Las causas de extinción del Derecho de Viudedad en el Derecho Civil aragonés

Manuel Calduch Gargallo

INSTITUCIÓN «FERNANDO EL CATÓLICO» · COLECCIÓN **ESTUDIOS**

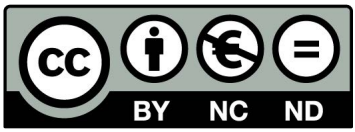
COLECCIÓN **ESTUDIOS**

Manuel Calduch Gargallo es licenciado en Derecho por la Universidad de Valencia y Diplomado en Estudios Avanzados en el Área de Conocimiento de Derecho Civil por la Universidad de Zaragoza.
Ha impartido clases sobre Legislación Foral Aragonesa con ocasión de los Cursos organizados por el Ministerio de Justicia dirigidos a funcionarios de ese Ministerio pertenecientes a los Cuerpos de Gestión, Tramitación y Auxilio Judicial. Como resultado de su participación en los Cursos de Derecho Aragonés de la cátedra José Luis Lacruz Berdejo, comenzó la elaboración del trabajo titulado "Las causas de extinción del Derecho de Viudedad en el Derecho Civil aragonés" que ahora ve la luz.

Diseño de cubierta: A. Bretón.

Motivo de cubierta: Fragmento del *Repertorium Fororum et Observantiarum Regni Aragonum* (1513).

La versión original y completa de esta obra debe consultarse en:
https://ifc.dpz.es/publicaciones/ebooks/id/2535



Esta obra está sujeta a la licencia CC BY-NC-ND 4.0 Internacional de Creative Commons que determina lo siguiente:

- BY (Reconocimiento): Debe reconocer adecuadamente la autoría, proporcionar un enlace a la licencia e indicar si se han realizado cambios. Puede hacerlo de cualquier manera razonable, pero no de una manera que sugiera que tiene el apoyo del licenciador o lo recibe por el uso que hace.

- NC (No comercial): La explotación de la obra queda limitada a usos no comerciales.

- ND (Sin obras derivadas): La autorización para explotar la obra no incluye la transformación para crear una obra derivada.

Para ver una copia de esta licencia, visite https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es.

Las causas de extinción del Derecho de Viudedad en el Derecho Civil aragonés

Manuel Calduch Gargallo

COLECCIÓN **ESTUDIOS**
DERECHO

Las causas de extinción del Derecho de Viudedad en el Derecho Civil aragonés

Manuel Calduch Gargallo

Institución «Fernando el Católico» (C.S.I.C.)
Excma. Diputación de Zaragoza

ZARAGOZA, 2006

Publicación número 2.591
de la
Institución «Fernando el Católico»
(Excma. Diputación de Zaragoza)
Plaza de España, 2 • 50071 Zaragoza (España)
Tels. [34] 976 28 88 78/79 • Fax [34] 976 28 88 69
ifc@dpz.es
www.ifc.dpz.es

FICHA CATALOGRÁFICA

CALDUCH GARGALLO, Manuel

Las causas de extinción del Derecho de Viudedad en el Derecho Civil aragonés / Manuel Calduch Gargallo. – Zaragoza: Institución «Fernando el Católico», 2006.

280 p.; 21 cm
ISBN 84-7820-822-4

1. Derecho Civil-Aragón. I. Institución «Fernando el Católico», ed.

© Manuel Calduch Gargallo
© De la presente edición, Institución «Fernando el Católico».

ISBN: 84-7820-822-4
Depósito legal: Z-846/2006
Preimpresión: Ebro Composición, S.L. Zaragoza.
Impresión: Sansueña Industrias Gráficas, S.A. Zaragoza.

IMPRESO EN ESPAÑA-UNIÓN EUROPEA.

INTRODUCCIÓN

I. IMPORTANCIA DEL TEMA E INTERÉS DEL TRABAJO

Se ha dicho del Derecho aragonés que es un elemento caracterizador de la propia esencia de Aragón como pueblo: es aquello que lo define, lo identifica y lo diferencia del resto de los pueblos españoles. Y dentro del Derecho aragonés, la viudedad ha sido considerada como una de sus instituciones más peculiares y representativas. Hasta tal punto es así que se ha llegado a afirmar sobre la misma que es una de las más mimadas de Aragón y la más amada del país, la que más motivos da para el noble orgullo de propios y sincera admiración de extraños[1].

Se trata de una institución viva en la realidad jurídica de los aragoneses, al menos, desde la Compilación de Huesca de 1247. Su naturaleza jurídica, aunque discutida en algunos momentos de nuestra historia, es la correspondiente al Derecho de familia[2], y responde a la finalidad de mantenerla unida aún tras

---

[1] A ello hacen referencia, entre otros, MARTÍN BALLESTERO Y COSTEA, Luis, en la ponencia sobre «La Viudedad» en Actas de las Jornadas de Derecho Aragonés, *Anuario de Derecho Aragonés*, XIV, Zaragoza 1968, pág. 532. También CAMÓN AZNAR, Leonardo, en su comunicación sobre la «Naturaleza jurídica de la Viudedad Aragonesa» en Actas de las Jornadas de Derecho Aragonés, *Anuario de Derecho Aragonés*, XIV, 1968, pág. 540, la califica como *la institución más consecuente en esta región, la única respetada a través de todas las vicisitudes históricas*. E igualmente, BERGUA CAMÓN, Jesús, en «La Viudedad en nuestro Derecho Foral», en Comentarios de Prensa a la Compilación del Derecho Civil de Aragón, *Anuario de Derecho Aragonés*, XIII, 1967, pág. 418, dice que *diversos adjetivos, siempre laudatorios, ha merecido esta institución tan arraigada entre los aragoneses como añorada por los foráneos* (...).

[2] A partir de las razones apuntadas por LACRUZ BERDEJO, José Luis, en «Sobre algunos caracteres del derecho de viudedad», *Anuario de Derecho Aragonés*, III, 1946, págs. 353 y stes., para defender la naturaleza familiar de este

la muerte de uno de los cónyuges dotando para ello al superviviente de un respaldo económico que le permita mantener el *status* social del que gozaba antes del fallecimiento de su consorte. Esta naturaleza familiar explica que el derecho de viudedad se anteponga a las legítimas, prevalezca sobre los legatarios y no dependa, en principio, de la voluntad del causante.

Precisamente por ese carácter familiar el derecho nace, no a la muerte del cónyuge, sino en el mismo momento de la celebración del matrimonio; y se manifiesta durante la vigencia del mismo como un derecho expectante que afecta jurídicamente a todos los bienes del consorte. Pero esa afección será diversa según nos encontremos ante inmuebles, empresas y explotaciones económicas, o ante el resto de los muebles. Para los primeros, el derecho de viudedad se configura como un gravamen real con eficacia reipersecutoria, un derecho que seguirá al bien con independencia de que posteriormente a su nacimiento la cosa haya sido adquirida por un tercero. Para los segundos, lo hará como un derecho con mera eficacia entre los cónyuges, pero carecerá de ese carácter reipersecutorio aludido: su enajenación provocará, en principio, la extinción de la viudedad.

Pues bien, esa adherencia del derecho de viudedad a los bienes del otro cónyuge —fundamentalmente en el caso de los inmuebles y asimilados a éstos— impone importantes trabas al tráfico jurídico. Fácil es comprender que un tercero pueda retraerse de una operación si el bien que pretende adquirir se encuentra afectado con la correspondiente carga que representa el derecho de viudedad. Es por ello, por lo que su extinción, en la

derecho, ha sido prácticamente unánime su consideración como Derecho de familia. Como excepciones se pueden señalar a CAMÓN AZNAR, Leonardo, en Comunicación sobre «Naturaleza Jurídica de la Viudedad Aragonesa» en Actas de las Jornadas de Derecho aragonés, *Anuario de Derecho Aragonés*, XIV, 1968, pág. 541 que defiende su naturaleza sucesoria. E incluso se observan ciertos titubeos en doctrina más moderna como LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, «Comentarios a los artículos 72 a 86», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, t. XXXIII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 1990), pág. 287, quien estima que la viudedad aragonesa se encuentra dividida en dos etapas sucesivas, *la primera (el derecho expectante) de puro derecho de familia y la segunda (el usufructo vidual) sucesoria.*

medida que pone fin a esa traba, cobra gran importancia a los efectos de agilizar el movimiento de los bienes en el mercado. Y es precisamente por esa razón, por lo que el análisis de las causas de extinción fue, y seguirá, siendo importante: conocer cuándo y de qué manera se pone fin a la viudedad —se encuentre ésta en su fase de derecho expectante o en la de usufructo vidual— resulta de enorme interés no sólo para el titular del derecho sino también para el cónyuge, herederos de éste o adquirentes cuyos bienes se encuentran gravados, y para los terceros que puedan resultar interesados en su adquisición.

Pero existe otro aspecto coyuntural que ha ampliado la resonancia del tema. La entrada en vigor el pasado día 23 de abril de 2003 de la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad, ha actualizado la importancia de abordar un estudio de la institución —o de parte de ella, como es el caso— pues las implicaciones prácticas que las reformas operadas puedan suponer sobre los derechos y obligaciones de los afectados así lo aconsejan. A este respecto conviene recordar que la Compilación de 1967 recogió el tratamiento de la viudedad en su Título VI, compuesto de diecisiete artículos (los numerados del 72 al 88), divididos en tres capítulos, el primero sobre Disposiciones Generales (artículos 72 a 75), el segundo centrado en el análisis de la viudedad en su fase expectante (artículos 76 a 78) y el tercero relativo al usufructo vidual (artículos 79 a 88). Pretendía sobre todo esta regulación hacer frente a las nuevas realidades derivadas de la evolución económica y social producida en los años posteriores a la entrada en vigor del Apéndice de 1925, y, en especial, a la importancia cada vez más creciente de los muebles en la riqueza familiar, especialmente en lo relativo a las explotaciones agrícolas, ganaderas, mercantiles e industriales[3]. De esa forma se estableció por ley la universalidad del derecho: a partir de la Compilación la viudedad recae sobre todos los bienes del cónyuge y no sólo sobre los inmuebles, sin perjuicio de las limitaciones que puedan venir dadas para los supuestos previstos en el artículo 72.2 o en el 73.

[3] BERGUA CAMÓN, Jesús, *op. cit.,* pág. 419.

En los últimos años, fruto también de la evolución social experimentada, máxime desde la instauración de un sistema democrático en nuestro país, el deseo de actualización de nuestro Derecho ha sido evidente. Ya en 1985 se emprendió la adecuación de la Compilación al marco constitucional. Sin embargo, los cambios operados entonces no respondieron a un interés de sistematización de nuestro Derecho sino más bien a una necesidad de mantener la consonancia de cada uno de sus preceptos con el nuevo soporte jurídico representado por la Constitución de 1978.

