.

¹⁶ Tema estudiado por Francisco de Asís García y García en Arte y frontera en el reino de Aragón a finales del siglo XI. UC-M.p.231.

¹⁷ Lacarra de Miguel, José María. Alfonso el Batallador. Guara editorial, S.A. Zaragoza, 1978.p.p.75 y 98.

¹⁸ Lacarra. Alfonso el Batallador. Ob.cit. p.89.

2.5. SU FALLECIMIENTO: “SU MUERTE FUE LLORADA POR TODA LA CRISTIANDAD”.

En la primera mitad del siglo XII los reinos de los aragoneses y pamploneses, se vieron envueltos en una tan intensa como breve crisis política, con motivo del fallecimiento de Alfonso Sánchez I, apodado “el Batallador”, óbito que tuvo lugar en torno al 7 de septiembre de 1135, como consecuencia de las heridas recibidas en el intento de conquistar de los musulmanes la villa aragonesa de Fraga, situada en el sureste de la hoy provincia de Huesca.

Las personalidades que conocieron y trataron en vida al rey Alfonso I, no escatimaron elogios hacia su persona, sirva de ejemplo, los recogidos por el profesor Lacarra, de su hermano Ramiro, su hijastro el emperador Alfonso VII, o los musulmanes.

Como diría su hermano Ramiro II, la muerte de Alfonso el Batallador “era llorada por toda la cristiandad hispana”. Por su parte, la Crónica de su hijastro Alfonso VII, dice de él, que: “Ni antes ni después de él hubo en Aragón rey que se le pareciera ni en lo fuerte, ni en lo prudente, ni en lo belicoso”. Un cronista francés contemporáneo, nos dice que: “Exaltó tanto la fama de su nombre que unos le llamaban nuevo Julio César, otros segundo Carlomagno”. E incluso se llegó a decir, por un autor oriental, que: “Ningún príncipe cristiano le sobrepasó en valor, en ardor para combatir a los musulmanes ni en resistencia...Dios con su muerte permitió a los fieles respirar y los libró de seguir expuestos a sus golpes”. Más recientemente, por sus éxitos militares ha llegado a ser comparado con Napoleón.

En la actualidad tiene dedicada en Zaragoza, la calle principal que conduce a la catedral-basílica de El Pilar, y un gran monumento dedicado a su memoria en el cabezo de Buena Vista, obra del escultor José Bueno, entre otros reconocimientos.

Para Lacarra el objetivo más importante de su vida, fue alcanzar Jerusalén “a donde le llevaba su alma ardiente de cruzado”.¹⁹

2.6. SU TESTAMENTO.

El testamento de Alfonso I Sánchez, rey de aragoneses y pamploneses y “emperador de toda España” fue el resultado de varios factores en un continente, el europeo, donde la cristiandad no conocía fronteras.

Tras su fallecimiento, la breve crisis política que vivió el imperio hispánico fue motivada por dos circunstancias, en primer lugar, y como más importante, por carecer, el monarca de sucesión directa, y en segundo lugar, derivada de la anterior, por el contenido de su testamento, otorgado en octubre de 1131 en Bayona donde se encontraba desde el año anterior, con motivo del asedio, asedio que no logró el fin pretendido de conquistarla e incorporarla a la cristiandad. El testamento fue ratificado el 4 de septiembre de 1134, manteniendo el texto original, si bien introdujo únicamente algunas donaciones, Quizá el monarca falleciera pocos días después, contristado en el monasterio de San Juan de la Peña, como señala la *Crónica de Alfonso VII*, rehuyendo la presencia de sus súbditos.

¹⁹ Lacarra. Ob.cit. p.p. 28, 107 y 143-144.

El testamento por su contenido se encuentra dentro del ideal reconquistador de la época, se trata de un testamento totalmente coherente con la educación recibida, con el entorno histórico en el que se otorgó y en consonancia con los ideales de la Edad Media, no solo de los reyes peninsulares de aragoneses y pamploneses, castellanos y leoneses, sino con toda la cristiandad del continente europeo. Como indica el profesor Lacarra, “las cláusulas principales del testamento son un verdadero retrato moral del testador”.

El fallecimiento de Alfonso I y el subsiguiente conocimiento del contenido de su testamento, constituyó un auténtico revulsivo para el papado y la nobleza.

Alfonso I da comienzo a sus últimas voluntades, diciendo: “En el nombre del sumo e incomparable bien que es Dios...” y añade, “temiendo el juicio divino para la salvación de mi alma, la de mi padre y madre y la de todos mis familiares, hago testamento a Dios Nuestro Señor Jesucristo y a todos sus santos...” realizó numerosas donaciones a iglesias y monasterios, entre otros, a Santa María de Pamplona, Santa María de Nájera y San Millán de la Cogolla, San Salvador de Oña, San Juan de la Peña o Santiago de Galicia...”

También donó al monasterio de San Pedro de Siresa, los bienes que integraron la dote de su madre Felicia de Roucy, fueron las villas de Biel, Bailo, Astorito, Ardenes y Sos.

Como es bien sabido, dispuso, “...para después de su muerte dejar por heredero y sucesor suyo, el reino y el señorío que tiene en toda la tierra del reino y el principado, al Sepulcro del Señor, que está en Jerusalén y a los que velan por su custodia y sirven allí a Dios y al Hospital de los pobres en Jerusalén, y al Templo de Salomón con los caballeros que allí velan para la defensa de la cristiandad”.

Órdenes militares recién constituidas, de los Templarios, Santo Sepulcro y Hospital, a las que intentó, como indica el profesor Lacarra “traducir y aplicar al caso español, el ideal que había movido a la creación de las grandes Órdenes Militares de Tierra Santa”.

2.7. SU SUCESOR: EL ELEGIDO, SU HERMANO RAMIRO (1134-1157). “SERÉ REY HASTA QUE ME PLAZCA”.

La Crónica del emperador Alfonso el Batallador, nos hace el siguiente relato, sobre la situación planteada en su testamento... “Se reunieron los nobles y no nobles caballeros de toda la tierra aragonesa, tanto obispos como abades y toda la plebe y todos juntos reunidos en la ciudad real de Jaca, eligieron rey sobre sí a cierto monje hermano del rey Alfonso, llamado Ramiro y le dieron por mujer a cierta hermana del Conde (Guillermo) de Poitiers. Esto era gran pecado ante Dios, pero los aragoneses, perdido su querido señor, hacían esto para que les diese hijos de estirpe real”. *Chronica Aldephonsi Imperatoris* (1150).²⁰

Finalmente, el papado y la nobleza aragonesa aceptaron la fórmula, por la que el obispo electo de Roda-Barbastro, fuera el heredero y sucesor, único descendiente por línea recta de varón, del iniciador de la nueva dinastía real: Ramiro I Sánchez, hijo natural y prohibado,

²⁰ García Gallo, Alfonso. Antología de fuentes. Ob. cit. nº819.

nacido de una dama de Aybar y de Sancho III Garcés, “el Mayor” de los pamploneses, con quién finalizó la dinastía llamada de los “Jimeno” o más propiamente de los “Sanchos” y dio comienzo a una nueva.

De este modo, con la elección del monje, abad y obispo Ramiro. Se cerraba el paso a los intereses castellanos enarbolados por la reina Urraca de Castilla y León, en unión del obispo y primer arzobispo de Santiago Diego Gelmírez. Temor que debió sentir su hermano Alfonso y sería uno de los motivos del contenido de su testamento.

Siendo importante destacar que el monarca Alfonso I rey de aragoneses y pamploneses, adelantándose a los problemas que pudieran surgir, ya había nombrado a su hermano Ramiro, obispo electo en las sedes de Sahagún, donde era abad, en 1116; obispo de Burgos, tras la recuperación de la ciudad por su hermano Alfonso I, y obispo de Roda-Barbastro, en esta última el fallecer el predecesor en la batalla de Fraga. Derecho que le pertenecía al ser el esposo de doña Urraca de León y Castilla, lo que le permitía no solo titularse “*Imperator totius Hispaniae*”, sino también participar en el nombramiento de obispos.

Lo cual puede hacernos suponer que Alfonso I estaba preparando a su hermano para mayores designios, es decir para ser su sucesor en los reinos de aragoneses y pamploneses, pese a que con los pamplonics, no se llegó a un acuerdo; y de esta manera además buscaba el consenso del estamento eclesiástico, tan importante en estos periodos altomedievales, como viene a demostrarlo el prematuro apoyo que recibió del obispo de los pamploneses Sancho de Larrosa, posiblemente oriundo del poblado de Larrosa, en el valle de la Garcipollera, junto a Jaca, obispo de gran prestigio que lo era en 1134 y cuyo apoyo resultó decisivo.

La ciudad de Jaca fue la primera del reino de los aragoneses, no porque “nombrara” sino porque “ eligió” como sucesor a su hermano el infante Ramiro. Así consta en la “Carta de Autoridad y Confirmación” del fuero de Jaca y así figura en el escudo de la ciudad que dice “Porque vosotros fuisteis los primeros que me elegisteis para rey”.

Situación que no era nueva por cuanto que ya tras el fallecimiento de Gonzalo (1035-1045) el hijo de Sancho III de los pamploneses a quien correspondieron las tierras de Sobrarbe y Ribagorza, éstas se incorporaron e integraron por “elección” al reino de los aragoneses.

El vocablo “elegisteis”, utilizado por el monarca don Ramiro, nos introduce, en la situación sobrevenida tras la muerte de su hermano Alfonso. E incluso en ciertas circunstancias políticas cabría enlazarlo con los Fueros de Sobrarbe, que redactados en latín, recogen el ideario histórico patente en la tradición oral, por el cronista de la ciudad de Zaragoza, Jerónimo Blancas, en el siglo XVI, donde el fuero VI abre la posibilidad de que si el reino se encontrare oprimido y vaya contra los fueros y observancias, pueda elegir un rey fiel o infiel, es decir cristiano o pagano.²¹

Porque don Ramiro aun sabiéndose con pleno derecho, es decir legitimado para ser proclamado rey, le constaba fehacientemente, que su candidatura era rechazada por una parte

²¹ Lalín de Abadía, Jesús, Los fueros de Aragón Ob.cit.p.115.

de la procelosa nobleza aragonesa, donde es posible que le sirviera de ejemplo, la situación política similar que vivió su hermano Alfonso con la nobleza eclesiástica y laica castellano-leonesa, con motivo del efímero matrimonio -de cinco años- con la reina doña Urraca e incluso la de él mismo, al ser nombrado abad de Sahagún u obispo de Burgos.

El vocablo “elegisteis”, también nos evoca la elección de los monarcas visigodos, en la sucesión al trono, es la llamada “asociación al trono”, en una época de tradición oral y monarquía electiva. Y como antecedente ya Ramiro I acompañado de su hijo Sancho convocan el Concilio de Jaca en 1063. Sin obviar que también era y es “electiva” la elección del papado.

COLOFÓN.

Y como colofón, recojo las palabras de Paul Ourliac, cuando dice “*L’église assure bien la direction morale du peuple chrétien, mais aucune autorité laïque n’a le pouvoir d’édicter une lois générale*”.²²

²² Histoire du droit privé français de l’An mil au Code civil par Paul Ourliac. Professeur émérite des Facultés du droit, et Jean-Louis Gazzaniga. Professeur á la Faculté du droit de Pau. París, 1985. P.15.

EL DERECHO CIVIL DESDE LA PERSPECTIVA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO (AED)

Por el

Excmo. Sr. Dr. Rafael Bernad Mainar

Académico de Número

I. INTRODUCCIÓN

Una de las características más significativas de la actividad económica de nuestros días es que lleva aparejada siempre, en mayor o menor medida, un componente de riesgo capaz de traducirse, según las circunstancias, en un potencial daño. No olvidemos, precisamente, que esta noción del riesgo asociada al provecho o beneficio (*ubi emolumentum, ibi onus*) se ha esgrimido desde hace tiempo como uno de los fundamentos de la responsabilidad civil, en cuya virtud quien causa un daño a otro debe repararlo y, más aún, si ha obtenido algún provecho con ello. En efecto, la tesis clásica subjetiva de la responsabilidad civil basada en la existencia de una conducta culpable está siendo superada con creces por una visión objetiva de la responsabilidad sustentada, entre otros factores, en el binomio del riesgo-provecho²³, de tal suerte que toda actividad que produzca un rédito y, al mismo tiempo, comporte un riesgo para la sociedad debe acarrear ineludiblemente la asunción del mismo y la correspondiente indemnización como respuesta ante los eventuales daños que tal actividad genere.

Partimos de la idea de que este tipo de actividades son lícitas y legales, con lo cual se está planteando *ab initio* un conflicto de intereses: por un lado, el derecho a ejercerlas por quien las realiza y se lucra (*qui suo iure utitur, neminem laedit*), sin soslayar el hecho de que, por su través, se contribuye a dinamizar la economía y generar riqueza; y, por otro, el derecho de la víctima del daño infligido a no tener que soportarlo más allá de lo humanamente aceptable (*neminem laedere*).

La codificación civil decimonónica tomó partido por la construcción de un orden normativo racional que, merced a su conceptualización abstracta, fruto del formalismo normativo de la teoría pura del derecho de Kelsen²⁴ (teoría de conceptos o teoría de la argumentación jurídica), estuvo orientado a regir duraderamente en el tiempo y permaneció de manera

²³ BERNAD MAINAR, R. *Derecho civil patrimonial Obligaciones*. Tomo II. FCJP, UCV. Caracas. 2006, pp. 381-382.

²⁴ ATIENZA, M. *El sentido del derecho*. Ariel Derecho. Barcelona. 2012, pp. 299-303.

cerrada y autónoma proyectado exclusivamente hacia el campo de la dogmática, relegando con ello al ostracismo al componente metajurídico, identificado en este caso más bien con la realidad social.

Sin embargo, este hipotético aislacionismo en el que estaba sumida la ciencia jurídica trató de encontrar algún posible contacto con los hechos sociales y económicos que, en su virtud, pasaron a convertirse en datos del problema jurídico: así sucedió, por ejemplo, en el sociologismo jurídico que, al indagar el contexto real de las leyes y preocuparse por su carácter justo o injusto, se relacionó y entró en contacto con la economía²⁵, aunque no lo fuera de manera profunda; o, incluso, en la jurisprudencia de intereses²⁶ que, mediante una mayor atención sobre los hechos reales que concurren en el plano jurídico, trata de detectar el conflicto existente en la realidad social para cotejarlo con el subyacente en cuanto a la valoración de la norma se refiere.

Además, no podemos olvidar la cada vez mayor presencia del Estado en todos los ámbitos de la vida, lo que conducirá inexorablemente a que el jurista deba relegar la concepción dogmática y enfocar así su interés en una lectura teleológica y funcional de los problemas, pisando en este caso los umbrales de la economía en expansión²⁷ y, por ende, siendo preciso insertar en su seno las categorías, conceptos y clasificaciones propias del orden económico. En suma, el jurista debe pensar y reflexionar adoptando los argumentos y razonamientos propios del economista.

Todo lo afirmado hasta aquí nos lleva a sostener la superación de concepciones simples y reduccionistas, pues la economía ha logrado romper sus linderos tradicionales²⁸ y se nos presenta ya, sin ambages, bajo una visión amplia y global, que enfoca su corte científico al análisis y estudio de la selección racional de los recursos limitados ante la necesidad de satisfacer las necesidades humanas²⁹, o intereses propios³⁰ en un claro sentido de utilidad expresado ya por Bentham en el siglo XVIII³¹.

De la precisión terminológica señalada, esto es la gestión de la escasez³², aparentemente básica y elemental, derivan reglas que condensan y desarrollan el contenido de la economía: la relación entre el precio de un producto y su demanda; la convicción de que los recursos son escasos por limitados; y, por fin, la tendencia natural y racional que existe a su uso más valioso. Entran aquí en liza, por tanto, nociones tan importantes para la economía³³ como el

²⁵ ATIENZA, M. *Op. Cit.* 2012, p. 149.

²⁶ ATIENZA, M. *Op. Cit.* 2012, pp. 248-249.

²⁷ SCHUMPETER, J.A. *Historia del análisis económico*. Ariel. Barcelona. 1994, pp. 47 y ss.

²⁸ COASE, R.H. *Economics and Contiguous Disciplines*. 7, 2 J Leg. Stud. 1978, p. 201.

²⁹ BECKER, G.S. *The Economic Approach to Human Behavior*. University of Chicago Press. Chicago and London. 1978, pp. 3 y ss.

³⁰ POSNER, R.A. *El análisis económico del derecho*. Fondo de Cultura Económica. México 2007, p. 25.

³¹ POSNER, R.A. *Frontiers of Legal Theory*. Cambridge. MA Harward. University Press. 2001, pp. 54-57.

³² TORRES LÓPEZ, J. *Análisis económico del derecho. Panorama actual*. Tecnos. Madrid 1987, p. 19.

³³ POSNER, R.A. *Op. Cit.* 2007, pp. 36 y ss.

valor, es decir, lo que se está dispuesto a pagar por algo; y la utilidad, ya desde una perspectiva analítica del valor de un costo o beneficio inciertos, con la dosis de riesgo que ello lleva aparejado, ya desde la consideración de encauzar la consecución del mayor grado de felicidad posible para el mayor número de persona, a partir de una visión que conecta al individuo-célula con un organismo general del que forma parte, la sociedad.

Esta conexión entre el Derecho y la Economía excede la mera perspectiva extrínseca, por la que el primero regula la actividad económica, y el poder económico constituye una fuente social del derecho, razón que la proyecta más bien hacia una vertiente intrínseca³⁴, según la cual la lógica del Derecho es propiamente económica: tanto el funcionamiento, como la evolución del Derecho, no se explican sino desde la lógica impuesta por el mercado, puesto que las leyes rigen la forma de gestionar y gobernar las relaciones económicas de la sociedad.

Así pues, ya no solo se trata de que el Derecho estudie los hechos económicos, sino de ir más allá y aseverar que cualquier intento que se precie de conocer, interpretar y valorar los hechos jurídicos precisará, sin ningún género de duda, de una óptica económica.

Bajo estos parámetros, irrumpe en escena, a partir de la década de los 60 del siglo XX, la concepción denominada análisis económico del derecho (AED), en virtud de la cual se aplicarán técnicas y principios propios de la economía al estudio de los problemas jurídicos³⁵, dado que el sistema jurídico, en cuanto conjunto de normas, tiene la capacidad de alentar o desalentar al ciudadano en su comportamiento, del mismo modo que permite presentar socialmente, conforme a unos criterios objetivables³⁷, tanto resultados óptimos y deseables, como pésimos y, por ende, nada recomendables.

La consecuencia que podemos extraer a partir de lo antedicho es, a nuestro juicio, bien ilustrativa y contundente: todas las disciplinas y áreas del ordenamiento jurídico, cualesquiera que sean, al igual que todos los aspectos del funcionamiento de los diversos agentes del sistema jurídico, pueden ser analizados e inspeccionados bajo una perspectiva económica. Es decir, asistimos al proceso de universalización y penetración, tanto de la economía, como del método económico, en las numerosas esferas del comportamiento humano³⁸, a partir de premisas tan elementales e indiscutibles como son, por un lado, la existencia de recursos escasos y limitados; y, por otro, la ineludible necesidad de maximizar los resultados perseguidos.

Así pues, podemos corroborar que se ha producido un cambio de perspectiva, que ha llevado a sustituir el análisis jurídico de la economía por el del análisis económico del dere-

³⁴ ATIENZA, M. *Op. Cit.* 2012, p. 148.

³⁵ MERCURO, N.; MEDEMA, S. *Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism and Beyond*. Princeton University Press. Princeton, 2006.

³⁶ TELES, S.M. *The Rise of the Conservative Legal Movement. The Battle for Control of the Law*. Princeton University Press. Princeton. 2008, p. 216.

³⁷ PASTOR, S. *Op. Cit.* 1989, pp. 31-32.

³⁸ ATIENZA, M. *Op. Cit.* 2012, p. 154.

cho³⁹. Las etapas de este proceso están bien marcadas y van desde una contribución económica inicial al Derecho meramente informativa, pasando por un cierto protagonismo de la economía en el ámbito jurídico, hasta desembocar, gracias al imperio, hegemonía y efecto expansivo de lo económico⁴⁰, en la asunción por parte del economista de un papel propio del jurista, que introduce su vocabulario, propone un análisis propio y alternativo en el estudio y examen de los problemas jurídicos, poniendo en liza desde el punto de vista del Derecho un debate tan crucial y económico como es la disyuntiva que existe entre la eficiencia y la justicia⁴¹.

II. EFICIENCIA VERSUS EQUIDAD

Dos son fundamentalmente las acepciones del término **eficiencia** en el campo de la economía⁴²: *sensu stricto*, la imposibilidad de que una persona vea mejorada su situación sin que otra empeore la suya (eficiencia paretiana)⁴³; y *sensu lato*, el excedente entre lo que puede mejorar una persona y lo que pueden empeorar otras, es decir, la situación en la que los potenciales beneficios que la sociedad puede percibir permiten compensar las potenciales pérdidas derivadas (eficiencia potencial)⁴⁴. Dejamos al margen la connotación más simple que se identifica con la mayor producción al mínimo coste⁴⁵.

Por lo que respecta a la visión más restringida, el comportamiento del individuo es el que determina el bienestar social⁴⁶, puesto que este no es otra cosa que el bienestar de cada uno de sus miembros, sobre la base de que ellos son capaces de juzgarlo, sin que dicho enjuiciamiento dependa necesariamente del bienestar del resto de individuos. A partir de ahí, es comprensible entender por qué el individuo siempre adopta en sus elecciones la opción que racionalmente⁴⁷, dentro de las posibles a su alcance, le reporta un mayor beneficio, utilidad o

³⁹ PAZ-ARES, C. *La economía política como jurisprudencia racional (aproximación a la teoría económica del Derecho)*. ADC.1987, pp. 600 y ss.

⁴⁰ BECKER, G.S. *El enfoque económico del comportamiento humano*. Información Comercial Española. 1980, 11 y ss.; ORTÍ LAHOZ, A. *Reflexiones en torno a la evolución del ámbito y enfoque del análisis económico*. Discurso de apertura del Curso 1988-1989 en la Universidad de Valencia. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valencia. Valencia, 1989.

⁴¹ CALSAMIGLIA, S. *Eficiencia y Derecho*. Doxa nº 4. 1987, pp. 267 y ss.

⁴² HIERRO, L. *Justicia, igualdad y eficiencia*. Isonomía nº 9. Universidad Nacional del Litoral. Santa Fe. Argentina. 1998, pp. 133-136.

⁴³ MITCHELL POLINSKY, A. *Introducción al análisis económico del derecho*. Ariel S.A. Barcelona. 1985, p. 19; TORRES LÓPEZ, J. *Op. Cit.* 1987, p. 30; POSNER, R. *Utilitarianism, Economics and Legal Theory*. Journal of Legal Studies nº 8. 1979, pp. 103 y ss.

⁴⁴ KALDOR, N. *Welfare Propositions and Interpersonal Comparisons of Utility*. Economic Journal nº 49. 1939, pp. 549-552; HICKS, J.R. *The valuation of Social Income*. Economica nº 7. 1940, pp. 105-124.

⁴⁵ ACKERMAN, B. *Law and economics in an activist state*. Working paper # 2. Center for Law and Economic studies. Columbia Law School. New York, 1983.

⁴⁶ CALSAMIGLIA, S. *Justicia, eficiencia y Derecho*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales nº1. 1988, p. 335.

⁴⁷ HIRSHLEIFER. *Price Theory and Applications*. Prentice Hall Englewood Cliffs. New Jersey.1984, pp. 7-13.

satisfacción de sus necesidades, lo más por lo menos, esto es maximización⁴⁸, habida cuenta que todos los bienes en general se pueden sustituir por otros; por qué suele haber una tendencia a la perduración y conservación del marco de preferencias de los individuos; y por qué los recursos pueden adquirir un valor añadido ante un mejor uso alternativo (coste oportunidad) conforme a la existencia de unos recursos escasos.

Surge así la posibilidad de alcanzar la máxima utilidad o bienestar individual, uno de los grandes paradigmas del modelo económico neoclásico, si bien resulte problemático trasvasar dicho bienestar individual al general dirigido a toda la sociedad. Para ello se presenta el criterio de Pareto: se llegará a una situación óptima (paretiana) cuando el bienestar perteneciente a un individuo no pueda aumentar sin recortar el de otros miembros de la sociedad. Así, una distribución inicial de recursos determinada con arreglo a un mercado perfecto de libre competencia proporcionaría un estado de cosas óptimo (*Optimo de Pareto*) con el fin de lograr el mayor grado posible de eficiencia social, no obstante las imperfecciones del mercado⁴⁹ que exigen ineludiblemente factores de corrección para rescatar un mínimo de eficiencia⁵⁰, ya sea mediante la creación de impuestos que compensen la existencia de bienes públicos, ya a través de una cierta dosis de política interventora del mercado⁵¹, o bien fruto de una matización del nivel óptimo de eficiencia, según el cual, los beneficios obtenidos por los que ganan compensan con creces efectivamente las pérdidas de los que se ven perjudicados o, cuando menos, los mejoran considerablemente.

La visión amplia de eficiencia conecta, a su vez, con una noción amplia del bienestar social y parte de la superación de la actividad económica en aras de un interés u objetivo particular o individual⁵². En efecto, la gestión de recursos escasos constituye un objetivo de la política económica en sí mismo e integra el bienestar social que se pretende alcanzar como resultado de la acción económica, en cuya consecución unos comportamientos se reputarán más adecuados que otros conforme a la eficiencia.

Así pues, sin obviar la noción de eficiencia paretiana señalada con antelación, entendemos por eficiencia un aspecto cuantitativo que consiste en la relación resultante entre los beneficios totales de una situación y los costes totales que esta misma conlleva, es decir, la demostración de que en el análisis del coste-beneficio este último supera al primero, como expresión de una situación óptima, aunque se trate de una visión intuitiva de lo que se entienda mejor para la sociedad⁵³. Concretamente y, a efectos del análisis del sistema jurídico, la eficiencia de las normas jurídicas se relaciona con la consideración del dinero en cuanto recurso

⁴⁸ HORWITZ, M.J. *Law and economics: Science or Politics?* Hofstra Law Review nº 8. 1980, p. 911.

⁴⁹ TORRES LÓPEZ, J. *Op. Cit.* 1987, pp. 33-34.

⁵⁰ PASTOR, S. *Op. Cit.* 1987, pp. 34-35.

⁵¹ LIPSEY, R.G.; LANCASTER, K. *The General Theory of Second Best*. Review of Economic Studies nº 24. 1957, pp. 11-32; DAVIS, O.A.; WHINSTON, A. *Welfare Economics and the Theory of Second Best*. Review of Economic Studies nº 32. 1965, pp. 1-14; *Piecemeal Policy in the Theory of Second Best*. Review of Economic Studies nº 34. 1967, pp. 323-331.

⁵² ROBINSON, J., en MACKAAY, E. *Economist of Information and Law*. Kluwer & Nijhoff Publ. Amsterdam. 1982, p. 26.

⁵³ TORRES LÓPEZ, J. *Op. Cit.* 1987, p. 36.

limitado y escaso⁵⁴, conjugado con la asignación de un valor pecuniario estable a los beneficios y costes (soberanía del consumidor) para la obtención de la mayor utilidad y provecho posibles. Más discutible resultará, sin embargo, cuando, al trasladar esta premisa al ámbito del Derecho, se torne en objetivo prioritario.

En lo que concierne a la **equidad**, desde la perspectiva económica, nos referimos al modo de distribución de ciertos activos⁵⁵ entre cualquier denominador considerado (personas, zonas geográficas, período de tiempo), con una base filosófica que ahonda sus raíces en la idea de justicia distributiva⁵⁶: igualdad entre los iguales (horizontal), desigualdad entre los desiguales (vertical), y asunción de las cargas de una acción por quien se beneficia de ella (*ubi emolumentum, ibi onus*) o, en otras palabras, “*quien está a lo bueno, está a lo malo*”. En efecto, desde el punto de vista económico, la equidad enlaza con la distribución de la renta entre los individuos, un cariz diferenciado del que pudiera aportarse desde la filosofía o desde el mismo derecho.

Precisamente, uno de los conflictos que se plantea en la economía de nuestros días es la conciliación y equilibrio entre ambos aspectos (eficiencia y equidad), objetivo que no resulta fácil pues, en muchas ocasiones, se presentan como opuestos y excluyentes: la mejora en la distribución de la riqueza y renta -equidad-, lleva aparejada en la mayor parte de las ocasiones una minoración de la eficiencia. Ello traducido en términos jurídicos nos conduce a plantear las preguntas suscitadas al amparo del análisis económico del derecho: los efectos e incentivos perseguidos por las normas jurídicas, junto a los comportamientos que estas estimulan, por eficientes o equitativos; el papel del bienestar social en la valoración de los incentivos alentados por el sistema jurídico a través de sus normas⁵⁷; y la necesidad de elegir entre los distintos objetivos perseguidos por las normas jurídicas, en la medida que cada uno de ellos, según cuál sea su propósito, se posiciona abiertamente en el conflicto de intereses existente entre la eficiencia anhelada y la distribución deseada.

Evidentemente, una solución intermedia puede lograr el equilibrio y, renunciando de antemano a la mayor eficiencia posible, se puede alcanzar el objetivo redistributivo y equitativo más convincente, aunque sea a cargo de una reducción de bienestar social, ya mediante impuestos o subsidios⁵⁸, ya a través de la regulación de mercados, ya como consecuencia de la modificación del sistema jurídico. Dependerá el juego e intensidad de cada uno de los tres instrumentos señalados para que los resultados sean unos u otros⁵⁹: en principio, los impuestos y subsidios se colocan en primer lugar para la consecución de una sociedad más eficiente; más dificultoso resultaría la redistribución a través del recurso a las normas legales, sobre todo

⁵⁴ SAMUELSON, C.A. *Foundations of Economic Analysis*. Atheneum. New York. 1967, p. 203.

⁵⁵ MITCHELL POLINSKY, A. *Op. Cit.* 1985, p. 19.

⁵⁶ PASTOR, S. *Op. Cit.* 1987, pp. 34-36.

⁵⁷ SHAVELL, S. *Fundamentos del análisis económico del derecho*. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid. 2016, pp. 721 y ss.

⁵⁸ KAPLOW, L.; SHAVELL, S. *Fairness versus Welfare*. Harvard University Press. Cambridge. 2002, pp. 28 y ss.

⁵⁹ PASTOR, S. *Op. Cit.* 1987, p. 37.

cuando sus efectos no se pueden alcanzar o, de ser así, su eficacia es limitada, por adolecer de precisión y sistematicidad.

Por lo que se refiere a la redistribución de la renta mediante impuestos al consumo o a la renta⁶⁰, es necesario minorar la eficiencia en las decisiones adoptadas sobre tales materias, una reducción que ya constituye en sí misma una distorsión en la redistribución de la renta. Lo mismo sería aplicable en el caso de redistribución de la renta mediante un sistema de transferencias, pues con ello se distorsiona el precio de un producto o servicio.

En cuanto a si el recurso a las normas jurídicas resulta apropiado para redistribuir la renta, se ha de constatar que no siempre se logra el fin previsto (téngase en cuenta el ejemplo de los conflictos en sede contractual o de mercados, a diferencia de los accidentes de automóvil, o de inmisiones y control de la contaminación, en sede extracontractual). Así y todo, debemos afirmar que estamos en presencia de un instrumento redistributivo de la renta potencialmente efectivo, que dependerá del coste que represente su utilización en relación con el correlativo en impuestos o transferencias⁶¹. Cuestión al hilo de lo anterior es si la redistribución de la renta mediante normas jurídicas puede lograrse de manera sistemática, habida cuenta de que todos los individuos que se hallan en un mismo nivel de renta no siempre se ven afectados por un conflicto de intereses, razón esgrimida para sostener que el sistema jurídico carece de la efectividad y precisión del sistema tributario en lo que a la redistribución de la renta concierne.

En todo caso, entramos en el terreno de la elección de normas jurídicas como mecanismo de redistribución con un mayor o menor costo⁶²: o bien optamos por sacrificar eficiencia en aras de una distribución más justa de los recursos; o bien, por el contrario, preponderamos la eficiencia, aun a costa de la equidad.

Vemos, pues, que ante el conflicto planteado surge la necesidad de determinar qué grado estamos dispuestos a aceptar de uno u otro ingrediente en el encaje que hay que delinear entre ambos. En la medida que queramos fomentar la equidad, por considerar que estamos ante un valor preeminente de la sociedad, deberemos sacrificar ciertas dosis de eficiencia.

En tal elección la racionalidad se erige como un valor destacable⁶³, a pesar de que no siempre los individuos actúan racionalmente, sobre todo si a menudo se producen alejamientos sistemáticos de la realidad⁶⁴ y se decide sin tomar en cuenta las decisiones de los demás. Nuevamente el Derecho asume protagonismo, toda vez que en gran número de ocasiones este aborda lo que atañe al comportamiento estratégico del ser humano.

⁶⁰ MITCHELL POLINSKY, A. *Op. Cit.* 1985, pp. 123 y ss.

⁶¹ SHAVELL, S. *Op. Cit.* 2016, pp. 727 y ss.

⁶² MITCHELL POLINSKY, A. *Op. Cit.* 1985, pp. 19-23.

⁶³ POSNER, R.A. *Op. Cit.* 2007, pp. 45-48.

⁶⁴ THALER, R.H. *Quasi Rational Economics*. Rougel Sage Foundation, 1991.

Esto nos lleva ineludiblemente a plantearnos si la eficiencia debe ser el único criterio a la hora de valorar las normas jurídicas o si, además, deberá tomarse en consideración la equidad. La respuesta a tal planteamiento dependerá sobremanera del conflicto de intereses suscitado⁶⁵: si se trata de un conflicto emanado de una relación contractual, la eficiencia emerge como criterio único y exclusivo; de no ser así, puede potenciarse la distribución equitativa a través del sistema jurídico, aun cuando sea más factible su consecución, tal como hemos señalado, por medio de medidas fiscales o transferencias. Ante tal disyuntiva, pareciera que fuera la eficiencia el aspecto fundamental en la valoración de las normas jurídicas⁶⁶. Ahora bien, dos cuestiones surgen claramente al respecto: por un lado, si son las normas jurídicas instrumentos impulsores de comportamientos eficientes, por incluir al mismo tiempo decisiones proactivas y cautelosas⁶⁷; y, por otro, si, a su vez, las normas jurídicas atribuyen con eficiencia la situación de riesgo, más aún cuando el sistema jurídico no debe tener en cuenta en todo caso dicha asignación.

Así pues, en la medida que el sistema jurídico no puede cubrir, en general, todos los objetivos posibles, lo cual no sería en modo alguno un argumento para menoscabar la utilidad y precisión del AED, lo cierto es que el conflicto entre la eficiencia y la equidad dependerá, a la postre, de la existencia o no de un coste entre las consecuencias específicas de distribución en la búsqueda de eficiencia, y de lo que se entendería por distribución equitativa de la renta⁶⁸, pues, de no mediar algún coste en dicha redistribución, se diluiría el problema por no mediar conflicto de interés alguno. Ello, en suma, no hace sino empoderar la función del AED al permitir avanzar considerablemente en la conciliación de los distintos objetivos y tender a un equilibrio armónico entre los mismos.

Por supuesto que, si para superar este conflicto, el coste de transacción exigible entre las partes o intereses es cero, o tiende casi a cero, la consecución del resultado eficiente será mucho más fácil y viable de obtener, al margen incluso de los alegatos que se puedan esgrimir en defensa de dicho resultado y de la distribución de la renta que se establezca entre las partes involucradas, una vez adoptada la solución que fuere⁶⁹. No obstante, la realidad nos enseña a admitir que la situación de redistribución de la renta con coste cero (transacción con coste cero), más que una hipótesis viable, resulta casi una entelequia, por resultar onerosa, en general. Por ello, cuando los costes de transacción son positivos, la solución tenida por eficiente no podrá obtenerse independientemente de la norma jurídica elegida, razón por la cual y, dado que no es posible reducir en su totalidad los efectos de los costes de transacción, será más conveniente la norma jurídica que minimice cuanto más mejor las consecuencias de los referidos costes. Vemos, pues, que, a la hora de abordar problemas jurídicos, surgen distintos

⁶⁵ MITCHELL POLINSKY, A. *Op. Cit.* 1985, pp. 132-133.

⁶⁶ PASTOR, S. *Op. Cit.* 1987, pp. 38-39.

⁶⁷ DOMENECH PASCUAL, G. *Por qué y cómo hacer análisis económico del derecho*. Revista de Administración Pública n° 195. 2014, p. 120.

⁶⁸ RUBIN, P.H. *Why is the Common Law Efficient?* Journ. of Leg. Stud. n° 6. 1977, pp. 51-63; MICELI, T.J. *Legal Change: Selective Litigation, Judicial Bias, and Precedent*. Journal of Legal Studies n° 38. 2009, pp. 157 y ss.

⁶⁹ COASE, R.H. *El problema del coste social*. Hacienda Pública Española n° 68. 1981, pp. 245-274.

parámetros de transacción según las posibles soluciones, para que la solución adoptada, finalmente, resulte eficiente.

Otra cuestión relacionada con lo anterior es si se puede esgrimir el trasvase del AED efectuado en el terreno de las políticas públicas al ámbito jurídico del Derecho⁷⁰, más aún si partimos del problema de la asignación de valores a los beneficios y las cargas que toda decisión traducida en una norma implica, un aspecto siempre imbuido de cierta dosis de arbitrariedad. Mucho más cuando hay bienes, aspectos o elementos de difícil valoración, con apreciaciones subjetivas, circunstancia que sucede también en el plano jurídico (por ejemplo, el valor sentimental de la casa donde hemos nacido).

En el balance de costes y cargas entra en escena la función social de bienestar, también en lo que al Derecho respecta⁷¹: una norma será tanto más eficiente cuanto más beneficio y utilidad social reporta en comparación con otra alternativa, dado el bienestar que incorpora al tejido social. En todo caso, ponderar en exceso este cariz utilitarista de la eficiencia nos lleva a identificar eficiencia con justicia⁷² y posterga otros valores tan o más importantes que aquella, cuyo sumatorio conforma la organización social.

Por ello, la eficiencia no puede excluir otros valores, sino que ha de integrar al resto conforme a los criterios que rijan en cada momento en la sociedad⁷³, sin olvidar que una cosa son los valores individuales, subjetivos, y otra, muy diferente, los valores sociales, cuya consecución se erige en un referente en la optimización de recursos. Y es que la realización de uno o varios de los valores perseguidos por la sociedad acarrea inexorablemente el sacrificio de otros y habrá que decidir si el sacrificio de alguno es menos grave que los logros y avances sociales que se obtienen mediante la puesta en práctica de otros, tomando para ello en cuenta el grado jerárquico axiológico del momento: en efecto, en esa jerarquización una solución será superior a otra cuando su rédito social y colectivo⁷⁴ exceda claramente del que aporte cualquier otra solución alternativa, es decir, cuando maximice el conjunto de valores socialmente establecidos según la jerarquía establecida (igualdad, justicia, seguridad jurídica).

Aun así, siempre el aspecto más complejo en la aplicación del AED al ámbito jurídico radica en la cuantificación crematística de los costes y beneficios de los objetivos pretendidos, en cuyo proceso emerge el efecto riqueza, es decir, ¿cuánto está dispuesto a pagar el individuo por evitar la pérdida que potencialmente puede sufrir?, ¿con cuánto habría que compensarle para que tolere sufrir la pérdida? Entramos en el terreno de la arbitrariedad y de la subjetividad a la hora de su valoración y cuantificación.

⁷⁰ IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.W. *Análisis Económico del Derecho. Método, investigación y práctica jurídica*. Bosch. Barcelona. 2011, p. 145.

⁷¹ KAPLOW, L.; SHAVELL, S. *Op. Cit.* 2002, pp. 28 y ss.

⁷² GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J. *El análisis económico del derecho: algunas cuestiones sobre su justificación*. Doxa nº 15-16. 1994, pp. 937-940.

⁷³ PASTOR, S. *Op. Cit.* 1989, p. 40.

⁷⁴ POSNER, R.A. *Op. Cit.* 2007, p. 39.

Todo lo expuesto no hace sino corroborar la conexión existente en el orden social entre economía, política y derecho, dado que todo estudio de la sociedad que se precie debe articularse sobre el trípode compuesto por el momento económico de referencia, el momento político considerado y el momento cultural analizado⁷⁵. En esa línea se proyectó la teoría económica constitucional⁷⁶ que se decanta de manera casi unilateral y exclusiva por el papel relevante de la economía, con una defensa a ultranza del mercado hasta el punto de determinar el orden político y al individuo como *homo oeconomicus*⁷⁷.

III. BREVE REFERENCIA HISTÓRICA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO (AED)

Si realizamos una visión retrospectiva para explorar los antecedentes más remotos del AED nos remontamos a los siglos XVII y XVIII, lo que nos permitirá encontrar ya algunas conexiones con el AED a través de figuras históricas tan relevantes como Jhon Locke, padre del liberalismo político; Adam Smith, mentor del liberalismo económico; y, por fin, Jeremy Bentham, creador junto con Jhon Stuart Mill del utilitarismo filosófico.

Algunos esbozos posteriores los encontramos también en Beccaría, el marxismo, o algunos economistas y sociólogos de la talla de Wagner, Weber y Commons, que constituirán el preámbulo de otros episodios posteriores que nos conducirán por el recorrido que discurre entre el viejo y el nuevo AED.

Seguidamente, debemos mencionar el entronque con la visión paternalista y tuitiva del Estado como contrapeso a los desajustes del liberalismo político y económico; el aporte realizado por la Escuela de Lausana, principalmente con Walras y Pareto, en su consideración de la economía como ciencia; el fenómeno de la racionalización de la economía, que impulsa la especialización económica del Derecho y la racionalización de la actividad del Estado; así como el ideario de Buchanan, para quien el economista siempre toma en consideración las elecciones del individuo, dada la condición del hombre como ser económico racional.

Distinguimos el viejo y el nuevo AED, ya en función de las materias que son objeto de estudio, ya en función del método de estudio utilizado y de la postura adoptada por los autores ante las diversas materias que conforman el Derecho. El paso del viejo al nuevo AED consiste principalmente en crear una unidad indisoluble entre lo jurídico y lo económico, para lo cual habrá que esperar hasta la década de los 60 del siglo XX. Entre los hitos más importantes en este recorrido, podemos destacar, entre otros: el punto de arranque (Becker, representante del viejo AED); el período de tránsito que nos conduce al nuevo AED (Coase, cuyo teorema y análisis abrirá el debate); y, por fin, el zénit mediante su desmembración en dos ramas, la normativa, liberal, menos radical, que justifica las decisiones jurídicas en función del mercado

⁷⁵ BALLESTEROS, J. *Sobre el sentido del Derecho: Introducción a la Filosofía jurídica*. Tecnos. Madrid, 1986.

⁷⁶ BUCHANAN, J. *La constitución de la política económica*. Papeles de Economía Española nº 30-31. 1987, pp. 303 y ss.

⁷⁷ BUCHANAN, J. *Essays on the political theory*. University of Hawaii Press. Honolulu. 1989, p. 71.

(encabezada por Calabresi) y la positiva, liberal y más radical, que parte de una concepción racional del ser humano y trata de optimizar su comportamiento mediante la maximización de provechos y la minimización de pérdidas (identificada con la figura de Posner).

IV. POSTULADOS PRINCIPALES DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO (AED)

Como hemos tenido ocasión de adelantar, cualquier intento de conocer, interpretar y valorar los hechos jurídicos precisa de una óptica económica. Una de las premisas fundamentales de las que parte el AED es el individualismo metodológico⁷⁸, en cuya virtud se da por sentado la racionalidad del comportamiento humano que, en su afán de alcanzar el máximo bienestar con el límite de los recursos escasos, soslaya la cuestión moral en detrimento del carácter instintivo de la justicia⁷⁹. Para su justificación, el AED esgrime el progreso social alcanzado en los últimos tiempos merced al individualismo egoísta y racional, que actúa como una mano invisible e incorpora dentro de la dinámica del propio mercado sus propias normas morales. En ese sentido, el Derecho, en la medida que recompensa o sanciona comportamientos, incide sobre la conducta humana⁸⁰.

El cuestionamiento que nos suscita este argumento es que la experiencia nos ha demostrado que el propio mercado no garantiza por sí solo el respeto y observancia de las normas morales, sino que en ocasiones las arrincona y termina por extirparlas. El individualismo metodológico viene de la mano del individualismo normativo⁸¹, que el AED defiende a partir de la consideración de los costes de transacción nulos⁸², tesis según la cual en la adquisición de bienes y servicios no solo es importante su precio, sino también los costos que surgen al realizar la transacción (búsqueda de información, negociación, supervisión y ejecución, adaptación).

Ante la necesidad de maximizar una riqueza escasa, el AED destaca también las nociones de elección y jerarquización de preferencias, ligadas con el concepto del coste de oportunidad o alternativo⁸³: para satisfacer un bien o servicio debemos prescindir necesariamente de la satisfacción de otros bienes o servicios.

⁷⁸ ROMERO PÉREZ, J.E. *Reflexión en torno al tema de Derecho y Economía. Su encuadre en la corriente institucional y neo-institucional*. Revista de Ciencias Jurídicas n° 122. Universidad Costa Rica. 2010, p. 158.

⁷⁹ AKERLOF, G.A.; SHILLER, R.J. *Animal Spirits: How Human Psychology Drives the Economy and Why It Matters for Global Capitalism*. Princeton University Press. Princeton, NJ., 2009, pp. 19 y ss.

⁸⁰ IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.W. *Op. Cit.* 2011, pp. 32-33; DOMENECH PASCUAL, G. *Op. Cit.* 2014, pp. 102-103.

⁸¹ TENA ARREGUI, R. *Instinto jurídico contra análisis económico (con comentario sobre las modificaciones estructurales)*. Ponencia VIII Seminario Harvard-Complutense. 2010, pp. 23 y ss.

⁸² COASE, R.H. *The Firm, the Market, and the Law*. University of Chicago Press. Chicago. 1988; *The Problem of Social Cost*. Journal of Law and Economics n°3. 1960, pp. 1 y ss.

⁸³ VON WIESER, F. *Social Economics*. George Allen & Unwin Ltd. London, 1927; LORENZETTI, R. *Análisis económico del derecho: valoración crítica. Hacia una teoría de la acción individual y colectiva en un contexto institucional*. Revista de Derecho privado y comunitario n° 21. Sección Doctrina. Editorial Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, pp. 72-74.

Podemos, pues, sintetizar el ideario del AED en los siguientes diez mandamientos:

1.- El Derecho no puede ser entendido desde una perspectiva exclusivamente jurídica; rebasa este ámbito y se proyecta sobre la sociedad⁸⁴, principalmente desde un enfoque económico, dado que los juristas y economistas, en contra de una opinión extendida⁸⁵, no pueden coexistir en dos mundos diferentes, ni utilizar lenguajes estancos.

2.- La economía presta sus métodos y teorías al Derecho⁸⁶ para regular los recursos escasos que hay que maximizar y optimizar en el ámbito del mercado⁸⁷. Con ello se produce el trasvase del razonamiento económico al jurídico⁸⁸, de tal manera que los problemas jurídicos deben ser planteados como si fueran problemas económicos.

3.- El AED cuenta con un carácter marcadamente expansivo⁸⁹, por omnicompreensivo, y, además, social, pues los costos de previsión dirigidos a disminuir los riesgos se incardinan dentro del coste total de los bienes y servicios. Distinguimos al respecto⁹⁰ los siguientes términos económicos: coste primario (reducción de costos mediante la prevención general o método de mercado y la prevención específica o método colectivo); coste secundario (costo social); y coste terciario (de administración tendente a reducir el coste primario y secundario).

4.- La eficiencia social articula la relación entre el Derecho y la economía en la toma de decisiones para asignar y distribuir los recursos limitados⁹¹. Si las normas jurídicas no son eficientes, resultan injustas, por no administrar debidamente los recursos escasos. El efecto expansivo de este razonamiento es tal que diluye la ideología y los fines perseguidos⁹², mediatizados en función de los resultados. Bien entendido este argumento nos puede conducir a invocar la racionalidad pragmática de las leyes⁹³ en el sentido que deben fomentar e implementar conductas ajustadas a lo prescrito legalmente y, por ende, deben ser eficaces.

5.- Preponderancia del factor económico como valor y modelo de comportamiento, hasta el punto de reconocer que no hay aspecto de la vida humana que pueda sustraerse al

⁸⁴ DOMENECH, PASCUAL, G. *Op. Cit.* 2014, p. 119.

⁸⁵ STIGLER, G. *Law or Economics?* Journal of Law and Economics XXXV. 1992, pp. 455-468.

⁸⁶ IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.W. *Op. Cit.* 2011, pp. 51, 52.

⁸⁷ KOROBKIN, R.B.; ULEN, T.S. *Law and Behaviorakl Science: Removing the Rationality Assumption from Law And Economics*. California Law Review nº 88. 2000, pp. 1060 y ss.

⁸⁸ IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.W. *Op. Cit.* 2011, pp. 46-48.

⁸⁹ DOMENECH PASCUAL, G. *Op. Cit.* 2014, pp. 130-132.

⁹⁰ Citando a Calabresi, SALVADOR CODERCH, P.; GOMEZ LIGÜERRE, C. *El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes*. Indret 1/2005, pp. 17-18.

⁹¹ CASALMIGLIA, A. *Justicia, eficiencia y optimización de la legislación*. Documentación Administrativa nº 218-219. 1989, pp. 113-151.

⁹² DOMENECH PASCUAL, G. *Op. Cit.* 2014, pp. 126-127.

⁹³ ATIENZA, M. *Op. Cit.* 1989, pp. 41-70, 385 y ss.

influjo del análisis económico⁹⁴. La elección para maximizar resultados debe hacerse racionalmente y el AED se presenta como instrumento racionalizador de las soluciones jurídicas⁹⁵.

6.- El Derecho constituye un instrumento de regulación del mercado⁹⁶ y debe garantizar su seguridad y libertad; cumplidos estos objetivos, sobra cualquier tipo de intervencionismo estatal. El AED no solo se presenta bajo una mera concepción metodológica de análisis, sino que en el ámbito de la toma de decisiones propugna y se atribuye como objetivo rectificar los desajustes y distorsiones del mercado.

7.- La disyuntiva entre eficiencia y equidad se salda a favor de la primera para el AED⁹⁷: ante una situación determinada, una acción será eficiente cuando incremente los provechos y aminore los costos, en tanto que será equitativa cuando haga disminuir la diferencia de los beneficios distribuidos entre los miembros de la comunidad considerada. En este sentido, el AED es un factor impulsor de la conducta legalmente óptima⁹⁸.

8.- La redistribución de la renta, como expresión de la equidad, incumbe al sistema tributario, enclavado en el ámbito del Derecho público, mientras que la búsqueda de la solución más eficaz en cada caso corresponde al ámbito del Derecho privado⁹⁹.

9.- Su defensa del *statu quo* es objeto de crítica, dada la prioridad concedida a maximizar la riqueza en detrimento de su distribución¹⁰⁰, a pesar del carácter neutro por antonomasia que reviste la economía¹⁰¹.

10.- Amplia proyección¹⁰², especialmente en la órbita del Derecho privado, tal como apuntamos en el siguiente apartado (derechos reales, obligaciones y contratos, consumidores y usuarios, seguros, derecho concursal, derecho de daños, derecho de familia, derecho de sucesiones), amén de otros aspectos más propios de la órbita del Derecho público (elección pública y economía de la regulación administrativa, derecho de la competencia), lo cual evidencia su gran utilidad.

⁹⁴ KAGEL, J.K.; BATTALIO, R.C.; GREEN, L. *Economic choice theory: An experimental analysis of animal behavior*. Cambridge University Press. Cambridge, 1995.

⁹⁵ IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.W. *Op. Cit.* 2011, pp. 152 y ss.

⁹⁶ IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.W. *Op. Cit.* 2011, p. 50.

⁹⁷ POSNER, R.A. *The Economics of Justice*. Harvard University Press. Cambridge. 1983, p. 2; COLEMAN, J. Efficiency, Auction and Exchange, en *Markets, Morals and the Law*. Cambridge University Press. 1988, p. 95.

⁹⁸ IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.W. *Op. Cit.* 2011, pp. 146 y ss.

⁹⁹ DOMENECH PASCUAL, G. *Op. Cit.* 2014, pp. 127-130.

¹⁰⁰ HORWITZ, M.J. *Law and economics: Science or Politics?* Hofstra Law Review nº 8. 1980, pp. 905-912.

¹⁰¹ CONGREGADO RODRÍGUEZ DE AGUILERA, E.; POMARES HERNÁNDEZ, J.I.; RAMA MATÍAS, E. *Análisis económico del derecho: una revisión selectiva de la literatura reciente*, en *Derecho y Conocimiento*. Volumen 1, 2000, p. 332.

¹⁰² IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.W. *Op. Cit.* 2011, pp. 170 y ss.

V. PRESENCIA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO (AED) EN EL DERECHO CIVIL ACTUAL

El AED ha logrado penetrar en todas las ramas jurídicas, incluido el Derecho civil, lo que permite conciliar el cariz individual y social del ser humano, así como encajar la eficacia *-utilitas-* y la justicia *-aequitas-*, en aras de la consecución del bien común.

El Derecho privado, desde una perspectiva exclusivamente jurídica, se ha centrado principalmente en la maximización de la riqueza, y no tanto en su redistribución, lo que plantea desequilibrios en la sociedad y fallas en el mercado. De ahí que esta perspectiva unilateral recomienda, por incompleta, una reconsideración dirigida a que todas las instituciones jurídicas que integran la “infraestructura del mercado” sean analizadas bajo una óptica económica.

Prueba de lo afirmado es la visión del Derecho civil que aquí se plantea, desde la perspectiva del AED, a través de las diversas áreas que lo conforman (derechos reales, obligaciones y contratos, derecho de daños, derecho de familia y derecho de sucesiones).

En sede de derechos reales, el AED se centra, principalmente, en las afecciones y externalidades del derecho de propiedad. En su virtud, surge el debate en torno a si estas encajan en el modelo de los derechos reales ya reconocidos por la legislación (teoría del *numerus clausus*), o bien estamos en presencia de derechos reales de nuevo cuño adaptados a una nueva realidad (teoría del *numerus apertus*), incluso derivados de la metamorfosis de los derechos reales tradicionales.

En materia de obligaciones y contratos, el AED nos ofrece un nuevo enfoque del Derecho contractual tradicional, tanto en lo que respecta a la teoría general, como en cuestiones particulares relacionadas con los vicios del consentimiento, el cumplimiento e incumplimiento contractual, los daños y la responsabilidad, los remedios contractuales, las garantías, los riesgos, o la interpretación del contrato.

En el Derecho de daños, el AED contempla diversas variables (accidentes unilaterales o bilaterales, responsabilidad objetiva o subjetiva, niveles de cuidado presentes, bienestar social óptimo, niveles de actividad). El objetivo social perseguido consiste en minimizar costes de prevención y perjuicios esperados (costes sociales totales). En este sentido, el nivel socialmente óptimo de cuidado incluirá los costes de prestación del cuidado, la reducción de los riesgos que tal cuidado ocasiona y la elección adecuada del nivel de actividad. Todo ello en aras de un ordenamiento jurídico más eficiente con el fin de reducir riesgos e incertidumbre, mediante mecanismos confiables de ejecución y cumplimiento.

En relación con el Derecho de familia, el AED concibe la familia como unidad de consumo y de producción, lo que permite asociar la economía con los resultados perseguidos a través de distintas políticas públicas, entre ellas: fomento de la natalidad; subsidio por razón de maternidad; estabilidad del matrimonio en aras del bienestar social; adopción internacional; compensación económica ante la asignación del trabajo en el seno de la familia.

Desde la perspectiva del AED, el Derecho de sucesiones nos aporta una serie de aspec-

tos dignos de consideración: el altruismo del causante y la disminución del consumo en la vida de una persona; la incertidumbre sobre la duración de la vida como aliciente para conservar la riqueza; la fiscalidad, como posible factor desincentivador del ahorro; las condiciones incluidas en el testamento y sus problemas interpretativos; la modificación del testamento ante determinadas contingencias que alteran los deseos del testador; o, por fin, los límites en la disposición de bienes mortis causa, pues la porción legítima podría constituir una externalidad de la herencia en caso de que el Estado debiera subsidiar el costo de las necesidades básicas de los hijos y cónyuge no beneficiados por la herencia, un argumento economicista que abonaría en favor de la conservación de la legítima de los descendientes y del viudo.

CONCLUSIÓN

1.- El Derecho no puede ser entendido desde una perspectiva exclusivamente jurídica, razón por la cual la economía presta sus métodos y teorías, lo que dota al AED de un componente expansivo, por el que la eficiencia social articula la relación entre el Derecho y la economía en la toma de decisiones para asignar y distribuir recursos limitados.

2.- En la medida en que el Derecho constituye un instrumento de regulación del mercado, el AED opta por la eficiencia como criterio prevalente; se presenta como factor impulsor de la conducta legalmente óptima; y se proyecta a diversos campos de la investigación en una prueba más que notoria de utilidad y vigencia.

3.- Ante la necesidad de maximizar la riqueza, entra en juego la elección y jerarquización de preferencias, en cuya ejecución se ha de contar con la idea del coste de oportunidad, es decir, tomar en consideración que satisfacer un bien o servicio implica renunciar necesariamente al disfrute y satisfacción de otros bienes o servicios.

4.- Entre los postulados del AED destacamos el individualismo metodológico, que parte de la racionalidad del comportamiento humano, soslayando cuestiones morales o de conciencia. El binomio sobre el que gravita el AED (eficiencia versus equidad) constituye una expresión de la economía y del Derecho, respectivamente. Ante la disquisición sobre cuál de los dos términos del binomio debe prevalecer, la noción de justicia social emerge como criterio orientativo, así como muro de contención ante los riesgos de posibles desviaciones cuando, por preponderar uno de los objetivos, el otro resulta menoscabado.

5.- El AED ha logrado penetrar en todas las ramas jurídicas, incluido el Derecho civil, lo que permite conciliar el cariz individual y social del ser humano, así como encajar las nociones de eficacia –*utilitas*- y justicia –*aequitas*- en aras de la consecución del bien común. Prueba de lo afirmado, la visión del Derecho civil que aquí se vislumbra desde la perspectiva del AED, en las diversas áreas que lo conforman (derechos reales, obligaciones y contratos, derecho de daños, derecho de familia y derecho de sucesiones).

BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN, B. *Law and economics in an activist state*. Working paper # 2. Center for Law and Economic studies. Columbia Law School. New York, 1983.

AKERLOF, G.A.; SHILLER, R.J. *Animal Spirits: How Human Psychology Drives the Economy and Why It Matters for Global Capitalism*. Princenton University Press. Princenton, NJ. 2009, pp. 19 y ss.

ATIENZA, M. *El sentido del derecho*. Ariel Derecho. Barcelona, 2012.

BALLESTEROS, J. *Sobre el sentido del Derecho: Introducción a la Filosofía jurídica*. Tecnos. Madrid, 1986.

BECKER, G. *The Economic Approach to Human Behavior*. University of Chicago Press. Chicago and London. 1978, pp. 3 y ss.

El enfoque económico del comportamiento humano. Información Comercial Española. 1980, pp. 11 y ss.

BERNAD MAINAR, R. *Derecho civil patrimonial. Obligaciones*. Tomo II. FCJP, UCV. Caracas, 2006.

BUCHANAN, J. *La constitución de la política económica*. Papeles de Economía Española nº 30-31. 1987, pp. 526 y ss.

Essays on the political theory. University of Hawaii Press. Honolulu, 1989.

CALSAMIGLIA, S. *Eficiencia y Derecho*. Doxa nº 4. 1987, pp. 267 y ss.

Justicia, eficiencia y Derecho. Revista del Centro de Estudios Constitucionales nº 1. 1988, pp. 305 y ss.

COASE, R.H. *The Problem of Social Cost*. Journal of Law and Economics nº3. 1960, pp. 1 y ss.

Economics and Contiguous Disciplines. 7, 2 J Leg. Stud. 1978, pp. 201-211.

El problema del coste social. Hacienda Pública Española nº 68. 1981, pp. 245-274.

The Firm, the Market, and the Law. University of Chicago Press. Chicago. 1988.

COLEMAN, J. L. *Efficiency, Auction and Exchange*, en Markets, Morals and the Law. Cambridge University Press. 1988, pp. 67-94.

CONGREGADO RODRÍGUEZ DE AGUILERA, E.; POMARES HERNÁNDEZ, J.I.; RAMA MATÍAS, E. *Análisis económico del derecho: una revisión selectiva de la literatura reciente*, en Derecho y Conocimiento Volumen 1. 2000, pp. 331 y ss., en [http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/1545/b1205757.pdf?sequence=\(consultado con fecha 20/03/2025\)](http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/1545/b1205757.pdf?sequence=(consultado con fecha 20/03/2025)).

DAVIS, O.A.; WHINSTON, A. *Welfare Economics and the Theory of Second Best*. Review of Economic Studies nº 32. 1965, pp. 1-14.

Piecemeal Policy in the Theory of Second Best. Review of Economic Studies nº 34. 1967, pp. 323-331.

DOMENECH PASCUAL, G. *Por qué y cómo hacer análisis económico del derecho*. Revista de Administración Pública nº 195. 2014, pp. 99 y ss.

GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J. *El análisis económico del derecho: algunas cuestiones sobre su justificación*. Doxa nº 15-16. 1994, pp. 937-940.

HICKS, J.R. *The valuation of Social Income*. Economica nº 7. 1940, pp.105-124.

HIERRO, L. *Justicia, igualdad y eficiencia*. Isonomía nº 9. Universidad Nacional del Litoral. Santa Fe. Argentina. 1998, pp. 130 y ss.

HIRSHLEIFER. *Price Theory and Applications*. Prentice Hall Englewood Cliffs. New Jersey, 1984.

HORWITZ, M.J. *Law and economics: Science or Politics?* Hofstra Law Review nº 8. 1980, pp. 905-912.

IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.W. *Análisis Económico del Derecho. Método, investigación y práctica jurídica*. Bosch. Barcelona, 2011.

KALDOR, N. *Welfare Propositions and Interpresonal Comparisons of Utility*. Economic Journal nº 49. 1939, pp. 549-552.

KAGEL, J.K.; BATTALIO, R.C.; GREEN, L. *Economic choice theory: An experimental analysis of animal behavior*. Cambridge University Press. Cambridge, 1995.

KAPLOW, L.; SHAVELL, S. *Fairnes versus Welfare*. Harvard University Press. Cambridge. 2002, pp. 28 y ss.

KOROBKIN, R.B.; ULEN, T.S. *Law and Behaviorakl Science: Removing the Rationality Assumption from Law And Economics*. California Law Review nº 88. 2000, pp. 1060 y ss.

LIPSEY, R.G.; LANCASTER, K. *The General Theory of Second Best*. Review of Economic Studies nº 24. 1957, pp. 11-32.

MERCURO, N., MEDEMA, S. *Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism and Beyond*. Princenton University Press. Princenton, 2006.

MICELI, T.J. *Legal Change: Selective Litigation, Judicial Bias, and Precedent*. Journal of Legal Studies nº 38. 2009, pp. 157 y ss.

MITCHELL POLINSKY, A. *Introducción al análisis económico del derecho*. Ariel S.A. Barcelona, 1985.

ORTÍ LAHOZ, A. *Reflexiones en torno a la evolución del ámbito y enfoque del análisis económico*. Discurso de apertura del Curso 1988-1989 en la Universidad de Valencia. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valencia. Valencia, 1989.

PASTOR, S. *Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del derecho*. Tecnos. Madrid, 1989.

PAZ-ARES, C. *La economía política como jurisprudencia racional (aproximación a la teoría económica del Derecho)*. ADC. 1987, pp. 600 y ss.

POSNER, R.A. *El análisis económico del derecho*. 2ª ed. Fondo de Cultura Económica. México, 2007.

Frontiers of Legal Theory. Cambridge. MA Harward. University Press, 2001.

The Economics of Justice. Harvard University Press. Cambridge, 1983.

Utilitarianism, Economics and Legal Theory. Journal of Legal Studies nº 8. 1979, pp. 103 y ss.

ROBINSON, J., en MACKAAY, E. *Economist of Information and Law*. Kluwer & Nijhoff Publ. Amsterdam, 1982.

ROMERO PÉREZ, J.E. *Reflexión en torno al tema de Derecho y Economía. Su encuadre en la corriente institucional y neoinstitucional*. Revista de Ciencias Jurídicas nº 122. Universidad de Costa Rica, 2010, pp. 131 y ss.

RUBIN, P.H. *Why is the Common Law Efficient?* Journ. of Leg. Stud. nº 6. 1977, pp. 51 y ss.

SALVADOR CODERCH, P.; GÓMEZ LIGÜERRE, C. *El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes*. Indret 1/2005, pp. 1-23.

SAMUELSON, C.A. *Foundations of Economic Analysis*. Atheneum. New York, 1967.

SCHUMPETER, J.A. *Historia del análisis económico*. Ariel. Barcelona, 1994.

SHAVELL, S. *Fundamentos del análisis económico del derecho*. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2016.

STIGLER, G.J. *Law or Economics?* Journal of Law and Economics XXXV, pp. 455-468, 1992.

TELES, S.M. *The Rise of the Conservative Legal Movement. The Battle for Control of the Law*. Princenton University Press. Princenton, 2008.

TENA ARREGUI, R. *Instinto jurídico contra análisis económico (con comentario sobre las modificaciones estructurales)*. Ponencia VIII Seminario Harvard-Complutense. 2010, pp. 23 y ss., en <http://eprints.ucm.es/11652/> (consultado con fecha 20/03/2025).

THALER, R. H. *Quasi Rational Economics*. Rougel Sage Foundation, 1991.

TORRES LÓPEZ, J. *Análisis económico del derecho. Panorama actual*. Tecnos. Madrid, 1987.

VON WIESER, F. *Social Economics*. George Allen & Unwin Ltd. London, 1927.

LA DIMENSIÓN INTERNACIONAL DE JOAQUÍN COSTA

Por el

Excmo. Sr. Dr. Antonio Blanc Altemir

Académico de Número

I. INTRODUCCIÓN

Joaquín Costa fue en muchos temas un auténtico innovador, un gran visionario, en definitiva, un adelantado a su tiempo que supo analizar con gran agudeza y profundidad muchas cuestiones, en particular aquellas que afectaban de forma directa a España.

Aunque una buena parte de su inagotable energía la canalizó al análisis de los problemas internos, aportando siempre soluciones imaginativas, es menos conocida su concepción de los temas internacionales, los cuales, por otra parte, tenían en su visión, una relación muy directa con los internos.

La preocupación de Costa por los temas internacionales apareció muy tempranamente como consecuencia de su paso por la Exposición Universal de París de 1867, donde viajó pensionado por la Diputación Provincial de Huesca. Esta experiencia le marcó profundamente al conocer directamente el centro de la cultura europea y al comprobar el atraso cultural y económico en que se encontraba España en relación con Europa. En 1868 y terminada su experiencia parisina y de vuelta a nuestro país, publicó “Ideas apuntadas en la Exposición Universal de 1867 para España y para Huesca”¹⁰³ que puede considerarse como un primer intento de Costa de contribuir a superar esa situación de retraso abogando “por nuestra reincorporación a la civilización europea”, que le obsesionará hasta su muerte¹⁰⁴. Sin duda este viaje causó un fuerte impacto en el joven Costa y puede afirmarse que sentó las bases para potenciar su interés por ampliar los horizontes del conocimiento, que su autodidactismo le permitiría desarrollar muy notablemente a partir de entonces.

¹⁰³ En dicha obra se vislumbra ya plenamente el estilo costiano: “Un deseo natural se pretende de todos preguntando qué debe hacer España para sacudirse ese sueño pesado que empaña nuestra historia”. JOAQUÍN COSTA: “Ideas apuntadas en la Exposición Universal de 1867 para España y para Huesca”, Imprenta de A. Arinzón, Huesca, 1868, p. 11.

¹⁰⁴ Esta idea que está presente en toda su obra, evolucionará hasta adoptar la fórmula de la “europeización”.

En este trabajo nos centraremos en dos de los temas que configuran la dimensión internacional inequívoca e indiscutible del pensamiento de Joaquín Costa. En primer lugar, su visión de la política colonial española, antes y después del desastre del 98. En segundo lugar, su propuesta de europeización de España como remedio a los males seculares que aquejaban a nuestro país en aquellos años.

II. LA POLÍTICA COLONIAL ESPAÑOLA EN EL PENSAMIENTO DE JOAQUÍN COSTA

1. El “africanismo” de Costa

Tras sus intentos fallidos, por razones extracientíficas, de conseguir una cátedra universitaria, Costa se recluye en la Institución Libre de Enseñanza como profesor de Historia de España y Derecho administrativo, y como asiduo colaborador y posteriormente director, del Boletín de dicha Institución, en el que comienza a mostrar su incipiente africanismo en una serie de artículos, principalmente de contenido histórico. Su colaboración con la Institución hasta 1883 le servirá para conectar con la Sociedad Abolicionista y posteriormente con la Sociedad Geográfica, en la que desarrollará su visión africanista.

En 1880, el gobierno de Cánovas del Castillo convocó en Madrid una Conferencia sobre Marruecos con el objetivo de frenar la intromisión de las potencias europeas en dicho territorio. La Conferencia terminó con un relativo fracaso para España al sentarse el principio de que los asuntos marroquíes eran de interés internacional, con lo que nuestro país quedaba parcialmente a expensas de la postura británica y, en particular, francesa. Sin embargo, conviene destacar que Costa no vio con malos ojos esta tutela francesa de los intereses españoles en Marruecos con el objetivo de que España formase causa común con Francia en las cuestiones más vitales del Mediterráneo y de Canarias. En este sentido, en su obra *Reconstitución y europeización de España* (Mensaje y programa de la Cámara Agrícola del Alto Aragón) afirma en el apartado dedicado a política exterior:

“... Y he ahí porque España a quien la grandeza y la eternidad de Francia y del genio francés convendrían tanto como a Francia misma, está en el caso de llorar la forzada renuncia de esta nación a Egipto, y lejos de mirar con hostil celo sus avances en Marruecos, estimularlos, y si pudiese, favorecerlos”¹⁰⁵. No obstante, conviene señalar que Costa no siempre había pensado del mismo modo respecto a la postura francesa y española en Marruecos. Si a principios de la década de los 80, Costa defendía las actividades colonizadoras en África y la transformación de España en una potencia marítima¹⁰⁶, posteriormente, en la época en

¹⁰⁵ JOAQUÍN COSTA: *Reconstitución y europeización de España. Programa para un partido nacional*. Imprenta de San Francisco de Sales, Madrid, 1900. Reproducido en la edición dirigida por MARTÍN-RETORTILLO, S.: *Reconstitución y europeización de España y otros escritos*. Madrid, 1981, p. 34.

¹⁰⁶ Cfr. MARCHÁN GUSTEMS, J.: “Costa, los congresos africanistas y la colonización agrícola en Marruecos”, en MARTÍNEZ-ANTONIO, F.J.; GONZÁLEZ, I.: (Coords.): *Regenerar España y Marruecos. Ciencia y educación en las relaciones hispano-marroquíes a finales del siglo XIX*, 2011, pp. 476 y ss..

que Costa escribía en la Revista de Geografía Comercial, sus consignas eran: "Marruecos y España deben conservar su mutua independencia, renunciando, en absoluto a conquistarse una a otra...debemos garantizar a Marruecos contra todo intento de anexión, protectorado o desmembramiento"¹⁰⁷.

En definitiva, Costa consideraba conveniente a los intereses y a la seguridad de España la no desintegración del imperio marroquí, pues ello, en su opinión, favorecería a Francia y Alemania, y supondría una amenaza contra nuestra propia seguridad. Tras el desastre del 98, Costa abandonaría estas ideas, como veremos más adelante.

Sin duda, Costa fue un africanista convencido¹⁰⁸ y reclamó siempre, aunque inútilmente, una auténtica política africanista que no se limitará exclusivamente al "juego militar"¹⁰⁹. A dicha causa dedicó numerosos trabajos, artículos, conferencias y discursos¹¹⁰, así como una incansable actividad como organizador del Congreso Español de Geografía Colonial y Mercantil, celebrado en Madrid del 4 al 12 de noviembre de 1883, participando, además, como vocal en la Sociedad de Africanistas y Colonistas desde donde llegó a organizar expediciones al continente africano¹¹¹. Su africanismo queda patente en estos párrafos pronunciados en la conferencia inaugural de dicho Congreso:

"Descubierto a mediados de siglo ese Nuevo Mundo que se llama África Austral, la Europa se ha precipitado sobre él con más ardor, si cabe, que España en el siglo XVI sobre el continente americano; diríase poseídas de un vértigo las naciones europeas: en nombre de la civilización y de la ciencia se han dado cita todas en ese mundo misterioso... Sólo España ha faltado, no obstante hallarse pared por medio de África y ser ésta la tierra predilecta de nuestro pueblo, que ha significado sus simpatías por ella lo mismo en 1841, obligando al Gobierno a retirar de las Cortes el proyecto de venta de Fernando Poo a Inglaterra, que en 1860 acompañando a nuestro ejército a Marruecos y colonizando en Tetuán y Tánger... El problema de África es el problema por excelencia de nuestro siglo: trabajar en él es contribuir a la propagación y el afianzamiento de la civilización europea, es contribuir a la formación de la historia contemporánea"¹¹².

¹⁰⁷ Sobre la participación de Costa en la Revista de Geografía Comercial, que dirigió durante dos años, *vid.* SANZ GARCÍA, J.M.: "Costa, un geógrafo capaz y comprometido. El primer ecologista". *Anales de la Fundación Joaquín Costa*, N° 2, 1985, pp.. 70 y s.s.

¹⁰⁸ Sobre el africanismo de Costa, *vid.* FERNÁNDEZ, E.: *Joaquín Costa y el africanismo español*, Zaragoza, 1977.

¹⁰⁹ VILAR, P.: *Historia de España*. Crítica, Barcelona, 1979, p. 103.

¹¹⁰ Según G.J.G. Cheyne, Costa publicó 77 artículos sobre este tema. Para una descripción de las referencias sobre los mismos, *vid.* CHEYNE, G.J.G.: *Estudio bibliográfico de la obra de Joaquín Costa (1846-1911)*, (traducida del inglés por Asumpció Vidal de Cheyne). Guara, Zaragoza, 1981, pp.142-147.

¹¹¹ A las que, no obstante, no pudo participar por su delicado estado de salud. Sobre la participación de Costa en el Congreso Español de Geografía Colonial y Mercantil y en la Sociedad de Africanistas, *vid.* SANZ GARCÍA, J.M.: "Costa, un geógrafo capaz y comprometido...", *op. cit.*, pp. 55-80

¹¹² JOAQUÍN COSTA: "Porvenir de la raza española". Conferencia inaugural del Congreso Español de Geografía Colonial y Mercantil pronunciada el día 4 de noviembre de 1883. Reproducida en *Reconstitución y europeización de España y otros escritos*, *op. cit.*, pp. 43 y 44.

Desde esta perspectiva Costa propone un “hermanamiento” entre España y Marruecos así como trabajar en la restauración de la personalidad marroquí, tantas veces violada por los europeos¹¹³, criticando la dejadez colonizadora española frente a la actitud francesa, que utiliza las armas, y sobre todo inglesa, que utiliza el comercio, “mientras nosotros nos contentamos con hablar mucho, en estilo altisonante, del testamento de Isabel la Católica y de Cisneros, de la misión providencial que nuestra raza tiene que cumplir en Marruecos, de los derechos que la tradición y la historia han conferido a nuestro pueblo, de las glorias adquiridas y de la sangre derramada por nuestros abuelos en las pérfidas costas africanas... y así, disipándose por la boca toda la virtualidad de nuestro espíritu, dejamos que los demás, sin haber tenido que abrir ningún testamento, ni contar con glorias ni tradiciones, ni tener destino providencial alguno, ni haber derramado sangre... vayan plantando su bandera en estos territorios que nos parece que han de venir a nosotros como llovidos del cielo”¹¹⁴.

La expansión colonial de Europa en el continente africano provocó rivalidades entre las potencias. Para evitar o disminuir los incidentes en África se convocó una conferencia internacional en Berlín, desarrollada entre el 15 de noviembre de 1884 y el 26 de febrero de 1885, que planteó el principio de la ocupación efectiva de los territorios, estableció la igualdad económica en la cuenca del Congo y proclamó la libertad de navegación en los ríos Congo y Níger. Las Potencias europeas firmaron igualmente varios tratados de repartición de zonas de influencia.

La política colonial fue adquiriendo, a pesar de las rivalidades, formas más humanas ya que dichas potencias proscribieron la esclavitud en los territorios conquistados y reprimieron la trata de negros. Esta práctica, que ya fue condenada en el Congreso de Viena de 1815, al que siguieron varios tratados (como el de Londres de 1841), fue objeto de la Conferencia antiesclavista de Bruselas de 1889/1890 que culminó con la adopción del Acta del mismo nombre, firmada por diecisiete Estados -principalmente las grandes potencias colonizadoras de África- que disponía la abolición de la esclavitud, la penalización de su comercio y la vigilancia de su aplicación. Joaquín Costa estuvo también sensibilizado por el tema de la esclavitud. En este sentido cabe señalar que fue miembro destacado de la Sociedad Abolicionista (de la que también fueron miembros Emilio Castelar y Concepción Arenal, entre otros) en cuya causa participó escribiendo en la revista *El abolicionista* y en la *Revista de Geografía Comercial*, así como pronunciando numerosos discursos antiesclavistas¹¹⁵.

Una posición central en la concepción costiana del africanismo la ocupa la cuestión del comercio. En efecto Costa critica la pasividad de los Gobiernos de su época en la cuestión africana, pero también la de los comerciantes españoles en dicho continente que, en su opinión,

¹¹³ Cfr. PEDRAZ MARCOS, A.: “El pensamiento africanista hasta 1883. Cánovas, Donoso y Costa”. *Anales de la Fundación Joaquín Costa*, N° 11, 1994, p. 39.

¹¹⁴ JOAQUÍN COSTA: *El comercio español y la cuestión de África*. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1882, p. 296.

¹¹⁵ Como el discurso antiesclavista pronunciado en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas el día 3 de febrero de 1901. Imprenta S. Francisco de Sales, 1901, pp. 7 a 16. Sobre otros escritos y discursos de Costa sobre el tema de la abolición de la esclavitud, *vid.* CHEYNE, G.J.G.: *Estudio bibliográfico...*, *op. cit.*, pp. 167 y s.s.

deberían actuar como agentes civilizadores llegando a suplir las carencias de nuestra diplomacia: “Nuestra política en Marruecos es la más funesta y desastrosa de las políticas: consiste en no tener ninguna. En eso caminan a la par nuestros diplomáticos y nuestros comerciantes: los primeros abandonan el imperio marroquí a los ardides y a las habilidades de la diplomacia británica; los segundos abandonan el comercio marroquí a la activa gestión de los mercaderes ingleses. Entre unos y otros han desmoronado el edificio tan trabajosamente levantado por la bayoneta de nuestros soldados”¹¹⁶, concluyendo en este sentido que “el comercio exterior es hoy el termómetro de la riqueza...”¹¹⁷.

Costa se lamentaba que tras la victoria española sobre el imperio marroquí (sultanato de Marruecos) en la guerra iniciada en 1859, que terminó con el tratado de Wad-Ras firmado el 26 de abril de 1860¹¹⁸, España no hubiera sabido mantener su influencia en el territorio marroquí en las décadas posteriores, para lo cual se requerían una diplomacia más eficaz y un comercio más activo. En su opinión, el comercio exterior marroquí estaba copado en un 60% por los ingleses, un 25% por los franceses y el 15% restante se repartía entre Portugal, España y Bélgica:

“Fijaos bien señores, Portugal va delante de España: la cifra correspondiente a España se reduce a un 4 por 100, y todavía la mayor parte de ella se va en exportación, que es muy superior a la importación. Lo cual quiere decir que los industriales españoles no se han abierto mercado todavía en Marruecos, según se lo aconsejaba su propio interés y la conveniencia de la patria. Los detalles son para desalentar a cualquiera. En Casablanca hemos importado los españoles en 1877 azúcar por valor de 12.000 reales; los franceses por 12.000.000; Francia e Inglaterra han importado productos por más de 120 millones de reales cada una: España por menos de cuatro... De 1875 á 1878 han entrado en Casablanca 478 buques de Inglaterra, 316 de Francia, 57 de Portugal, 25 de España...” Y concluye. “Y es esto tanto más digno de condenarse, cuanto que no hay comerciantes en el globo que se hallaran en condiciones tan favorables como los españoles de apoderarse del comercio del Mogreb. Se habla de distancia? El comercio con aquella región puede decirse comercio de cabotaje, puesto que sus costas se hallan a la vista de las nuestras, y desde Sevilla o desde Málaga se llega antes al Riff, a Tánger o a Mogador que a Santander o a Barcelona”¹¹⁹.

2. El incidente hispano-alemán de la Micronesia

La expansión colonialista alemana, consecuencia de su gran desarrollo económico y tecnológico del último tercio del siglo XIX, hizo que ocupara una parte del archipiélago de

¹¹⁶ JOAQUÍN COSTA: *El comercio español y la cuestión de África*, op. cit., p. 304.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 310

¹¹⁸ Por el que España afianzaba su soberanía en diversos territorios (Ceuta, Melilla, Islas Chafarinas, y un pequeño territorio en el Atlántico, que posteriormente sería Sidi Ifni). Marruecos se comprometía igualmente a indemnizar a España con cuatrocientos millones de reales, y Tetuán quedaría bajo la administración temporal española hasta que el sultanato pagase las deudas a España. Sin embargo, las presiones británicas para mantener su posición en el estrecho de Gibraltar obligaron a España a evacuar Tetuán dos años después.

¹¹⁹ JOAQUÍN COSTA: *El comercio español y la cuestión de África*, op. cit., pp. 306 y 307.

las Carolinas¹²⁰, situado en la Micronesia, y sobre el que España tenía derechos de soberanía, aunque no poseía asentamientos permanentes que permitiesen calificarla de soberanía efectiva, lo que condujo a Bismarck, en 1885, a invocar las resoluciones de la recientemente celebrada Conferencia de Berlín. Alemania había establecido desde hacía mucho tiempo factorías diversas en las islas Carolinas y Palaos, y numerosos ciudadanos alemanes habían adquirido terrenos en virtud de compraventa a los indígenas que habitaban en las mismas. Basándose en ello y en la falta de efectividad de la soberanía española, Alemania envió una nota el 11 de agosto de 1885 al Gobierno español en la que notificaba que tales archipiélagos a los que consideraba “territorio sin dueño” serían puestos bajo protectorado alemán y que los buques de la Marina imperial alemana habían recibido la orden de enarbolar el pabellón alemán en dichas islas en señal inequívoca de toma de posesión sobre las mismas. Al día siguiente, 12 de agosto, el Gobierno español emitió una nota de protesta ante el Gobierno alemán, en la que reconocía que si bien había habido con anterioridad discusiones con Alemania y Gran Bretaña sobre determinados territorios, ello no menoscababa la soberanía española ejercida desde hacía siglos, sino que la corroboraba y la sancionaba, reclamando nuestros firmes y legítimos derechos sobre dichos archipiélagos rechazando la afirmación alemana de que se trataba de “territorios sin dueño”¹²¹.

España, que ya tenía conocimiento de las pretensiones alemanas¹²², ordenó que los vapores de guerra “San Quintín” y “Manila”, zarparan de la capital filipina con rumbo a los archipiélagos el día 10 de agosto, “llevando a bordo al gobernador nombrado, personal administrativo, militar y religioso, materiales, herramientas, semillas, ganado, etc...”, con el fin de establecer un sub-gobierno en la isla de Yap (a la que Alemania había enviado igualmente el cañonero “Iltis”), perteneciente al archipiélago de las Carolinas, y ante la presión popular que se vivía en las ciudades españolas por tales hechos, tan sólo cuatro días más tarde ordenó al Capitán general de Filipinas que sin pérdida de tiempo zarpara el crucero “Velasco”, para unirse al “Manila” y “San Quintín”. Estos hechos, que podrían haber desembocado en un conflicto armado con Alemania, tuvieron un eco considerable tanto a nivel interno español,

¹²⁰ Previamente Alemania había enviado una nota diplomática al Gobierno español, con fecha 11 de agosto de 1885, notificando su intención de colocar bajo el protectorado del Imperio alemán las islas Carolinas y Palaos, ambas bajo soberanía española y situadas en la Micronesia.

¹²¹ A esta nota de protesta del Gobierno español siguió una contestación de Alemania de 31 de agosto del mismo año de 1885, en la que justificaba su declaración de protectorado en el hecho de que numerosos comerciantes alemanes se habían establecido desde hacía años en dichas islas llevando a cabo infraestructuras y comunicando dichas islas con el mundo exterior. Ello les había llevado a solicitar protección al Gobierno alemán, lo cual demostraba según Alemania que España no ejercía una soberanía efectiva sobre dichos territorios. En la nota de contestación, Alemania aducía además que España no había demostrado tener derechos de soberanía sobre dichos archipiélagos ni posesión efectiva de los mismos, conforme a lo estipulado en la Conferencia de Berlín, por lo que consideraba dichas islas como independientes o no pertenecientes a dueño alguno. Cfr. JOAQUÍN COSTA: *El conflicto hispano-alemán sobre la Micronesia*. Biblioteca de la Sociedad Española de Africanistas y Colonistas. Vol. III. Imprenta de Fontanet, Madrid, 1886, pp. 47-51.

¹²² En efecto, como afirma Costa, cinco días antes de recibirse la nota, el 6 de Agosto, el ministro plenipotenciario de Alemania había anunciado verbalmente al ministro de Estado español el envío de una nota (que, como se ha comentado, se recibió en dicho departamento el día 11), manifestando que el Emperador alemán había autorizado “que las islas Palaos y las Carolinas fuesen puestas bajo el protectorado del Imperio, salvo derechos bien fundados de tercero, y que los buques de la marina imperial habían recibido la orden de arbolar el pabellón alemán en dichos archipiélagos, en señal de toma de posesión”. *Ibid.*, Capítulo I: “Los sucesos en España”, pp. 1 y 2.

con numerosas y muy nutridas manifestaciones en todo el país, anulaciones de pedidos de productos alemanes, ofrecimiento de voluntarios..., como europeo, reflejándose de forma muy notable en toda la prensa europea, que apoyó mayoritariamente la postura española¹²³.

En la nota diplomática emitida el 31 de agosto de 1885, Alemania manifestaba su disposición a someter el conflicto al arbitraje de una potencia admitida por ambas partes, actitud que fue apoyada calurosamente por el Reino Unido desde el convencimiento de que era el único medio de impedir que la controversia derivara en un conflicto armado entre Alemania y España. El Gobierno español, presionado por la opinión pública interna, dejó entrever que no aceptaría en ningún caso un arbitraje, y que si no se producía la sumisión incondicional de Alemania con las preceptivas excusas, se iría a la guerra. A partir de ese momento, se propusieron varias vías para lograr una solución pacífica del conflicto: desde el ofrecimiento de Francia como árbitro, a la celebración de una Conferencia internacional para resolver las cuestiones territoriales del Pacífico -a imagen y semejanza de la recién celebrada Conferencia de Berlín- o la propuesta realizada por la propia Alemania consistente en el arbitraje del Papa León XIII, todas ellas rechazadas por España, que se había manifestado desde el principio contraria al arbitraje. Finalmente, nuestro país aceptó que en lugar del arbitraje se llevase a cabo una mediación por parte del Sumo Pontífice.

El 22 de octubre de 1885, el Vaticano emitió una nota, a través de su Secretario de Estado, en la que concretaba la propuesta del mediador, el Papa León XIII. En ella se comenzaba afirmando que “El descubrimiento hecho por España en el siglo XVI, de las islas que forman parte del archipiélago de las Carolinas y Palaos, y una serie de actos llevados a cabo en diversas épocas en esas mismas islas por el Gobierno español en beneficio de los indígenas, han creado en la convicción de dicho Gobierno y de su Nación un título de soberanía, fundado en las máximas del derecho internacional invocadas y seguidas en esta época en el caso de conflictos análogos”.

En base a tales consideraciones, proponía que se adoptasen las siguientes medidas para la solución del conflicto:

“Punto 1º. Se afirma la soberanía de España sobre las islas Carolinas y Palaos.

2º. El Gobierno español, para hacer efectiva esta soberanía, se obliga a establecer lo más pronto posible en dicho archipiélago una Administración regular con una fuerza suficiente para garantizar el orden y los derechos adquiridos.

3º. España ofrece a Alemania plena y entera libertad de comercio, de navegación y de pesca en esas mismas islas, como asimismo el derecho de establecer en ellas una estación naval y un depósito de carbón.

4º. Se asegura igualmente a Alemania la libertad de hacer plantaciones en esas islas y de fundar en ellas establecimientos agrícolas, del mismo modo que los súbditos españoles¹²⁴.

¹²³ *Ibid.*, pp. 3-19.

¹²⁴ *Ibid.* Capítulo VIII: “Mediación y Protocolos”, p. 123 a 125.

La propuesta fue aceptada por Alemania y España, lo que propició la firma de un Protocolo entre ambas Partes, en Roma, el 17 de diciembre de 1885, cuyo artículo primero establecía:

“El Gobierno alemán reconoce la prioridad de la ocupación española de las islas denominadas Carolinas y Palaos y la soberanía de S.M.C. que de ella resulta, y cuyos límites están indicados en el artículo II”.

Dichos límites estaban formados por “el Ecuador y por el grado 11° de latitud Norte, y por el 133° y el 164° de longitud Este (Greenwich)”¹²⁵.

El conflicto hispano-alemán sobre la Micronesia terminó por lo tanto, con la mediación del Papa León XIII, lo que permitió una salida airoso a España al reconocer los derechos preferentes de nuestro país sobre las Carolinas y Palaos¹²⁶, hasta su venta a Alemania trece años después.

Sin embargo, no sólo el imperio alemán tenía intereses en estos territorios, ya que también los tenía el imperio británico. Mediante el Protocolo de Madrid, de 7 de marzo de 1885, firmado entre España, Alemania y Reino Unido, se consolidaba la influencia española en Filipinas, estableciendo el límite de la presencia española en la región, reconociendo la soberanía española sobre el archipiélago de Joló, y renunciando, en favor del Reino Unido, a cualquier reclamación sobre el norte de Borneo y de las islas vecinas de Balambangan, Banguey y Manali, así como a todos los territorios comprendidos en una zona de tres leguas marítimas a lo largo de la costa.

Una vez que se supo oficialmente la aceptación de la mediación en el conflicto hispano-alemán, el Gobierno británico notificó al español que Gran Bretaña deseaba participar de todas las ventajas que dicha mediación otorgara a Alemania en el Protocolo que ésta firmara en el futuro con España sobre las Carolinas y Palaos. Tras un intercambio de despachos entre ambos Gobiernos, finalmente se firmó en Madrid, el 8 de enero de 1886, un Protocolo por el cual “el Gobierno de S.M. Británica reconocerá la soberanía de España sobre las Carolinas y Palaos, hasta el punto que esta soberanía haya sido o pueda ser en adelante reconocida por el Gobierno alemán. Queda convenido que todos los privilegios, ventajas, favores e inmunidades que se hayan concedido o que en adelante se concedan en las antedichas islas por el Gobierno español al Gobierno o súbditos del imperio alemán, serán inmediata e incondicionalmente concedidos al Gobierno o a los súbditos de la Gran Bretaña”¹²⁷.

¹²⁵ *Ibid.* p. 125.

¹²⁶ Aunque se asignaba de hecho a Alemania las islas Marshall (denominadas Los Pintados por los primeros exploradores españoles que las descubrieron en 1526), así como estaciones comerciales en las islas Jaluit y Ebón para llevar a cabo el floreciente comercio de coco.

¹²⁷ JOAQUÍN COSTA: *El conflicto hispano-alemán sobre la Micronesia*, *op. cit.*, p.130. Mediante un intercambio de despachos posterior a la firma del Protocolo, el Gobierno británico renunció al establecimiento de una estación naval, que sí había sido incluida en el Protocolo con Alemania.

Costa no fue ajeno a este incidente analizándolo en su obra “El conflicto hispano-alemán sobre la Micronesia”¹²⁸ en el que defendió con apasionado ahínco los intereses españoles. En dicha obra Costa establecía un paralelismo entre ambas crisis protagonizadas por España con Alemania y Reino Unido en relación con nuestras posesiones en la Micronesia: “...España fue tratada con un criterio que nada discrepaba del observado antes más que en apariencia. Bismarck había venido en apropiarse las Carolinas en las mismas condiciones en que Inglaterra había ocupado nuestros dominios en Borneo: llevando por delante la dejación implícita del único que había figurado algún tiempo como dueño, la nación española; sin más contradicción, a lo sumo, que la mecánica, fría y rutinaria de un ministro poco convencido, ni más coste que la tinta para notas y despachos”¹²⁹.

El valor estratégico de estos territorios para España fue señalado por Joaquín Costa al criticar que el Gobierno español debió reservarse “el derecho de establecer en ellos depósitos de carbón y estación naval, para hacer uso de él en día no lejano en que la navegación entre las Antillas y Filipinas, por el canal de Panamá, requiera una línea de puntos seguros de recalada... Esto no mengua en nada, y antes bien, acrecienta el valor que para nosotros tienen las Carolinas centrales y las occidentales o Palaos. Haber salvado estos importantes Archipiélagos, equivale a haberlos conquistado”¹³⁰.

Sin embargo, unos años más tarde y tras el desastre de 1898, Costa constatando que la defensa de las colonias muy alejadas de la metrópoli era poco viable para España, se referiría a estos archipiélagos en un tono menos apasionado y con el realismo político que le caracterizaba, proponía su venta y la inversión en infraestructuras internas:

“Ceder la soberanía sobre todas estas islas (Filipinas, Carolinas y Marianas) por precio, o en otro caso arrendarla, e ingresar el producto en una Caja especial para obras públicas, canales, caminos, puertos, escuelas, baños e higiene pública. Si la diplomacia impidiese lo uno y lo otro, permutar dicha soberanía por tierras menos apartadas de la Península, tales como las argelinas, y si tampoco esto lo sufren las potencias, a cuyos vetos nos es fuerza someternos, abandonar para siempre los Archipiélagos”¹³¹.

¹²⁸ JOAQUÍN COSTA: *El conflicto hispano-alemán sobre la Micronesia*, op. cit.. El libro se inicia con una Introducción en la que Costa contextualiza el conflicto con su habitual estilo erudito y lleno de referencias históricas. Le siguen un total de nueve capítulos dedicados a “Los sucesos en España”, en el que analiza las reacciones populares que siguieron a la notificación reivindicativa de Alemania y el eco en la prensa; “En la Sociedad de Geografía Comercial”, en el que reproduce los debates promovidos en dicha Sociedad sobre este tema; “Primeras notas diplomáticas”, en el que se incorpora la Protesta del Gobierno español, de 12 de agosto de 1885, y la Contestación de Alemania, de 31 de agosto del mismo año; “Hechos, juicios, títulos de derecho”; “Argumentos contra España”; “Nuevas notas diplomáticas” de los Gobiernos de España y Alemania; “Los sucesos en las Carolinas”; “Mediación y Protocolos”, y finalmente “Datos sobre factorías, misiones, población, extensión, producciones, etc.”.

¹²⁹ *Ibid.* p. XXIII

¹³⁰ *Ibid.*, p. XXXI

¹³¹ JOAQUÍN COSTA: *Reconstitución y europeización de España...*, op. cit., reproducido en la edición dirigida por MARTÍN-RETORTILLO, S.: *Reconstitución y europeización de España y otros escritos*, op. cit., p. 34.

Y efectivamente, tras la guerra hispano-norteamericana de 1898 y el subsiguiente Tratado de París por el que España cedía a los Estados Unidos las Filipinas y la isla de Guam, y dado que el centro administrativo de los archipiélagos se hallaba en Manila y que había perdido dos escuadras enteras en dicho conflicto, la defensa de los archipiélagos era una tarea imposible para España, por lo que cedió a la presión de Alemania que había manifestado repetidamente su interés por comprar los archipiélagos. Finalmente, el 12 de febrero de 1899, España y Alemania llegaron a un acuerdo sobre la venta de las islas Carolinas, las islas Marianas del Norte y las islas Palaos por un precio de 25 millones de pesetas, precio que fue aceptado por Alemania sin solicitar una rebaja del mismo, dado el interés simultáneo del imperio japonés sobre dichos archipiélagos¹³². La venta significó el abandono definitivo por parte de España de las llamadas “Indias Orientales”.

3. La política colonial de España y el desastre de 1898

La desastrosa política colonial llevada a cabo por los gobiernos tanto conservadores como liberales, que actuaron en este tema de común acuerdo, venía siendo denunciada por Costa desde hacía años como hemos visto anteriormente. En efecto, aunque ya se había manifestado con contundencia con anterioridad, Costa introduce este tema en su programa político con el que se presentó a las elecciones de 1896¹³³, refiriéndose al estallido independentista de Cuba del año anterior:

“Justicia a Puerto Rico y Cuba en todos los órdenes, político, económico y administrativo, poniendo término breve, a cualquier precio que no sea el del honor, a una guerra que amenaza durar muchos años y que representa para España una sangría suelta por donde se le escapa la poca vida que le queda”¹³⁴.

Costa se manifestaba por lo tanto partidario de un reformismo colonial, e influenciado por sus ideas krausistas, proponía un cierto autonomismo favorecedor del desarrollo de las colonias, y en cualquier caso a buscar fórmulas reformistas que pacificaran la situación, sin las cuales en su opinión no tenía sentido empeñarse en una defensa numantina de dichos territorios¹³⁵:

“... aún no planteadas las reformas de 1895, si la nación, que no supo ser justa con sus colonias, lo hubiese sido, siquiera consigo propia, la guerra no hubiera entrado en el segundo mes: ...el Gobierno no se hubiera atrevido a proclamar como norma de su política “la gue-

¹³² El tratado, tras ser aprobado por el Parlamento español y el Reichstag alemán fue firmado por el canciller alemán, príncipe de Hohenlohe-Schillingsfürst, y por el primer ministro español Francisco Silvela, siendo posteriormente ratificado por la reina regente María Cristina, dado que el rey Alfonso XIII era todavía menor de edad.

¹³³ Elecciones en las que sería derrotado, como también lo fueron otras figuras del momento como Pi y Margall o Pablo Iglesias. Como afirma Carlos Serrano: “De este modo, los únicos hombres políticos que habían alzado la voz contra esa patente injusticia del reclutamiento militar y contra la prolongación de una guerra arruinadora y sangrienta, quedaron fuera del Parlamento...” SERRANO, C.: “Joaquín Costa y la cuestión cubana”, en *El legado de Costa*, Ministerio de Cultura, Zaragoza, 1984, p. 208.

¹³⁴ JOAQUÍN COSTA: “La fórmula de la agricultura española”, Tomo I, Madrid, 1911, p. 412.

¹³⁵ Cfr. MATEOS, O.I.: “Joaquín Costa y el 98: Análisis crítico de la obra “Reconstitución y europeización de España” y su incidencia en el proceso de modernización español”. *Anales de la Fundación Joaquín Costa*, Nº 14, 1997, p. 55.

rra con la guerra”, “hasta la última gota de nuestra sangre y hasta el último duro de nuestra gaveta” las clases directoras habrían tasado la sangre de sus hijos en más que el supuesto honor de la bandera; se habría dado a los cubanos el primer día lo que se les ha brindado a última hora sobre una pira de cuarenta mil cadáveres y la guerra habría terminado al día siguiente de estallar...”¹³⁶.

La guerra colonial, que ya llevaba manifestándose intermitentemente desde hacía años, tomó un cariz especialmente grave en 1895 con el llamado “Grito de Baire”, insurrección que se extendería rápidamente al resto de Cuba y posteriormente también a las Filipinas. La concesión a última instancia de una autonomía por el Gobierno de Sagasta, después de que el último Gobierno de Cánovas usara la represión sin contemplaciones, no sirvió de nada a los cubanos que contaban con la ayuda norteamericana. Después del incidente del Maine y con la entrada en escena de los Estados Unidos, la guerra estaba perdida y con ella los restos del imperio colonial español de ultramar. Montero Ríos firmó en París, en favor de Estados Unidos, la renuncia a Cuba, Puerto Rico, Filipinas y Guam sin ningún tipo de concesiones¹³⁷, el día 10 de diciembre del año del desastre: 1898.

Nos encontramos, por lo tanto, ante lo que constituye un capítulo muy señalado de nuestra historia, pero que en absoluto puede concebirse como algo aislado sino como el final forzoso de un proceso de progresiva decadencia. Esta fecha, que tiene reminiscencias dramáticas en nuestro pasado reciente, supone también el punto de partida del despertar espiritual de España que, por otra parte, tenía ya echadas sus raíces en fechas anteriores. La figura de Costa se asienta de una forma nítida en ambos parámetros:

En el primero porque su reacción frente a la debacle va a ser contundente. En la conferencia que pronunció en el Círculo de la Unión Mercantil e Industrial de Madrid el 3 de enero de 1900¹³⁸, Costa lanza esta visión pesimista de lo que fue para España el siglo XIX:

“¡Gran siglo, señores, el siglo XIX para España! En sus comienzos, la vendieron sus reyes a Napoleón; en sus postrimerías, la han vendido sus ministros a Mac Kinley. En sus comienzos, encarceló o asesinó a los que habían sido sus salvadores... mientras confía la administración de sus ruinas a los mismos que las han causado, a los infieles o desalumbrados tutores que, con su máxima “gobernar es gozar”, practicada durante un cuarto de siglo, han entregado a los yankees sus archipiélagos y sus islas, a los tiburones su juventud y a los judíos los últimos restos de su fortuna”¹³⁹.

¹³⁶ JOAQUÍN COSTA: “El canal de Tamarite”, *La Cámara*, Año 2, Nº 59, 1897. Reproducido en SERRANO, C.: “Joaquín Costa y la cuestión cubana”, *op. cit.*, p. 209.

¹³⁷ Salvo el pago de 20 millones de dólares por parte de Estados Unidos (artículo III del Tratado), y de la admisión, durante diez años, en los puertos filipinos de buques y mercancías españolas “bajo las mismas condiciones que los buques y mercancías de los Estados Unidos” (artículo IV del Tratado). Aunque España intentó durante las negociaciones introducir numerosas enmiendas, al final aceptó todas las condiciones estadounidenses por temor a que dada la superioridad militar de Estados Unidos, la guerra pudiera trasladarse al otro lado del Atlántico poniendo en peligro las Islas Canarias, las Islas Baleares y las demás posesiones españolas en el Norte de África y la Guinea española.

¹³⁸ Reproducida en la edición dirigida por MARTÍN-RETORTILLO, S.: *Reconstitución y europeización de España y otros escritos*, *op. cit.*, pp. 215-244.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 224.

Y continúa en estos expresivos párrafos descalificando radicalmente a los políticos de la Restauración, que son, en su opinión, los máximos responsables del desastre:

“Toda su labor de treinta años ha consistido en coger la inmensa mole de Cuba y Luzón, levantarla en alto y dejarla caer pesadamente sobre la metrópoli, aplastándola. ¡Y todavía pretenden reinar sobre las ruinas! ¡Que nos devuelvan antes las 1.000 islas, los 3.000 millones, el honor limpio y la bandera inmaculada! ¡Que hagan salir del fondo del mar de Mindoro y del mar de las Antillas aquellas dos escuadras, con cuyo coste se habría podido cruzar de caminos el territorio! ¡Que devuelvan al pueblo sus 100.000 hijos, asesinados en ultramar...”¹⁴⁰.

Recordemos por otra parte, que Costa había presagiado la crisis de 1898, y que precisamente en el programa electoral de 1896 incluía la paz con Cuba, en una época en que tan sólo el partido socialista y algún personaje relevante de la vida española como Pi y Margall o el mismo Unamuno pensaban o manifestaban lo mismo.

En 1900 describía de esta forma lo absurdo y lo gravoso que había resultado nuestra guerra colonial para un país como España tan carente de infraestructuras y de servicios públicos:

“No hagamos cuenta con los 2.000 o 3.000 millones de pesetas que habría podido producir la cesión de las Antillas y de las Filipinas... fijémonos nada más en los 4.000 millones a los que se acerca el coste de la guerra en el cuatrienio último; ellos representan la suma de los objetos siguientes: todos los canales y pantanos posibles en España, con millón y medio de hectáreas de regadío aumentadas al otro millón y medio existente en la actualidad; 250.000 kilómetros de caminos antiguos convertidos en vías perfeccionadas para carros y 10.000 km para carreteras, una colonización interior representada por mil poblaciones nuevas, con un aumento de 4 a 5 millones de habitantes, adquisiciones territoriales en África para nuestra industria, para nuestra marina, para nuestra emigración, en una superficie doble que la península; toda la potencia vital, el alma entera de la nación; cuanta historia podía aún realizar a través del tiempo...”¹⁴¹.

Pero Joaquín Costa se sitúa por derecho propio en el segundo parámetro de la encrucijada de 1898 al que hacíamos referencia: como una de las figuras más destacadas y más representativas del resurgir espiritual e intelectual que, aunque con orígenes anteriores, partió de aquella fecha.

Costa había reflexionado largamente sobre las auténticas causas del retraso en España y su progresiva decadencia a lo largo de tres siglos después de haber sido una potencia de primer orden, y en esa reflexión había coincidido con muchos otros intelectuales¹⁴². Pero va a ser precisamente ahora cuando las fuerzas ideológicas y muy destacadamente los intelectuales, con Costa y los institucionalistas a la cabeza, van a ejercer más influencia y su voz va a ser más

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 235.

¹⁴¹ *Ibid.*, pp. 11 y 12

¹⁴² Cfr. JACKSON, G.: *Costa, Azaña, el Frente Popular y otros ensayos*. Madrid, 1976, p. 16.

escuchada que nunca. En opinión de Tuñón de Lara¹⁴³ la crisis latente que se cristaliza con el detonador de 1898 supone ante todo la ruptura de la hegemonía ideológica de la sociedad oligárquica tradicional y precisamente en tal ruptura tienen un papel destacado Costa y Unamuno¹⁴⁴, que coinciden en la crítica al sistema de la Restauración y en proclamar la necesidad de una España nueva y regenerada. Ambos constituyen, a través de su obra, la ofensiva ideológica que lanza cargas de profundidad contra los valores tradicionales del bloque dominante que se atrincheraba todavía en el poder.

La coyuntura creada por el pesimismo de la derrota aglutinó la oposición al régimen, revitalizada por las corrientes de renovación intelectual y produjo un movimiento literario que, aunque partió de los mismos hechos, tiene un alcance y una significación diferentes, entre otras razones por la diferencia generacional que separaba a Costa de los jóvenes escritores del 98 y sin perjuicio de la influencia que ejerció su obra sobre muchos de aquellos. Por todo ello, Joaquín Costa, al que Pierre Vilar califica como “el mejor de esos personajes del 98”¹⁴⁵, debe ser justamente situado en los dos parámetros anteriormente mencionados.

Como escribe magistralmente Jackson “la crisis de 1898 hizo de Costa un tribuno nacional para los elementos políticamente activos del pueblo español. Ya era conocido por los intelectuales como economista, abogado e historiador. Había ya hecho de su “política hidráulica” un tema de discusión a través de la nación. Durante los años de discusión y de examen de conciencia que siguieron a la Guerra de Cuba, se le escuchó atentamente; y en cierto sentido algunos de los jóvenes intelectuales lo reverenciaban. Y lo que había de decir en aquellos años afectaba a la totalidad de los problemas históricos de España”¹⁴⁶.

III. CONSIDERACIONES FINALES. LA EUROPEIZACIÓN DE ESPAÑA COMO CONDICIÓN NECESARIA DE MODERNIZACIÓN Y PROGRESO

Sin lugar a dudas, han existido en nuestra historia común mentes preclaras que supieron analizar precozmente la verdadera importancia que representaba Europa para la propia esencia y existencia de España. Con toda convicción, podemos afirmar que Joaquín Costa es uno de los pensadores españoles que mejor representa esta idea. Costa vio en la europeización de España el remedio necesario a nuestros males seculares así como el instrumento modernizador de las estructuras arcaicas implantadas en nuestro país, tanto en lo económico como en lo social. Esta idea-fuerza constituye una constante que se hace patente en el pensamiento costiano: el alejamiento progresivo de España respecto a Europa, frente al que Costa propone un remedio eficaz que no es otro sino la necesaria europeización de nuestro país.

¹⁴³ TUÑÓN DE LARA, M.: *España: la quiebra de 1898 (Costa y Unamuno, en la crisis de fin de siglo*. Sarpe, Madrid, 1986, pp. 26 y s.s.

¹⁴⁴ Sobre la influencia ejercidas por Costa en Unamuno, *vid.* PÉREZ DE LA DEHESA, R.: *Política y Sociedad en el primer Unamuno: 1894-1904*. Ciencia Nueva, Madrid 1966, pp. 93-99.

¹⁴⁵ VILAR, P.: *Historia de España*, *op. cit.*, p. 97.

¹⁴⁶ JACKSON, G.: *Costa, Azaña, el Frente Popular...*, *op. cit.* pp. 10 y 11

El desastre del 98 constituyó una espoleta que evidenció el malestar social originado por la crisis económica y por el retraso de España en relación con la Europa de su tiempo en todos los campos. Joaquín Costa se erigió a partir de esta fecha en paradigma del regeneracionismo¹⁴⁷, dando a su preocupación por los problemas sociales de indudable influencia krausista, un enfoque científico y erudito a la vez que un contenido de acción política.

Pero es precisamente en cuanto que propulsor de la europeización de España como ingrediente de una filosofía nueva que no había sido definida anteriormente, por lo que su mensaje adquirió en su tiempo una sugestiva originalidad manteniendo hoy en día una apasionante actualidad. Como ha escrito Gil Cremades “Costa pone en el cielo el grito de la “europeización”, estrictamente material y referida a la agricultura, problema que lleva en la sangre desde siempre, y a la enseñanza, preocupación que se ha configurado en su contacto con la Institución Libre de Enseñanza”¹⁴⁸. La agricultura y la educación serán pues los grandes temas sobre los que girará principalmente el concepto de europeización costista:

“Tenemos una agricultura del siglo XV, agricultura del sistema de año y vez, cuando no de tres hojas, por falta de abonos minerales, del riego natural por las nubes...”. Para superar esta situación es necesaria una política hidráulica adecuada, “un sistema de riegos acomodado a las condiciones hidrológicas de nuestros ríos”. “Agricultores, a europeizarse”¹⁴⁹ clama Costa, y ello implica el fomento intensivo de la producción y de los víveres: “la despensa nacional”, alejando con ello el fantasma del hambre: “Dime lo que un pueblo come y te diré el papel que desempeña en la historia” apostilla emulando a Spencer.

El “Fomento intensivo de la enseñanza y de la educación, por los métodos europeos”¹⁵⁰ constituye el primero de lo que Costa llama “remedios orgánicos”, y a tal efecto propone “reformular la educación en todos sus grados y promover su desarrollo rápido e intenso”, “rehabilitando o refundiendo el español en el molde europeo” porque “la redención de España está en ella o no está en ninguna parte...”¹⁵¹. Europa es la meta a la que Costa no duda que España habrá de llegar: “Que se harán europeos, sin más tardar, los españoles, porque no puede ser otra cosa, he dicho. Y no puede dejar de ser así por dos distintos órdenes de exigencia, por una exigencia de fuera y por una exigencia de dentro”¹⁵².

¹⁴⁷ La influencia de Costa en muchos de los pensadores de la época es innegable. Como afirma Santos Juliá, refiriéndose a Ortega y Gasset y Manuel Azaña, “Costa fue algo más que una inspiración para aquellos dos jóvenes que a principios del siglo se habían cruzado con él por el Ateneo de Madrid: fue un ejemplo digno de respeto, una voz poderosa que salía de un corazón desolado, alguien que sufría no ya por la muerte de España sino por el estado de postración de su pueblo y de corrupción de sus políticos. Azaña, Ortega y tantos otros vivieron ese momento, escucharon aquella voz y estuvieron de acuerdo en la vía de salida: volver a Europa, europeizar España”. SANTOS JULIÁ.: “Europeizar España: Ortega y Azaña encuentran a Costa”, en PEIRÓ MARTÍN, I. (Ed.): *Joaquín Costa, el fabricante de ideas*. Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 2012, p. 108.

¹⁴⁸ GIL CREMADES, J.: *El reformismo español, krausismo, escuela histórica, neotomismo*, Barcelona, 1969, p. 255.

¹⁴⁹ Con este título Joaquín Costa publicó un artículo en “El Ribagorzano”, el 15 de diciembre de 1904.

¹⁵⁰ JOAQUÍN COSTA: *Oligarquía y caciquismo como forma actual de gobierno en España: urgencia y modo de cambiarla*, t. I, Zaragoza, 1982, p. 101.

¹⁵¹ .- *Ibid.* p. 245.

¹⁵² *Ibid.* p. 213.

Sin embargo, cabe preguntarse qué es esa Europa idílica a la que Costa tanto admira y desea. ¿Qué noción de Europa subyace en el pensamiento costiano?. En este sentido, considero descartable concebir a Costa como un europeísta precoz, que proclama su fe en una Europa supranacional, dada la prácticamente inexistente presencia del movimiento europeísta en su época. Costa, más que un europeísta (término difícilmente utilizable en su época), es un europeizante o un europeizador convencido.

Europa es para Costa sinónimo de modernización y progreso encarnado por las naciones más florecientes de entonces: Inglaterra, Francia y Alemania. Europa representa para el imaginario costiano la justicia, el bienestar y la libertad:

“Nivelarnos con Europa, en lo físico, lo mismo que en lo espiritual; que el español se eleve de la condición de avasallado a la dignidad del hombre, que alcance la plenitud de la libertad, así política como moral, o dicho de otro modo: que deje de padecer hambre, hambre de pan, hambre de instrucción, hambre de justicia, estos tres coeficientes necesarios de la libertad”¹⁵³.

La europeización será sin duda la tarea más urgente de todas y como tal el primer criterio de gobierno se basará en “desenvolver muy intensivamente la mentalidad de los españoles, envolviéndoles el cerebro y saturándoselo de ambiente europeo”. Esta constituye en su opinión, la única clave posible, “no existe otro camino si verdaderamente España quiere salvar, y ya diríamos mejor “recobrar” su personalidad como nación”¹⁵⁴.

El “europeísmo” de Costa es un europeísmo regenerador y revitalizador necesario de los males nacionales. Lo que propone es la europeización como revulsivo, no la integración de España en una organización supranacional europea, que por otra parte no existía en su época, al margen de las alianzas. Europeización en contraposición de africanización o lo que es lo mismo progreso en lugar de retroceso. Por ello el europeizarse constituye para Costa, como afirma Abbad Ríos “más una cuestión de procedimientos que de principios”¹⁵⁵, y precisamente a la búsqueda de aquéllos dedica su actividad y obstinación.

Costa proclama su fe en Europa como avanzadilla de la civilización y de la modernidad, y manifiesta su pleno convencimiento de nuestra integración en aquélla por una exigencia externa, pero también porque los españoles tienen vocación europea y sienten necesidad de Europa:

¹⁵³ Este texto constituye un fragmento del “Discurso de orden” pronunciado por Costa el 15 de septiembre de 1901 en los Juegos Florales de Salamanca. Contenido en “Crisis política de España”, Establecimiento Tipográfico de Fontanet, Madrid, 1901, y reproducido en la antología de MARTÍN-RETORTILLO, S.: *Reconstitución y europeización de España y otros escritos*, op. cit., p. 255.

¹⁵⁴ Fragmento del discurso “Los siete criterios del gobierno”, pronunciado por Costa en Zaragoza el 12 de febrero de 1906, publicado por la “Biblioteca Costa” en el tomo VII de la Biblioteca Económica, Madrid, 1914 y reproducido en la antología *“Reconstitución y europeización...”*, op. cit. p. 298.

¹⁵⁵ ABBAD RÍOS, F. “Joaquín Costa y la polémica sobre el problema de España”, *Argensola*, núm. 6, 1951, p. 118.

“La exigencia de dentro es casi inconsciente, pero no por eso menos impetuosa e irresistible, exigencia del pueblo, inclinación de la masa, que siente ya nostalgia de Europa, es decir ansia de libertad, ansia de justicia, ansia de cultura y de bienestar...”¹⁵⁶.

Costa buscó incansablemente con espíritu constructivo y apasionada dedicación la solución a los problemas de España creyendo encontrarla en su necesaria europeización. Sin embargo, lo verdaderamente sugestivo de su aportación es que cuando estamos próximos a cumplir cuarenta años de nuestra adhesión a la Unión Europea, el mensaje costiano siga plenamente vigente, lo que demuestra que, en este como en otros muchos ámbitos, Costa fue un precursor, un avanzado de su tiempo.

¹⁵⁶ JOAQUÍN COSTA: *Oligarquía y caciquismo*, op. cit., p. 213.

PATRIMONIO PROTEGIDO EN ARAGÓN TRAS LA REFORMA DEL RÉGIMEN DE LA DISCAPACIDAD

Por el

Excmo. Sr. D. Adolfo Calatayud Sierra

Académico de Número

INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es el estudio y reflexión sobre las modificaciones que en materia de patrimonios protegidos se han introducido en la reforma que se ha realizado en el régimen del ejercicio de la capacidad jurídica por las personas. Es decir, se trata de exponer las modificaciones que han introducido, primero, la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, y, en segundo término, la Ley 3/2024, de modificación del Código del Derecho Foral de Aragón en materia de capacidad jurídica de las personas.

Previamente, vamos a recordar los aspectos esenciales de los patrimonios protegidos.

PATRIMONIOS PROTEGIDOS: ASPECTOS GENERALES

1. Régimen jurídico. El régimen jurídico sustantivo de los patrimonios protegidos se contiene en la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, que dista de ser todo lo clara que sería deseable; de hecho, en cuanto se profundiza en ella, se perciben infinidad de deficiencias y de cuestiones no resueltas con claridad.

Esta Ley se completa, en cuanto a los aspectos procesales, con la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria, que regula la tramitación de los expedientes relativos a estos patrimonios en que debe intervenir el Juez. Ambas leyes han sido modificadas por la Ley 8/2021.

Beneficios tributarios. Hay que reconocer que, en esta materia, en la práctica, lo más relevante vienen a ser los beneficios tributarios que reciben los patrimonios protegidos que reúnen los requisitos legales. Ésta es la principal razón que anima a constituir los patrimonios protegidos, si bien se trata de unos beneficios que suelen criticarse como un tanto rácanos, además de muy complejos. De ahí la conveniencia de hacer un examen, aunque sea resumido, de cuáles son estos beneficios fiscales.

Si el aportante y el beneficiario son distintas personas:

1) Sólo tienen beneficios fiscales las aportaciones al patrimonio protegido realizadas por el cónyuge, pariente en línea directa o colateral hasta el tercer grado o tutor o acogedor de la persona con discapacidad. Y, si son personas jurídicas, únicamente cuando sean obligatorias, bien por el contrato de trabajo o por convenio laboral (se permite que sean beneficiarios de los patrimonios protegidos no sólo los trabajadores, sino también sus cónyuges, parientes en línea directa o colateral o personas de las que los trabajadores sean tutores o acogedores).

Si no se reúnen esos requisitos, las aportaciones tributan como adquisiciones gratuitas ordinarias, tanto para el aportante como para el beneficiario.

Tampoco generan deducción las aportaciones de elementos afectos a actividades económicas del aportante, aun tratándose de las indicadas personas.

2) Las aportaciones acogidas a los beneficios reducen la base imponible del aportante en el IRPF, pero sólo si el aportante es cónyuge, pariente en línea directa o colateral hasta el tercer grado o tutor o acogedor y sólo en la cuantía de 10.000 euros anuales, sin que para todos los aportantes pueda exceder de 24.250 euros. Lo que no se pueda deducir en el ejercicio, puede hacerse en los cuatro periodos impositivos siguientes.

Tratándose de personas jurídicas que reúnen los requisitos citados, son gastos deducibles en el Impuesto de Sociedades, con los mismos límites.

3) Para el beneficiario, las aportaciones constituyen rendimientos del trabajo personal hasta los 10.000 euros por aportación y 24.250 euros en su conjunto, si bien están exentos hasta un importe máximo anual de tres veces el indicador público de renta de efectos múltiples. El exceso tributa por el Impuesto de Donaciones, aunque con las reducciones autonómicas que procedan por minusvalía. No puede trasladar el exceso a otros ejercicios.

4) Las aportaciones no dinerarias no generan ganancia (ni pérdida) patrimonial para el aportante, pero el adquirente su subroga en la fecha y valor de adquisición del aportante y se le impide acogerse a los coeficientes de abatimiento.

5) No hay tributación por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales (no es transmisión onerosa), y, en su caso, están exentas del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados. Pero la aportación de inmuebles sí que está sujeta y no tiene ningún beneficio en el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana; el sujeto pasivo es el beneficiario, como adquisición a título gratuito.

6) La disposición de los bienes o derechos aportados al patrimonio protegido realizada en el período impositivo en que se realiza la aportación o en los cuatro siguientes obliga a devolver los beneficios obtenidos con intereses de demora, tanto al aportante como al beneficiario.

7) Además, se impone una obligación de información anual tributaria, mediante el modelo 182.

La Agencia Tributaria es muy estricta exigiendo el cumplimiento de todos los requisitos sustantivos del patrimonio protegido para el reconocimiento de sus beneficios tributarios y, dada la poca claridad de la ley, es frecuente que surjan problemas con la aplicación de dichos beneficios.

En fin, la complejidad y escasez de estos beneficios fiscales, junto a la dificultad de someterse a unas normas de funcionamiento también complicadas y no siempre claras, son las razones por las no se constituyen muchos patrimonios protegidos.

Derechos autonómicos: en particular Aragón. Que la Ley 41/2003 se aplica en Aragón no suscita dudas. Y tampoco hay dudas acerca de que las comunidades con Derecho civil propio en el ámbito de la capacidad de las personas con discapacidad pueden regular sobre esta materia. La propia Ley 41/2003 hace referencia a la preferencia en ciertos casos de las normas de Derecho civil foral o especial sobre determinados aspectos de su regulación.

El CDFA, en su artículo 45.7 (tras la reenumeración producida por la Ley 3/2024), presupone su aplicación y establece algunas reglas especiales para el patrimonio especial de las personas con discapacidad. Entre ellas, la que dispone que la autorización de la Junta de Parientes tendrá el mismo valor que la judicial en los casos en que ésta fuera precisa (apartado 3). Es una norma importante, que habrá que tener en cuenta en los diversos supuestos en que la Ley 41/2003 exige la autorización judicial, que son varios.

Cataluña ha ido más lejos (227 del Libro Segundo de su Código Civil, relativo a la persona y la familia), introduciendo importantes novedades, que cambian aspectos muy importantes respecto del régimen establecido por la Ley 41/2003, por ejemplo, ampliando los posibles beneficiarios a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III. Y también Navarra, en su Compilación (leyes 44 y 45), que también incluye a las personas con dependencia.

La pregunta es si esos patrimonios protegidos regidos, no por la Ley 41/2003, al menos en la totalidad de la misma, sino por el Derecho autonómico, pueden disfrutar de los beneficios tributarios que regula la Ley 41/2003, sobre todo cuando cambian la naturaleza y extienden su ámbito de aplicación. Parece que, al menos, la Administración tributaria no se ha atrevido a negar los beneficios tributarios a los patrimonios constituidos conforme a la ley catalana. En el caso de Navarra, como tienen su propia fiscalidad, no se plantea la duda.

2. Concepto (artículo 1). El patrimonio protegido es un conjunto de bienes que queda afecto a la satisfacción de las necesidades vitales de la persona con discapacidad y, para ello, se somete a reglas especiales, diferentes de las de su patrimonio personal, dirigidas a garantizar que se haga efectiva dicha finalidad.

3. Beneficiario (artículo 2). Sólo puede ser beneficiaria del patrimonio protegido la persona con discapacidad, entendida ésta en sentido amplio. Concretamente, se considera, a estos efectos, que lo son:

- a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento.
- b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento.

Es decir, que la discapacidad que permite constituir un patrimonio protegido puede ser tanto psíquica, como física, como sensorial. Si el beneficiario es una persona con aptitud para el ejercicio por sí de su capacidad jurídica, será precisa su intervención para la constitución; es más, la propia persona con discapacidad lo puede constituir para sí misma sobre sus propios bienes.

4. Titularidad (artículo 2). En la Ley 41/2003, el titular del patrimonio protegido es su beneficiario, la persona con discapacidad, y, aunque está sujeto a unas reglas distintas al resto de sus bienes, el legislador no ha completado esta separación patrimonial, de modo que los bienes que lo forman quedan sujetos a responsabilidad por las deudas de la persona con discapacidad, incluso por las que nada tengan que ver con el propio patrimonio protegido.

Ésta es una de las principales críticas que se formulan contra el régimen del patrimonio protegido, porque puede frustrar el objetivo de conseguir realmente la afección de esos bienes a la satisfacción de las necesidades vitales de la persona con discapacidad.

En cambio, tanto el Código Civil de Cataluña como la Compilación Navarra parten de que la persona con discapacidad no es titular del patrimonio protegido. Se trata de un patrimonio sin titular, próximo al *trust* anglosajón (artículo 227-2 del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña; en términos parecidos la Ley 44 de la Compilación Navarra), con lo que no responde de las obligaciones del beneficiario, ni tampoco de las del constituyente o de quien hizo aportaciones, salvo que fueran anteriores al momento de la aportación.

5. Constitución (artículo 3). El procedimiento que podemos denominar ordinario de constitución del PP es mediante un negocio jurídico formalizado en **documento público** (que puede ser incluso testamento o pacto sucesorio o acto de ejecución de fiducia sucesoria), en el que, además, se realiza ya una primera aportación al mismo, se determinan sus reglas de administración y puede establecerse cualquier otra disposición que se considere oportuna respecto a la administración o conservación del mismo, así como medidas u órganos de control y salvaguardas para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida..

La Ley limita la legitimación para constituir *per se* un PP a un grupo concreto de personas, que ha sido modificado por la Ley 8/2021, a lo que nos referiremos después.

Fuera de las personas legitimadas, se reconoce a cualquier persona con interés legítimo la facultad de solicitar a la persona con discapacidad, con el apoyo que requiera, la constitución de un patrimonio protegido, ofreciendo al mismo tiempo una aportación de bienes y derechos adecuados, suficiente para ese fin. Y, en caso de negativa injustificada, se permite acudir al Ministerio Fiscal para que inste de la autoridad judicial lo que proceda, en cuyo caso la constitución se lleva a cabo por **resolución judicial**.

4. Aportaciones al patrimonio protegido (artículo 4). Ya hemos indicado que, al constituirse el patrimonio protegido hay que hacer una primera aportación. Posteriormente cualquier persona con interés legítimo puede hacer más aportaciones en escritura pública y a título gratuito, con el consentimiento de la persona con discapacidad con los apoyos que requiera.

Aquí también existen novedades, que comentaremos luego.

5. Administración del patrimonio protegido (artículo 5). Se trata de uno de los temas claves del régimen jurídico del PP.

La Ley impone que los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido, así como sus frutos, rendimientos o productos, se destinen a la satisfacción de las necesidades vitales de su beneficiario, o al mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido. Lo que puede dificultar una gestión dinámica, con reinversión de los bienes (enajenación de unos para adquirir a cambio otros), que la gestión de todo patrimonio hace recomendable en ocasiones.

Para la administración, la Ley distingue dos supuestos:

a) Si el constituyente es el propio beneficiario, la administración se sujetará a las reglas que haya establecido en el documento público de constitución, cualquiera que sea la procedencia de los bienes y derechos que la integren, es decir, también para los aportados posteriormente por otras personas. Obsérvese que esto no quiere decir que el representante del PP tenga que ser el propio beneficiario, aunque tenga pleno discernimiento; nada impide que nombre otro administrador.

Es discutible si este supuesto se limita a los casos en que la persona con discapacidad actúa por sí sola (porque tiene pleno discernimiento) o si incluye también aquellos en que actúa asistida o representada, conforme a lo que vimos antes. Existen opiniones discrepantes; quizá lo más razonable sea considerar que este supuesto se refiere a aquel en el que la propia persona con discapacidad actúa en la constitución, aunque sea con la asistencia de sus padres o de quien le presta apoyo. De modo que el caso que quedaría excluido sería el de representación legal.

b) En los demás casos, la administración se regirá por lo que se disponga en el documento de constitución o en el de aportación de los bienes.

Téngase en cuenta que el administrador puede ser cualquier persona: la propia persona con discapacidad, si tiene discernimiento, los padres, el tutor, el curador o una persona completamente distinta, incluso una persona jurídica. Sólo se exige que tiene que tener capacidad para ser curador, pero no que lo sea.

En cuanto a la realización de **actos de enajenación** de los bienes del PP, hay que tener en cuenta lo siguiente:

a) No se considerarán actos de disposición el gasto de dinero y el consumo de bienes fungibles integrados en el patrimonio protegido, pero sólo cuando se hagan para atender las necesidades vitales de la persona beneficiaria. Esta regla tan rígida dificulta la reinversión de los bienes integrantes del PP.

b) El administrador no requiere el concurso de los padres o tutor o curador para la validez y eficacia de los actos de enajenación.

c) Hasta la reforma de la Ley 8/2021, se exigía, en todo caso, el cumplimiento de los requisitos para la enajenación de bienes del incapacitado. Esto, como veremos, ha cambiado.

d) No hace falta subasta pública para los actos de enajenación.

e) Se pierden los beneficios fiscales que se hayan obtenido en el IRPF si se dispone de los bienes aportados dentro del periodo impositivo en que se realiza la aportación o en los cuatro siguientes. Lo cual es un obstáculo importante para hacer posible esa reinversión a que hacíamos referencia y dar dinamismo al PP.

f) Aunque la aportación no dineraria al patrimonio protegido no produce la existencia de ganancia o pérdida patrimonial para el aportante, el beneficiario se subroga en la fecha y valor de adquisición del aportante a efectos de la enajenación que se hiciera de los bienes.

6. Extinción (artículo 6). Si la extinción del patrimonio se produce por la muerte del beneficiario o por dejar éste de tener la condición de persona con discapacidad, para fijar el destino de los bienes que l formaban, en primer término, habrá que estar a lo que se haya dispuesto en el acto de constitución y lo habitual es que los aportantes prevean la reversión de dichos bienes al extinguirse el patrimonio protegido a ellos mismos o a sus herederos. Si no se les pudiera dar la finalidad prevista por sus aportantes, se les dará otra, lo más análoga y conforme a la prevista por éstos. Y si no se ha previsto nada en la aportación y se extingue por fallecimiento del beneficiario, se integran en su herencia.

7. Rendición de cuentas. El administrador del PP debe rendir cuentas de su gestión al Ministerio Fiscal cuando éste determine y, en todo caso, anualmente, salvo que lo sea la propia persona con discapacidad. Aquí también ha establecido cambios la Ley 8/2021, ya que antes se exceptuaba de esta obligación a sus padres.

MODIFICACIONES DEL RÉGIMEN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO POR LAS LEYES 8/2021 Y 3/2024

1.Cambios terminológicos.

Para empezar, toda la materia se ha visto afectada por los cambios terminológicos impuesto por el denominado *cambio de paradigma*, de que tanto se habla, en el régimen de la discapacidad. Así, se sustituye las expresiones “minusvalía” por “discapacidad”, “tutor” por “curador”; también “juez” por “autoridad judicial”; y se insiste, en varios momentos, en que se respeten la voluntad, deseos y preferencia de la persona con discapacidad. Además, se suprime la exigencia de “capacidad de obrar” como requisito para la realización de determinados actos por la persona con discapacidad, como constituir el patrimonio protegido, siguiendo el criterio de considerar que ya no existe capacidad de obrar, sino sólo capacidad jurídica, lo cual, en mi opinión, constituye un desatino, puesto que, como no puede ser de otra forma, se mantiene la distinción entre ser titular de derechos (capacidad jurídica) y poder ejercitarlos por sí solo (capacidad de obrar). La Convención de Nueva York, en la que se basa esta supuesto supresión, no impone tal cosa y distingue claramente entre la titularidad y el

ejercicio de los derechos, pero no vamos a insistir más en ello.

2.Constitución del patrimonio protegido (artículo 3).

Aquí la Ley 8/2021 introduce importantes novedades.

En la legislación anterior podían constituir el PP:

a) La propia persona con discapacidad beneficiaria que tuviera capacidad de obrar suficiente.

b) Sus padres, tutores o curadores, cuando la persona con discapacidad no tuviera capacidad de obrar suficiente.

c) Y el guardador de hecho, con los bienes que los padres o tutores de la persona con discapacidad le hubieran dejado por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquéllos y en los que hubiera sido designada beneficiaria.

Tras la Ley 8/2021, se dice que pueden constituirlo:

a) La propia persona con discapacidad beneficiaria. Ya no se exige que tenga capacidad de obrar, por las razones explicadas.

b) Quienes presten apoyo a las personas con discapacidad.

c) La persona comisaria o titular de la fiducia sucesoria, cuando esté prevista en la legislación civil, autorizada al respecto por el constituyente de la misma.

Estas son las **personas con legitimación por sí**. En cuanto a otras, se aplica la regla que luego explicaremos.

Pues bien, en cuanto a estas personas con legitimación por sí, su regulación dista de estar clara. Veamos:

1) La primera dificultad es determinar la **relación entre los dos primeros supuestos**, es decir, qué papel ocupan en la constitución del PP las personas que prestan apoyo. De la exposición de motivos de la ley parece deducirse que quienes prestan apoyo actúan por la persona con discapacidad si ésta no puede hacerlo por sí, es decir, que no tienen una legitimación propia. Pero no es esto lo que, en sentido lógico, se infiere del texto de la norma.

A mi juicio, el tema clave está en si los bienes aportados son de la propia persona con discapacidad o de quienes le prestan apoyo, como explicamos a continuación.

2) Parece que lo lógico es considerar que, cuando la ley habla de constitución por **el propio beneficiario**, se está refiriendo a la que se hace **con sus propios bienes**. Al PP así constituido luego podrán hacer aportaciones otras personas.

Si se trata de persona mayor de edad y con discernimiento, es decir, aptitud para ejercitar su capacidad jurídica por sí (es decir, si su discapacidad no es psíquica, sino de otro tipo o, en cualquier caso, no le impide decidir por sí), él mismo podrá constituirlo sin necesidad de

cumplir ningún requisito adicional de complemento de capacidad.

Lo que se ha puesto en duda es si, en caso de que el beneficiario sea menor de edad o carezca de discernimiento suficiente, otras personas pueden constituir el PP por él (insisto con bienes del beneficiario) y, en su caso, con qué requisitos.

La respuesta afirmativa parece obvia, puesto que la constitución de PP y su aportación a él de bienes no es un acto personalísimo, que impida la actuación por sustitución. La nueva redacción, al suprimir el requisito de que la persona con discapacidad tenga capacidad de obrar, de alguna forma viene a confirmar esta idea. Algún autor, sin demasiadas explicaciones, opina lo contrario.

Entiendo que nada impide la representación voluntaria, si el apoderado tiene facultades suficientes, que, probablemente, deben ser expresas.

En cuando a los supuestos de menores de edad o personas sin discernimiento suficiente, los requisitos para la constitución variarán según las circunstancias del caso, que pueden ser muy variadas. Vamos a centrarnos en el Derecho aragonés:

a) Si el beneficiario es **menor de catorce años**, su representación corresponderá a sus padres en la forma establecida para la autoridad familiar y, en su defecto, por su tutor.

Aquí puede dudarse si el acto de aportación de los bienes del menor se considera como un acto de disposición a los efectos previstos en el artículo 15.1.a) del CDFA, lo que impondría a los padres o tutor la autorización previa de la Junta de Parientes o del Juez si se trata de bienes inmuebles por naturaleza, empresas o explotaciones económicas, valores mobiliarios, bienes muebles de valor extraordinario u objetos de arte o preciosos.

Sobre este particular, debe tenerse en cuenta que los bienes aportados son del menor y siguen siéndolo, lo que pasa es que quedan sujetos a un régimen jurídico especial. Es decir, no hay enajenación. No obstante, es defendible que, si se establecen reglas del PP que incidan en la posibilidad de enajenación de esos bienes reduciendo los requisitos legales, es exigible esa autorización.

b) Si el beneficiario es **menor de edad mayor de catorce años no emancipado y tiene discernimiento**, la constitución hecha por el beneficiario será la que hace el menor con la asistencia uno de sus padres o, en defecto de ambos, del tutor (artículo 23)

c) Si es un **menor mayor de catorce años y carece de discernimiento**, para que los padres o el tutor puedan representarle será preciso que el Juez les haya dado esas facultades (artículo 38.2). Y los padres o tutor necesitarán autorización de la Junta de Parientes o del Juez en los mismos casos que hemos indicado para el menor de catorce años: si afecta a bienes del artículo 15.1.a) y se modifican sus reglas de enajenación.

d) Si el beneficiario es **menor emancipado** (supuesto muy infrecuente en el Derecho aragonés), la constitución la hará el propio beneficiario, pero necesitará asistencia de uno de sus padres o de su curador en los mismos casos expresados.

e) Si es un **mayor de edad que carece de discernimiento**, la constitución se tendrá que hacer conforme a las medidas de apoyo que tenga establecidas.

A estos efectos, téngase en cuenta que las medidas de apoyo para las personas mayores de edad con discapacidad que pueden establecerse en nuestro Derecho son tres: mandato de apoyo (otorgado cuando la persona tiene pleno discernimiento), curatela, con funciones diversas según determine la resolución judicial, y guarda de hecho. Pues bien, cada una se regirá por sus propias normas:

- Si existe un mandato de apoyo, el mandatario deberá tener facultades suficientes atribuidas en el contrato de mandato. La facultad de realizar actos de disposición y enajenación de bienes entiendo que es suficiente.

- Si la persona con discapacidad está sujeta a curatela, habrá que ver el contenido de la resolución judicial que la establece, que, para empezar, puede atribuir a la persona con discapacidad la posibilidad de realizar por sí determinados actos, entre los que podría encontrarse la constitución de PP si la aportación no afecta a los bienes del artículo 15.1.a). Y, en cuanto a los actos que requieran la intervención del curador, la curatela puede ser de comunicación y acompañamiento, asistencial o representativa y cada una funciona de una forma diferente (artículos 169-19 a 169-23). Si es representativa, el curador necesitará autorización de la Junta de Parientes o del Juez en los mismos casos que ya vimos antes.

- Si tiene guardador de hecho, la constitución de un PP y la aportación a él de bienes de la persona con discapacidad excede de las facultades que puede hacer por sí, por lo que necesitará autorización de la Junta de Parientes o el Juez (artículo 189-12).

3) En segundo lugar, se concede legitimación *per se* para constituir un PP a las **personas que presten apoyo a las personas con discapacidad**. En este caso, según lo que hemos defendido se trata de constitución del PP con aportación de **bienes de esas personas** que les prestan apoyo.

Es decir, estas personas pueden constituir un PP para la persona con discapacidad con bienes aportados por ellos. Tienen legitimación propia para hacerlo, a diferencia de otras personas con interés legítimo, que lo tienen que solicitar y, en su caso, instar la constitución judicial.

Ahora bien, se ha dudado si en estos casos será precisa la conformidad de la persona con discapacidad si tiene un grado suficiente de discernimiento. La ley no lo exige, pero, en la medida en que la constitución del PP requiere que se haga alguna aportación a éste y que las aportaciones realizadas por personas distintas del propio beneficiario son actos a título gratuito, deben ser aceptadas por el beneficiario, lo que exigiría la intervención de éste o de su representante con facultades suficientes, lo que dependerá de la medida de apoyo establecida y las facultades que tenga quien la preste:

- Si es un mandatario con facultades suficientes para aceptar atribuciones a título gratuito, sería suficiente la intervención de éste.

- Si es un curador con facultades representativas, también lo sería. En cambio, si la

curatela es de acompañamiento y comunicación o asistencial, parece que deberá ser aceptada por la persona con discapacidad.

- Si es un guardador de hecho, hay que tener en cuenta que éste puede gestionar ayudas de cualquier tipo en beneficio de la persona con discapacidad (artículo. 169-12.4.), lo que creo que le permite aceptar la aportación en su nombre.

En cuanto a los menores de edad:

- Si el beneficiario es mayor de catorce años, emancipado o no, y tiene aptitud para ejercer su capacidad jurídica por sí solo, puede aceptar herencias (artículo 346.1) y, por tanto, también atribuciones a título gratuito, por lo que deberá intervenir para la aceptación.

- Si es menor de esa edad, la aceptación tendrá que hacerla uno cualquiera de sus padres o, en defecto de ambos, el tutor (artículo 346.2).

- Si es mayor de catorce años y carece de discernimiento, si el Juez ha atribuido a los padres o al tutor facultades representativas conforme al artículo 38.2, será suficiente su intervención. En caso contrario, creo que el problema debe resolverse aplicando la regla de la guarda de hecho por analogía, puesto que los padres o el tutor no pueden ser de peor condición.

Es dudoso si la falta de aceptación de la persona con discapacidad en los casos en que sea necesaria según lo visto abre la vía judicial para el constituyente que regula el artículo 3.2 de la Ley 41/2003. Seguramente la respuesta negativa es la más clara, ya que dicho trámite está previsto para el caso de que quien se niegue sea la persona encargada de prestar el apoyo.

4) La Ley 8/2021 ha suprimido la legitimación que anteriormente se concedía a los **padres**. Puede pensarse que los padres van a quedar siempre englobados en el apartado anterior, como personas encargadas de prestar apoyo a sus hijos con discapacidad, pero esto no siempre es cierto. En primer lugar, tratándose de menores de edad, los padres actúan en ejercicio de su autoridad familiar y como representantes legales; sólo existen medidas de apoyo cuando se trata de mayores de edad; el legislador estatal se ha olvidado de los menores de edad en toda la regulación del PP. Incluso, si la persona con discapacidad es mayor de edad, puede que los padres no sean las personas encargadas de prestarles apoyo, por razones diversas. En realidad, lo que se percibe en la Ley 8/2021 es una desconfianza injustificada hacia los padres, que, de hecho, se explicita en el Preámbulo de la Ley.

La Ley 3/2014 de reforma del Código del Derecho Foral de Aragón ha corregido esta exclusión y el artículo 45-7.2 establece que también podrán constituir un patrimonio protegido, cuando la persona con discapacidad no tenga aptitud suficiente para el ejercicio de la capacidad jurídica, sus progenitores y quienes, sin serlo, ostenten la autoridad familiar. “*También*” quiere decir que tienen legitimación propia para hacerlo, aunque no ejerzan medidas de apoyo.

Parece que esta legitimación no excluye la necesidad de aceptación de las aportaciones realizadas por parte del beneficiario o quienes le presten apoyo, cuestión a la que serán de aplicación las mismas consideraciones antes realizadas.

5) La Ley 8/2021 ha añadido otro supuesto de persona legitimada para constituir el patrimonio protegido: la persona **comisaria o titular de la fiducia sucesoria**, cuando esté prevista en la legislación civil, autorizada al respecto por el constituyente de la misma. Es de agradecer que el legislador estatal se acuerde de vez en cuando de las normas de los Derechos forales, pero lo cierto es que esto ya era posible en Aragón con anterioridad, puesto que el fiduciario, a salvo lo dispuesto por el comitente, puede ordenar la sucesión de éste con la misma libertad con que podría hacerlo él, de modo que si, éste puede constituir un PP para sus sucesores, igualmente podrá hacerlo el fiduciario vía ejecución de la fiducia sucesoria, sin precisar de ningún requisito adicional. Sería un acto de ejecución de la fiducia (no un acto de administración o disposición de bienes sujetos a fiducia) y podría hacerse por actos entre vivos o, si el fiduciario es el cónyuge viudo, en testamento. Y no necesita la autorización expresa del comitente, como exige la Ley 8/2021.

6) El resto de las personas no mencionadas en los apartados anteriores no puede constituir el PP, pero disponen de un cauce para promoverlo, ya que se establece que, si una **persona con interés legítimo** ofrece la aportación de bienes y derechos adecuados suficiente para ese fin, tiene que solicitarlo a la persona con discapacidad, para que, por sí o con el apoyo que requiera, lo constituya.

Y, en caso de negativa injustificada de la persona encargada de prestar apoyo, el solicitante podrá acudir al Ministerio Fiscal, quien instará de la autoridad judicial lo que proceda atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Si la autoridad judicial autorizara la constitución del patrimonio protegido, la resolución judicial determinará el contenido a que se refiere el apartado siguiente. Éste es el supuesto de **constitución por resolución judicial**.

Este complejo mecanismo requiere varios comentarios:

a) Está claro que la persona con discapacidad, si tiene discernimiento, puede negarse a la constitución del PP sin justificar nada y que el oferente no puede pretender la constitución por resolución judicial basándose en la suficiencia y adecuación de la aportación. La vía judicial está prevista para el caso de negativa injustificada de la persona encargada de prestar el apoyo, no del beneficiario.

b) Si la persona con discapacidad es un menor emancipado, un menor mayor de catorce años o persona sujeta a medida de apoyo asistencial, no representativa, y los padres o la persona encargada de prestarle apoyo se niegan a la constitución del PP que pretende el tercero, ha de considerarse abierta la vía de la constitución por resolución judicial, siempre que la persona con discapacidad esté dispuesta a aceptar la aportación. También operará esta vía en los casos de representación legal de menores o de la persona con discapacidad.

c) Por otro lado, recuérdese que el artículo 45-7.3 establece que la autorización de la Junta de Parientes tendrá el mismo valor que la judicial en los casos en que ésta fuera precisa y creo que también en este caso. Será un supuesto de **constitución del patrimonio protegido por la Junta de Parientes**. Por tanto, si la JP aprueba la constitución del PP pretendido, será ella la que, con el tercero con interés legítimo que quiere hacer la aportación, lo constituya, formalizándolo en documento público.

d) Hay varios elementos jurídicos indeterminados en este mecanismo que no tienen fácil comprensión y que pueden ser perturbadores. En primer lugar, qué se entiende por interés legítimo; parece que debe presumirse en toda persona que ofrece una aportación a título gratuito. En segundo lugar, cómo debe interpretarse que los bienes o derechos que se ofrecen son *adecuados* y que la aportación es *suficiente* para ese fin. Para complicar más la cosa, la Ley 8/2021 ha añadido que el Juez resolverá atendido a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Es difícil saber si todos estos elementos, que pueden ser contradictorios entre sí, son verdaderos requisitos objetivos cuyo incumplimiento permitirá la impugnación del PP constituido. Personalmente entiendo que no, de modo que, si el PP se constituye por aceptarlo la persona con discapacidad, no podrá impugnarse por otra persona por un supuesto incumplimiento de los presuntos requisitos de adecuación y suficiencia. Si se constituye por aceptación de las personas encargadas de prestarle el apoyo, tampoco podrá impugnarse por esa causa o por una presunta vulneración de la voluntad, deseos y preferencia. Y tampoco podrá discutirse su validez si el Juez ha resuelto su constitución judicial: queda a su arbitrio.

e) En estos casos de constitución judicial (y entiendo que lo mismo para la constitución por la JP), el cargo de administrador no podrá recaer, salvo justa causa, en la persona encargada de prestar el apoyo que se hubiera negado injustificadamente a la constitución del patrimonio protegido. La claridad del supuesto de hecho de esta norma también deja mucho que desear: por una parte, el supuesto es el de negativa *injustificada*, que parece que debe entenderse producida si el Juez o la JP ha resuelto que se constituya el PP. Pero, por otra parte, se pone como excepción el caso de que haya *justa causa*, para que esa persona sea administradora. Todo muy difuso. Lo lógico es considerar que se ha de dejar al Juez o a la JP vía libre para resolver conforme a lo que considere en función de las circunstancias concurrentes.

7) Para concluir este apartado, decir que cabe dudar del acierto de limitar de esta forma la legitimación para constituir el patrimonio protegido. En el Derecho catalán, se permite que cualquier persona constituya el patrimonio protegido, eso sí, aportando bienes propios y con el consentimiento del beneficiario o de sus representantes legales. En el Derecho navarro, se permite la constitución, además de por el discapacitado y sus representantes legales, por cualquier persona que sea miembro de la comunidad o grupo familiar de que el discapacitado forme parte, siempre que obtengan el consentimiento de aquéllos.

3. APORTACIONES POSTERIORES AL PATRIMONIO PROTEGIDO (artículo 4).

Se les aplican las mismas reglas examinadas para la constitución del PP, que, como vimos, debe contener una aportación.

Aquí la Ley 8/2021 ha introducido también varias novedades para las aportaciones realizadas por persona distinta del propio beneficiario, que requieren el consentimiento de la persona con discapacidad, con el apoyo que requiera:

a) Se reconoce expresamente que las aportaciones pueden hacerse por pacto sucesorio, lo que en Aragón no planteaba dificultad, aunque no se dijera de forma expresa.

b) Se reitera que puede hacerlas el fiduciario en los supuestos de fiducia sucesoria, que tampoco añade nada.

c) Se ha suprimido la posibilidad de que quien quiere hacer la aportación y no recibe el consentimiento de las personas que tienen que prestar el apoyo pueda instar su aprobación judicial. En realidad, para repudiar atribuciones sucesorias realizadas a favor de menores de catorce años o personas con discapacidad sujetas a medidas de apoyo representativo, sus representantes legales necesitan autorización de la Junta de Parientes o del Juez (artículo 346.2) y esto hay que entenderlo válido para cualquier atribución a título gratuito, también las entre vivos, por lo que será esta regla la que se aplique en Aragón.

d) Quien hace la aportación puede establecer las reglas de administración de los bienes aportados (artículo 5.2). Esto enlaza con el siguiente grupo de novedades.

4 ADMINISTRACIÓN (artículo 5).

Hay varias novedades importantes:

a) Se ha planteado la duda de si la propia persona con discapacidad puede ser la administradora cuando es mayor de edad (en Aragón mayor de catorce años) y no está sujeta a medidas de apoyo representativas. Parece que nada lo impide, eso sí, en la administración deberá actuar con la asistencia o la medida de apoyo que se requiera en función de la naturaleza del acto que pretenda realizarse.

b) Con la nueva ley, puede haber sistemas de administración diferentes para bienes distintos, porque, salvo que quien hubiera constituido el PP fuera la persona con discapacidad, cada aportante posterior puede señalar el suyo para los bienes que aporte. Antes el aportante posterior no podía alterar las reglas de administración del documento constitutivo, ahora sí.

Algunos autores defienden que, aunque el aportante puede establecer reglas distintas para la administración de los bienes que aporte, no puede establecer un administrador diferente del fijado por el constituyente. Sin embargo, no parece que sea eso lo que dice la Ley, que, al referirse a las reglas de administración en el artículo 3, incluye en ellas los procedimientos de designación de las personas que hayan de integrar los órganos de administración y no se ven razones de peso para que la referencia a las reglas de administración del artículo 5 tenga distinto contenido.

c) Se ha suprimido la exigencia de que en el documento de constitución del PP se

incluya la exigencia en todo caso de la autorización judicial en los casos en que se exige para la realización de determinados actos en representación de las personas con discapacidad, que son los equivalentes a los artículos 14, 15 y 16 CDFA, que también permiten la autorización por la Junta de Parientes. Y se ha sustituido por la regla que dice que pueden establecerse los apoyos o salvaguardas que se consideren convenientes, ya sea por el propio constituyente o aportante o por la autoridad judicial, de oficio o a solicitud del Ministerio Fiscal, o de aquellas personas legitimadas para promover la adopción de medidas de apoyo respecto del titular del patrimonio protegido.

Esto quiere decir que el constituyente o el aportante podrán establecer reglas para la realización de actos de disposición que no impongan la autorización de la JP o del Juez. Y nada se aclara sobre en qué han de consistir esos apoyos o salvaguardas, que, por otra parte, tampoco parece que sean imprescindibles, porque se deja como una opción del constituyente o del aportante, aunque también podría imponerlas la autoridad judicial. Por tanto, creo que hay que entender que no existe inconveniente para que el constituyente o aportante se limite a establecer que la realización de actos de disposición no requiere la autorización de la JP o el Juez, lo cual, por otra parte, es coherente con lo que establece el artículo 112 CDFA, que permite que quien dispone de bienes a título gratuito a favor de un menor o persona con incapacidad puede establecer reglas de gestión y puede excluir la necesidad de autorización de la JP o del Juez para los actos relativos a esos bienes. Ahora bien, si se trata de bienes de la propia persona con discapacidad y la aportación se ha hecho por su representante legal (supuesto al que nos hemos referido antes), este representante legal no pueda alterar el régimen de enajenación de los bienes sin autorización de la JP o del Juez.

Y qué respuesta dar al caso de que el constituyente o aportante no hayan impuesto ni tampoco excluido la autorización. Los autores que han comentado la Ley 8/2021 dan por supuesta la necesidad de autorización para la realización de actos de disposición en los mismos casos que la necesitaría el curador y seguramente es la solución más lógica en este ámbito, pese a que nada se dice sobre el particular; como hemos dicho antes, puede ser administrador cualquier persona si reúne capacidad para ser curador, aunque no lo sea. En cualquier caso, no puede dejar de ponerse de manifiesto la torpeza de este legislador.

No acaba de clarificar mucho la cuestión que se haya mantenido el apartado 3 del artículo 5, que establece que los constituyentes o el administrador podrán instar al Ministerio Fiscal que solicite de la autoridad judicial competente la excepción de la autorización judicial en determinados supuestos, en atención a la composición del patrimonio, las circunstancias personales de su beneficiario, las necesidades derivadas de su discapacidad, la solvencia del administrador o cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza. Podría entenderse que, a la vista de la redacción del precepto, esta regla se aplicaría a los siguientes casos: cuando el constituyente sea el representante legal del beneficiario y aporte bienes de éste; o cuando el constituyente o aportante posterior que han aportado bienes propios han establecido la necesidad de esa autorización o nada han dicho (conforme a lo expresado anteriormente) y el administrador la estima entorpecedora.

d) También se ha suprimido la regla que establecía que el administrador del patrimonio protegido, cuando no fuera el propio beneficiario, tenía la condición de representante legal de éste para todos los actos de administración de los bienes y derechos integrantes del patrimonio protegido, y no requería el concurso de los padres o tutor (hoy también el curador) para su validez y eficacia.

Se arguye como defensa de esta supresión que la representación legal es incompatible con el nuevo régimen en materia de discapacidad. Pero esto sencillamente no es cierto: para empezar, de nuevo se olvida el legislador estatal de los menores: si es un menor de catorce años, está sujeto a la representación legal de sus padres o tutor; también si es un menor mayor de edad y carece de discernimiento y el juez ha establecido un régimen de representación por los padres o el tutor; igualmente si es mayor de edad y está sujeto a curatela representativa. En todos estos casos, hay representación legal. Además, en cualquier otro caso, si el administrador es persona distinta del propio beneficiario, al realizar actos de administración sobre bienes del PP, cuya titularidad es de la persona con discapacidad, estará actuando en su representación y se trata de una representación legal, porque la atribuye la ley. Y tampoco sobraba la afirmación de que el administrador no necesita el concurso de los padres o tutor. De todos modos, es cierto que todo esto es así lo diga o no el legislador, es la lógica de las cosas, que se impone por sí sola.

5. Rendición de cuentas (artículo 7.2). La regulación anterior de la Ley 41/2003 excluía de la obligación de rendición anual de cuentas al administrador, no sólo cuando fuera la propia persona con discapacidad, sino también cuando fueran sus padres. La exención a los padres ha sido suprimida, en la línea de desconfianza hacia éstos de la regulación estatal.

La reforma del Derecho aragonés llevada a cabo por la Ley 3/2024 ha corregido este cambio y recupera la exención de rendición de cuentas periódica para los progenitores (artículo 45-7.4). Siguiendo, como dice el Preámbulo de la Ley, una línea de reconocimiento de que los progenitores son casi siempre las personas más idóneas para la solución de los problemas que plantea la discapacidad de las personas y, por tanto, no deben imponérseles los mismos requisitos que al resto de las personas si no son imprescindibles.

Sin perjuicio de la facultad del Ministerio Fiscal de exigir la rendición de cuentas cuando lo estime conveniente.

CURATELA DE PROGENITORES

Por la

Excma. Sra. Dra. Doña María Cristina Chárlez Arán

Académica de Número

I. INTRODUCCIÓN. LEGISLACIÓN ANTERIOR EN ARAGÓN

I.1. Antecedentes generales

Como datos introductorios para comprobar la evolución, procedo a exponer la legislación anterior, en este sentido debemos tener en cuenta el texto que se publicó en fecha 23 de abril de 2011¹⁵⁷; en el mismo se determinaba en la exposición de motivos sobre las relaciones tutelares, en cuanto a cuestiones generales y derecho histórico en la cual se indicaba:

El Derecho histórico aragonés contenía un sistema propio de instituciones tutelares, completado, como en otros países, con los principios del Derecho común europeo.

Es de señalar que la tutela de los menores podía coexistir con la autoridad de los padres, aun viviendo ambos, pues, como ya se ha dicho, la autoridad de estos operaba en el terreno de las relaciones personales.

La tutela era únicamente dativa y testamentaria, pues la Observancia 9.^a De tutoribus establecía que nadie fuera admitido como tutor si no estaba designado por el Juez o el testador. Tenía carácter troncal, de modo que el Juez designaba como tutor al pariente por la parte de donde procedían los bienes que habían de ser administrados (F. 4.º, De tutoribus, Monzón, 1533); consiguientemente, cabía una pluralidad de tutores, y así se hace patente en la Observancia 1.^a De tutoribus: muerto el marido o la mujer, se da tutor a los hijos menores, por razón de los bienes que tienen por parte del padre o madre difuntos, y si ambos progenitores fallecen, se darán dos tutores, uno por parte de padre en los bienes paternos y otro por parte de madre en los maternos.

Contenía, además, el Derecho aragonés precisiones de varia índole sobre obligación de inventario y de jurar comportarse bien y legalmente el tutor, posibilidad de remoción, etc. También había referencia expresa a la tutela de los dementes y furiosos, y la observación de que no procede incapacitación por prodigalidad, según se ha dicho.

¹⁵⁷ Decreto Legislativo 1/2011 de 22 de marzo del Gobierno de Aragón por el que se aprueba, con el Título del “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

El sistema tutelar propio del Derecho aragonés fue erosionado por las Leyes de enjuiciamiento civil (1855 y 1881) y, luego, por el Código civil, situación en la que llegó al Apéndice de 1925. Sin embargo, tanto los proyectos de Apéndice (1899 y 1904) como el Anteproyecto del Seminario de la Comisión compiladora que preparó la Compilación de 1967 replantearon toda la materia inspirándose de una parte en el Derecho histórico y atentos, de otra, a las necesidades sentidas en cada momento por la sociedad. Esta línea sigue la nueva regulación que viene a sustituir a una regulación fragmentaria que ofrecía muchas dudas de interpretación y, sobre todo, de integración con las normas supletorias del Código civil, que responden a principios parcialmente distintos y, por ello, inadecuados.

Así en dicha legislación, y como consta igualmente en la exposición de motivos, en su Título III se ocupaba de las relaciones tutelares en toda su amplitud, referidas tanto a menores como a incapacitados. Y regulaba la tutela, la curatela y el defensor judicial como instituciones tutelares, así como la guarda de hecho y la guarda administrativa sin tutela como instituciones complementarias de las anteriores. También posibilita el nombramiento de administrador de bienes (coexistente con los padres o el tutor) por quien disponga de tales bienes a título gratuito a favor del menor o incapacitado.

La indicada exposición de motivos, determinaba que:

En general, el sistema no se aparta en los rasgos esenciales del conocido con anterioridad, de modo que puede considerarse de «tutela de autoridad», puesto que todas las funciones tutelares están bajo la salvaguarda de la autoridad judicial y se ejercerán bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, pero se potencia la autonomía de los particulares tanto en la delación como en la determinación de las reglas por las que cada tutela haya de regirse y se acentúan los rasgos familiares.

En los tres primeros Capítulos de aquel Título se abordaban cuestiones que atañen a todas las instituciones tutelares.

En dicho sentido se determinaba que los titulares de la autoridad familiar podían designar a las personas que han de ejercer las funciones tutelares y adoptar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de los menores o incapacitados que están bajo su autoridad, mediante testamento o escritura pública. Quedaban previstas reglas para cuando haya pluralidad de designados o disposiciones incompatibles, así como la vinculación del Juez, salvo circunstancias especiales, a las delaciones voluntarias.

I.2. Antecedentes en cuanto a la anteriormente llamada “Prórroga y rehabilitación de la potestad de guarda”

Según la legislación que expongo en este apartado, esta institución se encontraba regulada en el Capítulo II- Incapacidad e incapacitación. *Prórroga y rehabilitación de la potestad de guarda, art 41 y siguientes*¹⁵⁸

¹⁵⁸ Título I. De la capacidad y estado de las personas. Capítulo II. Incapacidad e Incapacitación. Decreto Legislativo 1/2011 de 22 de marzo del

Y así, se indicaba en la misma:

Prórroga: La autoridad familiar o tutela a que estuviera sometido el menor de edad que hubiera sido incapacitado quedará prorrogada, por ministerio de la ley, al llegar aquel a la mayor edad. (artículo 41)

Rehabilitación. Si el hijo soltero mayor de edad que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado, a falta de previsiones sobre autotutela, se rehabilitará por ministerio de la ley la autoridad familiar, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad. (artículo 42)

Excepción a la prórroga o rehabilitación.: El Juez, no obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, atendidos el grado de deficiencia del incapacitado y la edad o situación personal y social de las personas a quienes correspondería ejercer la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada, puede en su lugar acordar la constitución de la tutela o curatela.(artículo 43) Principio del formulario

Régimen de la potestad de guarda prorrogada o rehabilitada: La potestad de guarda prorrogada o rehabilitada se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la sentencia de incapacitación y, subsidiariamente, conforme a las reglas de la autoridad familiar o la tutela. (artículo 44)

Extinción de la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada: Además de por las causas generales que resulten de aplicación, la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada se extingue: a) Por haberse dictado sentencia que deje sin efecto la incapacitación.; b) Por haber contraído matrimonio el incapacitado.; c) Por declaración judicial, basada en la dificultad grave de los titulares para el adecuado cumplimiento de su función, atendidos su edad o situación personal y social y el grado de deficiencia del incapacitado. (artículo 45).

II. LEGISLACIÓN COMPARADA. CÓDIGO CIVIL.

II.1. Antecedentes Código Civil.

Según la legislación anterior del CC (vigente hasta 2021¹⁵⁹), se indicaba la patria potestad y a estos efectos que aquí tratamos la determinación concreta de “patria potestad prorrogada”:

La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados quedará prorrogada, por ministerio de la Ley, al llegar aquéllos a la mayor edad. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad. La patria potestad prorrogada en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo

¹⁵⁹ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Modificado por Ley 8/2021 de 2 de Junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. (BOE 132 de 03/06/2021)

especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y, subsidiariamente, en las reglas del presente título.

La patria potestad prorrogada terminará: 1.º Por la muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres o del hijo.; 2.º Por la adopción del hijo.; 3.º Por haberse declarado la cesación de la incapacidad.; 4.º Por haber contraído matrimonio el incapacitado.

Si al cesar la patria potestad prorrogada subsistiere el estado de incapacitación, se constituirá la tutela o curatela, según proceda. (art 171)

La legislación actual modifica estos términos, y ello según la ley 8/2021¹⁶⁰, que determinaba en su exposición de motivos:

Siguiendo los precedentes de otros ordenamientos europeos y las directrices del Consejo de Europa, a la hora de concretar los apoyos la nueva regulación otorga preferencia a las medidas voluntarias, esto es, a las que puede tomar la propia persona con discapacidad. Dentro de las medidas voluntarias adquieren especial importancia los poderes y mandatos preventivos, así como la posibilidad de la autoguardatela. Fuera de ellas conviene destacar el reforzamiento de la figura de la guarda de hecho, que se transforma en una propia institución jurídica de apoyo, al dejar de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad. La realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho –generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables–, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea. Para los casos en que se requiera que el guardador realice una actuación representativa, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial ad hoc, de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso, previo examen de las circunstancias.

La institución objeto de una regulación más detenida es la curatela, principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad. El propio significado de la palabra curatela –cuidado–, revela la finalidad de la institución: asistencia, apoyo, ayuda en el ejercicio de la capacidad jurídica; por tanto, como principio de actuación y en la línea de excluir en lo posible las actuaciones de naturaleza representativa, la curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial. No obstante, en los casos en los que sea preciso, y solo de manera excepcional, podrá atribuirse al curador funciones representativas.

El valor del cuidado, en alza en las sociedades democráticas actuales, tiene particular aplicación en el ejercicio de la curatela. Todas las personas, y en especial las personas con discapacidad, requieren ser tratadas por las demás personas y por los poderes públicos con cuidado, es decir, con la atención que requiera su situación concreta.

¹⁶⁰ Ley 8/2021 de 2 de Junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. (BOE 132 de 03/06/2021)

Y así siguiendo estas directrices, en concreto respecto a este tema que aquí resumimos, dicha legislación determina que:

Siguiendo este mismo criterio, se eliminan del ámbito de la discapacidad no sólo la tutela, sino también la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone. En este sentido, conviene recordar que las nuevas concepciones sobre la autonomía de las personas con discapacidad ponen en duda que los progenitores sean siempre las personas más adecuadas para favorecer que el hijo adulto con discapacidad logre adquirir el mayor grado de independencia posible y se prepare para vivir en el futuro sin la presencia de sus progenitores, dada la previsible supervivencia del hijo; a lo que se añade que cuando los progenitores se hacen mayores, a veces esa patria potestad prorrogada o rehabilitada puede convertirse en una carga demasiado gravosa. Es por ello que, en la nueva regulación, cuando el menor con discapacidad llegue a la mayoría de edad se le prestarán los apoyos que necesite del mismo modo y por el mismo medio que a cualquier adulto que los requiera

II. 2. Legislación actual- CC

La ley, por tanto, reforma sustancialmente el bloque contenido en los anteriores arts. 222 a 285 -Capítulo II, de la Tutela- por los nuevos arts. 199 a 234 CC. Se complementa con figuras relativas a las personas con discapacidad, reguladas a partir del art 211 referidos a la tutela y el nombramiento del tutor, y en cuanto a menores los arts. 235 y 236 CC, defensor judicial del menor, y 237 y 238, guarda de hecho del menor

Y así en general, podrán ser tutores *todas las personas físicas que, a juicio de la autoridad judicial, cumplan las condiciones de aptitud suficientes para el adecuado desempeño de su función y en ellas no concurra alguna de las causas de inhabilidad establecidas (art 211)*

Y por tanto, como ya se ha expuesto, claramente indicado en la exposición de motivos, en CC opta por la supresión de la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada ya que considera el legislador que- reiteramos- son según Exposición de Motivos: *figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone*. Considera la nueva legislación que debido a las nuevas concepciones, *se pone en duda que los progenitores sean siempre las personas más adecuadas para favorecer que el hijo adulto con discapacidad logre adquirir el mayor grado de independencia posible y se prepare para vivir en el futuro sin la presencia de sus progenitores, y añade que se considera que cuando los progenitores se hacen mayores, a veces esa patria potestad prorrogada o rehabilitada puede convertirse en una carga demasiado gravosa. Es por ello que, en la nueva regulación, cuando el menor con discapacidad llegue a la mayoría de edad se le prestarán los apoyos que necesite del mismo modo y por el mismo medio que a cualquier adulto que los requiera.*

Podemos añadir que consta alguna sentencia aplicando esta legislación en la cual sin embargo se determina que -no obstante ello-, efectivamente los padres pueden ser los más convenientes para ostentar el cargo de curador¹⁶¹.

III. LEGISLACIÓN ACTUAL EN ARAGÓN- CDFA

En Aragón a tenor de la legislación aplicable quedó modificado el CDFA, por la Ley 3/24¹⁶², cuya exposición de motivos indica:

Entre las normas comunes a las relaciones tutelares y medidas de apoyo (título III), se incluye una regulación de las disposiciones voluntarias tanto sobre tutela como sobre curatela (capítulo II). Siguiendo lo que ya establecía el Derecho aragonés y en línea con la Convención de Nueva York, estas disposiciones voluntarias tienen prevalencia, puesto que vinculan al Juez que debe intervenir en la tutela o curatela, excepto que se haya producido una alteración sustancial de las circunstancias o que concurran hechos relevantes no tenidos en cuenta y, si se trata de disposiciones relativas a la propia persona, que su cumplimiento sea imposible o extraordinariamente difícil (artículo 119).

Las disposiciones voluntarias puede establecerlas la propia persona afectada que sea mayor de catorce años y tenga aptitud suficiente para determinar su voluntad, expresarla y actuar conforme a ella (artículo 113).

Pero, además, en una línea de reconocimiento de que los progenitores son casi siempre las personas más idóneas para la solución de los problemas que plantea la discapacidad de las personas, se concede a los titulares de la autoridad familiar la facultad de hacer disposiciones sobre la tutela de sus hijos menores que sigan bajo su autoridad para cuando llegue el día en que no puedan ocuparse de ellos y deban quedar sujetos a tutela, si bien prevalecerán las disposiciones del propio menor, si las hubiera (artículo 115). Igualmente, se concede a los progenitores titulares del ejercicio de la autoridad familiar la facultad de establecer disposiciones voluntarias sobre la curatela de sus hijos menores con discapacidad o en previsión de que lleguen a tenerla para cuando alcancen la mayoría de edad; incluso, se atribuye a los progenitores que sean curadores representativos de sus hijos mayores la facultad de establecer disposiciones sobre la futura curatela de estos para cuando dejen de ser curadores (artículo 116). Se prevén reglas para cuando haya varias disposiciones incompatibles.

¹⁶¹ AP Sevilla Num sentencia 30/2025, num de recurso 5311/2022. La cuestión principal en disputa es la necesidad de establecer una curatela representativa para la hija de los apelantes, quien presenta un deterioro cognitivo moderado que le impide gobernarse por sí misma. El hecho que provocó las primeras actuaciones procesales fue la demanda de incapacitación presentada por los padres en 2019, buscando rehabilitar la patria potestad y establecer medidas de apoyo adecuadas

AP Ciudad real Num sentencia 244/2024, num recurso 24/2023 Curatela. Medidas de apoyo: Con fecha 04/11/2021 y en proceso incapacidad 670/20 se acordó la **constitución de la curatela** en favor, asumida por su progenitora materna, para la realización de actos de carácter personal y en particular aquellos necesarios para asegurar el control del tratamiento médico prescrito por los facultativos para su enfermedades y los necesarios para proceder a su ingreso cuando su estado o salud lo requieran.

¹⁶² Ley 3/2024 de 13 de junio de modificación del Código Foral de Aragón en materia de capacidad jurídica de las personas. BOA num 122 de 15/06/2024

El objeto de estas disposiciones voluntarias, que requieren en todo caso instrumento público notarial, puede consistir en designar a las personas que han de ejercer la función de tutor o curador, o establecer los requisitos que deben reunir, o delegar en otra persona su elección entre los varios designados o las personas que reúnan los requisitos fijados. Asimismo, pueden establecer disposiciones muy amplias sobre el funcionamiento de la tutela o curatela y relativas a su persona y bienes (artículo 114).

Toda persona que se designe voluntariamente para prestar apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica que no se configure como mandatario se considerará designada para ser curador, con independencia de la denominación que se le atribuya (artículo 113-3), con lo que se pretende evitar la existencia de medidas de apoyo atípicas, cuyo encaje y régimen jurídico podrían plantear dificultad.

Así por tanto, queda clara constancia, que en la legislación aragonesa, se concede a los titulares de la autoridad familiar la facultad de hacer disposiciones sobre la tutela de sus hijos menores que sigan bajo su autoridad para cuando llegue el día en que no puedan ocuparse de ellos y deban quedar sujetos a tutela, y se concede a los progenitores titulares del ejercicio de la autoridad familiar la facultad de establecer disposiciones voluntarias sobre la curatela de sus hijos menores con discapacidad o en previsión de que lleguen a tenerla para cuando alcancen la mayoría de edad; incluso, se atribuye a los progenitores que sean curadores representativos de sus hijos mayores la facultad de establecer disposiciones sobre la futura curatela de estos para cuando dejen de ser curador.