No obstante, se asistió a un giro en el rumbo con la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte. Con ella se abrió una nueva etapa en la que se afrontaban retos, también nuevos, como eran los de ofrecer una regulación completa de determinados aspectos específicos de nuestro Derecho. Se consideró que había llegado el momento de renovar el cuerpo legal del Derecho civil de Aragón entendiéndose que la Compilación, pese a su notable altura técnica, resultaba ya insuficiente e inadecuada para cubrir las necesidades y expectativas de los aragoneses. Y a esa misma finalidad responde la nueva Ley de régimen económico matrimonial y viudedad. Para ello no se ha dudado en incluir normas propias en todos los casos en los que el hipotético recurso al Código civil pudiera ser perturbador, intentando construir un sistema propio cuyos principios hagan, en la medida de lo posible, innecesario acudir a la norma estatal[4]. Fruto de ese deseo, los escasos diecisiete artículos que la Compilación dedicaba a la viudedad han pasado a ser treinta y dos, es decir, casi el doble. Pero se ha mantenido la estructura de la división en tres capítulos como la más adecuada para dar coherencia al conjunto[5].

[4] Ver apartado I del Preámbulo de la Ley de régimen económico matrimonial y de viudedad.

[5] Ya MARTÍN BALLESTERO Y COSTEA, Luis, *op. cit.,* pág. 533, consideró en relación a la Compilación, que la división en tres capítulos otorgaba a la viudedad un andamiaje sin tacha. Para él no sólo era la técnica más adecuada sino la única desde la que debía enfocarse, estudiarse y regularse.

Pretende esta nueva Ley, en lo que nos afecta, reformular con cuidado todos los preceptos relativos a la viudedad, con la finalidad de presentarlos con mayor claridad y coherencia, atendiendo además a aquellos aspectos que habían presentado dudas en la práctica. Y ello se hace intentando respetar la forma de entender la comunidad de vida matrimonial por los aragoneses de hoy[6].

En la línea antes apuntada de hacer innecesario el recurso a Ordenamientos extraños, la nueva Ley, al regular las causas de extinción del derecho de viudedad, quiere también contener un tratamiento completo.

Pero, obviamente, la vigencia de esta norma desde el pasado 23 de abril de 2003, no va a excluir la aplicación de la Compilación en muchos casos. Al respecto hay que considerar que la Disposición Transitoria Segunda señala que *los hechos, actos o negocios relativos (...) al derecho expectante y al usufructo de viudedad, sólo se regirán por esta Ley cuando tengan lugar o hayan sido realizados con posterioridad a su entrada en vigor*. Es decir, que durante algún tiempo van a convivir ambas regulaciones, razón por la cual, se hace más necesario llevar a cabo un estudio paralelo de las mismas. No sólo, por tanto, la razón práctica de exponer la institución de manera que sean patentes las diferencias que puedan existir entre unas formulaciones (las de la Compilación) y las otras (las de la nueva Ley), sino también la mencionada convivencia de ambas regulaciones y su aplicación entre nosotros, hacen necesario ese estudio conjunto.

II. ESTRUCTURA DEL TRABAJO

Aun a sabiendas de que un análisis histórico de la evolución del derecho de viudedad es de gran interés para conocer las motivaciones de la actual regulación —e incluso, puede ser de gran relevancia para su mejor comprensión—, he preferido

[6] Ver apartado X del Preámbulo de la Ley de régimen económico matrimonial y de viudedad.

centrar mi atención en el examen del Derecho positivo. Entiendo que las pretensiones de este trabajo y las limitaciones temporales que nos vienen impuestas, no me permiten abarcar un profundo estudio de la evolución de esta institución desde los Fueros y Observancias hasta la promulgación de la Compilación. No obstante, aunque sólo fuera de una manera esbozada, he querido dejar constancia de qué causas de extinción del derecho se han previsto históricamente. También he pretendido responder a la pregunta de, si en la larga evolución de nuestro Derecho foral, ha habido algún intento legal de sistematizarlas, de dividirlas en atención a su fase de producción o afectación.

Pero, como digo, he preferido concentrarme en el examen del Derecho vigente teniendo en consideración la coexistencia, antes apuntada, de la Compilación y de la nueva Ley desde el pasado 23 de abril de 2003. Y para hacer este análisis he optado por dividir el estudio en dos partes diferenciadas:

— Una primera dirigida a tratar las causas de extinción del derecho de viudedad en general. Es decir, la de aquellas causas que de producirse en la fase expectante del derecho originarán la extinción tanto del derecho expectante como del usufructo vidual que le debería seguir, o que de tener lugar tras el fallecimiento de uno de los cónyuges —si es que por su naturaleza pueden producirse entonces— ocasionarán la pérdida del derecho de viudedad en su fase de usufructo por ser ésta, en ese momento, la única vigente.

— Una segunda que recogerá solamente aquellas causas específicas para el usufructo vidual, las que sólo pueden tener lugar al fallecimiento de uno de los cónyuges, las que nunca podrán tener lugar en la fase expectante del derecho ni habrán podido jamás extinguir la viudedad en un estadio previo a la muerte del consorte.

La división del estudio en estas dos partes implica una clara opción conceptual: no vamos a distinguir entre causas de extinción del derecho de viudedad y causas de extinción del derecho expectante, por cuanto para nosotros estas segundas son siempre extintivas del derecho de viudedad sobre los

bienes a los que afecta. Nunca, en nuestra opinión, cabrá una extinción del derecho expectante que permita la pervivencia del usufructo vidual, y ello a pesar de lo dispuesto en el artículo 90.2 sobre el pacto de exclusión del derecho expectante conservando el usufructo, o de lo previsto en el artículo 92 sobre la posibilidad de una renuncia solamente al derecho expectante.

De otro lado, el examen que vayamos a efectuar nos va a permitir observar cómo no siempre la ubicación sistemática de la causa en un determinado Capítulo del Título dedicado a la viudedad en la Compilación o en la nueva Ley, va a implicar que la misma sea extintiva del derecho en cualquiera de sus fases independientemente del momento en que se produzca o únicamente lo vaya a ser del usufructo vidual. De hecho, algunas de las causas de extinción previstas en las Disposiciones Generales, y que, en principio, deberían afectar al derecho en cualquier momento en que tengan lugar, sólo son viables en fase de usufructo[7].

Finalmente recogeremos una recapitulación de aquellas conclusiones a las que podamos llegar a través del recorrido efectuado. Lo haremos intentando centrarnos en las novedades más relevantes que la nueva Ley plantea, perfilando los problemas no resueltos por la Compilación y explicando cómo la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad los ha abordado.

III. OBJETIVO DEL TRABAJO

De lo expuesto hasta el momento puede deducirse fácilmente cuál es la finalidad de este estudio. Ya avanzamos anteriormente que con la entrada en vigor de la nueva Ley se abre un periodo de convivencia de dos normativas (la Compi-

[7] Así, por ejemplo la privación del derecho de viudedad en testamento por las causas de desheredación (art. 93), sólo cabe entenderla eficaz tras el fallecimiento del testador, es decir, en fase de usufructo vidual. E igualmente, las causas de indignidad como determinantes de la extinción del derecho cobran relevancia, según la nueva Ley, al fallecer un cónyuge. También, por tanto, en fase de usufructo.

lación y la Ley de régimen económico matrimonial y de viudedad) que van a regular una misma institución. Y es precisamente por ello, por lo que será necesario abordar un estudio en paralelo de ambas regulaciones.

A partir del día de San Jorge[8] de 2003 dos legislaciones simultanearán su aplicación. Y ello, junto con la necesidad de afrontar un examen que permita hacernos una idea de cuáles han sido las novedades más relevantes en lo que se refiere a las causas de extinción del derecho de viudedad, es lo que nos empuja a que el presente trabajo no se centre en exclusiva en una de las dos normas: las dos van a seguir siendo relevantes en la práctica y, además, para una mejor comprensión de la nueva Ley, se hace necesaria su comparación con la Compilación.

Pero no se trata solamente de efectuar una exposición de nuestro Derecho positivo, de decir cómo estaban las cosas antes y cómo van a estar a partir del tan emblemático día de San Jorge. Dentro de nuestras capacidades, y con humildad, pretendemos afrontar el tema desde un punto de vista crítico, tratando de examinar los problemas que se arrastraban desde la Compilación, los que son resueltos por la nueva Ley y también aquellos que, en nuestra modesta opinión, se generan o pueden generarse. Pretendemos de esta forma crear un instrumento que, al menos, nos sirva para pensar, recapacitar y analizar con cuidado la nueva realidad.

Dicho lo cual, procede entrar en materia.

[8] La elección del día del patrón de Aragón —día en el que los aragoneses celebran su identidad como pueblo—, como la jornada apropiada para iniciar la vigencia de la Ley da una idea precisa de la gran importancia que tiene para nuestras Cortes la nueva regulación.

PRELIMINAR

TRATAMIENTO HISTÓRICO DE LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN

I. EL DERECHO HISTÓRICO

Del análisis de los textos del Derecho histórico aragonés se deduce la ausencia de distinción entre causas de extinción del derecho expectante y causas de extinción del usufructo vidual. Se nos ofrece simplemente una enumeración de causas sin que la misma pretenda ser un *numerus clausus*, sino simplemente una relación abierta[9]. Así, la viudedad se extingue por muerte del usufructuario (Observancia 54 *De iure Dotium*), por la renuncia expresa (Observancia 19 *De iure Dotium*), por falta de entrega del recibo o albarán al dueño por parte del viudo o viuda o usufructuario de bienes sujetos a treudo (Fuero *De usufructu et iure emphiteotico*, de 1436, libro 3º), por la muerte de un cónyuge causada por el otro (Fuero único *De his qui procurant mortem*), por llevar la viuda vida manifiestamente licenciosa (Fuero 1º *De iure Dotium*, de 1247, libro 5º y Obs. 13 y 54 del libro 5º), o por celebración de nuevo matrimonio (Fuero 1º *De iure Dotium*, de 1247, libro 5º y 1º *De iure viudetatis,* de 1398, libro 5º).

Igualmente, en Derecho histórico se indicaban algunos supuestos que se consideraba necesario excluir expresamente

[9] ARNANZ DELGADO, Rafael, «Causas de extinción de la viudedad», en *Anuario de Derecho Aragonés*, 1952, págs 89 y 90; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, «Comentarios de los artículos 72 a 88 (La viudedad)» en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, dirigidos por DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, DGA, vol. II, Zaragoza 1993, págs. 766 y 840.

como causas de extinción de viudedad —entiendo que, precisamente, por el motivo de no ser la enumeración de dichas causas una relación cerrada— y así se establecía que no se extinguía la viudedad por ingresar el viudo o viuda en religión (Observancia 51 *De iure Dotium*) o por tener el marido concubina una vez muerta su mujer (Observancia 13 *De iure Dotium*, libro 5º).