Y por tanto ello queda concretado en el correspondiente articulado:

Curatela por progenitores.: 1. Cuando la curatela se haya confiado a los progenitores no se aplicarán las normas sobre remuneración, inventario e información periódica, y solo precisarán autorización o aprobación de la Junta de Parientes o del Juez para los actos en que la requerirían si el hijo fuera menor de edad.; 2. No obstante, la autoridad judicial, a instancia del Ministerio Fiscal o del hijo con discapacidad, en atención a las circunstancias concurrentes, podrá acordar la modificación o inaplicación en todo o en parte de este régimen especial.; 3. Podrá también la autoridad judicial, si las circunstancias lo justifican y oído el Ministerio Fiscal, aplicar en todo o en parte este régimen especial cuando la curatela se haya confiado al cónyuge, al otro miembro de la pareja estable no casada, a un descendiente o a un hermano de la persona con discapacidad. (art 169.28)

Por tanto en resumen, a través del CDFA, con la curatela de progenitores, quedará concretada una medida de apoyo para personas con discapacidad, en la cual los padres (progenitores) son nombrados curadores, pudiendo ser utilizada cuando una persona necesita la indicada asistencia de forma continua para tomar decisiones o gestionar su vida y patrimonio, y sus padres son designados para otorgarle dicho apoyo.

ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LOS MANDATOS DE APOYO Y PODERES PREVENTIVOS

Por el

Ilmo. Sr. D. José Castán Pérez-Gomez

Académico Correspondiente

1. INTRODUCCION: LA ELECCION DEL TEMA

Cuando nuestro Presidente, don José Luis Merino Hernández, nos convocó para la realización de esta obra colectiva, tuve claro desde el primer momento que mi aportación debía ser sobre algún aspecto de la Ley 3/2024, de 13 de junio, de modificación del Código de Derecho Foral de Aragón en materia de capacidad jurídica de las personas: la razón es que esta Ley, de la que se ha dicho que es la primera gran reforma del Código de Derecho Foral de Aragón desde que se aprobó como texto refundido en el año 2011, y también que es pionera respecto al resto de los derechos forales de España, adapta el derecho civil de Aragón a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y lo hace con pleno respeto a las características propias de lo que constituye la esencia o médula del sistema de derecho civil de esta comunidad, pero, además, afrontando y dando soluciones a la mayor parte de las cuestiones dudosas que durante estos años, en relación a la Ley estatal 8/2021, de 2 de junio, han ido surgiendo.

Una vez delimitada la materia, quedaba la elección de un tema específico. Por mi ejercicio profesional como Notario mi inclinación era hacia los llamados, en expresión generalizada, “poderes preventivos” (tan solicitados en nuestros despachos), ahora con una regulación muy completa en esta nueva Ley. Solo había un inconveniente: toda su problemática ya había sido analizada, con singular acierto, por mi compañero don Adolfo Calatayud Sierra: éste que, como miembro de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, había participado muy activamente en la elaboración del anteproyecto, en su estudio “Mandatos de apoyo y poderes preventivos sin mandato” trata exhaustivamente el nuevo régimen legal¹⁶³: aunque amablemente *me cedió el tema*, no había posibilidad de aportar originalidad y, menos aún, mejorarlo.

¹⁶³ En *Reforma del Código del Derecho Foral de Aragón en materia de discapacidad (Ley 3/2024, de 13 de junio) comentada por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, Colex, Gobierno de Aragón, 2024, págs. 111 a 136. Además, Calatayud ha venido exponiendo los aspectos principales de la nueva regulación en diferentes jornadas y coloquios: Foro de Derecho Aragonés (XXXIII, Encuentros, 19 de noviembre de 2024), Colegio Notarial de Aragón (17 de diciembre de 2024), entre otros.

Con todo, la relevancia de la figura, *su tránsito del derecho de obligaciones al derecho de la persona*, parecía justificar algún comentario. Los artículos que la desarrollan en la Ley 3/2024 han sido elaborados con muy buena técnica, y con una idea muy clara de lo que debe ser esta figura hoy día y, como más arriba decíamos, con pleno respeto a las características propias del sistema de derecho civil de la comunidad: no son previsibles grandes problemas respecto de ellos. Así que, en lugar de una exposición sistemática -que como digo, ya está hecha y muy bien, nos vamos a limitar a desarrollar, después de caracterizar el mandato de apoyo en la nueva Ley, culminación de la evolución -y transformación- de la figura desde el año 2003 hasta hoy, algunos de sus puntos concretos, para terminar con una referencia a las normas de derecho internacional privado, puesto que esta medida de apoyo ha sido objeto de atención en varios convenios internacionales. Siendo en la actualidad la medida de apoyo por excelencia, siempre será un buen momento para reflexionar sobre ella, que es lo que se pretende con estas breves *anotaciones*.

A pesar de los límites que impone la extensión de estos trabajos, tenemos que empezar por una mención, aunque sea mínima, a su origen legal y a su evolución, en consonancia con la que también han experimentado las disposiciones tutelares, hoy medidas de apoyo porque, con el contraste entre sus primeras regulaciones y las actuales, obtendremos una mejor caracterización de la figura.

2. RECONOCIMIENTO LEGISLATIVO EN 2003 Y EVOLUCIÓN POSTERIOR

Conforme es sabido, el origen legal de esta figura arranca de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad: su objeto principal era la protección patrimonial de éstas mediante lo que denominó el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, pero también, dando juego al principio de autonomía de la voluntad, dio cabida a la autotutela y, reformando el artículo 1.732 del Código Civil, a la posibilidad de que el contrato de mandato pudiera subsistir no obstante la incapacitación del mandante si éste hubiera dispuesto en el mismo su continuación: posibilidad que ya existía en algunos países y que venía siendo reclamada por muchos autores, principalmente en el ámbito notarial¹⁶⁴. Ambas figuras responden a un mismo fundamento: que sea la propia persona quien designe a quien considera más idóneo, en el supuesto de que por edad avanzada o enfermedad no esté en situación de gestionar sus asuntos, patrimoniales y personales, para que lo haga, con el alcance que él mismo pueda determinar.

Esta innovación fue muy bien recibida por los operadores jurídicos y, como sucede cuando una norma permite resolver problemas de la vida real, empezó a ser inmediatamente utilizada, siempre bajo *intervención notarial*: en efecto, aunque el contrato de mandato es con-

¹⁶⁴ Así, la ponencia *Apoderamientos preventivos y autotutela* de Manuel Ángel Martínez García en el Seminario La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales, Santander, agosto 1999, ed. Civitas 2000, págs. 115 a 148, entre otros. Con posterioridad a la Ley 4/2003 puede citarse, a título de ejemplo, en Aragón, los trabajos *Voluntades anticipadas*, de María Ángeles Parra Lucán y *Autotutela y poderes preventivos* de Tomás García Cano (*Actas de los XV Encuentros del foro de Derecho Aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, 2006 (Sesión II de 2005, págs. 77 a 114 y 117 a 129, respectivamente).

sensual, lo cierto es que llevará normalmente consigo el conferimiento de un poder (puesto que el mandato puro, exento de representación directa, privaría al mandatario de actuar en nombre del mandante), por lo que lo que hoy es una exigencia legal -su otorgamiento en escritura pública- fue desde el primer momento la forma habitual de constitución. La existencia de estos poderes permitía eludir la nunca deseada *incapacitación*, sin que podamos detenernos ahora en las razones por las que el sistema instaurado por la Ley 13/1983, reformadora de la tutela, no llegó a conseguir los fines a los que bienintencionadamente aspiraba.

Con esta novedad legislativa se buscaba, preferente o exclusivamente, dejar resuelto el problema que se origina cuando, habiendo perdido el discernimiento una persona, fuera necesario disponer de algún bien de su propiedad, formalizar una herencia o, simplemente otorgar un poder de representación procesal: se resolvían, pues, problemas de tráfico jurídico sin necesidad de intervención judicial, velando exclusiva o preferentemente por la cuestión patrimonial (que es el ámbito propio del contrato de mandato donde estaba la norma), no la personal. Además, se hacía por el mecanismo de la sustitución: aunque el poderdante había ejercido su capacidad jurídica designando al apoderado, el ejercicio posterior de las facultades conferidas tenía lugar en principio sin su participación. Lejos, por lo tanto, del nuevo paradigma de la discapacidad, aunque conviene recordar que faltaban tres años para la Convención de Nueva York y algunos más para que la nueva concepción que de ella resulta *calase* en nuestra doctrina y jurisprudencia y, ya más tarde, en nuestros legisladores. Llegado ese momento, se hacía necesario una adecuación de la figura, y también dotarla de un régimen jurídico más completo (recordemos que el Código Civil solamente le dedicaba el párrafo del 1.732), lo que llevó a cabo la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reformó la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

En *Aragón*, en que el contrato de mandato no estaba específicamente regulado, el citado artículo 1.732 del Código Civil era de total aplicación, siendo, como observa José Luis MERINO HERNANDEZ, estos poderes formalizados a su amparo bastante habituales en la práctica cotidiana¹⁶⁵. La Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, en sede de instituciones tutelares, en su artículo 95, después de recoger la autotutela, añadió: "... incluido el otorgamiento de un mandato que no se extinga por su incapacidad o incapacitación". También estableció la exigencia de escritura pública, la comunicación de oficio por el notario al registro civil y la posibilidad de que el juez pudiera, en resolución motivada, declararlo extinguido al constituir la institución tutelar o posteriormente, a instancia del tutor o curador. De esta ley pasó al artículo 109 del *Código de Derecho Foral de Aragón*, ya en artículo independiente de la autotutela, hasta su total y detallada regulación en la Ley 3/2024, de 13 de junio, que integra las medidas de apoyo en el *Título V del Libro Primero*¹⁶⁶.

¹⁶⁵ En su capítulo "Delación", en la colectiva, *Manual de Derecho Aragonés de la Persona*, bajo su coordinación, Los Fueros, 2009, págs., 300 y 301.

¹⁶⁶ Esta evolución legislativa motivará que tanto el Código Civil como la Ley 3/2024 de Aragón tengan una norma de derecho transitorio para los poderes anteriores: son muy precisas las afirmaciones y reflexiones de CALATAYUD SIERRA en el apartado "Régimen de derecho transitorio" de su *Mandato de apoyo*, en la colectiva "Reforma del Código Civil de Derecho Foral de Aragón ..." cit. pág. 135 y 136.

Con relación a esta evolución legislativa, señala Aurora LÓPEZ ARCONA que Aragón contaba desde 2006 con un régimen completo sobre capacidad por razón de discapacidad e instituciones tutelares; sin embargo, necesitaba una profunda revisión al objeto de su debida adecuación a la Convención de Naciones Unidas de 2006 (pero también a las nuevas exigencias derivadas de la legislación procesal resultante de la reforma estatal operada por la Ley 5/2001), lo que se ha traducido en una reestructuración en profundidad de su Libro I y las pertinentes revisiones de sus Libros II y III. La reforma se ha efectuado, sigue diciendo, con una total coincidencia con los principios fundamentales de la Convención N.U. 2006, pero también con uno de los principios esenciales en los que tradicionalmente se inspira el derecho civil aragonés como es el *standum est chartae*¹⁶⁷. Que en el Derecho Civil Aragonés no sea una novedad también lo había expuesto CALATAYUD SIERRA: la Ley 13/2006, de Derecho de la persona recogió el que denominaba “mandato que no se extingue por la incapacidad o incapacitación”; lo que ha hecho la Ley 3/2024 es adaptar esta regulación a la nueva terminología legal y, además, desarrollar su regulación, estableciendo un régimen jurídico muy detallado, reforzando su eficacia e incardinando el mandato en el sistema de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica¹⁶⁸.

Teniendo que limitarnos al mandato de apoyo, y dejando ya los antecedentes, su concepto actual arranca, pues, de la Convención de Nueva York, se encuentra en la legislación estatal en la Ley 8/2021 y en Aragón en la Ley 3/2024¹⁶⁹.

3. CARACTERIZACIÓN DEL MANDATO DE APOYO EN ARAGÓN

El art. 168.1 nos da la definición legal del mandato de apoyo al decir “cualquier persona mayor de catorce años y con aptitud suficiente conforme al artículo 40, en previsión de la concurrencia de causas que dificulten el ejercicio de su capacidad jurídica, podrá encomendar mediante mandato otorgado en escritura pública a una o varias personas que le presten el apoyo necesario para gestionar sus intereses personales o patrimoniales, con o sin poder de representación”. El mandato determinará “los concretos apoyos a prestar por el mandatario” (art. 169.1). Se pretende que el mandatario, a diferencia del mero apoderado, quede obligado a cumplir los concretos apoyos que le encomiende el mandante (art. 169.3). Se trata pues, de un contrato entre ambos, no un mero apoderamiento, acto unilateral que no genera por sí solo obligaciones para el apoderado.

¹⁶⁷ *Líneas maestras del nuevo sistema aragonés de apoyos en las personas con discapacidad (L.3/2004, de 13 de julio)*, Revista Jurídica del Notariado, Julio-diciembre 2024 núm. 119, págs. 461 y 462.

¹⁶⁸ Ob. cit., pág. 112.

¹⁶⁹ En Cataluña ha sido aprobado un Anteproyecto de ley de Modificación del Código Civil de Cataluña en materia de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas, dando cumplimiento a lo dispuesto en la disposición final cuarta del Decreto Ley 19/2021, de 31 de agosto (que en su exposición de motivos se consideraba transitorio, hasta concluir la regulación definitiva). A falta de su aprobación al tiempo de la entrega de este estudio, me ha parecido preferible omitir las citas al derecho de Cataluña.

Pero junto al mandato de apoyo, también regula como figura diferenciada los poderes preventivos sin mandato, a los que le dedica un artículo, el 169-8. En su primer párrafo, le interesa al legislador señalar con claridad que “*no se considerará medida de apoyo de una persona con discapacidad*” y como consecuencia de ello, “el Juez, en resolución motivada, los podrá declarar extinguidos en todo o en parte, tanto al constituir la curatela como posteriormente a instancia del curador” (art. 169-8.2.d). Es decir, como dice CALATAYUD SIERRA (en su estudio tantas veces citado), el mantenimiento del poder queda al arbitrio del juez, que puede decidir mantenerlo sobre la base del respeto de la voluntad de la persona que lo concedió, o considerar que con el curador es suficiente y que la coexistencia del apoderado con el curador puede ser problemática.

Muy diferente, por lo tanto, del mandato de apoyo: cuando lo hay, el juez en el procedimiento de provisión de medidas de apoyo solo adoptará una medida de apoyo complementaria o supletoria cuando considere, en resolución motivada, que el mandato resulta insuficiente, inadecuado o no se está ejercitando eficazmente (art. 169-7).

Así pues, el otorgante aragonés puede optar entre ambas figuras: el mandato de apoyo, que genera obligaciones para el mandante o el poder preventivo sin mandato. En la práctica lo más frecuente será lo segundo. Así lo reconoce CALATAYUD SIERRA, señalando que han sido muy poco frecuentes los contratos de mandato de apoyo entre mandante y mandatario: concluye la caracterización de ambas figuras señalando que, “aunque en el espíritu de la reforma se encuentra la preferencia por el mandato de apoyo, hay que ser conscientes de la dificultad de conseguir la generalización de este instrumento. Para ello, hay que cambiar hábitos muy asentados y no puede dejar de tenerse en cuenta el inconveniente añadido de los celos, en muchas ocasiones, del mandatario, que puede estar dispuesto a asumir una carga, pero quizá no lo esté a obligarse por escrito y ante notario”¹⁷⁰.

Efectivamente, no será fácil, desde el punto de vista documental que el mandato de apoyo vaya sustituyendo a los poderes preventivos. Pero estos, tan útiles en el pasado como me he esforzado al principio en destacar, no se avienen bien con el nuevo tratamiento de la discapacidad, puesto que, de un lado, no van a recoger la voluntad, deseos y preferencias del poderdante respecto de la utilización del poder, y, de otro, esta utilización “inmediata”, es decir, cuando el poderdante todavía no precisa medidas de apoyo, puede generar una *sustitución de la intervención y de la voluntad* del poderdante¹⁷¹. Pero, desde una perspectiva optimista, cabe esperar que conforme va arraigando la nueva concepción, y con el debido asesoramiento, los poderes preventivos se vayan acercando, en su redacción y utilización por el apoderado, al nuevo paradigma.

El art. 113.3 dispone cómo “Toda persona designada voluntariamente para prestar apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica que no se configure como mandatario se considerará designado para ser curador, con independencia de la denominación que se le atribuya”,

¹⁷⁰ Ob. cit., pág. 117.

¹⁷¹ A ello me voy a referir en el apartado 5. “Su extensión”.

de donde el legislador aragonés, a diferencia del estatal (véase el art. 255 del Código Civil), no establece ninguna medida de apoyo voluntaria distinta del mandato de apoyo. De ahí que CALATAYUD SIERRA afirme con rotundidad que en Derecho aragonés es la única medida de apoyo voluntario propiamente dicha.

Su régimen legal está muy desarrollado en la nueva Ley, de donde quedan excluidos como supletorios los arts. 255 y siguientes del Código Civil (no así los del contrato de mandato, ya que Aragón carece de regulación propia). Su redacción es muy detallada, fijando su posición en cuestiones que se venían debatiendo en la doctrina en relación a la Ley 8/2021. Pero no vamos a *contrastar ni señalar las diferencias* entre un régimen legal y el otro: sería una caracterización por medio del contraste que resulta inadecuada puesto que cada sistema tiene su propia normativa¹⁷².

4. EL MANDATO DE APOYO FRENTE A LAS RESTANTES MEDIDAS

Con el nuevo paradigma de la discapacidad se va a convertir en la medida de apoyo más importante: medida voluntaria de apoyo por excelencia la denominará el preámbulo de la Ley 3/2024. En efecto, aunque la autotutela también descansa en el principio de *autonomía de la voluntad*, exige *investidura judicial*, que es ajena a esta figura: el mandato de apoyo solo obliga a la inscripción en el registro civil, inscripción además que no tiene naturaleza constitutiva, como bien ha señalado el Tribunal Supremo¹⁷³. Además, la autotutela tendrá siempre carácter supletorio respecto al mandato de apoyo como dispone el art. 169-7 citado en el apartado anterior¹⁷⁴. Y de las restantes medidas de apoyo podemos decir que la guarda de hecho, independientemente de que ha sido potenciada en todas las legislaciones (y entre ellas, la aragonesa), no tiene razón de ser si la persona cuenta con un mandato de apoyo (véase el art. 169-10.1), independientemente además de que se presta por iniciativa del guardador, y en cuanto al defensor judicial, se configura con carácter secundario y para el supuesto concreto en que es llamado, requiriendo una medida de apoyo previa. El mandato de apoyo excluye, por

¹⁷² Aunque sí queremos destacar, con todo, una importante diferencia: en el Código Civil, el art. 259 establece que cuando el poder contenga cláusula de subsistencia para el caso de que el poderdante precise apoyo en el ejercicio de su capacidad o se conceda solo para ese supuesto y, en ambos casos, comprenda todos los negocios del otorgante, el apoderado, sobrevenida la situación de necesidad de apoyo, quedará sujeto a las reglas aplicables a la *curatela* en todo aquello no previsto en el poder salvo que el poderdante haya determinado otra cosa. En Aragón no hay una norma similar por lo que no será de aplicación (aunque CALATAYUD SIERRA, con buen criterio, entiende que puede ser conveniente incluir una cláusula que excluya la curatela para evitar que por cambio de residencia del mandante se le pretenda aplicar).

¹⁷³ La Sentencia de Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 4 de noviembre de 2024 (STS 1449/2024) lo señala de modo terminante en su Fundamento de Derecho Tercero diciendo "... 3. la validez y la eficacia del poder no está supeditada a su inscripción en el Registro Civil, ni en el derecho vigente cuando se otorgó el poder por doña ... ni en la actualidad. El poder confiere legitimación al margen de su inscripción, a la que la ley no confiere naturaleza constitutiva" (en el supuesto que la motivó se trataba de un poder otorgado el día 20 de abril de 2021, antes pues de la Ley 8/2021, y sujeto al Código Civil).

¹⁷⁴ "Para el Código Civil así lo señalan el art. 255, último párrafo y el primer párrafo del art. 258; el Tribunal Supremo ya ha tenido ocasión de pronunciarse, y así, en la sentencia citada en la nota anterior señala que, si existe un poder preventivo general que resulte suficiente (es decir, que los apoyos se están prestando de manera adecuada y suficiente de conformidad con los deseos del poderdante), no procede constituir la curatela (Fundamento de Derecho Quinto, 6. y 8.).

lo tanto, a las restantes medidas, salvo para apoyos no comprendidos en el mismo o cuando no se está ejercitando eficazmente.

Por esta razón, de asegurar que se cumple la voluntad sin interferencias, se considera la *mejor medida*, y esta consideración no es solo de tipo teórico o académico, como puede constatarse consultando el Centro de Información Estadística del Notariado, que nos revela que hay un incremento constante en el otorgamiento de estos poderes.

Es de destacar que esta preferencia del mandato de apoyo sobre otras medidas se refleja, además, en los *convenios internacionales*, donde los “poderes de representación concedidos por un adulto” constituyen la medida de apoyo preferente. En el apartado “Poderes preventivos y situaciones transfronterizas” tendremos ocasión de referirnos a ello.

Precisamente por esto, que lo ordenado por el poderdante va a tener plena efectividad, sin más *controles* a posteriori que los que uno mismo haya considerado establecer, es por lo que se nos exige a los notarios en su otorgamiento ser especialmente cuidadosos en el asesoramiento, valorando la capacidad “y prestando el apoyo necesario para que pueda desplegar ese margen de autonomía, previsión y autorregulación personal”, según los términos de la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 4 de noviembre de 2022¹⁷⁵. En este asesoramiento que debemos prestar será muy importante informar al poderdante de la conveniencia de establecer unas *medidas de control* (tema que trataremos más adelante, por lo que no vamos a insistir ahora).

5. SU EXTENSIÓN

Después de haber destacado los caracteres del mandato de apoyo en la nueva regulación aragonesa, vamos a hacer unas breves consideraciones sobre su extensión y límites, desde una perspectiva de carácter general.

Veámos al principio que en los primeros momentos a partir de su regulación en la Ley 41/2003, estos poderes fueron recibidos como instrumento para resolver preferentemente cuestiones patrimoniales, negocios generalmente ineludibles que a partir de ese momento podían realizarse sin necesidad de acudir a la autorización judicial. Pero en el concepto legal actual y también en la *sensibilidad* de nuestra sociedad, además de esta muy importante faceta, se encuentra también la referida a la *esfera personal* del poderdante: se trata, en definitiva, de que pueda ser un instrumento para velar por sus intereses en todos los ámbitos (o en aquellos que el poderdante quiera establecer). En este concepto estarían las decisiones en torno al cuidado de su persona, de su salud¹⁷⁶, su deseo de permanecer en su hogar o en una residencia y cuantas otras que, aunque puedan tener trascendencia patrimonial, tengan también un componente personal (*que no personalísimo*).

¹⁷⁵ Esta resolución tiene mucho interés para la práctica notarial en cuanto especifica, en el mismo sentido que la de 31 de agosto de 2020, a la que cita, la forma de acreditación de la reseña del poder en la escritura.

¹⁷⁶ Respetando el ámbito propio del documento de instrucciones previas (voluntades anticipadas), con el que no debe interferir (aunque hay autores que defienden que pueda contener disposiciones propias de dichos documentos).

Es interesante el estudio de Macarena DIÉGUEZ MORÁN sobre su utilización para proteger los derechos morales de autor, que constituyen la vertiente personal del derecho de autor: después de señalar que con carácter general el ejercicio de estos derechos corresponde en exclusiva a su titular y que estos derechos se caracterizan por su irrenunciabilidad e inalienabilidad (lo que lleva a asimilarlos a los derechos de la personalidad), y a pesar de que en el T.R. de la Ley de Propiedad Intelectual no se hace mención alguna a los autores mayores de edad que precisen de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica (el tenor literal de la Ley no contempla la posibilidad de que este tipo de derechos pudiera ser ejercitado por un tercero distinto de su autor) y de las dificultades que plantea la singular naturaleza de estos derechos, se esfuerza en buscarles algún encaje en el contenido posible de un poder preventivo¹⁷⁷. Lo hace distinguiendo entre los distintos derechos de autor, pues no cabe dar una solución genérica o idéntica para todos, ya que existen peculiaridades y matices que diferencian cada uno de ellos. No podemos detenernos en su análisis y conclusiones, tan solo alabar la oportunidad de este tipo de estudios que persiguen la aplicación del nuevo paradigma de la discapacidad a derechos cuya caracterización no lo hace fácil¹⁷⁸. Lo cual debe entenderse sin perjuicio de que esté vedada la representación para aquellos actos para los que la ley exige una actuación *estrictamente personal* (art. 35.2): así, suelen citarse el testamento, las capitulaciones matrimoniales, el contrato sucesorio...

Si en la esfera personal encontramos pues dificultades en relación a algunos derechos, en la esfera *patrimonial*, por el contrario, puesto que constituyó el ámbito propio de la figura desde su primera recepción legislativa, no se suscitan en general problemas respecto a los negocios que pueden ser objeto del mismo, siendo lo habitual la inclusión de las largas enumeraciones que tradicionalmente se incorporan en los poderes generales.

Vemos, pues, que el contenido *posible* de un mandato de apoyo es amplísimo. Como señala M^a Paz GARCÍA ARROYO, “nada obstaculiza que la persona que lo desee otorgue un poder preventivo de índole general que abarque todas las materias tanto patrimoniales como personales que desee; esta posibilidad se recoge en el art. 259 CC, aunque de conformidad con los principios que han inspirado la reforma, resulta más que conveniente explicitar en la medida de lo posible el ámbito de actuación al que el poder dará cobertura e incluir las salvaguardas procedentes, huyendo de fórmulas omnicomprendivas”. Es decir, aunque, como reconoce esta autora, “en este punto la primacía de la voluntad de la persona que otorga la medida preventiva implica que esta pueda prever un apoyo sustitutivo”. Debe “evitarse la redacción de poderes generales en los que se produzca una sustitución *tout court* y sin cortapisas de la voluntad del poderdante con discapacidad... que, a pesar de su origen voluntario, parecen contradecir los principios básicos de la reforma”¹⁷⁹.

¹⁷⁷ *El poder preventivo como medida de apoyo voluntario para proteger los derechos morales de autor*, Revista de Derecho Civil vol. X, núm. 4 (julio-septiembre, 2023), págs.. 225-260.

¹⁷⁸ Por lo que van a ser muchas las dificultades que se plantean, a pesar de la decisión con la que esta autora defiende la tutela y ejercicio de estos derechos por medio del poder preventivo.

¹⁷⁹ Comentario al art. 258 en la colectiva *Comentarios al Código Civil* dirg. por Ana CAÑIZARES LASO, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, págs. 1729 y 1728.

En efecto, tal concepción apartaría al discapacitado del tráfico jurídico al quedar sustituido por su apoderado una vez otorgado el poder. Se convertiría en una nueva forma de incapacitación, como bien señala Manuel LORA-TAMAYOS VILLACIEROS, que se pregunta si “no sería lo mismo que ocurría con el tutor”¹⁸⁰

6. LAS MEDIDAS DE CONTROL

La Convención de Naciones Unidas de 2006, en su artículo 12, que constituye el eje central del cambio de paradigma de la discapacidad, exige en su apartado 4 que los estados proporcionen salvaguardas adecuadas y efectivas para impedir los abusos, asegurando que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona y que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida¹⁸¹. Trasladado al ámbito del poder preventivo, que el ejercicio de las facultades concedidas sea conforme a su voluntad, evitando que el apoderado anteponga otros intereses (que normalmente serían los suyos propios). El riesgo se presentará, sobre todo, en decisiones que tengan mucha trascendencia económica en relación a la composición de su patrimonio (como sería por ejemplo la enajenación de una única vivienda).

Todas las legislaciones consideran: 1) que corresponde al poderdante fijar los límites del apoderamiento, pues es quien mejor conoce las condiciones de la persona a la que designa y la confianza que le tiene. 2) Que el poderdante puede dispensar de estas medidas (lo que resulta más acorde con el nuevo paradigma de la discapacidad, a pesar de los riesgos que conlleva).3) Que la ley ante una falta de previsión puede establecer unos procedimientos para que en situaciones concretas la autoridad judicial pueda intervenir¹⁸².

Los notarios, por nuestra labor de asesoramiento, tenemos que proponer el establecimiento de las salvaguardas necesarias para garantizar el respeto a sus deseos y evitar abusos, conflictos de intereses o influencias indebidas. No es una labor fácil: aunque por experiencia profesional puedo decir que los clientes van a la notaría con confianza, lo cierto es que,

¹⁸⁰ En la colectiva *El envejecimiento de la sociedad: principales desafíos del siglo, XII Congreso Notarial Español*, Málaga 2022, Fundación Notariado, pág. 407.

¹⁸¹ Recogido como disposición general para las medidas de apoyo, y ya en particular para los poderes preventivos, en los arts. 255 y 258 del Código Civil y en los arts. 36.3 y 169-5 del Código del Derecho Foral de Aragón, respectivamente.

¹⁸² La Sentencia de Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 4 de noviembre de 2024 (que ya hemos citado), en su Fundamento de Derecho Quinto.6., después de recoger todas las normas que en el Código Civil reconocen a la autonomía de voluntad amplias facultades para configurar las medidas de apoyo voluntarias, y las medidas u órganos de control, y que “se trata de un régimen dispositivo aplicable de manera subsidiaria de la voluntad individual” y que el poderdante puede excluir conforme al art. 259, señala, con referencia a las normas del Código Civil pero con una teorización que debe considerarse de carácter general, cómo “con todo, es evidente que, pese a la amplitud con la que se permite al poderdante configurar el contenido del poder y evitar la aplicación supletoria del régimen de la curatela, lo que el poderdante no podrá excluir eficazmente es el control judicial que resulta ... Ello, no solo porque estos preceptos no permiten excluir el control judicial, sino porque sería contrario a las exigencias de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, que en su art. 12.4 4 exige a los Estados Parte que aseguren que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcione salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos”.

como señala CALATAYUD SIERRA (después de recalcar la conveniencia de que se establezcan medidas de control), “en la práctica, estas medidas pueden no ser fáciles de establecer. Normalmente, la persona o personas que se designan como mandatarios son las de máxima confianza del mandante y, seguramente, no le parecerá conveniente que queden sometidos al control de uno o varios terceros”¹⁸³. Pero siempre habrá que tener en cuenta que el poderdante, en caso de pérdida de la capacidad, no podrá controlar por sí el uso del poder ni tampoco revocarlo, y si el apoderado está haciendo un mal uso, aunque la autoridad judicial puede revocarlo¹⁸⁴, los daños causados hasta ese momento pueden ser ya irrevocables. Considerando pues que el poderdante debe ser informado de la conveniencia de establecer unas medidas de control, y de que, aunque al tiempo del otorgamiento del poder pueda tener una confianza plena en el apoderado, debe también pensar que las personas con los años pueden cambiar, se trata de determinar qué medidas son más convenientes.

Existe un consenso en la doctrina en que las medidas de control no deberían consistir en una remisión a las limitaciones de la curatela (esto es, a las medidas de control judicial). Se ha dicho, y con razón, que no es aconsejable remitirse a una autorización judicial cuando de lo que se trata es de *desjudicializar* la discapacidad¹⁸⁵. Fernando GOMÁ LANZÓN argumenta que remitirse con carácter general a las reglas de la curatela significaría que el apoderado necesitaría autorización judicial para muchísimas cosas: desde vender inmuebles, aceptar herencias pura y simplemente ..., lo que en muchas ocasiones, más que proteger mejor al poderdante, puede constituir un impedimento y una traba, dado que la autorización judicial conlleva gastos, tiempo y trámites que estarán injustificados en la mayor parte de los casos, para terminar diciendo “... seguramente, en muchas ocasiones lo más adecuado sería excluir esta aplicación supletoria de las normas de la curatela”¹⁸⁶. También se ha dicho que la aplicación de las normas de la curatela puede lograr una finalidad contraria a lo que se persigue con el otorgamiento del poder preventivo, que es facilitar al designado por la propia persona con discapacidad la gestión de sus asuntos patrimoniales y personales.

Vemos pues que las objeciones a una remisión voluntaria al régimen de la curatela son de orden práctico y también teórico; por ello, a pesar de algunos esfuerzos muy minoritarios, a su favor¹⁸⁷, nuestra posición es que, efectivamente, deberíamos descartar, salvo supuestos muy especiales, esta remisión.

Para establecer unas medidas de control tenemos que tener en cuenta tres cuestiones: 1) las medidas deben de estar en función de la situación *personal, familiar y patrimonial* de

¹⁸³ Ob. cit. págs. 129.

¹⁸⁴ Art. 169-6.6 del Código del Derecho Foral de Aragón y 258, último párrafo del Código Civil.

¹⁸⁵ Josep M^a VALLS I XUFRE, en su muy completa monografía *El poder preventivo*, Col-legi de Notaris de Catalunya, Tirant lo Blanch, 2018, págs. 214.

¹⁸⁶ *El poder preventivo tras la Ley de apoyo a las personas con discapacidad*, en EL NOTARIO DEL SIGLO XXI, núm. 99..

¹⁸⁷ Proponiendo, por ejemplo, una remisión no a todos los supuestos legales (que son, conforme a la remisión del art. 169-24.1. del Código, los actos y negocios enumerados en los arts. 14, 15 y 16; en el Código Civil, los del art. 287) sino tan solo a algunos de ellos que el poderdante considerara necesarios. Pero esto tampoco eliminaría los problemas esbozados.

la persona; 2) deben intentar conseguir los objetivos y evitar los riesgos señalados en el artículo 12.4 de la Convención de Naciones Unidas (recogidas, como ya sabemos, en las leyes ordinarias) de manera eficaz pero también *rápida*; 3) y, muy importante, que al margen del asesoramiento que se le pueda prestar, la decisión debe corresponder siempre al *poderdante*.

Veamos a continuación algunas medidas que se proponen: CALATAYUD SIERRA, después de decir que pueden ser muy variadas, apunta que “fundamentalmente se piensa en la determinación de una o varias personas, diferentes de los mandatarios, que controlen la actuación de éstos, bien para exigir su autorización antes de llevar a cabo determinados actos o bien para que rindan cuenta de todo lo que hagan, caso por caso, o periódicamente...” También, sigue diciendo, es recomendable que, de ser varios los mandatarios, se les imponga la actuación conjunta, al menos para determinados actos de especial importancia; así se disminuirá el riesgo de actuaciones incorrectas. Por su parte, VALLS I XUFRE profundiza en encontrar medios sencillos para formalizar las *autorizaciones de terceras personas*, apuntando que estos pueden consistir en una simple carta con firma legitimada, a fin de hacerlo más fácil cuando éstas puedan hallarse situadas geográficamente lejos del lugar del otorgamiento. Distingue entre órdenes y meras instrucciones, ya que en el primer caso serían vinculantes para el notario a la hora de autorizar la venta. Asimismo, que el poderdante puede establecer para los actos de disposición un orden sucesivo de manera que, por ejemplo, primero se enajenen bienes muebles y después los inmuebles (dejando su vivienda habitual para el último lugar), pero hay que tener en cuenta que las circunstancias pueden variar y que posiblemente sea más conveniente que el apoderado pueda valorar la oportunidad de disponer de un activo o de otro en el momento en que es necesario, si bien el poderdante puede tener razones de orden personal para no seguir un criterio meramente economicista.

Pueden citarse, además de las anteriores, medidas para garantizar el precio adecuado en una compraventa (por ejemplo, una tasación previa) o la necesidad para determinados actos de contar con asesoramiento legal (pudiendo incluso designar letrado o despacho que deba prestarlo), entiéndase, siempre que el patrimonio del poderdante permita tales gastos. Y una vez efectuada la venta, dejar determinada la inversión del dinero recibido.

Además de las citadas a modo de ejemplo, se pueden *improvisar* muchas más, atendiendo a las circunstancias del caso y a la voluntad del poderdante.

Y ya para terminar, no podemos cerrar este apartado sin hacer una referencia concreta a la posibilidad de recurrir en Aragón, entre las medidas de control, a la *Junta de Parientes*. Así lo señala el art. 169-5 del Código: “el mandante podrá establecer las medidas de control que estime oportunas y designar a las personas a quien corresponda su ejercicio. También podrá encomendarlo a la Junta de Parientes”. Como señala José Luis MERINO HERNÁNDEZ, son muchas las ocasiones en que las diferentes leyes aragonesas apelan a la Junta de Parientes para, por sí en exclusiva o normalmente como alternativa a la actuación judicial, decidir sobre determinados asuntos familiares o sucesorios¹⁸⁸. Esta será ahora, si así lo esta-

¹⁸⁸ *Derecho foral de Aragón*, Memento, bajo su coordinación, ed. Francis Lefevre, SA, 2011, pág. 163.

blece el mandante, una de ellas; puede ser muy útil, dado que, como apunta el autor citado, las juntas constituidas bajo fe notarial forman parte de la cotidianidad en la práctica del Derecho aragonés¹⁸⁹.

Junto con la necesidad de que determinados negocios por su relevancia puedan quedar sujetos a un régimen de disposición especial o reforzado, tenemos que hacer una referencia a la **autocontratación**: hay que tener en cuenta que, como la persona designada para que suministre el apoyo será normalmente pariente del que lo recibe, será muy habitual la dispensa de la autocontratación. Piénsese en negocios jurídicos en que están interesados ambos, como adjudicaciones hereditarias¹⁹⁰. Almudena CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, después de apuntar que el conflicto debe apreciarse o valorarse en cuanto al ejercicio de un derecho en concreto, no en abstracto, apunta que pueden preverse mecanismos de control alternativos para salvar dichos conflictos en supuestos concretos¹⁹¹.

Los notarios conocemos los problemas que se originan con los poderes en que no se salva la autocontratación, lo que puede deberse sencillamente a una falta de previsión; esto no quita que el salvarla sin más puede suponer riesgos para el poderdante. Más que intentar dar reglas generales, será necesario valorar cada caso concreto en función de las circunstancias y de la voluntad informada de éste. Será determinante, como también lo es para las medidas de control, el parentesco entre ambos.

La *Ley 3/2024* dedica un artículo entero, el 42, muy extenso y detallado a la oposición de intereses y a quién corresponde suplir la existencia (distinguiendo según haya una o varias personas para prestar apoyos, si éste es asistencial o representativo y hasta, último párrafo, resolviendo el supuesto de que se preste apoyo a varias personas existiendo entre ellas intereses contrapuestos). En sede de tutela y curatela el art. 114.1 dispone que podrán establecerse en la escritura disposiciones sobre su funcionamiento, enumerando varias, pero dice a continuación de manera concluyente cómo “en ningún caso ... Tampoco pueden autorizar su actuación sin intervención de la Junta de Parientes o el defensor judicial si hubiera oposición de intereses entre la persona con discapacidad y el curador”. Esta limitación de la facultad de dispensar la autocontratación -en sede de tutela y curatela, no se olvide- ¿sería trasladable al mandato de apoyo? CALATAYUD SIERRA se pronuncia en los siguientes términos: “me inclino por la respuesta negativa, por varias razones: la norma expresamente se refiere a la curatela, en el mandato el ámbito de la autonomía de la voluntad es mayor que en sede de curatela, que no deja de ser una medida judicial de apoyo; no hay norma que reproduzca esta prohibición para el mandato; además, esta es la solución que establece el artículo 251 CC para las medidas de apoyo voluntarias y puede servirnos de guía interpretativa, máxime cuando en Aragón el grado de autonomía de la voluntad es mayor que en el derecho común. De modo

¹⁸⁹ Bien que para asuntos concretos. Si lo que se pretende es que la junta lleve a cabo un control permanente o periódico, tendrá que acudir a la constitución judicial del art. 175.

¹⁹⁰ Manuel RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, *Medidas voluntarias de apoyo. Los poderes preventivos*, en *La reforma de la discapacidad. Comentarios a las nuevas reformas legales*. Colección de Monografías, Panorama de derecho civil, 2023, págs. 425.

¹⁹¹ Comentando el art. 255 del Código Civil en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*.

que es válida la autorización expresa del mandante para actuar en caso de existencia de oposición de intereses. De hecho, ha venido siendo práctica frecuente en los poderes preventivos, en los que, si el apoderado es de absoluta confianza del poderdante, este prefiere darle autorización plena de actuación, también en esos supuestos, dispensándole de tener que acudir a la autorización de tercero”¹⁹².

Efectivamente, para establecer una limitación, que además estaría en contradicción con la práctica habitual, dada la frecuencia con que, en Aragón, como en el resto del Estado, se dispensa (de manera total, parcial o bajo condiciones) el autocontrato, hubiera sido necesario una norma *expresa*, categórica, que así lo dispusiera. Y no parece que pueda negarse al poderdante, con *conocimiento informado*, bien establecer unas medidas de control distintas de las del art. 114.2 o bien la dispensa de cualquier medida.

7. PODERES PREVENTIVOS Y SITUACIONES TRANSFRONTERIZAS

Los poderes preventivos se encuentran admitidos y regulados en muchos países de nuestro entorno, sobre todo en los más próximos, cultural y geográficamente. En el mundo actual, cada vez más globalizado, puede suceder que un poder conferido en un país tenga que ejercitarse en otro, que un ciudadano extranjero quiera otorgarlo en nuestro país, pero su ley nacional no lo reconozca, que el poderdante cambie de país de residencia ..., en fin, puede darse una casuística infinita de eventuales conflictos. Por todo ello y, siendo España país receptor de personas de tercera edad (teniendo en cuenta, además, los distintos ordenamientos civiles que coexisten en nuestro territorio), se hace muy necesario determinar con claridad la ley aplicable a estos poderes, respetando el derecho interno de cada país, pues las regulaciones nacionales no son todas iguales ni reconocen el mismo alcance a estos poderes y no se pretende una armonización del derecho sustantivo sino tan solo resolver los conflictos de leyes y de competencia, mediante, como habitualmente se suele decir, una cooperación reforzada en jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento y ejecutoriedad.

En el marco de la Unión Europea, el Convenio sobre protección internacional de los adultos, hecho en La Haya el 13 de enero de 2000, regula cuestiones de Derecho Internacional Privado (la Convención de Nueva York de 2006 no lo hacía), pero dicho Convenio no ha sido firmado ni ratificado por España¹⁹³.

¹⁹² Ob. cit., pág. 127.

¹⁹³ Lamentablemente, en expresión de Josep M^a Valls i Xufré (*Poder preventivo, asistencia, derecho interregional, derecho transitorio*, en Revista española de derecho internacional, Vol. 75, 2023, num. 2, julio-diciembre, pág. 421). Para la profesora Salomé ADROHER BIOSCA la ratificación del convenio sería la mejor manera de incorporar unas normas de derecho internacional privado adaptadas a la CDPD, ratificación a la que la UE está urgiendo a España desde 2008 (*Derecho aplicable a las medidas de apoyo a la discapacidad en supuestos internacionales*, en la colectiva “El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio”, Tirant Lo Blanch, 2022, pág. 448). Por su parte, Ana FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, después de señalar que se trata de un convenio al que España se incorporará más temprano que tarde, por su importancia política y social, apunta algunas rigideces del mismo, para terminar indicando que un signo político podría estar en la firma del Convenio, pero la ratificación requeriría una cuidadosa memoria económica y una previa adecuación normativa, que habrá de estar coordinada con las Comunidades con competencia normativa civil.

En el derecho español, la Ley 8/2021 dio nueva redacción al artículo 9.6, segundo párrafo, al decir “La ley aplicable a las medidas de apoyo para personas con discapacidad será la de su residencia habitual. En el caso de cambio de residencia a otro estado, se aplicará la ley de la nueva residencia habitual, sin perjuicio del reconocimiento en España de las medidas de apoyo acordadas en otros estados. Será de aplicación, sin embargo, la ley española para la adopción de medidas de apoyo provisionales o urgentes”.

Siendo hoy el poder preventivo una medida de apoyo voluntaria, esta sería la norma aplicable al poder preventivo con elemento extranjero (bien que la redacción definitiva del precepto ha sido muy criticada por los autores de esta disciplina¹⁹⁴)¹⁹⁵.

Volviendo al Convenio de La Haya, aunque su elemento determinante es el de la residencia habitual del adulto, en su artículo 15 establece una fórmula de *professio iuris* al disponer cómo “1. La asistencia, alcance, modificación y extinción de los poderes de representación conferidos por un adulto, en virtud de un acuerdo o por un acto unilateral, para ejercitarse cuando dicho adulto no esté en condiciones de velar por sus intereses, se regirán por la ley del estado de la residencia habitual del adulto en el momento del acuerdo del acto unilateral, a no ser que haya designado expresamente por escrito alguna de las leyes mencionadas en el apartado 2.

“2. Los estados cuyas leyes podrán designarse son:

“a) un Estado del que el adulto posea la nacionalidad;

“b) el Estado de la anterior residencia habitual del adulto:

“c) un Estado en el que se encuentren situados bienes del adulto, con respecto a dichos bienes.

“3. Las modalidades de ejercicio de dichos poderes de representación se regirán por la ley del Estado en el que se ejerciten”.

Es decir, el Convenio permite *elegir la ley aplicable*, (no cualquier ley, sino una de las indicadas en el párrafo 2º del artículo), la cual se aplicará, sea o no la de un Estado contratante (como recuerda ADROHER BIOSCA, las normas sobre Derecho aplicables del Convenio son erga omnes, por lo que, si España lo ratificase, serían aplicables en todo caso y en relación a cualquier país del mundo, conforme a lo dispuesto en su artículo 18, “Las disposiciones del presente Capítulo serán aplicables incluso si la ley designada por ellas fuera la de un Estado no

¹⁹⁴ Aunque no podamos entrar en un análisis detallado, apuntar que Ana MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA señala que el punto de conexión de la norma de conflicto del artículo 9.6, 2 del Código está diseñado más para medidas legales o judiciales que para medidas voluntarias (*El poder preventivo en el Derecho Internacional español*, Bitácora Millennium, Dopr núm. 20, pág 19) y cita la opinión de la profesora Diago Diago, muy crítica con el texto reformado. Téngase en cuenta que el art. 9.6 ya había sido modificado por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

¹⁹⁵ El poder “ordinario” en cuanto representación voluntaria, quedaría sujeto a la norma de conflicto del artículo 10.11 del Código Civil.

contratante”): aunque la ley de la residencia habitual del poderdante favorece que la medida de apoyo se verifique de acuerdo con la ley que le es más próxima, la posibilidad de elección de ley aplicable se considera, en opinión generalizada, como la más acorde con la seguridad jurídica y, en mi opinión, también la más acorde con los principios a que responde la Convención de Nueva York (y por ello, a nuestros propios principios), al permitirle a la persona regular el alcance de esta medida de apoyo en toda su extensión, garantizándole, además, que dicha elección será respetada en distintos países y no se verá afectada por sus eventuales cambios de residencia.

Existe una *propuesta de reglamento* relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las medidas y la cooperación en materia de protección de los adultos (2023/0169 (COD)): en su Exposición de Motivos se alude al Convenio de La Haya 2000 que considera un instrumento de Derecho internacional privado eficiente y adecuado para los fines perseguidos a escala mundial, por lo que su ratificación por parte de los estados miembros y otros países es esencial para su funcionamiento eficaz y un objetivo antiguo de la UE. El reglamento quiere establecer normas comunes de Derecho internacional privado en la UE. Su propuesta en lo que aquí tratamos, los poderes preventivos, contiene, como señala MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, una referencia directa al capítulo de ley aplicable del Convenio de La Haya 2000. Su ratificación evitará el problema de calificación y permitirá aplicar normas de conflicto uniformes entre los Estados miembros, así como determinar qué autoridades son competentes y el reconocimiento automático facilitando la libre circulación transfronteriza del poder preventivo¹⁹⁶.

Conviene destacar que estos Instrumentos recogen soluciones para los sistemas que tienen una pluralidad de legislaciones internas (como es el caso de España) y también, ya para terminar, que contemplan la introducción de herramientas digitales y de un certificado de representación europea, lo que facilitará el reconocimiento de los poderes de representación¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Ob.cit. págs. 4 y 6.

¹⁹⁷ Nayiber FEBLES POZO, *La protección transfronteriza de adultos en la Unión Europea: la propuesta de Reglamento en materia de protección de adultos* (Bitácora Millennium núm. 18, julio-diciembre 2023).

PATRIMONIO SOCIETARIO Y MEDIDAS DE APOYO A LA LUZ DE LA NUEVA REGULACIÓN DEL CÓDIGO DE DERECHO FORAL DE ARAGÓN.

Por la
Ilma. Sra. Doña Carmen Gay Cano
Académica Correspondiente

I. INTRODUCCIÓN

El patrimonio societario presenta peculiaridades propias ya que suele requerir intervención activa por parte de su titular. En efecto, toda sociedad mercantil forma su voluntad en junta general mediante la adopción de acuerdos por mayoría a través del ejercicio del derecho de voto por los socios. La emisión del voto requiere capacidad de entender y valorar las posibles implicaciones.

Además, la gestión del patrimonio societario no es meramente puntual para acto o negocio jurídico determinado, sino que subsiste en tanto se mantiene la condición de socio.

Cuando el socio que ostenta una mayoría determinante para decidir en la sociedad adolece de una discapacidad mental que le impide discernir y requiere medidas de apoyo representativas para tomar decisiones, se hace necesaria una reflexión sobre cómo articular el contenido de las mismas. Adicionalmente, para una adecuada protección del socio con discapacidad, también es necesario valorar la persona o personas idóneas para prestar el apoyo en la gestión del patrimonio societario, la preparación o formación exigible, así como las cautelas ante la eventual concurrencia de conflicto de intereses si quien presta el apoyo es también socio o puede tener intereses contrapuestos.

Y todo ello debe hacerse con respeto a los principios que inspiran el actual marco legal que supone un claro cambio de paradigma: máxima protección de la persona con limitaciones y de sus intereses, pero también máximo respeto a su «*voluntad, deseos¹⁹⁸ y preferencias*»

¹⁹⁸ Sobre la interpretación que debe darse, el Tribunal Supremo ha establecido una doctrina acertada y sensata en su sentencia de 8 de septiembre de 2021 (CENDOJ 28079119912021100017), ponente D. IGNACIO SANCHO GARGALLO.

(arts. 249 y 268 Código Civil («CC»), redacción acertadamente matizada en los arts. 36 y 37 del Código del Derecho Foral de Aragón («C DFA»). Además, la intervención de terceros debe ser la estrictamente necesaria y es siempre revisable. Jurídicamente, ya no hay personas incapaces, ni resoluciones judiciales que establezcan la incapacitación.

La realidad práctica confirma que, en ocasiones, este tipo de situaciones que afectan a la capacidad del gestor y socio mayoritario pueden generar episodios societarios complejos y afectar a la actividad normal de la empresa que, por las peculiaridades propias del patrimonio societario, merecen una reflexión. Y no sólo desde la perspectiva principal y prioritaria de protección de la persona con discapacidad y de su patrimonio, sino también desde la consideración de la empresa como un valor, generador de empleo, riqueza y, en definitiva, de progreso social.

II. PRESUPUESTOS DE ESTE TRABAJO

Considero oportuno advertir que este estudio, por las propias limitaciones de la obra colectiva en el que se incardina, parte de los siguientes presupuestos:

i) Me centraré en las pequeñas y medianas empresas (por su acrónimo, PYMEs), generalmente, sociedades cerradas de carácter familiar en las que las personas son fundamentales en el desarrollo del negocio por su participación directa en su gestión y en la titularidad del capital social. Son, además, en las que se concentran la mayoría de los problemas prácticos.

En efecto, abordar esta cuestión cuando se trata de un patrimonio societario en grandes empresas y, de forma más evidente, en el caso de cotizadas, requiere una aproximación diferente, pues, en tal caso, la capacidad de intervención del accionista inversor, salvo supuestos muy excepcionales de participación relevante, no es determinante. En muchas ocasiones la participación en estas empresas se canaliza a través de vehículos de inversión en los que el partícipe no tiene ninguna intervención directa, siendo el gestor del fondo quien actúa. Todo ello, sin perjuicio de que la persona con discapacidad titular de este tipo de inversiones también pueda requerir medidas de apoyo para la administración de dicho patrimonio.

ii) Analizo especialmente las situaciones en las que el socio y/o administrador ve gravemente mermada o anulada su capacidad cognitiva, tanto si se produce inesperada y repentinamente (por ejemplo, por un accidente de tráfico o tras un episodio cardiovascular grave) o como consecuencia de un deterioro cognitivo consecuencia de la edad (alzhéimer, demencia senil). También los casos en los que se adquiere un patrimonio societario por una persona con discapacidad cognitiva. Es decir, supuestos todos ellos en los que la persona no puede tomar por sí misma las decisiones jurídico-económicas que requiere la titularidad de un patrimonio societario.

Otras posibles discapacidades físicas que puedan requerir medidas de apoyo no plantean especiales problemas societarios. La única cuestión que puede suscitarse es la obligación de la sociedad de adoptar medidas para que el socio pueda ejercitar adecuadamente sus derechos, no sólo eliminando obstáculos físicos (espacios accesibles para personas con limitacio-

nes de movilidad), sino también de comprensión (sordos o ciegos), por ejemplo, facilitando los informes, documentos, cuentas anuales y, en general, el derecho de información, en un soporte idóneo (audio, sistema Braille) o procurando la asistencia a la junta de un traductor simultáneo de lenguaje de signos.

En mi opinión, no puede dudarse que en el actual marco legal la sociedad debe adoptar todas las medidas que sean necesarias para que el socio con este tipo de limitaciones pueda participar en los actos societarios y ejercitar sus derechos en plenitud.

iii) Desde un punto de vista jurídico, dado que Aragón tiene competencias en la materia y ha adaptado su Derecho foral de forma completa, incluso, mejorando sustancialmente la legislación común, abordo mi análisis fundamentalmente desde la normativa aragonesa.

III. MARCO NORMATIVO

El marco jurídico de la discapacidad en territorio de Derecho común se vio sustancialmente afectado por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica («Ley 8/2021») que ha modificado significativamente el Código Civil para adaptar el Derecho español a la Convención internacional de Nueva York el 13 de diciembre de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad¹⁹⁹.

La nueva regulación se asienta sobre el principio de la plena capacidad jurídica de toda persona derivada de su propia dignidad, pero también de intervención mínima y proporcional a sus necesidades. Se suprime toda mención a la incapacitación para sustituirla por la de capacidad de las personas con discapacidad. Se ha producido un radical cambio respecto del modelo legal anterior.

Aragón tiene competencias propias en materia de derecho civil²⁰⁰ en uso de las cuales, tras un brillante trabajo de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, se promulgó la Ley 3/2024, de 13 de junio, de modificación del Código de Derecho Foral de Aragón en materia de capacidad jurídica de las personas. La normativa foral aragonesa, más completa que la común, da una mejor respuesta a las posibles necesidades de las personas con discapacidad, compartiendo los principios antes indicados, pero con el cariz genuinamente aragonés del principio *standum est chartae*²⁰¹. Como señala la Exposición de Motivos, se trata de una regulación flexible en atención a que cada persona es única y, por tanto, también sus necesidades.

¹⁹⁹ Hay que mencionar también la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, cuyo objetivo principal es establecer incentivos fiscales a la constitución de patrimonios a favor de personas con discapacidad.

²⁰⁰ Art. 149.1.8ª de la Constitución Española y art. 71.2.ª y 3.ª del Estatuto de Autonomía de Aragón.

²⁰¹ Remito a la magnífica ponencia de D. Adolfo Calatayud Sierra y D. David Arbués, *Las medidas de apoyo a las personas con discapacidad en la reforma del Código de Derecho Foral de Aragón*, XXXIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, que se publicarán en la web de El Justicia de Aragón (<https://eljusticiadearagon.es/>).

Una normativa que confía en los distintos operadores jurídicos (jueces, notarios, abogados, fiscales, letrados de la administración de justicia y otros colaboradores), dándoles instrumentos que pueden adaptarse a cada concreta situación personal para hacer un auténtico «traje a medida»²⁰².

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria («LJV») completa el marco normativo civil procesal regulando el proceso de provisión de medidas de apoyo en sus arts. 42 bis a) y ss. En el caso de que el procedimiento devenga contencioso (art. 42 bis b) 5 LJV), será de aplicación la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil («LEC»). Conviene mencionar que los procedimientos referentes a provisión de medidas de apoyo, como no podía ser de otro modo, quedan excluidos por la reciente Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia²⁰³, de los «*mecanismos adecuados de solución de conflictos*» (conocidos por su acrónimo, MASC), que exigen la acreditación de un proceso de negociación previa como requisito de procedibilidad, al tratarse de «*conflictos (...) sobre materias que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable*» (arts. 4 LO 1/2025 y 89.9 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial), pero no así los litigios societarios en los que puedan verse involucradas personas con discapacidad.

Desde el punto de vista mercantil, el régimen legal de las sociedades de capital se encuentra en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital («LSC») y también en el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil («RRM»). La normativa societaria no ha sido adaptada, por lo que debe ser reinterpretada y, en su caso, entenderse derogada en «*cuantas disposiciones de igual o inferior rango contradigan, se opongan o resulten incompatibles con lo dispuesto en la presente Ley*», porque así lo establece la Disposición derogatoria única apartado 1 de la Ley 8/2021.

²⁰² Aunque en el ámbito de la legislación común, señala FRANCISCO MARIÑO PARDO en *La sentencia de la Audiencia Provincial de Santander de 23 de septiembre de 2021: interpretación de la Ley 8/2021 y de las diversas medidas de apoyo judicial; imposibilidad de constituir una patria potestad rehabilitada; no cabe la privación plena de la capacidad para otorgar testamento; constitución de una curatela “esencialmente representativa”*, Iuris Prudente, <https://www.iurisprudente.com/2021/10/la-sentencia-de-la-audiencia-provincial.html>, que el Tribunal Supremo recuerda que el régimen de apoyos «*Debe ser un traje a medida (sentencias 341/2014, de 1 de julio y 244/2015, de 13 de mayo). Responder a una «valoración concreta y particularizada de cada persona» (sentencias 557/2015, de 20 de octubre y 373/2016, de 3 de junio). En definitiva, a situaciones diversas medidas individualizadas diferentes. En este sentido, se expresa más recientemente la sentencia 458/2018, de 18 de julio, cuando señala: “El juicio sobre la modificación de la capacidad no es algo rígido, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la discapacidad, lo que se plasma en su graduación. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Estamos, en definitiva, ante lo que esta sala ha calificado como traje a medida (sentencias 341/2014, de 1 de julio; 552/2017, de 11 de octubre; 124/2018, de 7 de marzo; 118/2018, de 6 de marzo) que es a lo que debe conducir el resultado del juicio sobre la capacidad de una persona.*»

²⁰³ En vigor desde el 3 de abril de 2025.

El Código de Comercio («CCom») sí ha visto modificados los arts. 4 y 5, eliminando cualquier referencia a la incapacidad, aunque con algún olvido en el resto del articulado²⁰⁴.

Tratándose de sociedades de capital, no podemos obviar la especial relevancia de los estatutos sociales como manifestación de la autorregulación en ejercicio de la autonomía de la voluntad reconocida en los arts. 28 y 29 LSC y como ley societaria de primer rango en las sociedades de capital²⁰⁵.

IV. DISCAPACIDAD DEL ADMINISTRADOR SOCIAL Y DEL SOCIO. CUESTIONES QUE SE SUSCITAN EN LA PRÁCTICA. FALTA DE ADECUACIÓN DE LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA.

En muchas sociedades mercantiles, en especial, en el caso de PYMEs, es habitual que la misma persona asuma la gestión (órgano de administración) y la titularidad del capital social o de una mayoría relevante del mismo y, por ende, de los derechos de voto, en ocasiones, con otros miembros de la familia (cónyuge y/o descendientes). Son estructuras muy personalistas y, por ello, la pérdida de facultades cognitivas de esa persona clave en la empresa como gestor y socio mayoritario suele tener mucha repercusión.

Más allá del debate sobre si el socio y/o administrador social persona física debe considerarse «empresario» a efectos de lo dispuesto en los arts. 1 y ss. CCom²⁰⁶, en el ámbito mercantil se requiere ser mayor de edad y tener «libre disposición de sus bienes» para «tener capacidad para el ejercicio habitual del comercio» (art. 4 CCom)²⁰⁷.

El art. 40.1 CDFA considera que «tiene aptitud para ejercitar la capacidad jurídica la persona que por sí sola puede comprender y valorar el significado y los efectos de un acto concreto en el contexto en que se produce y, en consecuencia, determinar su voluntad, expresarla y actuar conforme a ella». A continuación, el art. 41 CDFA reconoce que «la persona que no tiene la suficiente aptitud para ejercer por sí sola su capacidad jurídica respecto de un

²⁰⁴ En efecto, se modifica el art. 234 CCom sobre liquidación de sociedades mercantiles eliminando la referencia a los incapacitados, pero el legislador ha olvidado reformar el art. 222.2ª) CCom sobre causas de disolución de las sociedades colectivas y comanditarias. También el art. 56.1 b) LSC sigue incluyendo como causa de nulidad «la incapacidad de todos los socios fundadores».

²⁰⁵ Al análisis de los estatutos sociales en las sociedades familiares, dedico mi discurso como académica correspondiente de la Real Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, contestado por D. Adolfo Calatayud Sierra titulado, *La libertad de pacto como instrumento para la incorporación de instituciones del Derecho foral aragonés a los estatutos de sociedades mercantiles, en especial, en las empresas familiares*, Real Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Zaragoza, 2023. (<https://aajl.es/wp-content/uploads/2023/06/Discurso-de-Carmen-Gay-Cano.pdf>).

²⁰⁶ En mi opinión, ni el socio ni el administrador personas físicas son, en rigor, «empresarios» en el sentido técnico-jurídico de los arts. 1 y ss. CCom. Sin embargo, en el caso de que tal condición la ostente una persona jurídica, el carácter de empresario viene impuesto por el art. 1.2º CCom en relación con el art. 2 LSC.

²⁰⁷ Los menores pueden ejercitar la actividad empresarial a través de sus «guardadores» o bien de factores (art. 5 CCom). En el caso de ser aragonés, hay que tener en cuenta el especial régimen del menor mayor de catorce años y de la asistencia (arts. 23 y ss. CDFA), así como el del menor emancipado al que se le reconoce capacidad para «regir su persona y bienes como si fuera mayor» (arts. 30 y ss. CDFA).

acto concreto puede realizarlo válidamente con las medidas de apoyo adecuadas conforme a lo establecido en este Código».

Como ya he apuntado, en este estudio analizo el supuesto de la persona cuya capacidad cognitiva se encuentra muy afectada de modo que «no pueda determinar su voluntad, expresarla y actuar conforme a ella», es decir, aquélla que requiere curatela representativa en el sentido del art.169-23 CDFA. Y ello porque es el supuesto que puede plantear mayores problemas jurídico-societarios. Como he anticipado anteriormente, en el caso de una discapacidad física la sociedad viene obligada a disponer de los medios necesarios para que el socio afectado pueda ejercitar sus derechos en plenitud (celebración de las juntas y otros actos societarios como puede ser el examen de antecedentes contables en lugares accesibles, incorporación de sistemas de audio, lenguaje de signos o Braille etc.). Para situaciones en las que la persona afectada entiende, pero no puede expresarse está prevista la curatela de comunicación y acompañamiento (art. 169-20 CDFA).

En el caso de curatela asistencial (arts. 169-21 y ss. CDFA), cuya finalidad es *«ayudar a la persona concernida a formar su voluntad (...) y prestarle asistencia para su válida formación del consentimiento»*, el Derecho aragonés prevé que pueda referirse a *«una pluralidad de actos (...) referentes a la misma empresa, explotación económica, actividad o sociedad (...)»* (169-22 CDFA).

Deberá ser el juez el que determine los concretos apoyos requeridos en atención a las pruebas practicadas, los informes médicos y, en especial, al examen del forense. Recordemos que el art. 42 bis b) LJV exige que a la solicitud de medidas se acompañen *«los documentos que acrediten la necesidad de la adopción de medidas de apoyo, así como un dictamen pericial de los profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario, que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso. Asimismo, se propondrán aquellas pruebas que se considere necesario practicar en la comparecencia»*.

Adelanto ya que nuestro Derecho foral prevé la opción de que el juez designe varios curadores indicando el ámbito y forma de actuación (art. 169-26 CDFA y también art. 277 CC). Permite así designar a una persona con aptitudes y conocimientos para la gestión del patrimonio societario de la persona con discapacidad distinta a la que le represente en temas personales, incluso, estableciendo la necesaria actuación mancomunada para determinados actos especialmente relevantes económica y jurídicamente, como forma de protección del patrimonio.

Como paso a analizar, desde un punto de vista estrictamente jurídico-societario, la situación es distinta si el afectado es administrador social o socio.

IV.1. La persona con discapacidad como miembro del órgano de administración.

El art. 213 LSC no está adaptado a la nueva regulación en materia de discapacidad y se sigue refiriendo a la prohibición para ostentar el cargo de administrador de *«los judicialmente incapacitados»*. Esta norma debe entenderse derogada, pues la declaración judicial de incapacidad ha desaparecido como tal. En mi opinión, lo procedente es hacer una reinterpretación

en el sentido de que deberá estarse al contenido concreto de la resolución judicial de provisión de medidas de apoyo para valorar si, en atención a la discapacidad acreditada y las medidas de apoyo establecidas, el afectado está incurso o no en prohibición para ostentar el cargo.

En el caso de un administrador societario con una discapacidad mental que de forma «*previsiblemente permanente (...) [le] impide (...) comprender, valorar (...) por sí sola el consentimiento en la toma de decisiones*» (art. 34.2 CDFA), considero que se incurre ineludiblemente en la prohibición para ejercer el cargo de administrador. Por tanto, no podrá ser nombrado ni aceptar el cargo (art. 214 LSC) y, en caso de sobrevenir tal situación ostentado el mismo, deberá ser cesado.

Cuando la incapacidad cognitiva es grave y requiere curatela representativa, no comparto la opinión de algún sector doctrinal²⁰⁸ que considera que el cargo de administrador puede continuar ejerciéndose con los apoyos oportunos. Y ello porque el administrador social no es un mandatario, es un cargo orgánico (arts. 233 y ss. LSC), que no puede ejercerse por tercero²⁰⁹, sin perjuicio de la posibilidad de otorgar poderes generales o especiales, pero en el marco jurídico del mandato mercantil (arts. 281 y ss. CCom y 94.1.5º RRM). De permitirse el ejercicio del cargo por el curador representativo, de facto, estaríamos ante una sustitución del administrador, lo cual vulneraría las normas de nombramiento por la junta general (arts. 160 b) y 214.1 LSC), además de los problemas de imputación de la eventual responsabilidad en la que se pudiera incurrir en el ejercicio del cargo.

Obviamente debe tratarse de una limitación cognitiva grave que impida discernir, no una limitación física que pueda requerir de determinado apoyo en la comunicación para expresar la voluntad como puede ser en el caso de sordera, pérdida del habla o de la capacidad de escritura (art. 169-20 CDFA), en definitiva, discapacidades que no le impiden al afectado entender y tomar decisiones. Y ello es así, cualquiera que sea el sistema de administración (art. 210 LSC), aunque evidentemente las consecuencias para la sociedad no serán las mismas si el órgano puede seguir funcionando (administración solidaria o consejo de administración) o no (administrador único o mancomunado de dos).

²⁰⁸ JOSÉ MANUEL MARTÍN FUSTER, «La incidencia de la Ley 8/2021 en el Derecho mercantil y la actuación del socio con discapacidad en la junta general» en *Los acuerdos sociales*, dirigido por MARÍA BELÉN GONZÁLEZ FERNÁNDEZ y coordinado por PATRICIA MÁRQUEZ LOBILLO y MARÍA TERESA OTERO COBOS, tomo I, Derecho de Sociedades, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023 (parágrafo 398). En contra, FRANCISCO MARIÑO PARDO, *Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, para el apoyo a personas con discapacidad. Modificación del Código De Comercio*, Iuris Prudente, https://www.iurisprudente.com/2021/10/reforma-del-codigo-civil-por-la-ley_94.html. Siendo de la misma opinión, considero que el argumento de que el art. 1732 CC reformado prevé como causa de extinción del mandato la constitución de curatela representativa no es correcto, ya que el administrador societario no es un mandatario, es un cargo orgánico.

²⁰⁹ En el caso de que el sistema de administración sea el de consejo, se prevé la posible delegación de facultades (arts. 233.2.d) y 249 LSC), pero la Ley contempla como indelegables determinadas facultades como la supervisión, la determinación de las políticas y estrategias generales, la autorización y dispensa de las obligaciones dimanantes del deber de lealtad, la formulación y presentación a la junta de las cuentas anuales, la organización y funcionamiento, la formulación de informes exigidos por la Ley, el nombramiento y cese de consejeros delegados y el establecimiento de sus condiciones contractuales y su retribución, la remuneración de consejeros, la convocatoria de juntas, la política sobre autocartera y aquéllas que le hayan sido delegadas por la junta (art. 249 bis LSC).

En la práctica nos encontramos con cierta frecuencia, en especial cuando la pérdida cognitiva se produce por razón de la edad, que por un malentendido respeto a la persona mayor, generalmente, también fundadora de la empresa, no se reconoce jurídicamente la situación fáctica de pérdida grave e impeditiva de facultades de discernimiento y se le mantiene como miembro del órgano de administración cuando éste puede funcionar (consejo o administración solidaria). Pues bien, es una práctica totalmente desaconsejable. Transciende al objeto de este trabajo, pero, entre otras consideraciones, son muchos los posibles problemas que ello puede acarrear, tanto de responsabilidad del administrador²¹⁰, como de posible nulidad en la formación de la voluntad del órgano colegiado²¹¹. Cuestión esta que, a mi juicio, sería de orden público, luego la acción de impugnación de los acuerdos sociales sería imprescriptible y no estaría sujeta al plazo de caducidad general de un año con efectos validatorios de los acuerdos contrarios a la ley, a los estatutos o lesivos (art. 205 LSC).

Cuando esta situación de incapacidad cognitiva severa se produce de forma repentina e imprevisible (piénsese en un ictus o en un accidente con pérdida de las facultades cognitivas), si no se han adoptado medidas preventivas, la situación puede ser de verdadero caos societario, en especial, en las empresas muy personalistas en cuanto al líder y gestor, máxime si ostenta también la condición de socio mayoritario.

La normativa societaria ofrece algunas herramientas útiles. Así, la figura del administrador suplente regulada en los arts. 216 LSC y 147 RRM puede evitar que se produzca en la sociedad una acefalia o paralización del órgano de administración, al menos, de forma transitoria hasta que se clarifique la situación²¹². El administrador suplente no tiene que aceptar el cargo hasta que se produce la vacante por incapacidad. Además, cabe la posibilidad de nombrar varios suplentes para el caso de que, llegado el momento, alguno de los nombrados no pudiera o quisiera aceptar el cargo o bien se halle en dicho momento incurso en causa de prohibición (art. 213LSC).

Si no existe este nombramiento de suplentes y se produce la situación, la junta general como único órgano competente (art. 214.1 LSC), salvo en el supuesto especial de nombramiento de consejero por cooptación (art. 244 LSC), debe reunirse y nombrar un nuevo administrador. No hay otra alternativa, ya que no cabe el ejercicio del cargo de administrador por poder o por representación, sin perjuicio de los poderes generales o especiales de gestión que se hayan podido otorgar antes y que subsistirán vigentes (arts. 281 y ss. CCom sobre el man-

²¹⁰ La normativa societaria es clara y contundente en punto a los deberes (arts. 225 y ss. LSC), así como a la responsabilidad (arts. 236 y ss. LSC) de los administradores de sociedades de capital.

²¹¹ En aplicación del principio de conservación de los actos societarios y de seguridad del tráfico mercantil el art. 204.3 c) LSC considera no impugnables los acuerdos en los que han participado personas no legitimadas, en este caso sería por estar sujeto a prohibición para ser administrador, salvo que haya sido determinante en la constitución del órgano societario. En similares términos el apartado d) en el caso de invalidez de algún voto emitido, salvo que hubiera sido determinante para la adopción del acuerdo.

²¹² Repárese que el art. 212 LSC permite acceder al cargo de administrador al menor emancipado, emancipación que en Aragón puede producirse a los catorce años (arts. 30 y ss. CDFA), frente a los dieciséis años que exige el Derecho común (art. 241 CC).

dato mercantil). Cuando la Ley permite la delegación de facultades, lo hace de forma expresa y con limitaciones (art. 249 bis LSC).

En función del sistema de administración que rija en cada sociedad puede surgir el problema de quién convoca la junta para nombrar administrador, facultad reservada al órgano de administración (art. 166 LSC), salvo en los supuestos excepcionales de convocatoria por el registrador mercantil o por el letrado de la administración de justicia a instancia de la minoría (art. 169.2 LSC). Pues bien la norma societaria ofrece una solución de urgencia en el art. 171 LSC que establece que: *«En caso de muerte o de cese del administrador único, de todos los administradores solidarios, de alguno de los administradores mancomunados, o de la mayoría de los miembros del consejo de administración, sin que existan suplentes, cualquier socio podrá solicitar del Secretario judicial²¹³ y del Registrador mercantil del domicilio social la convocatoria de junta general para el nombramiento de los administradores. Además, cualquiera de los administradores que permanezcan en el ejercicio del cargo podrá convocar la junta general con ese único objeto»*.

Convocada la junta, puede surgir otro obstáculo: quién representa al socio que ya no está en plenitud de facultades mentales y, por ende, no puede ejercer el derecho de voto.

IV.2. Ejercicio de los derechos de socio por la persona en situación de discapacidad.

Hemos visto que el principio que rige tras la reforma es el pleno reconocimiento de la capacidad. Por tanto, para constituir una sociedad mercantil y ser socio se requiere, simplemente, capacidad para obligarse, en su caso, con los apoyos que procedan. A ello se refieren los arts. 40 y 41 CDFA.

La titularidad de un patrimonio societario exige una intervención o participación continuadas en la vida societaria, en concreto, a través de la junta general como órgano deliberante que forma su voluntad por mayoría mediante el voto emitido por los socios. Votar exige conocer y entender el acuerdo que se somete a aprobación y sus consecuencias.

Cierto es que no todas las sociedades son igual de complejas y tampoco todos los acuerdos sociales tienen la misma relevancia por sus posibles implicaciones jurídico-patrimoniales y, por ello, no puede darse una respuesta generalista. Es una cuestión que, en mi opinión, aunque no es tarea sencilla, a falta de disposiciones voluntarias por la persona con discapacidad, habrá de valorarse en el proceso de provisión de medidas de apoyo. Como luego analizo, no es indiferente tampoco la persona que preste el apoyo, pues es posible que sea necesario que disponga de conocimientos, más o menos profundos, sobre el funcionamiento de las sociedades mercantiles y las posibles implicaciones económicas y jurídicas del ejercicio de los derechos de socio, en especial, respecto de los acuerdos sociales que se sometan a aprobación para que, efectivamente, se proteja a la persona con discapacidad y su patrimonio. A estos efectos es fundamental la actividad probatoria que se despliegue en el proceso para que el juez pueda tener un adecuado conocimiento de la situación y fijar las medidas de apoyo adecuadas.

²¹³ Hoy letrado de la administración de justicia.

Es importante resaltar que la resolución de establecimiento de las medidas de apoyo debidamente inscrita en el Registro Civil (art. 111 CDFA y en igual sentido, art. 300 CC), cuando se vea involucrado un patrimonio societario, debe notificarse oportunamente a la sociedad o sociedades afectadas para que pueda garantizarse el correcto ejercicio de los derechos societarios por la persona afectada. Considero que, aunque nada dice la Ley²¹⁴, lo idóneo es tomar razón en el correspondiente libro-registro²¹⁵ a efectos de garantizar su adecuada protección también en el ámbito societario.

Creo conveniente llamar la atención sobre el hecho de que el socio cuyas facultades cognitivas están afectadas de tal forma que no puede discernir, tampoco puede otorgar poderes de representación para asistir a la junta en su nombre con sujeción a lo que al respecto dispongan los estatutos sociales²¹⁶ y, en mi opinión, tampoco podría acudir en este caso a la representación familiar prevista para sociedades limitadas en el art. 183.1 LSC. La actuación del guardador de hecho en el ámbito societario puede plantear problemas a la luz de la redacción del art. 169-12 CDFA, pues parece claro que el legislador está pensando en actos y negocios jurídicos de entidad menor.

En el caso de que las acciones o participaciones sean consorciales (o gananciales), aunque quien a efectos societarios conste inscrito en el correspondiente libro-registro sea sólo uno de los cónyuges y, por tanto, sea quien es reconocido como socio (arts. 104 y 116 LSC), en mi opinión, las facultades de administración del patrimonio común (arts. 230 CDFA y 1375 CC, salvo pactos sobre la gestión como prevé el art. 229 CDFA), permitirían la asistencia del cónyuge no afectado, en especial, con la finalidad de procurar el nombramiento de nuevo administrador y, en definitiva, como medida de protección del patrimonio empresarial consorcial²¹⁷. Ahora bien, es cierto que algunos acuerdos societarios (ampliaciones o reducciones de capital, operaciones estructurales, etc.), pueden considerarse actos de administración extraordinaria o de disposición a título oneroso, en cuyo caso el art. 233 CDFA exige la actuación conjunta y si alguno «se halle impedido para prestarlo» deberá resolver el juez (art. 234 CDFA). El art. 240 CDFA prevé que «el cónyuge cuyo consorte se encuentre imposibilitado para la gestión *del patrimonio común o cuando no sea él quien preste las medidas de apoyo a su consorte con discapacidad*», solicite al juez que se otorgue la gestión única.

²¹⁴ El art. 111.2 CDFA se refiere a que quien preste apoyos de carácter patrimonial procurará la inscripción de los bienes y derechos en el registro que corresponda y hacer constar las medidas de apoyo.

²¹⁵ Los arts. 104 y 116 LSC se refieren a datos y gravámenes, pero, en mi opinión, nada impide que se anoten otros hechos o actos jurídicos relevantes, como el carácter privativo o consorcial de la titularidad, la separación o divorcio del socio y, con más razón, el establecimiento de medidas de apoyo que puedan afectar al patrimonio societario. Además, los actuales libros telemáticos lo favorecen al poderse diseñar con más flexibilidad.

²¹⁶ La LSC (arts. 183.1 y 184.1) da prioridad en materia de representación a las normas estatutarias, sin perjuicio de la denominada representación familiar a favor de cónyuges, ascendientes o descendientes en las sociedades limitadas.

²¹⁷ El art. 234 CDFA prevé la intervención judicial «*cuando un cónyuge pretenda realizar o haya realizado actos de administración o disposición a título oneroso que requieran el consentimiento del otro cónyuge y éste se halle impedido para prestarlo (...)*». Aunque no se refiere a patrimonio societario, es interesante la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 10 de mayo de 2024 (CENDOJ 11012370052024100398) en la que se nombra curador a uno de los hijos con preferencia al cónyuge, pero se reconocen las facultades de éste respecto del patrimonio ganancial.

Los posibles poderes no preventivos otorgados con carácter previo tampoco deberían utilizarse por el apoderado conforme al art. 1732.5º CC. En cuanto a los poderes preventivos su virtualidad es, precisamente, la de subsistir «*si en el futuro el poderdante precisa de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica*» (art. 169-8 CDFA y 256 CC), como luego analizo más detenidamente.

El art. 116 CDFA regula las disposiciones que pueden establecer los progenitores sobre la futura curatela de sus hijos con discapacidad o que sea previsible que lleguen a tal situación, de modo que pueden establecer en escritura pública las oportunas disposiciones voluntarias. Hay que recordar también que en las donaciones a menores e incapaces el art. 112 CDFA establece que el disponente a título gratuito, puede establecer, sin constituir medidas de apoyo, «*reglas de gestión, así como nombrar o excluir al administrador*» de dichos bienes.

Aunque la asistencia a la junta general la Ley la reserva al socio (arts. 93.c) y 179.1 LSC), quedando la presencia de acompañantes a voluntad del presidente, cuya decisión puede revocar la junta por mayoría salvo que en los estatutos prevean otra cosa (arts. 181.2 y 3 LSC), en el caso de personas sujetas a medidas de apoyo, la asistencia de quien debe prestarlas, en mi opinión, no puede limitarse estatutariamente, ni impedirse por el presidente, ni tampoco revocarse por acuerdo de la mayoría al ser normas imperativas de protección de la persona con discapacidad²¹⁸. Respecto de los curadores representativos será título suficiente para el ejercicio de los derechos societarios la resolución judicial debidamente inscrita en el Registro Civil sin que pueda exigirse previsión estatutaria expresa.

Se plantea la cuestión societaria del efecto jurídico en el acuerdo social de permitir la participación en la junta del socio sujeto a curatela representativa sin intervención del curador. Conforme a la Ley, corresponde al presidente declarar la válida constitución de la junta y los socios asistentes con derecho de voto (art. 102.1.2ª RRM en relación con el acta notarial), debiendo incluirse en la lista de asistentes el «*carácter o representación de cada uno*» (art. 192.1 LSC), expresión que, en mi opinión, sin duda incluye si el socio que requiere medidas de apoyo asiste con o por medio de la persona que debe prestarlos debidamente acreditada. Cuando se trate de curatela representativa la asistencia del curador es ineludible para que se pueda entender que el socio asiste válidamente. Obviamente, sin su presencia no se podría celebrar junta universal (art. 178 LSC), aunque asistiera la persona afectada de discapacidad cognitiva.

Conviene recordar que en el ámbito societario no son impugnables los acuerdos por la mera participación de personas no legitimadas, supuesto que podría entenderse asimilable al caso de participación sin el curador representativo, «*salvo que esa participación hubiera sido determinante para la constitución del órgano*» (art. 204.3 c) LSC).

El régimen de invalidez e ineficacia de los actos de la persona sin aptitud está regulado en los arts. 45 y ss. CDFA. El voto es un acto jurídico y el acto realizado por quien «carezca de

²¹⁸ Así lo entiende también FRANCISCO MARIÑO PARDO, *Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, para el apoyo a personas con discapacidad. Modificación del Código De Comercio*, Iuris Prudente, https://www.iurisprudente.com/2021/10/reforma-del-codigo-civil-por-la-ley_94.html

suficiente aptitud para ejercitar su capacidad jurídica y no cuente con las medidas de apoyo que procedan para suplir esa insuficiencia» es inválido (art. 45.1 CDFA). No podemos detenernos en el régimen legal, pero según el caso concreto habría que acudir al régimen de anulabilidad establecido en los arts. 45 y ss. CDFA²¹⁹.

Los principios de conservación de los actos societarios y de seguridad en el tráfico mercantil dan lugar a que los acuerdos nulos queden convalidados por transcurso del plazo de un año por caducidad de la acción de impugnación, con excepción de los acuerdos contrarios al orden público en los que la acción ni caduca ni prescribe (art. 205 LSC). Tengo que reconocer que es una cuestión espinosa, pero me inclino por considerar que en el ámbito societario prevalece el régimen legal de la LSC como norma especial, sin perjuicio de las acciones de responsabilidad o indemnización de daños y perjuicios que puedan ejercitarse.

En determinadas estructuras societarias, cuando la persona que se ve afectada por una grave limitación cognitiva es el socio mayoritario -y más si tal situación acontece de forma repentina e inesperada,- se puede producir una situación compleja en la sociedad si por ello queda impedida para adoptar acuerdos que pueden ser necesarios para su normal funcionamiento (por ejemplo, la aprobación anual de las cuentas exigida por los arts. 272 y ss. LSC, cuyo incumplimiento puede acarrear sanciones e, incluso, el cierre registral).

Como más adelante analizo, para estas situaciones, los poderes preventivos, la autocuratela y el mandato de apoyo, pueden ser una herramienta clave para evitar situaciones complejas en la empresa.

IV.3. Idoneidad del curador representativo en caso de patrimonio societario.

Puede ser titular de las funciones de prestación de apoyo «toda persona mayor de edad que, encontrándose en pleno ejercicio de su capacidad jurídica, no incurra en causa de inhabilidad» (art. 123.1 CDFA). También «*la persona jurídica que no tenga finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure (...) la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad*» (apartado 2 del mismo precepto). Como no puede ser de otro modo, la normativa no exige ninguna cualificación específica para poder asumir estas funciones. El art. 124 CDFA regula las posibles causas de inhabilidad.

En el caso de que se haya recurrido a la autocuratela²²⁰ o a las medidas anticipadas preventivas, es el otorgante quien, en previsión de una futura situación de discapacidad, decide según su criterio, voluntariamente, como manifestación del principio *standum est chartae*, la persona o personas que considera idóneas para representarle respecto de su patrimonio societario (arts. 103.1 a), 113 y ss. y 168 y ss. CDFA). Incluso el art. 113.2 CDFA prevé que en el supuesto de designación hecha por uno mismo el otorgante pueda establecer «*los requisitos que debe reunir el tutor o curador, así como delegar en otra persona su elección de entre los que haya relacionado en la escritura pública o reúnan los requisitos*». Esta mención a los «requi-

²¹⁹ En Derecho común arts. 1301.4º, 1302.3, 1304 y 1314 CC.

²²⁰ Repárese que el art. 124.2 CDFA considera válida la designación concurriendo determinadas causas de inhabilidad, siempre que fueran conocidas por quien haga su designación, salvo decisión judicial en contrario conforme al art. 119 CDFA.

sitos», en mi opinión, abre la puerta a establecer que el curador de un patrimonio societario deberá tener determinada cualificación, conocimientos o experiencia en empresas. Además, el art. 114 CDFA regula otras disposiciones voluntarias del otorgante (retribución²²¹, dispensa de la obligación de prestar fianza, reglas de disposición, exclusión de la intervención de la junta de parientes, órganos de control, etc.).

También cabe la designación de dos curadores estableciendo si deben actuar conjunta o solidariamente, pudiendo ser distintos para el ámbito personal y el patrimonial y nombrarse sucesivos sustitutos (art. 117 CDFA).

Sin embargo, cuando no existe tal previsión voluntaria y la situación de incapacidad se produce de forma inesperada, debe acudirse necesariamente al procedimiento de jurisdicción voluntaria de provisión de medidas de apoyo para que el juez establezca las concretas medidas necesarias y la persona o personas que van a prestarlas. Es la delación dativa regulada en los arts. 120 y ss. CDFA, que es siempre subsidiaria y, en su caso, complementaria de la voluntaria.