II. LOS PROYECTOS DE APÉNDICE

Con los Proyectos de Apéndice de 1899 y de 1904 se aborda un intento de sistematización de la causas de extinción del derecho de viudedad, y se hace distinguiendo según dichas causas lo fueran del derecho expectante o del usufructo vidual y haciendo lo propio en atención a si operaban *ipso iure* o a instancia de parte.

Así, el primero de ellos enumeró las causas específicas de extinción del derecho expectante señalando las siguientes: 1ª la muerte del contrayente que debiera disfrutar el derecho, 2ª la sentencia firme de nulidad, 3ª la sentencia firme de divorcio en lo que se refiere al cónyuge culpable, 4ª para el cónyuge culpable, la sentencia firme condenatoria dictada contra él a consecuencia de cualquiera de los hechos que son causas legítimas de divorcio aunque éste no se haya reclamado, y 5ª la renuncia expresa del derecho de viudedad otorgada válidamente durante el matrimonio.

E hizo lo mismo con las causas de extinción del usufructo vidual distinguiendo como tales las siguientes: 1ª Muerte del viudo usufructuario, 2ª Nuevo matrimonio del viudo si no existe casamiento en casa, 3ª Vida licenciosa ostensible de la viuda, 4ª Tener el viudo manceba en su propia casa o fuera de ella manifiestamente, 5ª Corrupción de los hijos o prostitución de las hijas, 6ª Renuncia expresa, 7ª División con los herederos del premuerto y consiguiente entrega de los inmuebles, 8ª No entregar al propietario quince días antes del vencimiento, recibo de la pensión del censo enfitéutico o de carga tributaria que tuviera estipulado comiso, 9ª No uso del derecho du-

rante veinte años y 10ª Incumplimiento de las obligaciones que impone la viudedad.

Añadía, además, el mencionado Proyecto de 1899 una serie de supuestos en los que no se perdía el usufructo vidual —entiendo que innecesariamente puesto que si ofrecía una relación tasada de supuestos de extinción, un *numerus clausus*, todo lo no incluido, obviamente, no provocaba la extinción del usufructo— como eran el pacto de hermandad, el ingreso en religión y el nuevo matrimonio si existía «casamiento en casa» o si se hizo concesión vitalicia de la viudedad.

Por su parte el Proyecto de 1904, realizaba también la mencionada distinción entre causas de extinción del derecho expectante y causas de extinción del usufructo vidual al atribuir el carácter extintivo respecto del primero, además de al pacto en capitulaciones matrimoniales en ese sentido, a la renuncia expresa otorgada en documento público independiente de dicha capitulación, así como a la culpabilidad de un cónyuge en la separación de bienes cuando la muerte del otro ocurra sin haber mediado reconciliación o perdón que conste en forma fehaciente e indubitada.

Por otro lado, estableció este último Proyecto que el cónyuge que había de tener viudedad perdería el derecho a entrar en el disfrute a instancia de parte si, requerido para hacer inventario, se negara a hacerlo o dejara transcurrir el plazo legal para practicarlo y si dejaba transcurrir veinte años sin reclamar el ejercicio de su derecho. Además, podía privarse al sobreviviente de su usufructo ya formalizado, a instancias del heredero del premuerto: 1º si causó voluntaria e injustamente la muerte del otro consorte, 2º si el marido tenía manceba en la casa o fuera de ella con escándalo, 3º si la mujer llevaba manifiestamente vida licenciosa, 4º en los casos de abandono o corrupción de los hijos o prostitución de las hijas, 5º por incumplimiento de las obligaciones de la viudedad y 6º por el no ejercicio durante treinta años sobre los inmuebles y seis sobre los muebles, así como por no justificar el levantamiento de las cargas o no renovar los seguros en la forma regulada.

Asimismo se establecía que se extinguía el derecho de viudedad *ipso iure* por expiración del término, por incorporación de la nuda propiedad, por pérdida de las cosas afectas, por renuncia, por división de los bienes comunes, en cuanto a ellos, y por nuevo matrimonio, salvo supuesto de concesión vitalicia del mismo sin ser forzosos los herederos del premuerto o por existir «casamiento en casa». Debiera entenderse, por tanto, que las demás causas de extinción operaban a instancia de parte.

III. EL APÉNDICE DE 1925

Pero si así se ofrecieron los Proyectos, no ocurrió lo mismo con el Apéndice de 1925 que, aunque distinguía claramente entre un derecho expectante de viudedad y un usufructo vidual, como dos fases dentro del derecho de viudedad, no distinguió entre dos clases de causas de extinción (las que afecten al derecho expectante y las que afecten al usufructo vidual), y mucho menos incluyó las causas comunes que pudieran afectar a ambas fases. Muy al contrario, dicho Apéndice mezcló todas esas causas, limitándose a enumerarlas sin ningún criterio de clasificación.

No obstante, Rafael Arnanz Delgado[10], intentó sistematizarlas concluyendo que eran causas de extinción tanto del derecho expectante como del usufructo vidual las siguientes: 1ª el pacto o renuncia expresa otorgada en escritura pública (coincidentes con las causas de extinción recogidas en los apartados 1º, 2º y 4º del artículo 73 del Apéndice), y 2ª la destrucción fortuita e irreparable de las cosas (coincidente con el apartado 6º del artículo mencionado). Consideraba este autor que la única causa de extinción del derecho expectante era la culpabilidad en la separación de bienes por parte del cónyuge supérstite, sin que haya sobrevenido perdón o reconciliación con el finado que conste de forma fehaciente e indubitada (apartado 9º del artículo 73). Y dejaba como causas de extin-

[10] En «Causas de extinción de la viudedad», *Anuario de Derecho Aragonés*, 1952, págs. 93 a 97.

ción del usufructo vidual: 1ª la defunción del derechohabiente (art. 73, apdo. 3º), 2ª la incorporación con la nuda propiedad, incluyendo dentro de ella la división que el sobreviviente haga con los sucesores del finado de los raíces o inmuebles comunes con respecto a la parte que le sea entregada, aclarando, con buen criterio, que dicha división sólo extingue el usufructo en cuanto a la parte que recibe la viuda pero no con respecto a los bienes atribuidos a los herederos (apdos. 5º y 7º, art. 73), 3ª el nuevo matrimonio a menos que lo tenga concedido de por vida y no sean forzosos los herederos del consorte difunto o que se trate de «casamiento en casa» (apdo. 8º, art. 73), 4ª la culpabilidad por la muerte del finado (apdo. 10º, art. 73), 5ª la tenencia, por parte del viudo, de manceba en su propia morada, o con escándalo fuera de ella, o la llevanza, por parte de la viuda, de vida manifiestamente licenciosa y deshonesta (apdo. 11º, art. 73), 6ª la corrupción o abandono de los hijos o el atentado al pudor o fomento de la prostitución de las hijas (apdo. 12º, art. 73), 7ª la elusión por el viudo con malicia, o el descuido con señalada negligencia de un modo general, de las obligaciones inherentes al disfrute de la viudedad (apdo. 13º, art. 73) y 8ª el no inicio en dicho disfrute ni la reclamación durante los veinte años subsiguientes a la defunción del otro cónyuge, o la abstención de su ejercicio durante treinta años en determinados bienes raíces o inmuebles, y durante seis años en determinados bienes muebles (apdo. 14º, art. 73).

En cuanto a la distinción entre si las causas operaban *ope legis* o a instancia de parte, tampoco el Apéndice lo aclaraba. Sin embargo, F. A. Sancho Rebullida y P. De Pablo Contreras[11] entienden que únicamente las tres últimas causas mencionadas (es decir, las que recogía el artículo 73 en sus apartados 11º, 12º y 13º), requerían instancia de parte, operando el resto *ipso iure*.

[11] En «Comentarios de los artículos 72 a 88 (La viudedad)», en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, dirigidos por DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, DGA, vol. II, Zaragoza 1993, pág. 842.

PRIMERA PARTE

LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL DERECHO DE VIUDEDAD EN LA COMPILACIÓN Y EN LA NUEVA LEY DE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL Y VIUDEDAD

Con la entrada en vigor de la Compilación de 1967, de nuevo se plantea la necesidad de distinguir entre causas de extinción que lo son del derecho expectante y aquellas que lo son del usufructo vidual. De esta manera el artículo 78, en su redacción dada por la Ley Aragonesa de 21 de mayo de 1985, dispone que *el derecho expectante se extingue por las causas previstas en esta Compilación* —es decir, se hace referencia a las causas que de forma dispersa aparecen en el articulado de la Ley— *y, en cuanto le sean aplicables, por las establecidas para el usufructo en el Código Civil, por las de indignidad para suceder, por la declaración de nulidad del matrimonio, por el divorcio y por la separación judicial, salvo en este último caso pacto en contrario. En los tres últimos supuestos, el Juez, al apreciar las circunstancias para fijar la pensión o indemnización debidas, tendrá en cuenta, además, la extinción del derecho expectante de viudedad.*

Por su parte, el artículo 86 dispone las causas de extinción del usufructo de viudedad.

I. ¿CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL DERECHO EXPECTANTE O CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL DERECHO DE VIUDEDAD?

I.A. Terminología

I.A.1. En la Compilación

Al respecto, lo primero que conviene aclarar es si las causas de extinción prevenidas en el artículo 78 son causas de extinción únicamente del derecho expectante o son algo más; es decir, ¿dándose estas causas, y extinguido en consecuencia el derecho expectante, se conserva el usufructo vidual o no? Parece claro, analizando las causas a que se refiere el artículo mencionado —y que luego examinaremos con detenimiento—, que las mismas no son sólo causas de extinción del derecho expectante sino que comportan la extinción de la viudedad co-

mo institución, y ello en base a la concepción unitaria[12] que de ésta tiene la propia Compilación. La viudedad es una institución única, si bien se manifiesta de forma diversa: constante matrimonio se muestra como derecho expectante, y al fallecimiento del cónyuge lo hará como usufructo vidual. En atención a ello, no habiendo derecho expectante sobre un bien, no puede existir usufructo vidual sobre el mismo. O lo que es lo mismo: no existiendo derecho expectante —o primera fase de la institución— no se puede acceder al usufructo vidual —o segunda fase del derecho de viudedad—.

Aprecio que la aclaración es oportuna por cuanto algún autor[13] entendió que sobre los bienes muebles no existía derecho expectante, lo que hubiera podido conducir con una interpretación rígida a la conclusión de que las causas contempladas en el artículo 78 no suponían la extinción del usufructo vidual de los bienes muebles. Esta divergencia de interpretaciones fue, sin duda, motivada por la falta de claridad en el uso de la terminología por parte del artículo 76, el cual, en su apartado 1º, refiere la afección al *«derecho expectante»* a los inmuebles por naturaleza y a los muebles como sitios del número 1 del artículo 39, mientras que en su apartado 4 señala que, en relación a los muebles, el *«derecho de viudedad»* afecta exclusivamente a los existentes al fallecimiento[14]. De esa dicción se

[12] Ver, al respecto, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, «Comentarios de los artículos 72 a 88 (La viudedad)», en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, dirigidos por DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, DGA, vol. II, Zaragoza 1993, págs. 628 y stes. En esa misma línea, BAYOD LÓPEZ, M.ª del Carmen, «La viudedad foral aragonesa» en *Derechos Civiles de España,* dirigidos por BERCOVITZ, Rodrigo, y MARTÍNEZ SIMANCAS, Julián, Aranzadi-BSCH 2000, págs. 3.495 y 3.506.

[13] DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «La viudedad aragonesa en el Derecho interregional», *Anuario de Derecho Aragonés*, XVII, 1974-76, págs. 82 y 85. También es de la opinión de que sobre los bienes muebles no existe derecho expectante GARCÍA ÁLVAREZ, Juan, en «El derecho expectante de viudedad en la Compilación aragonesa» en *Derechos Civiles de España* dirigidos por BERCOVITZ, Rodrigo, y MARTÍNEZ SIMANCAS, Julián, Aranzadi-BSCH 2000, pág. 3.530.

[14] Exactamente dicen los mencionados apartados: *1. Los inmuebles por naturaleza y los muebles como sitios del número 1 del artículo 39 quedan afectos al derecho expectante de viudedad en el momento de ingresar en el patrimonio co-*

dedujo que, si bien en relación a los inmuebles por naturaleza y a los muebles consistentes en explotaciones agrícolas, ganaderas, mercantiles e industriales, existía derecho expectante —pues así expresamente lo dice la norma— no ocurría lo mismo en relación con los restantes muebles, dado que la Compilación reconducía el derecho sobre éstos —literalmente dice la Compilación derecho de viudedad— a los existentes en el momento del fallecimiento, prescindiendo, por tanto, de aquellos que ingresaron en el patrimonio de los cónyuges pero fueron enajenados en momento anterior al fallecimiento del premuerto. Servía además de fundamento a esta interpretación el tenor del artículo 72 cuando dispone que *la celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge el usufructo de viudedad sobre todos los bienes del que primero fallezca* (...), en lugar de indicar que la celebración del matrimonio lo que atribuye es el derecho expectante sobre los bienes del otro cónyuge. Sin embargo, considero que carece de sentido hablar de la adquisición de un usufructo vidual sin haberle precedido la existencia de un derecho expectante, pues de otro modo no podría entenderse el texto del artículo 79 cuando dice que *el fallecimiento de un cónyuge atribuye al sobreviviente con derecho expectante, el de usufructo sobre los bienes afectos*; es decir, el usufructo no podrá existir sin que previamente hubiera existido un derecho expectante. Es más, cuando el apartado 4 del artículo 76 se refiere a que, en relación a los muebles (con excepción hecha de los muebles como sitios del 39.1), el derecho de viudedad afecta exclusivamente a aquellos que existan al fallecimiento, añade un inciso final: «(...) *o hayan sido enajenados en fraude de tal derecho*». Y esto —que los bienes enajenados por el premuerto lo hayan sido en fraude de un derecho— no puede entenderse sin la existencia de un derecho previo al fallecimiento de su cónyuge por parte del viudo. ¿Cómo entender que existe un fraude a un derecho de usu-

mún o en los privativos y *4. Tratándose de los demás bienes muebles, el derecho de viudedad afecta exclusivamente a aquellos que existan al fallecimiento o hayan sido enajenados en fraude de tal derecho.*

fructo nacido con el fallecimiento del otro cónyuge que se produzca con anterioridad a la existencia del mismo derecho? La única explicación razonable es considerar que efectivamente existía un derecho expectante sobre el bien enajenado y que es ese derecho expectante el que ha sido defraudado.

Entiendo, por lo hasta ahora expuesto, que hubiera sido más acertado por parte del artículo 78 hablar de causas de extinción del derecho de viudedad, en lugar de causas de extinción del derecho expectante, a fin de evitar posibles interpretaciones indeseadas como la mencionada de que las mismas no son causa de extinción del usufructo vidual para los muebles (con exclusión de los muebles como sitios del 39.1). Además, a mi juicio, el artículo 72 debería haber atribuido a la celebración del matrimonio el efecto del nacimiento del derecho expectante (o mejor, del derecho de viudedad en su fase expectante) sobre los bienes del otro cónyuge y no tan sólo el del usufructo vidual sobre los bienes del que primero fallezca[15]. Igualmente en mi opinión, el artículo 76.1 debiera haber incluido la referencia al derecho expectante sobre los muebles (por cuanto de lo dicho, y de una interpretación conjunta del articulado, ésta se desprende que era la intención del legislador), y el 76.4 debiera haber sustituido la expresión «derecho de viudedad» por la más apropiada al caso de «usufructo vidual», puesto que al fallecimiento del cónyuge sólo esta fase del derecho es la que sobrevive.

[15] En este sentido, y aun a sabiendas de que la tradición jurídica desde las Observancias pudieran aconsejar el mantenimiento de la terminología, considero que los artículos 10 y 89 de la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad reproducen el mismo defecto del artículo 72 al afirmar que *la celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge el usufructo de viudedad* (...), cuando, en realidad, lo que nace como consecuencia del matrimonio es el derecho de viudedad, el cual durante el mismo se manifiesta como derecho expectante, tal como recoge el 89.2 de la mencionada Ley, y producido el fallecimiento de uno de los cónyuges lo hará como usufructo vidual (art. 101.1 del mismo texto). Además, hay que considerar que el artículo 89 encabeza el capítulo de la viudedad dedicado a las Disposiciones Generales y, en ese sentido, no parece que sea el lugar más idóneo para hablar de la segunda fase del derecho. En mi opinión, hubiera sido más acorde con su ubicación, y con la idea misma de la institución, afirmar que la celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge el derecho de viudedad sobre todos los bienes del otro.

A mi entender, por tanto, la Compilación prevé dos «tipos» de causas de extinción: por un lado aquellas que, de producirse, originarían la extinción del derecho de viudedad sobre todos o sobre parte de los bienes —causas que producirían la pérdida del derecho expectante y la consiguiente del usufructo vidual si se dan en vida del otro cónyuge, y que originarían la pérdida del usufructo vidual si se ocasionan tras su fallecimiento (si es que fuera posible su producción en ese momento)— y por otro, las que provocan únicamente la extinción del usufructo vidual pues sólo en esta segunda fase pueden tener lugar. A su vez, dentro de esos dos «tipos», podríamos incluir dos «subtipos», para hacer referencia a aquellas causas que originan la extinción del derecho respecto a todos los bienes y a aquellas que originan dicha extinción sólo para bienes determinados.

I.A.2. En la nueva Ley

¿Pero qué es lo que hace la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad aprobada el pasado 12 de febrero de 2003, en relación a esa clasificación?

En el Preámbulo de dicha Ley ya se nos indican los rasgos principales que después encontramos en su Título V, cuando dice que *(...) la Compilación entendía que la renuncia al derecho expectante, como las demás causas de extinción del mismo, comprendía, naturalmente, la extinción del derecho de viudedad en su conjunto. Por el contrario, la Ley adopta otro punto de vista, abordando por separado la extinción del derecho de viudedad en su conjunto (artículo 94) y la extinción del derecho expectante sobre determinados bienes inmuebles (artículos 98 y 99) o muebles (artículo 100) y, del mismo modo, distinguiendo la renuncia al derecho de viudedad sobre todos los bienes o parte de ellos (artículo 92, apartado 1) de la renuncia solamente al derecho expectante, igualmente sobre todos o parte de los bienes del otro (artículo 92, apartado 2), sin merma en este último caso del usufructo sobre todos los bienes que, al fallecer el otro cónyuge, le pertenezcan*. Y más adelante añadirá: *en la extinción del usufructo vidual no se introduce otra novedad de nota que la aclaración de la admisibilidad de la*

disposición en contrario respecto de la causa consistente en llevar el viudo vida marital estable.

La primera idea que podemos extraer de lo transcrito es la de que la Ley 2/2003 entiende que las causas de extinción del derecho expectante en la Compilación implicaban la extinción del derecho de viudedad. Es decir que, para los nuevos legisladores —conforme al régimen compilatorio— si no existía derecho expectante, no existía tampoco usufructo vidual. Coinciden, pues, con la idea que más arriba hemos apuntado.

En segundo lugar, y lo que en un principio pudiera parecer absolutamente novedoso, es la distinción de tres «tipos» de causas de extinción según afecten al derecho de viudedad, al derecho expectante o al usufructo vidual. El primero de estos tipos de causas afectaría a la totalidad de los bienes sobre los que recae el derecho: serían aquellas que, de darse, extinguirían el derecho de viudedad en su conjunto. Y, en cuanto a los dos últimos, los divide en dos «subtipos», según afecten a la totalidad de los bienes del cónyuge (supuesto que es excepcional en el caso de causas de extinción del derecho expectante) o a bienes determinados[16]. Aparentemente, por lo tanto, nos encontramos ante una nueva estructura en la configuración de las causas de extinción.

Por otro lado, la Ley prevé la posibilidad de pactar la exclusión del derecho expectante, o renunciar a él, conservando el usufructo vidual. Como el propio Preámbulo señala, esta previsión responde a la práctica extendida en los últimos años de renuncias limitadas al derecho expectante, con la finalidad de que el cónyuge propietario de los inmuebles pueda disponer de ellos sin trabas, pero conservando el renunciante el

[16] No obstante, esto no es exactamente así, ya que la Ley admite la renuncia al derecho de viudedad sobre parte de los bienes, por lo que podemos hablar, al menos, de una causa de extinción del derecho (la renuncia) que no necesariamente afecta a todos, sino que puede afectar a unos concretos. Y de la misma manera, también se prevé en la Ley que la renuncia al derecho expectante puede afectar a todos los bienes. Por tanto, la división en dos subtipos de causas podría predicarse de todos los «tipos» de causas.

usufructo sobre todos los que aquél no haya enajenado. En realidad, en mi opinión, de lo que se trata en esos casos es de renunciar al derecho expectante sometiendo esa renuncia a una condición suspensiva («renuncio a mi derecho sobre un bien en el supuesto de que se proceda a la enajenación del mismo, pero si fallecido mi cónyuge no se ha producido la enajenación, conservo mis derechos»); es decir, el derecho expectante se mantiene vigente hasta el momento en que se produce la enajenación, supuesto en el cual se pierde el expectante y, por tanto, el derecho al potencial y futuro usufructo vidual que hubiera correspondido de no haberse renunciado. En consecuencia, no me parece que la modificación introducida pueda permitirnos hablar de una ruptura con la concepción unitaria de la institución del derecho de viudedad, en el sentido de que puede conservarse el usufructo vidual pese a haberse extinguido el derecho expectante[17]. Muy al contrario, pienso que, en realidad, pese al aparente cambio estructural en la configuración de las causas de extinción del derecho de viudedad, se mantiene la esencia del sistema vigente en la Compilación, por cuanto no puede mantenerse, conforme a lo dicho, un usufructo vidual sobre un bien o sobre todos los bienes si previamente se ha extinguido el derecho expectante sobre ese o esos bienes[18].