El expediente de provisión de medidas de apoyo puede promoverlo (art. 42.bis a) 3) LJV), el Ministerio fiscal, la propia persona afectada si puede hacerlo y, como sucede habitualmente, la familia (cónyuge o pareja de hecho no separada, descendientes, ascendientes y hermanos). También cabe que cualquier persona que tenga conocimiento de la necesidad de provisión de medidas de apoyo a determinada persona, así como los funcionarios públicos, puedan informar al Ministerio fiscal. La preferencia para ocupar el cargo de los distintos familiares se establece en el art. 121.3 CDFA.

En ocasiones, es en el momento de la designación de la persona que va a ser curador representativo cuando se pone de manifiesto un posible conflicto familiar y societario que, si no se puede resolver negociada y razonablemente antes, transcenderá al proceso de provisión de medidas. El art. 36.3 CDFA atisba esta cuestión cuando señala que «para el ejercicio de las medidas de apoyo se establecerán salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos y garantizar que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida».

En este contexto debe valorarse muy bien si puede concurrir oposición de intereses en alguno de los familiares próximos²²² como personas naturalmente llamadas a ser quienes presten apoyo en el ámbito patrimonial²²³. El art. 42 del CDFA regula esta situación, contemplando la posible intervención de la junta de parientes regulada en los arts. 170 y ss. CDFA.

²²¹ Con el límite del 20% del rendimiento líquido que establece el art. 109 CDFA para el caso de delación voluntaria.

²²² Es muy interesante la reciente sentencia del Tribunal Supremo nº 1263/2024 de 7 de octubre de 2024, ponente D^a MARÍA ÁNGELES PARRA LUCÁN (CENDOJ 28079110012024101199) sobre uso indebido de fondos bancarios de una persona discapacitada por su padre.

²²³ El art. 124.1 i) CDFA establece que no podrán prestar apoyo «*los que tengan importantes conflictos de intereses con (...) la persona con discapacidad*». La redacción de este precepto requiere una valoración y calificación de la «importancia» del conflicto, lo cual no es siempre sencillo, pero garantiza que no cualquier conflicto insignificante pueda considerarse causa de inhabilidad. El art. 275.3.2º CC se limita a referirse a «*quien tenga conflicto de intereses*», sin calificar su gravedad. El art. 42 CDFA regula cómo actuar en caso de oposición de intereses. La sentencia de la Audiencia Provincial de Jerez de la Frontera de 16 de septiembre de 2024 (CENDOJ 11020370082024100479) en un supuesto en que el curador representativo de la socia mayoritaria era, a su vez, liquidador de la sociedad, recuerda que como tal liquidador actúa en virtud de un título distinto al de curador, sin perjuicio de la posible concurrencia de conflicto de intereses.

Si fuera necesario se puede proceder al nombramiento de defensor judicial (arts. 101.d) y 129 y ss. CDFA).

Además de las disposiciones voluntarias vinculantes (arts. 119 y 169-7 CDFA), el art. 37 CDFA impone a jueces y otras autoridades el respeto a la «*voluntad y preferencias*» de la persona con discapacidad siempre que sea posible y, «*cuando (...) no puedan conocerse, su cumplimiento resulte imposible o extraordinariamente difícil o pueda suponer un peligro significativo para su bienestar o el de las personas a su cargo o graves perjuicios a terceros*», el juez debe adoptar las medidas que objetivamente considere mejor para la protección de la persona afectada y también de sus intereses personales y patrimoniales. Ello impone, ineludiblemente, entrar a conocer la composición de su patrimonio.

En efecto, resulta obvio que no es indiferente si el afectado es titular de participación en un complejo grupo de empresas que requiere especiales conocimientos técnicos en la toma de decisiones por su posible transcendencia, que en una pequeña sociedad que es el vehículo societario para la actividad de un autónomo. En un grupo de sociedades la matriz o holding es la que, de facto, decide sobre las filiales, en cuanto tiene el poder de nombrar a sus administradores, decidir sus inversiones o la distribución de beneficios, decisiones todas ellas clave y que pueden requerir conocimientos técnicos empresariales.

Tampoco es indiferente el contenido de los acuerdos societarios concretos que sea necesario adoptar en una sociedad. Nada tiene que ver la aprobación de una modificación estatutaria menor, con un acuerdo de ampliación de capital que pueda suponer la realización de aportaciones por el socio o, en otro caso, la dilución del socio mayoritario sujeto a medidas de apoyo o que implique de forma directa o indirecta nuevas obligaciones o limitación de sus derechos del socio.

De cuanto antecede resulta con claridad que es necesario un análisis casuístico profundo y que la adecuada protección de los intereses patrimoniales de la persona que requiera medidas de apoyo puede exigir que se designe como curador representativo a una persona con aptitudes suficientes al efecto. El actual marco legal ofrece mucha flexibilidad, pudiéndose designar a una concreta persona para precisamente representar el patrimonio societario, estableciendo facultades más o menos amplias²²⁴, sin perjuicio de las designadas para el ámbito personal²²⁵. En estas sociedades familiares es complicado, pero si los llamados a ser los pres-

²²⁴ Aunque no se refiere a un supuesto societario sino de empresario individual, remito a la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 13 de mayo de 2021 (CENDOJ 15030370042021100186) porque se refiere a las facultades pre-concursales y concursales del curador en los siguientes términos: «*Para el caso de que excedan de su capacidad de pago, la intervención de la curadora se habrá de entender extendida a prestar su conformidad a los términos de acuerdos de refinanciación particulares o la solicitud de un eventual acuerdo colectivo extrajudicial de pagos que en su caso se promueva, en cuanto ordenados a lograr una atenuación de la carga financiera que el discapaz soporta o la exoneración definitiva del pasivo que pueda quedar insatisfecho*».

²²⁵ Así lo prevé también el art. 277 CC que contempla el nombramiento de distintos curadores para las cuestiones personales y las patrimoniales. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de octubre de 2021 (CENDOJ 28079370132021100370) advierte que la existencia de curatela para el ámbito de cuidados personales, no afecta a los actos realizados por le afectado en el ámbito patrimonial como administrador único de una sociedad.

tadores del apoyo (generalmente el cónyuge y/o los hijos), lo aceptan o bien si la situación de conflicto entre ellos lo hace aconsejable, el juez podría decidir nombrar un profesional exclusivamente para las cuestiones societarias. Otro mecanismo de salvaguardia es el nombramiento de dos curadores de actuación mancomunada, estableciendo que, para determinados actos societarios relevantes, deban actuar o firmar, por ejemplo, dos de los hijos como permite la normativa vigente tanto aragonesa como común.

V. MEDIDAS ANTICIPADAS VOLUNTARIAS DEL DERECHO FORAL ARAGONÉS.

Tras la reforma de 2021 el ordenamiento jurídico común ha incorporado la regulación de los poderes preventivos en los arts. 256 y ss. CC. El Derecho aragonés va más allá en coherencia con la libertad de autorregulación que reconoce el principio *standum est chartae*, (art. 3 CDFA), regulando la designación hecha por uno mismo y el mandato de apoyo.

En nuestro Derecho foral los **poderes preventivos sin mandato** son aquéllos que se otorgan por el poderdante incluyendo la previsión expresa *«de que subsista [el poder] si en el futuro el poderdante precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica o que se otorgue para cuando se produzca esa situación»* (art. 169-8.1 CDFA y en similares términos arts. 256 y ss. CC). Además de otorgarse en escritura pública deben comunicarse al Registro Civil competente para su publicidad registral²²⁶ (art. 169-8.2 CDFA y 260 CC).

Cuando se pretende que sean utilizados en el ámbito societario²²⁷, en mi opinión, deberán ajustarse a lo dispuesto en los estatutos sociales en materia de representación y, en defecto de previsión, a la normativa societaria (arts. 183 y ss. LSC). Se deberán poner en conocimiento de la sociedad para que permita el ejercicio de los derechos de socio por el apoderado, una vez el poderdante se encuentre en situación de incapacidad. Por su transcendencia, considero que debería tomarse razón en el correspondiente libro-registro.

Estos poderes no son medidas de apoyo y son compatibles con su posible establecimiento. Incluso *«el Juez, en resolución motivada, los podrá declarar extinguidos en todo o en parte, tanto al constituir la curatela, como posteriormente a instancia del curador»* (art. 169-8.2.d) CDFA). El art. 51 bis.1 LJV prevé que *«cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos y el curador, si lo hubiere, podrán instar la extinción de los poderes preventivos otorgados por la persona con discapacidad, si en el apoderado concurre alguna de las causas previstas para la remoción del curador»*.

²²⁶ El art. 111 CDFA impone la inscripción de estos poderes para su oponibilidad frente a terceros y, por tanto, también frente a la sociedad.

²²⁷ Es interesante la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079370122022100068) por cuanto, si bien se discuten distintas cuestiones complejas, hace mención a unos poderes preventivos en los que se incluía, entre otras facultades, la de constituir sociedades con aportación de inmuebles en ampliación de capital, acto que se discute posteriormente.

La **autocuratela** o designación hecha por uno mismo regulada en los arts. 113 y ss. CDFA (también en los arts. 271 y ss. CC), es genuina manifestación de la libertad de decidir sobre uno mismo y su patrimonio en aplicación del principio *standum est chartae*. Por tanto, el mayor de catorce años y el menor emancipado con asistencia y siempre que dispongan de capacidad jurídica conforme a lo dispuesto en el art. 40 CDFA, pueden establecer en escritura pública «*las personas que han de ejercer la función del tutor o curador y sus sustitutos, excluir determinadas personas, así como dispensar las causas de inhabilidad*» (art. 113.1 CDFA), para el momento en el que se vean afectados. Ya he hecho referencia a que dicha libertad se extiende a todas las cuestiones relacionadas en cuanto a los requisitos del curador, número, funciones, reglas funcionamiento, etc. (arts. 113.2, 114, 117 y 118 CDFA). Como único límite a la autonomía de la voluntad, el art. 114.2 CDFA impide que se excluya el control judicial y del fiscal, eximir al curador de la obligación de presentar inventario y rendir cuentas, así como excluir su posible responsabilidad o las causas de inhabilidad (salvo lo dispuesto en el art. 124.2 CDFA) o la intervención de la junta de parientes en el caso de conflicto de intereses.

Estas disposiciones son vinculantes para el juez, salvo que considere en resolución motivada, que «*se ha producido una alteración sustancial de las circunstancias o que concurren hechos relevantes no tenidos en cuenta*» (art. 119.1 CDFA). El juez sí puede «*determinar o completar*» las disposiciones de autocuratela y designar al titular (arts. 120, 121 y 122 CDFA).

El **mandato de apoyo** regulado en los arts. 168 y ss. CDFA²²⁸ permite que «*en previsión de la concurrencia de causas que dificulten el ejercicio de su capacidad jurídica*» se encomiende «*mediante mandato otorgado en escritura pública a una o varias personas que le presten el apoyo necesario para gestionar sus intereses personales o patrimoniales, con o sin poder de representación*» (art. 168.1 CDFA), pudiendo otorgarse con carácter general o especial y para una pluralidad de actos de la misma naturaleza (art. 169 CDFA), es decir, para el ejercicio de los derechos societarios en determinada empresa o empresas. El mandato de apoyo es un contrato que permite que sea el mandante quien, en plenitud de facultades, elija a la persona que se considere idónea para la gestión del patrimonio societario, estableciendo a su criterio los límites, previsiones sobre su extinción (art. 169-6.1.1º CDFA) o medidas de control (art. 169-5 CDFA). Además, se prevé la posible designación como mandatario no sólo de una persona física «*mayor de edad en pleno ejercicio de la capacidad jurídica*», sino también de personas jurídicas no lucrativas dedicadas a la asistencia de personas con discapacidad (art. 169-2 CDFA). También es posible designar varios mandatarios que actúen «*conforme a lo previsto por el mandante*» y, en caso de no haber previsión expresa, «*se entenderán designados conjuntamente y, salvo instrucción distinta, adoptarán las decisiones y actuarán en régimen de mayoría*» (art. 169-4.2 CDFA). Ambas previsiones pueden ser muy útiles, por ejemplo, para anticiparse en caso de falta de idoneidad de los hijos o en previsión de un posible conflicto entre éstos para la gestión del patrimonio societario.

²²⁸ Se incorporó ya al Derecho foral por la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona, si bien ahora se hace una regulación completa.

El mandatario viene obligado a cumplir y ejecutar personalmente el mandato, asumiendo la correspondiente responsabilidad (art. 169-3 CDFA).

El mandato inicia su eficacia conforme a lo dispuesto por el mandante o cuando concurre la causa que dificulta el ejercicio de la capacidad, debidamente acreditada ante el notario por el mandatario mediante informe pericial conforme a lo indicado en el art. 169-1 CDFA. Se extingue por las causas reguladas en el art. 169.6 CDFA.

La gran ventaja, como sucede con la autocuratela, consiste en que, de iniciarse un proceso judicial de provisión de medidas existiendo mandato de apoyo, el juez queda vinculado y «solo adoptará una medida judicial de apoyo complementaria o supletoria cuando considere, por resolución motivada, que el mandato resulta insuficiente, inadecuado o no se está ejecutando eficazmente» (arts. 169-7 y 169-16.2 CDFA).

Es decir, tanto la autocuratela como el mandato de apoyo puede devenir un instrumento de gran utilidad en las estructuras empresariales familiares como medida de conservación de la empresa ya que permite al fundador y, generalmente, socio mayoritario, establecer la persona o personas idóneas para administrar el patrimonio societario si se ve afectado por una discapacidad cognitiva grave, por ejemplo, si los hijos son menores o, simplemente, no son idóneos cualquiera que sea la causa.

VI. Conclusiones.

Tras la reforma operada por la Ley 8/2021 y, especialmente en Aragón en virtud de la Ley 3/2024 de modificación del Código de Derecho Foral, existe un marco de gran flexibilidad que permite una mejor adecuación a la situación de hecho concreta de las medidas de apoyo configurando un «traje a medida» de la persona con discapacidad. En el caso de patrimonio societario, ello requerirá un análisis casuístico de cada supuesto para procurar su mejor protección, tanto en cuanto a la sociedad o sociedades implicadas como respecto a la designación de curadores, valorando su aptitud para dicho cometido en atención a la complejidad de dicho patrimonio.

La libertad de autorregulación, como manifestación del principio *standum est chartae*, permite a las personas adoptar medidas anticipadas preventivas a través de las instituciones de la autocuratela y del mandato de apoyo que, junto a los poderes preventivos y medidas estrictamente societarias como el nombramiento de administradores suplentes, devienen un instrumento muy eficaz para la conservación de la empresa familiar para evitar situaciones de paralización de órganos sociales.

EL ORIGEN DE LOS PACTOS SUCESORIOS. CLASES

Por el

Excmo. Sr. D. Luis-Alberto Gil Nogueras

Académico de Número

La resistencia a la implantación del derecho romano clásico en el territorio aragonés, encuentra ejemplo típico en la sucesión contractual. Las peculiaridades orográficas del primitivo reino de Aragón y las circunstancias históricas que condicionan su aparición, hacen que los habitantes del Sobrarbe, el Serrablo y la Ribagorza no vean con buenos ojos la implantación de un derecho que les es ajeno. Quedan ya bastante lejanos los días de dominación romana y de posterior vigencia del “*liber iudiciorum*”, y por otra parte la recepción del Código Justiniano, además de tardía, no penetra con la fuerza que en los vecinos territorios mediterráneos. Ello no puede hacer suponer que el derecho aplicable en Aragón y sus instituciones nada tengan que ver con el derecho romano. Probablemente en un principio se aplicare en la medida de lo posible las leyes visigodas fuertemente romanizadas, si bien las circunstancias indicadas anteriormente, obligaran a revitalizar y desarrollar formas, figuras y variedades, que para el derecho romano clásico eran a pesar de ser conocidas, excepcionales, sobre todo en los territorios fronterizos, una especie de derecho romano de frontera. La costumbre, como experiencia condicionada por la climatología y el terreno, y la influencia extranjera, principalmente francesa en los territorios necesitados de población, supondría a grueso modo, los posibles orígenes del derecho Aragonés. La institución de la sucesión contractual y el pacto al más viviente no son una excepción, ni en cuanto al origen ni en cuanto a la resistencia, tanto a las condiciones restrictivas existentes en el derecho romano clásico como a las prohibitivas de la tradición castellana.

I. POSIBLE ORIGEN DE LA INSTITUCIÓN.

Como señala Marín Padilla²²⁹ existen indicios muy antiguos de la existencia de un pacto sobre la sucesión de una persona. Se suelen señalar pasajes de la Biblia para poner de manifiesto la antigüedad de la institución. Recuerda la autora como en el Libro de Tobías se dice “Y

²²⁹ En su obra HISTORIA DE LA SUCESION CONTRACTUAL páginas 12 y siguientes

Raquel juramentó a Tobías, e hizo una escritura, de que la otra mitad que le quedaba, pasaría al dominio de Tobías después de la muerte de ella”, o como en el Génesis se describe la venta de la primogenitura de Esaú por un plato de lentejas.

En el Derecho babilonio, según varios autores deducen del estudio del Código de Hammurabi, existía una regulación de los pactos nupciales en el que se recogen variadas disposiciones testamentarias. El desconocimiento de la figura del testamento, auténtica piedra de toque del derecho sucesorio romano, hacía girar en torno a los contratos y obligaciones la causa del derecho sucesorio, y se servía de figuras como la adopción para obtener una finalidad sucesoria, circunstancia ésta común a otros derechos de la antigüedad como el griego o el egipcio.

En el Derecho Romano primitivo, a la muerte del *pater familias*, el *consortium* que formaban los hijos y la *uxor in manu* para el culto de los dioses domésticos y el desarrollo y explotación del patrimonio agrario, continuaba la titularidad del fallecido sobre los bienes. Los hijos casados formaban sus propias comunidades en torno al núcleo familiar, si bien integradas las así formadas dentro de una comunidad superior. Por lo tanto la sucesión así configurada devenía en algo automático, era una forma de sucesión legal, que solo quebraba ante la ausencia de familiares que se encontrasen bajo la autoridad del *pater familias*. En este último supuesto actuaba la voluntad del causante mediante testamento, cuya finalidad inmediata no era la entrega de los bienes, sino la creación de un *sui*, acudiendo al mecanismo de la adopción, a semejanza de los derechos griego o egipcio, para así asegurar la perpetuación del nombre y del culto familiar. El heredero en esta concepción primitiva no recibe los bienes del caudal propiamente, sino que es el patrimonio familiar y todo lo que ello supone, el que se perpetúa en el heredero. Todo ello, condicionado por el carácter religioso del pueblo romano, que exige entre los cometidos del *pater familias* llevar a cabo los rituales apropiados para propiciar a los dioses domésticos como Vesta (hogar), los Penates (Proveedores) y los Lares (Antepasados). Es este último culto el que afecta singularmente al heredero, ya que como cabeza del patrimonio familiar, le incumbe la obligación de honrar a los antepasados, vínculo entre las distintas generaciones, que son los encargados de velar y proteger la casa, en el sentido romano. Esta concepción de la sucesión hace imposible la idea del pacto cuando existan parientes que han estado bajo la autoridad del *pater*. Sin embargo se aproxima algo más en ausencia de aquellos, aunque en modo alguno el mecanismo utilizado de la adopción, pudiera pensarse equiparable al contrato con sus mismos efectos.

La evolución posterior del derecho romano deriva necesariamente al acto unilateral de voluntad del causante. El aumento de la población de las distintas comunidades, mengua la riqueza de los patrimonios, y hace peligrar su subsistencia. Por tanto se generaliza a través del testamento la institución formal del heredero, en principio de uno de los *sui* con desheredación del resto, con posterioridad incluso se permite la facultad de instituir a un extraño. Quizás el sentido religioso en un principio y social posteriormente, impidiese considerar que el instituido lo pudiera ser mediante un pacto con el causante, ya que ello repugnaba la idea de que éste pudiera disponer por causa de muerte de manera irrevocable. Curiosamente sin embargo, la prohibición en el Derecho Romano no es general, admitiéndose manifestaciones

del pacto sucesorio en el ámbito militar como el pacto de mutua sucesión entre militares que van a entrar en campaña. Sin embargo la prohibición si afectó directamente a los pacto de institución a través de la *Lex Hereditas*. Por las circunstancias antedichas, y derivado de la necesidad de la institución dentro del testamento, repugnaba a la mentalidad romana que el instituido lo llegara a ser mediante pacto, y se vinculara la voluntad del causante

En el ámbito del Derecho germánico, la importancia del núcleo familiar es tan importante como en el Derecho romano primitivo, aunque huérfano del hábito religioso y de culto a los antepasados. Es por tal motivo que la sucesión deviene automáticamente dentro del núcleo sin que el avance de la propiedad privada anule el recuerdo de la primitiva propiedad en mano común. Los hijos incluso antes de la muerte del causante mantienen un derecho expectante a recibir los bienes del caudal, por lo que es prácticamente impensable que se llame a un extraño a la herencia para que comparta los bienes del causante con el resto de la familia. En este sentido no existe propiamente más sucesión que la familiar y opera a través de vínculos familiares, al margen de la voluntad del causante, a quien como señala LACRUZ²³⁰ sólo en una época posterior se le permite disponer de una parte no importante del patrimonio y de favorecer a título singular. Si el titular carece de parientes tendrá que acudir a mecanismos de creación de parentesco, como en otros derechos antiguos ya vistos, para que de este modo sus bienes acrezcan a una determinada persona. Deberá pues acudir a la adopción. En esta situación y ante la falta absoluta de libertad que tenía el titular para la disposición de los bienes, es difícil suponer la existencia del contrato sucesorio en los términos como se concibe en la actualidad. Si bien el carácter más liberal del Derecho germánico permitió algunos pactos sucesorios de mejora. No es por otra parte difícil suponer que la regulación germánica como regulación menos técnica, mantenga instituciones, sobre todo de tipo consuetudinario que la asemejen al Derecho romano primitivo, donde existen como hemos visto manifestaciones de pactos sucesorios. Sin embargo ello difiere mucho de atribuir a los referidos pactos al ámbito exclusivo del Derecho germánico.

Quizás sea con la influencia cristiana y del Derecho canónico cuando se rompe con el principio de indisponibilidad por parte del titular de raíz germánica, mediante la recomendación de donar para obras pías parte de caudal relictivo. El Derecho canónico incide sobre la necesidad de respeto a la voluntad razonable del testador y admite los pactos sucesorios. Así San Isidoro en el libro V de sus Etimologías (capítulo 24.2) dice sobre la voz *Testamentum* que se llama de tal modo porque hasta que el testador no muere (*testador mortuus*) no se confirma ni se abre lo que está escrito, pero también señala que el vocablo viene a significar igualmente contrato o pacto, y así lo recogían las Sagradas Escrituras ya que Labán y Jacob hicieron testamento, esto es, pacto que tenía que valer entre vivos; y en los Salmos se dice “*hicieron contra ti un testamento*”, esto es un pacto.²³¹ Y en la base de todo pacto no se encuentra sino la voluntad de las partes, en virtud de la cual se va a justificar las disposiciones efectuadas a favor de los monasterios y la Iglesia por la salvación de las almas y el perdón de los pecados.

²³⁰ LACRUZ BERDEJO en su obra DERECHO DE SUCESIONES páginas 381 y siguientes

²³¹ Ver MARIN PADILLA en HISTORIA... ob cit páginas 149 y 150.

Habremos, pues de concluir, que los pactos sucesorios no pueden atribuirse como exclusivos de uno u otro sistema jurídico sino fruto de una situación peculiar, y como respuesta a una necesidad creada. Por consiguiente, la mayor o menor regulación o predicamento actual en un determinado territorio, piénsese en Alemania, no permite considerar sin más como una institución de raíz germánica. El vacío de poder originado por la caída de Roma, desmiembra el continente en territorios donde la aplicación o preponderancia del Derecho romano o germánico va a depender de su situación geográfica y sociopolítica. Así por ejemplo el rey Teodorico en su Edicto (470-480) regula a favor de los godos la posibilidad de otorgar el testamento militar romano y por consiguiente la posibilidad de pacto sucesorio en los mismos términos en que fue conocido en Derecho romano. También jugó un importante papel la costumbre sobre todo en territorios de difícil orografía a través de fórmulas como las donaciones entre los familiares.

En la península Ibérica, tras la caída del reino visigodo, en aquellas zonas montañosas donde la dominación árabe no se hace sentir, surgen entre otras instituciones los pactos sucesorios, resultado de un pragmatismo obligado. En estas zonas rurales el patrimonio familiar es corto y la tierra es poco productiva. Por tanto, su fraccionamiento entre los hijos pone en peligro la subsistencia de todos. Se hace necesario instituir heredero a uno como medio de conseguir el mantenimiento de la explotación familiar, base patrimonial de la época. Sin embargo, esta expectativa no basta al instituido, que en la mayoría de los casos, se mueve ante la inseguridad de su situación ya que depende al final de la voluntad del causante, que puede verse influenciada en los postreros años de su vida y privarle de la recompensa prometida, a pesar del trabajo desarrollado en beneficio de la explotación, muchas veces con sacrificio de la propia familia nuclear del mismo. A estos supuestos da respuesta coherente y oportuna la figura que nos ocupa. Mediante esta institución con entrega de bienes de presente, se logra la garantía inmediata para el heredero que se casa y se queda con los padres a regir el patrimonio familiar y a gestionarlo.

Además, se permiten convenios interfamiliares de asociación y salvaguarda de los derechos entre los cónyuges y el equilibrio de los respectivos patrimonios mediante disposiciones correspectivas, esto es recíprocamente condicionadas, siendo igualmente un instrumento de relación y progreso social. También cabe utilizarlos para concretar los derechos del resto de legitimarios de la forma que más interese al patrimonio familiar. Y ello por cuanto no son extraños los pactos en los que el instituido, y en su caso su cónyuge, contrae la obligación de ceder el patrimonio a una única persona, o incluso el de reversión del mismo a otra persona designada para el caso de fallecimiento sin descendencia.

Los pactos sucesorios no fueron desconocidos en ninguno de los territorios o reinos cristianos que configuraban la península, incluso en Castilla. Así en el Fuero Juzgo (1242) en el Título que se dedica a *“De las mandas de los muertos, como deuen ser escriptas e firmadas”* (l 2,t 5 ley 11) se establece una amplia libertad del causante como en la mejor tradición medieval. Establece el mencionado precepto *“Si algum omne faze manda de sus cosas por escripto, e si el escripto fuese confirmado de la mano del qui lo fizo e de las testimonias; o si aquel que faze la manda non sabe escrevir por su mano, e diere otro omne que scriva por el, o que le sennale*

el escripto; o si algum omne faze su manda ante testigos sin escripto; cada una de estas quatro maneras de fazer manda debe valer”.

Por su parte el Fuero Real (1255) sigue con el principio de libertad de testar expuesto anteriormente manteniendo la validez de todas las disposiciones de últimas voluntades efectuadas por el causante con independencia de las circunstancias del caso y regula el pacto sucesorio bajo el “manto protector y consuetudinario” de la adopción. El libro 5 del Título 2 de la ley 6 dice “*De las cosas que son dadas por escrito. E demas ennademos, que si alguno fiziere escripto de sus cosas en personas dotri que las de a otri, maguer que non diere el escripto aquel en su vida, todavia lo aura despues de su muerte aquellas cosas aquel en cuyo nombre fue scripto; ca derecho es que aquel escripto sea firme, el qual non quiso desfazer el donador en su vida. Mas si aquel que fizo el escripto non dio la cosa, ni el escripto en su vida a aquél a quien fiziera la donacion ; mas toviéselo consigo, e despues mudosele la voluntad, el escripto que fizo despues sea firme... E si alguno diere alguna cosa so tal condicion, que se le tenga consigo en su vida, e despues de su muert que la aya a quien la da, porque esta donacion semeia testamento, aquel que la dio la puede toller si quisier ante de su muerte”*

Igualmente en Las Partidas se encuentra el testamento entre padres e hijos y se regula como vale el testamento celebrado entre el padre y sus hijos aunque no se haya hecho acabadamente, que como bien señala MARIN PADILLA entraña en buena lógica la regulación y admisión de los pactos sucesorios.²³²

Los primeros rastros de regulación del pacto sucesorio en el Derecho aragonés los encontramos en las Observancias 7 y 18, *De Donationibus* y el Fuero 4 *De donationibus*, dado en las Cortes de Zaragoza de 1398 que recogía los Fueros *De testamentis nobilium* de 1307 y *De testamentis civium* de 1311. La primera regulaba la donación por causa de muerte con carácter irrevocable, el segundo recoge la *donatio omnium bonorum*, en la que se dispone que la donación cuando es hecha por alguno, de sus bienes en general, o de los bienes habidos y por haber otra persona que no sea hijo suyo, o hijos suyos, legítimos y naturales, en la cual el donante no deja nada a su hijo o hijos legítimos o naturales ya nacidos, no valdrá si tenía hijos o hijas legítimos y naturales al tiempo de la donación; y esto cuando se hace a instancia de ellos contra la misma donación. Y si después de la donación, nace algún o algunos hijos naturales y legítimos y de ellos no se hubiere hecho mención en el tiempo de dicha noción, por éste solo hecho, dicha donación se hace nula y tenuta por no hecha.

El ámbito geográfico de aplicación tradicional del pacto sucesorio en Aragón lo fueron las regiones alto pirenaicas, si bien ya muy posteriormente, y cuando la riqueza del patrimonio familiar se ha desplazado de la tierra y del sector agrario al comercio, ha tenido sus manifestaciones en las tierras bajas, sobre todo en aquellos núcleos que servían para abastecer o “*hacer de puente*” a las tierras altas.

Con la llegada del Código Civil, la institución se ve seriamente amenazada y ello pese a que el Derecho castellano recurre a los pactos sucesorios, a través de la figura de la donación.

²³² MARIN PADILLA en “*HISTORIA DE ...*” ob cit página 184.

Ya los exégetas del Digesto que operaron a partir del siglo XVI, quizás imbuidos de un iusnaturalismo a ultranza, afirmaban la nulidad de los pactos sucesorios ya que son contrarios a las buenas costumbres. En el fondo descansa la idea de la libertad del testador de la que no puede verse privado, y el rechazo a la figura existente en el Derecho romano clásico. Con el tránsito a la Ilustración todavía va cobrando más arraigo la tesis de la libertad de testar como proyección de la libertad individual, y por consiguiente subsiste la reticencia a los pactos sucesorios que culmina en la época codificadora

La elección en España de redactar un Código unificador del Derecho Civil sobre la base de un Derecho castellano, con un sistema de apéndices que recogieran las instituciones del resto de Ordenamientos, que merecieran ser consideradas, originó una polémica en torno a la legalidad de los pactos sucesorios.

El artículo 1271 del Código Civil, como máximo exponente del Derecho común sobre la materia, prohíbe los pactos en materia sucesoria. Ello suscitó en algunos juristas la idea de no considerar a los pactos sucesorios fuera del ámbito consuetudinario al no estar específicamente regulados en Fuero, y que quedaban afectados por la prohibición existente en el Código Civil como derecho supletorio. Frente a éstos, juristas como ISABAL²³³ argumentaban que por ser una manifestación de la libertad civil, que no era contraria al Derecho natural ni imposible, debían ser permitidos con base en el principio *standum est chartae*

El Proyecto de Apéndice de 1889, recogía los pactos sucesorios dentro de los artículos 90, 91 y 92, esto es dentro del ámbito de los capítulos matrimoniales, como un pacto de estas características que tenía trascendencia hereditaria. Ello hasta cierto punto era consecuente con la idea de que los pactos sucesorios no existían fuera de las capitulaciones. El posterior proyecto debido a Gil Berges sí recoge en cambio los pactos sucesorios en los artículos 98, 99, 100, 101 y 104. Además el artículo 274 ve la sucesión contractual, especialmente la prevista en capitulaciones como una forma de sucesión por causa de muerte, conjuntamente con la testamentaria y la legal.

Es el Apéndice de 1925 donde más claramente se menciona la sucesión por contrato como forma de sucesión por causa de muerte. El artículo 34 decía “Para que tenga lugar la sucesión legítima, además de lo establecido al efecto en el Código, se necesita que la sucesión del causante no esté ordenada por contrato, y señaladamente por capitulación matrimonial”

Más detenidamente el artículo 58 permitía que dichos pactos se llevasen a cabo fuera de las capitulaciones, siempre que constasen en escritura pública. Por su parte el artículo 60, entre las instituciones que nombraba, figuran el acogimiento y la dación personal, que son pactos claramente extramatrimoniales.

Con sencilla claridad el artículo 89 de la Compilación de 1967 dirá: “La sucesión se defiende por testamento, por pacto o por disposición de la ley”. En técnica muy similar el

²³³ ISABAL “EXPOSICION Y COMENTARIO DEL CUERPO LEGAL DENOMINADO FUEROS Y OBSERVANCIAS” Zaragoza 1926 páginas 333-334

Código Civil en el artículo 658 afirmaba que la sucesión se defiere por voluntad del hombre manifestada en testamento y a, falta de éste, por disposición de ley.

La ley de sucesiones de Aragón de 1999 hace referencia a esta cuestión en el art 1.2 donde dirá: *La sucesión se defiere por pacto, por testamento o por disposición de la Ley*. Y en su artículo siguiente con rotundidad expone que *el causante goza de la más amplia libertad para ordenar su sucesión por pacto, por testamento individual o mancomunado, o por medio de uno o más fiduciarios, sin más límites que el respeto a la legítima y los generales del principio «standum est chartae»*

De modo más específico en su artículo 62 llegara a decir *Son válidos los pactos que sobre la propia sucesión se convengan en escritura pública, así como los que en relación con dicha sucesión otorguen otras personas en el mismo acto*

Los referidos preceptos pasan al Código de Derecho Foral de Aragón y sin alteración se enumeran como 317.1, 318 y 377 del mencionado Cuerpo Legal.

II. SUS CLASES

La principal clasificación de los pactos sucesorios por parte de la doctrina ha sido la que distingue entre los pactos confirmativos o de institución, los negativos o renunciativos, y los relativos a la herencia de un tercero. De todos ellos destacan los primeros, que la mayor parte de la doctrina considera como los verdaderos pactos sucesorios. Como sostiene LACRUZ²³⁴ mediante ellos “ *el causante regula su propia sucesión frente al co contratante*”. Las variedades que permite son múltiples. Cabe que los dos contratantes se instituyan herederos recíprocamente, sucediendo el superviviente al premuerto, o que la sucesión opere respecto de uno de ellos sin reciprocidad alguna, o que el heredero no sea uno de los contratantes, que puede heredar a uno o ambos...

Los segundos son en realidad contratos de abdicación de la herencia como acertadamente pone de relieve SANTOS BRIZ²³⁵ por los que aquel que por cualquier título puede ser llamado a la herencia, renuncia de un modo definitivo a su derecho. Esta renuncia podrá ser a título gratuito, o a título oneroso, afectar a todo o solo a parte de la herencia, y permite la posibilidad de ser sometida a condición.

El tercer grupo, los denominados pactos sucesorios entre extraños, antiguamente admitidos, si bien con escasa incidencia, suponen una figura más propia del derecho de obligaciones que del sucesorio, toda vez que ningún acto de disposición se lleva a cabo por el causante, el cual ni siquiera concurre al otorgamiento. En él los contratantes disponen de los bienes de un tercero para el caso de su muerte y a favor de un extraño.

²³⁴ LACRUZ BERDEJO “DERECHO DE SUCESIONES I “ Barcelona 1971 Página 720

²³⁵ SANTOS BRIZ “DERECHO CIVIL TOMO VI” EDESA Madrid 1979 página 758

Las dudas durante el período que antecede a la Compilación, pusieron de relieve la distinción entre los pactos matrimoniales y los extramatrimoniales. Así PELAYO HORE²³⁶ en su obra “Los pactos sucesorios en Aragón” señala que en el Derecho aragonés los pactos sucesorios se han apoyado siempre en el matrimonio a través de las Capitulaciones matrimoniales. ROCA SASTRE²³⁷ extrapolando el ejemplo del Derecho catalán, cuyo artículo 63 de su Compilación sólo permite los heredamientos pactados en Capitulaciones, extiende esta idea al resto de territorios forales. Sin embargo como señaló LACRUZ²³⁸ en el Derecho aragonés, los pactos sucesorios no se agotan en las Capitulaciones, y el arraigo histórico de los celebrados al margen de las mismas se pone de manifiesto en las donaciones irrevocables de bienes para después de la muerte, que son reguladas desde el siglo XIV en los textos aragoneses.

Otra clasificación, de menor importancia, incide sobre los bienes afectos por el pacto. Así podrán recaer sobre la generalidad de los bienes del causante o sobre parte de los mismos. Los primeros serán universales o generales, los segundos particulares.

La compilación del 67 resuelve la problemática relativa a los pactos sucesorios extramatrimoniales, admitiéndolos. El art 99 admitía que los indicados figurasen en capitulaciones matrimoniales, pero también los que obrasen en escritura pública hechos por mayores de 18 años, y los que se celebraran en el seno de las instituciones familiares consuetudinarias.

No discutía la posibilidad de que pudieran recaer sobre todo o sobre parte de los bienes, pues al margen de que el art 99 nada decía en contrario, el art 100 exponía que “*los pactos sucesorios pueden contener cualesquiera disposiciones por causa de muerte a favor de los contratantes, de uno de ellos o de tercero, a título universal o singular, con las sustituciones, reservas, modalidades, cargas y obligaciones que se estipulen*”. Nos encontramos ante uno de los preceptos que mejor ejemplificaban la libertad contractual y de disposición vigente en el ordenamiento aragonés, que se sintetizaba en el artículo 3 de la Compilación bajo el principio del *standum est chartae*

En relación a la clasificación principal, el artículo 99 de la Compilación hacía una clara referencia a las dos primeras. Su primer párrafo recogía la validez de los pactos sobre la propia sucesión y específicamente los confirmatorios y los renunciativos, pero proscribía los que versaban sobre la herencia de tercero.

Y además permitía o equiparaba al pacto sucesorio, o como variantes del mismo, los pactos que se otorguen en el seno de las instituciones familiares consuetudinarias, en el propio artículo 99, y la donación mortis causa de bienes singulares conforme al art 101.2.

En la Ley de sucesiones se mantiene esencialmente estas divisiones. Según el art 65 *los pactos sucesorios pueden ser a) De disposición mortis causa de uno o varios contratantes a favor de otro u otros de ellos. b) De institución recíproca. c) De disposición mortis causa de los con-*

²³⁶ PELAYO HORE en la obra mencionada publicada en el Anuario de Derecho Civil de 1967 en la página 847

²³⁷ ROCA SASTRE

²³⁸ LACRUZ BERDEJO “Derecho de Sucesiones” ob cit página 744

tratantes a favor de tercero o terceros. d) De renuncia de uno o varios contratantes a la herencia del otro u otros

Se reflejan aquí los denominados pactos de institución con sus variantes y los pactos renunciativos. No hay referencia a los pactos sobre la herencia de tercero, que no hay que confundir con el supuesto que se contempla en el 65 c) que es el opuesto a aquélla situación.

También hay reflejo de los pactos consuetudinarios, cuando en el artículo 66.2 establece que *además del régimen sucesorio, puede también pactarse en capitulaciones matrimoniales en consideración a la casa el establecimiento de una comunidad familiar entre instituyentes e instituido y sus familiares, regulando los derechos y las obligaciones de los que la integran.*

La distinción entre pactos universales y singulares, la hallamos en el art 66.1 al decir que *los pactos sucesorios pueden contener cualesquiera estipulaciones mortis causa a favor de los contratantes, de uno de ellos o de tercero, a título universal o singular, con las sustituciones, reservas, fiducias, modalidades, cargas y obligaciones que se convengan*

Y finalmente también incluía los pactos no matrimoniales en el art 62 al mantener que *Son válidos los pactos que sobre la propia sucesión se convengan en escritura pública, así como los que en relación con dicha sucesión otorguen otras personas en el mismo acto.* No era necesaria la referencia a los Capítulos matrimoniales, ya que al fin y al cabo, éstos deben de constar en escritura pública.

Sobre las donaciones universales, el artículo 68 repite la redacción del 101 de la Compilación *La donación mortis causa de bienes singulares tendrá el carácter de pacto sucesorio.*

III. LOS PACTOS CONSUETUDINARIOS.

Han venido a ser reconocidos prácticamente a lo largo de la regulación de esta materia por el Derecho Aragonés, aunque en la actualidad resultan poco conocidos, más allá quizás de alguna nota informativa, propia de la singularidad de la propuesta, generalmente orientada a la supervivencia de algún núcleo de población.

En la Compilación del 67 el art 99 reconocía los pactos sucesorios que se celebraran en el seno de las instituciones familiares consuetudinarias.

Esto era una remisión a la costumbre que ya no sólo delimitaba el alcance del pacto sucesorio como en los supuestos que contemplaba el precepto, sino la propia existencia del mismo. La generalidad de la doctrina señalaba como ejemplos de esta variedad el acogimiento y la dación personal. El primero de ellos se recoge en la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 13 de Octubre de 1933 como el acto y contrato por el cual una familia heredada, con hijos o sin ellos, recibe en su compañía a otra u otras familias, de parientes o extraños, en el acto de constituirse o constituida ya, y con los hijos o sin ellos, formando entre todos una comunidad familiar, que es a un tiempo sociedad de producción, de consumo y gananciales, y, en ciertos límites, de sucesión mancomunada. Se da la característica de que por esta

fórmula el pacto puede afectar a grupos de personas que se integran hasta formar un tipo de sociedad o comunidad que es capaz de articular mecanismos sucesorios entre miembros de la familia de acogida y de la familia acogedora. Generalmente va a ser la familia de acogida, por regla más joven y dispuesta, quien a través de sus miembros va a desempeñar las labores de administración del patrimonio común resultante sin perjuicio de la reserva que la familia de acogida pueda articular.

Una variante de esta institución es el Consorcio universal, que en mi opinión venía a situarse dentro del mismo esquema anterior, pero que afectaba a un mayor patrimonio, suponía también por ende una mayor dedicación integrativa y donde en realidad no concurría una familia de acogida y una familia que acoge, que predispone una situación económica prevalente, sino ante dos familias que se situaban al mismo nivel, y que decidían integrarse en una nueva comunidad familiar al unir sus respectivos patrimonios y compartir ganancias.

Por otra parte, la dación personal viene a ser el pacto o contrato por el que una persona, soltera o viuda, con patrimonio propio se da en persona y bienes a la casa, que lo recibe, con la transmisión a ésta del dominio de aquéllos. No creo que, de inicio esta dación pueda tener carácter irrevocable, aunque si se pactara de este modo cabría la duda de si el pacto pudiera tener validez por el límite constitucional al *standum est chartae* y a la costumbre que se contienen en los artículos 2 y 3 del CDFA en relación a Derechos fundamentales como el de libre circulación, o al libre desarrollo de la personalidad (Art 10 y 19 CE)

La forma de estos pactos quedaba fuera de los requisitos de forma del art 99, y en consecuencia de la necesidad de escritura pública, aunque en la medida que pudieran afectar a bienes inmuebles, con carácter supletorio le era de aplicación el artículo 1280 del Código Civil, y el acceso al Registro de la Propiedad impondría el otorgamiento de escritura.

La ley de sucesiones omite una referencia similar a tales instituciones en el artículo 64, actual 380 CDFA, pero el art 66 (hoy 381 CDFA) habla del establecimiento por pacto de una comunidad familiar entre instituyentes e instituido y sus familiares, regulando los derechos y obligaciones que la integren, poniendo de relieve que pueden contener cualesquiera estipulación mortis causa a favor de los contratantes, de uno de ellos o de un tercero, a título universal o singular, con las sustituciones, reservas, fiducias modalidades, cargas y obligaciones que convengan. Y en el artículo 69 (384 CDFA) se expone que los pactos se interpretarán en los términos en que hayan sido redactados, atendiendo a la costumbre, usos, y observancias del lugar, a los que deberá estarse cuando el pacto se refiera a determinadas instituciones consuetudinarias.

En esencia el art 69 remite a la misma situación de la Compilación de 1967, puesto que la costumbre sirve no solo como mecanismo de interpretación de los pactos sino como elemento integrante del contenido de los que tengan su base en instituciones consuetudinarias, que se rigen no por las reglas generales sino por las que tradicionalmente se hayan aplicado.

Encontramos también curiosas referencias a tales instituciones en el seno de otras Leyes aragonesas, posteriormente unificadas en el CDFA. Así por ejemplo, la situación de la dación

personal y el acogimiento o casamiento sobre bienes se contemplan como formas consuetudinarias de comunidad familiar en el art 19, actual art 201 CDFA, previéndose que su regulación se hará conforme a lo pactado interpretada con arreglo a la costumbre y a los usos locales, en términos no idénticos pero parejos a la previsión del art 69 de la Ley de sucesiones. Cabe añadir que la Compilación del 67 recogía un texto prácticamente idéntico en su art 33.

LA CASACION FORAL Y LA REFORMA DEL RECURSO DE CASACION

Por el

Excmo. Sr. Don Fermín Hernández Gironella

Académico de Número

1. EL RECURSO DE CASACIÓN CIVIL Y SU EVOLUCIÓN LEGISLATIVA.

El recurso de casación es un medio de impugnación de las sentencias civiles dictadas en grado de apelación por las Audiencias provinciales de carácter extraordinario en cuanto que, por una parte tiene limitado su objeto a las cuestiones de Derecho, esto es, o bien la infracción de normas ordinarias, jurídico materiales o jurídico procesales o la vulneración de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, y también están limitadas las resoluciones que pueden ser objeto de recurso²³⁹.

La jurisprudencia lo explica con meridana claridad:

*“En casación solo cabe planteamiento de cuestiones jurídicas desde el respeto a los hechos o base fáctica de la sentencia impugnada, sin que puedan mutilarse, ser sustituidos ni adicionados con otros no tenidos en cuenta de forma explícita o implícita por la sentencia recurrida. Los motivos del recurso de casación deben respetar la valoración de la prueba contenida en la sentencia recurrida, lo que implica: (i) que no se puede pretender una revisión de los hechos probados ni una nueva valoración de la prueba; (ii) que no pueden fundarse implícita o explícitamente en hechos distintos de los declarados probados en la sentencia recurrida, ni en la omisión total o parcial de los hechos que la sentencia recurrida considere acreditados”*²⁴⁰

La casación, sin desdeñar la función procesal de dar respuesta o satisfacción jurídica de las pretensiones de las partes, cumple primordialmente una función nomofiláctica, favoreciendo una interpretación uniforme de la ley y garantizando el principio de igualdad ante ella, a través de un correcto estudio, exégesis y aplicación de la norma jurídica

²³⁹ Sentencias que pongan fin a la segunda instancia dictadas por las Audiencias Provinciales cuando, conforme a la ley, deban actuar como órgano colegiado y los autos y sentencias dictados en apelación en procesos sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y mercantil al amparo de los tratados y convenios internacionales, así como de Reglamentos de la Unión Europea u otras normas internacionales, cuando la facultad de recurrir se reconozca en el correspondiente instrumento. (art. 477.1 LEC)

²⁴⁰ SSTs 263/2012, de 25 de abril, 616/2012, de 23 de octubre, 690/2012, de 21 de noviembre), y 2/2019, de 8 de enero

Lo precedentes más significados del recurso de casación civil se encuentran en el Real Decreto de 4 de noviembre de 1838, sobre el recurso de nulidad por infracción de “ley o doctrina legal”, que preveía motivos tanto “in iudicando” como “in procedendo” limitados numéricamente, y se articulaba a través de un sistema de reenvío al tribunal a quo, que debía dictar una nueva sentencia o, en su caso, reponer los autos al momento en que se produjo el vicio procesal determinante de la nulidad.

Es en el Real Decreto de 1852, de 20 de junio, donde se utiliza por primera vez el término “casación” y se suprime el sistema de reenvío de los autos a la Audiencia, en los supuestos de error “in iudicando”.

La Ley de Casación Civil de 1878 regulaba de forma extensa y pormenorizada el recurso de casación contra las sentencias definitivas pronunciadas por las Audiencias, contra las sentencias de los Jueces de primera instancia en las demandas de desahucio, y contra las dictada por “*amigables componedores*” (árbitros) en los casos que determine la Ley.

En los motivos del recurso se incluyen el error in iudicando y el error in procedendo: “*ser la sentencia contra ley o doctrina legal*”, “*haberse quebrantado las formas esenciales del juicio*”, y se limita la fórmula del reenvío a las sentencias que consideren acreditado el quebrantamiento de forma.

Esta Ley, a través de la Ley de Bases de 21 de junio de 1880 inspirará la regulación del recurso de casación en la Ley de Enjuiciamiento Civil aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881, y que ha estado vigente durante más de cien años, hasta ser sustituida por la Ley 1/2000, de 7 de enero.

La Ley de 1881 mantuvo el doble fundamento del recurso: La infracción de ley o de doctrina legal y el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, estableciendo un sistema casuístico de motivos que recogía siete en el caso de la infracción de ley o de doctrina legal y ocho cuando el recurso se fundamentaba en el quebrantamiento de forma.

Finalmente, la reforma operada en la Ley de Enjuiciamiento por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, redujo los quince motivos a cinco:

- 1.º Abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción.
- 2.º Incompetencia o inadecuación del procedimiento.
- 3.º Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte.
- 4.º Error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.
- 5.º Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, que fueren aplicables para resolver las cuestiones objetos de debate.

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000/, de 7 de enero LEC), rompe la dualidad de motivos de casación existente desde tiempo inmemorial (error in iudicando-error in procedendo) y excluye la infracción de normas procesales del recurso de casación, creando una nueva vía de impugnación para la revisión de las infracciones de normas procesales o la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española: el recurso extraordinario por infracción procesal, cuyo conocimiento atribuyó a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.

Como quiera que la Ley Orgánica del Poder Judicial, no preveía esta competencia (y no la ha llegado a establecer en los más de veinte años de vigencia de la norma) la disposición final decimosexta la Ley estableció un complejo régimen transitorio que ha traído como consecuencia que el conocimiento de este recurso siempre ha correspondido a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, salvo que se interpusieran conjuntamente el recurso por infracción procesal y el recurso de casación por infracción de normas de Derecho Civil foral, en cuyo caso el conocimiento de ambos recursos correspondía a los Tribunales Superiores de Justicia.

Los motivos de impugnación a través del recurso extraordinario por infracción procesal eran:

- La infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional.
- La infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia.
- La infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión.
- La vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución.

Desaparece en la nueva Ley la posibilidad de fundamentar la impugnación en el error en la valoración de la prueba, a salvo que de que se trate de un error de tal magnitud que implique una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución.

Por lo que se refiere a la casación los motivos del recurso quedaron limitados a tres:

- Tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución (pues estos son objeto del recurso extraordinario por infracción procesal).
- Cuantía del proceso, inicialmente establecida en 25 millones de pesetas (150.000 euros) y que en año 2023 estaba fijada en 600.000 euros.
- Interés casacional, que se entiende presente cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

2. LA CASACIÓN FORAL ARAGONESA

El recurso de casación civil foral en Aragón, como en otras comunidades con Derecho civil propio, tiene su fundamento último en el art. 152 de la Constitución Española que prevé que un Tribunal Superior de Justicia, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo, culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. En congruencia con esta prevención, la Ley Orgánica del Poder Judicial, al regular las competencias de los Tribunales Superiores de Justicia, atribuye a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal, como Sala de lo Civil, el conocimiento del recurso de casación contra resoluciones de órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la comunidad autónoma, siempre que el recurso se funde en infracción de normas del derecho civil, foral o especial, propio de la comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución.

Respecto al primero de los requisitos, la jurisprudencia ha entendido que es derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad aquél que haya sido aprobado por el órgano legislativo de la Comunidad Autónoma en ejercicio de la competencia que le atribuye el artículo 149-8 de la Constitución, esto es *“la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”*.²⁴¹

Es decir, no se incluyen como objeto de la casación foral las normas civiles del Derecho Autonómico, ajenas al Código de Derecho Foral de Aragón.²⁴²

Con relación a la previsión estatutaria el primer Estatuto de Autonomía correspondiente, aprobado por la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, preveía en su art. 29 que las competencias de los órganos jurisdiccionales del orden civil en Aragón se extendiesen «a todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y revisión, en las materias de Derecho civil foral aragonés». Sin embargo, la posterior reforma del mismo, operada por la Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre suprimió el mencionado precepto, dando lugar a varios pronunciamientos de la Sala Civil del TSJ declarándose incompetente para conocer de los recursos de casación en materia de derecho foral. La cuestión quedó definitivamente resuelta con la reforma del Estatuto por la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, donde el art. 63.2 estableció al fin que «el Tribunal Superior de Justicia de Aragón conocerá, en todo caso, de los recursos de casación fundados en la infracción del Derecho propio de Aragón».²⁴³

Consecuentemente con ello el legislador aragonés promulgó la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, que atribuye a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón el conocimiento de los recursos de casación que procedan con-

²⁴¹ Autos de la Sala I del Tribunal Supremo 3 de marzo de 2015 (recurso 121/2014) y 20 de mayo de 2015 (recurso 2872/2013)

²⁴² Se excluyen de la casación foral, por ejemplo, las infracciones de la Ley de Cooperativas de Aragón, o la Ley de la infancia y adolescencia de Aragón, que podrían ser objeto, sin embargo, de recurso de casación ante la Sala Primera del Tribunal Supremo.

²⁴³ BELLIDO ASPAS, Manuel. “La jurisprudencia y el recurso de casación: una breve visión de esta última década”. Ponencia del seminario “Cincuenta años de Derecho Civil aragonés”. Institución Fernando el Católico. Zaragoza. 2017.

tra las resoluciones de los tribunales civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil aragonés.

La ley prevé dos vías de acceso al recurso de casación: la cuantía litigiosa, que en la ley autonómica queda reducida a tres mil euros, o aquellos litigios de cuantía indeterminada, y el interés casacional, que reproduce el contenido de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con la salvedad de que, en el primer supuesto, la oposición a la jurisprudencia debe venir referida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia de Aragón o del Tribunal Supremo, dictada en aplicación de normas del Derecho civil aragonés, o no exista dicha doctrina en relación con las normas aplicables.

3. LA REFORMA DE LA CASACIÓN CIVIL.

El recurso de casación ha sido objeto de reforma por el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea; una disposición de carácter heterogéneo, como se desprende de su propio nombre, que modifica, entre otras normas, la regulación en la Ley de Enjuiciamiento Civil del recurso de casación. Esta disposición se complementará con el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo.

De los aspectos esenciales de esta reforma merecen destacar los siguientes:

- Se elimina el recurso extraordinario por infracción procesal, manteniéndose el recurso de casación como recurso único, que podrá fundarse en la infracción tanto de normas sustantivas como procesales.
- Se suprime la cuantía como vía de acceso a casación. Los únicos cauces de acceso al recurso de casación son el interés casacional y la tutela judicial civil de derechos fundamentales susceptibles de recurso de amparo.
- Se mantiene el concepto de interés casacional, y solo se modifica el supuesto relativo a que la sentencia recurrida aplique normas sobre las que no exista doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, eliminándose el requisito temporal de que la norma no lleve más de cinco años en vigor.
- Se introduce un nuevo concepto de “interés casacional notorio”, que deberá apreciar la Sala civil del Tribunal Supremo, o en su caso, las Salas de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en su ámbito competencial, cuando la resolución impugnada se haya dictado en un proceso en el que la cuestión litigiosa sea de interés general para la interpretación uniforme de la ley estatal o autonómica.

- Se establece la necesidad de colegiación en la decisión de la Audiencia Provincial, lo que hace irrecurribles las resoluciones de Audiencias Provinciales cuando resuelven como tribunal unipersonal recursos contra resoluciones de juzgados de primera instancia sustanciados por razón de la cuantía.

4. LA CASACIÓN FORAL ANTE LA REFORMA DE LA CASACIÓN.

Conocidos los aspectos fundamentales de la reforma del recurso de casación, cabe plantearse en qué medida esta reforma afecta al recurso de casación foral aragonesa regulado por la Ley 4/2005, de 14 de junio, y al margen de la ampliación que supone incluir un supuesto de interés casacional “notorio”, la reforma puede suponer limitaciones derivadas de la desaparición de la cuantía como cauce de admisión del recurso y la exigencia de colegiación en las resoluciones recurribles.

Ya hemos explicado anteriormente que en la Ley de Casación Foral Aragonesa, como en la Ley de Enjuiciamiento Civil coexistían, junto la vulneración de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, dos vías de acceso al recurso: la cuantía y el interés casacional. La primera, inicialmente fijada la redacción original de la Ley de Enjuiciamiento Civil en veinticinco millones de pesetas, estaba establecida en el año 2023 en seiscientos mil euros; sin embargo, la Ley de Casación Foral Aragonesa limitó esta cuantía a tres mil euros, además de aquellos supuestos en los que sea imposible de calcular ni siquiera de modo relativo. La razón, ofrecida por el Preámbulo de la Ley 4/2005, es la de promover la creación de una jurisprudencia propia, facilitando la utilización del recurso en un número mayor de litigios sobre Derecho civil aragonés. Ello ha permitido a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal pronunciarse sobre cuestiones como las servidumbres, que, al margen del interés casacional, no hubieran tenido acceso al recurso.

Por tanto, debemos de plantearnos si, convalidado en vía parlamentaria el Real Decreto Ley Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, ha desaparecido la posibilidad de fundamentar en la cuantía litigiosa un recurso de casación por infracción del Derecho Foral de Aragón.

Hay argumentos para sostener esta afirmación

El primero de ellos sería la virtualidad principio de prevalencia sancionado en el art. 149.3 de la Constitución Española (CE). Efectivamente, el Estado tiene competencia exclusiva sobre la legislación procesal (art. 149.1.6 CE), y puede, en virtud de este principio, dictar leyes para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, y, en principio, la reforma del recurso de casación que contempla el citado decreto, debe entenderse comprendida en el ámbito del mismo, pues como ha señalado el Tribunal Constitucional, la atribución al Estado de la competencia exclusiva sobre legislación procesal responde a la necesidad de salvaguardar la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales.²⁴⁴

²⁴⁴ STC del 25 de marzo de 2004 (ROJ): STC 47/2004 - ECLI:ES:TC: 2004:47).

Algunos autores²⁴⁵ entendieron ya, en el momento de la promulgación de la Ley de casación foral aragonesa, que la limitación de la cuantía para acceder al recurso podía afectar al principio de igualdad del art. 14 de la Constitución, pues se establecería un cauce mucho más abierto para los aragoneses (vecindad civil aragonesa) que para el resto de los españoles, cuanto más si se establece un cauce distinto, que sería único, pues el resto de las leyes autonómicas de casación tan solo permiten como como vía de acceso el interés casacional²⁴⁶.

Un último argumento es que la limitación del cauce de admisión del recurso de casación al interés casacional es más acorde a la función nomofiláctica que el mismo desempeña. Así lo entiende el Preámbulo del Real Decreto-ley 5/2023 *“en el sentido de atribuir al recurso de casación el tratamiento que reclama su naturaleza de recuso extraordinario dirigido a controlar la correcta interpretación y aplicación de las normas aplicables, en consonancia con la reiteradísima la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la propia Sala Primera de lo Civil de nuestro Tribunal Supremo insistiendo en el especial rigor de los requisitos de admisión del recurso de casación”*.

No obstante, existe un argumento que permitiría salvar como vía de acceso al recurso la cuantía litigiosa: la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 47/2004, que acordaba la inconstitucionalidad de la Ley de Casación Foral de Galicia, declaraba que la previsión de dicha ley en el sentido de que el recurso sería admisible, “cualquiera que sea la cuantía litigiosa”, encuentra adecuada justificación constitucional en la competencia reconocida a dicha Comunidad Autónoma por el art. 149.1.6 CE, referido a la facultad de las Comunidades Autónomas de legislar sobre las “necesarias especialidades” en materia procesal, entre otras, que se deriven del derecho sustantivo de las mismas, y vengan requeridas por éste, siempre que el legislador autonómico ofrezca la suficiente justificación sobre la necesidad de alterar las reglas procesales comúnmente aplicables por venir requeridas por las particularidades del Derecho sustantivo autonómico.

No obstante, no podemos soslayar, que cuando se dictó esta Sentencia la cuantía litigiosa era uno de los cauces de acceso al recurso de casación en la Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien en una suma ciertamente elevada, y esta posibilidad ha desaparecido de la misma.

Una segunda cuestión, que ya adelantábamos al principio, es la relativa a la exigencia de colegiación en las resoluciones recurribles.

La nueva redacción del art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que son recurribles en casación las sentencias que pongan fin a la segunda instancia dictadas por las Audiencias Provinciales *“cuando, conforme a la ley, deban actuar como órgano colegiado”*.

²⁴⁵ Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, Nº 12, Sección Tribuna, Editorial Aranzadi

²⁴⁶ Ley 5/2005, de 25 de abril, reguladora del recurso de casación en materia de derecho civil de Galicia.
Ley 4/2012, de 5 de marzo, del recurso de casación en materia de derecho civil de Cataluña.
Ley 4/2022, de 19 de mayo, del Recurso de Casación Civil Vasco.

Ciertamente, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁴⁷ ha entendido como no recurribles las sentencias dictadas o que debieron dictarse por un único magistrado, por no actuar la Audiencia Provincial en tales casos como órgano colegiado, y así lo entendió también la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Sin embargo, en un auto de diecisiete de diciembre de dos mil veinte se cambió este criterio para entender recurribles en casación las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial por un magistrado unipersonal.

Las razones que se aducían para ello eran, en primer lugar, que los criterios de admisión fijados por la Sala Primera del Tribunal Supremo no son vinculantes por ser una disposición “ad intra” de dicha Sala; en segundo lugar, que la solución acogida en los autos del Tribunal Supremo no resulta de la dicción literal del art. 477.2 LEC en su redacción anterior, ni tampoco del art 1 la Ley aragonesa 4/2005 de casación foral que no establecen distinción alguna entre las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales en atención al número de magistrados que intervienen en su dictado, y por último, que la voluntad del legislador aragonés ha sido diferente a la del nacional, al facilitar el acceso a la casación de asuntos de pequeña cuantía para revitalizar nuestro derecho, tal y como se expresa en la Exposición de Motivos de la Ley 4/2005.

Ello ha permitido el acceso al recurso de casación de materias relevantes para el Derecho Foral aragonés, como es la materia de servidumbres, que en muchos casos ven limitado su acceso a la casación por razón de la cuantía²⁴⁸.

Sin embargo, a la vista de la nueva redacción de la Ley de Enjuiciamiento Civil, este planteamiento resulta ya insostenible

En conclusión, sería conveniente de “lege ferenda”, que el legislador aragonés acometiese una reforma de la Ley de Casación Foral Aragonesa, abordando cuestiones como la posibilidad de recurrir en casación foral la infracción de normas civiles no incluidas en el Código de Derecho Foral de Aragón, el acceso al recurso en función de la cuantía litigiosa o la necesidad de colegiación para que las sentencias de las Audiencias tengan acceso al recurso.

Entre tanto, será preciso que la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia se pronuncie sobre estas cuestiones, adaptando sus criterios a las nuevas previsiones legales.

²⁴⁷ Autos del TS de fechas 26 de febrero, 11 de junio y 10 de septiembre de 2013 de 2013 de 28 de octubre de 2015 y 10 de febrero de 2016, así como el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017.

²⁴⁸ Así, la Sala Civi y Penal del TSJ, se ha pronunciado en ocasiones sobre esta materia, en asuntos resueltos en apelación por magistrado unipersonal:

STSJ del 30 de marzo de 2022 (ROJ: STSJ AR 289/2022)

STSJ, del 9 de marzo de 2021 (ROJ: STSJ AR 190/2021)

STSJ del 4 de febrero de 2009 (ROJ: STSJ AR 702/2009)

STSJ del 16 de diciembre de 2005 (ROJ: STSJ AR 1827/2005)

5. BIBLIOGRAFÍA

AGNELLI FAGGNIOLA, Alizia, FUENTES AGUILA, Marily Rafaela y CASTELLANO FUENTES, Pedro Enrique: *“La función nomofiláctica como mecanismo de unificación en la interpretación del derecho”*. CES Derecho. <https://dialnet.unirioja.es>

Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, Nº 12, Sección Tribuna. Editorial Aranzadi

BONET NAVARRO, Angel y seis más. *“La casación foral aragonesa”*. El Justicia de Aragón. 2011.

BELLIDO ASPAS, Manuel. *“La jurisprudencia y el recurso de casación: una breve visión de esta última década”*. Ponencia del seminario *“Cincuenta años de Derecho Civil aragonés”*. Institución Fernando el Católico. Zaragoza. 2017.

GIMENO SENDRA: *Derecho Procesal Civil. I El proceso de declaración. Parte General*. ED. Colex. 2004

HERCE QUEMADA, Vicente y GOMEZ ORBANEJA, Emilio: *“Derecho Procesal Civil”*. Ed. Artes Gráficas y Ediciones. Madrid

EL DERECHO DE ABOLORIO

Por la

Excma. Dra. Doña Aurora López Azcona

Académica de Número

1. PREVIO

El derecho de abolorio es uno de los derechos familiares de adquisición preferente que rigen en la actualidad en algunos Ordenamientos territoriales españoles. Ello contrasta con la situación normativa del Derecho civil estatal donde no es posible encontrar manifestaciones legales similares, ya que el retracto gentilicio castellano fue excluido del Código civil. En los Derechos civiles forales o especiales donde se regula esta institución se utilizan diferentes denominaciones para su identificación: derecho de abolorio en Aragón (arts. 588 a 598 CDEA), retracto gentilicio en Navarra (leyes 452 a 459 Fuero Nuevo de Navarra), saca foral en Vizcaya (arts. 72 a 87 Ley de Derecho civil Vasco) y derecho de tornería en el Valle de Arán (arts. 568-21 a 568-26 Código Civil de Cataluña). Obviamente, existen importantes diferencias de regulación entre estos derechos, siendo la saca vizcaína la que presenta mayores peculiaridades. En cualquier caso, todos ellos obedecen a la misma finalidad, que radica en evitar la enajenación de ciertos bienes a personas extrañas a la familia de donde proceden.

En cualquier caso, el derecho de abolorio constituye una institución estrechamente vinculada a la tradición jurídica aragonesa. Su primera regulación se remonta al fuero (extenso) de Jaca de donde pasó a la Compilación de Huesca de 1247 (fueros 4º y 5º *De communi dividundo*). Durante el siglo XIX resistió los embates del liberalismo para ser incluido en todos los Proyectos de Apéndice, así como en el Apéndice de 1925. El mismo criterio favorable al mantenimiento del derecho de abolorio se adoptó en la Compilación del Derecho civil de Aragón de 1967 (arts. 149 a 152). E igualmente cuando a partir de la CE de 1978 se inició la reformulación del Derecho civil aragonés, una vez asumida la competencia no sólo de conservarlo, sino de modificarlo y desarrollarlo. De este modo, la Ley 8/2010 de Derecho civil patrimonial le dedicó sus arts. 54 a 64, dotándole de una regulación más amplia y detallada que la de la Compilación, presidida por el criterio de mantenerla con sus rasgos esenciales y completar aspectos debatidos en aras de la seguridad jurídica. Estos preceptos serán refundidos posteriormente sin modificaciones en el CDEA, arts. 588 a 598, que constituyen su régimen hoy vigente.

2. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

El derecho de abolorio puede definirse, con base en el art. 588 CDFA, como un derecho que, bajo determinadas condiciones, concede la ley a ciertos parientes para adquirir preferentemente ciertos inmuebles familiares cuando su dueño pretenda su enajenación o ya los haya enajenado a extraños o parientes de la misma línea de procedencia de los bienes en grado ulterior.

La naturaleza jurídica del derecho de abolorio viene especificada en el art. 588 CDFA, en cuanto lo incardina en la categoría de los derechos legales de adquisición preferente. En particular, el CDFA lo configura como un derecho con dos posibles fases de ejercicio que, en principio, se articulan de modo subsidiario: el tanteo y el retracto, en función de que la enajenación haya sido o no efectuada.

El derecho de abolorio es ejercitable como tanteo cuando el dueño notifique fehacientemente a sus parientes su intención de enajenar bienes de abolorio a un tercero, así como las condiciones esenciales de la enajenación proyectada. Según resulta del art. 594.2 CDFA, tal notificación no se trata de un mero aviso del propósito de enajenar a un tercero, sino que se configura como una verdadera oferta de carácter vinculante y, por ende, irrevocable durante el plazo que tienen los parientes notificados para ejercitar el tanteo.

En fase de retracto sólo es susceptible de ejercicio en el caso de haber sido vulnerado en fase de tanteo, lo que sucederá, de acuerdo con el art. 594.2 y 4 CDFA, en los siguientes supuestos:

1º. Cuando, tras notificar previamente a sus parientes su intención de enajenar, el dueño enajene los bienes de abolorio sin haber transcurrido el plazo del tanteo. En este supuesto los parientes ya no podrán ejercitarlo como tanteo, dado que la propiedad de los mismos se ha transmitido a un tercero, sino como retracto en los plazos previstos legalmente. En cualquier caso, los parientes adquirirán el bien o bienes de abolorio en las condiciones notificadas con carácter previo, con independencia de que el dueño los haya enajenado a un tercero en condiciones distintas.

2º. Cuando el dueño enajene los bienes de abolorio a un tercero sin haber notificado previamente a sus parientes su intención de enajenar, lo más habitual en la práctica.

3º. Cuando la notificación del propósito de enajenar no sea completa o fehaciente.

4º. Cuando la enajenación se efectúe en condiciones diferentes a las notificadas con carácter previo. Por contra, si los parientes fueron notificados previamente de la enajenación proyectada y dejaron transcurrir el plazo del tanteo sin ejercitarlo, en caso de efectuarse la enajenación en el año siguiente a la notificación previa en idénticas condiciones a las notificadas, aquellos no podrán ejercitar el retracto, porque en este supuesto no puede hablarse de vulneración del tanteo, sino de renuncia al mismo y, por ende, al retracto. En cambio, si la enajenación se lleva a cabo transcurrido un año desde la notificación previa, los parientes podrán ejercitar el retracto, aunque propiamente no haya habido vulneración del tanteo, en atención al art. 594.3 CDFA que limita la eficacia de la notificación previa al plazo de un año distintas.

3. ELEMENTOS PERSONALES

En el derecho de abolorio, al igual que en todos los derechos de adquisición preferente, debe distinguirse, por una parte, el titular del derecho o sujeto activo y, por otra, la persona contra quien debe ejercitarse el derecho o legitimado pasivo.

A) Titulares del derecho

El art. 590.1 CDFA mantiene la legitimación de los parientes colaterales con los mismos condicionantes que contemplaba la Comp.Arg. Así, fija el cuarto grado como límite de parentesco entre aquellos y el enajenante (lo que incluye hermanos, tíos, sobrinos, primos y tíos abuelos). Por añadidura, exige su pertenencia a la línea familiar de donde proceden los bienes, lo que se justifica en atención a la finalidad perseguida por este derecho, que no es otra que la de mantener los bienes en la familia de origen, entendiendo por tal los parientes pertenecientes a la misma línea parental.

El art. 590.1 reconoce, asimismo, el derecho de abolorio a los ascendientes del enajenante, aunque de modo muy limitado, toda vez que, por aplicación de la regla del recobro de liberalidades del art. 524, únicamente les faculta para ejercitarlo respecto del bien o bienes de abolorio que hayan donado al enajenante, cuando éste pretenda enajenarlos o ya los haya enajenado.

También son titulares del derecho de abolorio los descendientes del enajenante, siempre que reúnan los requisitos del art. 590.1. El primero de ellos tiene que ver con la edad, ya que se exige que los descendientes sean mayores de catorce años, presupuesto este que parece pretender evitar fraudes de ley en la representación de los hijos por los progenitores en el ejercicio del derecho, pero cuya adecuación al principio de igualdad puede cuestionarse, al no existir una restricción similar para los restantes titulares. Por añadidura, han de ser titulares de bienes de abolorio de idéntica procedencia familiar que los bienes enajenados, requisito que, igualmente, resulta cuestionable, al no afectar a los demás titulares del derecho y que de facto limita considerablemente las posibilidades de ejercicio del derecho por parte de los descendientes.

En cualquier caso, a los efectos del derecho de abolorio resulta indiferente la naturaleza matrimonial o no matrimonial, biológica o adoptiva del parentesco, en atención al principio de igualdad de las filiaciones que rige en Derecho español desde la CE de 1978 y que recoge explícitamente el art. 56 CDFA. Queda excluido, sin embargo, el parentesco por afinidad, habida cuenta de la finalidad del derecho que no es otra que la conservación de los inmuebles en su familia de origen.

El art. 590.2 CDFA resuelve esta colisión de titulares, atribuyendo preferencia a los descendientes frente a cualquier otro titular del derecho de abolorio. Planteándose la concurrencia entre varios descendientes, el Código aragonés acude al criterio de proximidad de parentesco con el enajenante. En defecto de descendientes y únicamente respecto de aquellos bienes de abolorio que hayan sido donados al enajenante por un ascendiente o hermano, será preferido el donante, siempre que pertenezca a la línea de procedencia de los bienes. El tercer

lugar en este orden jerárquico corresponde al pariente colateral más próximo del enajenante por la línea de los bienes. Finalmente, en caso de concurrir en el ejercicio del derecho parientes (en línea recta o en línea colateral) de igual grado, el CDFA da prioridad al primero en ejercitarlo, salvo que resulte de aplicación la regla del recobro de liberalidades, en cuyo caso la preferencia se atribuye al donante.

B) Legitimado pasivo

El derecho de abolorio, en atención a su eficacia *erga omnes*, debe dirigirse contra el dueño actual de los bienes, siendo decisivo el momento en que se ejercite. Así, en fase de tanteo su titular debe dirigirse contra el pariente dueño de los bienes cuya enajenación pretende. En cambio, en fase de retracto habrá de intentarse contra el adquirente (o, si ha fallecido, contra su sucesor en los bienes de abolorio de que se trate), resultando indiferente a tales efectos que este haya inscrito o no su título en el Registro de la Propiedad, ya que propiamente no es un tercero respecto de la incidencia del retracto.

No obstante, puede suceder que, dentro de los plazos de ejercicio del derecho en fase de retracto, el adquirente inicial enajene el bien o bienes adquiridos a un tercero y así sucesivamente, surgiendo de este modo uno o varios subadquirentes contra los cuales también podrá hacerse efectivo el derecho de abolorio, aun cuando reúnan la condición de terceros hipotecarios *ex art. 37.3 LH*. Es más, en tal caso y de ejercitarse judicialmente el derecho de abolorio, habrá de demandarse conjuntamente al primer adquirente y todos los posteriores, siempre que se tenga conocimiento de su existencia ya sea en el momento de la presentación de la demanda o durante el periodo expositivo del juicio, originándose una situación de litisconsorcio pasivo necesario.

Por contra, no resulta necesario retraer contra el enajenante, ya que frente a él queda subsistente el contrato inicial, si bien subrogándose el retrayente en la posición del comprador. Ello no obsta para que este pueda intervenir en el proceso de retracto por propia iniciativa, siempre que tenga un interés serio y legítimo en el resultado del pleito (art. 13 LEC), originándose un litisconsorcio pasivo voluntario. No así, en cambio, a solicitud del demandado, por cuanto exige una habilitación legal específica *ex art. 14 LEC*.

En cualquier caso, cuando el derecho de abolorio se ejercite en fase de retracto, el art. 588 CDFA supedita su viabilidad a que la enajenación se verifique a favor de «quien no sea pariente dentro del cuarto grado por la línea de procedencia de los bienes». Esta fórmula legal debe interpretarse en el sentido de que el derecho de abolorio podrá prosperar cuando el adquirente sea una persona ajena a la familia de donde provienen los bienes (incluidos el cónyuge y los parientes afines del disponente), un pariente consanguíneo de distinta línea a la de procedencia de los bienes o un pariente consanguíneo de la misma línea en quinto o ulterior grado. Por el contrario, el derecho no será factible frente al adquirente pariente en línea recta o colateral del enajenante dentro del cuarto grado por la línea de los bienes, y ello aunque el retrayente sea pariente del enajenante en grado más próximo.

4. ELEMENTOS OBJETIVOS

A) Bienes objeto del derecho

a) Bienes de abolorio

En atención a lo dispuesto en el art. 589 CDFA, tres son los presupuestos delimitadores de la condición de los bienes de abolorio: la naturaleza inmobiliaria, la procedencia familiar y ulterior permanencia en la familia y la necesaria ubicación en Aragón.

La restricción a los inmuebles, procedente del Derecho histórico, se encuentra plenamente justificada, ya que tales bienes (por naturaleza e incorporación) continúan poseyendo en la actualidad las notas de afección e *identificabilidad* familiar que requiere el objeto de la institución. No obstante, no todos los bienes inmuebles están sujetos al derecho de abolorio, toda vez que el art. 589.1, con ánimo de evitar el uso especulativo del derecho, circunscribe su objeto a los inmuebles de naturaleza rústica (esto es, ubicados en suelo no urbanizable) y a los edificios o parte de ellos, ya estén ubicados en suelo urbano, urbanizable o no urbanizable.

El segundo de los presupuestos tiene que ver con su procedencia familiar, presente a lo largo de toda la historia de la institución. En concreto, el art. 589.1 exige para poder calificar los inmuebles de abolorio su permanencia en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del enajenante, expresión legal que clarifica su aptdo. 2º en el sentido de exigir la concurrencia de los siguientes requisitos:

1º. Que los bienes hayan sido incorporados a la familia, entendiendo por tal la integrada por parientes del enajenante por la línea de los bienes sin límite de grado, al menos por los abuelos del enajenante o tíos abuelos.

2º. Que los bienes no hayan salido la familia desde su ingreso en la misma hasta que el enajenante efectúe la transmisión originadora del derecho de abolorio. Los bienes perderán su condición de abolorio cuando salgan de la familia en alguna de las generaciones anteriores a la del enajenante por su transmisión ya sea a personas ajenas a la misma, a parientes afines o parientes de la otra línea de procedencia de los bienes. Si ingresan de nuevo en la familia, habrá que esperar dos generaciones para que recuperen la condición de abolorio.

3º. En cuanto al tiempo de permanencia de los bienes en la familia, se exige un periodo de dos generaciones, en concreto, las dos inmediatamente anteriores a la del enajenante. Este requisito se cumple cuando los bienes, antes de pasar a poder del enajenante, han pertenecido a un pariente de la generación de los abuelos y luego a un pariente de la generación de los padres. Pero también, dado el tenor del art. 589.1 («cualquiera que sea el número de transmisiones intermedias»), en el caso de bienes transmitidos directamente por el abuelo o el tío abuelo al enajenante. Por el contrario, no cumplen el requisito de dos generaciones inmediatamente anteriores los bienes que haya recibido el enajenante de algún pariente de su misma generación (p.e. un hermano) o de la generación posterior (p.e. un hijo o un sobrino), si no proceden de un pariente de la generación de los abuelos, ello al margen del número de transmisiones de que hayan sido objeto dentro de la familia.

4º. Según matiza el art. 589.1, sólo puede predicarse la condición de abolorio que permanezcan en la familia como tales «como tales», lo que parece excluir las alteraciones físicas sustanciales.

5º. En cuanto al pariente de quien ha recibido los bienes el enajenante, en los términos en que se expresa el art. 589.1 («cualquiera que sea su procedencia inmediata»), puede tratarse de un pariente en línea recta o colateral, siempre que pertenezca a la línea de procedencia de los bienes, ya que, de no ser así, no se cumpliría el requisito de permanencia en la familia.

6º. Por último, en lo que atañe al título en virtud del cual ha recibido los bienes el enajenante, el mismo art. 589.1 opta por admitir cualquiera, ya sea oneroso o gratuito, *inter vivos* o *mortis causa*, al calificar de abolorio los bienes «cualquiera que sea el título de adquisición inmediato».

Como tercer y último presupuesto, el art. 589.1 exige la necesaria ubicación de los inmuebles en Aragón, delimitando así el ámbito de aplicación del derecho de abolorio.

b) Enajenación de cuota indivisa y de pluralidad de inmuebles

El CDFA ofrece solución legal a dos cuestiones que tradicionalmente habían planteado importantes problemas prácticos, como son las referentes al posible ejercicio del derecho de abolorio, de una parte, sobre cuotas indivisas de bienes de abolorio; y, de otra, en las enajenaciones de pluralidad de inmuebles.

La primera de las cuestiones enunciadas es resuelta por el art. 592 CDFA en sentido favorable al ejercicio del derecho de abolorio, siempre que se enajenen una o varias cuotas indivisas (entiéndase, familiares). Por el contrario, cuando se enajene la totalidad del inmueble, habrá de ejercitarse el derecho en su integridad, a fin de evitar situaciones de comunidad de bienes no existentes de antemano. Ahora bien, admitida la posibilidad de ejercitar el derecho sobre cuota indivisa, de concurrir en tal caso el derecho de abolorio con el retracto de comuneros, el art. 498 CDFA otorga prioridad a éste último.

Asimismo, el CDFA fija unas pautas de ejercicio del derecho de abolorio para el supuesto de que se enajenen una pluralidad de inmuebles. En concreto, el art. 593 permite el ejercicio del derecho sobre alguno o algunos de los bienes de abolorio enajenados (no necesariamente sobre todos ellos) y ello, aunque la contraprestación sea única.

B) Enajenaciones originadoras

La efectividad del derecho de abolorio presupone que el actual dueño de los inmuebles familiares proyecte su enajenación a favor de una persona distinta del titular de aquel derecho o que ésta ya haya sido consumada. Es por ello que la enajenación desencadenante del mismo constituye, asimismo, uno de los elementos esenciales de su estructura.

Sobre este particular el art. 591 CDFA, ha optado, en línea con sus antecedentes, por una fórmula muy restrictiva, permitiendo únicamente su ejercicio frente a dos tipos de transmisión onerosa: la compraventa y la dación en pago. De ello resulta, por consiguiente, la exclusión de cualquier otra enajenación onerosa diferente a las mencionadas legalmente, así

como de las transmisiones gratuitas, ya sean *inter vivos* o *mortis causa*. Por añadidura, el art. 591 admite la viabilidad del derecho en las enajenaciones forzosas, ya sean verificadas mediante subasta judicial o extrajudicial, o mediante las otras formas de realización de bienes en procedimiento de apremio que contempla el art. 636 LEC. En las expropiaciones forzosas, sin embargo, no resulta posible la aplicación de esta institución, al estar subordinada la enajenación a la correspondiente causa de utilidad pública o interés social. En cualquier caso, sólo la primera enajenación debe estar incluida entre las requeridas legamente, en cuanto desencadenante del derecho de abolorio.

5. ELEMENTOS FORMALES

El ejercicio del derecho de abolorio se encuentra condicionado a los requisitos de índole formal que prescriben los arts. 594 y 595.1 y 2 CDFA: plazo, y entrega o consignación del precio. A las dos formalidades precitadas, exigibles tanto judicial como extrajudicialmente, ha de añadirse otra específica que sólo debe observarse cuando se actúe el derecho en vía judicial: la justificación documental del título en que se funde el retracto, así como de la consignación o caución prestada, prevista en el art. 595.3 CDFA.

A) Plazos de ejercicio

En orden a los plazos, el art. 594 CDFA distingue entre las dos fases de ejercicio del derecho, esto es, el tanteo y el retracto, en aras de una mayor claridad y, sobre todo, según resulta de la lectura del Preámbulo CDFA, al objeto de fomentar la fase del tanteo, mucho menos problemática que la de retracto, en cuanto todavía no se ha verificado la enajenación a favor de tercero.

a) Plazo de ejercicio en fase de tanteo

De acuerdo con el art. 594.1, el plazo de ejercicio en fase de tanteo es de treinta días, a contar desde la notificación fehaciente de la intención de enajenar, entendiendo por tal la verificada por aquellos medios que permitan acreditar su contenido frente a terceros (p.e. requerimiento notarial, telegrama, fax, burofax, email o sms certificado). Quedan excluidas, por consiguiente, las notificaciones verbales o telefónicas, así como las efectuadas por carta (aun certificada), salvo que lo admita el ejercitante del derecho de abolorio.

Se requiere también que la notificación sea completa, en el sentido de que su contenido incluya junto al precio o las bases para calcularlo, las condiciones y garantías de su pago, la descripción del inmueble o inmuebles que se pretenden enajenar y, en su caso, de sus cargas y gravámenes.

En cualquier caso, el CDFA está pensando en una notificación personal, lo que conlleva la exclusión de las notificaciones mediante publicación edictal, ya sea en tablones o en diarios oficiales o privados; modalidad esta de notificación que se practica, sin embargo, con respecto a la saca foral vasca (los denominados *llamamientos forales* mediante edictos a publicar en el ayuntamiento del término municipal donde radican las fincas).

Por añadidura, tal notificación previa a la enajenación no se configura legalmente como una obligación jurídica en sentido estricto, sino más bien como una carga para el dueño que pretende enajenar, toda vez que su ausencia de verificación sólo implicará que no empezará a correr el plazo del tanteo y que, adicionalmente, quedará abierta la posibilidad de ejercer el retracto en el caso de consumarse la enajenación.

No obstante lo anterior, el art. 594.2 prevé que, una vez realizada la notificación previa, el dueño que pretende enajenar quedará obligado frente al pariente o parientes destinatarios de aquella durante los treinta días que tienen éstos para ejercitar el tanteo, aunque desista de su intención de enajenar. Tal previsión parece que debe ser interpretada en el sentido de que el titular o titulares del derecho que hayan sido notificados de la intención de enajenar podrán exigir al dueño que efectúe la enajenación a su favor en las condiciones notificadas y ello aunque éste desista de su intención de enajenar. No parece, sin embargo, que el hecho de realizar la notificación previa prive al notificante de la facultad de enajenar a quien quiera y en las condiciones que quiera antes de que transcurra el plazo del tanteo, si bien en este caso el pariente o parientes notificados podrán ejercitar el derecho en fase de retracto, entiendo que en las condiciones notificadas, aunque la enajenación se haya realizado en condiciones diferentes.

Por añadidura, el CDFA fija un límite temporal a la eficacia de la notificación previa, toda que en su art. 594.3 dispone que sus efectos caducarán si la enajenación proyectada no se realiza en el plazo de un año (entiéndase, desde la notificación). De ello resulta que, si el dueño efectúa la enajenación transcurrido un año, los parientes previamente notificados podrán ejercitar el retracto.

b) Plazos de ejercicio en fase de retracto

El art. 594.4 contempla dos plazos de ejercicio del derecho en fase de retracto, en función de que la enajenación haya sido o no notificada fehacientemente a los titulares del derecho.