II. EXAMEN PARTICULARIZADO DE LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL DERECHO DE VIUDEDAD

A continuación, y siguiendo la estructura de la Compilación, analizaremos las diferentes causas de extinción previstas

[17] Como pudiera dar a entender el Preámbulo de la Ley cuando afirma que *por el contrario, la Ley adopta otro punto de vista*... (refiriéndose al adoptado por la Compilación cuando entendía que la extinción del derecho expectante, comprendía, naturalmente, la extinción del derecho de viudedad en su conjunto).

[18] Podemos también entender que, con una renuncia o un pacto de esta clase, se logra eludir el efecto «real», la reipersecutoriedad del derecho expectante sobre los bienes a los que la misma afecta, pasando su régimen a asimilarse al de los muebles.

tanto en ese cuerpo legal como en la nueva Ley. Comenzaremos por aquellas que la Compilación considera extintivas del derecho expectante y que, como anteriormente se dijo, estimo, en realidad, causantes de la extinción del derecho de viudedad, por cuanto dan lugar no sólo a la extinción del expectante sino también a la extinción del usufructo vidual.

Iniciaré el análisis de estas causas de extinción comentando las que el artículo 78 de la Compilación señala explícitamente, como son las de la indignidad para suceder, la declaración de nulidad del matrimonio, el divorcio y la separación. Seguidamente examinaré las causas que pudieran resultar aplicables por la remisión que la Compilación efectúa al Código civil y terminaré con aquellas otras a las que el mencionado precepto hace referencia de forma indirecta al señalar que también se extingue el derecho *por las causas previstas en esta Compilación*.

II.A. Las causas de indignidad para suceder

II.A.1. Carácter dispositivo de la norma que las establece

Antes de comenzar el análisis de estas causas de extinción del derecho de viudedad, me gustaría efectuar una aclaración sobre el carácter de las normas que a ellas se refieren en la Compilación, y en la Ley de sucesiones: ¿son de carácter imperativo o dispositivo?; es decir, existiendo la causa de indignidad a que se refieren los preceptos implicados, ¿necesariamente se produce la extinción del derecho de viudedad o cabe disposición en contrario?

El artículo 78 de la Compilación, al enumerar estas causas, exceptúa a la separación judicial en el caso de que existiera pacto en contrario. Es decir, admite un acuerdo que evite la extinción del derecho en relación a la separación judicial, pero no realiza esa excepción ni para la declaración de nulidad del matrimonio, ni para el divorcio, ni parece tampoco que en relación a las causas de indignidad. Por tanto, una interpretación literal del artículo 78 de la Compilación, prescindiendo de otras consideraciones, podría hacernos pensar que, dándose

las causas de indignidad del artículo 13 de la Ley de sucesiones, operaría la extinción del derecho de viudedad.

Sin embargo, a este respecto, hay que tener en cuenta lo que el artículo 17 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, dispone en relación a la rehabilitación del indigno en el marco del Derecho de sucesiones. Establece este precepto que, en el caso de que conocidas las causas en que incurre el heredero, el causante hiciera disposiciones a su favor, se reconciliara o le perdonara en escritura pública, no surtirían efecto dichas causas. Estamos hablando, sin duda, de régimen sucesorio y no de régimen familiar (al que pertenece el derecho de viudedad), pero quizá con más razón en este último —donde el factor de confianza entre las partes juega un papel crucial— es donde la postura activa del cónyuge del titular del derecho, perdonando o reconciliándose, o disponiendo en favor del otro pese al conocimiento de las causas de indignidad que en él concurren, tiene mayor relevancia. Si así lo ha dispuesto, es porque considera que su cónyuge está en posición de asumir el *status* que el derecho de viudedad le otorga. Y, por otro lado, si se puede rehabilitar a un indigno a fin de que pueda adquirir la plena propiedad de unos bienes, con más motivo podrá rehabilitarse si lo que va a adquirir son únicamente derechos de disfrute. Por tanto, *mutatis mutandis*, aplicando el sentido del artículo 17 de la Ley de sucesiones a la institución aquí analizada, entiendo que, existiendo las causas de indignidad en el titular del derecho de viudedad, pudiera su cónyuge, pese a ello, reconciliarse y perdonarle, en cuyo caso no deberían entrar en juego las causas de extinción a que a continuación me referiré[19]. En

[19] LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, «Comentarios a los artículos 72 a 86», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, t. XXXIII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 1990), pág. 349, entiende que la presunción que recoge el artículo 756 del Cc (hoy sustituido por el artículo 13 de la Ley de sucesiones) es siempre pensando que el causante ha fallecido antes de tener conocimiento del acto que conlleva la indignidad. Sin embargo, considera que, en el supuesto de que el fallecimiento se produzca conociendo ya ese acto indigno, pudiera haberle perdonado y no haberlo desheredado. Por ello entiende que

otro supuesto, dándose las causas de indignidad y no existiendo reconciliación, o perdón en escritura pública, considero que debería declararse extinguido el derecho de viudedad del indigno.

A pesar de lo dicho, y como ya antes he esbozado, esta interpretación no es la que se extrae del tenor literal del artículo 78 de la Compilación, aunque tal vez la posibilidad de pacto en contrario a la consideración de la separación como causa extintiva del derecho expectante, sin salvar esta posibilidad con respecto al resto de las causas, quiera hacer referencia no a que con respecto a todas las demás causas no quepa pacto en contrario, sino a que dicho pacto no cabe en relación a aquellas directamente relacionadas (como la separación) con el vínculo matrimonial; es decir, no cabría pacto en contrario en relación a la nulidad y al divorcio[20]. En todo caso hubiera sido de agradecer una mayor claridad del precepto en este sentido. Distinto a este planteamiento de la Compilación es, sin embargo, el que hace la nueva Ley, como luego veremos.

II.A.2. Examen de las causas de indignidad

Entrando ya en el análisis del precepto, el artículo 78 de la Compilación señala que el derecho expectante se extingue por las causas de indignidad para suceder.

Ya he expresado más arriba los motivos por los que, en mi opinión, ésta, como las demás causas que la Compilación recoge como causas de extinción del derecho expectante, son causas de extinción del derecho de viudedad en el sentido de que, de producirse, ocasionan no sólo el decaimiento del de-

---

la norma no es de Derecho obligatorio. En opinión de este autor, viviendo el causante, se requiere una conducta activa de desheredación por su parte y si dicha conducta no se da, no existirá causa de extinción de la viudedad. Esta postura, a mi entender, no se conjuga adecuadamente con el texto de la Compilación.

[20] De hecho, entre las causas que extinguen el derecho de viudedad se hace referencia a *las causas previstas en esta Compilación* y, entre éstas, se encuentra el pacto o disposición en mancomún de los cónyuges (art. 73.1), en relación al cual cabe, evidentemente, otro pacto que modifique o revoque lo acordado anteriormente. Por lo tanto, ya tenemos algún supuesto en el que, al margen de la separación, cabe pacto en contrario.

recho expectante, sino también el del usufructo vidual. Es más, el artículo 86.2 de la Compilación remite al 78 para cerrar el sistema de las causas de extinción de este último; es decir, que también contempla a las presentes como causas de extinción del usufructo. En realidad, en la medida en que, por sus especiales características, las causas aquí previstas puedan darse tras el fallecimiento del cónyuge, su producción en ese momento originará la extinción de la segunda fase del derecho. Por tanto, si se producen en vida de ambos darán lugar a la pérdida del derecho en su fase expectante, con la consiguiente extinción también del usufructo que en el futuro pudiera corresponder, y si se dan tras el fallecimiento de uno de ellos, se extinguirá únicamente el usufructo vidual al ser ésta la única fase del derecho existente en ese momento.

Por otro lado, conviene hacer observar que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, las causas de indignidad aplicables en Aragón eran las mismas que venían recogidas en el artículo 756 del Código civil. Con la promulgación de la mencionada Ley de sucesiones se quiso dar una mayor unidad y seguridad al Ordenamiento jurídico aragonés y, con ese objetivo de tener un texto más completo que evitara remisiones innecesarias a otros cuerpos legales, se incluyeron, dentro del artículo 13 de dicha Ley, las causas de indignidad para suceder en Aragón; causas que, básicamente, reproducen lo dispuesto en el artículo 756 del Cc, si bien añadiéndose un supuesto más a los contemplados por éste. Se trata del apartado c) que recoge la incapacidad para suceder por parte de *el que fuere condenado a pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de patria potestad o autoridad familiar, tutela, guarda o acogimiento familiar, en las sucesiones de las personas sobre las que versara la pena y sus descendientes.* No se incluye, por otro lado, el supuesto del apartado 7 del artículo 756, introducido en la norma estatal por Ley 41/2003.

Estudiaremos, a continuación, qué causas de indignidad para suceder de las previstas en el artículo 13 de la Ley de sucesiones pueden determinar la extinción del derecho de viude-

dad en el régimen de la Compilación. Para ello, analizaremos una a una dichas causas, examinando su adecuación al caso que aquí estudiamos.

II.A.2.a) El abandono, prostitución o corrupción de los descendientes

Respecto a la causa contemplada en el apartado a) (*los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus descendientes*), entendemos que es causa de extinción del derecho de viudedad en la Compilación si la mencionada conducta es llevada a cabo por el titular del derecho de viudedad respecto a los descendientes de su cónyuge. Obsérvese, en este caso, que el Código civil hacía referencia únicamente al abandono, prostitución o corrupción de sus hijos, y no al del resto de descendientes. Con la Ley de sucesiones, por tanto, se amplían los supuestos de indignidad.

II.A.2.a) 1.º Mención a la nueva Ley

Sorprende que en la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad, se incluya expresamente en el artículo 119, como causa de extinción del usufructo vidual, la corrupción o abandono de los hijos. Y sorprende, en primer lugar, porque el artículo 13 a) de la Ley de sucesiones de 1999 habla de abandonar, corromper o prostituir, mientras que el 119 de la nueva Ley de 2003 —es decir, 4 años posterior a aquélla— no hace referencia a la prostitución. Ciertamente no es difícil entender que no existe una omisión propiamente dicha si consideramos —como así debe ser— que la prostitución es una forma de corrupción[21].