En concreto, el art. 594.4.a. dispone que, cuando se notifique fehacientemente la enajenación, con indicación del precio y demás condiciones esenciales del contrato, el plazo de ejercicio del retracto será de treinta días. Dos son, por tanto, los requisitos a cumplir por la notificación para que determine el inicio del cómputo de los treinta días: que sea fehaciente y completa; requisitos coincidentes con los exigidos a la notificación previa que determina el ejercicio del tanteo. Al igual que en fase de tanteo, la notificación de la enajenación tampoco constituye una obligación, sino una carga, ya que su incumplimiento conllevara como única consecuencia una ampliación del plazo, de treinta a noventa días, del que disponen los titulares del derecho para su ejercicio.

En defecto de notificación de la enajenación o si carece de *fehaciencia*, es incompleta (por no expresar las condiciones esenciales de la enajenación) o incorrecta (por haberse efectuado la enajenación en condiciones diferentes a las notificadas), el art. 594.4.b. concede un plazo más amplio de noventa días, a contar desde el conocimiento por parte del retrayente de la enajenación y de sus condiciones esenciales, ya sea por los medios de información previstos en la

legislación hipotecaria, en el caso de inscripción registral de la enajenación, o, en su defecto, por cualquier otro medio. La inscripción registral no es, por tanto, uno de los hitos para el inicio del cómputo del plazo, sino un medio más que posibilita el conocimiento. En cualquier caso, en aplicación del principio de la carga de prueba, el retrayente cumplirá con indicar el día en que conoció la enajenación, correspondiendo al demandado que excepcione la caducidad de la acción probar el conocimiento de la enajenación y sus circunstancias fuera de plazo.

c) Plazo máximo de caducidad

Junto a los plazos de treinta y noventa días, el art. 594.5 establece, por razones de seguridad jurídica, un plazo máximo de caducidad de dos años a contar desde la consumación de la enajenación. Ello significa que, una vez agotado este límite temporal, el derecho se extingue automáticamente sin excepción alguna. De este modo, la notificación o el conocimiento en los dos años siguientes a la enajenación producirán un acortamiento de este plazo, entrando en juego el de treinta, o en su caso, noventa días; pero si tales circunstancias acontecen con posterioridad al mismo, éste no experimentará ampliación alguna.

d) Naturaleza de los plazos

Según clarifica el art. 594 en sus aptdos. 1º y 4º, todos los plazos mencionados son de caducidad y, por consiguiente, no admiten interrupción alguna. Asimismo, son plazos de naturaleza civil, de tal manera que, de acuerdo con el art. 5 Cc, habrán de contarse desde el día siguiente, incluyéndose en su cómputo los días hábiles e inhábiles.

B) El pago o consignación del precio

La segunda formalidad esencial para el ejercicio del derecho de abolorio viene constituida, en atención a lo dispuesto en el art. 595. 1 y 2 CDFA por el pago o consignación del precio.

El pago o la consignación debe verificarse dentro de los plazos de ejercicio del derecho (art. 595.1) so pena de hacerlo inviable y en favor del actual propietario. La consignación podrá realizarse no sólo en metálico, sino también a través de un medio de garantía como es el aval cambiario o el cheque conformado (art. 595.1).

La cuantía a entregar es el precio de venta o el importe de la deuda en la dación en pago, no el valor real del inmueble vendido. En el supuesto de pluralidad de enajenaciones dentro del plazo de ejercicio del derecho, habrá que atender al precio de la primera transmisión, ya que es la que da origen al derecho de abolorio y determina sus condiciones de ejercicio.

En todo caso, el cumplimiento de este requisito se supedita al conocimiento del precio de venta o, en general, de la contraprestación pactada por parte del ejercitante, ya sea vía notificación o por una fuente de información subsidiaria. En cambio, según prevé el art. 595.2, si lo desconoce, cumple, a efectos del ejercicio del derecho, con consignar o garantizar el precio en que estime (entiéndase, en base a datos objetivos) que se ha verificado la enajenación, aunque el Juez podrá ordenarle que complete la cantidad consignada o garantizada si la considera insuficiente.

Quedan excluidos de la consignación los gastos útiles y necesarios hechos en la cosa vendida y los gastos del contrato a que se refiere el art. 596.2 CDFA. Aunque dichos gastos deban reembolsarse al adquirente en caso de ejercitar con éxito el derecho de abolorio, no constituyen objeto de la consignación.

C) Documentos a aportar con la demanda

Junto a los requisitos formales, el art. 595.3 CDFA contempla dos requisitos adicionales, a cumplir solo cuando el derecho se ejercite judicialmente.

El primero de ellos, dirigido a garantizar la seriedad de las pretensiones de abolorio, radica en la exigencia de un principio de prueba documental del título en que se funde la demanda. Tal presupuesto, contemplado genéricamente en el art. 266.3º LEC en relación con las demandas de retracto, a efectos del derecho de abolorio se concreta en la justificación tanto del parentesco del demandante con el enajenante como de la condición de abolorio de los inmuebles enajenados.

En segundo lugar, el CDFA impone al ejercitante, también de modo coincidente con el art. 266.3º LEC, la obligación de acompañar el escrito de la demanda con el documento que justifique la consignación del precio o la prestación de la garantía. Con ello se pretende garantizar al demandado que será reembolsado de las cantidades a que se refiere el art. 596.2, en caso de prosperar la demanda.

En cualquier caso, la aportación de los documentos indicados se requiere como requisito de admisibilidad de la demanda, de tal modo que, por aplicación de los arts. 269.2 y 403.3 LEC, su falta de presentación conllevará la inadmisión a trámite de toda demanda de derecho de abolorio.

6. EFECTOS

A) Efectos comunes a todos los derechos de adquisición preferente

Válidamente ejercitado el derecho de abolorio en tiempo y forma se derivan los efectos propios de los derechos de adquisición preferente, concretamente en sus modalidades de tanteo y retracto. Tales efectos se encuentran regulados en el art. 596.1 y 2 CDFA.

a) Adquisición de la propiedad de los bienes de abolorio en las mismas condiciones en que se han pretendido enajenar o ya se han enajenado

En cuanto derecho de adquisición preferente, el principal efecto que genera el derecho de abolorio es de carácter adquisitivo, produciéndose la adquisición de la propiedad del inmueble o inmuebles familiares por parte del ejercitante en las mismas condiciones en que se han pretendido enajenar o ya se han enajenado, según prevé el art. 596.1. De ello resulta que, en caso de ejercitarse en fase de retracto, el retrayente sólo estará obligado a soportar las cargas y gravámenes constituidos sobre el bien o bienes de abolorio antes de consumarse la

enajenación, pero no los que imponga posteriormente el adquirente. En efecto, el retrayente quedara afectado por los derechos reales limitados y, en general, los gravámenes que se hayan constituido sobre el inmueble antes de la enajenación, de tal manera que sus titulares tendrán frente a él todas las acciones derivadas de los mismos.

Por el contrario, y como consecuencia lógica de la eficacia del retracto legal frente a terceros, aun cuando hayan inscrito en el Registro de la Propiedad los títulos de sus respectivos derechos *ex art. 37.3º LH*, aquellos derechos o gravámenes que haya constituido el adquirente tras la enajenación quedaran extinguidos como consecuencia del ejercicio del derecho de abolorio, siempre que el retrayente así lo solicite judicialmente, en virtud del principio dispositivo que rige los procesos civiles, y demande a sus respectivos titulares.

b) Reembolsos efectivos a efectuar por el retrayente

Otro de los efectos del derecho de abolorio radica en los reembolsos definitivos a efectuar por su titular cuando lo ejercite tras la enajenación, cuestión que resuelve el art. 596.2, a interpretar conjuntamente con el art. 595.1. De la lectura conjunta de ambos preceptos resulta que la obligación solutoria que recae sobre el retrayente no alcanza solo al precio, sino que también se extiende a los gastos satisfechos por el adquirente en atención a la enajenación efectuada a su favor y al bien o bienes adquiridos. Ahora bien, a efectos de su cumplimiento es posible distinguir dos momentos diferentes. Al tiempo de ejercitar el derecho, ya sea judicial o extrajudicialmente, el pariente habrá de entregar o, en su caso, consignar el precio pagado o que se comprometió a pagar el adquirente.

Solo en un momento posterior, y como efecto de su ejercicio, el retrayente habrá de satisfacer los gastos ocasionados por la enajenación y los gastos necesarios y útiles que, en su caso, el adquirente haya hecho en el bien o bienes adquiridos, a fin de garantizar su indemnidad patrimonial. Tales gastos, normalmente desconocidos por el retrayente, habrán de determinarse durante la tramitación del proceso o en ejecución de sentencia, en caso de que se haya ejercitado judicialmente el derecho. En cambio, de haberlo ejercitado extrajudicialmente, los referidos gastos deberán fijarse de mutuo acuerdo por el retrayente y el adquirente y solo, en su defecto, cabra acudir a la vía judicial para dirimir que gastos ha efectuado el adquirente y cuales son reembolsables. En cualquier caso, de efectuarse varias enajenaciones dentro del plazo de ejercicio del derecho, el retrayente sólo habrá de reembolsar el precio y gastos de la primera enajenación.

B) La prohibición de disponer del bien adquirido por derecho de abolorio

Como efecto singular del derecho de abolorio, el art. 596.3 impone al adquirente por derecho de abolorio una prohibición de disponer durante cinco años del bien o bienes así adquiridos, tanto a favor de parientes como de extraños. La naturaleza imperativa de la norma la convierte en indisponible y conlleva como sanción a su incumplimiento la nulidad de la enajenación.

Dicha prohibición no es absoluta, ya que solo rige frente a las enajenaciones realizadas por actos *inter vivos*, onerosos o gratuitos. Nada impide, por tanto, las transmisiones *mortis*

causa, cualquiera que sea el modo de delación, voluntaria o legal. Y ello aun cuando el pacto sucesorio sea de presente a favor de contratante (art. 389 CDFA), habida cuenta de su naturaleza de acto *mortis causa*, en cuanto se dirige a ordenar la sucesión del instituyente. La misma afirmación puede sostenerse respecto a la ejecución de la fiducia sucesoria, dado que también tiene por objeto regular el destino *post mortem* del patrimonio del causante, sin perjuicio de que deba efectuarse, como regla, en virtud de acto *inter vivos* (art. 456.1 CDFA). Dentro de las enajenaciones *inter vivos*, el art. 596.3 limita el alcance de la prohibición a las voluntarias, quedando, por tanto, excluidas las forzosas, ya sean resultado del ejercicio de potestades administrativas o se deriven de un proceso de ejecución civil.

El art. 596.3 introduce una importante salvedad a la prohibición de enajenar consistente en que el adquirente por derecho de abolorio venga «a peor fortuna» antes del transcurso de los cinco años. Esta expresión legal no deja de constituir un concepto jurídico indeterminado, cuya verificación corresponderá en última instancia a los órganos judiciales en atención a las concretas circunstancias del caso. Con todo, no parece que pueda hablarse de situación de peor fortuna cuando el adquirente por derecho de abolorio experimente una cierta disminución de su patrimonio, pero no de tal alcance que le fuerce a vender el bien o bienes adquiridos. Y es que, de otro modo, bastaría con una breve reducción patrimonial para que el adquirente pudiese proceder a su enajenación (entiéndase, a título oneroso), con lo que resultaría muy fácil eludir la prohibición de disponer. Por el contrario, no parece necesario para efectuar la enajenación que el adquirente se encuentre en una situación de total insolvencia y menos aún que se haya visto afectado por un procedimiento concursal.

7. LA RENUNCIA

Otra de las cuestiones que resuelve el CDFA es la relativa a la renuncia del derecho de abolorio. En concreto, el art. 597 reconoce la validez de la renuncia previa y genérica del derecho de abolorio, esto es, sin contemplación a una determinada enajenación, aunque debe estar referida necesariamente a bienes de abolorio concretos. Dicho precepto no prevé, sin embargo, un mecanismo de notificación o publicidad de la renuncia, lo que quizá hubiese sido aconsejable por razones de seguridad jurídica, para evitar así que la renuncia quede al arbitrio del renunciante.

8. COLISIÓN CON OTROS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE

El derecho de abolorio puede concurrir con otros derechos de adquisición preferente en su ejercicio sobre un mismo bien, originándose una colisión de titularidades que encuentra solución en el art. 598 CDFA. En este punto el CDFA ha optado por atribuir preferencia relativa al derecho de abolorio sobre los demás derechos legales de adquisición preferente, en cuanto lo subordina a los derechos de adquisición preferente reconocidos a los entes públicos, así como al retracto de comuneros.

Este orden de prelación resulta, a mi juicio, plenamente fundado. Así, la prioridad de los derechos de adquisición correspondientes a los entes públicos es incuestionable, habida cuenta de la preminencia que, entiendo, ha de darse, en todo caso, al interés público que subyace en el reconocimiento de tales preferencias adquisitivas. Por su parte, la prevalencia otorgada al retracto de comuneros también se encuentra justificada dada la finalidad que inspira esta modalidad de retracto. Y es que, en caso de concurrir un pariente y un comunero en la venta de cuota o cuotas indivisas de bienes de abolorio, parece razonable dar preferencia al comunero al objeto de favorecer la salida de la indivisión.

DERECHO DE DEFENSA Y LIBERTAD DE IMPRENTA EN EL MÉJICO DE MAXIMILIANO DE HABSBURGO

Por el

Ilmo Sr. D. Manuel López Medel Báscones

Académico Correspondiente

1. DERECHO DE DEFENSA Y GARANTÍA INSTITUCIONAL

Las presentes páginas tienen su origen en nuestra intervención en el Centro Cultural de los Ejércitos, de Madrid, en 2022, con ocasión de la presentación²⁴⁹ de la obra *“Defensa hecha por el Licenciado don Manuel Castellanos. La verdad en la historia de la instrucción pública en Nueva España. Siglos XVI, XVII y XVIII”*, reeditada en 2020²⁵⁰, de forma facsimilar, por Antonio SOLER FERRAN, tataranieta de Manuel CASTELLANOS, con ascendencia en Alcañiz (Teruel), y por la Editorial Círculo Rojo. (El libro había sido editado por primera vez en el año 1865²⁵¹ en Méjico, obrante por ejemplo en la Biblioteca Nacional de España y en la de la Universidad de Harvard, y, posteriormente, en 1866²⁵² en Madrid).

Reproducimos la explicación del mencionado editor, en la contraportada de la obra, y que sirve de presentación de este trabajo, al señalar que se trataba de *“la defensa de la magní-*

²⁴⁹ Espléndido acto celebrado el día 29 de septiembre de 2022, contando con la intervención del catedrático José PEÑA GONZÁLEZ, nuestro maestro de Derecho Político, en el CEU, Madrid, cursos 1980-81 y 1981-82, y del editor del libro SOLER FERRAN (asof0000@gmail.com) Al mismo hicimos mención particular en LinkedIn, https://www.linkedin.com/posts/manuellopezmedelcompliance_hemos-participado-con-mucho-gusto-en-la-activity-6981378245568925697-EPke/?trk=public_profile_like_view

²⁵⁰ Encontramos una crónica acertada de esta obra por parte de J.A. GONZÁLEZ DE LA TORRE, con el mismo título citado de la misma, en Cabás. *Revista Internacional sobre patrimonio histórico-educativo*, número 24, diciembre 2020, págs. 194–201. <https://ojs.ehu.eus/index.php/cabas/article/view/25379>.

²⁵¹ *“Defensa hecha por el Licenciado don Manuel Castellanos. Ante el Señor Juez 5º del ramo criminal, Lic. Don Dionisio del Castillo en el juicio verbal sobre denuncia de un impreso intitulado: Contestación de un Español al E.S. Ministro Silíceo. Acusado por abuso de libertad de imprenta”*, México 1865. Imprenta de J. M. Andrade y F. Escalante. Holandesa tela época. 22x15 cm. 65 págs.

²⁵² Impresa, bajo el título citado en la nota anterior, en el establecimiento tipográfico de T. Fortanet, de Madrid, calle de la Libertad, 26. (Por otro lado, de internet, resultan hoy otras ediciones de la obra, en Estados Unidos de América, impresas por Kessinger Publishing, 2010, y HardPress Publishing, 2020; <https://www.iberlibro.com/buscar-libro/titulo/defensa-hecha-licenciada-don/>)

fica epopeya de las empresas educativas promovidas por la Corona Española en México desde el siglo XVI al XIX”, enfrentándose “a las calumnias sobre la labor educativa realizada por España en América durante más de trescientos años”, a fin de “desenmascarar un episodio más de la leyenda negra española, que fue retomada por los criollos hispanoamericanos a principios del siglo XIX”²⁵³.

En otras palabras, se trataba, y se trata en estas páginas, de ser memoriosos con el Letrado CASTELLANOS, que defendió brillantemente en juicio penal, a un ciudadano español en Ciudad de Méjico, en 1865, frente a la arbitrariedad de los poderes públicos, a propósito de la libertad de imprenta, durante el reinado de MAXIMILIANO I DE HABSBURGO, y, además, de poner en valor la gran obra educativa de España en América.

Las cuestiones y el pleito que vamos a comentar tienen mucho que ver con lo que hoy, en el siglo XXI, en España, llamamos el “derecho de defensa”, reconocido en el art. 24 de la Constitución de 1978, y desarrollado por la Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, tan ligado a la tutela judicial efectiva y el Estado de Derecho. Como se dice en su exposición de motivos, sin tutela judicial efectiva no es posible una defensa real, y sin una defensa efectiva es inviable el ejercicio de una tutela judicial efectiva. El derecho de defensa, cuya garantía institucional corresponde a los colegios de la abogacía, comprende un conjunto de garantías y facultades para proteger y hacer valer los derechos, libertades e intereses legítimos de las partes y ciudadanos.

La sentencia penal dictada en el Méjico del segundo Imperio de MAXIMILIANO DE HABSBURGO, en 1865, dos años antes de su muerte, representaría en nuestros días, en los países democráticos civilizados, una manifestación de la arbitrariedad del procedimiento y de la falta de seguridad jurídica y garantías procesales en el mismo, y, en definitiva, de clamorosa indefensión.

2. EL DERECHO, Y AMÉRICA COMO REALIDAD HISTÓRICA

El Derecho es forma dinámica de vida social, dirigido a la ordenación de la vida social humana con fuerza vinculante, en aras al bien común y a la realización de la justicia. El Derecho es creación del hombre, y éste, pues, es el elemento constituyente del Derecho.

Las obras intelectuales, con harta frecuencia, el gran protagonista es el hombre, con sus preocupaciones históricas, como el sentido de la personalidad, y el ajuste de sus relaciones con la sociedad, la universidad, la religión, la familia, el orden, o las instituciones.

En este contexto, entre los conocedores de los planteamientos doctrinales de los teólogos españoles sobre la conquista de América, la figura de Francisco DE VITORIA resulta

²⁵³ Entre las referencias bibliográficas, que vienen a desmontar la llamada “leyenda negra”, v., entre otros: “*Nada por lo que pedir perdón*”, de M. GULLO OMODEO, Ed. Booket, Barcelona, 2024; “*Imperiofobia y la leyenda negra*”, de E. ROCA BAREA, Ed. Siruela, Madrid, 2021, y “*En defensa de España: desmontando mitos y leyenda negra*”, de S.G. PAYNE, Ed. Espasa, Madrid, 2017.

especialmente atractiva, afirmándose con fuerza los siguientes aspectos: el concepto de “guerra justa” elaborado para este tipo de guerra, la universalidad de la sociedad humana, y la sustancial dignidad de toda persona.

F. de VITORIA, dominico, burgalés, con estancias en París, Valladolid y Salamanca, es contemporáneo de LUTERO y ERASMO, siendo los tres los que aspiran a la reforma de la teología. En 1539, casi 50 años del descubrimiento, pronuncia su “*Relección sobre los indios*”, origen del Derecho Internacional²⁵⁴, con aportaciones sobre el título legítimo/ilegítimo para el dominio de los indios, y las normas que deben regular el derecho de la guerra²⁵⁵. (Posteriormente, Francisco SUAREZ ejercerá también una notable influencia en la América española. Y, de otro lado, los teólogos y misioneros del siglo XVI defendieron la condición racional y libre de los indios y esta visión antropológica cristiana perdurará durante todos los siglos y en toda la América que continuó la dominación española).

La obra espiritual de España en las Américas estará siempre muy por encima de los todos los males que pudieran adjudicarse a la conquista de América. Es más, la conquista espiritual ligó de tal modo a los nuevos cristianos con la cultura del evangelizador europeo, que los momentos “separatistas” o la misma huella independista del siglo XIX dejaría intacta la herencia de la fe. México logrará su independencia en el año 1821.

Por su parte, Tomás LOPEZ MEDEL, nacido en 1509, con estudios en París y Bolonia, es uno de los principales juristas y teólogos españoles que más colaboraron para acercar la utopía vitoriana a la realidad humana. De la Escuela de Salamanca, estudió muy detenidamente el proceso de las Indias Occidentales²⁵⁶.

Complementariamente, se va a ir formando el denominado Derecho indiano, y lo que GARCIA GALLO llama “*la lucha por un Derecho justo*”²⁵⁷ inicialmente con un trasplante del derecho castellano y común a las Indias, pero al no ser satisfactorias del todo las soluciones ensayadas, se acudió al Derecho natural, un nuevo derecho justo para el mundo americano, tan distinto al europeo.

²⁵⁴ V. la obra de R. HERNANDEZ, “*Un español en la ONU*”, BAC Popular, Madrid, 1977, así como “*La libertad religiosa de los pueblos indígenas. Estudio normativo y jurisprudencial de su relevancia en la lucha por sus tierras*”, de REGUART SEGARRA, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

²⁵⁵ Tiene interés la Nota conjunta sobre la “*Doctrina del descubrimiento*”, del Dicasterio para la cultura y la educación el Dicasterio del desarrollo humano integral, de la Santa Sede, marzo 2023, <https://www.humandevlopment.va/es/news/2023/nota-congiunta-sulla-dottrina-della-scoperta.html>

²⁵⁶ V. su obra “*Colonización de América. Informes y testimonios 1549-1572*”, CSIC, Madrid, 1990. Y también, el trabajo de V. DIEGO CANO, O.P., “*La España misionera y colonizadora ante la historia*”, Revista Punta Europa, agosto-septiembre 1961, números 68-69, pág. 82 ss.

²⁵⁷ En su obra “*Manual de Historia del Derecho Español. El origen y la evolución del Derecho*”, vol. I, 7ª ed., Madrid, 1977, pág. 103.

3. MÉJICO EN EPOCA DEL EMPERADOR MAXIMILIANO DE HABSBURGO²⁵⁸

Se trata de una época híbrida, turbulenta e indecisa en su historia. El desgarramiento ideológico y la indecisión interior en Méjico provocó en muy corto espacio de tiempo, dos intervenciones extranjeras: la imperialista y pragmática de Estados Unidos, que se apoderó de la más de la mitad del territorio mejicano, y la idealista e inútil de Francia, al pretender resolver los conflictos internos de Méjico mediante la imposición de un Emperador, MAXIMILIANO I, con apoyo de parte de la población. Era un bondadoso príncipe austriaco inventado por NAPOLEÓN III para reinar en Méjico, del mismo modo que príncipe NAPOLEÓN inventó a José BONAPARTE para reinar en España.

Nuestro Juan ZORRILLA, que estuvo en Méjico entre 1855 y 1867, sería testigo excepcional de cómo era la ciudad de Méjico en tiempos del Emperador, del que fue confidente y amigo, llegándole a nombrar director del Teatro Imperial²⁵⁹.

MAXIMILIANO DE HABSBURGO, hermano menor del emperador Francisco José de Austria-Hungría, que había nacido en el palacio de Schönbrunn, cerca de Viena, en 1832, llega a Veracruz, Méjico en 1864, tras un largo periplo por Europa –incluyendo parada en Gibraltar. Era un año claramente favorable para la causa imperial, con la misión encomendada de la pacificación de Méjico. En 1865, con aciertos militares, pero con errores políticos como la censura diplomática a la Iglesia, la ruptura con el Vaticano, o la incautación de bienes eclesiásticos. Un año después, el orden público en el campo era caótico; muerte del barón belga HUART, encargado de dar cuenta a Carlota, del fallecimiento de su padre, el rey belga LEOPOLDO I y de la coronación de su hermano primogénito LEOPOLDO II; las tropas francesas son retiradas por NAPOLEÓN. Es ya una situación insostenible para el Emperador, que es animado para abdicar, como rechazo a los reyes intrusos.

La madre de MAXIMILIANO llegará a escribir: “*Un Habsburgo puede morir en el cumplimiento de su deber, pero nunca abdicar de sus compromisos con su pueblo*”. Será fusilado en 1867, en el Cerro de las Campanas, Santiago de Querétaro, por un piquete de guerrilleros mejicanos. Se ponía fin a un reinado tan efímero como dramático²⁶⁰.

Ciertamente, el siglo XIX, en Méjico, es época de inestabilidad institucional, concepción autoritaria del poder, y control gubernativo de la prensa periódica, con una larga lucha por la libertad de imprenta, pero también de dependencia de la prensa respecto el poder político.

²⁵⁸ Seguimos en este punto la obra de Torcuato LUCA DE TENA, así titulada, “*Ciudad de México en tiempos de Maximiliano*”, Ed. Planeta, Barcelona, 1989.

²⁵⁹ Escribirá en algún momento: “*¡Quién sabe si la raza mejicana/que a su segundo emperador espera/su segunda corona va mañana/en la sangre a arrojar con la primera!*”

²⁶⁰ Entre otras muchas obras sobre el Emperador, v. “*Maximiliano y Carlota. La tragedia de los Habsburgo en Méjico*”, de Gené SMITH, Ed. Juventud, Barcelona, 1977; “*El juicio de la historia: Maximiliano*”, de J.M. VILLALPANDO, Ed. Grijalbo, Méjico, 2017; *Memorándum sobre el proceso del archiduque Fernando Maximiliano de Austria*, de M. RIVA PALACIO y R. MARTINEZ DE LA TORRE, Méjico, 1867; “*Juárez y Maximiliano: historia dramática*”, de Franz WERGEL, Buenos Aires, 1946; “*Querétaro: memorias de un oficial del Emperador Maximiliano*”, de A. HANZ, Editora Nacional, Méjico, 1967; “*España y el imperio de Maximiliano: finanzas, diplomacia, cultura e inmigración*”, de Clara E. LIDA, Colegio de México-Centro de Estudios Históricos, Méjico, 1999; “*El último emperador de Méjico*”, de E. SHAWCROSS, Atico de los Libros, 2023; y “*La corona envenenada de Maximiliano de Habsburgo*”, de Isabel MARGARIT, Historia y Vida, 3 octubre 2018.

4. PROCEDIMIENTO JUDICIAL PENAL EN MATERIA DE LIBERTAD DE IMPRENTA

4.1. Breve referencia constitucional y la legislación de imprenta de 1865

La Constitución mejicana de 1857 declaraba la libertad de imprenta, es decir, la libertad inviolable de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia. Ninguna ley, ni autoridad, podían establecer la censura previa, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límite que el respeto a la vida privada, la moral y la paz pública (art. 7).

El siglo XIX se caracterizaba por las tensiones entre el reconocimiento de la libertad de imprenta y expresión, entendida como base fundamental de los sistemas republicanos y del liberalismo, y su identificación como un factor que atentaba a los poderes establecidos, trastocando el orden, como un factor de disolución. Las consideraciones sobre la libertad de prensa oscilaban entre hacerla el estandarte del progreso o hacerla como un peligro para la estabilidad y la paz nacional²⁶¹.

En principio, la censura en el Méjico independiente no funcionó como una estrategia para evitar la publicación de un escrito, pues a partir de la Constitución de 1824, la garantía de publicar sin previa censura quedó establecida. En lo que toca a la censura posterior, no estaba prohibida, aplicándose cuando un escrito violentaba las disposiciones sobre la libertad de imprenta²⁶². Se censuraba entonces con base en la prohibición en la norma, cuando se incumplía alguna de las resoluciones legales. Pero entonces la censura no se ejercía de manera directa por los representantes del poder ejecutivo, la mayor parte sin fundamento, sino que requería generalmente la intervención del poder judicial y un debido proceso. Es decir, para que un escrito fuera censurado se requería una previa denuncia.

Como recuerda Laurence COUDART²⁶³, de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, en ausencia de preámbulo a la ley de imprenta del 10 de abril de 1865, la política del gobierno en la materia se encuentra justificada en la circular del día 18 siguiente, dirigida a los prefectos políticos por el ministro de Gobernación, José María CORTES Y ESPARZA, quien firmó la ley de imprenta, coincidiendo con el aniversario de la aceptación del trono por MAXIMILIANO y de la firma de los Tratados de Miramar, señalándose que la regulación de la libertad de prensa es indisociable de la constitución del estado.

²⁶¹ En España, nos encontramos, en el siglo XIX, tiempo de destacados periódicos con empleo de la sátira y caricatura, con la Ley de imprenta de 1879 y la Ley de Policía de Imprenta de 1883, la cual perseguía acabar definitivamente con la discrecionalidad de los jueces de imprenta, que dañaba la eficacia de la libertad.

²⁶² V., complementariamente, los trabajos de E. CHAVEZ LOMELLI, “*Lo público y lo privado en los impresos decimonónicos. Libertad de imprenta (1810-1882)*”, Universidad Nacional Autónoma de México, Miguel Ángel Porrúa, 2009; y de A. H. PÉREZ, “*La libertad de imprenta en la ciudad de México durante el Segundo Imperio. Historias*”, Revista de Estudios Históricos del Instituto Nacional de Antropología e Historia, 1999, vol. 42, p. 76-86.

²⁶³ V. su trabajo “*La regulación de la libertad de prensa (1863-1867)*”, Historia mexicana, vol. 65, núm. 2, Ciudad de Méjico, octubre-diciembre 2015.

Se señala en particular, que *“El Emperador, por su carácter progresista y por su ilustración al nivel de los adelantos de la época, habría querido dar a la prensa el amplio ensanche que merece su elevada misión; pero cuando todavía se sienten las oscilaciones de pasados sacudimientos, la prudencia aconseja y la conveniencia exige que se dejen en pie ciertas restricciones que un tiempo más feliz haga en lo de adelante innecesarias”*.

4.2. Informe del Ministro de Instrucción Pública y Cultos, sobre la situación de la instrucción en Méjico

MAXIMILIANO desconocía la realidad mejicana en todos los aspectos. Y para que tuviera una visión general de la situación educativa en el país, el Ministro del ramo, recién nombrado, presenta un plan de instrucción con las reformas necesarias que debían efectuarse para mejorar la enseñanza en el Imperio.

El Emperador encarga, en mayo de 1865, al Ministro de Instrucción Pública y Cultos, Manuel SILICEO, un plan general de instrucción pública. Era abogado en Guanajato, que al igual que otros liberales moderados, decidió reconocer al Imperio del emperador, a cuyo gabinete ingresa cuando éste se rodeó de elementos progresistas, en el cargo de dicho ministerio. En 1865 firmará un decreto estipulando la pena de muerte para quienes fuesen suspendidos alzándose en armas.

Propuso la creación de un cuerpo de policía secreta, encargado de vigilar al clero católico, y posteriormente sostuvo la necesidad de la renuncia del monarca, por la ineficacia y poca asistencia del Imperio ante los embates republicanos, la imposibilidad de Francia de seguir apoyándolo y el rechazo de Estados Unidos a la existencia de una monarquía en un país vecino. Tras la restauración de la República, SILICEO fue elegido diputado al Congreso.

Visto el perfil profesional y político del Ministro, el mismo, en forma de carta de fecha 27 de junio de 1865, eleva su informe al Emperador, arremetiendo contra los españoles por la situación por la que habían dejado la instrucción a lo largo de los tres siglos de dominio español en el territorio.

En particular, expresa el lamentable atraso de la instrucción pública en Méjico al tiempo de la independencia; la política de los “dominadores” centrada en conservar en la ignorancia a las clases populares, y en el embrutecimiento de la numerosa población indígena; la falta de escuelas para mujeres; la palabra “universidad” vacía de sentido; y el olvido de las ciencias.

Así, se señala, entre otros puntos, los siguientes:

“en aquella época los dominadores de la Nueva España no podían enseñar más de lo que sabían...”

“las ciencias médicas y las físico-matemáticas participaron del atraso de la época, y las de aplicación eran enteramente desconocidas, así como lo era la enseñanza de los idiomas, excepto el latín...”

“el número de escuelas de educación primaria era reducidísimo ...”

“para las mujeres no había escuelas...”

“en todas partes se olvidó, o no pudo establecerse el estudio de las ciencias y aplicación a la industria y a las artes...”

“la palabra Universidad para mí es también vacía de sentido, y en Méjico lo ha sido, siempre...”

4.3. Crítica al documento del Ministerio

Frente a esta posición gubernamental, José María GIL Y BOYZAN, fundándose en los principios liberales del Emperador, va a formular, por honor nacional, toda una *“Contestación de un español al Sr. Ministro Silíceo”*, indignado por sus inexactitudes vertidas, puntualizando la parte histórica de la instrucción pública en Méjico antes de su independencia, y rebatiendo las apreciaciones del Ministro sobre el método *“diminuto y defectuoso de la educación en tiempo de la dominación española”*, contestando a los ataques a la nación española.

Con base en los principios liberales del Emperador, GIL, considerando que el texto del Ministro fue malísimamente concebido, y peor redactado, apunta: *“A la noble lealtad el Emperador apelamos; y bajo estos auspicios salimos al palenque, devolviendo golpe por golpe, y luchando, no en el terrero de la personalidad; sino en el de la ley, de la justicia y del derecho”*. Y rebate en los siguientes términos:

“No es digno de un ministro de la Corona, al tratar de otras naciones con las que se conserva buena amistad, como sucede con España, decir que los antiguos dominadores en este territorio no enseñaban más que lo que sabían; es decir, la ignorancia a las clases populares, y el embrutecimiento a los indígenas...; se olvidó seguramente de que era ministro de un emperador de la casa de Austria...¡Pobre Sr. Silíceo! ¡Qué juicio habrá podido formarse de V. el Emperador Maximiliano”.

“Pues qué, ¿cree el Sr. Silíceo que por atacar de este modo a España habrá más grandes hombre en Méjico? Y ciertamente que si los españoles quedan mal parados, algo peor deja a los mejicanos, cuando dice con la frescura del mundo, que “desde la independencia acá, ningún sabio mejicano ha hecho nada por la enseñanza, ni ha escrito nada, no ha servido nada” ¡Bravísimo!”.

“¡Esto se llama raciocinar! ¡Vaya un informe par un ministro de una gran nación! ¡Qué lenguaje! ¡Qué falta tan absoluta de lógica!”.

Rebate las referencias del Ministerio sobre el carácter “indigesto” de la Lógica, la Metafísica, la Ética, la Física y las Matemáticas, el supuesto número reducidísimo de escuelas relacionando las aportaciones concretas de los españoles, para acabar de la siguiente forma:

“¡Ah! Sr. Silíceo; sin el embrutecimiento y la ignorancia de los españoles, ¿hubiera V. llegado a ser ministro de un emperador de la casa de Austria?”.

4.4. Denuncia por vía judicial penal, por parte de la autoridad administrativa, y oposición a la misma.

Pero la carta o “folleto” de GIL no gustó para nada a los dirigentes del momento, de suerte que el Alcalde Municipal, Francisco SOMERA²⁶⁴, presenta en agosto de 1865, ante el Juzgado de lo Criminal, una acusación o denuncia, por abuso de libertad de imprenta, según su norma reguladora de dicho año, y como ofensa a la persona del Ministro, constituyendo en prisión a GIL, denegando su libertad, y arrancando el proceso judicial.

GIL va a encomendar su defensa al abogado español Manuel CASTELLANOS Y MO-JARRIETA, nacido en Puerto Príncipe (Cuba)²⁶⁵, y que va presentar todo un alegato con pruebas exhaustivas para rechazar el informe del Ministro, por no responder a la verdad. Se formula, con la firma del abogado y del acusado, una primera oposición, poniendo de relieve, en primer lugar, de entrada, la vaguedad, discrecionalidad y generalidad de la denuncia, que *“prestan vasto campo para agredirme por frente y flancos y hasta por la espalda...lo exigen la justicia y la moralidad, que sepa el reo de qué delito se le acusa...”*

Y en cuanto a la discrecionalidad de la denuncia, tras recordar en materia civil la Novísima Recopilación, se escribe:

“En materia criminal es menos disculpable que se presente emboscada la acusación usando de una frase que nos constituye en sí misma el delito, sino que es el resultado de la susceptibilidad individual;...estoy, pues, en mi derecho para pedir que el señor denunciante precise los términos de su denuncia, determinando cuál es el delito de imprenta que he cometido...y qué especie de ofensa le he inferido”.

“es necesario que se determine en qué consiste la censura, si ha sido a la persona física, a la moral o a la ministerial, y qué especie de censura injuriosa se le hay hecho; porque solo de esta manera puede el reo defenderse del cargo; y a esto aspiro, a fin de fijar la cuestión legal en su verdadero terreno”.

Por otro lado, la segunda argumentación de oposición se centra en la propia vaguedad de la persona del denunciante, a manera de una suerte de falta de legitimación activa, porque si la persona supuestamente ofendida es el Ministro Silíceo,

“solo la persona del Sr. Silíceo es parte para continuar esta denuncia”; y “no es el ministerio público parte para defender individualidades ofendidas en el género de

²⁶⁴ Aunque, con MAXIMILIANO, llegaría a ser Ministro de Fomento, SOMERA era un ingeniero civil en España, arquitecto en Méjico, en una época en que se fijaron las bases para el desarrollo de negocios inmobiliarios de la ciudad de Méjico de cara al futuro. Era el caso de la llamada Colonia de Arquitectos, luego absorbida por la Colonia de San Rafael, dirigida a las clases medias. Posteriormente, tras este proyecto arquitectónico a gran escala, que dio lugar a la instauración de los negocios inmobiliarios, se planeó bajo la presidencia de Porfirio DIAZ, 1876, la construcción del llamado Paseo de la Reforma.

²⁶⁵ Casado con la mejicana, Dolores de MARIN, hija de militar español que tras la independencia de Méjico volvió a España, y posteriormente fue destinado a Cuba. Al poco de nacer su hija primogénita Dolores, se trasladaron de Cuba a Méjico para hacerse cargo de la complicada herencia de su bisabuela, que requirió los servicios de CASTELLANOS como abogado. Veinte años después retornaron a Cuba, aunque parte de la familia regresaría a España.

delito de que se me acusa. Elimínese, pues del juicio al Sr. Prefecto Municipal, que por razón de su oficio ha hecho la denuncia...; y venga en buena hora el Excmo. Sr. Silíceo, cuya persona se ha creído ofendida, y ocupe la poltrona de acusador, que yo en el banco de los acusados le esperaré tranquilo e impasible para defender la verdad de mi folleto”.

Ello se concreta después, con el siguiente tenor:

“la personalidad legítima del denunciante debe establecerse previamente en todos casos...e importa no confundir de manera alguna al ministro con la persona. No se ha denunciado mi folleto por haber censurado un acto ministerial, sino una Memoria presentada al Emperador por el Excmo. Sr. Silíceo, en su calidad de ministro de Instrucción pública...”.

“Esta calidad es la causa ocasional de la Memoria; y al permitirme yo el criticar ésta, he usado del derecho de criticar una obra literaria, pues no otro carácter tiene la producción de S.E.; y si mi crítica le ha ofendido y la ofensa es de tal naturaleza que merezca la condenación judicial, el Sr. Silíceo, y sólo el Sr. Silíceo, debe acusarme mi delito y pedir mi castigo...”.

En definitiva, como cuestión previa, como excepción procesal, el denunciado pide que se precise la denuncia en términos claros detallando la eventual ofensa, y debiendo ser continuada la denuncia por el Ministro.

Tras providencia del Juzgado de 12 de agosto de 1865, seguido en este juicio llamado “verbal”, antes del Juez 5º de lo criminal, tiene lugar la vista pública del mismo, el día 16 siguiente, en la sala de sesiones del Ayuntamiento, ante unas cuatrocientas personas, excusando su presencia el Alcalde Municipal.

5. BRILLANTE DEFENSA JURÍDICA POR EL ABOGADO MANUEL CASTELLANOS, FRENTE A LA ARBITRARIEDAD DEL PODER POLÍTICO

5.1. Acerca de la posible intromisión ilegítima al derecho al honor

La argumentación jurídica básica, partiendo en todo caso, como ya hemos expresado anteriormente, de la falta de precisión de la denuncia y de la falta de legitimación activa, se centra en la idea de la ofensa, o si siguiéramos hoy el tenor de la legislación española vigente del derecho al honor²⁶⁶, en la ausencia de intromisión ilegítima del escrito o folleto de GIL

²⁶⁶ La más reciente doctrina sobre la libertad de información frente a los derechos al honor, intimidad y propia imagen, pueden encontrarse en la sentencia 62/2025, del Tribunal Constitucional español, de 11 de marzo, recurso de amparo 6890-2023, en relación a la L.O.1/1982.

Y BOYZA por una mera crítica en la forma y fondo del informe del Ministro²⁶⁷. De ahí, las palabras iniciales:

“Yo me encuentro en este momento sin delito especificado en la denuncia, y sin acusador; y sin embargo tengo a mi derecha en el banco de los acusados a un reo que debo defender, y cuyo delito no se me ha querido explicar, no obstante mis esfuerzos para conseguirlo, y tendré que hacer el triste papel de D. Quijote batiendo molinos de viento”.

Jurídicamente, se defiende la libertad de expresión, ante los errores históricos y de apreciación del Ministro, en cuanto al estado de la instrucción pública en la Nueva España, antes y después de la independencia de Méjico. Ciertamente, decir que la carta o informe de aquél no está escrita en buen castellano (*“escrito de muy mal castizo...que maltrate algo la lengua de Cervantes...”*) no representa materia de abuso de libertad de imprenta.

El letrado defiende que no ha habido ofensa a la persona del Ministro SILICEO:

“...para en el folleto denunciado expresiones, palabras y conceptos que legitimen una ofensa a la persona del Sr. Silíceo, es necesario antes de todo hacer abstracción del ministro, porque el ministro es un ente moral, independiente de la persona física, que funciona con tal carácter...después se debe examinar si el escrito denunciado ha injuriado a la persona con alguno de los aquellos epítetos que la ley califica de injurias graves, como gajo, sodomítico, etc. o si se le ha calumniado o difamado, haciendo públicos vicios o defectos privados del Sr. Silíceo; ...de manera alguna deben confundirse la censura a la persona del funcionario público y la irrespetuosidad con que se haga”.

“El señor Silíceo en lo personal es digno de todo el respeto social que se deben los hombres entre sí; y si el Sr. Gil y Boyzán ha faltado para con él a los que la buena educación o el buen decir permiten, no constituye esa falta un delito, mientras no haya llegado a calificaciones o imputaciones injuriosas, que hagan legítima y justa la ofensa personal, para perseguir al delincuente ante los tribunales; no bastando para ello que la persona se estime ofendida, sino que se justifique la ofensa”²⁶⁸.

5.2. Sobre el carácter oficial o gubernamental del informe del Ministro

Una segunda consideración, tal vez en concreto desde la perspectiva del derecho administrativo concierne al carácter del informe del Ministro, objeto de crítica, en relación a la ley

²⁶⁷ En España, habría que estar a los arts. 18 y 20, sobre el derecho al honor e intimidad personal y propia imagen, y libertad de información y expresión, respectivamente. Por otra parte, cabe seguir este tema,” en la obra de P. CRESPO DE LARA, *“Rapsodia de la libertad de prensa”*, discurso de ingreso como Académico de Número en la Real de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2017, que aborda el concepto de “empresa periodística”.

²⁶⁸ Se reitera en la defensa que el juzgador no puede fallar más allá de lo que está acusado, pues la acusación es la base del procedimiento criminal, *“sin interpretaciones que la amplíen no modifiquen: porque, si tal hiciera, juzgaría extra acusata”*.

mejicana de imprenta, y su artículo 4²⁶⁹, en el que basa la denuncia el Alcalde Municipal y en el que considera comprendido el abuso de libertad de imprenta imputado.

“La carta de S.E. al Emperador no puede, en rigor de derecho gubernamental, llamarse una obra oficial; porque aunque ha sido dirigida en calidad de ministro, no es un acto necesario del oficio ministerial, puesto que el proyecto de plan de instrucción pública, que es el que constituye un acto oficial, pudo presentarse a S.M. sin la carta explicativa...”

“El folletista ha censurado la parte histórica y la mala locución de la carta; y yo no encuentro ley ninguna, ni aún en las naciones en que la libertad de imprenta ha estado más restringida, que califique de criminal la censura literaria que se haga de una obra literaria de un ministro de la Corona, aun cuando esta obra se presente bajo la forma de una carta dirigida al soberano”

“Mi defendido no ha censurado el acto de dirigir el señor ministro Silíceo al Emperador una carta explicativa del plan de instrucción pública, aun cuando pudiera calificarse ese acto de oficial: ha censurado la carta misma en su parte histórica y de redacción”

“La censura hecha por el Sr. Gil y Boyzán a la carta del Sr. Silíceo, no es otra cosa, por más violenta interpretación que quiera dársele, que la censura al talento, al saber y a la ilustración de S.E.; y lejos de prohibir el art. 4º de la ley de imprenta este género de crítica, lo autoriza virtualmente, supuesto que declara censurables los actos de los funcionarios públicos; y éstos serían incensurables, si fuese vedado demostrar sus errores, sus inconvenientes y sus vicios y defectos”

5.3. En torno a la relevante obra educativa y cultural de España en Méjico

Antes de la argumentación jurídica señalada en los dos puntos precedentes, el Letrado CASTELLANOS rebate los argumentos del Ministro sobre la ignorancia de las clases populares y el embrutecimiento a la población indígena, partiendo del elemento español como esencial del pueblo mejicano, que deben ser conocidos por el Emperador en toda su plenitud, para que puedan ser utilizados en la regeneración del Imperio. Recuerda aquí sus antecedentes (*“mi sangre y mi cabeza son españolas, totalmente españolas, y a honor lo tengo; mas alimentan y dirigen un corazón totalmente mejicano...; ...ensalzando a Méjico queda España igualmente ensalzada...; ...al defender la verdad histórica respecto al estado que guardaba la instrucción pública en la Nueva España y en Méjico independiente, voy a defender la honra de España”*).

Buena parte del escrito de defensa se dirige de forma contundente a contradecir los males citados que expone el Ministro, dando detalle de las múltiples manifestaciones, obras hu-

²⁶⁹ Según tal precepto, “Los actos oficiales de los funcionarios públicos son censurables; mas nunca sus personas. Será, pues, abuso de la libertad de imprenta la censura de las personas en cualquier caso, y la de los actos oficiales en el de hacerse en términos irrespetuosos o ridiculizando el acto”.

manas, intelectuales, universitarias²⁷⁰, eclesiásticas, monásticas, también desde la perspectiva de la mujer, que fueron indudablemente fruto de la extraordinaria labor educativa de España durante siglos en Méjico.

Así, se citan infinidad de personalidades (poetas, juristas²⁷¹, historiadores, políticos²⁷², médicos, geógrafos, botánicos, religiosos, incluyendo también mujeres), y de instituciones, destacadas por su nivel literario o científico, fundadas por la Corona española en Méjico²⁷³, extensivas a los indígenas²⁷⁴, y a lo largo de todo el territorio, más allá de la capital de la Nueva España.

5.4. Sentencia confirmando el abuso de la libertad de imprenta

El Juez 5º del ramo criminal, en virtud de sentencia del día 23 de agosto de 1865, desestima la oposición de GIL Y BOYZAN, defendida por el Letrado CASTELLANOS, condenando al primero a la multa de 200 pesos, y en caso de no constituir la multa, a dos meses de prisión. De esta manera se confirma la existencia de un abuso a la libertad de imprenta, del art. 4 de la Ley de 10 abril de 1865, ya citada, señalándose en el fallo que GIL Y BOYZAN “*no se limitó en la censura ...sino que se excedió en el modo, haciéndolo con acritud y destemplanza, que es en lo que consiste la falta de respeto cuando se dirige la palabra a una persona pública y se critican o censuran sus actos oficiales, como lo es sin duda el Informe censurado*”.

Tal sentencia sería objeto de recurso de apelación, si bien no constan antecedentes sobre el mismo. La repercusión del juicio fue ciertamente grande, por ejemplo en el diario La Prensa, de La Habana, y mereció para CASTELLANOS el nombramiento por la Reina de España, Isabel II de Borbón, como Comendador de la Real y Distinguida Orden de Carlos III, por Decreto de 8 de noviembre de 1865, en atención a que por su noble profesión “*ha sabido aprovechar aquella ocasión para vindicar la honra y buen nombre de una nación injusta y constantemente denigrada por un espíritu de incomprensible antipatía...ha derramado la luz sobre esa supuesta noche de tres siglos, fría, triste y tenebrosa...Y más aún que a España, ha defendido usted a la nación mejicana*”.

El abogado CASTELLANOS había hecho una brillante y apasionada defensa de los intereses y derechos de su cliente GIL Y BOYZAN. Se trataba de pedir justicia, que como escri-

²⁷⁰ En 1521 se fundó la Universidad de Méjico, con los mismos privilegios y estatutos de la de Salamanca, y tan mal vista por SILICEO. Con estudios de latín, griego, filosofía, retórica, teología, derechos canónico, romano y patrio, y medicina. O la Universidad de Guadalajara, o de Tiripitío (Michoacán).

²⁷¹ En el Colegio de San Luis Gonzaga, de Zacatecas, donde se enseñaba francés e inglés, se funda la Academia Práctica de Jurisprudencia.

²⁷² Como Benito JUAREZ, indígena zapoteca del humilde pueblo de San Pablo Guelatón, formado en el seminario de Oajaca y luego en el Instituto de Ciencias y Artes, en el que también se formó Porfirio DIAZ.

²⁷³ Como recuerda CASTELLANOS, si en la España europea la educación pública continuó en los siglos XV a XVIII bajo el sistema de la Iglesia Católica, era forzoso que ese mismo fuese adoptado y seguido por las provincias que conquistó y fundó en América.

²⁷⁴ V. el trabajo de George KUBLER, “*Indianismo y mestizaje como tradiciones clásicas y medievales americanas*”, Revista de Occidente, año IV, 2ª época, núm. 38, mayo 1966, págs. 158 ss.

biera Angel OSSORIO Y GALLARDO²⁷⁵, “constituye la obra más íntima, más espiritual, más inefable del hombre...En la abogacía actúa el alma sola, porque cuanto se hace es obra de la conciencia y nada más que de ella”.

²⁷⁵ En su obra “*El alma de la toga*”, Ed. Reus, Madrid, 2008, págs. 23-24.

LA DUDOSA HISTORICIDAD DE ALGUNAS INSTITUCIONES FORALES

Por el

Excmo. Dr. Don José Luis Merino Hernández

Académico de Número

INTRODUCCIÓN

La Constitución española de 1978 dio un paso muy importante en el orden jurídico civil al reconocer la existencia y autonomía de los Derechos civiles forales, ya no como anticipo legislativo de lo que habría de ser el Código civil español único, sino como ordenamientos jurídicos propios. Fue el definitivo espaldarazo a los llamados Derechos forales o territoriales: aquellos ordenamientos jurídicos privados que en España habían sobrevivido a los Decretos de Nueva Planta de Felipe V de Borbón.

En su art. 149, tras disponer que el Derecho civil es competencia exclusiva del Estado, en su punto 8º exceptúa “la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, *allí donde existan*”. Una expresión esta última que se ha interpretado, desde entonces, por el Tribunal Constitucional como referida a los ordenamientos civiles territoriales que, a la entrada en vigor de la Carta Magna, se encontraban vigentes, con una regulación normativa que acreditaba formalmente su existencia. Regulación constituida por las respectivas Compilaciones, aprobadas a lo largo del siglo XX.²⁷⁶ Un reconocimiento constitucional que ya no pretende, como hasta entonces, la unidad del Derecho civil español sobre la base de un Código civil único, sino que da por hecho la coexistencia en España de, al menos, siete ordenamientos civiles, correspondientes a otros tantos territorios: Galicia, País Vasco, Navarra, Aragón, Cataluña, Baleares y el resto de Comunidades regidas por el Código civil español. En definitiva, una suerte de federalismo jurídico, en

²⁷⁶ Fórmula la de las Compilaciones acordada en el Congreso Nacional de Derecho civil, celebrado en Zaragoza en 1946. De forma parecida a la previsión de apéndices al Código civil de finales del siglo XIX y comienzos del XX, sólo que ahora se trataría de cuerpos legislativos más completos que los apéndices, comprensivos de las principales instituciones civiles de cada territorio, pero con el mismo objetivo de participar en un proceso legislativo cuya finalidad habría de ser la existencia de un solo Código civil en España.

el que cada una de esas Comunidades, al disponer de un órgano legislativo propio, va a poder seguir regulando normativamente sus propias instituciones forales²⁷⁷.

Es cierto que la excepción hecha por la Constitución de 1978 a favor de los Derechos forales tenía su origen en las presiones políticas sufridas al respecto desde el proyecto de Código civil de 1851, pero su auténtico fundamento se encuentra en el carácter histórico que todos los territorios forales tienen. Unos ordenamientos civiles pertenecientes, en otro tiempo, a otros tantos reinos independientes en la península Ibérica, unos reinos que dejaron de ser territorios autónomos para convertirse en provincias de un solo estado, la España creada por Felipe V de Borbón mediante sus decretos de Nueva Planta.

Y es que, como digo, la Historia es la que justifica la vigencia hoy de su antiguo Derecho civil en determinadas Comunidades Autónomas. La excepción constitucional no podría tener otro fundamento, so pena de incurrir en un injustificado desequilibrio, en una flagrante desigualdad entre territorios, en esta materia. Pero no siempre en la base de la norma foral vigente se encuentra el Derecho histórico en toda su pureza. Con frecuencia, los juristas de todas las épocas han tratado de completar la norma legal correspondiente, so pretexto de aclarar las supuestas lagunas de la misma²⁷⁸. En algunos casos, como veremos, haciendo una verdadera creación jurídica; en otros, readmitiendo instituciones históricas propias de otra época, inadaptadas a la realidad social vigente.

Probablemente fue en los años previos a la aprobación del Apéndice del Derecho foral de Aragón, de 1925, y también en los años siguientes a su entrada en vigor, cuando más intervención hubo de los juristas aragoneses, tratando de adaptar el Derecho histórico aragonés a distintas figuras jurídicas cuya normativa no estaba lo suficientemente clara.

Como es sabido, durante el siglo XIX y parte del XX, los impulsos codificadores que, por imitación de Francia, no sólo influyeron en la legislación general de España mediante su Código civil de 1889, sino también en las regiones forales, conllevó una intensa labor de los juristas; en Aragón tratando de sistematizar los dispersos fueros y observancias. Y cuando éstos no estaban lo suficientemente claros, tanto en su contenido normativo, como en su vigen-

²⁷⁷ Desde la aprobación de la Constitución se ha venido discutiendo acerca de la existencia actual del Derecho civil valenciano. En tres sentencias del año 2016, el TC español ha declarado inconstitucionales determinadas leyes relativas al derecho de familia valenciano, pese a la disposición del art. 49 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, tras la reforma llevada a cabo en 2006. Dicho artículo, al regular las competencias de la Generalitat, dispone: “2ª. Conservación, desarrollo y modificación del Derecho civil foral valenciano”. Y el art. séptimo dispone que “El desarrollo legislativo de las competencias de la Generalitat procurará la recuperación de los contenidos correspondientes de los Fueros del histórico Reino de Valencia en plena armonía con la Constitución y con las exigencias de la realidad social y económica valenciana”. Tras el intento fallido de la reforma de la Constitución española para dar cabida al Derecho civil valenciano, en un interesante trabajo el jurista valenciano, José Ramón Chirivilla Vila, se plantea distintas alternativas para conseguir la recuperación del Derecho foral del antiguo Reino de Valencia. Entre ellas, por su singularidad, merece destacar dos: 1. Transferir el Estado a la Comunidad valenciana el Derecho civil, en materia de familia y sucesiones; y 2. Derogar el Decreto de Nueva Planta de Felipe V, que abolió los *Furs* valencianos (*Alternativas a la reforma constitucional para la reintegración efectiva del Derecho Civil Foral Valenciano*, en Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana, nº 86, Valencia, octubre de 2025).

²⁷⁸ No otra cosa fueron las Observancias: comentarios del Fuero hechos por juristas eminentes, normalmente Justicias, tratando de complementarlo en los aspectos que ellos creían convenientes.

cia, creaban la correspondiente figura jurídica con sus aportaciones personales, elaborando, incluso, sus particulares códigos forales, como luego veremos. Y ello, en alguna medida, trascendió a la normativa foral contemporánea hasta llegar al Código aragonés vigente, de 2011.

En este trabajo me he centrado en dos figuras jurídicas aragonesas: el menor de edad mayor de catorce años y el derecho expectante de viudedad, en las que creo que se han producido esas “actuaciones doctrinales creativas”, en mayor o menor medida.

EL ARAGONÉS MENOR DE EDAD, MAYOR DE CATORCE AÑOS:

Todos los juristas que se han ocupado de esta singular figura la ligan a la histórica mayoría de edad de los aragoneses, establecida en la Compilación de Huesca de 1247. De “característica secular del Derecho aragonés” la califica el preámbulo del Código del Derecho foral de Aragón²⁷⁹. Realmente su previsión legal, dentro de la Historia del Derecho aragonés, es relativamente reciente y su verdadero desarrollo hay que buscarlo fundamentalmente en la doctrina de los foralistas del siglo XIX.

Cuando Aragón surge a la Historia como Reino independiente, en 1035, con Ramiro I -y más aun antes como condado-, en el orden jurídico se encuentra bajo la influencia del Derecho visigodo. Y éste, a su vez, del Derecho romano, consecuencia, como señala Rafael Bernad, de “la convivencia del pueblo visigodo con el romano”²⁸⁰. Sin embargo, apartándose de esa influencia romanista, en su primer código conocido, el *Liber Iudiciorum*, obra del rey Recesvinto, del año 654, al regular la mayoría de edad, la establece en los quince años, muy por debajo de los veinticinco del Derecho romano²⁸¹.

Con toda probabilidad, por esa influencia en Aragón del Derecho visigodo, en aplicación del código de Recesvinto, el Derecho aragonés asumiría la nueva mayoría fijada, como digo, en los quince años. Una edad que, como veremos, ha debido influir, sin duda, en la creación de la figura jurídica en estudio: el aragonés menor de edad y mayor de catorce años.

Sin embargo, la desaparición del reino visigodo y el nacimiento del Reino de Castilla, en lo jurídico conllevó una notable inclinación romanista. Así, en el *Fuero Juzgo*, elaborado en León, en 1241, bajo el reinado del rey castellano Fernando III, se elevó la mayoría de edad a los veinte años²⁸². Una reforma importante con respecto al ordenamiento jurídico anterior, de indudable inspiración romano-canónica, pero rebajando la edad de los veinticinco a los

²⁷⁹ Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, epígrafe 6.

²⁸⁰ Discurso de ingreso, como Académico de Número, en la Real Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, publicado en el Anuario 2022 de la Academia, Imprenta Arilla, Zaragoza, 2023, pág. 18.

Una convivencia nacida de la necesidad: cuando el Imperio romano inició su decadencia con la invasión e los pueblos bárbaros, el acuerdo (*foedus*) a que los romanos llegaron con los visigodos permitió a éstos instalarse en la Hispania romana, estableciendo el reino visigodo de Toulouse, tras expulsar a los suevos, vándalos y alanos de la península Ibérica.

²⁸¹ *Liber Iudiciorum*, Libro II, Título 5, Epígrafe 11; Libro IV, Título 3, Epígrafe 4.

²⁸² Libro IV, Título II, Epígrafes XIII y XIV; Título III, Epígrafes I, III y IV

veinte años. Muy probablemente con la intención de tener una norma propia, aunque en el ámbito jurídico romanista.

Poco tiempo tardó el Reino de Aragón en tener su propio código. En 1247, las Cortes aragonesas aprobaban la llamada Compilación de Huesca, redactada en el reinado de Jaime I, bajo la dirección del obispo Vidal de Canellas. Por primera vez, el Derecho aragonés va contar con su propia norma sobre la mayoría de edad. El Fuero I *De contractibus minorum* dispone: “Donacion que face el menor no bale: entiéndese menor de XIII anyos”. Y aunque esta expresión - “entiéndese menor” - puede tener otros significados²⁸³, lo cierto es que la generalidad de la doctrina ha entendido siempre que en Aragón la mayoría de edad se alcanzaba, entonces, a los catorce años. Así, por ejemplo, Bernardino de Monsoriú traduce el fuero de la siguiente manera: “La donación hecha por el menor, es de ningún valor: menor se llama el que lo es de catorce años²⁸⁴”. Y como él, otros muchos foralistas: Miguel del Molino (siglo XV), Jerónimo Portolés (siglo XVI), Gil Custodio Lissa (siglo XVII), Juan Francisco La Ripa (siglo XVIII).

Y se apoyaban para esa conclusión, no sólo en el fuero citado, sino en la Observancia única *De contractibus minorum* que, a modo de interpretación oficial del Fuero, señalaba: “Item, de consuetudine etas minor est usque ad XIV annos, & est maior factus postquam compleverit XIV annos, & minores XIV annorum habent privilegium quod ipso Foro servantur illesi, quia non habemus in integrum restitutionem de Foro. Idem in absentis causa reipublicae”. Una Observancia que, como tantas otras, trata de ser un complemento necesario del Fuero cuando éste se considera insuficiente. Aunque de fecha indeterminada, probablemente surgió poco después de la entrada en vigor del correspondiente Fuero, con el objeto, entre otros, de dejar clara la mayoría de los aragoneses en los catorce años. Da la impresión de ser una reacción doctrinal ante la nueva edad de los veinte años establecida en el Derecho castellano; una suerte de reivindicación de la mayoría visigoda de los quince. Aventuro la idea de que ese cambio en la ley castellana respecto de la mayoría de edad -pasando de los quince a los veinte años- pudo influir en el Fuero aragonés *De contractibus minorum*. Parece como si en el Reino de Aragón se quisiera marcar una diferencia con sus vecinos castellanos, y con ello, rechazar la influencia romanista que inspiraba el nuevo Derecho de Castilla, estableciendo una norma propia.

Pero esa singular mayoría aragonesa en los 14 años, de inspiración claramente visigoda, tuvo una duración bastante limitada. La siguiente norma legal aragonesa, el Fuero *Ut minor XX annorum*, aprobado en las Cortes celebradas en Zaragoza, en 1348, bajo el reinado de Pedro II, sólo ciento un años después de la Compilación oscense, cambia radicalmente el criterio de la mayoría de edad de los aragoneses al disponer que “*Ut minor veinte annorum nequeat facere Albaranum, diffiniment.um, neque alium contractum alienationis bonorum*

²⁸³ Otra interpretación puede ser la precisión que el legislador quiere hacer al determinar la nulidad de la donación hecha por un menor: pero específicamente el que es menor de 14 años, sin referirse para nada al resto de los menores que, en aquel momento, por influencia castellana e inspiración romana, serían los menores de veinte años.

²⁸⁴ *Summa de todos Fveros y Obfervancias del Reyno de Aragon*, 1589. Edición del Ilre. Colegio de Abogados de Zaragoza, Edit. Heraldo de Aragón, Zaragoza, 1981.

suorum: testamentum, & codicillo exceptis”. El Fuero, acercándose al Derecho romano y con notable influencia del Derecho castellano, dispone que la mayoría de edad de los aragoneses comience a los veinte años²⁸⁵. Nada dice de los menores de edad mayores de catorce años, salvo en lo concerniente al otorgamiento de testamento, criterio éste que va a mantenerse en fueros sucesivos, y es la norma que establece el vigente Código del Derecho foral de Aragón, de 2011. Ello hace pensar que en Aragón el criterio de la Compilación de Huesca ha dejado de tener vigencia, probablemente porque las circunstancias sociales han cambiado, además de la todavía innegable influencia del Derecho romano.

Por primera vez se habla de esa semi-mayoría –o “mayoría en formación”, como la han llamado algunos autores- en el Fuero “*Que los menores de veynte años*”, aprobado en las Cortes de Monzón, en 1564, bajo el reinado del rey castellano Felipe II. En él vuelven a enumerarse los actos importantes que no puede llevar a cabo el menor de veinte años, pero añade “sino con voluntad de sus padres”. Una excepción que genera no pocas dudas, sobre todo, al no determinar de qué menores se trata. No establece una edad mínima para poder realizar los actos que prohíbe salvo autorización de los padres. En todo caso, supone una situación legal nueva, una apertura respecto de la actuación personal del menor de edad aragonés, con una limitación importante: que para los actos que realice cuente con la autorización (voluntad) de sus progenitores.

En 1585, sólo once años más tarde, una nueva sesión de Cortes en Monzón aclara y precisa lo dispuesto en el Fuero anterior. El nuevo fuero, bajo el título “*De las obligaciones de menores de veynte años*”, comienza afirmando que su regulación se establece “por no estar bastante proveído en el Fuero hecho en 1564 acerca de las obligaciones de los menores de veynte años y mayores de catorze”. Aquí sí, por primera vez en el Derecho histórico aragonés se habla de la figura del menor mayor de catorce años. Creo que éste es su verdadero antecedente legal, al que acudirán los juristas posteriores, especialmente los de los siglos XIX y XX, para defender esa especialidad aragonesa.

Con la aprobación de estos fueros en Monzón da la impresión de que el nuevo rey de Aragón, Felipe II, dada su procedencia castellana, quisiera satisfacer, de algún modo, a los juristas aragoneses que ahora veían elevada la mayoría de edad a los veinte años, perdiendo así su especial mayoría de los catorce, estableciendo para ello esa nueva figura del “mayor de catorce y menor de veinte años”.

Llegados al siglo XIX, la doctrina insiste en la materia. Franco y López y Guillén y Carabantes, por ejemplo, autores de un pretendido Código foral, publicado en 1841, denominado “*Instituciones de Derecho civil aragonés*”, regulan la materia de la edad en los siguientes términos: “Art. 11. Son menores de edad los que no han cumplido 14 años”. Y lo reiteran en el art. 13: “Los que han cumplido 14 años son mayores de edad bien sean barones bien hembras”. Sin

²⁸⁵ Resulta extraño, por ello, que un autor aragonés, Ignacio Jordán de Asso, a las puertas del siglo XIX y desconociendo abiertamente los citados fueros de Monzón, afirme que “en Aragón la mayor edad empieza a los 14 años” (*Instituciones del Derecho civil de Castilla*, Madrid M DCC XCII, Imprenta Ramón Ruiz, pág. 5).

embargo, anticipando lo que luego iba a convertirse en norma legal, el art. 14 de su pretendido Código afirma: “El mayor de 14 años que no haya cumplido los veinte puede disponer libremente de sus bienes, siendo casado: pero el que no lo estuviese no podrá hacer donaciones, ventas, ni contratos de ninguna especie sin el conocimiento de sus padres ó del sobreviviente de ellos que permanezca viudo, y en su defecto sin la autorización del juez ordinario de la población en que aquellos se celebrasen”²⁸⁶.

La expresión *sin conocimiento de sus padres* supone una notable variación respecto de los dos fueros de Monzón citados, pues aquí no se exige que los padres autoricen el acto del menor, o sea, presten su consentimiento; basta con que lo conozcan, y tanto sea antes de su realización, como una vez ejecutado (pues los autores no hacen ninguna distinción al respecto). El Fuero no exige más que ese conocimiento parental²⁸⁷.

Sin embargo, Eduardo Naval y Schmid vuelve a exigir la *autorización ó intervención* de los padres para los actos de disposición de los mayores de catorce años y menores de dieciocho²⁸⁸.

Similar criterio mantiene Blas y Melendo, pero con una nueva concepción de la figura en estudio. Por una parte, afirma este autor que es mayor de edad el que ha cumplido catorce años (número 56); pero a renglón seguido dice que el menor de veinte y mayor de catorce años no puede realizar actos dispositivos “sin la intervención de los padres” (número 58); y ello se justifica porque “la autoridad paterna (se tiene) hasta la edad de 20 años” (número 109). Con ello lo que este jurista hace es considerar válidos y aplicables tanto el Fuero y la Observancia *De contractibus* y *De privilegiis minorum* (según las cuales “es mayor de edad el que ha cumplido 14 años”), como los Fueros de Monzón *Que los menores de veinte años*, de 1564 y 1585²⁸⁹.

Este autor plantea, a mi juicio, una extraña situación jurídica: un aragonés mayor de edad -catorce años según él- sigue sujeto a la autoridad paterna hasta que cumple los veinte. Creo sinceramente que es un esfuerzo doctrinal innecesario. Parece como si se quisiera mantener el criterio legal de la Compilación de Huesca, que establecía la mayoría de edad en los catorce años, sin contradecir los fueros de Monzón (especialmente el de 1564) que la imponían a los veinte.

La cuestión da un giro importante cuando en España, siguiendo la estela de la codificación francesa, tras fracasar un primer proyecto de Código civil, en 1851, que “ignoraba”²⁹⁰ la existencia de los Derechos forales, un nuevo proyecto, en 1888, contempló la posibilidad de incorporarlos al nuevo Código civil español, mediante la redacción de unos apéndices, en

²⁸⁶ Luis Franco y López y Felipe Guillén y Carabantes, *Instituciones de Derecho civil aragonés*, Zaragoza, julio 1841.

²⁸⁷ Ese conocimiento parental es el que ahora exige el art. 27.1 del vigente Código del Derecho foral de Aragón.

²⁸⁸ *Compilación articulada de Derecho Foral vigente en Aragón*, Establecimiento tipográfico de C. Ariño, Zaragoza, 1881.

²⁸⁹ Andrés Blas y Melendo, *Derecho civil aragonés*, Librería Cecilio Gasca, Zaragoza, 1898, págs. 58 y 106.

²⁹⁰ Como decía Galo Ponte, a la sazón Ministro de Gracia y Justicia, en la exposición de motivos del proyecto de Apéndice foral aragonés, “acaso fue la intransigencia legislativa la que impidió que prosperase el proyecto de Código civil de 1851”.

los que los territorios con Derecho civil propio normarían, cada uno de ellos en el suyo, las principales instituciones forales, aquéllas que “conviene conservar”, para su posterior traslado al Código civil único.²⁹¹

El Real Decreto de 2 de febrero de 1880, con el objeto de reconocer legislativamente esos derechos, incluyó en la Comisión General de Codificación, encargada de redactar el nuevo Código civil español, a representantes de los diferentes territorios forales. Y la Ley de Bases de 1888 dispuso que “las provincias y territorios en que subsiste Derecho foral lo conservarán *por ahora* en toda su integridad”. A su vez, en Aragón se formó una comisión presidida por el jurista y político oscense, Don Joaquín Gil Berges, que redactó un proyecto de Código civil en el que se incluían las instituciones tradicionales aragonesas, que vio la luz el 29 de febrero de 1904. Y aunque se remitió al Ministerio de Gracia y Justicia, nada se supo de él. En 1922 se retomó el proceso legislativo en la Comisión que entonces presidía Don Antonio Maura, pero la llegada al poder del Directorio Militar del general Primo de Rivera (golpe de Estado de 15 de septiembre de 1923), impidió su aprobación por las Cortes españolas, disueltas por el dictador. Fue un Decreto de 26 de febrero de 1924, del gobierno de Primo de Rivera, el que aprobó el proyecto de Apéndice foral de Aragón. Se publicó en la Gaceta de Madrid (hoy Boletín Oficial del Estado) el 15 de diciembre de 1925 (aunque se demoró su entrada en vigor al 2 de enero de 1926)²⁹². Este año 2025 se cumplen, pues, cien años desde su aprobación.

Fue Aragón el único territorio foral en aprobar el Apéndice. Un texto que fue muy criticado por la doctrina jurídica que lo consideraba “recusable por lo que tiene de dependencia y excepcionalidad”; además, “no recogía fielmente el espíritu del Derecho histórico”²⁹³.

El Apéndice foral fue la primera compilación civil aragonesa de los tiempos modernos, partiendo de los históricos fueros y observancias. En su elaboración -larga y costosa- participaron los más ilustres juristas aragoneses de la época²⁹⁴.

En él se regula esa “semi-mayoría” de los aragoneses menores de edad y mayores de 14 años en su art. 13: “El soltero mayor de catorce años y menor de veinte puede por sí celebrar toda clase de contratos, pero con asistencia del padre o de la madre, que conserve sobre él la

²⁹¹ El Real Decreto de 2 de febrero de 1880 ya había previsto esa incorporación y, para ello, juristas aragoneses se pusieron a trabajar en el tema. Luis Franco y López presentó el 31 de diciembre de 1880 una Memoria sobre los principios e instituciones de Derecho foral que consideraba vital su conservación. Joaquín Gil Berges trasladó al Gobierno los acuerdos adoptados al respecto en el Congreso de Derecho civil celebrado en Zaragoza en 1881. Mariano Ripollés redactó un “Proyecto de Código civil de Aragón” que no consiguió su tramitación en las Cortes Generales. Disueltas éstas a causa del golpe del general Primo de Rivera, el Directorio Militar publicó el 26 de febrero de 1926 un Real Decreto aprobando el Apéndice foral de Aragón, un texto normativo que nunca llegó a aprobarse, como ley, en el parlamento español.

²⁹² Según Galo Ponte Escartín, Ministro de Gracia y Justicia a la sazón, con esa fecha se quiso que la vigencia del Apéndice “comience el día 2 de Enero, en que la Iglesia, y con ella todos los aragoneses, conmemora la Venida a Zaragoza de la Virgen del Pilar, Excelsa Patrona de Aragón” (Exposición de Motivos del Apéndice).

²⁹³ *Gran Enciclopedia Aragonesa*, Tomo I, Voz *Apéndice Aragonés*, Unión Aragonesa del Libro, Zaragoza, 1980.

²⁹⁴ En un primer proyecto, aprobado por una comisión creada en Aragón bajo la presidencia de Don Joaquín Gil Berges, en 1904, participaron, entre otros, Isábal, Gil y Gil, Casajús, Comín, Rufas. En una segunda comisión, presidida en este caso por Antonio Maura, participaron (pese a su disconformidad con el Directorio Militar que gobernaba España desde el golpe de Estado del general Primo de Rivera, en 1923) Marcelino Isábal y Vicente Piniés.

autoridad, y, en defecto de ellos, con la de su tutor. No necesita tal asentimiento para disponer de sus bienes en testamento”.

Es interesante constatar que el precepto utiliza al respecto dos vocablos, “asistencia” y “asentimiento”, considerándolos idénticos, adelantándose así a los debates que, más tarde, se producirán en la interpretación de la legislación en la materia.

Se trata, pues, de una regulación que pretende dar permanencia al Fuero de Monzón de 1585, creando así una suerte de “mayoría de edad limitada” o “anticipada”, según los distintos criterios manifestados al respecto.

El criterio del Apéndice a este respecto fue asumido por la Compilación del Derecho civil de Aragón, aprobada el 8 de abril de 1967. Su art. 5. 1, bajo el título “Del mayor de catorce años”, dispone que “el menor de edad, cumplidos los catorce años, aunque no esté emancipado, puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos, con la asistencia, en su caso, de su padre, madre, tutor o Junta de Parientes”²⁹⁵.

La expresión “asistencia”, sin equipararla ya al “asentimiento”, dio lugar a múltiples interpretaciones doctrinales: desde quienes afirmaban que la asistencia era una mera presencia de los llamados a prestarla, suficiente para convalidar el acto, hasta los que creían que la asistencia era una autorización²⁹⁶.

Por mi parte, siempre pensé que la asistencia -sin otro calificativo- consistía en un asesoramiento o consejo que los padres o protectores debían prestar al menor respecto del acto o negocio que éste se proponía realizar. Un asesoramiento que, incluso, no debía darse necesariamente de forma presencial, siempre que constara fehacientemente su prestación.

Vino a ratificar este criterio la Ley de 21 de mayo de 1985, de reforma de la Compilación foral, al establecer, en su art. 5, que los actos de los menores realizados sin la debida asistencia serán “anulables”. Un acto sin autorización sería nulo de pleno derecho. Ello suponía un paso importante en el reconocimiento de la capacidad del menor aragonés, otorgándole una “cuasi” mayoría de edad a partir de los 14 años.

Sin embargo, la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de derecho de la persona, vuelve a introducir un criterio restrictivo, similar al “asentimiento” del Apéndice. Su art. 24 dispone

²⁹⁵ Las dudas que este precepto aragonés (y algunas normas navarras) suscitó en la Constitución española, dio lugar a la aprobación “in extremis” de la Disposición Adicional Segunda, conforme a la cual “La declaración de mayoría de edad contenida en el artículo 12 de esta Constitución no perjudica las situaciones amparadas por los derechos forales en el ámbito del Derecho privado”.

²⁹⁶ El preámbulo del Ley que, en 2011, aprobó el nuevo Código foral se refiere a ello en los siguientes términos: “La doctrina ha debatido reiteradamente sobre la naturaleza jurídica de esta asistencia, que, cuando la introdujo con este nombre el Apéndice de 1925, no tenía parangón en otras leyes civiles españolas. El artículo 27 proporciona unas pautas prácticas que permitirán actuar con la deseable seguridad. No se ha configurado exactamente como una declaración de voluntad de quien autoriza, sino como expresión de su criterio afirmativo sobre la conformidad del acto con los intereses del menor, para lo cual es necesario que conozca suficientemente el contenido y circunstancias de tal acto. Por ello no puede prestarse una asistencia genérica. No puede prestarse la asistencia con posterioridad a la realización del acto, pues con ello se frustraría el contenido de consejo y asesoramiento que la asistencia conlleva, si bien la conformación del acto anulable evitará la anulación. En la asistencia simultánea al acto se llega a admitir como posibilidad que la mera presencia sin oposición signifique prestación de la asistencia”.

que “la prestación de asistencia requiere conocer el acto que el menor se propone realizar y significa considerarlo conforme a sus intereses”. Una suerte de “consentimiento implícito” que restringe notablemente la capacidad del menor mayor de 14 años.

El nuevo Código aragonés, en su art. 27 introduce un criterio interesante: si la asistencia se presta en el mismo acto que trata de realizar el menor, se puede considerar prestada con “la mera presencia sin oposición”.

Conclusión:

Con arreglo a todo lo expuesto, yo creo que la figura del aragonés menor de edad, pero mayor de catorce años más parece en su origen una transacción histórica entre dos reinos peninsulares, el castellano y el aragonés. Y en la actualidad, una figura impulsada por distintos foralistas y en diferentes épocas, sancionada legalmente en el Apéndice del Derecho Foral de Aragón, de 1925.

Lo importante en el momento actual es recapacitar acerca de la conveniencia de mantener o no esta especial figura. En mi opinión existen importantes razones para entender que hoy las normas que la regulan son innecesarias, incluso en algún caso perjudiciales.

Desde un punto de vista histórico esa especie de “consentimiento implícito” con el que hoy se califica la “asistencia” anula todo el valor que, en otros tiempos, se quiso dar a la capacidad de los menores de edad aragoneses, ya que su actuación va a depender ahora de lo que sus protectores quieran.

Además, en la práctica el resultado de esa norma es que en los principales actos que afecten a un menor de edad mayor de catorce años, éste necesariamente ha de comparecer al no poder ser representado, cuando la práctica demuestra que, en general, los menores -y aún en muchos casos los jóvenes mayores- muestran un profundo desagrado por tener que asistir a un acto notarial o judicial.

Yo creo que los usos sociales del siglo XVI nada tienen que ver con los actuales. Piénsese, además, en la notable diferencia entre ambas épocas en lo que se refiere a la media de edad de los ciudadanos. En la actualidad, creo que un menor de 18 años aragonés se encuentra lejos de sentir mejorada su capacidad jurídica en virtud de las normas legales atinentes al caso. En mis 44 años de ejercicio de la función notarial no he conocido a ningún menor aragonés que supiera de la existencia de la norma en cuestión, ni que tuviera ningún interés en participar en el acto jurídico de que se tratara. Creo que hoy se podría prescindir de esa norma sin que la realidad social se viera alterada en lo más mínimo.

Por otra parte, una vez que la Constitución establece, con carácter genérico, la mayoría a los dieciocho años, otra serie de disposiciones legales establece distintas mayorías para diferentes actuaciones -por ejemplo, otorgar testamento a los 14, mayoría sexual y sanitaria a los 16, etc.- Y en todas ellas, como mayorías que son, se atribuye plena capacidad de actuar al menor de 18 años que se encuentra en alguno de dichos supuestos; sin que en ninguno de ellos sea necesaria intervención ni asistencia alguna de otras personas. Por ello, no veo la ne-

cesidad de seguir manteniendo esa histórica figura aragonesa. En los actos que el mayor de 14 años y menor de 18 no puede realizar sin asistencia ajena, es preferible eximir a dicho menor de su intervención y que quienes habrían de prestarle asistencia sean quienes intervengan por sí solos.

EL DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD

Como es bien sabido, el usufructo de viudedad nació muy tempranamente en el Derecho aragonés como un derecho sucesorio, con intención de proteger a la mujer que quedaba viuda, en una época en la que las mujeres solían carecer de patrimonio propio y la administración de los bienes conyugales –incluida la dote de la mujer, si la había– correspondía al marido. La muerte de éste, con la apertura de su sucesión, normalmente a favor de la descendencia, podía suponer la total inopia de la viuda. Para evitarlo, el legislador reguló este derecho sucesorio especial a favor de la viuda, consistente, como veremos, en el derecho de ésta a poseer todos los bienes del matrimonio, mientras permaneciera viuda y sin relación marital con otra persona.

La Compilación de Huesca, de 1247, en su fuero *De dreyto de dotes*, disponía: “Muerto el marido, la muller viuda possidrá todas cosas que ensenble avran avido, pero que aya fillo del marido. Empero ella stando viuda que no prenga marido. E si por ventura tendrá manifestament fornicador o adúltero, pierda la viudedat e las arras, como si haviés preso marido”²⁹⁷. Muy pronto, pues, nace en el Derecho aragonés histórico el “derecho de viudedad”, que en definitiva se concreta en la posesión, por parte de la mujer viuda, de todos bienes habidos en el matrimonio, tanto sean comunes, como propios del cónyuge fallecido. Un derecho sucesorio que tiene su origen en el matrimonio, como lo tienen otros derechos. Y un derecho que se antepone a otros sucesorios en su ejercicio práctico: los derechos legitimarios o los nacidos de la sucesión intestada.

Sin embargo, los juristas advirtieron que ese derecho de la mujer viuda podía no llegar a existir si el marido, en vida, enajenaba los bienes sobre los que la viudedad hubiera de recaer. Por ello, y con el objeto de reforzar ese derecho, la Observancia 28 *De iure dotium*, como complemento del fuero, disponía que “el marido puede agenaar sus bienes mas no perjudica la agenacion el derecho de viudedad sino q'en ella cosieta la mujer”. Es, pues, la falta de consentimiento del cónyuge de quien enajena o pretende enajenar lo que garantiza la eficacia de la viudedad. Si ese consentimiento no se da, el cónyuge supérstite del enajenante conserva su derecho de usufructo vidual, en su caso, sobre los bienes enajenados por su difunto consorte. Si lo consiente, el derecho de viudedad no llega a nacer.

Una vez más, será la Observancia la que se encargue de completar y de alguna manera corregir el Fuero, atribuyendo ese derecho también al marido que quedaba viudo. La Obser-

²⁹⁷ Legislación foral aragonesa. La Compilación romance de Huesca (1247/1300), Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016.

vancia 14 *De iure dotium* disponía: “Si sponsus vel sponsa moriatur, superstes non potest nec debet tenere viduitatem in bonis sponsi, vel sponsae defunctae, nisi eam forté canaliter cognoverit, tamen si Missam audi vissent, licér carnalitet non cognovisset, uxor superstes debet tenere viduitatem”.

Criterio que va a encontrar su ratificación legal en el Fuero *De alimentis*, aprobado en Monzón, en 1390, bajo el reinado de Juan I, el cual disponía que “Vir mortua uxore, habet usumfructum in bonis sedentibus uxoris durante viduitate”.

Por otra parte, los Fueros I y 2 *De secundis nuptias*, de la propia Compilación oscense, establecían a su vez que, si fallecida la primera mujer, el viudo quería contraer segundas nupcias, debía proceder a la partición con los hijos “omnia bona mobilia, & immobilia quaecumque habuit cum oxori”. Ahora bien, si el cónyuge viudo quería mantener su derecho de viudedad debía excluir de la partición los bienes sobre los que éste recaía, es decir, los inmuebles. Así lo establecía expresamente la Observancia 55 *De iure dotium*: “Item, mortuo altero coniugum, statim debent dividi omnia bona mobilia cum supervivente, & filiis, non autem immobilia, si vult tenere viduitatem”.

De lo hasta aquí expuesto queda claro que el llamado hoy “derecho de viudedad”, en el Derecho histórico de los Fueros y Observancias era un único derecho de carácter sucesorio: el usufructo viudal. En ninguno de tales textos se menciona el actual “derecho expectante de viudedad”. Y así lo consideraron los autores en todo tiempo hasta la publicación del Apéndice Foral de 1925. Por ejemplo, Franco y López y Guillén y Carabantes afirmaban que “con el nombre de viudedad se conoce el usufructo foral que el cónyuge sobreviviente tiene en los bienes sitios que pertenecían en propiedad al que murió”²⁹⁸. En definitiva, se trataba de un derecho sucesorio sobre los bienes inmuebles compartidos en el matrimonio –sean comunes o privativos- que no se pierde por el hecho de su enajenación en vida si el cónyuge del enajenante no ha consentido dicha enajenación.

La expresión “derecho expectante” aparece por vez primera en el citado Apéndice foral. Bajo el título “De la viudedad”, su art. 63 establecía: “La celebración del matrimonio atribuye por ministerio de la ley, a los cónyuges, solamente respecto de los bienes raíces o inmuebles que hayan aportado a aquél o que con posterioridad adquieran, así a título gratuito como a título oneroso el *derecho expectante* y recíproco de usufructuar el uno los del otro en la forma y condiciones que se expresan en este Apéndice. Este derecho que se denomina “viudedad legal” no se altera por la estipulación llamada de “hermandad llana”. Un derecho expectante que no tiene ninguna regulación en el Apéndice, pues de lo que éste trata seguidamente es del usufructo viudal.

Publicado el Apéndice, los autores aceptaron la existencia del derecho expectante, pero sin regular su posible contenido. Así, Marceliano Isábal y Bada, comentando el Apéndice Foral, ya vigente, y apoyándose en la Observancia 14 *De iure dotium*, afirma que “el derecho

²⁹⁸ Op. cit. Pág. 45, art. 80.

En el mismo sentido Joaquín Gil Berges, Legislación foral de España, Tomo primero, Madrid, 1888, pág.

expectante de viudedad, que a la muerte de uno de los cónyuges pasa a ser real y efectivo en favor del otro, nace desde el momento en que se ha contraído matrimonio”. Contrariamente a la construcción doctrinal que en adelante se hará del derecho expectante, considerándolo un derecho real efectivo, Isábal afirmaba que la viudedad sólo existía como un derecho real efectivo con el usufructo a favor del cónyuge viudo.²⁹⁹ Lo mismo hace José Castán Tobeñas comentando el Apéndice de 1925: habla del derecho expectante de viudedad sin hacer ninguna especial regulación del mismo.³⁰⁰ El notario Santiago Pelayo Hore, Académico que fue de esta Real Academia, decía: “La viudedad foral aragonesa ofrece dos momentos. Uno el momento expectante; otro aquel en que ese derecho hasta entonces en situación de expectativa se convierte en un derecho actual y perfecto. Pero en realidad ambos momentos pueden reducirse a uno solo, porque las expectativas gozan y participan de la misma naturaleza que el derecho en que la expectativa aspira a convertirse”³⁰¹.

El punto de inflexión en esta materia en Aragón lo marcó el prof. Sancho Rebullida en un extenso trabajo sobre la viudedad³⁰². En él, siguiendo los criterios expuestos por el prof. Federico de Castro, afirmaba que “supone el derecho expectante de viudedad una realidad jurídica de mayor entidad que las simples expectativas. Es un derecho potencial en su disfrute último, pero actual en su gravitación o afección...un derecho subjetivo actual que garantiza otro -u otra fase del mismo- eventual; real, de origen legal; que grava inmediatamente bienes inmuebles determinados”³⁰³.

Siguiendo el criterio expuesto, que compartían muchos juristas aragoneses, los diversos proyectos de Compilación elaborados por el Seminario de la Comisión de Jurisconsultos Aragoneses, creada por el Ministerio de Justicia, en 1961, 1962 y 1963, trataban el derecho expectante de viudedad como un derecho autónomo. Criterio que fue el mantenido en los sucesivos textos legales aragoneses, la Compilación del Derecho civil de Aragón, de 1967, y el Código del Derecho foral de Aragón, de 2011, actualmente vigente.

Cuando se trata de encontrar el antecedente histórico del supuesto derecho expectante de viudedad todos los autores se apoyan en la Observancia 28 *De iure dotium*, antes trascrita, conforme a la cual, si el marido enajena bienes de su propiedad sin consentimiento de su mujer, ésta no pierde por ello, llegado el caso, su derecho de viudedad sobre tales bienes. Nada distinto a la situación actual, pero sin necesidad de crear una figura nueva: el derecho expectante de viudedad. En definitiva, una construcción doctrinal relativamente reciente.

²⁹⁹ Exposición y comentario del Cuerpo Legal denominado “Fueros y Observancias del Reino de Aragón”, Imprenta Heraldo de Aragón, Zaragoza, 1926, pág. 517.

³⁰⁰ *Derecho civil español, común y foral*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1944, pág. 556.

³⁰¹ Segunda Semana de Derecho Aragonés, Librería General, Zaragoza, 1943, pág. 177.

³⁰² Francisco de Asís Sancho Rebullida, *La viudedad aragonesa*, Anuario de Derecho Aragonés, 1955-1956, Talleres Editoriales El Noticiero, Zaragoza, 1958.

³⁰³ Op. Cit. Pág 64.

Conclusión:

En mi opinión, la falta de un auténtico fundamento histórico del derecho expectante de viudedad, así como la cambiante realidad social, son determinantes de la supresión que de ese derecho debería hacerse en la legislación foral vigente. Se trata de un derecho que limita considerablemente el derecho de propiedad que cada uno de los cónyuges tiene sobre sus propios bienes y su mitad en los consorciales. El derecho expectante de viudedad de la legislación actual no es más que el consentimiento matrimonial de la legislación histórica, y ello, en la sociedad actual, es impensable. Como dice Adolfo Calatayud Sierra, “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”³⁰⁴.

³⁰⁴ El derecho expectante de viudedad: su necesaria reconsideración”, discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Cometa, S.A., Zaragoza, 2016.

REFLEXIONES EN TORNO A LA FIDUCIA SUCESORIA ARAGONESA

Por la
Excma. Sra. Doña Pilar Palazón Valentín
Académica de Número

Como el propio título escogido indica, no se trata de hacer un estudio teórico y pormenorizado sobre la naturaleza, presupuestos y ejecución de la fiducia, sino de abordar la misma desde la experiencia y la evolución que en su desenvolvimiento he podido constatar en mis años de ejercicio profesional.

Son muchos los aspectos a tratar e intentaré sistematizarlos partiendo de aspectos o consideraciones más generales, para luego centrar la atención en los distintos problemas que actualmente se plantean en su ejecución.

FIDUCIA COLECTIVA.

La primera reflexión haría referencia a la pervivencia o no, a día de hoy, de la fiducia colectiva.

Sin necesidad de acudir a antecedentes más remotos, tenemos que partir de la regulación que de la misma da la Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1967. En efecto, dentro del Título IV del Libro II, dedicado a la fiducia sucesoria, se contempla en el Capítulo II “para ordenar la sucesión de la casa”.

Ese concepto de casa, tan aragonés, y que entronca con las capitulaciones matrimoniales, especialmente del Alto Aragón, que constituían todo un código regulador de la vida familiar de los futuros contrayentes.

A su otorgamiento acudían no sólo ellos, sino los progenitores de ambos, que proveían al haber de la casa, aportándose una serie de bienes, no a la sociedad consorcial, sino al sustento y levantamiento de la casa, sin perder su carácter privativo; se establecían normas de economía familiar y se hacían previsiones sucesorias, especialmente la fiducia colectiva, integrada no sólo por parientes, sino que era habitual que también formara parte de la misma el cura párroco de la localidad para proceder a la designación del futuro heredero de la casa.

Era fundamental mantener la unidad patrimonial de la casa y de ahí que no se produjera una comunicación de los bienes y que preocupara especialmente el nombramiento de heredero.

En las sucesiones abiertas hasta hace unos 30 años era frecuente encontrarnos con estos pactos de encomienda a través de la fiducia colectiva.

Qué duda cabe que con la emigración del campo a las ciudades y el crecimiento de las mismas, el concepto de “casa” se va diluyendo y no existe, normalmente, un patrimonio más allá de la vivienda familiar con sus posibles anejos y algunos ahorros. En el mejor de los casos, una segunda vivienda y las tierras heredadas que, en la mayoría de los casos se adjudican por partes iguales los coherederos a falta de disposición distinta por parte del causante. Ya no hay esa preocupación por mantener la unidad patrimonial de la casa, teniendo un mayor valor económico lo urbano que lo rústico, al margen del descenso del interés por dedicarse a la agricultura como actividad principal.

Lo que actualmente denominaríamos “patrimonios familiares”, en su mayoría se estructuran a través de fórmulas societarias con reglas especiales de transmisión, cuyo estudio y análisis pertenece al ámbito mercantil, alejándose del esquema de la fiducia colectiva tradicional.

Quizá por eso, la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte, ya no reguló de forma separada la fiducia individual a favor del cónyuge y la fiducia colectiva, sino que en su artículo 124 estableció que “todo aragonés capaz para testar puede nombrar uno o varios fiduciarios para que ordenen su sucesión, actuando individual, conjunta o sucesivamente. Nombrados varios sin señalar cómo deben de actuar, se entenderá que el llamamiento es conjunto”.

Y así se recoge en el artículo 439 del Código del Derecho Foral de Aragón vigente, con menciones expresas a la fiducia colectiva, como el artículo 449.2 y más concretamente en los artículos 459 y siguientes. La particularidad es que en el artículo 461, y aunque otra cosa diga su título, se incluye no sólo la casa, sino, al hilo de lo expuesto anteriormente, aquel patrimonio que deba deferirse a un solo heredero.

La realidad es que, en los más de veinticinco años que llevo en Zaragoza, no he visto ni un solo supuesto de fiducia colectiva, frente a la gran cantidad de cláusulas de fiducia a favor del cónyuge que vienen contenidas en los testamentos mancomunados.

FIDUCIA INDIVIDUAL A FAVOR DE PERSONA DISTINTA DEL CONYUGE.

Novedad de la actual regulación de la fiducia es la posibilidad de designar fiduciario individual a una persona distinta del cónyuge. Qué duda cabe que este supuesto resultaría extraño en personas casadas, salvo que al otorgarse el testamento se estuviera en una situación de separación de hecho, se previera un inminente proceso de separación o divorcio o, y por qué no, se confiara más en otra persona, sea o no familiar, para la designación de heredero.

La posibilidad de otorgar testamento mancomunado en la legislación vigente los aragoneses aunque no sean cónyuges o parientes, abre la puerta al nombramiento de fiduciario en los testamentos que puedan otorgar las parejas de hecho o convivientes para la ordenación de su sucesión. También el otorgado por parientes. O sin necesidad de hacerlo en testamento mancomunado, aunque es su campo natural, ya que la designación de fiduciario siempre aparece en esa clase de testamentos y con carácter recíproco entre los otorgantes.

No obstante, en la práctica, lo habitual sigue siendo el otorgamiento de la facultad fiduciaria entre los cónyuges. En muchos casos porque el testamento se otorga cuando los hijos del matrimonio son de corta edad y se desconoce cuáles van a ser sus necesidades o quién o quiénes serán los más idóneos para suceder en los bienes familiares. Incluso cuando el testamento se otorga cuando los hijos son mayores, es frecuente pactar la fiducia y únicamente para el caso de conmorirencia o no haberse hecho uso de la fiducia, se establece, no ya la institución de herederos, sino incluso legados de bienes concretos para que, en cualquier caso, quede regulada la sucesión.

CONSIDERACIÓN DE LA EDAD DE LOS HIJOS AL PACTAR LA FIDUCIA.

Esto último me lleva al siguiente punto de reflexión: ¿Qué sentido tiene pactar la fiducia cuando los hijos ya son adultos y con una situación patrimonial ya organizada?

Por un lado, podemos entender que las razones serían las mismas que cuando los hijos son de corta edad: se desconoce cuáles son las necesidades que en un futuro pueden tener los hijos si la fortuna les es adversa o cuál va a ser su comportamiento con el cónyuge supérstite, aunque sea su progenitor.

Pero, además, subyace otra razón: la intención de que el viudo siga teniendo el poder y control del patrimonio familiar. Es cierto que el fallecimiento de uno de los cónyuges atribuye al sobreviviente el derecho de usufructo de todos los bienes del premuerto (artículo 283 del CDFA), pero también lo es que, disuelto el consorcio conyugal y hasta tanto no se adjudique su patrimonio, el cónyuge viudo lo administrará, según establece el artículo 253.1 del mismo texto legal.

Por lo tanto, la fiducia, y su posterior aceptación por el cónyuge supérstite, le confiere un poder no sólo de usar y disfrutar de los bienes, como usufructuario que es, sino de administrar y representar al patrimonio privativo de su cónyuge y los bienes que pertenecían a la sociedad consorcial (artículo 449).

Es frecuente en la práctica que el fiduciario otorgue una escritura pública en la que manifieste y haga inventario de los bienes de la herencia, acepte el cargo de fiduciario, declare disuelta la sociedad consorcial y que se adjudique la mitad de los bienes consorciales y el usufructo de la otra mitad y de todos los bienes privativos del causante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 455 en la forma que determina el artículo 259 (en la mayoría de los casos en la forma prevista en el último inciso de su párrafo tercero, es decir, en igual pro-

porción en que eran cotitulares del patrimonio). En cuanto a la nuda propiedad restante, se la adjudicaría en su calidad de fiduciario con el llamamiento expresado en el testamento. No confundir con el heredero fiduciario de las sustituciones fideicomisarias, siendo un error bastante frecuente en algunos documentos que se presentan a inscribir.

Pero en algunas ocasiones, el viudo se limita a manifestar e inventariar los bienes de la herencia y de la sociedad disuelta y aceptar el cargo de fiduciario y el usufructo de viudedad sin realizar liquidación alguna, posponiéndola para un momento más oportuno.

Se ha planteado si esta escritura debe de ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad: en contra de ello cabría alegar que no hay adjudicación de bienes y que, por lo tanto, no estaríamos en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria.

Pero, en la medida en que en el Registro de la Propiedad se inscriben títulos y se publican titularidades, su inscripción permitiría dar a conocer la existencia de una sociedad consorcial disuelta así como la de una titularidad fiduciaria, no sólo de cara a posibles actos de disposición posteriores, sino para que los posibles acreedores de los titulares registrales o de sus herederos conozcan la situación real de las fincas.

OPORTUNIDAD DE LA FIDUCIA EN EL TIEMPO.

Previsto en el testamento el pacto de fiducia y teniendo en cuenta que la esperanza de vida se ha incrementado considerablemente en los últimos años, y aun entendiendo los motivos a los que he hecho referencia sobre el poder de administración y representación que ostenta el fiduciario sobre los bienes pendiente la asignación, tengo serias dudas sobre la oportunidad o conveniencia de aceptar el cargo de fiduciario cuando en el momento de abrirse la sucesión el cónyuge supérstite tiene una avanzada edad.

Me preocupa la situación que se plantea en una doble vertiente: la posibilidad de un deterioro físico, que lógicamente aumentará en los años venideros y puede dificultar las tareas de administración patrimonial, y, aún más importante, la posible manifestación de un deterioro cognitivo, más o menos súbito y las consecuencias que ello tendría hasta tanto se declare judicialmente la discapacidad del fiduciario, lo que supondría la pérdida de su condición de tal, en los términos del artículo 462.c) del CDFA y la consiguiente extinción de la fiducia (artículo 463). Abordaremos ambos aspectos por separado.

El problema del posible deterioro físico enlaza directamente con el carácter personalísimo del cargo de fiduciario, tal y como establece el artículo 440.3 último inciso del Código de Derecho Foral de Aragón.

Esto ha originado un debate, no ya de tipo teórico-doctrinal, sino en la práctica jurídica, para determinar el alcance de ese carácter personalísimo de las facultades del fiduciario.

Una corriente, no vamos a decir más estricta, sino más ajustada a la letra de la ley, entiende que todos los actos los tiene que realizar por sí mismo el fiduciario, tanto la acep-

tación del cargo, como la realización de actos de disposición de los bienes si para ello está autorizado (en los términos del artículo 453 del CDFA) así como la designación del o de los posibles herederos, ordenando la sucesión del causante.

Ello, en la práctica, supondría la imposibilidad de actuar a través de apoderamiento, con la paradoja de poder acudir a la representación voluntaria en cuanto a sus propios bienes y no respecto de los que constituyen la herencia que administra como fiduciaria aun cuando dichos bienes les pertenezcan proindiviso como consecuencia de la disolución y liquidación de la sociedad consorcial.

Otra corriente, más finalista, interpreta la expresión “las facultades del fiduciario” restringiéndola a lo que realmente constituye la esencia de la fiducia: ordenar la sucesión del causante, es decir, designar heredero, ordenar legados y, en general lo que será materia de las últimas voluntades del causante.

Tal interpretación parte del propio artículo 439 del CDFA, según el cual “todo aragonés capaz para testar puede nombrar uno o varios fiduciarios para que ordenen su sucesión”.

¿Incluye esa posibilidad de delegar la propia aceptación del cargo de fiduciario? Hay que entender que el propio apoderamiento para ello constituiría un supuesto de aceptación tácita, con lo cual estaríamos ante una cuestión meramente formal y que, en la práctica, irá normalmente unida a algún otro acto o contrato para el cual se otorga el poder.

Ello no quiere decir que se puedan admitir apoderamientos generales como instrumento para actuar por el fiduciario: hay consenso entre los operadores jurídicos en que siempre habrá que otorgar un poder especial en el que queden claramente detalladas las características del negocio. Es decir, no bastaría facultades “para vender bienes inmuebles”, sino que deberá concretarse el bien objeto de venta, el precio y demás características de la operación, en el bien entendido que las consecuencias, es decir, el posible perjuicio que pueda derivarse del negocio no afecta directamente al patrimonio del fiduciario, sino a la masa hereditaria pendiente de asignación.

Aun cuando el apoderado sea uno de los legitimarios, deberá concurrir también al acto otro de los legitimarios para autorizar el acto dispositivo, en cumplimiento de lo exigido por el artículo 454 del CDFA.

Por lo que respecta al posible deterioro cognitivo del fiduciario, la sujeción a curatela asistencial o representativa supone la pérdida de la condición de fiduciario, ex artículo 462.

El Código Foral en su última reforma incluye como causa de pérdida también cuando “de otra forma se acredite que se encuentra en la situación de discapacidad a que se refiere el apartado segundo del artículo 34”. Entiendo que la forma de acreditar en esos casos se extraería de los medios previstos en el artículo 169 del CDFA, es decir, a través de acta notarial con un dictamen pericial.

En la práctica las cosas no son tan claras: normalmente el proceso de deterioro cognitivo suele ser largo y no siempre fácil de identificar, sobre todo en las primeras fases de algunas enfermedades.

Aun manifestas, el proceso judicial para declarar la discapacidad y proveer a lo necesario en cuanto a la designación de curador representativo y su posterior aceptación, lleva sus tiempos procesales.

La fórmula del artículo 169 en relación con el artículo 34.2 atiende a que sea una situación “previsiblemente permanente”, lo que conlleva encontrarnos en un estadio avanzado de la enfermedad,

Por lo tanto, la pregunta sería: ¿qué sucede en el período intermedio?

Difícilmente el Notario apreciará capacidad suficiente en el fiduciario para otorgar la correspondiente escritura de compraventa o para otorgar un poder a favor de tercero.

Del mismo modo, y por los mismos argumentos, tampoco se le podrá admitir la renuncia al cargo de fiduciario. No cabría alegar que pueda no haberse aceptado, puesto que no constituye causa de pérdida de la condición de fiduciario de las previstas en el artículo 462, salvo que haya expirado el plazo establecido para su ejecución, lo cual no sucede nunca en las fiducias a favor del cónyuge, supuesto más frecuente.

No me preocupa tanto la ordenación de la sucesión, ya que en los testamentos en los que se prevé la fiducia sucesoria normalmente, como hemos expuesto anteriormente, se prevé la institución de heredero en caso de conmorienencia o inejecución de la fiducia, como en los supuestos, cada vez más frecuentes en los que es necesario proceder a la venta de bienes de la herencia, muchas veces para hacer frente a los gastos médicos y asistenciales del propio fiduciario.

De ahí que me muestre tan poco partidaria de la aceptación del cargo de fiduciario a partir de cierta edad, ya que la práctica ha demostrado los problemas que se plantean de bloqueo del patrimonio hereditario. Siendo el usufructo de viudedad aragonés de carácter universal, el aprovechamiento lucrativo siempre va a corresponder al fiduciario renunciante.

LA FACULTAD DE DISPOSICION DEL FIDUCIARIO.

Problemas de interpretación plantea el artículo 453, ya mencionado, que regula las facultades de disposición.

Según el mismo, “el fiduciario podrá disponer a título oneroso de los bienes o derechos hereditarios sujetos a fiducia si el comitente le hubiera autorizado para ello, o para atender el pago de las obligaciones y cargas señaladas en el artículo 451, o cuando lo juzgue conveniente para sustituirlos por otros. En las fiducias colectivas, a falta de instrucciones del causante, el acuerdo sobre la disposición se tomará por unanimidad”. Obviamente nos detendremos únicamente en la fiducia individual.

La Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1967 no contemplaba esta posibilidad, por lo cual se acudía al mecanismo de la ejecución parcial de la fiducia, asignando a uno o varios de los legitimarios la nuda propiedad del bien concreto y procediendo conjuntamente a la enajenación del mismo.

La regulación actual, tras la Ley 1/1999, contempla tres supuestos distintos: la previsión testamentaria, la necesidad de atender a las obligaciones y cargas señaladas en el artículo 451 o la conveniencia de sustituirlos por otros.

Los dos primeros no plantean especial problema, siendo la autorización testamentaria bastante generalizada en la práctica y la enumeración del artículo 451 muy detallada.

La cuestión se plantea con la “sustitución”. No entender que el bien enajenado queda sustituido por el dinero obtenido como precio de la venta ya que, en ese caso, quedarían comprendidas en este tercer supuesto todas las compraventas sin necesidad de ninguna otra aclaración.

De otro lado, el artículo 453 en su párrafo tercero habla “de los bienes adquiridos que han sustituido a los enajenados”

El problema surge porque, en la práctica, esta sustitución no es simultánea (estaríamos entonces ante un contrato de permuta) ni el Código Foral señala un plazo para ello.

Puede haber supuestos en los que sea interesante, desde el punto de vista económico, la operación a realizar: pensemos en una finca que se incorpora a un proceso de reparcelación urbanística y la posibilidad de la posterior venta de la finca adjudicada a un promotor inmobiliario interesado en su adquisición. En ningún momento está en la mente del fiduciario adquirir con el precio obtenido otros bienes. ¿Bastaría con la autorización de un legitimario prevista en el artículo 454 del CDFa? ¿Habría que acudir a la ejecución parcial de la fiducia al no cumplirse los requisitos del artículo 453?.

Posiblemente, y en la práctica suele hacerse, sea preferible que concurran al otorgamiento de la correspondiente escritura de compraventa todos los legitimarios, prestando su consentimiento a la operación.

De otro lado, parece difícil que, de no ser así, se impugne el acto de disposición por un legitimario no autorizante, a riesgo implícito de ser excluido de la herencia....

En ningún caso cabrá, con autorización de un legitimario, hipotecar los bienes hereditarios para atender a los intereses del patrimonio privativo del fiduciario, ya que no encaja en los supuestos previstos en el artículo 451 del CDFa.

LA FIDUCIA SUCESORIA Y EL CONSORCIO FORAL.

Mención especial ofrece la concurrencia de la fiducia sucesoria aragonesa con el consorcio foral regulado en los artículos 373 y siguientes del CDFa, situación que se produce cuando, existiendo previamente un consorcio foral, fallece uno de los consortes bajo sucesión testada con previsión de fiducia.

Hay que tener en cuenta que, según reza el artículo 448.1, “a todos los efectos legales, la delación de la herencia no se entenderá producida hasta el momento de la ejecución de la fiducia o su extinción “. Ello supondrá, por tanto, una situación intermedia en la que los con-

sortes “concurren” con una titularidad fiduciaria de quien en ningún caso podría ser consorte, es decir, el cónyuge viudo de un consorte fallecido.

Ello no afectaría a los actos de administración o disposición del bien en consorcio, pero sí que tiene trascendencia o plantea problemas en los actos jurídicos que le son propios al consorcio. Me detendré en tres aspectos fundamentales que hacen referencia a la posibilidad de separarse del consorcio, al acrecimiento dentro del mismo y a la realización de actos dispositivos, no de todo el bien sino de la cuota de uno de los consortes.

La separación del consorcio es una novedad introducida por la Ley 1/1999 de Sucesiones por causa de muerte, y que, como afirma su Exposición de Motivos, “parece llamada a tener frecuente aplicación..... Con lo que tendrían fácil solución algunas situaciones indeseadas puestas de relieve por algunos autores”.

Hay que partir de lo dispuesto en el artículo 373 del CDFA, según el cual, “salvo previsión en contrario del disponente, desde que varios hermanos o hijos de hermanos hereden de un ascendiente bienes inmuebles, queda establecido entre ellos, y en tanto subsista la indivisión, el llamado consorcio o fideicomiso foral”.

En la práctica es muy frecuente que el momento de adjudicarse los bienes los herederos ya pacten la exclusión o separación del consorcio foral.

En otros casos esta separación se produce cuando alguno de los consortes quiere vender su cuota indivisa a un tercero (frecuente en el caso de fincas incorporadas a un proceso reparcelatorio o en los supuestos de problemas económicos) en cuyo caso el consorte, al tiempo de la enajenación en escritura pública manifiesta su voluntad de separarse del consorcio y lo comunica fehacientemente a los demás consortes, tal y como exige el artículo 375.

En algunas ocasiones esta separación del consorcio es posterior a la venta, por desconocimiento de que se está en una situación de consorcio, al ponerse de manifiesto por el Registro de la Propiedad cuando se presenta el documento para su inscripción. Aunque no lo contempla la ley, no hay ningún problema en admitir esa separación posterior en la medida en que los demás consorte no pueden oponerse a la separación, ni ostentan ningún derecho de tanteo y retracto especial por razón del consorcio.

Pues bien, esa facultad de separación no puede ejercitarse sobre la cuota sujeta a fiducia, ya que ni el fiduciario ni los legitimarios son consortes. Únicamente se salvará la situación, en una hipotética venta por el fiduciario de la cuota indivisa sujeta a consorcio, si el resto de los consortes consienten en ello separándose del consorcio, en cuyo caso éste dejará de existir.

Por lo que respecta al acrecimiento, viene regulado en el artículo 374.3 del CDFA, a tenor del cual “si un consorte muere sin descendientes, su parte acrece a los demás consortes, que lo reciben como procedente del ascendiente que originó el consorcio, pero sujeta al usufructo de viudedad del cónyuge del consorte fallecido conforme al artículo 278”.

Este supuesto se ha planteado alguna vez y no es de fácil solución. Qué duda cabe que en la cuota sujeta a fiducia aragonesa no podemos hablar propiamente de consorte.

¿Acrece a la titularidad fiduciaria? No parece que deba ser ésta la solución en la medida en que la fiducia se extiende “a la sucesión del causante”, según se desprende del artículo 439 y el acrecimiento es posterior.

De otro lado los legitimarios, como ya hemos señalado, no son consortes en ese momento, desconociéndose hasta que no se ejecuta la fiducia o se abra la sucesión por extinción de aquella, quiénes lo vayan a ser.

La solución en estos casos, en la práctica, ha pasado por hacer una ejecución parcial de la fiducia sobre esos bienes sujetos a consorcio para desbloquear dicha situación, que afectaría a los demás consortes negativamente de no realizarse.

Por último, y dentro del consorcio foral, nos detendremos en los actos de disposición.

Vigente el consorcio, sólo son válidos, a tenor del artículo 374.1 del CDFA los actos de disposición, intervivos o mortis causa, realizados por un consorte sobre su cuota en el consorcio o en algunos de los bienes que lo integran cuando se otorguen a favor de sus descendientes, que con ello adquirirán la condición de consortes, o de otro consorte.

Ello supone que, pendiente de ejecución la fiducia, no podrá realizarse ningún acto de disposición intervivos a favor de alguno de los legitimarios sujetos a fiducia, puesto que carecen de la condición de consortes, aunque después puedan acabar siéndolos.

Distinto entiendo que es el caso de las disposiciones mortis causa: es cierto que no son consortes al tiempo del otorgamiento del testamento, pero podrán devenirlo en un momento anterior al fallecimiento del disponente.

En otro caso, si entendiéramos que esa disposición es nula, se plantearían dos escenarios complejos: si tenía descendientes y acabaran heredando ellos se produciría un efecto no deseado por el causante que, por sus concretas razones, quería excluirlos de los bienes sujetos a consorcio; y si no tiene descendientes, se produciría el acrecimiento, en el que también entrarían los que cuando se otorgó el testamento no eran consortes, pero se verían perjudicados en su cuota consorcial o bien, si eran los únicos consortes, a través de la nulidad se llegaría al mismo resultado.

Creo, por tanto, que el momento determinante será no el del otorgamiento del testamento, sino el de la apertura de la sucesión.

OTORGAMIENTO DEL TESTAMENTO POR EL FIDUCIARIO.

Conviene, por último, llamar la atención sobre un aspecto que está cambiando en la práctica y entiendo que por la labor investigadora notarial.

Es cierto que en muchas ocasiones el fiduciario, titular del usufructo de viudedad y administrador y representante del patrimonio hereditario, no ejecuta la fiducia ni otorga nueva disposición testamentaria, por lo que, a su fallecimiento se abrirá la sucesión de ambos causantes conforme a lo por ellos pactado en el testamento mancomunado que dio origen a la fiducia.

Sin embargo, es también frecuente que el fiduciario que no haya ejecutado la fiducia por acto inter vivos o lo haya realizado parcialmente, otorgue nuevo testamento sin hacer manifestación alguna sobre su cualidad de fiduciario y sin ordenar la sucesión del primer causante, por lo que se desconoce si sólo pretendía cambiar las últimas disposiciones respecto de sus propios bienes o en realidad no recordaba que era fiduciario. En estos casos, se abrirá la sucesión del primer causante conforme a lo por él dispuesto en el primer testamento y en cuanto a la sucesión del cónyuge fiduciario atendiendo a sus últimas voluntades.

No obstante, cada vez hay más testamentos en los que el testador manifiesta su cualidad de fiduciario y en ese doble concepto ordena de nuevo la sucesión de ambos cónyuges, actualizando las primitivas voluntades a la situación actual.

Esperemos que estas reflexiones ayuden a que en un futuro cercano se de una respuesta a aquellas cuestiones que deban encontrar su solución a través de una reforma legal que ayude a clarificar nuestras instituciones y nos permitan tenerlas actualizadas en estos tiempos tan cambiantes.

EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA FISCALIDAD ARAGONESA SOBRE LA EMPRESA FAMILIAR

Por el

Excmo. Sr. Don Francisco de Asís Pozuelo Antoni

Académico de Número

PLANTEAMIENTO

La empresa familiar constituye una realidad jurídica, social y económica de gran trascendencia pero de indefinidos perfiles. En Aragón se califican como tal más de 28.000 empresas, que mantienen alrededor de 165.000 puestos de trabajo. No es por tanto de extrañar que su favorable régimen fiscal tenga una relevancia acorde a la importancia del fenómeno. El coste para las arcas públicas, o el ahorro para el sector privado según como quiera presentarse el dato, tampoco es menor. Valga de ejemplo que, sólo en el Impuesto sobre el Patrimonio, por el que en 2025 se recaudaron poco más de 50 millones de euros, la Comunidad Autónoma de Aragón deja de ingresar anualmente unos 225 millones por los beneficios a pequeñas, medianas y grandes empresas.

A través de la ley 22/1993 se introdujo la que puede considerarse en España primera disposición de corte fiscal para favorecer a la empresa familiar. Desde esa primera medida (limitada al Impuesto sobre el Patrimonio y, por tanto, a su titularidad o tenencia) han pasado más de 30 años en los que los poderes legislativos españoles, el estatal y los autonómicos, han ido incrementando el ámbito y la intensidad de este tipo de beneficios fiscales.

En los primeros meses de 2025 el gobierno de Aragón elaboró un anteproyecto de ley sobre fiscalidad de la empresa familiar que, al margen de las posteriores vicisitudes en su tramitación, vamos a instrumentalizar en estas líneas como pretexto para describir y razonar, al hilo de su análisis, la evolución de esta protección tributaria. La iniciativa legislativa culminó finalmente en la Ley 3/2025, 26 de junio, de apoyo fiscal a la empresa familiar por la que se modifica el Texto Refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de tributos cedidos, aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de septiembre, del Gobierno de Aragón.

Al igual que ocurre con muchas otras operaciones, las consecuencias tributarias de la transmisión gratuita de una empresa, negocio jurídico en el que centramos el estudio, deben

buscarse en leyes de distintos impuestos (Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, Impuesto sobre Sociedades, Impuesto sobre el Patrimonio, Impuesto sobre el Valor añadido y, por cerrar la enumeración, el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. En adelante, y respectivamente, IRPF, IS, IP, IVA e ISD).

Aún antes de abordar la noción de empresa familiar, conviene dibujar los rasgos principales con que se trata en las normas fiscales su titularidad y transmisión. De este modo también se despejará lo que va a quedar fuera de estas notas y se concretará lo que sí se va a tratar.

La obtención de renta por parte de residentes en España, desarrollando una actividad económica, se grava en el IRPF o en el IS. Pero en ambos impuestos, y salvo que equivocadamente se identificara con las empresas de reducida dimensión o con los negocios de menor tráfico económico, se hace sin especial benévola consideración hacia la empresa familiar. Cuestión distinta es que, singularmente el IRPF, sirvan como referencia para definir cuestiones medulares de la tributación de su transmisión gratuita. Valga de ejemplo la configuración de los requisitos para considerar el arrendamiento inmobiliario como actividad económica.

La titularidad de una empresa, sea como persona física o a través de una personificación societaria, se grava en el IP (o, en su caso, en el Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas), gozando de exención en cualquiera de esas dos alternativas de instrumentación de la actividad económica. Los datos que arrojan las estadísticas de este tributo son especialmente ilustrativos, tanto de la relevancia económica de la empresa familiar como del esfuerzo presupuestario que supone a la Comunidad Autónoma su exención: En 2022, 877 aragoneses no tuvieron que tributar por el valor contable de sus negocios individuales (que alcanzó casi los 345 millones de euros) mientras que 2591 contribuyentes no tuvieron que tributar por los casi 8.600 millones de euros del valor de sus sociedades mercantiles consideradas empresa familiar.

Por su parte, la transmisión de una empresa, familiar o no, onerosa o gratuita, inter vivos o post mortem, tributa tanto en los impuestos indirectos como en los directos.

En el IVA tributan las entregas de bienes incluso con ocasión del cese en el ejercicio de la actividad. Este enunciado general tiene la relevante excepción de que se transmita una “unidad económica autónoma” (concepto en el que cómodamente cabe incluir una empresa familiar) si su adquirente afecta los bienes recibidos a una actividad económica, sea o no la misma del transmitente. De la combinación de la regla general y su excepción, y de que en este impuesto el carácter oneroso o gratuito, inter vivos o mortis causa, sean irrelevantes, no puede pasar desapercibida la singular conclusión de que, si se hereda un negocio y no se va a realizar ninguna actividad económica con los bienes que se reciben, la entrega estaría sujeta al ISD y al IVA.

En la imposición directa puede haber tributación tanto para el transmitente como para el adquirente. Si se da una enajenación onerosa, el transmitente tributará en el IRPF, pero no el adquirente.

Si la transmisión es gratuita debe distinguirse, violentando sus respectivas acepciones civiles, si es inter vivos, o mortis causa, o es un pacto sucesorio. Dejando para un momento

posterior lo que concierne a los pactos sucesorios, la transmisión mortis causa de un negocio, como la de cualquier otro bien, queda fuera de la consideración en el IRPF como ganancia patrimonial en la última declaración del causante transmitente. Por el contrario, si se opera inter vivos, existe sujeción inicial al impuesto, pero el transmitente puede disfrutar de exención si se dan los requisitos que permiten al adquirente aplicar la reducción del 95% prevista en la normativa estatal para este tipo de negocios jurídicos.

Por lo que hace al adquirente, la recepción gratuita de un patrimonio empresarial tributa en el ISD, pudiendo aplicarse la citada reducción del 95% en la normativa estatal o la del 99% en la aragonesa. Los requisitos para que proceda tan relevante beneficio son distintos según se trate de una adquisición inter vivos o mortis causa.

Así bosquejado el panorama, se centra este trabajo en la tributación de la adquisición gratuita de este tipo de patrimonios.

La problemática que se encuentra, tanto se aborde la cuestión desde un ámbito académico como desde el de su aplicación práctica, lleva también a una larga enumeración de asuntos, que conviene calificar de enunciativa para que no quede inmediatamente desfasada: Se proyectan sobre la misma disciplinas jurídicas distintas (tanto de derecho privado como público) y diversos poderes legislativos (el estatal y, por lo que nos concierne, el de las Cortes de Aragón), su favorable trato fiscal debe compatibilizarse con las exigencias constitucionales de equidad y respeto al principio de capacidad contributiva (le es exigible al legislador no olvidar ni en qué posición relativa queda fiscalmente quien adquiere un patrimonio no empresarial, ni que todo beneficio fiscal debe responder a una realidad merecedora de esa protección), no existe un concepto interdisciplinar de “empresa familiar”, el régimen tributario aplicable es distinto según sea una empresa individual, societaria o carente de personalidad jurídica, y la identificación de algunos de los elementos clave de los beneficios fiscales dista de ser inmediata y pacífica (entre otros, la consideración del alquiler inmobiliario o de la gestión de valores mobiliarios como actividad económica, la delimitación del perímetro objetivo de la actividad mediante la identificación de los activos que se consideran afectos o la prueba de la verdadera implicación gestora de quienes optan a los beneficios fiscales).

Deben servir las líneas anteriores, y así se esgrimen, para justificar, asumiendo el riesgo de aparentar superficialidad, lo limitado de este trabajo y el que se proceda a una selección, esencialmente subjetiva y arbitraria, de los temas a desarrollar. Aunque tal delimitación se apoye en la referencia y valoración de la ley 3/2025 a que se hacía referencia en las primeras líneas.

LOS ASPECTOS CONSTITUCIONALES

Como se ha dicho, los datos económicos que sobre este tipo de entes se ofrecen son abrumadores. Representan siempre, con escasas variaciones según las estadísticas que se manejen, los más altos porcentajes de actividad, puestos de trabajo e inversión. En esa relevancia macroeconómica es donde, según la opinión mayoritaria, se encontraría la justificación de su

protección fiscal. Así pues, y a pesar de su evidencia, debe quedar dicho que la motivación de estos beneficios fiscales es de política económica y no exactamente de equidad. Ahora bien, el diferente y mejor trato motivado por razones extrafiscales no puede ser contrario al principio de igualdad.

Siendo los beneficios fiscales relativos a la transmisión lucrativa de la empresa familiar de gran importancia, su adecuada justificación resulta esencial para que no se conculque el principio constitucional de igualdad con un efecto gravoso para quienes, adquiriendo cualquier otro tipo de bienes, no pueden disfrutar de ventajas similares. Aunque no se ha llegado a pronunciar sobre esta concreta situación, tiene dicho nuestro TC que, para comprobar si una determinada medida es respetuosa con el principio de igualdad ante la ley tributaria, “*es preciso, en primer lugar, concretar que las situaciones que se pretenden comparar sean iguales; en segundo término, una vez concretado que las situaciones son comparables, que existe una finalidad objetiva y razonable que legitime el trato desigual de esas situaciones iguales; y, en tercer lugar, que las consecuencias jurídicas a que conduce la disparidad de trato sean razonables, por existir una relación de proporcionalidad entre el medio empleado y la finalidad perseguida, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos*” (así en la STC 60/2015, de 18 de marzo, FJ 4 y en otras posteriores).

Quien sí dictaminó hace unos años (el 17 de diciembre de 2014) sobre una situación análoga es el Tribunal Constitucional alemán. Siguiendo un discurso muy similar al de su homólogo español, el germano consideró que los muy relevantes beneficios en esta materia estaban justificados constitucionalmente al poder sustentarse en la protección del mantenimiento de las empresas y, especialmente, del nivel de empleo.

Sin embargo, no validó algunas disposiciones singulares. Y de tal juicio negativo también se desprenden apuntes interesantes con los que resulta difícil discrepar: da relevancia a la distinción entre las más grandes empresas y el resto (en concreto en la exigencia de la justificación del beneficio en el caso particular), rechaza que la inmensa mayoría de las empresas (las de menos de 20 empleados) no tengan que justificar el mantenimiento del empleo, proscribía que puedan beneficiarse de estas medidas activos no empresariales “minoritarios” (en este vicio no incurre la normativa española que aplica una regla de proporcionalidad) o se preocupa porque legislativamente se cierren adecuadamente las vías de fraude fiscal.

En coherencia con esta visión, e importándola al caso español, parece que cuanto mejor articulados estén asuntos como el aseguramiento de que los activos no afectos a una actividad económica no resultan privilegiados, o que exista una cabal exigencia del mantenimiento de la actividad económica y del empleo, tanto más sólida será la justificación constitucional de estos beneficios fiscales. Como luego se apunta, en la normativa aragonesa hay un razonable ajuste a estos principios.

Al margen de esta primera cuestión (de que no exista discriminación respecto de quienes no heredan o reciben gratis en vida un patrimonio empresarial sino otro tipo de riqueza), el estudio de la fundamentación constitucional de los beneficios de la sucesión en la empresa familiar también hace dirigir la mirada hacia en qué situación queda la transmisión del nego-

cio empresarial “no familiar”. O presentado de un modo más directo y en forma interrogativa: ¿no cabe encontrar en la transmisión del negocio, a quien no es pariente, la misma explicación que justifica beneficiar la entrega del negocio entre familiares? La respuesta afirmativa nos resulta obvia porque, si fundamentalmente se trata de preservar la actividad económica, el nivel de inversión y el mantenimiento del empleo, la circunstancia de no poder calificar lo transmitido como empresa familiar debería ser irrelevante y no invalidante. Es más, en opinión personal, mayor incentivo debería tener quien sin tener parentesco con el transmitente asume la responsabilidad y el riesgo de continuar su actividad económica. Sin embargo, en la normativa nacional no hay beneficio para estas situaciones, aunque sí en la aragonesa que contempla, con requisitos diferentes a los de la transmisión del negocio familiar, un 99% de reducción tanto para la herencia como para la donación de una empresa a quien no es pariente del transmitente.

La búsqueda de la razonabilidad y justificación constitucional de la reducción no puede agotarse en la razonabilidad y justificación de su finalidad. Ésta debe darse por buena desde el momento en que la deciden las Cortes Generales (o las de Aragón), pero quedan a un análisis técnico dos cuestiones claves: la averiguación de si el régimen legal en que se concreta esa reducción permite el cumplimiento de los fines queridos y si esos requisitos impiden el acceso al beneficio de situaciones no merecedoras de tan elevada protección fiscal. Ambos aspectos, minusvalorada a estos efectos la exigencia de que se herede o done lo que estuvo exento en el Impuesto sobre el Patrimonio de otra persona, deben buscarse en el requisito de mantenimiento, por ser el garante de que se continúe la actividad económica y se mantenga el carácter “familiar” del accionariado.

Refiriéndonos al caso de la transmisión de participaciones sociales, debe ahondarse en el distinto planteamiento que sobre el requisito de mantenimiento hacen la legislación estatal y la aragonesa. Así, y a pesar de las similitudes, mientras la norma aragonesa se refiere expresamente a que el objeto del mantenimiento han de ser las participaciones heredadas, la estatal exige que “*la adquisición se mantenga*”. El matiz es relevante porque la interpretación administrativa sobre la norma estatal traduce el mandato en el mantenimiento del “*valor de lo adquirido*”, lo que claramente aleja a esta disposición nacional de la norma aragonesa.

En la perspectiva que se está manejando nos parece evidente que es la norma aragonesa la que mejor se alinea con los principios constitucionales. En efecto, que heredar acciones por valor de 100 millones de euros y venderlas al día siguiente por 110 millones se pueda interpretar, y así sucede en vía administrativa y judicial con la norma estatal, como cumplimiento del requisito de mantener lo adquirido se hace difícil, se sea profano o ducho en la materia.

En la norma estatal la clave de la exigencia es que se mantenga el mismo o superior nivel de riqueza que la que se heredó en forma de empresa. En la aragonesa lo decisivo no es el aspecto cuantitativo, sino que, si se disfruta de un beneficio fiscal por adquirir una empresa, es eso, la empresa, lo que hay que mantener. Importa la cualidad para la norma regional y la cantidad para la general.

LOS PODERES LEGISLATIVOS CONCURRENTES.

En el ámbito tributario, y en concreto en la legislación sustantiva de cada impuesto, la coexistencia de una capacidad normativa estatal y otras autonómicas no se resuelve conforme al esquema, habitual en otros sectores del ordenamiento, de distribución de competencias exclusivas y en el reparto de los aspectos básicos y de desarrollo o ejecución.

La LOFCA (L.O 8/80) y la ley 22/2009 constituyen el núcleo central del bloque de constitucionalidad aplicable para determinar qué corresponde en materia fiscal a las Cortes Generales y qué corresponde, por lo que nos toca, a las de Aragón. Ciñendo el comentario a las reducciones de la base imponible (elemento de la liquidación del ISD en el que se inserta el beneficio fiscal para la herencia o donación de una empresa familiar), las Comunidades Autónomas tienen tres opciones. Las dos primeras consisten en regular las establecidas por la normativa del Estado (que en 1996 incorporó una reducción del 95% para la sucesión de la empresa familiar), teniendo la doble alternativa de mantenerlas en condiciones análogas a las establecidas por éste o mejorarlas mediante el aumento del importe o del porcentaje de reducción, la ampliación de las personas que puedan acogerse a la misma o la disminución de los requisitos para poder aplicarla. La tercera opción es crear reducciones propias en cada Comunidad.

En Aragón, y después de la experiencia en años anteriores de una articulación distinta, la ley 3/2025 establece el beneficio de la transmisión de la empresa familiar en cuatro preceptos distintos, configurando cuatro reducciones propias (resultado de combinar el carácter inter vivos o no de la transmisión de la empresa individual o de la societaria). Esta circunstancia supone que la regulación estatal seguiría siendo aplicable en Aragón pero, dado el régimen de incompatibilidad que se establece en la normativa aragonesa, el adquirente tendrá que optar entre aplicar los beneficios previstos en la ley nacional o los regionales.

En la práctica lo habitual ha de seguir siendo la opción por la normativa aragonesa, tanto por su mayor beneficio (99% frente a 95%) como por sus más relajados requisitos. No obstante, en un supuesto difícil de imaginar, en el que la normativa estatal fuera más favorable, sería posible la opción por ésta, a diferencia de lo que ocurre cuando la actividad de la Comunidad Autónoma consiste en mejorar una reducción estatal, pues en este caso la reducción mejorada sustituye (esto es, desplaza), en esa Comunidad Autónoma, a la reducción estatal.

SOBRE EL CONCEPTO “EMPRESA FAMILIAR”

El éxito de la expresión “empresa familiar” en distintos ámbitos, desde el círculo académico y doctrinal hasta el foro mediático o político, más condicionado y apriorístico, resulta evidente. También es obvio que el trato fiscal favorable a la tenencia y transmisión de este tipo de negocios suele asumirse acríticamente por la mayor parte de opinantes. Por eso tiene algo de sorprendente que esta noción, que yuxtapone dos realidades bien diferentes, y que afecta a ordenamientos como el civil, el mercantil o el tributario, no tenga una definición legal interdisciplinar. Sí que el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad

de los protocolos familiares, las define como aquellas en las que <<la propiedad o el poder de decisión pertenecen, total o parcialmente, a un grupo de personas que son parientes consanguíneos o afines entre sí>>. Pero tanto por su simplismo como por formar parte del Preámbulo de esa norma reglamentaria, esta noción no puede considerarse suficiente para afrontar todas las aristas de esta realidad jurídica, social y empresarial.

No es propósito de estas líneas inducir un concepto de empresa familiar pacíficamente manejable en lo jurídico y en lo económico, pero sí que caben, con una función también introductoria, algunas consideraciones generales sobre esta situación. Y en concreto, por acotar la reflexión, sobre la empresa familiar desarrollada societariamente.

De entrada, la adopción de la visión global y el mayor grado de holismo parecen la mejor recomendación para su comprensión. Así, el fenómeno al que habitualmente se hace referencia como “empresa familiar” se presenta como algo más que la yuxtaposición del concepto de organización de medios materiales y humanos para la intervención en el proceso de producción de bienes o servicios (empresa) con el de parientes en distintos grados (familia).

Por eso, sentado lo anterior, y coherentemente con el enfoque tributario y fundamentalmente apegado al derecho positivo que nos proponemos, lo que procede en la búsqueda de la acepción fiscal de la empresa familiar societaria es el repaso de las principales leyes tributarias.

En tal propósito la norma decisiva es la ley del IP (ley 19/1991 de las Cortes Generales) pues perfila, innominadamente, qué deba entenderse en la imposición directa personal por empresa familiar. Tres elementos sostienen el concepto. Dos de ellos exigibles a las personas físicas: Un determinado grado de participación en el capital y cierta implicación en las labores directivas de la sociedad. El tercer pilar concierne a la entidad, pues se le exige que desarrolle una actividad económica. Se verifica tal circunstancia, y se cuantifica el beneficio resultante, en función de si más de la mitad de los activos de la sociedad son necesarios, esto es, están afectos, a una actividad distinta de la mera gestión patrimonial mobiliaria o inmobiliaria.

De la aplicación de esta normativa surgen la mayor parte de las controversias con la Administración. Unas veces por las difíciles calificaciones jurídicas, y otras por la suficiencia, o no, de la actividad probatoria.

Es por tanto en estos elementos donde la iniciativa legislativa de 2025, auto-justificada por una mayor seguridad jurídica, hace especial hincapié. Y lo hace del modo que pasa a describirse.

Sobre la idea de que el beneficio sólo tiene cabida cuando se proyecta sobre bienes afectos a una actividad económica (como contraposición a bienes “ociosos” o a entidades de mera tenencia de bienes), la modificación normativa trata de dar mayor certidumbre al juicio que haya que hacer sobre las participaciones en otras entidades y sobre otros activos financieros. Así, a los efectos del cumplimiento de los requisitos que establece la normativa, se establecen sendas presunciones iuris tantum por las que se considera probado que los valores de una sociedad en otras entidades se poseen con la finalidad de dirigir y gestionar la participación siempre que dicha sociedad, sus consejeros, o sus administradores sean miembros del órgano

de administración de la participada. Y por la segunda se presume que se dispone de la correspondiente organización de medios materiales y personales para llevar a cabo tal dirección y gestión cuando la entidad cuente con medios propios o ajenos de asesoramiento jurídico y financiero en apoyo de su participación en tales órganos de administración.

Más decisiva en la práctica va a ser que las inversiones financieras (tesorería, activos que representen participación en capital de otras entidades o cesión de fondos), en que una sociedad atesore la liquidez en espera de inversiones futuras, puedan considerarse como bienes necesarios en su actividad actual hasta el importe de los beneficios no distribuidos en ese ejercicio y en los diez años anteriores

ALGÚN APUNTE SOBRE LA TRANSMISIÓN INTER VIVOS

En la propuesta de nueva regulación de la transmisión lucrativa *inter vivos* de participaciones en entidades debe subrayarse que se rebaja la edad que debe tener el donante para ganar el beneficio (dejándola en 60 años) y se estructura sobre la idea de propiciar el cambio generacional, exigiendo la involucración del donatario en la gerencia empresarial, aunque eliminando la obligación de que el donante, normalmente creador de la empresa, cese en sus responsabilidades en la misma.

INSTITUCIONES FORALES COMO VEHÍCULO NORMATIVO DE ESTE TIPO DE TRANSMISIONES.

El Derecho civil aragonés, más allá de menciones como la del artículo 284 sobre el usufructo de explotaciones económicas, o las del 388 y el 461 acerca de la Casa aragonesa, no ofrece un tratamiento conjunto, organizado o específico para la sucesión empresarial.

Sin embargo, algunas de las más singulares bases de nuestro Derecho sí que dan solución a necesidades habituales en la transmisión empresarial gratuita.

Así, la peculiaridad aragonesa en materia de legítima, y en concreto, el que los legitimarios sean los descendientes (con independencia de su mayor o menor proximidad generacional, esto es, que los nietos pueden heredar “directamente” del abuelo), da ya la primera respuesta a uno de los objetivos que en las planificaciones sucesorias suele buscarse: el ahorro fiscal que propicia el que la generación intermedia (los hijos del causante) no herede y sí lo haga la siguiente. Sin las dificultades que la legislación común pueda suponer, y sin necesidad de arbitrar complicadas fórmulas jurídicas, queda expedita en el derecho civil aragonés el salto generacional.

No es menos importante el que, además, pueda atribuirse la herencia a uno solo de los descendientes, lo que no sólo permite optar por un control más restringido de las participaciones o del patrimonio, sino también elegir al pariente más capacitado para la gestión.

Además de la legítima, la amplitud en la libertad de pactos proporciona instrumentos que en otros ordenamientos se desconocen. Nos referimos concretamente a la fiducia y a los pactos sucesorios.

LA FIDUCIA

Profundizando en lo apuntado sobre la legítima, la fiducia aporta flexibilidad y adaptabilidad a la sucesión empresarial. Dos detalles pueden bastar para justificar esta afirmación:

- La fiducia alarga, por una cuestión puramente fáctica, el alcance del salto generacional que permite la legítima aragonesa. En efecto, mientras que en un supuesto de apertura de sucesión simultánea al llamamiento, las posibilidades de elección del causante quedan limitadas a los descendientes que haya podido conocer y evaluar en vida (cuestión clave en la sucesión empresarial), la atribución al fiduciario de la posibilidad de ordenar la sucesión propia, permite que éste conozca durante más años el carácter y valía de los posibles herederos y así decidir, con mejor conocimiento de causa, quién va a regentar el negocio familiar.

- Esa misma prolongación de la decisión más allá del término de la propia vida, garantiza no sólo un mayor plazo de control del destino de las participaciones, sino que también puede ayudar a fortalecer la unidad del patrimonio. Es, en este sentido, un buen complemento de la legislación sobre legítima que permite el atribuir toda la masa hereditaria (y por lo que ahora interesa la empresa) a un solo heredero.

La tributación de la fiducia es uno de los asuntos más complicados en esta rama del ordenamiento. En el derecho positivo, el ordenamiento estatal no tiene ningún precepto específico, en ningún impuesto, para esta institución aragonesa. Por lo que hace a la normativa autonómica, el precepto clave ha venido siendo el artículo 133-2 del Texto refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de tributos cedidos, aprobado por Decreto Legislativo 1/2005. Su actual redacción se la dio la Ley 15/2018, de 22 de noviembre, sobre la tributación de la fiducia aragonesa en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Conforme a su exposición de motivos, la ley trata de ajustar la normativa fiscal a la regulación civil aragonesa, caracterizada principalmente por una herencia pendiente de asignación en la que no hay causahabientes hasta que los designe el fiduciario.

Debía servir esta norma para poner fin a una insostenible y caótica situación, caracterizada por la concurrencia de sucesivos pronunciamientos judiciales y administrativos deslegitimadores de las normas fiscales sobre esta institución (principalmente el reglamento estatal del impuesto y distintos preceptos en normas aragonesas con valor y rango de ley). Aunque no es fácil resumir los varapalos sufridos por tales normas, ni nos resulta sencillo hacerlo sin apostillar su enumeración con la correspondiente crítica³⁰⁵, a modo de guía pueden señalarse los siguientes hitos:

³⁰⁵ Crítica que fundamentalmente debería gravitar sobre si un órgano administrativo, como es cualquier Tribunal Económico Administrativo, puede llegar a la conclusión de negar la aplicación de una norma aprobada por el poder legislativo con unos argumentos y, fundamentalmente, desencadenando unos efectos propios, y entendemos que también privativos, del Tribunal Constitucional.

- Mudando el criterio establecido en su sentencia de 31 de marzo de 2014, el apartado 8 del artículo 54 del Reglamento (estatal) del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones fue declarado nulo por el Tribunal Supremo con su sentencia de 30 de enero de 2012.

- La redacción vigente hasta 1 de enero de 2013 del artículo 133-2 del Texto refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de tributos cedidos fue declarada inaplicable por la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central (TEAC) de 10 de octubre de 2013. En aquella ocasión, entendió el órgano revisor que: *“En consecuencia, a la vista de las consideraciones formuladas por el Tribunal Supremo y fundamentando expresamente el artículo 131-4 del Real Decreto Legislativo 1/2005 -en su redacción vigente hasta 31 de diciembre de 2012- la práctica de las liquidaciones provisionales en los casos de sucesión hereditaria ordenada mediante fiducia pendiente de ejecución, en un artículo de un reglamento estatal declarado nulo (el artículo 54.8 del Reglamento del Impuesto), este Tribunal Central confirma el criterio expresado por el TEAR de Aragón en el sentido de entender que dicho precepto legal autonómico ha quedado desprovisto del fundamento normativo que permita su efectiva aplicación”*.

- Finalmente, la redacción vigente del citado artículo 133-2 entre el 1 de enero de 2013 y el 13 de diciembre de 2018, también se declara “inaplicable” por el TEAC en su resolución de 27 de noviembre de 2020 al fijar como criterio que: *“Una interpretación sistemática y acorde con la distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas de la normativa fiscal en materia del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones no permite la práctica de las liquidaciones a cuenta establecidas en el artículo 133-2 del Texto refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de tributos cedidos, aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de septiembre, en su redacción introducida por la Ley 10/2012, de 27 de diciembre, a la fiducia aragonesa pendiente de ejecución”*.

Sin embargo, el anhelado cambio en pos de una mayor seguridad jurídica no puede darse por logrado con la ley 15/2018. En efecto, el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado sobre esta ley, adoptado por resolución publicada en el BOE y el BOA el 21 de noviembre de 2019, concluye en que las Cortes aragonesas deben proceder a derogar la ley 15/2018 a la par que las nacionales procederán a regular los efectos fiscales de la fiducia. Seis años más tarde de la aprobación de la ley, ni uno ni otro poder legislativo han procedido a ejecutar lo acordado.

Con todo, y mientras dure esta peculiar situación, el actual artículo 133-2 tiene una adecuada coordinación con los beneficios fiscales que se recogen en la misma norma para la sucesión empresarial mortis causa, de tal modo que, situado el devengo fiscal en el momento de la ejecución fiduciaria, será con referencia a ese momento como habrá que determinar la procedencia del correspondiente beneficio fiscal³⁰⁶.

³⁰⁶ La cuestión de cómo compatibilizar el artículo 133-2 con el 131-5 (el que contempla los beneficios fiscales por la sucesión empresarial mortis causa) se abordan en la Contestación Vinculante 2/2022 de la Dirección General de Tributos del Gobierno de Aragón.

El problema, nada menor, es cómo proceder con todas las ejecuciones fiduciarias derivadas de fallecimientos anteriores a la entrada en vigor de esa ley 15/2018. Reduciendo el comentario de esa problemática a lo que la iniciativa legislativa de 2025 pretende cambiar, vía derogación, hay que señalar al artículo 131-13 del texto refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de tributos (*“Los beneficios fiscales contemplados en esta Sección serán aplicables con las condiciones que estuvieran vigentes en el momento del fallecimiento del causante”*). Este precepto, en el ámbito de la sucesión empresarial, ha podido suponer que ejecuciones fiduciarias sobre empresas o acciones en estos últimos 6 años no gozaran de los beneficios fiscales actuales de estos actos sino, y siempre que los hubiera, de los del año del fallecimiento (que dada la evolución legislativa siempre serán menores). Más allá de lo improbable del caso, ejemplifica bien lo que supone esta redacción el que una ejecución fiduciaria en 2019 transmitiendo una empresa, derivada de un fallecimiento anterior a junio de 1996, no gozaría de beneficio fiscal por no haberlo en aquellas fechas.

EL PACTO SUCESORIO DE PRESENTE

De todos los matices y características de esta figura el que resulta clave para su comprensión tributaria es que, siendo una figura sucesoria, supone una transmisión actual de bienes al instituido. Tiene por tanto de “hereditario” su causa y configuración jurídicas y tiene de “donación” que el desplazamiento patrimonial se produzca en vida de los intervinientes.

Esta singularidad ha llevado a que su tributación se haya perfilado a trompicones legislativos (siendo la ley 11/2021 su último hito) y judiciales (STS 407 de 9 de febrero de 2016 y STC 62/2023 fundamentalmente). De la STC, relativa a la institución gallega de la apartación, interesa especialmente destacar su criterio de que la circunstancia de que los pactos o contratos sucesorios tienen efectos en el presente, habilita a que el legislador pueda legítimamente no aplicarles el mismo tratamiento fiscal que a las transmisiones por fallecimiento. Lo que siempre nos ha parecido lógico y está latente tanto en la legislación tributaria aragonesa (así en el Preámbulo de la Ley 10/2018) como en los criterios interpretativos de su administración tributaria (VV 4-2018 y 8-2020).

Por lo que hace a la aplicación de los beneficios fiscales por la sucesión empresarial instrumentada a través de un pacto de presente, la disparidad de criterios entre la administración central y la aragonesa resulta, cuando menos, llamativa.

Según el Ministerio de Hacienda, los pactos de presente tienen naturaleza de institución sucesoria. Calificación que nadie puede discutir con argumentos ganadores. Pero, a la hora de decidir qué beneficio puede aplicarse en la transmisión de una empresa por este tipo de acuerdos, esto es, si el correspondiente a las transmisiones mortis causa o el propio de las inter vivos, el criterio administrativo estatal es que no pueden disfrutar ni de uno ni de otro. Así, no cabe la reducción del artículo 20.2. c de la LISD prevista para las adquisiciones mortis causa porque en su redacción se especifica que deben provenir de una persona fallecida. Y no la hay en el pacto de presente. Pero no procede la del apartado 6 del mismo artículo porque está pensado para negocios inter vivos. Y el pacto es negocio sucesorio.

El criterio de la Administración aragonesa es distinto y está basado más en un criterio teleológico que una interpretación literal (en la que, con todo, entendemos que cabría la aplicación de los beneficios propios de las donaciones) y se resume en que un pacto sucesorio de presente sobre bienes empresariales debe resultar fiscalmente beneficiado en atención al relevo generacional y no como alivio de la carga tributaria que pudiera comportar el fallecimiento, no acaecido, del titular de la empresa. Y que, aun siendo una institución sucesoria, los efectos inter vivos de la transmisión de la empresa deben permitir aplicar las ventajas fiscales de las donaciones.

Favorezca o no el uso de esta institución foral, favorezca o no la sucesión empresarial inter vivos, y favorezca o no la reducción de la carga tributaria de los contribuyentes, lo cierto es que la existencia de una disparidad de criterios por parte de esas dos administraciones no es el mejor marco para la toma de unas decisiones de relevante trascendencia para los intervinientes.

Por eso, que en la reforma aragonesa de la fiscalidad de la empresa familiar se aborde la cuestión se antoja de la mayor pertinencia. Se hace introduciendo un apartado 3 en el artículo 133-4, con la siguiente redacción:

«3. De los beneficios fiscales de este texto refundido, a los pactos sucesorios

de presente les serán aplicables los recogidos en la Sección 2.^a («Donaciones») de este Capítulo y Título.»

De este precepto resultaría que, conforme a la normativa estatal, interpretada como se ha resumido anteriormente, no cabría aplicar beneficio alguno para la sucesión empresarial. Pero, de las reducciones propias aragonesas, las aplicables a este negocio jurídico serían, se trate de un negocio individual o de unas participaciones, las mismas que se aplicarían si fuera una donación. Cae fuera del objeto de este trabajo pero, por evitar equívocos, debe apuntarse que esta modificación implica también que cualquier beneficio regulado en una norma tributaria aragonesa para las donaciones sería aplicable a la institución sucesoria, que eso no se niega, de los pactos de presente.

Una última reflexión puede hacerse sobre el efecto que pueda tener esta modificación normativa. Suele invocarse como freno de las transmisiones lucrativas inter vivos, bien privilegiadas para los adquirentes, que el donante tenga que tributar en el IRPF cuando nada recibe. En el ámbito de la sucesión empresarial la alegación, aunque cierta, tiene menos peso porque, cumpliendo determinados requisitos (los mismos que hacen en la normativa estatal que el adquirente tenga derecho a una reducción del 95%), puede accederse a su no gravamen.

Pero en el caso concreto de los pactos sucesorios de presente aragoneses, quedan levantados esos frenos porque legislativamente (desde la ley 11/2021) quedaría consagrado que en el IRPF no tributaría el instituyente y que, conforme a la ley aragonesa, podrían aplicar los instituidos los beneficios fiscales propios de la transmisión gratuita inter vivos. Todo ello con independencia de su indiscutida naturaleza civil sucesoria.

TREINTA AÑOS DE AUTONOMÍA ARAGONESA: ALGUNOS ASPECTOS

Por el

Excmo. Sr. D. Ramón Salanova Alcalde

Académico de Número

La Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación inicia su actual andadura en 1996. Desde entonces, su recorrido coincide con el de la Comunidad Autónoma, cuya amplia competencia legislativa supone la producción de un importante volumen de Derecho público y privado. Su estudio, investigación y difusión constituye el fin primordial de la Academia.

Por ello puede tener interés, al cumplirse los treinta años de actividad de la Academia, hilvanar algunas reflexiones sobre la Comunidad Autónoma en los años transcurridos desde 1996 hasta 2025. Comentarios que han de limitarse a algunos aspectos concretos, dada la limitación obligada de la extensión de este trabajo.

I. UN ESTATUTO ACTUALIZADO CON ALGÚN PUNTO DÉBIL.

1. Tras la puesta en marcha de las instituciones de la Comunidad Autónoma y el desempeño de las primeras competencias, amparado todo ello en el Estatuto de Autonomía de 1982, la reforma del Estatuto aprobada por **Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre**, supuso la equiparación institucional y competencial con respecto a las Comunidades Autónomas de autonomía plena. Se incorporaban novedades institucionales, como las facultades del Presidente para plantear la cuestión de confianza y para acordar la disolución de las Cortes y convocar elecciones con anticipación al término natural de la legislatura, y para nombrar consejeros sin atenerse al número máximo de diez fijado anteriormente. Los diputados podrían ser remunerados y los nombramientos de directores generales no tendrían que recaer necesariamente en funcionarios.

En desarrollo de la importante ampliación de competencias, se formalizaron numerosos traspasos de funciones y servicios por el Estado, entre los que destacaron, por su importancia económica y de medios personales, la enseñanza no universitaria (1998) y la asistencia sanitaria de la Seguridad Social (2001).

Un avance considerable supuso la **Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril**, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, que perfeccionó el modelo de autonomía aragonesa, profundizando en los instrumentos de autogobierno y consolidando el ámbito competencial³⁰⁷.

Este Estatuto es un texto extenso (115 artículos frente a los 62 del Estatuto de 1982), que define Aragón como nacionalidad histórica. Incluye un amplio catálogo de derechos y deberes de los aragoneses y de principios rectores de las políticas públicas, invocables ante las actuaciones del poder público. Faculta al Gobierno autonómico para dictar decretos leyes en caso de necesidad urgente y extraordinaria³⁰⁸. Considera la comarca como ente necesario de su organización territorial. Hace referencia a las relaciones con la Unión Europea y a la acción exterior. Y regula el Consejo Consultivo de Aragón, el Consejo Económico y social y la Cámara de Cuentas.

Como norma marco de la autonomía, el Estatuto de 2007 ha sido una herramienta útil para la gestión de las competencias que reconoce a la Comunidad Autónoma, el debate político y la acción de gobierno. No obstante, existen todavía algunos aspectos pendientes de desarrollo o de aplicación efectiva.

En una reforma posterior, por Ley Orgánica 15/2022, de 27 de diciembre, se suprimió el aforamiento de diputados y miembros del Gobierno (art. 38.2 y 55) y se fijó un número mínimo de escaños por provincia en las Cortes de Aragón (art. 36)³⁰⁹.

2. El Estatuto de 2007 enumera las **competencias autonómicas**, con su diferenciación entre exclusivas (60), compartidas (13) y ejecutivas (17), desglosando su contenido para aclararlo y blindarlo Y en una cláusula de cierre (art. 80), dispone que “en todo caso, las especificaciones de los distintos títulos de competencia no son excluyentes de otros posibles contenidos que deban considerarse incluidos en el título competencial respectivo, conforme a la Constitución y al presente Estatuto”.

³⁰⁷ La propuesta de nuevo Estatuto, respaldada por PSOE, PP, PAR e IU, fue aprobada en el Congreso de los Diputados con el voto en contra de CHA. Su diputado, José Antonio Labordeta, en el Pleno del Congreso de 3 de octubre de 2006, que debatió su toma en consideración, estimó que el nuevo Estatuto pecaba de conformismo, no colmaba las aspiraciones aragonesas en política hidráulica y, entre otras insuficiencias, no cuantificaba las inversiones del Estado en Aragón.

³⁰⁸ En los años 2020 a 2022 dicha facultad ha sido utilizada en gran número de ocasiones (2020, 12 decretos leyes; 2021, 7; 2022, 7). La sentencia del Tribunal Constitucional 113/2024, de 10 de septiembre, declara nulo de pleno derecho el Decreto-Ley 1/2023, de 20 de marzo, del Gobierno de Aragón, de medidas urgentes para el impulso de la transición energética y el consumo de cercanía en Aragón. Y reitera los requisitos del Decreto-Ley: “nuestra jurisprudencia rechaza la definición del presupuesto habilitante mediante fórmulas rituales o genéricas aplicables a todo tipo de realidades de un modo intercambiable...”. “El artículo 86.1 CE lo condiciona a la satisfacción de una necesidad extraordinaria y urgente, pero no, por muy legítimos que sean los objetivos que se traten de alcanzar, al designio de abreviar el proceso o de utilizar la vía más rápida o el mecanismo más directo, que no es el fundamento de la potestad legislativa extraordinaria del Gobierno”.

³⁰⁹ Esta reforma parcial contó con el apoyo de todos los grupos políticos aragoneses. En cuanto al aforamiento se entendía era una figura jurídica percibida por la mayoría de la sociedad como anacrónica frente al principio de igualdad ante la ley. La fijación de un número mínimo de catorce escaños por provincia trata de evitar la pérdida de algún escaño por la provincia de Teruel por la evolución demográfica.

Desde 2007 hasta 2011 se han formalizado diez traspasos de competencias, siendo la de mayor importancia el traspaso de funciones y servicios para el funcionamiento de la Administración de Justicia, con efectividad desde uno de enero de 2008³¹⁰.

3. Entre las competencias desempeñadas destaca, por su importancia jurídica, la relativa a la conservación y desarrollo del **Derecho civil aragonés**, reconocida por la Constitución (art.149.1.8ª) y el Estatuto de Autonomía (art. 71.2ª).

Cuando va a cumplirse el centenario de la aprobación del Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón, puede afirmarse que la autonomía ha permitido la actualización y puesta a punto de ese Derecho, seña de identidad de Aragón.

El Gobierno de Aragón, con el asesoramiento de la Comisión aragonesa de Derecho Civil, en una tarea de largo aliento, ha venido promoviendo desde 1996, y las Cortes de Aragón aprobando, la actualización y reformulación legislativa de ese derecho, con una serie de leyes que se refundieron en el Código del Derecho Foral de Aragón, aprobado por el Decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, que ha tenido algunas modificaciones posteriores³¹¹.

La aplicación de estas normas, adaptadas a nuestra realidad social, y los importantes estudios y comentarios a que han dado lugar, suponen un logro indiscutible en materia tan importante para la historia y la esencia de Aragón.

4. Entre las competencias contempladas por el Estatuto de 2007 quedan algunas pendientes de efectividad.

Su artículo 76 dispone que la Comunidad Autónoma podrá crear una **Policía autonómica**. Hasta que se cree, podrá convenirse con el Estado la adscripción de una unidad del Cuerpo Nacional de Policía. Hasta ahora se ha optado por esta fórmula, ya iniciada en 2005, de formalizar acuerdos de colaboración con el Ministerio del Interior para la adscripción a la Comunidad Autónoma de una Unidad del Cuerpo Nacional de Policía, para atender la vigilancia de los edificios e instalaciones oficiales y la protección de sus personalidades, así como colaborar en el ejercicio de las competencias en materia de juego, medio ambiente, violencia de género y menores³¹². Es una solución que se ha venido considerando acertada y prudente y la creación de una Policía autonómica propia no está actualmente en el debate político.

³¹⁰ Se aprobó por Real Decreto 1702/2007, de 14 de diciembre. En junio de 2024 el número de sus efectivos asciende a 1.222 empleados. (Boletín estadístico del personal al servicio de la Comunidad Autónoma).

³¹¹ Modificado por la ley 10/2023, de 30 de marzo, en relación con las sucesiones y, con mayor trascendencia, por la Ley 3/2024, de 13 de junio, en materia de capacidad jurídica de las personas. La Ley 1/2025, de 15 de mayo, reintroduce el carácter preferente de la custodia compartida de los menores en caso de separación o divorcio (arts. 80,2, 367.1, 438 y 454), dejando sin efecto la modificación introducida por la Ley 6/2019, de 21 de marzo.

³¹² El convenio inicial va siendo prorrogado y la dotación actual de la Unidad adscrita es de 140 efectivos (100 en Zaragoza, 21 en Huesca y 19 en Teruel). Por otra parte, se han formalizado otros convenios para que miembros de la Guardia Civil en situación de reserva atiendan la seguridad de los edificios e instalaciones de la Administración de Justicia.

También incluye el Estatuto, entre las competencias ejecutivas, **el sistema penitenciario** (art. 77, 11ª), que solo Cataluña y País Vasco han asumido hasta el momento³¹³. No se ha planteado ninguna propuesta sobre el tema.

Tampoco se ha hecho uso de la posibilidad de creación de una **Agencia Tributaria de Aragón** mediante una Ley de las Cortes de Aragón, a la que se encomendaría la aplicación de todos los tributos propios, así como de los tributos estatales cedidos totalmente por el Estado a Aragón (art. 106.4).

Por otra parte, quedan pendientes otros posibles traspasos de competencias reconocidas a la Comunidad Autónoma en el Estatuto. Entre otros, los relativos a autorizaciones de trabajo a extranjeros, profesores de religión, inspección de trabajo, ferrocarril de cercanías o becas y ayudas al estudio.

5. En el Estatuto de 2007 figuran algunos artículos, de gran importancia política, sin efectividad práctica hasta el momento o que han de ser interpretados con matices. Es que, como ocurre en muchas leyes importantes, la redacción de algunos de sus preceptos —los más polémicos— responden a negociaciones y transacciones en que, para no frustrar las expectativas de los proponentes, se admite referirse al tema pero se introduce alguna cautela que dilata la eficacia de la norma o incluye expresiones ambiguas.

5.1. Su Disposición adicional tercera declara: “La aceptación del régimen de autonomía que se establece en el presente Estatuto no implica la renuncia del pueblo aragonés a los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su historia, los que podrán ser actualizados de acuerdo con lo que establece la disposición adicional primera de la Constitución”.

Desarrollar las expectativas que pudieran desprenderse de esa disposición lo intentó una Proposición de ley presentada por Chunta Aragonesista a las Cortes de Aragón y que dio lugar a la aprobación de la Ley 8/2018, de 28 de junio, de actualización de los **derechos históricos de Aragón**³¹⁴. Según su preámbulo, “Aragón, mediante la presente Ley, proclama su condición de territorio foral por legitimidad histórica y porque lo dispone su Estatuto de Autonomía... De este modo, Aragón queda situado en el lugar que, como nacionalidad histórica, le corresponde por su pasado foral dentro del Estado Español y la Unión Europea, y recupera los instrumentos precisos para seguir haciendo realidad el progreso social, cultural y económico de los aragoneses y aragonesas”.

³¹³ Cataluña, más tempranamente, por RD 3482/1983, de 28 de diciembre; el País Vasco, recientemente, por RD 494/2021, de 29 de junio.

³¹⁴ Un estudio en profundidad de la materia, antes de pronunciarse el Tribunal Constitucional, en GARCÍA TOLEDO, J.A. “Derechos históricos y Constitución: estado de la cuestión. El caso de Aragón, en particular”. Discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, pronunciado el 21 de marzo de 2019, accesible en Publicaciones de la Academia.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 158/2019, de 12 de diciembre³¹⁵, declaró inconstitucionales y nulos 23 artículos y tres disposiciones adicionales de aquélla, dejándola prácticamente sin contenido. Y, en su fundamento jurídico cuarto, reitera sentencias anteriores afirmando que “las partes del territorio a las que resulta de aplicación la disposición adicional primera CE son las comprendidas actualmente en la Comunidad Autónoma del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra. Los derechos reconocidos a los territorios históricos por la disposición adicional primera CE, así acotados, no son por tanto extensibles a otras comunidades autónomas, aunque sobre una determinada materia hayan asumido idénticas competencias, dado el carácter particular o excepcional de los derechos reconocidos a los territorios históricos...”

5.2 El Estatuto reconoce el derecho de los aragoneses a disponer del abastecimiento de **agua** en condiciones de cantidad y calidad suficiente para atender sus necesidades presentes y futuras (art. 19) y reserva 6.550 Hm³ para uso exclusivo de los aragoneses (DA 5ª). El Tribunal Constitucional ha limitado el alcance de esta reserva. En sentencia 110/2011, de 22 de junio, declara que “la reserva de agua de 6.550 hectómetros cúbicos no constituye necesariamente una regulación prescriptiva que se le imponga por el Estatuto al legislador estatal, toda vez que sea la planificación hidrológica, esto es, el legislador estatal, quien concrete (“concretará” dice el precepto) las reservas de agua de la cuenca del Ebro...”³¹⁶ Por otra parte, la STC 116/2017, de 19 de octubre³¹⁷, declaró inconstitucionales algunos preceptos de la Ley 10/2014, de 27 de noviembre, de Aguas y Ríos de Aragón. Consideró que la Comunidad Autónoma “carece de habilitación estatutaria para legislar sobre la reserva hídrica de una cuenca intercomunitaria, o para atribuir a sus órganos funciones de gestión sobre la misma” y concluyó que la reserva sobre el caudal hídrico del Ebro no es una imposición vinculante para el Estado.

Por ello, ante el cambio climático y la futura planificación hidrológica, todo lo relacionado con el agua seguirá siendo un tema esencial para Aragón.

5.3. Especial trascendencia tiene la falta de aplicación de preceptos del Estatuto relativos a la **financiación** de la Comunidad Autónoma.

Su artículo 108, “Acuerdo bilateral económico-financiero con el Estado” dispone que la Administración del Estado y la Comunidad Autónoma suscribirán un acuerdo bilateral que se formalizará en Comisión Mixta y podrá ser revisado periódicamente de forma conjunta, para concretar los recursos de la Comunidad Autónoma y de forma especial la participación territorializada de Aragón en los tributos generales, debiendo tener en cuenta el esfuerzo fiscal de Aragón y que atenderá singularmente los criterios de corresponsabilidad fiscal y solidaridad interterritorial.

³¹⁵ Recurso de inconstitucionalidad 5212-2018, interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Popular del Congreso de los Diputados.

³¹⁶ En recurso de inconstitucionalidad 6546/2007, interpuesto por el Gobierno de La Rioja.

³¹⁷ En recurso de inconstitucionalidad 4682/2015, interpuesto por el Presidente del Gobierno.

Este precepto ya estaba en la reforma del Estatuto de 1996 (art, 48), y no ha sido objeto de impugnación, por lo que es una norma válida y aplicable, pero, pese al tiempo transcurrido, no se ha formalizado el acuerdo bilateral a que alude. Y, a la vista de la jurisprudencia constitucional, resulta difícil exigir su cumplimiento. Ya lo razonaban así las STC 13/2007, de 18 de enero, FJ 5, y 58/2007, de 14 de marzo, FJ 3: “No existe un derecho de las Comunidades Autónomas constitucionalmente consagrado a recibir una determinada financiación, sino un derecho a que la suma global de los recursos existentes de conformidad con el sistema aplicable en cada momento se reparta entre ellas respetando los principios de solidaridad y coordinación, razón por la cual, habida cuenta de que la cifra de la financiación no es ilimitada y de que su distribución debe efectuarse de conformidad con los intereses generales y en función de los de todos los entes territoriales afectados, no puede pretender cada Comunidad Autónoma, para la determinación del porcentaje de participación que sobre aquellos ingresos le pueda corresponder, la aplicación de aquel criterio o variable que sea más favorable en cada momento a sus intereses, reclamando de nosotros una respuesta que sustituya la falta de acuerdo entre las instancias políticas”.

Como intento para forzar, al menos, las reuniones de la Comisión mixta de Asuntos Económico-Financieros, la ley aragonesa 5/2021, de 29 de junio, en su art. 154.3 dispuso que se reuniría, al menos, una vez al año en sesión plenaria, con presidencia alternativa. Ante la advertencia del Estado de impugnar ese precepto, se aceptó derogarlo por la ley 8/22, de 29 de diciembre.

También dispone el Estatuto: “Para la fijación de las inversiones del Estado en Aragón en infraestructuras, se ponderarán, con carácter prioritario, la superficie del territorio, los costes diferenciales de construcción derivados de la orografía, así como su condición de comunidad fronteriza, y se incorporarán criterios de equilibrio territorial a favor de las zonas más despobladas” (Disp. Adicional 6ª).

No ha tenido aplicación efectiva. Por otra parte, atendiendo a la doctrina del Tribunal Constitucional, este precepto no tiene efectos directamente vinculantes para el Estado.³¹⁸

Por ello, hay que concluir que, reconocida la competencia exclusiva del Estado para dirigir la política económica general del país, la financiación autonómica y los criterios de reparto --y admitido también por el Tribunal Constitucional que los requisitos estatutarios para reunirse en Comisión mixta con el Estado se apliquen con una gran amplitud y tolerancia--, no hay vía de recurso eficaz cuando estas disposiciones estatutarias y los criterios de reparto establecidos en los Estatutos no se cumplan, aun estando en vigor.

³¹⁸ La sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto catalán de 2006, en relación con su Disposición adicional sexta, sobre territorialización de las inversiones del Estado en infraestructuras, declara que “debe interpretarse en el sentido de que no vincula al Estado en la definición de su política de inversiones ni menoscaba la plena libertad de las Cortes Generales para decidir sobre la existencia y cuantía de dichas inversiones”.

II. UNA ADMINISTRACIÓN CONSOLIDADA Y DIVERSIFICADA

1. La Comunidad Autónoma tuvo que asumir el reto de la organización y funcionamiento de una nueva Administración Pública propia para la gestión de las funciones asumidas en virtud de las competencias reconocidas y de los traspasos formalizados por el Estado. El conjunto de actividades a realizar por la Administración ha crecido y variado, teniendo en cuenta además la demanda social y el contexto socioeconómico en que se produce. La Administración autonómica se ha diversificado al aumentar las funciones a prestar, creando una pluralidad de entes cuando su gestión requería una organización independiente y una gestión técnica separada.

Todo ese variado complejo se regula hoy por la Ley 5/2021, de 29 de junio, de Organización y Régimen Jurídico del Sector Público Autonómico de Aragón, que se aplica a la Administración propiamente dicha (incluye organismos autónomos, entidades de derecho público y consorcios autonómicos) y al resto del sector público institucional (sociedades mercantiles, fundaciones y Universidad pública).

Para mejor ejercer algunas de sus competencias en diversas áreas de actuación, la Comunidad Autónoma cuenta con una amplia gama de organismos y entidades especializadas: cinco organismos autónomos y diez entidades de derecho público; diecinueve empresas públicas, seis consorcios autonómicos y dieciséis fundaciones participadas³¹⁹.

2. En la actualidad la Comunidad Autónoma es la mayor organización aragonesa por su presupuesto y el número de su personal. Integrado por los funcionarios y por el personal eventual, interino y laboral alcanzaba en junio de 2024 los 60.999 empleados³²⁰. En ese conjunto destacan los servicios de salud (27.773) y el personal docente no universitario (19.439).. La Administración general cuenta con 11.540, la Administración de Justicia con 1.222 y las Entidades de Derecho público con 1.025 efectivos.

Destaca el incremento de personal que se ha producido desde que tuvieron lugar los iniciales traspasos de competencias. En 1996, eran 7.203 efectivos; en 2001, tras el traspaso de la educación no universitaria, 23.448; en 2002, transferida la asistencia sanitaria, 37.859; en 2013, 49.546, y en enero de 2024, alcanzan los 60.999.

³¹⁹ Una muestra de la variedad de actividades que atienden algunas de estas entidades: Organismos autónomos: IA Empleo, SA Salud, IA Servicios Sociales, IA de la Mujer, Instituto Aragonés de la Juventud; entre las Entidades de Derecho público: Aragonesa de Servicios Telemáticos, Instituto Tecnológico de Aragón, Banco de Sangre y Tejidos, Agencia de Calidad y Prospectiva Universitaria. Entre los consorcios: Aeródromo/Aeropuerto de Teruel, Comunidad de Trabajo de los Pirineos, Transportes del Área de Zaragoza. Entre las fundaciones: Centro de estudios de Física del Cosmos, Instituto de investigación sanitaria, Zaragoza Logistics Center...

³²⁰ Según el Boletín Estadístico del personal al servicio de la Comunidad Autónoma. Según el Registro Central de Personal al servicio de las Administraciones Públicas, en julio de 2024 el Sector público de la Comunidad Autónoma comprende 66.031 efectivos.

3. Entre las competencias autonómicas destacan la **educación, la sanidad y la asistencia social y la atención a las personas en situación de dependencia**. Se trata de tres pilares fundamentales del denominado “Estado del bienestar”, esenciales para la vida de los ciudadanos.. A ello destina la Comunidad Autónoma una parte mayoritaria de su presupuesto³²¹.

Garantizar la adecuada prestación de esos servicios precisa superar, junto con los propios retos de su gestión, las características de Aragón: un territorio extenso, poco poblado, disperso, envejecido y con un marcado desequilibrio territorial. En 2024 sus habitantes (1.347.834) están empadronados en 731 municipios, algunos con varios núcleos de población. En la ciudad de Zaragoza reside más de la mitad de la población (686.986), mientras que 209 municipios tienen menos de 100 habitantes³²². Una parte importante de su territorio, por su escasa densidad de población, forma parte de lo que se ha denominado la España vacía o vaciada. Y plantea problemas asegurar su accesibilidad a los servicios básicos en un tiempo limitado de desplazamiento

3.1 En 1998 se aprobó el traspaso a la Comunidad Autónoma de las funciones y servicios en materia de **enseñanza no universitaria**, con efectividad a partir del 1 de enero de 1999³²³. Suponía el traspaso de la titularidad sobre los edificios e instalaciones de todos los centros públicos dependientes del Ministerio de Educación, así como las funciones relativas a la creación, modificación y clausura de las unidades, secciones y centros en todos sus niveles y modalidades educativas y todas las facultades de gestión del personal traspasado. El coste efectivo del traspaso en 1998 ascendía a 67.204 millones de pesetas y el personal docente, 13.542. En 2024 el Departamento de Educación, Cultura y Deporte gestiona directamente la educación no universitaria, con más de mil millones de euros de gasto y 19.439 docentes.