Mayor es la sorpresa que a continuación señalo: como ya hemos dicho, la Ley de sucesiones califica como causa de indignidad las mencionadas conductas de abandono, corrupción o prostitución en relación a los descendientes, mientras que la nue-

[21] De la misma opinión es ZAPATERO GONZÁLEZ, Rafael, «De la viudedad foral» en *Actas de las Jornadas de Derecho Civil Aragonés* (Jaca 1985), Cortes de Aragón, pág. 241, citado por SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS en *op. cit.*, pág. 852.

va Ley se refiere —al igual que lo hacía el Código civil— únicamente a los hijos. ¿No sería causa de extinción del usufructo vidual, entonces, la corrupción o abandono de otros descendientes, como por ejemplo nietos? Así parece desprenderse del texto del artículo, aunque resulte algo extraño que fuera intención del legislador de 2003 tratar de forma diferente este supuesto a como lo hace la Ley de sucesiones para las causas de indignidad. Para poder incluir a los descendientes no hijos dentro del ámbito de la corrupción o abandono determinante de la extinción del usufructo vidual del cónyuge, podríamos acudir a una interpretación extensiva del precepto[22]. Sin embargo, a la misma conclusión podremos llegar por la vía de los artículos 94.3, y 93.1 de la nueva Ley. Ambos preceptos se refieren a las causas de indignidad del artículo 13 de la Ley de sucesiones (que habla de descendientes y no sólo de hijos) y, como más adelante concluiremos, los dos se refieren a causas extintivas del usufructo vidual, en la misma línea, por tanto, que el artículo 119.

Es quizá esto último —que la corrupción o abandono de los hijos sea considerada causa de extinción del usufructo vidual y no del derecho de viudedad, en general— lo que más llega a sorprender. ¿Quiere ello significar que esa conducta solamente tiene consecuencias con respecto a la viudedad si tiene lugar fallecido el cónyuge, produciendo en ese caso la extinción del

[22] SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, «Comentarios de los artículos 72 a 88 (La viudedad)» en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, DGA, vol. II, Zaragoza 1993, pág. 700, entienden que esta interpretación extensiva no se encontraría amparada ni en la Compilación (art. 75.2) ni en la nueva Ley (90.3). Defienden estos autores que el principio *favor viduitatis* juega en contra de ella, puesto que afecta no sólo a las cláusulas contractuales y testamentarias, sino también a la interpretación de los propios preceptos de Derecho positivo. No obstante, en mi opinión, tanto la Compilación como la nueva Ley son claros en su expresión: los dos hablan únicamente de cláusulas contractuales y testamentarias. La intención de estos preceptos parece ser la de que, en todo caso —y solamente—, es la voluntad de las partes manifestada en relación al derecho, la que debe siempre interpretarse en favor de la viudedad, pero no las normas de Derecho positivo para cuya exégesis deberá acudirse a los criterios generales. Por lo tanto, no creo que el principio *favor viduitatis* impida aquí la interpretación extensiva a la que me refiero.

usufructo vidual?. Si fuera de otra manera, esta causa debiera estar incluida como determinante de la extinción del derecho de viudedad en el artículo 94, afirmando, al mismo tiempo, su trascendencia en el supuesto de que la conducta se produjera en vida del cónyuge. Cierto es que el apartado 3 de este artículo remite a las causas de indignidad como causas de extinción y, a través de esta referencia, podemos dotar de consecuencias a las conductas corruptoras o de abandono de los descendientes llevadas a cabo por el supérstite antes de la defunción de su consorte[23]; pero, aun en este caso, la relevancia de sus efectos, como más adelante analizaremos, se produce ya una vez éste hubiera fallecido. Y lo mismo podemos afirmar sobre la posibilidad de privar del derecho con fundamento en el artículo 93: sólo a través de testamento —y, por tanto, con efectos al fallecimiento del testador— puede llevarse a cabo tal privación. En mi opinión, por tanto, esta causa de indignidad —como ocurre con las demás— ve limitados sus efectos, en la nueva Ley, a la fase de usufructo vidual[24]. Me remito, a este respecto, a lo que más adelante comentaré en relación a lo previsto en el 94.3 de la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad, sobre las causas de indignidad enumeradas en el artículo 13 de la Ley de sucesiones por causa de muerte.

II.A.2.b) Condena por atentado contra la vida

En relación a la causa contemplada en el apartado b) (*el que fuere condenado por haber atentado contra la vida del causante, de su cónyuge, descendientes o ascendientes, contra*

[23] Para admitir que las causas de indignidad en las que se incurra con carácter previo al fallecimiento del cónyuge puedan ser determinantes de la extinción del derecho de viudedad aunque el consorte no haya procedido a su privación de conformidad con el artículo 93, debemos acudir a una interpretación correctora del art. 94.3 de manera que se permita que, al menos en los casos en que el testador desconocía la causa de indignidad en la que su cónyuge incurría, pudieran hacerse valer las mismas a su fallecimiento.

[24] En este sentido, en la actual regulación, pueden verse las causas de indignidad como determinantes de la extinción del usufructo vidual o como provocadoras de que ese usufructo no llegue a «nacer».

la vida del fiduciario o contra la vida de otro llamado a la herencia cuya muerte favorezca en la sucesión al indigno), igualmente hemos de considerarla como causa de extinción del derecho de viudedad, si bien teniendo en cuenta que no resultará aplicable en lo relativo al cónyuge por cuanto el intento de suicidio no es una causa de indignidad[25].

En lo que respecta a este apartado, hemos de poner de manifiesto que la Ley de sucesiones por causa de muerte ha ampliado los supuestos de indignidad también al que atentara contra la vida del fiduciario, o contra la vida de otro llamado a la herencia, cuya muerte favorezca en la sucesión al indigno. En mi opinión, en estos dos casos, el precepto expresamente está considerando indigno sólo a aquel que atenta contra la vida de alguien buscando un beneficio sucesorio. En consecuencia, y puesto que la muerte de un posible fiduciario o de otra persona que esté llamada a la herencia del cónyuge en nada benefician a la extensión del derecho de viudedad (siempre en la hipótesis de que los mismos no sean ascendientes o descendientes, pues, en tal caso, ya se encuentran protegidos por el resto del precepto), el atentado contra ellas no podrá considerarse como causa de extinción del derecho de viudedad.

En definitiva, debemos considerar que en el sistema de la Compilación, incurre en causa de indignidad determinante de la extinción del derecho de viudedad, quien hubiere sido condenado por atentar contra la vida de su cónyuge o de descendientes o ascendientes del mismo.

II.A.2.c) Condena a pena de inhabilitación especial

En lo que se refiere a la causa de indignidad contemplada en la letra c) del artículo 13 (*el que fuere condenado a pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de patria potestad o autoridad familiar, tutela, guarda o acogimien-*

[25] LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, «Comentarios a los artículos 72 a 86», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, t. XXXIII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 1990), pág. 348.

to familiar, en las sucesiones de las personas sobre las que versara la pena y sus descendiente), hay que decir que no estaba contemplada en el artículo 756 del Código civil y que, por tanto, es una novedad en la legislación aragonesa. Esta causa también será aplicable como extintiva del derecho de viudedad en el sistema de la Compilación, tanto en el supuesto de que al titular de tal derecho se le condenara a la inhabilitación para el ejercicio de las facultades a que se refiere el precepto en relación a un descendiente del cónyuge, como para aquellos otros casos en los que la condena se refiera a la inhabilitación para el ejercicio de los derechos referidos en relación al propio cónyuge, si dicho ejercicio fuera jurídicamente viable. Pensemos, por ejemplo, en el caso de la tutela.

II.A.2.d) Condena por acusación o denuncia falsa

En relación a la causa de indignidad contemplada en la letra d) (*el que fuere condenado por acusación o denuncia falsa contra el causante o el fiduciario, en relación con un delito para el cual la Ley señale una pena grave*), hemos de entender que la misma también debe considerarse en la Compilación como causa de extinción del derecho de viudedad, si dicha acusación o denuncia falsa va dirigida contra el cónyuge.

Es de destacar que el apartado d) redacta de forma más actualizada la causa de indignidad contemplada en el artículo 756, 3º del Cc, al permutar el término testador por el más amplio de causante[26] —y añadir el antes mencionado de fiduciario—, al sustituir las penas previstas en este último (presidio o prisión mayor) por la actualmente recogida en el vigente Código Penal como pena grave, y al transformar el concepto de acusación calumniosa, por los de acusación o denuncia falsa.

[26] No obstante, esto no afecta al tema que aquí estamos tratando, puesto que, en todo caso, para que exista causa de extinción del derecho de viudedad, la condena por acusación o denuncia falsa debe referirse a la conducta del titular del derecho con respecto a su cónyuge.

II.A.2.e) Omisión de la denuncia de la muerte violenta del cónyuge

Con respecto a la causa de indignidad contemplada en la letra e) del artículo 13 (*el heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del causante, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia, cuando ésta no hubiera procedido ya de oficio*), hay que comentar que su redacción es igual que la contemplada en el artículo 756. 4º del Cc, con la única novedad de sustituir la palabra testador por la de causante, a fin de incluir a los herederos en la sucesión intestada como posibles sujetos de indignidad.

Aplicada al supuesto que nos afecta, el término «heredero mayor de edad» debiera ser sustituido por el de «viudo», y el de «causante» por el de «cónyuge premuerto». Entiendo que esta causa implica la pérdida del usufructo vidual por cuanto, para incurrir en ella, se requiere el previo fallecimiento del cónyuge. No sería, en consecuencia, una causa de extinción del derecho de viudedad, sino del usufructo vidual[27]: perdería el usufructo vidual el que conociendo la muerte violenta de su consorte no la denuncie en los términos referidos en el artículo 13 e) de la Ley de sucesiones. En este sentido, lo relevante es que el titular del derecho incurra en indignidad tras el fallecimiento de su cónyuge. Eso sí, habrá que tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 14, 15 y 16 de la Ley de sucesiones y, por tanto, entender que, hasta que transcurra el mes a que se refiere el precepto[28], el usufructo vidual se encontrará en suspenso. Pasado ese mes des-

---

[27] En parecidos términos SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, «Comentarios de los artículos 72 a 88 (La viudedad)» en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, dirigidos por DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, DGA, vol. II, Zaragoza 1993, pág. 770, y LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, «Comentarios a los artículos 72 a 86», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, t. XXXIII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 1990), pág. 348.

[28] En realidad, el plazo del mes a que se refiere la norma debe contar desde que el viudo tuvo conocimiento de la muerte violenta. *Vid.,* en este sentido y en relación a la indignidad prevista en el nº 4 del artículo 756 del Código civil, la STS 11-02-46, citada por PUIG BRUTAU, José, en *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, vol. 1, 2ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1975, pág. 138, y ALBALADEJO

de el fallecimiento del consorte sin que se haya apreciado que el viudo tuviera conocimiento de la causa violenta de la muerte de su cónyuge, podrá entrarse en el usufructo; pero si posteriormente se averigua que sí que existió tal conocimiento y no se denunció, deberán devolverse las rentas y frutos percibidos desde que se tuvo noticia de la misma.