3.2. “Los poderes públicos aragoneses garantizarán la existencia de un **sistema sanitario público** desarrollado desde los principios de universalidad y calidad, y una asistencia sanitaria digna” (EA, art. 14, Derecho a la salud). Es competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma “la Sanidad y salud pública, en especial, la organización, el funcionamiento, la evaluación, la inspección y el control de centros, servicios y establecimientos sanitarios” (EA, art. 71, 55^a).

³²¹ En 2023 la Comunidad Autónoma gastó 7.832 millones de euros. El mayor volumen de gasto se concentró en asistencia sanitaria (2.499 millones de euros) y en los programas de educación no universitaria (1.040 millones). En el Presupuesto prorrogado para 2025 se prevé que el 34,12 % del gasto se destine a la sanidad, el 18,82 % a la educación y el 6,39 % a los servicios sociales.

³²² Muchos de los municipios más pequeños tienen dificultades para cumplir adecuadamente sus funciones como Administraciones públicas que son. Para estudiar posibles reformas legislativas que flexibilicen su regulación, las Cortes de Aragón crearon una Comisión Especial de estudio sobre la normativa especial para pequeños municipios, cuyo Dictamen final incluye conclusiones y propuestas, tras el análisis de la situación y de las posibles actuaciones. El Dictamen se publica en el BOCA nº 128, de 3 de abril de 2025.

³²³ Por Real Decreto 1982/1998, de 18 de septiembre. Con anterioridad, por RD 96/1996, de 26 de enero, se había formalizado el traspaso de funciones en materia de Universidades, que no incluía medios personales, dado el régimen jurídico especial de la autonomía universitaria.

En 2001³²⁴ se aprobó el traspaso a la Comunidad Autónoma de las funciones y servicios del INSALUD. El Gobierno de Aragón asumía la gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, cuyo coste efectivo se fijaba entonces en 809.729,89 miles de euros. También en 2001, tras un laborioso proceso de negociación, las Diputaciones provinciales traspasaron a la Comunidad Autónoma sus establecimientos sanitarios. Y las Cortes de Aragón aprobaron la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón, que configura el Sistema Aragonés de Salud, constituido por todos los centros, servicios y establecimientos públicos de la Comunidad Autónoma. Para gestionarlo la ley 6/2002, de 15 de abril, creó el Servicio Aragonés de Salud, como organismo autónomo de naturaleza administrativa, dotado en 2024 con 2.585 millones de euros.

En junio de 2024 el personal de los servicios de salud suma 27.773 empleados. Aunque se han acometido importantes inversiones, como los nuevos hospitales de Teruel y Alcañiz, existen graves problemas para asegurar la calidad de los servicios por escasez de suficientes profesionales médicos y enfermeros, sobre todo en atención primaria y en zonas rurales. Las listas de espera en atención especializada, pruebas diagnósticas y en intervenciones quirúrgicas son preocupantes. A pesar de los esfuerzos y medidas para reducirlas, en abril de 2025 había 6.173 pacientes pendientes de someterse a una intervención quirúrgica desde hace más de seis meses, superando el plazo de atención garantizado legalmente³²⁵.

3.3. La Comunidad Autónoma tiene la competencia en **acción social** (CE, 148, 20ª; EA, 71,34ª), que comprende un sistema público de servicios sociales que atienda la protección de las familias, la infancia, las personas mayores, las personas con discapacidad y otros colectivos necesitados de protección especial. Su ámbito de actuación se ha ido ampliando ante los nuevos casos de soledad, marginalidad y exclusión social.

Por Ley 4/1996, de 22 de mayo, se creó el Instituto Aragonés de Servicios Sociales, organismo autónomo en el que se integran todos los centros y servicios adscritos al área de servicios sociales. En julio de 1996 se asume el traspaso de las materias encomendadas al INSERSO, lo que supone la gestión de la atención la tercera edad, personas con discapacidad física o psíquica y población marginada, así como los Hogares, Clubes y Residencias. Tras el período de aplicación del Ingreso Aragonés de Inserción³²⁶, la Ley 3/2021, de 20 de mayo, regula la prestación aragonesa complementaria del ingreso mínimo vital, como percepción subsidiaria o adicional de éste.

Especial trascendencia ha tenido la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, que supuso el reconocimiento a sus destinatarios de una serie de derechos y prestaciones. A las Comunidades Autónomas se les atribuía la competencia para dirigir su aplicación y gestionar la valoración de las situaciones de dependencia y para atender los servicios y prestaciones eco-

³²⁴ Por Real Decreto 1475/2001, de 27 de diciembre, con efectos de 1 de enero de 2002.

³²⁵ Decreto 83/2003, de 29 de abril, del Gobierno de Aragón.

³²⁶ Se aprobó por la Ley 1/1993, de 19 de febrero.

nómicas correspondientes. En Aragón se hizo efectiva su aplicación a partir de mayo de 2007, al aprobarse las primeras resoluciones de programas individuales de atención y reconocerse derechos subjetivos de acceso a servicios y/o prestaciones económicas. Desde entonces, el Gobierno de Aragón ha venido reclamando al Estado una mayor aportación a su financiación. En 31 de diciembre de 2024 hay 53.246 personas que tienen reconocida su situación de dependencia, 4.663 más que en 2023. En 2024 se registraron 11.998 nuevas peticiones, siendo el tiempo medio de tramitación de un expediente de 189 días.

En 2024 el IASS gestiona un presupuesto de 455.841 millones de euros y cuenta con 2.773 efectivos de personal.

3.4 Para atender la creciente y más exigente demanda en educación, asistencia sanitaria y acción social la Comunidad Autónoma se ha tenido que enfrentar con unas inversiones y una dotación de personal adicional muy superiores a lo recibido por los traspasos de competencias, que hace que no disponga de financiación suficiente para prestar esas competencias con la calidad exigida. La Cámara de Cuentas de Aragón, en un informe de abril de 2025³²⁷, estima que el déficit de financiación para la prestación de los servicios de sanidad, educación y servicios sociales en la Comunidad Autónoma ascendía en 2022 a 560 millones de euros.

4. Además de atender la prestación de los servicios públicos de su competencia, la Comunidad Autónoma ha promovido el desarrollo económico, cubriendo vacíos de la iniciativa privada o complementándola. Con esa finalidad se han ido creando empresas públicas, en las que tiene una influencia dominante, como socio único o mayoritario. Su creación debe atender a la inexistencia de entidades que desarrollen actividades análogas sobre el mismo territorio.

El Estatuto de Autonomía, desde 1982, previó la creación y gestión de un sector público regional propio de la Comunidad Autónoma. A partir de la creación del Instituto Aragonés de Fomento en 1990³²⁸, y en particular desde el año 2000, el Gobierno de Aragón ha impulsado, en solitario o en colaboración con otras instituciones públicas y privadas, la creación de empresas públicas para promocionar y actuar en determinados sectores. La Corporación Empresarial pública de Aragón, S.A., creada en diciembre de 2007, agrupa todas las participaciones en ellas y fija criterios comunes de actuación.

4.1. Entre los variados proyectos empresariales impulsados por el Gobierno de Aragón destacan por su actividad y presupuesto:

³²⁷ Informe especial de actualización-seguimiento titulado “Análisis de la evolución de los recursos del sistema de financiación, ejercicios 2018-2022”. En 2022, el gasto calculado por la Cámara de Cuentas para la prestación de los servicios de sanidad, educación y servicios sociales fue de 2.958 euros por habitante ajustado, lo que supone un déficit de financiación de 398 euros por habitante ajustado, el equivalente a 560 millones de euros.

³²⁸ Es una entidad de derecho público cuyos objetivos son favorecer el desarrollo socioeconómico y corregir los desequilibrios intraterritoriales. Aplica el ordenamiento jurídico privado al régimen de contratación, y al tráfico patrimonial y mercantil.

- Las Plataformas logísticas: en junio de 2000 se creó Plataforma Logística de Zaragoza, Plaza, S.A., en cuyo capital social (100 millones de pesetas) participaron inicialmente el Gobierno de Aragón (80 %) y el Ayuntamiento de Zaragoza (20 %). Posteriormente, en 2004, se aprobaron las de Huesca (PLHUS) y Teruel (PLATEA), hoy día fusionadas con aquella.
- Ciudad del Motor de Aragón, S.A. (2001), constituida por el Gobierno de Aragón, Diputación provincial de Teruel y Ayuntamiento de Alcañiz, para promocionar y explotar el circuito automovilístico en esa ciudad.
- Aragón, Montañas de Aragón, S.A. (ARAMON), (2001), como empresa participada (DGA, IAF e IberCaja) para actuar en el sector turístico de la nieve, que incluye la construcción, ampliación y explotación comercial y turística de estaciones de esquí.
- DINÓPOLIS, parque cultural, científico y de ocio. Promovido y financiado por el Gobierno de Aragón, que encargó el desarrollo del proyecto al IAF, en junio de 2001 se inauguró en Teruel la sede principal, a la que se han añadido posteriormente otras siete sedes en distintos municipios.
- Parque Tecnológico Walqa, S.A. en Huesca (2002), para la captación de empresas en el sector de las tecnologías de la información y comunicación.
- Gestión Agroambiental, S.L.U. (SARGA), resultado de la fusión en 2012 de Sodemasa y Sirasa. Es un medio propio de la Administración en actuaciones en el sector agrario, ganadero, forestal, gestión del agua y espacios naturales.
- Suelo y Vivienda de Aragón, S.L.U. (2001): promueve viviendas protegidas y suelo residencial.
- Expo Zaragoza Empresarial, S.A. Concluida la Expo 2008, la sociedad Expoagua Zaragoza cambia de nombre y objeto social, que ahora pasa a ser transformar la zona en un Parque empresarial de última generación. En 2010 el Gobierno central transmite sus acciones al Gobierno de Aragón. En junio de 2013 se abre la Ciudad de la Justicia y en la actualidad acoge a 71 entidades (51 privadas, 7 públicas y 3 fundaciones).

4.2. El interés político por disponer de **medios de información propios** estuvo siempre presente, al considerarlo un “servicio público esencial” para facilitar el derecho a la información, entretener y conectar con las necesidades y aspiraciones de los aragoneses.. Pero, tras la creación en 1987 de la Corporación Aragonesa de Radio y Televisión³²⁹, hubo que esperar hasta 2004 para que el Estado concediera la gestión del tercer canal de televisión. Por Decreto 13/2005, de 11 de enero, se creó la empresa pública Televisión Autónoma de Aragón, S.A., que inició su programación en la primavera de 2006. La empresa pública Radio Autónoma de Aragón, S.A, inició sus emisiones en otoño de 2005³³⁰. Ambas vienen obteniendo un satisfactorio nivel de audiencia.

³²⁹ Por la Ley 8/1987, de 15 de abril, de creación, organización y control parlamentario. Es una entidad de derecho público para la gestión de los servicios públicos de radiodifusión y televisión, que será realizada por una o varias empresas públicas.

³³⁰ El capital de ambas sociedades está íntegramente suscrito y desembolsado por la DGA a través de la Corporación Aragonesa de Radio y Televisión, que ostenta su titularidad.

III. UN APUNTE FINAL

1. Del panorama descrito, aún de modo fragmentario e incompleto, queda patente la importancia de la descentralización política y administrativa que ha supuesto la autonomía aragonesa, tanto por las relevantes competencias y funciones que desempeña la Comunidad Autónoma como por el tamaño y la complejidad de su organización. La autonomía ha permitido conseguir considerables cotas de poder, tanto para aprobar normas propias como para gestionar servicios y actividades. Esa descentralización ofrece un balance positivo y es muy dudoso que, de no haberse producido, el Estado hubiera sido más generoso con los intereses propios de Aragón. Lo que no impide asumir que existen debilidades y problemas pendientes de superación.

2. La autonomía aragonesa contó en sus inicios con el impulso de la ilusión y el respaldo ciudadano, puestos de manifiesto en diversas ocasiones con adhesiones multitudinarias a favor de una mayor autonomía y en defensa de reivindicaciones.

Esta ilusión parece haberse atenuado, con una cierta desmovilización social. Las opciones políticas que encarnan o han encarnado el aragonesismo político han perdido apoyo y presencia institucional³³¹ y, ante la disciplina interna de los dos partidos mayoritarios, se hace difícil que se escuche a Aragón con voz propia y capacidad de influir en el panorama político nacional.

3. En la práctica existe disparidad entre lo que políticamente puede proyectarse y lo que financieramente cabe hacer. La autonomía política está condicionada por la financiación de que dispone y Aragón no cuenta con la que precisaría para el óptimo desempeño de sus competencias.

En el período 2016-2023 los ingresos presupuestarios de la Comunidad Autónoma, descontando el endeudamiento, ascendieron a 5.424 millones de euros anuales de media. Esta cifra ha sido insuficiente para financiar los gastos durante prácticamente todo el período, por lo que el desajuste entre ingresos y gastos se ha cubierto con endeudamiento, que asciende a 9.185 millones de euros al cierre del ejercicio de 2023. Ese año la amortización y gastos financieros de la deuda ascendió a 1.438 millones de euros.³³²

4. Ya se ha comentado anteriormente la falta de eficacia de las disposiciones estatutarias que prevén para Aragón un acuerdo bilateral económico-financiero con el Estado. En consecuencia, se aplica a Aragón el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de

³³¹ El *Partido Aragonés*, que llegó a tener en 1987 diecinueve diputados autonómicos (179.922 votos, 28,6 %), tras las elecciones de 2023 cuenta con un solo diputado (13.988 votos). Y carece de representación en las Cortes Generales. *Chunta Aragonesa* llegó a tener en 2003 nueve diputados (97.763 votos, 14,0%), y en las elecciones de 2023 obtuvo tres (34.163 votos). José Antonio Labordeta la representó en el Congreso tras las elecciones generales de 2000 (75.356 votos, 10,4%) y 2004 (94.252 votos, 12,07%). Ahora tiene un diputado en coalición con Sumar. *Teruel Existe*, como Agrupación de electores, obtuvo en las elecciones generales de 2019 un diputado y dos senadores por Teruel (19.696 votos); inscrito como partido político en 2021, en las elecciones autonómicas de 2023 consiguió tres diputados por Teruel (15.338 votos, 20,44 %)

³³² Informes de la Cámara de Cuentas de Aragón sobre Análisis y evolución de los recursos del sistema de financiación de los ejercicios 2018-2022, y sobre la Cuenta General de la Comunidad Autónoma del ejercicio de 2023.

régimen común, en los términos de la Ley 23/2009, de 18 de diciembre. Sistema pendiente de actualización, que se va retrasando ante la dificultad de conseguir suficiente consenso para cerrar un acuerdo entre Comunidades Autónomas y el Estado. La realidad financiera de las distintas Comunidades Autónomas es muy dispar. Por ello cada una defiende la revisión de la ponderación en el sistema de financiación de las variables que influyen en el coste de prestación de los servicios, aplicando criterios que contemplen y primen sus distintas realidades (población, extensión, orografía, dispersión, envejecimiento...).

EL “IUS USUS INOCUI” EN EL DERECHO FORAL DE ARAGÓN

Por la

Ilma. Sra. Doña Carmen Sanz Escorihuela

Académica Correspondiente

“Booz se había acostado rendido de cansancio.... Este anciano... era rico, pero justo ... Y cuando veía pasar alguna pobre espigadora decía, dejad caer a propósito espigas”. (La leyenda de los siglos. Víctor Hugo. Versión poética del pasaje bíblico (Libro de Ruth, cap.II- xiv-xv)).³³³

La doctrina civilista mantiene que de alguna forma el “ius usus inocui” ha existido desde tiempos antiguos, no sólo por estas referencias bíblicas en ocasiones poetizadas, sino además plasmado en brocados romanos y también ha estado vigente en tiempos más modernos y en la actualidad³³⁴.

En España, varios autores refieren figuras con desenvolvimiento marcadamente consuetudinario, propias del ejercicio del “ius usus inocui”; y algunas constituyen comportamientos socialmente muy arraigados, tales como la recogida libre de ramas y piñas caídas para hacer fuego; los aprovechamientos de producciones espontáneas del suelo no explotadas por el propietario, como la recolección de setas, espárragos, cardillos, endrinas, hierbas medicinales...³³⁵; la rebusca; el pastoreo inocuo sobre bienes baldíos y de hierbas y rastrojeras que el mismo propietario no utiliza; las derrotas de mieses en Castilla³³⁶; el espigueo –facultad

³³³ Victor Hugo. La legende des siècles. “Booz s’était couché de fatigue accablé . Il avait tout le jour travaillé dans son aire. Puis avait fait son lit à sa place ordinaire. Booz dormait auprès des boisseaux pleins de blé. Ce vieillard possédait des champs de blés et d’orge. Il était, quoique riche, à la justice enclin. Il n’avait pas de fange en l’eau de son moulin. Il n’avait pas d’enfer dans le feu de sa forge. Sa barbe était d’argent comme un ruisseau d’avril. Sa gerbe n’était point avare ni haineuse. Quand il voyait passer quelque pauvre glaneuse: «Laissez tomber exprès des épis », disait-il... ”.

³³⁴ Bernardo Moreno Quesada. “Configuración jurídica del “buscar frutos espontaneos en Huelma”. Boletín del Instituto de Estudios Giennenses. Pág. 528.

³³⁵ Bernardo Moreno Quesada, obra citada Pág 522. “Y todo ello sin necesidad de permiso del propietario o titular del aprovechamiento del terreno dónde están o nacen; y dice este autor, aun en contra de la voluntad del dueño, si es que alguna vez llegara a plantearse esta oposición.

³³⁶ Alejandro Nieto García. “Las derrotas”. En “Hierbas, pastos y rastrojeras”. Editado por Junta Provincial de Fomento Pecuário. Valladolid 1959. Págs. 183 y ss..

de recoger los sobrantes y residuos de cosechas abandonadas por el propietario del suelo, como los llamados *soutelo* y *musga* en Galicia; la *saca gratuita* y sin permiso especial de *razas* y *grellos* con que atender a sus necesidades los indigentes...³³⁷; la utilización de fuentes o corrientes de agua privadas para beber o pequeños usos que no disminuyan sensiblemente el caudal etc...³³⁸; el *empriu* en Cataluña³³⁹; el paso por terrenos no acotados ni cultivados. Incluso en la actualidad, la utilización de una plaza de garaje mientras su titular se encuentra ausente³⁴⁰; o el aparcar el coche, tractor, el camión, moto..., en una era o en un terreno ajeno y no explotado, contiguo o no al propio domicilio y aun sin permiso del dueño...

En los países de nuestro entorno, en Francia han destacado, la *vaine pâture*, le *droit de parcour* (abolido por Ley de 9-7-1889), le *droit d'échelle*.

En Italia, algunas formas de *usi civici*, respecto de las que la Ley de 16-6-1927 y reglamento, dispusieron su liquidación³⁴¹.

En el Derecho Germánico también existieron numerosas instituciones y derechos de similares, regulados cuidadosamente en los “Libros de recopilación de las leyes consuetudinarias” (*Weistümer*), aunque como observa Hübner “han sido muy reducidos en los tiempos modernos y hasta hay leyes que prohíben la nueva creación³⁴² de tales derechos”, según Hübner citado por Alejandro Nieto.

Remontándonos a Roma, allí existía un viejo aforismo “*quod tibi non nocet et alterum prodest, non prohibetur*”³⁴³. La doctrina ha entendido que de aquel brocardo deriva la teoría del “*ius usus inocui*”, seguida por los autores clásicos que lo desarrollaron, como Championnière en Francia y en Castilla su gran jurista del siglo XVI, Diego de Covarrubias y Leyva³⁴⁴ que como jurisconsulto trató de las cuestiones que surgieron entre ganaderos y propietarios, sentando un principio -aplicable al aprovechamiento inocuo-, tanto que es su fundamento racional, a saber “que cada uno puede hacer en el fundo de otro, lo que le aprovecha y no daña al fundo”³⁴⁵.

³³⁷ Carlos López de Haro. “El *ius usu inocui*”. En *Revista de Derecho privado* 1921. Págs 18 y ss.

³³⁸ Jose Castán. *Derecho Civil*. 3ª Edición adaptada al cuestionario de Registros de 1-12-1944. Págs. 11 y 12.

³³⁹ López de Haro Carlos. El “*Jus usus inocui*”. *Revista de Derecho Privado*. 1921.

³⁴⁰ Moreno Quesada, en la obra citada supra, señala que “en alguna ocasión he oído mencionar al maestro Albaladejo este caso, como uno de los escasos supuesto de *ius usus inocui* factible en la actualidad”. Obra citada. Pág. 528.

³⁴¹ Alejandro Nieto García. “Ordenación de hierbas, pastos y rastrojeras. Editado por Junta Provincial de Fomento Pecuario. Valladolid. 1959. Págs 193 y ss... .

³⁴² Alejandro Nieto García, obra citada. Pag.196.

³⁴³ José Castán Tobeñas, en *Derecho Civil español*, Común y Foral. Editorial Reus. 1964. Pag.161

José Castán Tobeñas “Aragón y su Derecho. (Reflexiones ante la nueva Compilación Civil. Discurso leído como miembro del Colegio de Aragón en la sesión académica de su Vio Pleno celebrada en Zaragoza el 23-4-del corriente año. Publicada por la Exma Diputación Provincial XXV 1967

³⁴⁴ Francisco Javier Andrés Santos. Universidad de Valladolid. “La contribución de Diego de Covarrubias a los Estudios Jurídicos” en la obra “Diego de Covarrubias y Leyva. El humanista y sus libros”. Ediciones Universidad de Salamanca.

³⁴⁵ Carlos López de Haro. Obra citada. Pág. 23.

Pero la doctrina española también ha señalado profusamente que el “ius usus inocui” ya estaba presente en el Derecho Aragonés, pues “ya se había consagrado en sus Observancias de vieja raigambre pastoril”³⁴⁶. Señalando Castán que la “Observancia aragonesa se adelantó a la formulación de la doctrina del “ius usus inocui” por el jurista castellano Covarrubias, con la expresión de que cada uno puede hacer en el fundo de otro lo que a él aprovecha y no daña al fundo”³⁴⁷. Pero no se sabe con certeza cómo fue acogido, teniendo en cuenta, que en el Derecho Aragonés, abundaban las manifestaciones de resistencia al Derecho Romano-Derecho Canónico y al Derecho de Castilla, como derecho común y supletorios. Aunque la doctrina diga³⁴⁸ que aquéllas fueron manifestaciones de corte político, pese a las cuales, no se pudo evitar la influencia romanista, aunque en menor medida que en otros territorios.

Por tanto, el tema del “ius usus inocui” en el Derecho Foral de Aragón, es el de sus elementos formadores, de sus fuentes, de la equidad y la jurisprudencia, de la importancia de la actividad de los jueces y del Justicia; de la forma y el ámbito, en los que se manifiesta tal principio, que es sobre todo el de las relaciones de vecindad, la medianería, de las servidumbres y de las limitaciones de la propiedad. En consecuencia, si como dice la doctrina, el Derecho Civil es un derecho histórico, siendo el Derecho Foral el más histórico de los Derechos Civiles, el tema del “ius usus inocui” se ha de tratar en el devenir histórico del Derecho Foral Aragonés, en el de sus libros jurídicos³⁴⁹. Abundando en lo anteriormente expuesto, el Justicia de Aragón en su Informe al Proyecto de Ley de Derecho Patrimonial que trataba en su art. 3 del uso inocuo de la posesión ajena, se refiere a aquel derecho como “instituto jurídico en el Derecho Aragonés”, que se ha venido llevando a cabo tanto desde una vertiente doctrinal, como jurisprudencial³⁵⁰.

I LA DOCTRINA ARAGONESA HA ADMITIDO LA EXISTENCIA DEL “IUS USUS INOCUI” EN EL DERECHO FORAL ARAGONÉS, TAMBIÉN COMO PRINCIPIO GENERAL.

Remontándonos a los primeros tiempos del movimiento codificador, 1880-1881, el vocal de Aragón en la Comisión de codificación, Franco y López Barón de Mora, redactó Memoria y articulado sobre el Derecho Foral de Aragón, titulado “Instituciones de Derecho Civil Aragonés”. Su título sexto de las servidumbres reales y personales, comenzaba con el artículo 257 que recogía expresamente la Observancia 1ª “de aqua pluviali arcenda”, por la cual, “cualquiera puede hacer lo que le parezca en posesión ajena siempre que no cause perjuicio

³⁴⁶ Alejandro Nieto. Obra citada Pág. 183.

³⁴⁷ José Castán “Derecho Civil Español, Común y Foral

³⁴⁸ Delgado Echeverría Jesús y Parra Lucán Mª Angeles. Manual de Derecho civil aragonés, conforme al Código de Derecho Foral de Aragón 4ª Edición. El Justicia de Aragón DL 2012. Pags 43,44 y ss.

³⁴⁹ El Prof. Rafael Gibert entendía que la Historia del Derecho era -entre otras cosas- la historia de los libros jurídicos.

³⁵⁰ Informe del Justicia de Aragón, al Proyecto de ley de Derecho Civil Patrimonial 2009-2010. Nota en artículo de Jesús Sagnagustín Sánchez en su artículo “Las relaciones de vecindad en el Código de derecho Foral de Aragón: Luces y sombras. Pág. 114, en la que señala que fue la Oficina del Justicia quien le facilitó el texto de dicho Informe.

a su dueño”³⁵¹. A este artículo seguían los referidos a la construcción de azudes en terreno ajeno para sacar agua, a la destrucción del azud o acequia..., con referencia entre otras a la Observancia “de aqua pluviale arcenda”, a la 2ª, 9ª; al Fuero único “de aqua pluviale arcenda”; y Observancia 5ª del mismo nombre. En el articulado siguiente trataba de las relaciones de vecindad y del derecho a abrir libremente en la pared común ventanas para luces y vistas, justificándolo también en las Observancia “de aqua pluviali arcenda” 6ª, 5ª...y en definitiva en el “ius usus inocui”.

Posteriormente, Marceliano Isabal y Bada -que tuvo una gran intervención en el Proyecto del Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón, 1924, aprobado en 1925-, se refiere, en su “Exposición y Comentario de los Fueros y Observancias” -en el Título VI “de las servidumbres art, 47”-, a la Observancia 1ª “de aqua pluviali arcenda”, libro VII, según la cual “cualquiera puede utilizar a su discreción la posesión ajena con tal que no lo haga en daño al poseedor”. En su comentario, con la información sobre el Proyecto de Apéndice foral, en un extenso desarrollo, indica la relación de la Observancia con el Fuero Único “de aqua pluviali arcenda” y recoge las opiniones de juristas aragoneses como Franco y López, Franco de Villalba, Naval..., y otros juristas españoles como López de Haro y Calvo Sotelo. Según este autor, “tal vez no caiga todo ello bajo el imperio positivo de la Observancia 1ª, mas ésta afecta un carácter general, muy notable como orientación legislativa que invita a aplicarla en todos aquellos casos de aprovechamiento público o particular a que sea la que se quiera la dificultad de la prueba o de la existencia o de la falta de daño, puede alcanzar su texto”³⁵².

Por su parte Castán señala que el “ius usus inocui”..., lo había admitido el Derecho Aragonés al establecer en la Observancia 1ª libro VII, “que cualquiera puede utilizar a su discreción la posesión ajena con tal que no lo haga en daño del poseedor...”³⁵³. Y en su obra “Aragón y su Derecho -Reflexiones ante la nueva Compilación Civil”-, al desarrollar el principio de solidaridad social que impera en el Derecho Aragonés, dice que “hay además un precepto que marca muy bien la nota de solidaridad humana, sea, que “cada uno puede hacer su voluntad en posesión ajena mientras lo haga, sin daño de aquel de quien es la posesión; suponiendo esto una aplicación del “ius usus inocui” mucho más amplia que la contenida en el art. 699 del código civil suizo...”³⁵⁴.

Posteriormente, se refiere al “ius usus inocui” como principio del ordenamiento civil aragonés, José-Manuel Bandrés y Sánchez Cruzat, con ocasión del tratamiento en la Compilación de 1967, de las relaciones de vecindad, al decir que “no parece congruente introducir en el Ordenamiento civil aragonés disposiciones extrañas a sus principios, que vulneran di-

³⁵¹ Franco y López, Barón de Mora. “Instituciones de Derecho civil Aragonés”. En su comentario, al Fuero único de aquí pluviali arcenda, limitaba la disposición de esta observancia 1ª, a la conducción de agua por posesión ajena..

³⁵² Marceliano Isabal y bada. Exposición u Comentario de los Fueros y Observancias del Reino de Aragón 1926. Págs. 200 ,2001 y 2002.

³⁵³ 21 Jose Castán Tobeñas, en Derecho Civil Español, Común y Foral. Editorial Reus. 1964. Pag.161

³⁵⁴ José Castin Tobeñas “Aragón y su Derecho. (Reflexiones ante la nueva Compilación Civil. Discurso leído como miembro del Colegio de Argón en la sesión académica de su XVIII Pleno celebrada en Zaragoza el 23-4-del corriente año. Publicada por la Excma. Diputación Provincial XXV 1967.

rectamente su regulación en materia de relaciones de vecindad, que se han visto reflejadas en el principio “ius usus inocui”, en la regla de que “cualquiera puede utilizar a su discreción la posesión ajena, con tal de que no lo haga en daño del poseedor”, que se desprende de la Observancia 1ª “de aqua pluvali arcena”, que ha sido catalogada por Franco y López como demostración del espíritu de fraternidad de la legislación aragonesa³⁵⁵. Añadiendo que “-a semejanza del principio general formulado por la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra en materia de limitaciones de inmuebles-, cabe sostener en el Ordenamiento aragonés, la vigencia del apotegma “quod tibi non nocet et alii prodest ad id est obligatus”, que limita por razones de equidad y solidaridad humana, el derecho de propiedad...”³⁵⁶.

José Luis Argulo Pérez, alude al principio general de “ius usus inocui” recogido en de la Observancia aragonesa 1ª -libro VII-, al tratar de las reglas específicas de las relaciones de vecindad en el art. 537 del CDFA, en particular en su lado pasivo, con el respeto a los valores y normas constitucionales, entre otros el de la propiedad con su función social, coherente con el mencionado principio general de “ius usus inocui”...³⁵⁷.

Jesús Sanagustín Sánchez, en su trabajo sobre “las relaciones de vecindad en el Código de Derecho Foral de Aragón: luces y sombras”, trata el tema del “ius usus inocui”, aludiendo a sentencias muy ilustradoras, a los informes que con ocasión de la elaboración de Ley de Derecho Civil Patrimonial, emitieron, por una parte, el Justicia de Aragón que se refirió al “ius usus inocui” con el término de instituto jurídico. Y el Colegio Notarial de Aragón que reconoció su existencia, como costumbre no escrita en sus Observaciones al Proyecto de Ley de Derecho Civil Patrimonial, cuyo artículo 3 consagraba el “Uso inocuo de la posesión ajena”. En dichas observaciones dice J. Sanagustín Sánchez seguido por en José Luis Angulo Pérez, el Colegio Notarial, no negando su vigencia, consideró que el “ius usus inocui” sigue siendo una figura consuetudinaria.

II. PLASMACIÓN DEL “IUS USUS INOCUI” EN EL DERECHO ARAGONÉS.

Como se ha expuesto anteriormente, el “ius usus inocui” latía en la Observancia 1ª “de aqua pluvali arcenda” del libro VII de las Observancias del Reino de Aragón -entre otras-; cuya traducción es como sigue: “Del modo que ha de ser arrojada el agua llovediza”; y en su párrafo primero decía “Acerca de esta materia, debe estarse a lo que suena la letra y es aquí el mejor argumento, el que cada uno puede hacer su voluntad en posesión ajena, mientras lo haga sin daño de aquél de quien es la posesión”-seguido de 6 párrafos más-³⁵⁸.

³⁵⁵ José-Manuel Bandrés Sanchez-Cruzat. Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales. Edersa 1988. Pág. 207.

³⁵⁶ José-Manuel Bandrés Sanchez-Cruzat. Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales. Edersa 1988. Pág. 208

³⁵⁷ José Luis Argudo Périz. Las relaciones de vecindad en Manual de Derecho Civil Aragonés conforme al Código Derecho Civil Foral de Aragón 1912. Pags. 680.

³⁵⁸ En su traducción realizada en el libro “Observancias del Reino de Aragón vertidas del latín al castellano del derecho y Jurisprudencia. Zaragoza 1865 (J. Martín y Santapau. Pág. 139.

Según la doctrina aragonesa³⁵⁹, el Derecho Foral Aragonés estaba también contenido en las Observancias, ya que para la resolución de los pleitos, los jueces no sólo tenían los Fueros, sino también, recogidos por escrito y con el nombre de Observancias, las costumbres, los precedentes de otros juicios, -sobre todo del Justicia Mayor- y la opinión de los foristas. Eran por tanto la expresión de una forma flexible de creación del derecho en manos de los foristas, en especial de los jueces y por encima de todo del Justicia. Señalando Castán que “no importa que las Observancias sean en rigor una obra doctrinal no promulgada legislativamente, puesto que la aceptación de los juristas dio carácter oficial a todas y cada una de sus normas”³⁶⁰. Las primeras Observancias sistematizadas conocidas eran de finales del siglo XIII. Después destacaron, a principios Siglo XIV, las Colecciones del Justicia Pérez de Salanova, por el orden de los Fueros. Hacia 1400, las “Observantiae Regni Aragoniae” o Colección de Jaime o Jacobo del Hospital, siguiendo también el orden de los fueros. Y por encomienda de Acto de las Cortes de Teruel en 1428, los “Usos, Observancias y Actos de Cortes del Reino”, del Justicia Martín Díez de Aux. Desde entonces, dice la doctrina que se congelaron y petrificaron en un texto ya inalterable. Pero se imprimieron a continuación de los Fueros desde 1476-1477, prácticamente como si fueran leyes y de este modo, aun sin haber sido promulgadas, se consideraron vigentes con fuerza de ley, incluso se teorizó sobre la preferencia entre Fueros y Observancias, por razón de las fechas de unos y otras. Llegando a que “en la fórmula derogatoria del Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho Civil de Aragón promulgado en 1925, se incluyeran las Observancias, como si de leyes se tratara”³⁶¹.

Dice Castán que en las Observancias, sobre todo en las de Martin Diez de Aux -Compilación de las Observancias usos y costumbres del Reino que se observan por los Tribunales, de 1437-, es dónde se aprecian las fuertes presiones romanísticas en el Derecho Civil Aragonés, acusando una gran influencia de la doctrina romanista. Y así “la doctrina jurídica aragonesa, tuvo que hacer esfuerzos para neutralizar la remisión al sentido natural (natural seso) y a la equidad” -medios por los que se introducía el Derecho Romano y el Derecho Canónico, a través de las resoluciones judiciales y del Justicia, que también daba respuestas y declaraciones de fuero -y después su Consejo-, cuando eran consultados por los jueces y otros oficiales sobre casos dudosos-. “Sirviéndose precisamente de la regla del proemio de 1247, para justificar la aplicación supletoria del Derecho Romano, del Derecho Común de España -teniendo como tal al Derecho de Castilla-”³⁶².

³⁵⁹ Manual de Derecho Civil Aragonés conforme al Código de Derecho Foral de Aragón, Editado por el Justicia de Aragón. 4ª edición págs. DL 2012. Págs. 50 y ss. Y entre otros muchos L. Franco y López y F. Guillen y Cavanis en sus 2ª Instituciones de Derecho Civil de aragonés, pág. 1, dice que Art 1 “el cuerpo del derecho Aragonés se compone 1 de los nuevos libros de Fueros recopilados en 1547...2. De los Fueros hechos en las Cortes celebradas hasta el reinado de D Felipe V. 3 De las Observancias y costumbres del Reino mandadas recoger en las Cortes de Teruel de 1428 reinando D Alonso V de Aragón y I en el orden de los Fueros.

³⁶⁰ Castán Tobeñas José, en obra citada Aragón y su Derecho, pág 28, citando a su vez a La cruz en “Contribución a la metodología del Derecho Privado de Aragón pág. 16, y a García Gallo Curso de Historia del Derecho Español. Pág. 266.

³⁶¹ Manual de Derecho Civil Aragonés conforme al Código de Derecho Foral de Aragón, Editado por el Justicia de Aragón. 4ª edición págs. DL 2012. Págs50 y 51.

³⁶² Castán Tobeñas José. “Aragón y su Derecho. (Reflexiones ante la nueva Compilación Civil. Discurso leído como miembro del Colegio de Argón en la sesión académica de su XVIII Pleno celebrada en Zaragoza el 23-4-del corriente año. Publicada por la Excm. Diputación Provincial XXV 1967. Pág.21.

Rafael Bernad señala que “es la fuerza de los hechos la que les atribuiría el valor real que en verdad tuvieron, aunque no lo fuera de manera oficial, pues su importancia y mérito interpretativo resultó indiscutible y clarividente, lo que se traduciría en la asimilación efectiva del Derecho Romano en la práctica judicial aragonesa gracias al culto observado en la interpretación de las normas aragonesas de los textos del Derecho Común por los lugartenientes del Justicia, si bien no fueran estos invocados en tal menester de manera explícita”³⁶³.

Quizás estos datos expliquen la introducción de esta Observancia 1ª del Libro VII -referida frecuentemente al Fuero Único, cuyo título también era “De aqua pluviali arcenda”-, cuyo párrafo primero dice “Acerca de esta materia, debe estarse a lo que suena la letra y es aquí el mejor argumento, el que cada uno puede hacer su voluntad en posesión ajena, mientras lo haga sin daño de aquél de quien es la posesión”. Este -seguido de seis párrafos más³⁶⁴-, es prácticamente traducción del aforismo romano “quod tibi non nocet et alterum prodest, non prohibetur”.

También puede entenderse, en cuanto a su origen, que esta norma, desde antes de estar recogida y conformada como Observancia de fuerte carácter consuetudinario -en las sucesivas recopilaciones de Pérez de Salanova, de Jacobo del Hospital y de Martín Díez de Aux-, era una costumbre arraigada en el ámbito de las relaciones de vecindad, servidumbres y propiedad de predios; y de la que se podía predicar todo lo que la doctrina señala del Derecho Aragonés originario, a saber que sus normas eran fundamentalmente consuetudinarias, y “esporádicamente basadas en autoridad”; que tenía las influencias de algunas costumbres indígenas prerromanas que hubieran sobrevivido; que el derecho visigótico ya muy romanizado pudo tener alguna influencia a través de los mozárabes de las ciudades conquistadas que introdujeron cierta aportación musulmana. Que la influencia exterior fue fundamentalmente del Derecho Franco introducido con la inmigración de quienes vinieron de ultrapuertos a poblar los nuevos centros urbanos como Jaca... .

Esta regla pervivió como Costumbre y como Observancia, desde antes de la “Compilación de las Observancias, usos y costumbres del Reino que se observan por los tribunales” de Martín Díez de Aux³⁶⁵, y después -tras la abolición de los Fueros y Observancias por Felipe V, puesto que el Rey por Decreto de 29-7-1707 mantuvo, a los aragoneses fieles, en sus privilegios particulares; y que por el Decreto de 3-4-1711, la “Sala Civil había de juzgar los pleitos civiles que ocurrieren, según las leyes municipales de este Reyno de Aragón, pues para “todo lo que sea entre particular y particulares, es mi voluntad se mantengan, guarden y observen, las referidas Leyes Municipales, limitándolas sólo en lo tocante a contratos, dependencias y casos en

³⁶³ Rafael Bernad Mainar. “Derecho Romano y Derecho Civil Aragonés: Objetivación de una dialéctica antagónica. Discurso de Ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación. 31-3-2022.

³⁶⁴ 6 párrafos de la Observancia Aqua pluviali arcenda se referieren en sentido análogo a azudes construidos en terreno ajeno y que aparecen destruidos; a servidumbres de paso; a uso de cortar leña en término; en el abrir ventanas en pared común... .

³⁶⁵ Recopilaciones anteriores eran entre otras, las “Observantiae Regni Aragoniae” de Jacobo del Hospital hacia 1400.

que Yo interviniera”³⁶⁶-. Hasta que el “Apéndice correspondiente al Derecho Civil de Aragón”, de 1925-1926, en su fórmula derogatoria, incluyera las Observancias, como si de leyes se tratara³⁶⁷, derogándolas junto a los Fueros, y los Actos de Corte.

Del Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón, aprobado por Real Decreto de 7-12-1925, Castán señala que “refleja el deseo y el propósito de aligerar y simplificar el Derecho Foral, sacrificando aquéllas instituciones, preceptos que se consideraron no esenciales por su poca actualidad o por no discrepar fundamentalmente de lo establecido en el Código General. Dice este autor, que su fondo, contenido, su técnica y su redacción, tenían señalados defectos, no acertando a recoger rasgos que habrían de matizarlo como un sistema jurídico completo”. No se aludía ni a las fuentes, ni a los principios; y en tres artículos se regulaban, las servidumbres en general art.14; la medianería en art.15 y la alera foral en el art.16. Todo lo cual “explica que el Apéndice no satisficiera a la región y que, en 1944, se constituyese una comisión encargada de proponer su reforma”.

El siguiente hito, fue el de la “Compilación de Derecho Civil de Aragón” de 1967, cuyo Título Preliminar, “sobre las normas en el Derecho civil especial de Aragón”, recogía en su artículo 1º las fuentes del ordenamiento jurídico que es el Derecho aragonés –adelantándose en la utilización del término ordenamiento jurídico, a la modificación del Título Preliminar del Código Civil de 1974-; y decía “constituyen el Derecho Civil de Aragón como expresión de su régimen especial, las disposiciones de esta Compilación, integradas con la costumbre y los principios generales en los que tradicionalmente se inspira su ordenamiento jurídico”. De aquí que el “*ius usus inoqui*” que pervivía en las costumbres, Fuero único y Observancias “*de aqua pluvali arcenda*”, que regían en las relaciones de vecindad y las servidumbres, ya podía mencionarse como principio general del Derecho Aragonés, como hacía tiempo invocaba la doctrina civilista aragonesa y del resto de España: Desde la Compilación 1969, pasaba a ser considerado como principio general del ordenamiento jurídico aragonés, conforme a la antigua Observancia 1ª y 6ª del libro VII “*de aqua pluvali arcenda*”, junto con otros principios generales del derecho tradicionales que los autores mencionan.³⁶⁸

En relación con los principios del derecho introducidos en el art. 1 de la Compilación de 1969, ha destacado la tesis de José-Manuel y Rosa María Bandrés Sánchez-Cruzat. En efecto, la dicción del nuevo artículo 1º “las disposiciones de ésta Compilación serán integradas con la costumbre y los principios generales en los que tradicionalmente se inspira su ordenamiento jurídico” supone que “su función es la de completar los preceptos propios de la Compilación, pasando a formar parte de la llamada zona de investigación integradora, erigiéndose en elementos normativos de primer grado, excluyendo la utilización de la analogía o del derecho

³⁶⁶ Jesús Delgado Echeverría, en Manual de Derecho Civil Aragonés conforme al Código de Derecho Foral de Aragón.2012. Edición El justicia de Aragón. Pág.59.

³⁶⁷ Manual de Derecho Civil Aragonés conforme al Código de Derecho Foral de Aragón, Editado por el Justicia de Aragón. 4ª edición pags .DL 2012. Págs50 y 51.

³⁶⁸ Jose-Manuel y Rosa-María Bandrés Sánchez-Cruzat, en Comentarios a la Compilación de Derecho Civil y a las Compilaciones .Págs. 23 y 24. Págs. 207 y 208, 210- 211

supletorio, pues su misión consiste en dar plenitud a las disposiciones de la Compilación, llenando per se cualquier vacío legal que pueda producirse en el actual texto de la Compilación”. Dichos autores destacan como principios generales tradicionales del ordenamiento jurídico aragonés, el de “*standum est chartae*”, el de “libertad civil”, el “principio de unidad y conservación de la casa”; el “principio de troncalidad”, la “equidad”... que encuentran su plasmación legal en algún precepto concreto de la Compilación. Y el principio “*ius usus inocui*”, como mantiene el propio José-Manuel Bandrés, al tratar de la regulación de las relaciones de vecindad, señalando concretamente que “no parece congruente introducir en el Ordenamiento aragonés disposiciones extrañas a sus principios, que se han visto reflejadas en el principio de “*ius usus inocui*”, en la regla que se desprende de la observancia 1ª “*de aqua pluviali arcenda*”... Y también ³⁶⁹respecto de la libertad de apertura de ventanas y luces”.

Andando el tiempo, el “Proyecto de ley de Derecho Civil Patrimonial” (BOE de 22-2-2010) –que pasó a ser Ley 8/2010 de Derecho Civil Patrimonial- fue calificado por la doctrina, de ocasión frustrada en el intento de plasmación del principio “*ius usus inocui*” con su artículo 3º rubricado “Del uso inocuo de la posesión ajena”, inserto en las disposiciones de las relaciones de vecindad y que era como sigue: “Del uso inocuo de la posesión ajena. 1.-Cualquiera puede hacer un uso inocuo de la posesión ajena. El propietario o poseedor podrá oponerse al mismo siempre que la prohibición no constituya un ejercicio antisocial del derecho de propiedad. 2.- El uso no limita los derechos del titular del inmueble ni atribuye a quien lo utiliza derechos sobre el mismo, ni fundamenta la adquisición de servidumbres”. Respecto a este proyecto de ley y proyecto de artículo 3º, Jesús Sanagustín Sánchez dice que “no recibió el beneplácito de nuestros parlamentarios y desapareció en la aprobación final de la Ley 8/2010 de Derecho Civil Patrimonial, hoy refundida en el Código de Derecho Foral de Aragón”. “Lo que provocó su eliminación, fue la única enmienda de supresión total de un artículo del proyecto de ley...”³⁷⁰. La supresión de este artículo “arrastró también la desaparición de la referencia al “*ius usus inocui*” que se contenía en la última frase del apartado 3º párrafo 2º del Preámbulo. Arrastrando asimismo la supresión de la referencia a la Observancia 1ª con la que se iniciaba ese apartado III que ha sido sustituida por la Observancia 6ª en el texto final”. Según el mencionado autor “parece entenderse de la explicación del grupo proponente, que fueron los criterios sobre el tema del Justicia de Aragón y del Colegio de Notarios de Aragón, los que haciéndolos suyos, motivaron la presentación de la enmienda. En efecto el Justicia mantenía en su informe como sigue: “Hasta ahora, la interpretación y delimitación del contenido de este Instituto jurídico en el Derecho Aragonés, –refiriéndose al “*ius usus inocui*”–, se ha venido llevando a cabo tanto desde una vertiente doctrinal como jurisprudencial. En este último ámbito, la resolución individualizada de cada uno de los supuestos que han llegado a los Juzgados y Tribunales ha dado adecuada respuesta a aquellas situaciones contro-

³⁶⁹ Jose-Manuel y Rosa-María Bandrés Sánchez-Cruzat, en Comentarios a la Compilación de Derecho Civil y a las Compilaciones. Págs. 21 a 25.

Y Jose-Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, en Comentarios a la Compilación de Derecho Civil y a las Compilaciones. Págs. 207- 208-214.

³⁷⁰ Jesús Sanagustín Sánchez “Las relaciones de vecindad en el Código de Derecho Foral de Aragón. Luces y sombras”. Págs.112 y ss.

vertidas surgidas entre vecinos por causa de problemas relacionados con el uso del dominio y el ejercicio de derechos reales, tales como servidumbres. Para ello se han venido aplicando las conocidas fórmulas de prohibición del abuso del derecho, del uso antisocial del mismo o la función social del derecho de propiedad. Mediante dichos mecanismos se ha otorgado a los afectados la defensa, tanto del que utilizó sin daño la propiedad ajena como de su titular cuando se vio afectado en sus derechos dominicales ilegítimamente...”. “Y se adjetiva como claro principio regulador de las relaciones de vecindad...” . “Ante esta realidad, ha de cuestionarse la oportunidad de regular el “ius usus inocui” tal y como que aparece redactado en el Proyecto...” . “Para evitar situaciones como la descrita y con el fin de mantener la institución del “ius usus inocui” de una manera acorde con su naturaleza de principio armonizador de las relaciones vecinales debería considerarse su supresión del Proyecto –manteniéndose su ejercicio, protección y tratamiento tal y como hasta ahora tiene lugar, es decir, a través de la actuación de los Tribunales, caso por caso– o bien su regulación en términos que garanticen la correcta protección de las dos partes afectadas en igualdad de condiciones. Máxime considerando la conflictividad que este tipo de usos genera al incidir directamente en el derecho de propiedad de los particulares”. También recoge Jesús Sanagustín, las observaciones del Colegio Notarial de Aragón al Proyecto de Ley de Derecho Civil Patrimonial a este respecto diciendo que: “Este precepto regula el uso inocuo de la posesión ajena, que los juristas suelen denominar, ya desde el Derecho Romano, y en latín, “ius usus innocui”... Por otro lado, también dicen los autores que está subordinado a que no haya oposición alguna por parte del propietario del inmueble. Ninguno de los Derechos de nuestro país ha llegado a convertir en norma legal escrita el “ius usus innocui”. Sin embargo, el proyecto convierte en norma legal escrita un simple uso tolerado y limita al propietario su oposición al solo supuesto de que su prohibición no constituya un uso antisocial del derecho de propiedad. Pues bien, este Colegio considera que una norma como la que contiene el Proyecto puede hacer surgir dudas acerca del alcance y los límites del derecho de propiedad y generar litigios que hasta hoy no han surgido en este ámbito. Por ello, entiende que es preferible que el “ius usus inocui” siga siendo una figura consuetudinaria: Y en consecuencia que se suprima el artículo 3 del Proyecto de Ley”.

El Código de Derecho Civil Foral de Aragón -Decreto Legislativo 1/2011, de 20-3-2011, -en el que se refundieron varias leyes civiles aragonesas recientes, entre otras la Ley de Derecho Civil Patrimonial-, no recoge el “ius usus inocui”. Pero en el ámbito de las relaciones de vecindad y de servidumbres, en los que tradicionalmente ha pervivido este principio consuetudinario de la Observancia primera -hasta la sexta del libro VII “de aqua pluvial arcenda”, en relación con el Fuero único de mismo título-, se han positivizado los siguientes principios, también reflejo en gran medida de las exigencias del “ius usus inocui”³⁷¹, a saber:

-El principio de deber de tolerancia de los vecinos, que se impone como criterio rector de las relaciones intervecinales, presididas por el principio de buena fe, según el Preámbulo

³⁷¹ Jose Luis Argudo Pérez, Obra citada pag. 119.

del Código Foral, a través de los art. 537.³⁷² y 538 y 542 CDFA, -tanto en las conductas permitidas, como en las situaciones toleradas entre vecinos que conforman el uso adecuado o razonable de los inmuebles con una dimensión social que afecta a propietarios y no-dueños -³⁷³.

-El principio de uso razonable y adecuado de los inmuebles o sitios: Art. 538 dice que “Los propietarios de inmuebles o sitios y los titulares de cualquier otro derecho real o personal de uso y disfrute de los mismos, en el ejercicio de sus derechos, no pueden causar riesgo, ni tampoco más perjuicio o incomodidad que los que resulten del uso razonable de la finca según su naturaleza, destino, condiciones generales del entorno y usos del lugar, todo ello conforme al principio de buena fe”. Y también los arts. 539, 540, 543, 544, 545³⁷⁴. En particular el artículo 544 “Paso natural del agua pluvial. Los predios inferiores están sujetos a recibir las aguas que naturalmente y sin obra humana descienden de los predios superiores, así como la tierra o piedra que arrastran en su curso, sin que el dueño del predio inferior pueda hacer obras que lo impidan, ni el del superior, obras que lo agraven”. Este artículo dice José Luis Argudo Périz, que “tiene un claro antecedente foral en el Fuero único “de aqua pluviali arcenda” y la Obsevancia 1ª “de aqua pluviali arcenda” es la inspiradora de la aplicación del “ius usus inocui” en las relaciones de vecindad en el Derecho aragonés. Y se considera que el supuesto está regulado por el derecho administrativo y se controla a través de la concesión de la licencia de edificación”.

- Principio de libertad civil, característico del Derecho Foral Aragonés, arts. 537, 538, 539,542... .

- El de establecimiento por acuerdos normativos que estimen los vecinos, de la regulación de las relaciones de vecindad, que les será obligatoria³⁷⁵, art. 537CDFA.

En lo que hace a las servidumbres, se ha positivizado el principio de ejercicio civiliter, el causar el menor perjuicio e incomodidad a la finca sirviente, del tenor del Artículo 557. Señalando José Luis Argudo Périz que en el nuevo CDFA, “el derecho de paso transitorio por razón de obras de edificación está sujeto al criterio rector de la aplicación del principio el “ius usus inocui”, y el uso razonable del art 538 CDFA, convergiendo con el ejercicio civiliter...”³⁷⁶.

³⁷² Artículo 537. Relaciones de vecindad... 2. Los actos realizados y soportados en el ámbito de las relaciones dSee vecindad se presumen de mera tolerancia. 3...”

³⁷³ art. 542 Construcciones Artículo 542. Paso por razón de obras. Artículo 543. Uso de pared medianera. Artículo 546. Toma de medidas. Artículo 547. Huecos en pared medianera. Artículo 548. Voladizos. Artículo 549. Protecciones. Artículo 550. Derecho a edificar o construir. 1. La facultad de abrir huecos para luces y vistas.

³⁷⁴ Aguas pluviales Artículo 544. Paso natural del agua pluvial.

³⁷⁵ Artículo 537.” Relaciones de vecindad. 1. Los vecinos podrán establecer normas específicas para sus relaciones de vecindad, que obligarán únicamente a quienes las acordaron.”

³⁷⁶ Jose Luis Argudo Périz. “EL art 542 del CDFA: de la servidumbre de andamiaje,al Dº vecinal de paso temporal por razon obras.Pág.119.

III. NATURALEZA JURÍDICA DEL “IUS USUS INOCUI”

Respecto a la naturaleza jurídica del “ius usus inocui” señalar, que como anteriormente se ha indicado, la doctrina y la jurisprudencia lo considera mayoritariamente en la actualidad, un principio general de Derecho Aragonés, “de honda raigambre aragonesa, sentada en la Observancia^{1ª} a 6ª... (SAT de 30-10-83).

Castán considera el “ius usus inocui...como admitido por el Derecho Aragonés al haberse establecido en la histórica Observancia 1ª libro VII, que cualquiera puede utilizar a su discreción la posesión ajena con tal que no lo haga en daño del poseedor...”³⁷⁷. Dice que es un precepto que marca muy bien la nota de solidaridad humana, sea, que “cada uno puede hacer su voluntad en posesión ajena mientras lo haga, sin daño de aquel de quien es la posesión”; suponiendo esto una aplicación del “ius usus inocui” mucho más amplia que la contenida en el art. 699 del código civil suizo”...³⁷⁸. Ya en 1944, este autor trataba también el “ius usus inocui”, como limitación general, genérica e institucional del dominio; señalando que de la idea de comunidad y de la afirmación de la función social de la propiedad, ha surgido la teoría del llamado “ius usus inocui”, citando también a López de Haro. Y consideraba este ius, “más como un derecho natural, que como civil, puesto que está desprovisto de acción y es de desenvolvimiento marcadamente consuetudinario... . Señalaba que tales usos han sido consagrados generalmente al amparo de declaraciones genéricas de los textos legales, no existiendo en nuestro ordenamiento ni una consagración, ni una prohibición explícita del “ius usus inocui”, y sus prácticas en que se traduce hay que entenderlas subordinada a la tolerancia del propietario”. -Excepción sea, pasado el tiempo, la del Derecho Navarro, en el que la Ley 14 del Fuero Nuevo Navarro trata de los “Límites al ejercicio de los derechos. Los derechos pueden ejercitarse libremente sin más límites que los exigidos por su naturaleza, la costumbre, la ley, la moral, la buena fe y el uso inocuo de las cosas por otras personas, sin incurrir en abuso de derecho o ejercicio antisocial del mismo”-. Configurándose por tanto -en este Fuero Nuevo Navarro- el uso inocuo por otras personas, como un límite en el libre ejercicio de los derechos-.

Lacruz, partiendo de la función social de la propiedad según la Constitución E., deduce para el Código civil que “el dueño como regla general, no puede impedir la utilización inocua por otro, de sus bienes inmuebles, pero ha de tratarse de inmisiones que no vulneren la esfera personal del dueño, le sean totalmente indiferentes e incluso puedan favorecerle y cuya prohibición aparecería como mera manifestación antisocial del sentido absoluto del dominio”.³⁷⁹

José Manuel Bandrés y Sánchez-Cruzat, se refiere al “ius usus inocui” y lo considera como principio del ordenamiento civil aragonés, con ocasión del tratamiento en la Compilación 1969, de las relaciones de vecindad, al decir que “no parece congruente introducir en

³⁷⁷ 42 José Castán Tobeñas, en Derecho Civil español, Común y Foral. Editorial Reus. 1964. Pag.161

³⁷⁸ José Castán Tobeñas “Aragón y su Derecho.(Reflexiones ante la nueva Compilación Civil. Discurso leído como miembro del Colegio de Aragón en la sesión académica de su XVIII Pleno celebrada en Zaragoza el 23-4-del corriente año. Publicada por la Exma Diputación Provincial XXV 1967.

³⁷⁹ Lacruz Berdejo JL Elementos de Derecho Civil III, vol 1º Dykinson Madrid 2000 pag 273, mencionado por Jose Luis Agudo Periz . Obra citada pag 91.

el Ordenamiento civil aragonés disposiciones extrañas a sus principios, que vulneran directamente su regulación en materia de relaciones de vecindad, que se han visto reflejadas en el principio “ius usus inocui”, en la regla de que “cualquiera puede utilizar a su discreción la posesión ajena con tal que no lo haga en daño del poseedor” que se desprende de la Observancia 1ª, “De aqua pluviali arcena”, que ha sido catalogada por Franco y López como demostración del espíritu de fraternidad de la legislación aragonesa³⁸⁰. Considerando “-a semejanza del principio general formulado por la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra en materia de limitaciones de inmuebles-, que cabe sostener en el Ordenamiento aragonés, como un vigente apotegma “quod tibi non nocet et alteri prodest 5tad id est obligatus”, que limita por razones de equidad y solidaridad humana el derecho de propiedad³⁸¹.

José Luis Argulo Pérez trata del “principio general del ius usus inocui” recogido en la Observancia aragonesa 1ª -libro VII-, al referirse a las reglas específicas de las relaciones de vecindad del art. 537 del CDFA, en particular en su lado pasivo, con el respeto a los valores y normas constitucionales, entre otros el de la propiedad con su función social, coherente con el mencionado principio general del “ius usus inocui”³⁸²...

Jesús Sanagustín Sánchez, considera el “ius usus inocui” como un límite intrínseco del derecho de propiedad en las relaciones vecinales y en las relaciones con el resto de particulares. De ahí que entienda que hubiere sido correcta su disposición en sede de relaciones de vecindad, teniendo a éstas como límites o limitaciones genéricas del dominio. Se lamenta de su no inclusión primero en la Ley de Derecho Civil Patrimonial y después en el Código de Derecho Foral Aragonés, pues aquel proyecto de artículo 3, junto con el número dos, (hoy 538 Código Foral), del uso adecuado de los inmuebles o sitios, se configuraban como los principios rectores, y complementarios –uso razonable de la finca por el propietario, uso inocuo por el no propietario, vecino o no vecino– del Derecho de vecindad patrimonial en Aragón.

El Justicia de Aragón en su Informe al Proyecto de la Ley de Derecho Civil Patrimonial de 2010 -que se integró en el Código de Derecho Foral de Aragón-, lo calificó de instituto jurídico en el Derecho Aragonés, que se ha venido llevando a cabo tanto desde una vertiente doctrinal como jurisprudencial. Y también como principio armonizador de las relaciones vecinales.

El Colegio Notarial de Aragón reconoció su existencia como costumbre no escrita en sus “Observaciones al Informe al Proyecto de Ley de Derecho Civil Patrimonial cuyo artículo 3 consagraba el uso inocuo de la posesión ajena”. En dichas Observaciones, dice J. Sanagustín Sánchez seguido por José Luis Angulo Pérez, que, no negando su vigencia, el Colegio consideró que el “ius usus inocui” sigue siendo una figura consuetudinaria.

³⁸⁰ Jose-Manuel Bandrés Sanchez-Cruzat. Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales. Edersa 1988. Pág. 207.

³⁸¹ Jose-Manuel Bandrés Sanchez-Cruzat. Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales. Edersa 1988. Pág. 208

³⁸² Jose Luis Argudo Periz, las relaciones de vecindad en Manual de Derecho Civil Aragonés conforme al Coodifgo de derecho civil foral de aragon 1912. Pags.680

López de Haro ya en 1921, en su artículo sobre el “ius usus inocui”, señala que “las costumbres autorizan hechos que entran en el “ius usus inocui” y que merecen el respeto de las leyes, y si no hay costumbres, por principios generales del derecho que debe permitir el aprovechamiento que a nadie perjudica...”. Citando a Covarrubias, considera que el principio de equidad puede considerarse el fundamento del “ius usus inocui”. Y citando a Giner y Calderón, señala que el “ius usus inocui” es el derecho que a todos asiste de explotar aquellas utilidades de toda cosa que son compatibles con el aprovechamiento del primer dueño, el cual no puede prohibirlas ni limitarlas en tal caso”³⁸³.

Diez Picazo y Gullón mantiene que el uso inocuo está fundado en la tradición jurídica y se ha afirmado que es un principio general del derecho, pero depende de la tolerancia del propietario que puede excluir a los demás de cualquier uso o aprovechamiento, por insignificante que sea pero propugna medir la conducta del propietario para valorar si se revela como antisocial y constitutiva de un abuso de su derecho para prohibirla en consecuencia (art. 7 del Título Preliminar)³⁸⁴.

Prof. Antonio García mantiene que el “ius usus inocui” sigue existiendo en nuestro derecho y en la concepción actual del derecho de propiedad existen importantes fundamentos para defender la existencia de tal derecho sin entrar a considerar si el ejercicio de la facultad de exclusión es abusivo o no.³⁸⁵

Prof. Bernardo Moreno Quesada trata también del “ius usus inocui”³⁸⁶, señalando que estos aprovechamientos tradicionales lo han sido y lo son “sin necesidad de permiso del propietario o titular del aprovechamiento del terreno dónde están o nacen; y “aun en contra de la voluntad del dueño, si es que alguna vez llegara a plantearse esta oposición”.

Albaladejo García entiende que no se puede construir una teoría general sobre las manifestaciones consuetudinarias y que el “ius usus inocui” no constituye un límite a la propiedad, por lo que el titular de la propiedad puede cesando en su tolerancia prohibir tales aprovechamientos³⁸⁷.

O’Callaghan Muñoz X., refiere que el “ius usus inocui” se había tratado con relación a producciones sin importancia de la tierra; pero se puede plantear respecto de otros supuestos, en cuyo caso, más que un límite al derecho de propiedad, se trata de una mera tolerancia del dueño; aunque podría plantearse como aquél si se diera abuso de derecho, pero no ya como uso inocuo³⁸⁸.

³⁸³ Carlos López de Haro, “El jus usus inocui”. Revista de Derecho Privado. 1921. Págs. 18 a 29.

³⁸⁴ Diez Picazo y Gullón. Sistema de Derecho Civil III. Tecnos Madrid 1997 pag 169.

³⁸⁵ González García J, la facultad de exclusión del propietario opus cit, pág. 203.

³⁸⁶ Bernardo Moreno Quesada. Obra citada. Pág. 522.

³⁸⁷ Albaladejo García M. Derecho Civil III, vol I. opus cit. Pág. 260.

³⁸⁸ O’Callaghan Muñoz X. Compendio de Derecho Civil. T III 1998. Págs. 100.101

Lasarte Álvarez,³⁸⁹ al tratar de la facultad de exclusión de la propiedad hace referencia al “ius usus inocui”, expresión que integra el utilizar los predios ajenos sin que el dueño sufra daño alguno ya que se trata de un uso inocuo y cita las manifestaciones primordiales de tal derecho ya aludida y propias del ámbito rural. Pero considera sumamente dudoso que semejantes actividades y otras similares se funden realmente en un derecho a utilizar por muy inocuamente que sea, la propiedad ajena. Al contrario, parece que semejantes aprovechamiento tradicional se asientan exclusiva y generalmente en la tolerancia del dueño que debe ser patente, ya que ciertas actuaciones podrían coincidir con las descritas en los tipos penales del hurto, incluido el hurto .

IV. TRATAMIENTO ACTUAL “IUS USUS INOCUI” EN LA JURISPRUDENCIA ARAGONESA.

La Jurisprudencia de los Tribunales aragoneses ha invocado reiteradamente el “ius usus inocui”, mayoritariamente en referencia a las relaciones de vecindad, a la medianería, a las plantaciones arbóreas, a las servidumbres. Más recientemente, en relación a las instalaciones de aerogeneradores, incluso a las distancias en construcciones que afectan al derecho fundamental a la intimidad y al “ius usus inocui” en relación con la propiedad intelectual y la reciente doctrina anglosajona del “fair use, uso inocuo”.

Partimos de una destacada sentencia del SAT de Aragón, de 30 de octubre de 1983 (RJ1983\5847) consideraba al “ius usus inocui” como “un principio de honda raigambre aragonesa que junto a la Observancia 6ª del mismo título, según autorizada doctrina y jurisprudencia territorial aragonesa (intérprete de su tradicional Derecho), dicha Observancia no establece ni regula régimen alguno de servidumbre, sino que se limita, de acuerdo con el principio de honda raigambre aragonesa sentado en la Observancia primera («cualquiera puede utilizar a su discreción la posesión ajena con tal que no lo haga en daño del poseedor»), a fijar las reglas convenientes para una buena convivencia pacífica, manifestación del “ius usus inocui”, lejos de un rígido ejercicio de los derechos dominicales como exclusivos y excluyentes, por vía de equidad y buen sentido, incluso económicamente favorables para la edificación y el mejor aprovechamiento y reparto del hoy llamado «medioambiente » (luz y paisaje)”.

También destacamos las siguientes:

-Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 06/07/2005, en recurso: 6/2005, de casación por interés casacional al no existir jurisprudencia de esta Sala acerca de la cuestión jurídica debatida; contra St Audiencia Provincial Zaragoza. El fundamento de derecho 5º de la St. dice... “La aplicación del Derecho Civil general no contraviene los principios informadores del Derecho Aragonés, puesto que: a) son principios reguladores de las relaciones de vecindad en Aragón los de buena fe, libertad civil, solidaridad y admisión del “ius usus inocui”, o del derecho de uso no dañino... .. No apreciando la Sala que haya existido infracción del ordenamiento jurídico, procede la desestimación del recurso de casación”.

³⁸⁹ Carlos Lasarte Alvarez. Compendio de derechos reales e Hipotecario. Octava edición. Pag 6.

- **Sentencia Audiencia Provincial Zaragoza nº 242/2021 de 3/3/2021, recurso apelación 130/2021**, “Concretamente, el uso de la pared medianera ha de establecerse en el contexto de las relaciones de vecindad (arts. 537 y 538 CDFA). Es decir, acuerdos razonables, de mera tolerancia y que, a priori no suponen hechos que pudieran consolidar derechos frente al copropietario. Lo que remite a los conceptos indeterminados de uso razonable, destino, condiciones del entorno, usos del lugar, etc... “ius usus inocui”... . Décimo tercero. Procede, pues, estimar el recurso y desestimar la demanda”.

- **Sentencia 76/2018 Audiencia Provincial de 25-01-2018, recaída en recurso de apelación 1067 /2017**. La cuestión litigiosa se centra en determinar si el espacio o superficie de muro que existe en la zona retranqueada de la antigua vivienda del demandante Sr. Bernabé, tiene o no la condición de medianero. FDºcuarto declara que “concretamente, el uso de la pared medianera ha de establecerse en el contexto de las relaciones de vecindad (arts. 537 y 538 CDFA). Es decir, acuerdos razonables, de mera tolerancia y que, a priori, no suponen hechos que pudieran consolidar derechos frente al copropietario. Lo que remite a los conceptos indeterminados de uso razonable, destino, condiciones del entorno, usos del lugar, etc... ; “ius usus inocui”, Art. 543 CDFA).

- **Sentencia 92/2011 de 9-2-2011 Audiencia Provincial de Zaragoza, recaída en recurso apelación 783/2010**. FDº séptimo declara que “como ha reiterado la jurisprudencia aragonesa, las relaciones de vecindad que regula el Artículo 144 de la C.D.C.A. se fundamentan en el respeto a la intimidad y privacidad del vecino y en el principio del “ius usus inocui”... . Por ello se ha entendido que las “terrazas” constituyen “huecos” desde los que se puede violar la intimidad y privacidad del vecino. FDºoctavo declara la estimación parcial del recurso, de la demanda principal y de la reconventional.

- **Sentencia Audiencia Provincial de Zaragoza 221/2009 de 14-4-2009, en recurso de apelación: 163/2009**. “... En la litis, el desencuentro era netamente jurídico: para la parte actora se trata de un hueco susceptible de incardinarse en el Art 144.2 C.D.C.A. Por el contrario, para la parte demandada no sería así, se estaría ante una “terrazza” y no ante un “hueco” propiamente dicho. En el FDºsegundo..., el art 144 C.C.C.A. regula las denominadas “relaciones de vecindad”... Además de esta cautela, lo que caracteriza la regulación del Art. 144 es el principio del “ius usus inocui”, concretado en una interpretación finalista del precepto, cual es la de “preservar la intimidad del vecino” y “respetar su privacidad”. Por eso el concepto de “huecos” ha de considerarse y valorarse en atención a ese claro espíritu tuitivo...” .

- **Sentencia Audiencia Provincial de Zaragoza sección 2ª, 647-04 , de 30-11-2004, en el recurso apelación 395 /2004** La cuestión jurídica se centra..., considerando que el art. 143 de la Compilación del Derecho Civil Aragonés debe ser integrado con las propias fuentes del Derecho Aragonés, con preferencia al Código Civil, no pudiendo introducir en Derecho Aragonés disposiciones extrañas a sus principios, que vulneraría directamente su regulación en materia de relaciones de vecindad reflejadas en el principio “ius usus inocui”. En su FDº 3º, esta sentencia declara que “No puede desconocerse que la cuestión principal del presente recurso es ciertamente controvertida desde el punto de vista doctrinal o judicial, pues ha dado lugar a diversas resoluciones contradictorias... . De cualquier manera, los antecedentes históricos del precepto y su literalidad hace referencia clara a los árboles frutales, así su origen data

de las redacciones jaquesas del siglo XIII “Fuero de Antich e Comunal” pasando con análoga regulación a los Fueros de Teruel, Albarracín, y Daroca, sobreviniendo de manera consuetudinaria hasta la Compilación de 1967, inspirándose pues el precepto en la consideración del árbol frutal como elemento de producción, que puede originar algún perjuicio o incomodidad como limitación de la propiedad rústica y que cabría compensar con su participación directa de los frutos (Fueros de Jaca y Huesca) o de los frutos caídos sobre la heredad invadida (Fuero de Teruel o Albarracín). Parece un poco forzado, a la vista del escueto régimen legal, el extender a todo tipo de árboles el precepto -143 Compilación del Derecho Civil Aragonés- dada la dicción literal del mismo y sus antecedentes históricos, en todo caso las reglas de equidad y buena fe inspiradoras del principio “ius usus inocui”, podrían quedar quebrantadas ante los daños y molestias que causaría este tipo de arbolado plantado dentro de las distancias marcadas por el propio C.Civil y que en el caso presente se hacen evidentes a la vista de la testifical practicada (art. 376 L.E.C .) documental y fotografía... . Por lo que se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación de los demandantes.

-Sentencia Audiencia Provincial de Zaragoza de 561/2003, de 20-10-2003, en recurso de apelación: 319/2003, sobre relaciones de vecindad y distancia plantación árboles.

En su FDº se declara: “Independientemente de que no cabría admitir la sujeción a distancias como se solicita por la recurrente, es decir, en relación con el cauce del riego y no a la pared del actor, no es de aplicación lo dispuesto en el art. 591 del Código Civil, pues no es necesario acudir a este precepto al no poderse considerar que exista laguna en el Derecho Aragonés, en cuanto a la regulación de plantación de árboles lindantes con las propiedades ajenas o de árboles medianeros (art. 143 y 144 nº 3 de la Compilación del Derecho Civil Aragonés) quedando sujetas las relaciones de vecindad entre propietarios colindantes únicamente a las reglas de equidad y buena fe conforme el principio “ius usus inocui” dentro pues de los principios inspiradores del ordenamiento Civil Aragonés en esta materia, el problema pues se reduce a considerar si la actuación de los demandados es un acto contrario a la buena fe o equidad. FDº3º Se desestima el recurso de apelación confirmando la sentencia apelada.

-Sentencia Audiencia Provincial de Zaragoza (sección 5ª) 187/2001, de 26-3-2001, en recurso de apelación 412/2000.

En su FD17º declara que: “En el supuesto de los aerogeneradores no se dan razones de índole eminentemente agrícola y biológica. Aquí sería inadmisibles la opinión que contemplan otros ordenamientos, a diferencia del aragonés, cual es la tala o poda de las ramas invasoras (Art. 592 del Código Civil y Ley 367 de la Compilación Navarra). No se introduce por crecimiento sino por inadecuada instalación... . Además, los frutos (energía eléctrica) no se producen sobre el fundo cuyo vuelo se ocupa, sino dentro del predio donde está el pie del molino y a través de la mecánica que transforma el viento en electricidad. Por lo tanto, tampoco en este punto puede hablarse de “identidad de razón”. FDº 18 “Y, por fin, como regla exegética general, no ha de perderse de vista que el precepto estudiado -(Art. 143 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón) se basa -como ya se expuso- en principios de equidad, prudencia y equilibrio, desprendidos de las tradicionales máximas del “ius usus inocui” y de la más específica del “quod tibi non nocet et alteri prodest ad id est obligatus”. De tal manera que si la obligación de soportar la inmisión ajena escasamente perjudicial se compensaba con una regla económicamente prudente (la mitad de los frutos de las ramas invasoras), parece desproporcionado, desmesurado y desequilibrado el que una escasa

invasión temporal de un vuelo (no siempre las aspas vuelan sobre la finca de las actoras), que no da sombra, ni perjudica al invadido, se vea compensado con una proporción de los beneficios que en ninguna medida ha favorecido a su producción, pues el aire es “res nullius” y bajo ningún concepto hubiera tenido derecho a cortar la parte de aspas excedidas. De aquí que se falle como sigue: “Que estimando parcialmente los recursos de apelación interpuestos.... Y estimando parcialmente la demanda principal interpuesta por las hermanas S... María C... F..., debemos declarar que las demandadas han invadido las propiedades y posesión de las fincas de las actoras, con las obras de instalación y explotación del Parque E “El P”, tanto en suelo como en vuelo. Debiendo ser aquéllas repuestas a la situación precedente a dicha invasión, tanto en suelo como en vuelo. Condenar solidariamente a las demandadas, “C E C, S.A.” y “C E de Z, S.L.” a reponer a las actoras en la posesión anterior a la invasión de sus fincas; fijándose para caso de incumplimiento de la condena de hacer las cantidades indemnizatorias recogidas en el informe pericial Sr. Rodrigo, con las matizaciones del fundamento jurídico once, derivados del transcurso del tiempo (26.285.600 ptas.) Desestimando la demanda reconvencional interpuesta por “CE C, S.A.” y “C E de Z, S.L.”, debemos absolver a las hermanas So., María Cris., Filo. de esa pretensión...”

- **Sentencia Audiencia Provincial de Huesca 125/1992, de 26-6-1992**, En su FDº 2º declara que “dada la permisibilidad existente en esta materia en Aragón para abrir huecos para luces y vistas sobre el fundo vecino, que no constituye una servidumbre sino una regla de tolerancia y de buena vecindad Aragonesa inspirada en el “ius usus inocui”, no puede prosperar la pretensión del actor de que se realicen obras que impidan las vistas desde la terraza o azotea controvertida, que no vuela sobre la propiedad del actor, pues no es sino el techo de los garajes del edificio de la comunidad demandada... Se falla estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto.

- **Sentencia Audiencia Provincial de Huesca 282/2010, de 21-12-2010**, El actor cuestiona el acallamiento de la arista y la colocación de los anclajes desde su posición de propietario del muro, pero no en su cualidad de medianero. En el FDº1º señala que, la primera de tales obras no altera las facultades de uso de la medianería reguladas en el Código Civil, como las previstas en su artículo 579, dado que la arista recortada se encuentra en la parte que da a la propiedad del demandado, de manera que podemos hablar de un uso inocuo de la pared, de acuerdo con los argumentos más extensos desarrollados en la sentencia apelada, los cuales damos por reproducidos para evitar repeticiones innecesarias. Y la misma conclusión hemos de sostener respecto a los anclajes de la puerta.

- **Sentencia Audiencia Provincial de Huesca 34/2015, de 1-03-2015, relativa a la servidumbre de tejado** en pared, recogiendo en su FDº3 la regulación de los voladizos o salientes en el artículo 548 del Código de Derecho Foral de Aragón y la de las relaciones de vecindad en su artículo 537 no puede alterar la conclusión anticipada, al tratar de supuestos distintos a los aquí enjuiciados. De igual modo, no podemos aceptar un uso inocuo del alero permitido por las normas de vecindad.

- **Sentencia Audiencia Provincial de Huesca 7/2017, de 17-1-2017**, sobre relaciones de vecindad, pared medianera, uso razonable e inocuo, dice que “la ubicación de la chimenea y su colindancia con el tejado del demandante, que además se reconoció que se extendió unos

10 cm más en su vuelo para proteger la pared, no es una situación de injerencia en el derecho de propiedad sino que debe enmarcarse en las relaciones de vecindad y dentro de éstas y conforme al art. 538 CDFA no se observa que se desarrolle un uso no razonable de la misma, por lo que deberá ser tolerada por el demandante, a quien no puede considerarse que le cause un perjuicio sustancial pues el óxido no es visible desde la calle, pudiendo considerarse inocuo”.

V. En la actualidad, el “ius usus inocui”, ha adquirido, nuevos matices y gran actualidad, al haberse resaltado las coincidencias con la doctrina de origen estadounidense, del “fair use” -uso leal, justo- que se ha manifestado en el ámbito del derecho de propiedad intelectual y sobre la que se ha pronunciado tanto la jurisprudencia aragonesa, como la del Tribunal Supremo.

En efecto, la doctrina mantiene que superada por la propia evolución de la sociedad, y la concepción rural del derecho inocuo, lo cierto es que dicho derecho, goza hoy día de una segunda juventud al menos en nuestra jurisprudencia.

Así por una parte destaca por lo esclarecedor la sentencia del Tribunal Supremo 172/2012 cuyo FDº5º es muy revelador, decisivo y es como sigue: Decisión del recurso. “Planteado así el recurso, ha de ser desestimado por las siguientes razones: 1ª) No es cierto que la sentencia recurrida decida el litigio alterando el sistema de fuentes mediante una aplicación del derecho estadounidense, porque su referencia al “fair use” (uso justo, limpio o leal) se enlaza con la que dentro del mismo párrafo se hace al “ius usus inocui” (derecho al uso inocuo del derecho ajeno), que no puede sostenerse seriamente resulte ajeno al ordenamiento jurídico español, porque a su reconocimiento por la doctrina y la jurisprudencia españolas (por ej. SSTs 20-3-89, 14-3-03 y 29-4-09) se unen la configuración constitucional de la propiedad como un derecho delimitado por su función social, de acuerdo con las leyes (art. 33.2 ConstituciónE), la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la utilidad individual y la función social como elementos que definen inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes (STC 37/1987) o, en fin, que con arreglo al art. 7.2 CC el intento de prohibir el uso inocuo de un derecho pueda rechazarse si a su vez ese intento constituye un ejercicio antisocial del propio derecho... Esto permite que la denominada regla, prueba o test “de los tres pasos” contenida en el art. 40 bis pueda considerarse como manifestación especial en la LPI de la doctrina del “ius usus inocui”, del principio general del ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la buena (art. 7.1 CC), del principio asimismo general de la prohibición del abuso del derecho o del ejercicio antisocial del mismo (art. 7.2 CC) y de la configuración constitucional del derecho de propiedad como derecho delimitado, lo que a su vez exige, en caso de litigio....³⁹⁰ .

³⁹⁰ STS. 172/2012 “...En definitiva, esta Sala considera que, aun cuando los límites al derecho de autor deban interpretarse restrictivamente, ninguno de los dos artículos en cuestión de la LPI, el 31.1 o el 40 bis, es excluyente de la doctrina del ius usus inocui para permitir el uso inocuo con arreglo a los propios principios de la LPI ni, menos aún, de la consideración de los arts. 7 CC , 11 LOPJ y 247.2 LEC . Antes bien, la pretensión de que se cierre el buscador de Google o de que se condene a esta demandada a pagar una indemnización por una actividad que beneficia al demandante, al facilitar en general el acceso a su página web y el conocimiento de su contenido, debe considerarse prohibida por el apdo. 2 del art. 7 CC, como abuso del derecho de autor o ejercicio antisocial del mismo, por cuanto al amparo de la interpretación restrictiva de los límites al derecho de autor pretende perjudicar a Google sin obtener ningún beneficio propio, como no sea fama, notoriedad o la propia indemnización pedida en la demanda.

Pero con anterioridad, con fecha de 2-12-1998, se publicó la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza 708/1998, sobre el “fair use”, del tenor siguiente: en la “doctrina anglosajona se ha definido “fair use” -uso leal-, éste es, un privilegio otorgado al público en general para utilizar de manera razonable una obra protegida por la propiedad intelectual sin el consentimiento de su propietario, a pesar del monopolio que le corresponde sobre su obra, conforme a lo cual, para determinar si el uso de una obra en un caso concreto es leal y, por consiguiente constituye una excepción lícita al derecho de reproducción, es necesario tomar en consideración los cuatro factores siguientes: 1º.-El destino y el carácter del uso y, principalmente, la naturaleza -comercial de aquél o su destino a fines no lucrativos; 2º.- la naturaleza de la obra protegida; 3º.- El volumen y la importancia de la parte utilizada con relación al conjunto de la obra protegida; y 4º.- La influencia del uso sobre el mercado potencial de la obra protegida o sobre su valor, especificándose en aquel derecho que, con relación al primer elemento, se opone “fines comerciales” a “fines educativos y no lucrativos”; con relación al segundo, se añade el interés público, pueden entrar en consideración en lo que se refiere a la libre circulación de obras de información; pero para las obras de distracción debe predominar el interés de los autores... Los altos fines que por esencia persigue todo centro universitario..., no justifica sin más el quebranto de los derechos de autor, cuando unos y otros son compatibles y el cumplimiento de los primeros no implica que el autor se quede sin la debida remuneración compensatoria. Consecuentemente, el recurso interpuesto contra la sentencia del juzgado ha de estimarse y revocándose, debe aceptarse la demanda y las peticiones declarativas y condenatorias que se contienen en su suplico. Se falla, estimando el recurso de apelación..., entrando a conocer del fondo del pleito, declaramos: 1º) Que la demandada U de Z se halla obligada a solicitar de C..., la pertinente autorización o licencia para la utilización, mediante el sistema de reproducción por reprografía o máquinas fotocopadoras, de las obras impresas que forman parte del repertorio de mi mandante y de las que ésta ostenta el derecho a su reproducción. 2º) Que se ha llevado a cabo por la demandada, y a la misma resulta imputable, una actuación merecedora de ser calificada como de reproducción ilícita de obras impresas o reprografía ilegal. 3º) Que en tanto la demandada no cuente con la pertinente autorización o licencia para reproducir obras cuyos derechos de explotación se hayan protegidos en favor de sus titulares no puede efectuar el fotocopiado de tales obras, ni siquiera parcialmente, ni de las obras que forman parte del repertorio de C..., cuya gestión tiene encomendada, teniendo la demandada la obligación legal de cesar en la actividad ilícita consistente en reproducir las citadas obras en sus establecimientos o servicios de reprografía y a no reanudarla hasta la obtención de la correspondiente licencia o autorización...”

Hay que concluir señalando que, aunque el “ius usu inocui” es un principio general del Derecho Foral Aragonés, también del Derecho Civil Común y un derecho, ha sufrido como muchas figuras jurídicas, evolución y transformaciones: Así sus manifestaciones clásicas, como por un lado los aprovechamientos de pastos y rastrojeras, están afectados en los últimos tiempos por la normativa de la PAC, que a la postre, puede restringir el ámbito objetivo de ejercicio del “ius usus inocui”, puesto que, en tanto que todo pasto puede ser objeto de derechos de PAC que atribuyen ayudas comunitarias a sus titulares; éstos, si las solicitan ejercitando aquellos derechos, están obligados a realizar alguna actividad sobre los pastos y en

consecuencia pueden excluirlos de posibles ejercicios del “ius usus inocui” por otros interesados. Por otra parte, algunos aprovechamientos espontáneos tradicionales, como la recogida de setas, espárragos silvestres..., están cada vez más acotados por los Ayuntamientos, o por agrupaciones de propietarios, para que los aprovechen estos o los vecinos en general. En otros casos, la recogida de plantas medicinales, flores..., está frecuentemente prohibida por normas administrativas de protección ambiental. Así como la utilización de las aguas de las fuentes, que están reguladas por normas sanitarias y municipales. En otros ámbitos, determinados usos por otros ciudadanos, pueden ser sospechosos, o al límite de constituir okupaciones, usurpaciones, hurtos..., figuras penales en definitiva. Sin embargo “ius usus inocui” subsiste como principio general del derecho, en el ámbito de las relaciones de vecindad, medianería, servidumbres y límites del derecho de propiedad. Y se aprecia un nuevo renacimiento o florecimiento de este “ius usus inocui”, por su aproximación y afinidades con el “fair use” estadounidense, anglosajón, en el ámbito de la propiedad intelectual, como he referido en la anterior jurisprudencia expuesta, muy esclarecedora y pionera.