II.A.2.f) Amenaza, fraude o violencia sobre el cónyuge forzándole a otorgar, modificar o revocar sus disposiciones sucesorias

En cuanto a la causa de indignidad prevista en el apartado f) del artículo 13 (*el que con amenaza, fraude o violencia, obligare al causante o al fiduciario a otorgar, revocar o modificar las disposiciones sucesorias*), entiendo que es igualmente aplicable al derecho de viudedad en el régimen compilatorio: si el titular del derecho de viudedad obligare al cónyuge, en la forma dicha, a revocar o a modificar disposiciones sucesorias, incurriría en causa de extinción del derecho de viudedad.

Cierto sector doctrinal ha defendido que, para que esta causa de indignidad entre en juego en el ámbito del derecho que estamos estudiando, el cónyuge supérstite debe haber actuado buscando un beneficio sucesorio, es decir, debe haber forzado al premuerto para que éste haga desaparecer, o reduzca, las restricciones impuestas, unilateralmente o por medio de pacto, en

---

GARCÍA, Manuel, «Comentarios al artículo 756», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, t. X, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1987, pág. 232. Sin embargo, puesto que resulta necesario fijar un punto de partida concreto si no queremos que el derecho de usufructo del viudo permanezca indefinidamente en suspenso, hemos de fijar un momento hasta el que deba esperarse para calificar el cumplimiento de requisitos por parte del supérstite, y éste debe ser el de la muerte de su cónyuge. Es decir, hemos de esperar a que transcurra un mes desde el fallecimiento del premuerto para efectuar esa calificación. Este plazo de espera es el que defiende ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, «Comentarios al artículo 758», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, t. X, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1987, pág. 250, cuando afirma que, en este supuesto, *(...) la indignidad sólo se consuma cuando después de la muerte del causante transcurre un mes sin que la haya denunciado el llamado* a la *sucesión sabedor del caso.*

los supuestos permitidos por la Compilación (léase artículo 72, números 1 y 2)[29]. Por su parte, la nueva Ley no prevé la posible reducción del derecho de viudedad de un cónyuge por voluntad del otro a los inmuebles por naturaleza y a las explotaciones agrícolas, ganaderas, mercantiles e industriales, de la misma manera que lo hacía el artículo 72.2 de la Compilación. Sin embargo, sí que existen artículos que permiten limitarlo o excluirlo, ya sea por pacto en escritura pública o en testamento mancomunado (artículo 90.1), ya sea por testamento en base a la existencia de causas de desheredación (artículo 93.1). Es por ello, por lo que existiendo fraude, amenaza o violencia de un cónyuge contra otro, forzando la modificación o revocación de lo acordado o de lo dispuesto, nos encontraríamos —siguiendo esa opinión— con la causa de indignidad a la que nos estamos refiriendo.

No obstante, a mi juicio, dichas conductas amenazantes, fraudulentas o violentas sobre el cónyuge son un reflejo de la poca confianza que merece el supérstite para dirigir los intereses familiares, pues quien es capaz de defraudar al que con él debe dirigir los destinos de la familia, no debe merecer ser titular de un derecho que busca el mantenimiento, la cohesión y la defensa de los intereses de ésta. Por ello, aun cuando esas actuaciones del viudo no hubieren perseguido beneficios particulares, a mi entender, deberán ser castigadas con la extinción del derecho. El tenor de la norma nada dice sobre la intención que debe perseguirse con esos comportamientos y, por tanto, no impide esta interpretación.

Conviene resaltar que, en nuestra opinión, como más adelante comprobaremos, no nos hallamos en la nueva Ley ante un supuesto de extinción del derecho de viudedad, sino únicamente del usufructo vidual[30] ya se haga depender de que el comportamiento indigno se declare, a instancias del interesado, tras el

[29] De esta opinión es LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, «Comentarios a los artículos 72 a 86», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales,* dirigidos por M. Albaladejo, t. XXXIII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 1990), pág. 348.

[30] O, al menos, ante un supuesto determinante de que el usufructo no llegue a «nacer».

fallecimiento del cónyuge, si es que admitiéramos esa posibilidad (artículo 94.3), ya se remita a la voluntad manifestada en testamento por el mismo (artículo 93) pues, también en este caso, la eficacia de la disposición —como disposición de última voluntad que es— se reconduce a la defunción del testador.

II.A.2.g) Amenaza, fraude o violencia para impedir al otro otorgar, revocar o modificar disposiciones sucesorias

Por último, y en relación a la causa de indignidad prevista en la letra g) del artículo 13 de la Ley de sucesiones (*El que por iguales medios impidiera a otro otorgar pacto sucesorio, testamento o acto de ejecución de la fiducia, o revocar o modificar los que tuviese hechos, o suplantare, ocultare o alterare otros posteriores*), entiendo que, por las mismas razones que las expresadas en el apartado anterior, es igualmente aplicable, en el régimen de la Compilación, al derecho de viudedad, con las adaptaciones necesarias al caso[31].

Valen, en relación a lo que dispone la nueva Ley, los comentarios efectuados en el apartado anterior.

Conviene señalar que las letras f) y g) del artículo 13 de la Ley de sucesiones, son un traslado al Derecho aragonés de lo previsto en los números 5º y 6º del artículo 756 del Código civil, previendo no sólo el testamento, como hacía este último, sino también el pacto sucesorio y los actos de ejecución de la fiducia, y completando su redacción.

II.A.3. Tratamiento general de las causas de indignidad como causas de extinción del derecho de viudedad en la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad

Ya hemos visto que el artículo 119 de la Ley prevé entre las causas de extinción del usufructo vidual una de las previstas

[31] SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, «Comentarios de los artículos 72 a 88 (La viudedad)», en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, dirigidos por DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, DGA, vol. II, Zaragoza 1993, pág. 770, se muestran contrarios a la aplicación de este apartado y del anterior al derecho de viudedad.

como determinantes de la indignidad en la Ley de sucesiones, como es la corrupción o abandono de los hijos. Vale aquí lo dicho más arriba al analizar dicha causa como extintiva del derecho de viudedad. También avanzamos que, sin embargo, el artículo 94.3 de la Ley, al tratar las causas de extinción del derecho de viudedad, ya se refería a las causas de indignidad del artículo 13 de la Ley de sucesiones, entre las cuales se encuentra, como queda apuntado, el abandono, prostitución o corrupción de los descendientes.

En concreto, el tenor literal del precepto dice que *se extingue también* (se refiere al derecho de viudedad) *cuando, al fallecer un cónyuge, incurre el supérstite en alguno de los supuestos enumerados en el artículo 13 de la Ley de sucesiones por causa de muerte como causas de indignidad*.

Por otro lado, el artículo 93[32] del mismo texto prevé la posibilidad de que cada cónyuge pueda, en testamento, privar al otro de su derecho de viudedad —en el fondo, del usufructo vidual— por alguna de las causas que dan lugar a la desheredación de acuerdo con el artículo 195 de la Ley de sucesiones por causa de muerte, siendo estas causas de desheredación las mismas causas de indignidad, además de las siguientes:

a) Haber negado sin motivos legítimos los alimentos al que le deshereda (en este caso al que le priva de la viudedad).

b) Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente.

c) Haber sido judicialmente privado de la autoridad familiar sobre descendientes (en este caso del que le priva de la viudedad) por sentencia fundada en el incumplimiento del deber de crianza y educación.

Pues bien, en base a estos artículos y, en especial, al juego de los artículos 93 y 94, podemos defender las siguientes interpre-

[32] El texto literal del artículo es el siguiente: *1. Cada cónyuge puede, en testamento, privar al otro de su derecho de viudedad, exclusivamente por alguna de las causas que dan lugar a la desheredación de acuerdo con el artículo 195 de la Ley de sucesiones por causa de muerte. // 2. La prueba de ser cierta la causa corresponde a los herederos del cónyuge premuerto, si el viudo la niega.*

taciones que giran en torno al sentido temporal de la expresión utilizada en el apartado 3 de este último precepto, donde dice que se extingue el derecho de viudedad *cuando al fallecer un cónyuge, incurre el supérstite en alguno de los supuestos...*:

1º La primera de estas interpretaciones consideraría que el artículo 94.3 de la nueva Ley se está refiriendo, única y exclusivamente, a las causas en las que incurre el supérstite tras el fallecimiento del cónyuge. El fundamento de esta posible interpretación se centraría en considerar que el artículo 93 está reconduciendo a la voluntad del consorte plasmada en testamento la posible privación del derecho de viudedad en base a las causas de desheredación (incluidas las de indignidad), en las que incurre el titular del derecho en vida de aquél. En consecuencia, todas las causas de indignidad en las que se incurra antes del fallecimiento del cónyuge deben haberse utilizado por éste en el testamento para privar de la viudedad y, si no se ha hecho así, es porque han sido perdonadas y no deben entrar en juego. Por lo tanto, el ámbito del artículo 94.3 de la Ley no puede ser otro —en base a esta primera interpretación— que el de las causas en las que incurre el supérstite tras el fallecimiento del cónyuge. De esta forma, la expresión *al fallecer un cónyuge* del precepto, debe entenderse como «tras su fallecimiento», y los términos *incurre el supérstite*, como que las causas que dan lugar a la extinción del derecho se dan con posterioridad a dicho fallecimiento.

Sin embargo, tal tratamiento puede llevar, a mi modo de entender, a consecuencias indeseadas. Así, por ejemplo, en el supuesto de corrupción de los descendientes del cónyuge por parte del titular del derecho en vida de aquél y con ocultación al mismo de esa corrupción, nos encontraríamos con un supuesto no extintivo del derecho: la conducta se ha producido en vida del cónyuge y además éste, por su desconocimiento, no ha podido privar testamentariamente al titular del derecho. Aplicando estrictamente la interpretación aludida este último conservaría su derecho de viudedad.

De la misma forma, si un cónyuge fuerza la voluntad del otro con fraude, amenaza o violencia con el fin de modificar

lo acordado o dispuesto en pacto sucesorio o testamento, y el amenazado, defraudado o violentado fallece sin haber podido revocar dicha disposición, el consorte mantendrá la viudedad.

E igualmente, y aunque resulte absurdo, si el titular del derecho de viudedad atenta contra la vida del cónyuge siendo condenado por ello, y como resultado de dicha acción se produce la muerte de éste sin que por las circunstancias de la víctima hubiera podido privar de su derecho de viudedad al cónyuge condenado, nos encontraremos ante un supuesto de indignidad en el que se incurre, no tras el fallecimiento del consorte, sino con carácter previo al mismo y sin posibilidad de que éste hubiera podido excluir del derecho al autor del atentado. Por contradictorio que parezca, el que causara la muerte al cónyuge mantendría, en tales casos —y de defenderse esta interpretación—, el derecho de viudedad.