CONSECUENCIAS CIVILES DE LA INASISTENCIA ALIMENTARIA EN SITUACIONES DE RUPTURA FAMILIAR

Por el

Excmo. Dr. D. Isaac Tena Piazuelo³⁹¹

Académico de Número

1. INTRODUCCIÓN

El pasado mes de diciembre de 2024, en la conmemoración del vigésimo aniversario de la Ley Integral contra la Violencia de Género, la ministra de Igualdad (Ana Redondo), anunciaba una revisión para abordar con más profundidad nuevos tipos de violencia machista. En concreto, a modo de ejemplo, citaba la “violencia vicaria”, la violencia a través de las redes sociales e internet, y la “violencia económica”. Efectivamente, pocos meses después (en febrero de 2025) el Congreso de los Diputados aprobó el informe final para la renovación³⁹² del Pacto de Estado contra la Violencia de Género, con más de 460 medidas. «El texto contempla “incorporar de manera específica la violencia económica en nuestro ordenamiento jurídico” mediante la trasposición de la Directiva Europea 2024/1385, así como “reconocerla, regularla y definirla” como la acción de “limitar, suprimir o controlar” el acceso de las víctimas a los recursos económicos con el objetivo de que dependan económicamente del agresor. “Debe tenerse en cuenta que la violencia económica de género no es solo el delito de impago de pensiones, sino también otros tipos penales como el delito de alzamiento de bienes, estafas, apropiaciones indebidas o administración desleal”, detalla el informe final. En concreto, el texto incorpora propuestas como llevar al Código Penal un tipo que “recoja todas las conductas” que buscan “limitar la economía e independencia económica de las mujeres” o añadir al delito

³⁹¹ Catedrático Dº Civil. Universidad de Zaragoza. Miembro del Grupo de Investigación Consolidado «*Ius Familiae*» (S30_20). Esta publicación es parte del Proyecto de investigación PID2023-153228NB-I00 “Nuevas vulnerabilidades: equilibrios y desequilibrios en el ordenamiento jurídico-privado” financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER, UE.

El presente trabajo trae causa de uno anterior, bastante más extenso, relativo a la «Violencia económica por deudas de alimentos y su incidencia en las relaciones parentales» (*Revista de Derecho Civil*, Vol. XI, 2/2024, pp. 35-73). Tuve también ocasión de ocuparme de esta temática con la ponencia «Consecuencias civiles de la violencia económica por deudas de alimentos» en el I Congreso internacional «El Derecho civil en la jurisprudencia. Tendencias actuales sobre persona y familia», Zaragoza, enero 2025.

³⁹² Actualizando el precedente Pacto de Estado (2017).

de impago de pensiones una modalidad agravada que tenga en cuenta la situación económica en la que deja a la víctima»³⁹³.

2. CONTEXTO

Como corresponde al título de este trabajo, que voy a ir desarrollando, las consecuencias civiles del incumplimiento de la obligación de alimentos deben contextualizarse mediante varios presupuestos conceptuales. Comenzando por una realidad que, no solamente es circunstancial, acaba caracterizando un determinado modelo familiar vigente en la sociedad contemporánea. Por otro lado, sin perjuicio de las características o especialidades del Derecho de familia de los Derechos territoriales, me referiré ahora a las consecuencias de la inasistencia alimentaria desde la perspectiva del Código civil español.

2.1 La ruptura familiar

En términos estadísticos (a pesar de las ligeras fluctuaciones anuales en los datos que proporciona el INE, y que suele adelantar el CGPJ) la incidencia de la ruptura matrimonial en nuestro país es bastante significativa en cuanto a la alta *tasa relativa de divorcios*³⁹⁴ por número de matrimonios. Según las tabulaciones estadísticas, en más de la mitad de las rupturas hay hijos menores o dependientes económicamente, a los que se asigna una pensión alimenticia de la que suele hacerse cargo el padre (en más de la mitad de los casos todavía, a pesar del incremento de las custodias compartidas). De modo que podría describirse una situación bastante general en que los padres varones son los deudores de las pensiones alimenticias, de las que resultan acreedores los hijos y las madres encargadas de administrar tales pensiones³⁹⁵. Lo que, evidentemente, propicia que con mayor posibilidad también sean los padres varones los que desatiendan deudas semejantes, retrasándolas o incumpléndolas de manera definitiva. En suma, no resulta extraño que (con tanta frecuencia como cabe que se adeuden alimentos) quede definido un determinado estereotipo en las situaciones de ruptura familiar, en que con alguna frecuencia un hombre agrede o daña económicamente a una mujer y a los hijos que estén a su cuidado³⁹⁶. Lo que a su vez puede constituir el supuesto de hecho para desencadenar especiales consecuencias normativas, y que se activen ciertos sesgos que tienen que ver con

³⁹³ «El nuevo Pacto de Estado reconoce la violencia económica como una forma de violencia machista», El Diario.es (11 febrero, 2025): (https://www.eldiario.es/sociedad/nuevo-pacto-reconoce-violencia-economica-forma-violencia-machista_1_12042575.html).

³⁹⁴ Tipo de ruptura matrimonial que es abrumadoramente superior (constituyen el 95% de las rupturas) al número de separaciones conyugales (alrededor de un 5% de las rupturas), o las nulidades (que no llegan al 1%).

³⁹⁵ Con independencia de que se trate de la disgregación de familias matrimoniales o no matrimoniales.

³⁹⁶ En cuanto al delito de abandono de familia, que puede integrarse por el impago de deliberado de pensiones de alimentos, “la realidad criminológica de la autoría del delito es preeminentemente del hombre, en una década el 91.07% de penados han sido hombre mientras que el 8.93% mujeres”. Cfr. PÉREZ FERNÁNDEZ, I., «Análisis sobre la realidad del impago deliberado de la pensión de alimentos. Propuesta de modificación del fondo de garantía de anticipos para el impago de pensiones en el marco de la protección contra la violencia de género económica», febrero, 2025 https://www.comfin.org/file/repository/Informe_propuesta_modificacion_FOGAPA_COMFIN_Ixaxi_Perez_pacto.pdf [acceso: marzo, 2025].

el enfrentamiento genérico entre mujeres y hombres. Creo que no resulta exagerado afirmar que en este tipo de conflictos familiares se puede producir una especie de *tormenta perfecta* de dificultades emocionales y jurídicas.

En cuanto al criterio para la atribución de la guarda, la opción por la compartida no deja de extenderse. En 2023 se produjo un cambio de tendencia que es importante: por primera vez la custodia compartida (en el 48.4% de las rupturas) superó levemente a la custodia otorgada exclusivamente a la madre (47.8% de rupturas). Dejando de lado otras consecuencias de tal modalidad compartida de guarda sobre los hijos, me importa mencionarla ahora en la medida en que los tribunales han dejado claro que no excluye la existencia de pensiones alimenticias y, consiguientemente, la posibilidad de deudas incumplidas al respecto.

2.2 Las pensiones de alimentos y la obligación alimentaria

La palabra alimentos (en sentido gramatical, *conjunto de atenciones que una persona precisa para vivir*) no agota el significado jurídico de la obligación alimentaria en el ámbito familiar. Para empezar, el concepto jurídico de *necesidad* es más amplio que el significado gramatical de subsistencia. La obligación de alimentos, en el ámbito de las relaciones familiares, es el deber jurídico que tienen determinados parientes para proporcionar asistencia (“alimentos”) a otros. El Código civil ofrece un concepto plural para tales alimentos de familia y de la obligación de prestarlos, pues presenta manifestaciones diferentes³⁹⁷. En situaciones de integridad familiar (es decir, antes de la ruptura) el sustento y los demás gastos que requieran los hijos forman parte del contenido de la patria potestad y por lo general los alimentos se proveen directamente en la propia situación de convivencia³⁹⁸. También hay en el Código civil una normativa general dedicada al Derecho de “alimentos entre parientes” (art. 142-153 CC). Y, finalmente, están los alimentos en el contexto de una crisis de pareja a propósito de la nulidad, separación o el divorcio de la pareja matrimonial con hijos (art. 93-106 CC), y los efectos similares en cuanto a los hijos de parejas de hecho no casadas entre sí que tienen su propio cauce procesal de reclamación.

Aquella distinta conceptualización de los alimentos ofrece algunos denominadores comunes. Pero también diferencias que, en último término, resultan relevantes para entender la

³⁹⁷ Sin entrar en mayores detalles, es preciso aclarar que la categoría jurídica de los alimentos puede tener diverso contenido y diferente título en función de las situaciones familiares en que se requieran tales atenciones. Aunque no resulte provechosa la discusión sobre si hay distintas clases de alimentos en el Código, lo cierto es que sí hay allí un régimen jurídico de los alimentos con diferente sistemática.

³⁹⁸ Por más que no haya dos familias iguales y, en consecuencia, no tenga mucho sentido hablar de “normalidad familiar”, al menos esa expresión podría considerarse relativamente sinónima de una característica convivencia (la *convivencia familiar*).

trascendencia del incumplimiento de las obligaciones alimentarias³⁹⁹, es decir, la inasistencia alimentaria. Hay que destacar la marcada importancia que tales prestaciones merecen cuando se trata de hijos menores de edad (o afectados por alguna discapacidad)⁴⁰⁰.

3. VIOLENCIA “ECONÓMICA”

3.1 Violencia económica en la jurisprudencia

Hay un ámbito en que la infracción de las cargas tras la ruptura familiar deja de ser un mero incumplimiento de obligaciones civiles. Cuando se elude el deber de pagar las pensiones alimenticias, se integra un supuesto de abandono de familia tipificado penalmente: el delito de abandono de familia. Aun así, hasta el momento había una clara diferencia entre la consideración y las consecuencias jurídicas de la violencia, por un lado, y el impago de las pensiones alimenticias por otro. Sin embargo, ha aparecido un término (“violencia económica”⁴⁰¹) que propicia una mayor proximidad conceptual entre ambas categorías jurídicas. Se trata de un exceso que, a pesar de estar incluido en el Convenio de Estambul que lo contempla como violencia contra la mujer, apenas ha sido recibido, ni desarrollado, en los países europeos⁴⁰². La tipificación en el ordenamiento jurídico español de la violencia económica como violencia

³⁹⁹ Se trata de una obligación civil, pero cuenta también con una específica protección de Derecho público. El derecho a percibir alimentos a cargo de los progenitores goza, incluso, de fundamento constitucional, *cfr.* art. 39.3 CE. *Vid.*, *vgr.*, STC nº 2/2024, 15 enero 2024, ECLI:ES:TC:2024:2 (Fº Jº 2, c)).

Es decir, el incumplimiento de la obligación alimentaria origina una serie de acciones que pueden ejercitarse tanto en vía civil (constituyendo, tal vez, una causa de privación de la patria potestad del infractor, *cfr.* art. 170 CC, o para la revocación de donaciones por ingratitud, *cfr.* art. 648 CC, o la desheredación, *cfr.* art. 853-855 CC), como a través de un procedimiento penal por abandono de familia.

⁴⁰⁰ En tal sentido, como síntesis del criterio de los tribunales, baste mencionar la STS (Civil) de 15 octubre 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3485) «...la doctrina de la sala...afirma que: “De inicio se ha de partir de la obligación legal que pesa sobre los progenitores, que está basada en un principio de solidaridad familiar y que tiene un fundamento constitucional en el artículo 39.1 y 3 CE, y que es de la de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico (SSTS de 5 de octubre de 1993 y 8 de noviembre de 2013). De ahí, que se predique un tratamiento jurídico diferente según sean los hijos menores de edad, o no, pues al ser menores más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención”».

⁴⁰¹ La expresión “violencia económica” resulta más frecuente, aunque también designan el mismo fenómeno otras denominaciones equivalentes como “abuso económico” o “abuso financiero”. *Vid.* MARTÍN LÓPEZ, M.^a T., «Explorando la violencia económica en la pensión de alimentos», *La Ley Derecho de Familia*, 39/2023, pp. 54-65.

⁴⁰² Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (Permalink ELI [https://www.boe.es/eli/es/ai/2011/05/11/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/ai/2011/05/11/(1)/con)). La reciente Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo (aprobada el 14 de mayo de 2024) “sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica”, ha incluido algunas alusiones muy generales a la violencia de carácter económico.

de género todavía resulta un tanto reciente y relativa⁴⁰³. Y probablemente por eso mismo ha sido poco estudiada, en contraste con otras formas de violencia. Todavía está apenas visibilizada, lo que según algunos autores acaba dificultando su evitación. A pesar de todo, cabe la posibilidad, el tiempo lo dirá, de que llegue a normalizarse el concepto de *violencia por incumplimiento de las deudas alimentarias*. Lo que, a su vez, podría determinar que se generalizasen otras consecuencias en cuanto a la guarda de los hijos en potestad en mayor medida de lo que sucede actualmente. De cualquier modo, no se trata de una mera cuestión económica (aunque tenga enorme trascendencia, también desde ese punto de vista). Sino que está en juego el propio fundamento ético (y, por supuesto, legal) de la obligación de atender y sostener a los hijos no emancipados.

Para la entrada en nuestro ordenamiento jurídico de la idea de que la inasistencia alimentaria puede ser constitutiva de violencia económica, ha sido decisiva la doctrina sentada en la Sala segunda del TS. Por medio de sendas sentencias casacionales, de que ha sido ponente el Magistrado Sr. Magro Servet, comenzando por la STS (2ª) 17 marzo 2021 (ECLI:ES:TS:2021:914)⁴⁰⁴. Adviértase (lo destaco con las cursivas) cómo se imputa el impago de pensiones a la categoría de violencia económica y se detallan los presupuestos de la reprochabilidad de la conducta del incumplidor.

«[...] existe delito de impago de pensión alimenticia que puede configurarse como *una especie de violencia económica*, dado que el incumplimiento de esta obligación deja a los propios hijos en un estado de necesidad en el que, ante su corta edad, y carencia de autosuficiencia, necesitan de ese sustento alimenticio del obligado a prestarlo, primero por una *obligación moral y natural* que tiene el obligado y si ésta no llega lo tendrá que ser por obligación judicial. Y ello, al punto de que si se produce el incumplimiento del obligado a prestarlos, ello exige al progenitor que los tiene consigo en custodia a llevar a cabo un *exceso en su esfuerzo de cuidado y atención hacia los hijos, privándose de atender sus propias necesidades* para cubrir las obligaciones que no verifica el obligado a hacerlo. *Todo ello determina que podamos denominar a estas conductas como violencia económica cuando se producen impagos de pensiones alimenticias*. [...] Además, si no se satisface la pensión alimenticia en la cuantía que se estipuló en convenio o resolución judicial será el progenitor que se queda con ellos en custodia quien tiene que sustituir con su esfuerzo personal, como hemos expuesto, el incumplimiento del obligado, con lo que, al final, *se ejerce una doble victimización*, a saber: sobre los hijos como necesitados de

⁴⁰³ Vid. art. 1.-4. LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. “La violencia de género a que se refiere esta Ley también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero”.

La mayor frecuencia objetiva de que sean los varones quienes ejercen semejante tipo de control o violencia sobre una mujer no excluye que pueda suceder lo contrario en alguna ocasión, o que se trate de relaciones familiares distintas. Es decir, la violencia económica también puede producirse dentro de un contexto de violencia doméstica o intrafamiliar (en sentido amplio), sin tener que adoptar una perspectiva excluyente de género. Cfr. CASADO CASADO, B., «Violencia económica y relaciones de pareja. Los efectos de una violencia soterrada», *Actualidad civil*, 1/2024 (*La Ley*, 2835/2024).

⁴⁰⁴ En la STS (2ª) de 17 enero 2024, sobre delito de abandono de familia, se reitera por el mismo ponente la doctrina sentada en la STS de 17 marzo 2021.

unos alimentos que no reciben y sobre el progenitor que debe sustituir al obligado incumplidor por tener que cubrir los alimentos que no presta el obligado a darlos» (Fº Dº cuarto, 30).

La doctrina jurisdiccional de las Audiencias (e, incluso, algún TSJ) está resultando muy permeable a los nuevos principios sobre violencia económica, pero no tanto el TS (salvo las sentencias ya señaladas del Sr. Magro Servet). Los tribunales van aceptando la expresión “violencia económica”, además también se está normalizando la comprensión de su concepto jurídico en muchas reclamaciones que se formulan en la instancia. En cuanto a la legislación positiva, tanto a nivel nacional como autonómico se considera la violencia económica como una especie de una categoría más amplia que es la violencia de género⁴⁰⁵. Sin embargo, a pesar de que en abundantes pronunciamientos judiciales se alude a la violencia económica, es importante tener en cuenta que se trata de resoluciones dictadas las más de las veces a propósito del delito de abandono de familia por impago de pensiones, pero sin comprometer las consecuencias de Derecho civil en cuanto a los derechos parentales⁴⁰⁶. Además, no siempre es evidente la influencia del argumento de violencia económica como *ratio decidendi* de los fallos correspondientes. En definitiva, la violencia económica no se ha asociado todavía a las consecuencias civiles que pudiera producir sobre la titularidad parental, la guarda, o los derechos de visita respecto de los hijos. Otro tanto sucede en la legislación especial sobre violencia familiar. Todavía se está lejos de generalizar la violencia económica como determinante de ciertas consecuencias que se producen en el ámbito de la conflictividad familiar.

3.2 Violencia económica en la legislación española

Como hemos visto en el apartado anterior, de algún modo la violencia económica tiene ya algún acomodo en el Derecho español. El reconocimiento de su existencia, y que se le haya dado un nombre, es importante. Pero su trascendencia todavía podría ser mayor en la medida en que se identifique como una modalidad más de violencia de género (aun siendo una compulsión de características distintas de la violencia material). La violencia económica podría merecer la consideración de una forma de violencia de género⁴⁰⁷, aunque su tipifica-

⁴⁰⁵ La panorámica de la legislación autonómica resulta muy ilustrativa, pues las abundantes referencias expresas a la violencia económica contrastan con la más tímida atención en el Derecho general del Estado.

⁴⁰⁶ En realidad, tampoco en la referida STS del Sr. Magro Servet puede pasarse por alto que se trata de una sentencia dictada en causa seguida por los delitos de alzamiento de bienes y abandono de familia. Aunque tiene el mérito de otorgar carta de naturaleza a un tipo peculiar y relativamente novedoso de violencia, en modo alguno permite generalizar el principio de que las deudas de alimentos sean manifestación de violencia suficiente en sí para condicionar determinados derechos que integran la autoridad parental, o su propia titularidad.

⁴⁰⁷ Incluso puede considerarse un tipo específico de violencia contra la infancia y la adolescencia (cfr. STS (Penal) de 17 enero 2024 (ECLI: ES:TS:2024:242) (Fº Dº segundo, 17)), en la medida en que el art. 1 de la Ley 8/2021 de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, dispone de manera general: “2. A los efectos de esta ley, se entiende por violencia toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión...”. Cfr. SOLÉ RESINA, J., «Violencia económica contra la mujer. El impago de pensiones y la reparación integral del daño», *La Ley Penal*, 161/2023.

ción como tal en el ordenamiento jurídico español todavía resulta un tanto escasa y relativa⁴⁰⁸. En consecuencia, doctrinalmente puede conceptuarse todavía con bastante libertad de criterio, incluso adoptando -si se quiere- una determinada perspectiva de género. La violencia económica “implica explotar la desventaja financiera de la víctima y controlar su acceso a los recursos necesarios convirtiéndose en un dependiente del abusador para el mantenimiento, principalmente, de sus hijos”⁴⁰⁹. Sin embargo, debe tenerse presente que la frecuencia con que es un hombre quien ejerce semejante tipo de control o violencia sobre una mujer no excluye que suceda lo contrario en alguna ocasión o que se trate de relaciones familiares distintas: “la violencia económica no tiene necesariamente que ser violencia de género, porque puede darse en el entorno familiar también, entre ascendientes y descendientes, por ejemplo, entre miembros de la familia en general, pero resulta habitual que se desarrolle entre parejas y sea ejercida contra la mujer por el hecho de ser mujer, por su pareja o ex pareja”. Es decir, la violencia económica también puede producirse dentro de un contexto (en sentido amplio) de violencia doméstica o intrafamiliar, sin tener que adoptar una perspectiva excluyente de género⁴¹⁰.

⁴⁰⁸ Téngase en cuenta que la violencia económica constituye una modalidad de abuso (con o sin perspectiva de género) bastante amplia, que tiene en lo relativo al impago de pensiones alimenticias una de sus especies más recientes. Cfr. «Estudio de la violencia económica contra las mujeres en sus relaciones de pareja o expareja», Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género (<https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/investigaciones/2023/pdf/RE-Violenciaeconomica.pdf>) [Acceso: enero, 2024].

A veces la terminología que se utiliza para designar un fenómeno con manifestaciones múltiples contribuye a oscurecerlo en el laberinto de posibilidades. Podría ser el caso ahora, pues las connotaciones de la “violencia” entre personas con un vínculo afectivo pueden ser muy diversas (como “de género”, “intrafamiliar”, “doméstica”, “de pareja”, *etc.*). Con todo, se puede compartir la precisión de VELA SÁNCHEZ: “las expresiones más exactas para hacer referencia a este tema son la de «violencia de género en el ámbito de la pareja» o la de «violencia sobre la pareja», porque aluden a la violencia ejercida por un hombre sobre la mujer y, al mismo tiempo, concretan la esfera en que dicha violencia se produce: la matrimonial o la afectiva, como el caso de las uniones o parejas de hecho o de los meros novios sin convivencia marital. Se distingue así de otros tipos de violencia familiar ejercida contra la mujer y las menores de edad en el seno de la familia y perpetrada por miembros de la propia familia, en el marco de las relaciones afectivas y los vínculos del entorno familiar...”. Cfr. VELA SÁNCHEZ, A. J., *Las consecuencias civiles de la violencia de género: estudio doctrinal y jurisprudencial*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2022, p. 41. En las páginas sucesivas de este trabajo puede verse una exposición de los diferentes niveles normativos de previsión (nacional, autonómico, internacional) de tales manifestaciones de violencia.

Aunque “violencia económica” resulta más frecuente, a pesar de su novedad, también se utilizan otras expresiones equivalentes como “abuso económico” o “abuso financiero”. Vid. MARTÍN LÓPEZ, M.ª T., «Explorando la violencia económica en la pensión de alimentos», *La Ley Derecho de Familia*, 39/2023, pp. 54-65.

Vid. DEVÍS MATAMOROS, A., «El delito de impago de pensiones como instrumento frente a la violencia vicaria contra la mujer», en DE PABLO SERRANO, *et al.* (dir.), *Retos pendientes en el camino hacia la igualdad de las mujeres en el siglo XXI: debates en el ámbito del derecho, la criminología, la sociología y los medios de comunicación*, ed. Reus, Madrid, 2021, pp. 97-116.

⁴⁰⁹ Cfr. DOMÍNGUEZ FABIÁN, I., *et al.*, «La violencia económica y el tratamiento del impago de pensiones en el ordenamiento jurídico español», en LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M. y ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., (dir.), *La violencia de género en la sombra*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 73-91. Thomson Reuters Aranzadi [en línea], [Acceso: enero, 2024]. Disponible en <https://proview-thomsonreuters-com>. Hay alguna opinión en el sentido de considerar que puede tratarse de una manera de continuar una situación de mal trato, difícil de apreciar y de castigar penalmente. “Porque pocas cosas pueden causar más angustia que no saber si en el momento convenido habrá llegado el importe de la pensión destinado a la manutención de los hijos, de ver embargado un sueldo o perder una vivienda por falta de pago de la otra parte obligada. Y también puede suponer un modo de obligar a la mujer a ponerse en contacto con quien fue su maltratador simplemente para reclamarle –y a veces hasta suplicarle– que haga frente a los gastos a los que está obligado”.

⁴¹⁰ Cfr. CASADO CASADO, B., «Violencia económica y relaciones de pareja. Los efectos de una violencia soterrada», *Actualidad civil*, 1/2024 (*La Ley*, 2835/2024), en línea [acceso: febrero, 2024].

En algunas leyes autonómicas⁴¹¹, a pesar de la escasa atención en el Derecho general, sí que existen referencias expresas a la “violencia económica”. Así, por citar solamente algunos ejemplos (sin ánimo de extenderme demasiado en tal sentido), el artículo 4 de la Ley catalana 5/2008 del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista, modificado por la Ley 17/2020, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 5/2008, enumera entre otras “Formas de violencia machista”: “e) Violencia económica: consiste en la privación intencionada y no justificada de recursos para el bienestar físico o psicológico de una mujer y, si procede, de sus hijos o hijas, en el impago reiterado e injustificado de pensiones alimenticias estipuladas en caso de separación o divorcio, en el hecho de obstaculizar la disposición de los recursos propios o compartidos en el ámbito familiar o de pareja y en la apropiación ilegítima de bienes de la mujer”⁴¹².

El artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004, de Protección Integral contra la Violencia de Género utiliza un concepto bastante amplio de violencia de género, pues se refiere aquellos actos que tengan o puedan tener como resultado: “...un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”. Es decir, como precisa POVEDANO-DÍAZ⁴¹³, la violencia de género puede tener diversas mani-

⁴¹¹ Andalucía: Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género (modificada por la Ley 7/2018, de 30 de julio), art. 3.3, d). Aragón: Ley 4/2007, de 22 de marzo de Violencia de Género, art. 2, i). Baleares: Ley 11/2016, de 28 de julio, de igualdad de mujeres y hombres, art. 65.4 c). Canarias: Ley 16/2003, de 8 de abril, de prevención y protección integral de las mujeres contra la violencia de género, art. 2.1. Cantabria Ley 1/2004, de 1 de abril, de Violencia de Género, art. 3. Castilla y León: Ley 13/2010, de 9 de diciembre, contra la violencia de género, art. 2.2, d). Castilla-La Mancha: Ley 4/2018, de 8 de octubre, para una sociedad libre de violencia de género, art. 5 c). Cataluña: Ley 5/2008 del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista (modificado por la Ley 17/2020, de 22 de diciembre, art. 4 e). Galicia Ley 11/2007, de 27 de julio, para la erradicación y tratamiento integral de la violencia de género, art. 3 c). La Rioja: Ley 3/2011, de 1 de marzo, de prevención, protección y coordinación institucional en materia de violencia, art. 5 c). Murcia Ley 7/2007, de 4 de abril, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres y de Protección contra la Violencia de Género, art. 40.1. d). Navarra: 14/2015, de 10 de abril, para actuar contra la violencia hacia las mujeres (define la violencia económica, art. 3.3c)). Valencia: Ley 7/2012, de 23 de noviembre, integral contra la violencia sobre la mujer, art. 3.4).

⁴¹² Vid. AVILÉS PALACIOS, L., «La violència econòmica i la proactivitat judicial», *Idees: Revista de temes contemporanis*, 59/2022 (<https://revistaidees.cat/la-violencia-economica-i-la-proactivitat-judicial/>) [Acceso: enero, 2024]. La sentencia de 22 julio 2021 del Juzgado Penal nº 2 de Mataró (Barcelona) reconoció por primera vez en el Estado español la violencia económica como violencia de género. Por medio de esta sentencia, como juez sentenciadora, elevé (dice la propia autora de esta referencia) al Gobierno de España una iniciativa legislativa judicial (exposición razonada) por la vía del artículo 4.2 del Código penal para la tipificación de la violencia económica (en sus diversas modalidades y, específicamente, el impago de pensiones) como modalidad de violencia de género, y para la regulación de cláusulas de reparación integral a las víctimas que comprendan el mal económico efectivamente causado y también el denominado mal social.... El impago reiterado e injustificado de pensiones sirve habitualmente al progenitor incumplidor también en el resto de modalidades de violencia económica- para perpetuar una situación de control a su pareja, propia de la violencia de género. Hay, en estos casos, sometimiento al estrés y al sufrimiento psicológico, lo que aumenta la vulnerabilidad de hijas e hijos menores de edad y dependientes, y se convierte en una forma de violencia vicaria (cfr. *ibidem*, el original escrito en lengua catalana). Vid. «Un juzgado Penal de Mataró solicita tipificar la “violencia económica” como modalidad de violencia de género. La magistrada eleva exposición razonada al Gobierno central para que estudie la tipificación», *Poder Judicial España* (8 octubre 2021), <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/Un-juzgado-Penal-de-Mataro-solicita-tipificar-la-violencia-economica-como-modalidad-de-violencia-de-genero> [Acceso: enero, 2024].

La iniciativa de aquella magistrada ha tenido algún recorrido hasta el momento (como en el Pacto de Estado contra la Violencia de Género), aunque no tan ambicioso como tal vez había esperar. Cfr. el titular del periódico «La Vanguardia» de 22 febrero 2022: “El Gobierno tipificará la violencia económica de género en el Código Penal. El Ejecutivo recoge la propuesta de la magistrada Avilés para castigar el abuso económico hacia las víctimas”. Medida que todavía dista de realizarse.

⁴¹³ Cfr. POVEDANO-DÍAZ, A., «La violencia económica contra la mujer, un maltrato a veces invisible», *The Conversation*, 24 noviembre 2022 (<https://theconversation.com/la-violencia-economica-contra-la-mujer-un-maltrato-a-veces-invisible-195178>) [Acceso: mayo, 2023].

festaciones, como una forma de violencia física, psicológica, sexual, económica⁴¹⁴. Esta última supone el control por parte del varón de la libertad, disponibilidad, o seguridad financiera de la mujer⁴¹⁵. Esta modalidad no aparece mencionada expresamente en aquel art. 1 de la Ley de 2004. Sin embargo, precisamente por el carácter omnicompreensivo del precepto, tal silencio no constituye un inconveniente para considerarla incluida. Además, otras leyes posteriores sí mencionan expresamente conductas de violencia económica. Como la Ley (Andalucía) 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género, que en su artículo 3 (“Concepto, tipología y manifestaciones de violencia de género”) dispone: “2. La violencia a que se refiere la presente Ley comprende cualquier acto de violencia basada en el género que implique o pueda implicar para las mujeres perjuicios o sufrimientos de naturaleza física, psicológica, sexual o económica. ... 3. Los actos de violencia de género a los que se refiere el apartado 4 del presente artículo podrán responder a cualquiera de la siguiente tipología: a) Violencia física.... b) Violencia psicológica... c) Violencia sexual... d) Violencia económica, que incluye la privación intencionada y no justificada legalmente de recursos, incluidos los patrimoniales, para el bienestar físico o psicológico de la víctima, de sus hijos o hijas o de las personas de ella dependientes, o la discriminación en la disposición de los recursos que le correspondan legalmente o el imposibilitar el acceso de la mujer al mercado laboral con el fin de generar dependencia económica”.

La Ley 7/2012, de 23 de noviembre, integral contra la violencia sobre la mujer en el ámbito de la Comunitat Valenciana, define en su art. 3 (“Manifestaciones de la violencia sobre la mujer”), apartado 4, la violencia económica: “se considera violencia económica, a efectos de esta ley, toda limitación, privación no justificada legalmente o discriminación en la disposición de sus bienes, recursos patrimoniales o derechos económicos, comprendidos en el ámbito de convivencia de la pareja o en los casos de ruptura de la relación”.

La Ley Foral navarra 14/2015, de 10 de abril, para actuar contra la violencia hacia las mujeres, dispone en su art. 3 (“Definición y manifestaciones de la violencia contra las mujeres”) -3. A los efectos de esta ley foral, las formas de violencia ejercida hacia las mujeres en cualquiera de las manifestaciones señaladas anteriormente tienen como consecuencia

⁴¹⁴ Algunos autores, e incluso ciertos ordenamientos jurídicos, introducen una distinción entre violencia económica y violencia patrimonial. Tal vez demasiado sutil (aunque la primera se relacionase con la supervivencia económica y la otra con la libertad de disposición de los bienes propios), e innecesaria salvo que una y otra modalidad tuvieran consecuencias distintas. Tal diferenciación puede verse, *vgr.*, en El Salvador (art. 9) en la Ley especial integral para una vida libre de violencia contra las mujeres (2011, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9509.pdf>). *Vid.* (por enlace de POVEDANO-DÍAZ) el trabajo del magistrado peruano CÓRDOVA LÓPEZ, O., «La violencia económica y/o patrimonial contra las mujeres en el ámbito familiar», *Persona y Familia: Revista del Instituto de la Familia* (Perú), Vol. 1 Núm. 6 (2017), <https://revistas.unife.edu.pe/index.php/personayfamilia/article/view/468/295> [Acceso: enero, 2024]. Resulta, además, interesante este trabajo por la panorámica internacional (de América del Sur) que ofrece a propósito de la violencia económica y patrimonial.

Sobre la tipología de violencia de género, *vid.* CARRALERO VALERA, M., «La violencia económica de género. Especial referencia a la obligación de alimentos y el delito de impago de pensiones», *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, 36/2023, pp. 30 ss.

⁴¹⁵ “Por ejemplo, negarse a pagar la pensión alimenticia es un clásico comportamiento de violencia económica que tiene el objetivo claro de seguir dominando la vida de la expareja a través del control de los recursos económicos”. *Cfr.* POVEDANO-DÍAZ, *loc. cit.*, *ibidem*.

un daño o sufrimiento de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, derivado, entre otros, de los siguientes actos: ...c) Violencia económica: la privación intencionada, y no justificada legalmente, de recursos para el bienestar físico o psicológico de la mujer y de sus hijas e hijos o la discriminación en la disposición de los recursos compartidos en el ámbito de la convivencia de pareja”.

La Ley 4/2018 de 8 de octubre, para una sociedad libre de violencia de género en Castilla-La Mancha, en su art. 5 (“Formas de violencia de género”) define con parecidos términos: “c) Violencia económica: la privación intencionada y no justificada legalmente, de recursos para el bienestar físico o psicológico de la mujer y de sus hijas e hijos, ya se produzca durante la convivencia o tras la ruptura, o la discriminación en la disposición de los recursos compartidos en el ámbito de la convivencia de pareja”.

4. CONSECUENCIAS CIVILES DEL IMPAGO DE LAS PENSIONES ALIMENTICIAS.

4.1 La posibilidad de privación de la patria potestad.

En el ámbito de consecuencias civiles el impago de pensiones, en teoría al menos, podría llegar a constituir una causa de privación de la potestad parental del infractor (*cfr.* art. 170 CC). Aunque en realidad, de ocurrir, sería algo excepcional⁴¹⁶. El Código no precisa semejante consecuencia, pues solamente se refiere de manera genérica al incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad⁴¹⁷: “Cualquiera de los progenitores podrá ser privado total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el *incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial*” (art. 170 CC). En la práctica las deudas por alimentos únicamente se aprecian por los tribunales en concurrencia con otros hechos, que en conjunto pongan de manifiesto una forma de abandono de los hijos por parte del progenitor obligado a mantenerlos, y supeditando la libertad de ponderación de los jueces siempre al beneficio de los menores. Es decir, no se aprecia el impago de pensiones como causa única y determinante de la privación de las funciones parentales, sino que debe tratarse de un incumplimiento reiterado de tales deberes (no solamente patrimoniales, también de los afectivos⁴¹⁸).

En suma, para valorar la posibilidad de privar de la potestad parental habría que atender a dos parámetros: uno objetivo, otro especialmente subjetivo. Un incumplimiento grave y

⁴¹⁶ En el ámbito de las consecuencias de índole penal, *vid.* BERROCAL LANZAROT, A. I., «El régimen jurídico del derecho de visitas, comunicación y estancias. En especial, en los casos de violencia de género y violencia vicaria», *RCDI*, 796/2023, pp. 1042-1043.

⁴¹⁷ En el Código civil catalán, *vid.* art. 236.-6.

Un buen compendio del criterio adoptado en la jurisdicción penal en cuanto a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad puede verse en la STS (2ª) de 8 octubre 2019 (ECLI: ES:TS:2019:3035).

⁴¹⁸ Estos últimos pueden advertirse por la regularidad de los contactos y visitas. *Vid.* STS (1ª) 23 mayo 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1661), Fº Dº cuarto.

reiterado, y que la sanción resulte beneficiosa para los hijos⁴¹⁹. La preeminencia del interés del menor sigue siendo incuestionable, también en circunstancias de objetiva gravedad.

4.2 La influencia en cuanto a la atribución de la guarda de los hijos

Cuando se disuelve la comunidad familiar, la guarda de los hijos puede corresponder a los progenitores bien de manera exclusiva, bien de manera conjunta. En el primer caso, resulta más fácil identificar la posición acreedora y la deudora en la relación obligatoria de la prestación alimenticia. Tal vez no tanto en la modalidad de guarda conjunta, desde el momento en que ambos progenitores atienden las necesidades de los hijos aprovechando normalmente los respectivos períodos de convivencia. Ahora bien, en las situaciones de guarda alternada no se excluye forzosamente la existencia de prestaciones alimenticias: «Esta sala ha declarado [...] que los alimentos están sujetos al principio de proporcionalidad, en base a la capacidad de ambos progenitores y necesidad del alimentado. Esta Sala [...] ha declarado que la estancia paritaria no exime del pago de alimentos cuando exista desproporción en los ingresos de ambos progenitores [...]» (STS (1ª) 9 diciembre 2022 (ECLI:ES:TS:2022:4499) Fº Dº segundo). En el mismo sentido, otras como la STS (1ª) 4 octubre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3627) Fº Dº tercero.

Determinadas conductas sancionadas penalmente están al mismo tiempo contempladas en el Código civil como causa de exclusión de la custodia compartida⁴²⁰. Debemos examinar al respecto el art. 92.-7 CC, que de manera expresa se refiere únicamente la exclusión de la modalidad compartida de guarda. Esa literalidad, aparentemente, dejaría fuera de la consecuencia jurídica la guarda exclusiva, de la que parece que no se podría privar al progenitor cuya conducta esté dentro del supuesto de hecho que la norma contempla. Pero tal interpretación es contraria al espíritu y finalidad de la norma, nos abocaría a un absurdo: quien no resultase idóneo para compartir la guarda, ¿podría tenerla, sin embargo, en exclusiva?⁴²¹.

Hechas las anteriores aclaraciones podemos preguntarnos: la violencia producida por la inasistencia alimentaria ¿podría encaminarse -por la vía del art. 92.-7 CC- a los efectos de privar de la guarda conjunta al infractor condenado por abandono de familia? Vamos a verlo. En el art. 92.-7 CC, el supuesto de hecho que de manera imperativa desencadena la consecuencia jurídica (*no procederá la guarda conjunta...*) se refiere a determinadas conductas de agresión

⁴¹⁹ Recientemente, *vid.* STS (1ª) de 30 enero 2024 (ECLI:ES:TS:2024:433).

⁴²⁰ Aunque no toda condena penal firme excluya forzosamente la modalidad compartida de la guarda, al menos cuando ya se hubiera cumplido la pena (*cfr.* STS (1ª) de 28 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1207), Fº Dº cuarto). alguna Audiencia había mantenido el criterio de que el juez, en interés superior del menor, podría otorgar la custodia compartida a pesar de que uno de los progenitores hubiera sido condenado por violencia, en contraste con aquella jurisprudencia del TS que entiende que no cabe este tipo de guarda cuando las relaciones entre los litigantes se encuentran muy gravemente deterioradas. *Vid.* DE LA IGLESIA MONJE, M.ª I., «La prevalencia del interés superior del menor en el otorgamiento de la custodia compartida aun tras la sentencia firme recaída sobre el progenitor por actos de violencia familiar o machista», *RCDI*, 789/2022, pp. 421-439.

⁴²¹ La propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de profesores de Derecho civil salva tal inconveniente, pues el art. 219.-7.5 dispone (las cursivas son mías): «*En ningún caso puede conferirse la guarda, sea cual sea el modo en que ésta se articule*, a los condenados por sentencia firme por un delito de violencia familiar, aunque los menores no sean sus víctimas directas. Tampoco puede acordarse la guarda cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica». *Vid.* Asociación de profesores de Derecho civil, *Propuesta de Código civil*, Tecnos, Madrid, 2018.

o violentas que ya se estén enjuiciando o de las que haya indicios⁴²². Hasta ahora cabía pensar que las más de las veces el impago de alimentos no supone un acto de violencia en sentido propio, ya fuera directa, o vicaria en la persona de los hijos o incluso sobre las mascotas. Ni siquiera cuando esa conducta mereciera una consideración o reproche penal como abandono de familia, por el continuado incumplimiento voluntario por parte del deudor de la pensión. Sin embargo, algo puede estar comenzando a cambiar. Quiero decir que ya hemos comprobado páginas atrás cómo algunas resoluciones judiciales de diverso ámbito, a partir de la paradigmática STS (2ª) de 17 marzo 2021 (reiterada, por el mismo ponente -Sr. Magro Servet- en la STS (2ª) de 17 enero 2024), han venido a reconocer que el impago puede constituir una forma de *violencia* caracterizada como “violencia económica”⁴²³. Por tanto, podemos preguntarnos: si se admite semejante calificación de violencia, ¿no se estaría integrando el supuesto de hecho del art. 92.-7 CC que se ha descrito? En algún caso el incumplimiento de la prestación de alimentos podría considerarse (como advierte la STS de 17 marzo 2021) que origina -incluso- una *violencia agravada*, al tratarse de una *doble victimación*: el constreñimiento que provoca la carencia de las pensiones que no se perciben afecta injustamente a los hijos acreedores, pero también al otro progenitor que tendrá que proveer subsidiariamente atendiendo las necesidades de su prole más allá de la atribución que le hubiera correspondido. Yendo un poco más lejos, tal vez no sería descabellado considerar que la situación de *necesidad* que provoca quien no paga las pensiones que adeuda constituye una forma de atentar contra la vida de los perceptores, en alguna de sus acepciones, o contra su libertad, por ejemplo.

A mayor abundamiento, aunque nos resistiésemos a identificar violencia con el abandono de familia provocado por no pagarse las pensiones, tampoco tendría demasiado sentido que las penurias ocasionadas de ese modo a los hijos no tuvieran trascendencia alguna en los derechos de guarda sobre ellos. Se produciría un extraño contraste con el (nuevo) inciso final del art. 92.-7 CC, cuando dice que sí se apreciará la existencia de malos tratos a animales, o la simple amenaza de causarlos. Es decir, podría darse el contrasentido de que las necesidades mal atendidas para el sustento de los animales (el mal trato, o la amenaza de causarlo) tuvieran mayor trascendencia sobre la guarda de los hijos que el cuidado de estos mismos.

En suma, la violencia económica podría tener (en el plano teórico, al menos) la consecuencia, prevista el art. 92.-7 CC, de excluir la modalidad compartida de la guarda⁴²⁴. Una conclusión válida al menos formalmente: el abandono de familia constituido al desatender el pago de las pensiones alimenticias, siendo calificado como violencia económica, podría quedar dentro de las previsiones del art. 92.-7 CC para privar al infractor de los derechos de guar-

⁴²² El TS (1ª) ha formulado una cuestión de inconstitucionalidad (Auto de 11 enero 2023, ECLI:ES:TS:2023:581A) por si la norma contenida en el apartado 7 del art. 92 CC contraviniera el principio de interés superior del menor. Ya que, por el carácter automático e imperativo de la consecuencia jurídica que contiene (excluir la modalidad compartida de la guarda de los hijos), priva de la posibilidad de valorar en el caso concreto la gravedad del delito que se atribuye a uno o a ambos progenitores.

⁴²³ Vid. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P., «El impago de pensiones como violencia económica», en ZURILLA CARINANA, Mª Á., *Violencia contra las mujeres: un enfoque jurídico*, Madrid, 2011, pp. 111-130.

⁴²⁴ Es necesaria una “relación pacífica” entre los progenitores para que proceda la guarda compartida (una elevada capacidad de diálogo, *cfr.* STS (1ª) de 17 de enero 2017 (ECLI:ES:TS:2017:161), que la relación entre los progenitores no sea conflictiva en exceso.

da sobre sus hijos. Ahora bien, otra cosa es que resulte conveniente que suceda así (de manera mecánica) privando de la guarda a cualquier progenitor que dejase de pagar voluntariamente las pensiones. Pues hay otro factor que debe ponderarse dentro del conflicto que constituye la ruptura familiar. Me refiero al interés de los menores: “El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores... emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión” (*cfr.* art. 92.-2 CC).

En definitiva, con independencia de lo que llegue a resolver el TC, los argumentos de la cuestión de constitucionalidad que antes he mencionado no resultan de ninguna manera insustanciales. Quiero decir que, por un lado, al menos desde el punto de vista de las funciones u obligaciones de los progenitores parece difícil resistirse a la conclusión de que quien no quiere atender al sustento de sus hijos no debería tener tampoco derecho a su compañía. Sin embargo, en el caso concreto, podría llegarse a considerar más adecuado a los derechos de los propios menores que tal consecuencia pudiera atemperarse *pro minore*. Debiendo dilucidarse si una eventual violación de las obligaciones alimentarias permitiría privar automáticamente al deudor de la relación con sus hijos. Además, creo que las dudas que hubiera no podrían resolverse mediante una ampliación analógica de los supuestos de privación de la guarda sobre los hijos, o una interpretación extensiva (*odiosae sunt restringenda...*) de lo que es una norma “odiosa”. Sin olvidar, por último, que haciendo justicia con el infractor y castigándole con la privación de la compañía de los hijos, puede hacerse estricta justicia en él. Pero, entonces, ¿qué pasa con el derecho de los hijos a relacionarse con sus padres si, a pesar de todo, así lo desean? De nuevo, la consideración del interés prevalente del menor puede imponerse para trastocar otras exigencias que serían legítimas en estricto derecho.

4.3 En cuanto a los derechos de visita

Desde los apartados anteriores hasta el actual hemos venido analizando las posibles consecuencias, de menos a más, del incumplimiento de las obligaciones parentales. Cuando determinados delitos cometidos por un progenitor no originen una privación de su titularidad parental (*cfr.* art. 170 CC), ni tampoco comportasen una restricción de su derecho a tener la compañía los hijos (*cfr.* art. 92 CC), cabría considerar cuando menos la posibilidad de que sí permitieran suspender o limitar los derechos de visita. Es el supuesto previsto en el art. 94 CC. Este precepto, de parecida manera a lo que dispone el art. 92 en cuanto a la atribución de la guarda, condiciona en algunos casos el derecho de visita del progenitor que no tenga consigo a los hijos menores (o los que sufran minusvalías)⁴²⁵. Como puede leerse (a pesar del propio tenor literal imperativo de buena parte de las normas allí contenidas) la restricción de

⁴²⁵ Vid. BERROCAL LANZAROT, A. I., «El régimen jurídico del derecho de visitas, comunicación y estancias...», *cit.*, pp. 1039-1152. Vid. MARÍN SALMERÓN, A., «La constitucionalidad de la suspensión del régimen de visitas previsto en el artículo 94.4 del Código Civil», *Derecho Privado y Constitución*, 43/2023, pp. 121-167; SILLERO CROVETTO, B., «Régimen de estancias, visitas, comunicaciones y relación con los menores tras la ley 8/2021, de 2 de junio», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n° 16 bis, junio 2022, pp. 1622-1651; CALZADILLA MEDINA, M.^a A. «La constitución de un régimen de visitas y de comunicaciones en casos de violencia: la reforma del art. 94 del Código Civil por la Ley 8/2021, de 2 de junio», en CALZADILLA MEDINA (dir.), *Estudios jurídicos sobre la eliminación de la violencia ejercida contra la infancia y la adolescencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021; ORTEGA CALDERÓN, J. L., «Suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del art. 94 del Código Civil tras la reforma por Ley 8/2021, de 2 junio», *Diario La Ley*, 9892, 2021. Vid. art. 66 de la LO 1/2004, establece la medida de suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores.

los derechos de visita puede ser una mera regla general, que tendría sus excepciones cuando otra cosa aconseje el interés del menor: “No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita...”⁴²⁶. Pero también aquí las rígidas consecuencias a que podría llegarse por la literalidad de lo que dispone el art. 94 CC (“No procederá...”), han dado origen a que varios juzgados (incluso un Grupo parlamentario) cuestionaran su constitucionalidad⁴²⁷.

En cuanto a la privación o suspensión del derecho de visita ¿cabría considerar la “violencia económica” por el impago de pensiones alimenticias como una forma de *violencia doméstica* o *de género*? ¿Comportaría la consecuencia de privar al deudor?⁴²⁸ Es posible, desde luego. Sin embargo, aunque la respuesta fuese afirmativa, sería posible que en el caso concreto la autoridad judicial resolviera en sentido distinto invocando el interés del beneficiario de la norma: «Es la autoridad judicial la que tomará la decisión de suspender, de restringir o no el régimen de visitas y estancias, y lo deberá hacer guiada por la finalidad de velar por el interés del menor (art. 39 CE)» (cfr. STC, Pleno, 13 septiembre 2022 ya mencionada, Fº Jº cuarto, C).

5. BIBLIOGRAFÍA

-Asociación de profesores de Derecho civil, *Propuesta de Código civil*, Tecnos, Madrid, 2018.

-AVILÉS PALACIOS, L., «La violència econòmica i la proactivitat judicial», *Idees: Revista de temes contemporanis*, 59/2022 (<https://revistaidees.cat/la-violencia-economica-i-la-proactivitat-judicial/>)

-BERROCAL LANZAROT, A. I., «Guarda y custodia de los menores de edad no emancipados: situaciones de violencia de género y vicaria y de sustracción internacional de menores», *RCDI*, 795/2023, pp. 441-539.

-CALZADILLA MEDINA, M.^a A. «La constitución de un régimen de visitas y de comunicaciones en casos de violencia: la reforma del art. 94 del Código Civil por la Ley 8/2021, de 2 de junio», en IDEM (dir.), *Estudios jurídicos sobre la eliminación de la violencia ejercida contra la infancia y la adolescencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 193-228.

⁴²⁶ Concuere da con lo dispuesto para la guarda en art. 92.-8 CC.

En la propuesta de Código civil de la APDC, *vid.* art. 251.-4.6: “El juez puede denegar o suspender el derecho a relacionarse de los padres o de los demás familiares con el menor, e incluso puede variar sus modalidades de ejercicio, si incumplen sus deberes o si la relación puede perjudicar el interés de los hijos, o si existe justa causa. *En todo caso existe justa causa cuando los hijos sufren abusos sexuales o maltrato físico o psíquico, o son víctimas directas o indirectas de violencia familiar*”.

⁴²⁷ En cuando a la cuestión de inconstitucionalidad del Juzgado de 1ª Instancia de Móstoles (de marzo, 2022), *vid.* su argumentación en AYLLÓN GARCÍA, *loc. cit.*, pp. 107 ss. *Vid.* BERROCAL, *loc. cit.*, pp. 1083-1096.

⁴²⁸ Habrá que atender a las circunstancias concretas y a la ponderación del interés del menor. Pues la posibilidad de suspender o limitar los derechos de visita queda sometida a la flexibilidad de criterio de la autoridad judicial, que tomará en cuenta el factor de riesgo. *Cfr.* CARO HERRERO, G. «La violencia de género en los procesos de crisis matrimonial: La acción de modificación de medidas y la incidencia de violencia económica», *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, 31/2022, pp. 170 ss.

-CARRALERO VALERA, M., «La violencia económica de género. Especial referencia a la obligación de alimentos y el delito de impago de pensiones», *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, 36/2023, pp. 30 ss.

-CASADO CASADO, B., «Violencia económica y relaciones de pareja. Los efectos de una violencia soterrada», *Actualidad civil*, 1/2024 (*La Ley*, 2835/2024).

-CÓRDOVA LÓPEZ, O., «La violencia económica y/o patrimonial contra las mujeres en el ámbito familiar», *Persona y Familia: Revista del Instituto de la Familia* (Perú), Vol. 1 Núm. 6 (2017), <https://revistas.unife.edu.pe/index.php/personayfamilia/article/view/468/295>.

-DE LA IGLESIA MONJE, M.^a I., «La prevalencia del interés superior del menor en el otorgamiento de la custodia compartida aun tras la sentencia firme recaída sobre el progenitor por actos de violencia familiar o machista», *RCDI*, 789/2022, pp. 421-439.

-Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, «Estudio de la violencia económica contra las mujeres en sus relaciones de pareja o expareja», (<https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/investigaciones/2023/pdf/REViolenciaeconomica.pdf>).

-DEVÍS MATAMOROS, A., «El delito de impago de pensiones como instrumento frente a la violencia vicaria contra la mujer», en DE PABLO SERRANO, *et al.* (dir.), *Retos pendientes en el camino hacia la igualdad de las mujeres en el siglo XXI: debates en el ámbito del derecho, la criminología, la sociología y los medios de comunicación*, ed. Reus, Madrid, 2021.

-DOMÍNGUEZ FABIÁN, I., *et al.*, «La violencia económica y el tratamiento del impago de pensiones en el ordenamiento jurídico español», en LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M. y ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., (dir.), *La violencia de género en la sombra*, Aranzadi, 2023, pp. 73-91. Thomson Reuters Aranzadi [en línea].

-DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P., «El impago de pensiones como violencia económica», en ZURILLA CARIÑANA, M.^a Á., *Violencia contra las mujeres: un enfoque jurídico*, Madrid, 2011, pp. 111-130.

-MARTÍN LÓPEZ, M.^a T., «Explorando la violencia económica en la pensión de alimentos», *La Ley Derecho de Familia*, 39/2023, pp. 54-65.

-MARÍN SALMERÓN, A., «La constitucionalidad de la suspensión del régimen de visitas previsto en el artículo 94.4 del Código Civil», *Derecho Privado y Constitución*, 43/2023, pp. 121-167.

-ORTEGA CALDERÓN, J. L., «Suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del art. 94 del Código Civil tras la reforma por Ley 8/2021, de 2 junio», *Diario La Ley*, 9892, 2021.

-PÉREZ FERNÁNDEZ, I., «Análisis sobre la realidad del impago deliberado de la pensión de alimentos. Propuesta de modificación del fondo de garantía de anticipos para el impago

de pensiones en el marco de la protección contra la violencia de género económica», febrero, 2025 https://www.comfin.org/file/repository/Informe_propuesta_modificacion_FOGAPA_COMFIN_Ixaxi_Perez_pacto.pdf.

-Poder Judicial España (8 octubre 2021), <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/Un-juzgado-Penal-de-Mataro-solicita-tipificar-la-violencia-economica-como-modalidad-de-violencia-de-genero>.

-POVEDANO-DÍAZ, A., «La violencia económica contra la mujer, un maltrato a veces invisible», *The Conversation*, 24 noviembre 2022 (<https://theconversation.com/la-violencia-economica-contra-la-mujer-un-maltrato-a-veces-invisible-195178>).

-SILLERO CROVETTO, B., «régimen de estancias, visitas, comunicaciones y relación con los menores tras la ley 8/2021, de 2 de junio», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 16 bis, junio 2022, pp. 1622-1651.

-SOLÉ RESINA, J., «Violencia económica contra la mujer. El impago de pensiones y la reparación integral del daño», *La Ley Penal*, 161/2023.

-VELA SÁNCHEZ, A. J., *Las consecuencias civiles de la violencia de género: estudio doctrinal y jurisprudencial*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2022.

EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS EN LA ENCRUCIJADA DE LOS CONFLICTOS DE LEYES

Por la
Excma. Sra. Dra. María Elena Zabalo Escudero
Académica de Número

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho civil aragonés es uno más de los ordenamientos que regulan las relaciones civiles en España, cuya aplicación puede entrar en competencia con otros ordenamientos civiles españoles, ya autonómicos, ya el mismo Código Civil; pero también puede concurrir con uno o más ordenamientos extranjeros, lo que hace que su aplicabilidad al caso concreto dependa de distintos parámetros según el supuesto.

No hace falta recordar que el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Aragón establece la eficacia personal del Derecho foral, y lo hace aplicable a los aragoneses en razón de su vecindad civil, con independencia del lugar de residencia, excepción hecha de aquellas disposiciones a las que legalmente se les atribuya eficacia territorial (art. 9.2 del EAA).

Ello, por otra parte, es coherente con el papel que desempeña la vecindad civil, como criterio de sujeción al Derecho civil común o al especial o foral, según dispone el propio Código Civil (art. 14.1 CC), y al papel que van a desempeñar las normas de conflicto de leyes, que determinarán la excepción prevista en el Estatuto, ya que en más de una situación desplazarán la vecindad civil por un criterio de naturaleza territorial, como va a ser precisamente el lugar de residencia habitual.

La aplicación del Derecho aragonés dependerá de los puntos de conexión establecidos en la norma de conflicto, cuando ésta deba ser aplicada para seleccionar el derecho aplicable; aplicación que procede de oficio según el mandato del artículo 12.6 del Código, ante la presencia de algún elemento de extranjería o de heterogeneidad (vinculación con otro Derecho civil español) en la relación jurídica. Si no lo hubiere y todos los elementos estuvieren conectados a Aragón, no existiría conflicto de leyes, por lo que carecería de sentido invocar norma de conflicto alguna; el Derecho aragonés se aplicaría directamente, como único ordenamiento en contacto con la relación jurídica.

De aquí la importancia de la apreciación de los hechos y de las circunstancias del caso concreto, para detectar la presencia de algún elemento que ponga en conexión la relación jurídica con más de un ordenamiento, lo que requerirá la intervención de la norma de conflicto. Así lo evidencia el recurso resuelto por la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 30 de septiembre de 2021⁴²⁹, en relación con un procedimiento de inventario de sociedad de gananciales, siendo que los cónyuges, nacidos en Marruecos, contrajeron matrimonio en dicho país, dato este que no tuvo en cuenta el Juzgado, para determinar si en realidad existía entre los cónyuges tal sociedad de gananciales. La sentencia recurrida fue anulada por incumplimiento del mandato imperativo del artículo 12.6 del Código Civil, al no haberse determinado previamente cual era el derecho aplicable al régimen matrimonial, como condición necesaria para proceder a su liquidación⁴³⁰.

La presencia del elemento extranjero o de heterogeneidad introduce al Derecho aragonés en el escenario de los conflictos de leyes, y el legislador aragonés carece de competencia para resolverlos; ni siquiera tiene competencia para extender unilateralmente el ámbito de aplicación espacial de sus propias normas, a pesar de la presencia de algunas de ellas en el Código de Derecho Foral Aragonés, como sucede con su artículo 417 en materia de testamento mancomunado, al establecer que los aragoneses pueden testar en mancomún aún fuera de Aragón, y también si uno es aragonés y el otro no lo tiene prohibido por su ley personal.

La norma trae causa de sus antecedentes históricos, como constata su presencia ya en el Apéndice de Derecho foral de 1925, después en la Compilación⁴³¹, y de ahí su recepción (con modificaciones) en la Ley de sucesiones por causa de muerte, hasta llegar a la regulación hoy vigente. La validez del testamento mancomunado otorgado fuera de Aragón (primer elemento de interregionalidad o internacionalidad) o siendo uno de los otorgantes no aragonés (segundo elemento de interregionalidad o internacionalidad previsto en la norma) debe deducirse, en las relaciones interregionales, del artículo 9.8 del Código Civil, si bien dada la calificación de fondo y no de forma de dicha modalidad testamentaria, se llegaría a la misma solución que la prevista en la norma aragonesa, por lo que ésta no quiebra ni distorsiona el sistema conflictual interno, lo que salvaría su constitucionalidad⁴³². Otra cosa es el desplaza-

⁴²⁹ SAPM 843/2021. ECLI:ES:APM:2021:9947

⁴³⁰ Vid. E. ZABALO ESCUDERO: "Sobre la aplicación de oficio de la norma de conflicto: comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de septiembre de 2021". *Diario LA LEY*, nº 9995, 24 de enero de 2022, Editorial Wolters Kluwer.

⁴³¹ Sobre la problemática iusprivatista relativa a la institución del testamento conjunto o en mancomún, con especial referencia a su regulación en el artículo 94.1 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, vid. E. ZABALO ESCUDERO: "El testamento conjunto en Derecho Internacional Privado. Especial referencia al testamento mancomunado aragonés" *Revista General de Derecho* num. 541-542, 1989, pp.6351-6370.

⁴³² Cabe recordar la doctrina del Tribunal Constitucional en su sentencia 156 de 6 de mayo de 1993 (BOE nº 127, de 28 de mayo de 1993) cuando afirma: "Esto es, se está regulando una materia por entero ajena, como hemos dicho, a las competencias autonómicas y en la que, por lo mismo, las disposiciones de las Comunidades Autónomas no pueden, so pena de incurrir en invalidez, sino reiterar -en su caso y si así lo exigiera la sistemática de la legislación lo establecido en la normativa dictada por el Estado". Sobre el tema, E. ZABALO ESCUDERO: "Conflictos de leyes internos e internacionales: conexiones y divergencias" *Bitácora Millennium DIPr*, nº 3, 2016. disponible en <http://www.millenniumdipr.com/ba-40-conflictos-de-leyes-internos-e-internacionales-conexiones-y-divergencias>

miento que sobre estas normas produce el vigente Reglamento de la Unión Europea 650/2012 en materia de sucesiones, con sus normas de conflicto en materia de disposiciones testamentarias, en las que se incluyen los testamentos mancomunados y los pactos sucesorios, cuya aplicación prevalecerá en las sucesiones internacionales o transfronterizas⁴³³.

La Constitución, en su artículo 149.1. 8ª, reserva en exclusiva al Estado las normas para resolver los conflictos de leyes. Por tanto, no pertenece al legislador aragonés, ni al de ninguna otra Comunidad Autónoma con competencia en materia civil, decidir si su propio Derecho es aplicable, ni delimitar su ámbito de aplicación, desde el momento que entra en concurso con distintos ordenamientos, tanto extranjeros como nacionales. En palabras del Tribunal Constitucional y conforme a su consolidada doctrina (STC 226/1983), “la adopción de normas unilaterales o de extensión delimitadoras de los respectivos ámbitos de aplicación espacial y personal de la norma en tanto que técnica de solución de conflictos de leyes, es, por tanto, una tarea que, en principio, resulta vedada a la actuación del legislador autonómico” (STC 93/2013).

De esta manera, la potencial aplicación del Derecho aragonés, cuando se encuentra en la encrucijada de un conflicto de leyes pertenece al Derecho Internacional Privado, que hoy en día es un conglomerado de fuentes jurídicas, ya sean de origen estatal, convencional o de la Unión Europea. Si el conflicto de leyes es interregional (no hay elemento extranjero) el sistema de solución de conflictos de leyes internos depende de la remisión que el artículo 16.1 del Código Civil hace a las normas de su Título Preliminar, siendo ley personal la determinada por la vecindad civil. Pero este sistema también se va a aplicar cuando tras haber solucionado un conflicto de leyes internacional, resulte de aplicación la ley española, y sea preciso determinar cuál aporta la solución al caso.

Así, el referido artículo 16 va a jugar en dos planos para determinar si se aplica el Derecho aragonés, en el de las relaciones interregionales y en el de las internacionales que se rigen por la ley española, entrando en este caso en un segundo escalón, necesario para dar solución al problema de la remisión *ad intra* al sistema plurilegislativo español.

II. EL DERECHO ARAGONÉS EN LAS RELACIONES INTERREGIONALES

Relaciones privadas interregionales son aquellas en las que existe algún elemento de heterogeneidad jurídica, al estar conectadas con distintos ordenamientos civiles de los coexistentes en España. ¿Se aplicará el Derecho aragonés cuando entra en concurso con otros ordenamientos civiles? ¿El Derecho aragonés se aplica siempre a los aragoneses? La respuesta se deriva de la remisión del artículo 16 del Código Civil a las normas del Título Preliminar.

⁴³³ J.M FONTANELLAS i MORELL: “El testamento mancomunado en el Reglamento 650/2012 relativo a las sucesiones por causa de muerte” *Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*. 2013, págs. 405-416

¿En qué materias será relevante la vecindad civil aragonesa para su aplicación como reza el Estatuto de Autonomía?

La vecindad civil determinará la ley personal (16.1 particularidad 1ª CC), por lo que el Derecho aragonés regirá las materias que entran en el ámbito de la ley personal (art. 9.1 CC), como son la capacidad jurídica y de obrar de los aragoneses, lo cual es de especial relevancia dadas las peculiaridades o diferencias del Derecho aragonés sobre minoría y mayoría de edad respecto a otros ordenamientos civiles españoles.

La vecindad civil será también el punto de conexión principal en materia de efectos del matrimonio (por remisión del 16.3 al art. 9 CC), de manera que el Derecho aragonés regirá los efectos del matrimonio de cónyuges aragoneses, por ser su ley personal común en el momento de contraerlo (9.2 CC), pero si residen en otra Comunidad Autónoma, podrán someter su régimen económico, mediante pacto o capitulaciones, a la ley de residencia habitual de cualquiera de ellos (9.3 CC).

La residencia entra en juego subsidiariamente en los matrimonios mixtos, así si un cónyuge es aragonés y el otro es de distinta vecindad, en defecto de opción conforme al artículo 9.2 del Código Civil, regirá la ley española de su residencia habitual común inmediatamente posterior a matrimonio, lo que puede introducir un Derecho distinto al aragonés, y en su defecto (en el caso de no haber establecido una residencia habitual común), dependerá del territorio español en el que hayan celebrado el matrimonio.

Ejemplo 1: cónyuges aragoneses residentes en Cataluña. Estarán sometidos al régimen matrimonial de Derecho aragonés, pudiendo otorgar capitulaciones en el marco del mismo, pero también pueden pactar que su régimen económico se rija por el ordenamiento catalán u otorgar capitulaciones conforme al mismo.

Ejemplo 2: cónyuge aragonés y cónyuge catalán residentes en Cataluña. Podrán someter los efectos del matrimonio a la ley de la vecindad o residencia de cualquiera de ellos, en su defecto se regirá por el Derecho catalán por ser el de su residencia habitual en el momento de contraerlo. Podrán someter su régimen económico mediante pactos o capitulaciones conforme al Derecho catalán o al aragonés.

La vecindad civil aragonesa en el momento del fallecimiento determina también la aplicación del Derecho aragonés a la sucesión por causa de muerte según reza el artículo 9.8 del Código (aplicable por remisión del 16.1 CC), tanto testada como intestada, si bien los derechos de viudedad van ligados a la ley rectora de los efectos del matrimonio, determinada según los criterios a los que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, y que por tanto puede ser otra que la aragonesa.

En la situación descrita en el ejemplo segundo, puede suceder el fallecimiento del cónyuge aragonés, siendo el sobreviviente de vecindad civil catalana. En tal caso, la sucesión se rige por el Derecho aragonés, pero los derechos de viudedad según el último inciso del artículo 9.8 del Código Civil, se regirían por el Derecho catalán aplicable (salvo opción) a los efectos del matrimonio; lo que entra en contradicción con el 16.2 párrafo tercero del mismo

Código, ya que supondría además la atribución del usufructo del Derecho aragonés, norma que debería haberse suprimido con la modificación del artículo 9.8 por la Ley 11/1990 de 15 de octubre, dada la descoordinación que se produce entre los distintos sistemas de adaptación empleados por el legislador en una y otra disposición.⁴³⁴

La vecindad civil aragonesa también será determinante de la validez de los testamentos y pactos sucesorios otorgados por quienes la ostenten en el momento del otorgamiento, aunque su vecindad civil al fallecimiento no sea la aragonesa, en virtud de la solución al conflicto móvil prevista en el citado artículo 9.8, si bien las legítimas deberán ajustarse a lo previsto en la que sea ley sucesoria al momento del fallecimiento.

Sin embargo, la vecindad aragonesa se torna irrelevante en otras materias del ámbito familiar y personal. Así sucede con la determinación y carácter de la filiación (art. 16 y 9.4 párrafo 1º, CC), que se regirá por el Derecho civil del lugar de residencia habitual del hijo (aunque le correspondiera por filiación la vecindad civil aragonesa), siendo la ley aragonesa aplicable subsidiariamente si no pudiera determinarse la filiación conforme a la ley del lugar de residencia. La última de las conexiones subsidiarias previstas demuestra que el legislador no contemplaba la aplicación de esta disposición a las relaciones interregionales al establecer como solución de cierre la ley española.

Igualmente, la ley de residencia del hijo aragonés regirá el contenido de la filiación y la responsabilidad parental, así como los mecanismos de protección de menores, esta vez por la remisión del 16.1 a los artículos 9.4 párrafo 2º y 9.6 párrafo 1º del Código, que incorporan la aplicación del Convenio de La Haya de 19 de octubre 1996 en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños⁴³⁵, que establece como punto de conexión la residencia habitual del niño.

Ejemplo: Hijos de una pareja de vecindad civil aragonesa que residen en Madrid, no están sometidos a la autoridad familiar aragonesa, sino a la patria potestad del Código Civil, mientras que las relaciones paterno filiales de los hijos de pareja de vecindad común que residan en Aragón se desarrollarán bajo la institución de la autoridad familiar aragonesa. Las medidas de protección, a adoptar en su caso, serán también las previstas en el ordenamiento del lugar de residencia.

La vecindad civil como conexión, decae también en materia de alimentos entre parientes, en cuanto fue sustituida, de la mano de los artículos 16.1 y 9.7, ambos del Código Civil, por las conexiones previstas en el Protocolo de La Haya sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, siendo la principal de ellas la residencia habitual del acreedor⁴³⁶.

⁴³⁴ Desarrollando esta cuestión, *vid.* E. ZABALO ESCUDERO: “El usufructo de viudedad aragonés en el escenario de los conflictos de leyes internacionales e internos” *Revista Española de Derecho Internacional*, 2024, nº 1, vol. 76 p. 271-281.

⁴³⁵ BOE nº 291 de 2 de diciembre de 2010.

⁴³⁶ Apartados 4, 6 y 7 del artículo 9 del Código Civil, modificados por Ley 26/2015 de 28 de Julio (BOE de 29 de Julio).

Por último, la Ley 8/2021 de apoyo a las personas con discapacidad modificó el artículo 9.6 al que también remite el 16.1 del Código Civil, norma sin embargo de difícil traslación al ámbito interregional por sus referencias a España y la ley española, pero que permite derivar que la ley aplicable a las medidas de apoyo a las personas con discapacidad es la de su residencia habitual⁴³⁷; por tanto será esta ley y no la de su vecindad la que determine cuales son las medidas de apoyo previstas para los aragoneses con discapacidad que residan en otra Comunidad Autónoma. Viceversa, las personas con discapacidad residentes en Aragón quedarán protegidas a través de los mecanismos de protección del Derecho aragonés previstos en la reciente Ley 3/2024⁴³⁸. Dichas medidas habrán de ser reconocidas en caso de cambio de residencia a otra Comunidad Autónoma, trasladando al ámbito interregional la previsión al conflicto móvil internacional establecido en dicho artículo.

III. EL DERECHO ARAGONÉS EN LAS SITUACIONES INTERNACIONALES

Las situaciones internacionales son aquellas en las que existe algún elemento de extranjería, por lo que se encuentran vinculadas a más de un ordenamiento jurídico estatal. Cual de ellos sea de aplicación lo determinarán las normas de conflicto de leyes, y cuándo conforme a las mismas proceda aplicar el Derecho español, será preciso determinar cuál de los ordenamientos civiles españoles debe aportar la solución jurídico material a la relación de que se trate.

Las competencias de la Unión Europea en el ámbito de la cooperación judicial civil transfronteriza que incluye, como se desprende del artículo 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la compatibilidad de las normas de conflicto de leyes, han llevado a las instituciones europeas a adoptar distintos Reglamentos en materia de derecho de familia y sucesiones, entre otros. Por otra parte, también inciden en esta materia normas de origen convencional, especialmente emanadas de la labor de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

Los Reglamentos de la Unión Europea en materia matrimonial y sucesoria, a los que se hará referencia en subsiguientes párrafos, otorgan un papel principal al criterio de la residencia habitual como punto de conexión para determinar el derecho aplicable, posibilitando sin embargo la autonomía conflictual, esto es la elección de ley, en favor de la ley nacional. Las referidas normativas también indican la solución a seguir cuando el derecho aplicable sea el de un Estado plurilegislativo, adoptando un sistema de remisión indirecta, que conlleva

⁴³⁷ P. DIAGODIAGO: La protección de personas adultas en situaciones transfronterizas e internas: en busca del tiempo perdido. *De Lege Ferenda. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2024, nº2. <https://revistaseug.ugr.es/index.php/delegeferenda/article/view/30485>. - Id.: “La nueva regulación de la protección de adultos en España en situaciones transfronterizas e internas”, *Diario La Ley*, no 9779, de 27 de enero de 2021.- M.C.CHÉLIZ INGLÉS: “Medidas de protección a los mayores de edad discapacitados, en un entorno internacional”, *Diario La Ley*, no 9545, de 2 de enero de 2020.

⁴³⁸ C. BAYOD (coord.) y otros: *Reforma del Código de Derecho Foral de Aragón en materia de discapacidad (Ley 3/2024, de 13 de junio. Comentada por los miembros de la Comisión aragonesa de Derecho Civil*. Colex, 2024.

la aplicación de las normas de conflictos de leyes internos de cada ordenamiento plural para determinar cuál de sus derechos es el aplicable, y estableciendo soluciones subsidiarias en su defecto⁴³⁹.

De esta manera, la eventual aplicación del Derecho aragonés a una relación internacional, sea de carácter familiar o sucesoria, derivaría, en un primer paso, de la normativa aplicable para solucionar el conflicto de leyes internacional, y si esta condujera a la aplicación de la ley española, en un segundo paso, de la remisión al sistema interregional español.

El régimen económico matrimonial en situaciones internacionales viene determinado por el Reglamento UE 2016/1103 sobre regímenes matrimoniales, que ordena aplicar la ley de la primera residencia habitual tras la celebración del matrimonio (art.26.1.a), en defecto de elección en favor de la ley del Estado de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges o futuros cónyuges (art. 22.1.b). Por ende, no existirá el régimen consorcial aragonés en un matrimonio de aragoneses si residen en el extranjero y no han realizado elección alguna de ley aplicable, tal y como permite el citado Reglamento, pues no será de aplicación la ley española.

Al fallecimiento de cualquiera de ellos, tampoco el Derecho aragonés regirá su sucesión si seguía el finado residiendo en el extranjero, pues la ley aplicable vendrá determinada por el Reglamento UE 650/2012 en materia de sucesiones, que incluye expresamente en su ámbito material los derechos sucesorios del cónyuge⁴⁴⁰. La regla general de dicha normativa es que la sucesión se rige por la ley del Estado en que el causante hubiere tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento (art. 21.1), lo que descarta la aplicación de la ley aragonesa. Esta sólo podría ser de aplicación si la persona fallecida hubiere realizado una elección de ley conforme al propio Reglamento, designando como aplicable a su sucesión la ley del Estado de su nacionalidad, esto es, la ley española (art. 22.1)

Si, en uno y otro caso, la pareja de aragoneses hubieran hecho elección de su ley nacional, tanto para regir su régimen matrimonial como el sucesorio, esa elección supondría la aplicación de la ley española, y conforme a las disposiciones de los citados Reglamentos sobre remisión a sistemas plurales⁴⁴¹ el artículo 16 del Código Civil conduciría al Derecho aragonés por aplicación de los artículos 9.2 para los efectos del matrimonio (vecindad civil de ambos), y 9.8 (vecindad civil del causante) para la sucesión.

⁴³⁹ A título de ejemplo la cláusula de remisión contenida en el Reglamento UE 2016/1103 sobre regímenes matrimoniales: Artículo 33: Estados con diversos regímenes jurídicos — Conflictos territoriales de leyes

1. En el caso de que la ley determinada por el presente Reglamento sea la de un Estado que comprenda varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de régimen económico matrimonial, las normas internas en materia de conflicto de leyes de dicho Estado determinarán la unidad territorial pertinente cuyas normas jurídicas serán de aplicación.

2. En defecto de tales normas internas en materia de conflicto de leyes:.....

⁴⁴⁰ E. ZABALO ESCUDERO: “El usufructo de viudedad aragonés en el escenario de los conflictos de leyes internacionales e internos” *Revista Española de Derecho Internacional*, 2024, nº 1, vol. 76 p. 271-281

⁴⁴¹ Artículo 36 del Reglamento UE 650/2012 y artículo 33 del Reglamento UE 2016/1103.

La posibilidad de elección de la ley aplicable es altamente interesante para los aragoneses que se ven inmersos en situaciones transfronterizas, dada la vinculación existente entre el matrimonio aragonés, su régimen económico y los derechos de viudedad. Podría afirmarse que la libertad de pactos, que forma parte de la tradición y de la cultura jurídica aragonesa, encuentra su extrapolación al ámbito de las relaciones privadas internacionales protagonizadas por aragoneses, en la autonomía de la voluntad conflictual, consagrada en los citados instrumentos normativos de Derecho Internacional Privado de la Unión Europea, lo que les permite autorregular sus relaciones matrimoniales y sucesorias conforme a las instituciones aragonesas, y así hacer prevalecer, sin sorpresas, el Derecho aragonés en la encrucijada de los conflictos de leyes.

Por otra parte, el régimen matrimonial aragonés, así como el derecho sucesorio, puede ser aplicación a quienes carezcan de vecindad civil aragonesa, por no ser españoles, y residan en la Comunidad Autónoma aragonesa, siendo esta su residencia habitual tanto al contraer matrimonio como en el momento del fallecimiento, siempre que no hubieran efectuado las opciones anteriormente señaladas en favor de su correspondiente ley nacional.

Ejemplo 1: pareja de alemanes que contraen matrimonio y fijan su primera residencia habitual común en Zaragoza. El Reglamento 2016/1103 sobre regímenes matrimoniales, ordena aplicar, en defecto de elección, la ley de la primera residencia habitual tras la celebración del matrimonio, que será la ley española. ¿Cuál? Sigue respondiendo el Reglamento, cuyo art. 33 establece que las normas internas en materia de conflictos de leyes determinarán la unidad territorial cuyas normas sean de aplicación. El Reglamento activa el 16.1 del Código Civil, que remite al 9.2 y al Derecho aragonés por ser el lugar de residencia habitual del matrimonio.

Ejemplo 2: Fallecido el cónyuge alemán, la ley que regirá su sucesión en virtud del Reglamento 650/2012 será la ley española. Y por el mismo camino marcado por el Reglamento será el artículo 16 con su remisión al 9.8 del Código Civil el que nos lleve al Derecho aragonés, aunque al tratarse de un extranjero, no sea posible aplicar la ley determinada por su vecindad civil pues carece de la misma, la conexión subsidiaria de la residencia habitual en el momento del fallecimiento conduciría a su aplicación⁴⁴².

Resuelto así este *puzzle* jurídico, puede observarse que en la primera de las situaciones descritas el Derecho aragonés puede no ser de aplicación a una familia aragonesa que vive en el extranjero a pesar de que mantienen su vecindad civil, mientras que en la segunda de las situaciones puede resultar de aplicación a una familia alemana que vive en Zaragoza, y todo ello por el carácter internacional de las relaciones jurídicas, que hace obligada la intervención del Derecho Internacional Privado.

⁴⁴² Ello se deriva tanto de la solución prevista en el artículo 9.10 CC para los supuestos de carencia de nacionalidad, que entra dentro de la remisión del art. 16, como de las soluciones subsidiarias previstas en el propio Reglamento en materia de sucesiones en su art. 36.2. *Vid.* E. ZABALO ESCUDERO: “Los conflictos de leyes internos. Una perspectiva actual del panorama interregional español” en *VVAA: Repensar la Unión Europea. Gobernanza, seguridad, mercado interior y ciudadanía*. XXVI Jornadas AEPDIRI, 2019, pp. 341-356.

El punto de conexión residencia habitual impera también en otras materias del ámbito familiar o colindantes al mismo, como la responsabilidad parental y la protección de menores, la protección de adultos y las obligaciones de alimentos, materias en relación con las cuales también existe diversidad legislativa en los Derechos civiles españoles.

En situaciones de internacionalidad, la ley aplicable a la responsabilidad parental y a la protección de menores, se determina por el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, cuyo artículo 16 establece como principal conexión la residencia habitual del niño, luego no regirá el Derecho español y por ende el aragonés si la residencia del menor de vecindad civil aragonés se localiza en el extranjero, mientras que el Derecho aragonés, se aplicará si el niño reside en Zaragoza, aunque sea extranjero y por tanto carezca de vecindad.

En tal caso, la aplicación del Derecho aragonés a la responsabilidad parental o protección del menor extranjero con residencia en la Comunidad Autónoma aragonesa, se fundamenta en la remisión que el propio Convenio de La Haya hace al sistema de solución de conflictos internos de los Estados plurilegislativos⁴⁴³. Determinada la aplicación de la ley española por ser la de residencia del niño, el Convenio llama a la aplicación del artículo 16 del Código Civil para solucionar el problema de remisión al sistema plurilegislativo español, dándose la paradoja que dicho artículo remite al artículo 9.4 y 9.6 del Título Preliminar, que a su vez incorporan el Convenio de La Haya, haciendo así aplicable sus puntos de conexión también a las situaciones interregionales.

Otro tanto puede afirmarse de la protección de mayores. Sin haber sido objeto de ratificación por el momento el Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000, y a la espera de la adopción de la propuesta de Reglamento de la Unión Europea sobre protección de adultos⁴⁴⁴, la norma de conflicto que acoge la materia es el artículo 9.6 del Código civil, párrafo 2º, que como se ha indicado anteriormente en relación con las situaciones de interregionalidad, establece también el criterio de la residencia habitual para determinar las medidas de apoyo para las personas con discapacidad; por lo que será aplicable la ley española si el discapacitado, con independencia de su nacionalidad reside en nuestro país, y la misma conexión llevará a determinar cuál de los Derechos civiles españoles determinará dichas medidas, con independencia de la vecindad civil si la tuviere, al ser la referida norma de aplicación a los conflictos internos por la remisión del artículo 16 del Código Civil.

En cuanto a las obligaciones de alimentos por razón de parentesco, el Reglamento de la Unión Europea 4/2009 que regula esta materia, determina la ley aplicable incorporando en su artículo 15 el Protocolo de La Haya de 2007 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias. Dicho Protocolo establece como norma general la aplicación de la ley de residencia habitual del acreedor, acompañando dicha norma de soluciones especiales para determinados acreedores o relativas a los cónyuges o ex cónyuges.

⁴⁴³ Artículo 48 del Convenio de La Haya de 1996. <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=70>

⁴⁴⁴ COM(2023) 280 final.

En el caso de que de las normas de conflicto del Protocolo resulte de aplicación la ley española, vuelve a plantearse el problema de la remisión a un sistema plurilegislativo, que el propio Protocolo soluciona adoptando un sistema de remisión indirecta en su artículo 16.2º, que ordena la aplicación de las normas internas de cada Estado para determinar el derecho territorial aplicable, y en ausencia de las mismas se determinará de forma directa a partir de las conexiones del propio Protocolo (artículo 16.1).

Así las cosas, el Protocolo nos dirige una vez más al artículo 16 del Código Civil con su remisión a las normas del Título Preliminar para la solución de los conflictos de leyes internos, en este caso hecha al apartado 7 del artículo 9 que establece que las obligaciones de alimentos se regirán por el citado Protocolo, volviendo así a la casilla de salida, y de la localización de la residencia habitual en España o en su caso, si procede, de las conexiones establecidas en las soluciones especiales, dependerá si se aplica o no el Derecho aragonés, sin dar entrada al juego de la vecindad civil.

IV. REFLEXIONES FINALES

Como se desprende de las anteriores consideraciones el Derecho aragonés no se aplica en todo caso a quienes tienen vecindad civil aragonesa, así como resulta de aplicación en ocasiones a quienes no son aragoneses, ya sea por tratarse de españoles de distinta vecindad o de extranjeros⁴⁴⁵.

El presupuesto de tal afirmación, frente al principio de eficacia personal de las normas de Derecho foral de Aragón consagrado en el Estatuto de Autonomía aragonés, es que la situación objeto de regulación, tenga alguno de sus elementos fuera del ámbito propio del ordenamiento aragonés, tiñéndose de heterogeneidad, ya por su conexión con otro de los Derechos civiles españoles o con un ordenamiento extranjero.

En el primero de los casos la situación o relación jurídica se califica de interregional, ámbito en el que la vecindad civil ha servido tradicionalmente como punto de conexión, por ser el criterio de vinculación con su correspondiente Derecho civil de los coexistentes en pie de igualdad en España. Tal criterio quedó recogido en el artículo 16.1 del Código Civil como determinante de la ley personal de los españoles, reemplazando a la conexión nacionalidad en la remisión del artículo 16 a las normas de Derecho Internacional Privado del Título Preliminar. Y es que en dichas normas la nacionalidad venía siendo tradicionalmente el punto de conexión principal de las normas de conflicto de leyes de fuente interna.

Pero la nacionalidad comienza a perder protagonismo de la mano de las normas de conflicto de fuente internacional, y especialmente de las procedentes de las instituciones de la Unión Europea, en las que prima el criterio de la residencia habitual como punto de conexión

⁴⁴⁵ M.P. DIAGO DIAGO: "Aplicación del derecho civil aragonés a los extranjeros" *Actas de los XXXI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza 2023, p.60 y 61

de las relaciones familiares y sucesorias. Dicho criterio se impone para determinar la ley aplicable en las situaciones internacionales, al ser desplazadas algunas de las normas del Título Preliminar por Convenios o Reglamentos de carácter universal que regulan las materias de que se trata en este estudio. Y no solo por ese efecto desplazamiento, sino por obra del propio legislador español que va acogiendo dicho criterio en sus propias normas. Muestra de ello la reforma de los apartados 4, 6 y 7 del artículo 9 del Título Preliminar por Ley 26/2015 y la reciente modificación del apartado 6 del mismo artículo por la Ley 8/2021.

Con dichas modificaciones el legislador, bien directamente, como ocurre en materia de determinación de la filiación o protección de discapacitados, o por remisión a la normativa convencional (como en materia de responsabilidad parental o alimentos), ha hecho suyo el criterio de la residencia habitual en algunas de nuestras normas de conflicto del Título Preliminar, y ello tanto en la solución de los conflictos de leyes internacionales como los internos por la remisión del artículo 16.1 del Código Civil.

El Derecho Internacional Privado español se ha venido actualizando a través de modificaciones parciales, sea de la mano de reformas de derecho material interno que se acompañan de la modificación de la correspondiente norma de conflicto, sea de la mano de fuentes convencionales o de la Unión Europea, sin que en ningún momento se hubiera acometido una reforma global de las normas de Derecho Internacional Privado e Interregional. Este panorama se proyecta en la solución de los conflictos de leyes internos por obra de la remisión a las normas del Título Preliminar, sin tener en cuenta las consecuencias de dicho principio de remisión sobre las particularidades del sistema interregional, cuyo eje fundamental ha sido y sigue siendo la vecindad civil.

Las distorsiones que se producen en el traslado sistemático de las normas de Derecho Internacional Privado del Título Preliminar del Código Civil, tanto a la solución de los conflictos de leyes puramente internos, como en el caso de un conflicto de leyes internacional al que resulta aplicable la ley española, exigen un replanteamiento del principio de igualdad de soluciones de los conflictos de leyes internacionales e internos, (que fue en la reforma del Título Preliminar de 1974 el fundamento del principio de remisión), al haber entrado la solución de los primeros en el ámbito de las competencias del legislador de la Unión Europea, y obedecer por tanto a unos presupuestos y principios diferentes a aquellos sobre los que se ha venido cimentando la dimensión del Derecho Interregional.