2º Una segunda línea interpretativa entendería que el artículo 94.3 de la nueva Ley se está refiriendo a las causas de indignidad en las que incurra el supérstite con anterioridad al fallecimiento del cónyuge[33]. Independientemente de que éste haya tenido ocasión, o no, de privarle del derecho con base en el artículo 93, los interesados podrán hacer valer las causas de indignidad tras su muerte. Sin embargo, si el supérstite ha incurrido en alguna de las causas descritas con posterioridad al fallecimiento de su cónyuge, las mismas no podrán entrar en juego y no podrán provocar la extinción del derecho.

En mi opinión, esta segunda opción cuenta con dos grandes inconvenientes: el primero de ellos, el de prescindir de la

[33] En este sentido, se entendería que, el precepto, al referirse a que el derecho de viudedad se extingue *cuando al fallecer un cónyuge, incurre el supérstite (...)* en indignidad, está aludiendo a que en ese momento —el del fallecimiento del premuerto— perviven en él las causas de indignidad contraídas con anterioridad a esa muerte. El término «al fallecer» tendría el mismo significado que cuando, por ejemplo, es empleado por el artículo 89 de la Ley de sucesiones al hablar de los efectos de la nulidad, divorcio y separación sobre los pactos en esta materia, al decir que *salvo que del contrato resulte otra cosa, las atribuciones sucesorias pactadas entre cónyuges quedarán sin efecto si, al fallecimiento de uno de ellos estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio* (...). Con ello se está refiriendo a que en el momento de la muerte ya exista tal declaración judicial.

voluntad del fallecido. Si éste conocía las causas de indignidad en que incurría su cónyuge y, pese a ello, no le privó de la viudedad, es porque le perdonó, considerándolo con suficientes aptitudes para desempeñar las tareas familiares a las que la viudedad va dirigida. Tenía la suficiente confianza en él para mantenerle en el derecho. En consecuencia, no parece tener sentido dar a los interesados la oportunidad de alegar que el viudo incurrió en una causa de indignidad que era conocida por su cónyuge y que no fue utilizada por éste para excluirlo de la titularidad. En definitiva, debería aplicarse al ámbito de la viudedad lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley de sucesiones por causa de muerte[34]: si el fallecido conocía las causas de indignidad de su cónyuge y, pese a ello, no le privó del derecho, o se reconcilia o le perdona, no debería permitirse a los interesados alegar tales causas de indignidad.

Pero, a mi juicio, existe también un segundo gran inconveniente en esta interpretación. Según hemos expuesto, con arreglo a este criterio no deberían producir efectos extintivos sobre el derecho de viudedad las causas de indignidad en las que «incurra» el supérstite tras el fallecimiento de su cónyuge. Y al respecto hemos de considerar lo siguiente:

a) Algunas de las causas de indignidad reflejadas en el artículo 13 de la Ley de sucesiones por causa de muerte necesariamente se producen tras la muerte del consorte. Tal es el caso del supuesto previsto en la letra e) (no denunciar la muerte violenta del cónyuge, conociéndola).

b) En otros casos, la interpretación puede dar lugar a que comportamientos que, realizados antes del fallecimiento del cónyuge ocasionarían la extinción del derecho, si son llevados a cabo más allá de ese momento no provocarán tal resultado. Por ejemplo, si el atentado contra la vida de descendientes o ascendientes del cónyuge, previsto en el artículo 13 b) de la Ley de sucesiones, se produce tras el fallecimiento de éste, la conducta quedaría sin castigo. O si la condena a pena de inhabi-

[34] Ver lo dicho al respecto en el apartado II.A.1 anterior.

litación especial, referida en el artículo 13 c) de la mencionada Ley, se debe a incumplimientos de las obligaciones derivadas de la patria potestad, autoridad familiar, tutela, guarda o acogimiento familiar, sobre los descendientes del cónyuge, producidos con posterioridad a su muerte, también quedarían al margen del efecto extintivo. Incluso, llevada a su extremo, esta interpretación puede conducir a absurdos mayores, puesto que varios de los supuestos previstos en el mencionado artículo 13 de la Ley de sucesiones se refieren a la condena por sentencia [tales son los casos recogidos en las letras b), c) y d)]. Si la causa de indignidad consiste en la existencia de tal condena, propiamente «se incurre» en ella cuando la resolución judicial adquiere firmeza. Y por lo tanto, podría pensarse que, en un supuesto en que la sentencia firme referida a unos hechos anteriores se dictara, sin embargo, con posterioridad a la muerte del cónyuge, no nos encontraríamos ante una causa de extinción del derecho de viudedad.

c) Igualmente, en el supuesto previsto en la letra g) del artículo 13, la conducta consistente en suplantar, ocultar o modificar los testamentos otorgados por el cónyuge, puede producirse tras el fallecimiento de éste, y manteniendo la tesis apuntada tales comportamientos tampoco llevarían aparejada la pérdida del derecho.

d) Por último, hay que tener en cuenta que el artículo 119.1 d) de la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad expresamente prevé como causa de extinción del usufructo vidual la corrupción o abandono de los hijos, razón por la cual debemos atribuir a la causa de indignidad contemplada en la letra a) del artículo 13 de la Ley de sucesiones —pues así parece ordenarlo de una manera expresa la Ley— su relevancia aun en el caso de que la conducta se produzca tras el fallecimiento del cónyuge.

3º Así las cosas, y con el fin de superar los inconvenientes apuntados por las dos interpretaciones anteriores, hemos de buscar una tercera vía que permita acoger aquellos supuestos que, si mantuviéramos cualquiera de esas dos líneas, quedarían, de manera poco lógica, fuera de la cobertura del artículo 94.3

de la nueva Ley. Partiendo de tal premisa, deberemos entender que la Ley quiere, en su artículo 93, dar un papel predominante a la voluntad del cónyuge, manifestada en testamento, a la hora de provocar la extinción del derecho de viudedad del otro con base en las causas de indignidad en las que este último incurra antes del fallecimiento de aquél. Si el cónyuge las ha considerado en su testamento como determinantes de la privación del derecho de viudedad del otro, a esa voluntad habrá que acudir. Y si, conociendo las causas, nada ha dicho, o si con posterioridad se ha reconciliado o ha perdonado en la forma prevenida en el artículo 17 de la Ley de sucesiones, deberemos entender que nunca podrán ser tales causas determinantes de la extinción del derecho.

No obstante lo anterior, las causas de indignidad producidas con anterioridad a la defunción del testador, podrán ser alegadas por los interesados una vez fallecido aquél, si es que demuestran que las desconocía. En consecuencia, bajo esta interpretación correctora del artículo 94.3 de la Ley, deberemos entender que éste acoge aquellas causas de indignidad que tuvieron lugar con anterioridad al fallecimiento del cónyuge pero que eran desconocidas por éste.

Asimismo, con arreglo a esta interpretación, también deberían quedar incluidas en dicho precepto aquellas causas en las que propiamente se incurre con posterioridad a la defunción del consorte. Al afirmar el artículo 94.3 que se extingue el derecho de viudedad *cuando, al fallecer un cónyuge, incurre el supérstite en algunos de los supuestos enumerados en el artículo 13...*, quiere abarcar también los supuestos de condena incluidos en los apartados b), c) y d) que, aunque se produzcan con posterioridad al óbito del consorte, sean ocasionados por una acción previa al mismo. Y también aquellos otros en los que necesariamente la causa se da con posterioridad a dicho fallecimiento como es el supuesto contemplado en el apartado e)[35].

[35] Pese a que su ámbito no es el del Derecho de familia, sino el de sucesiones, podría servir de apoyo a esta interpretación la aplicación analógica del artículo 14.2 de la Ley de sucesiones por causa de muerte, al caso que nos ocupa:

A mi juicio, también deberían quedar amparados por el precepto los comportamientos de suplantación, ocultación o alteración a que se refiere la letra g) del artículo 13 cuando se producen con posterioridad al fallecimiento del testador. Y también los del artículo 13 a) que tuvieran lugar tras ese momento[36]. E incluso los supuestos de condena de los apartados b) y c) del artículo 13, relativos a hechos que tuvieran lugar tras la muerte del cónyuge, si es que tales casos pudieran darse. En definitiva, el que la Ley contemple como causas de extinción del derecho de viudedad los supuestos referidos en el artículo 13 de la Ley de sucesiones, no lleva aparejado, a mi entender, que el funcionamiento de esas causas sea el mismo en el ámbito sucesorio y en el ámbito familiar (en el que se encuentra el derecho de viudedad). Por tanto, el que las causas en que se incurra con posterioridad al fallecimiento de uno de los cónyuges no pueda determinar la indignidad en el ámbito sucesorio, entiendo que no nos debe impedir que puedan ocasionar la extinción del usufructo de viudedad. De hecho la Ley así lo prevé explícitamente en el caso de la corrupción o abandono de los hijos. Y en el resto de los casos, en atención a la finalidad familiar de la institución, nada se opone a ello[37].

deberemos esperar a que adquiera firmeza la sentencia de condena en los casos de los apartados b), c) y d), y a que transcurra el plazo de un mes a que se refiere el apartado e) del artículo 13, para determinar si existía capacidad para ostentar el derecho de viudedad y retrotraer los efectos extintivos de tal derecho, en su caso, al momento del fallecimiento del cónyuge. No obstante, en mi opinión, y en relación a la expresión utilizada por el artículo 94.3 de la Ley 2/2003, una cosa es incurrir en una causa de indignidad en un momento determinado —dice este artículo que se extingue el derecho de viudedad cuando al fallecer un cónyuge «incurre» el supérstite en indignidad—, y otra diferente que sus efectos se retrotraigan a ese momento. Probablemente la cuestión hubiera quedado resuelta si la redacción del artículo 13 de la Ley de sucesiones señalara que la causa de indignidad consiste en atentar contra la vida, incumplir las obligaciones derivadas de la patria potestad, autoridad familiar, etc., o acusar o denunciar falsamente, y no propiamente en la condena por esas actuaciones.

[36] En este último caso, contando, además, con apoyo directo en la dicción del artículo 119. 1 d) de la propia Ley 2/2003.

[37] Hay que decir, no obstante, que en relación al Derecho de sucesiones también existe doctrina que defiende la trascendencia de la comisión del hecho indigno llevada a cabo con posterioridad a la muerte del causante. Así, ALBALA-

Pero esta tercera vía que hemos defendido como la más acorde al sentido de la Ley, requiere forzar la letra de la misma. Al decir el precepto que se extingue el derecho cuando al fallecer el cónyuge incurre el supérstite en alguno de los supuesto del artículo 13 de la Ley de sucesiones, está fijando un momento en el tiempo, o bien a partir del cual, o bien hasta el cual, tienen relevancia los supuestos de indignidad no utilizados por el consorte para privar de la viudedad. Mantener la interpretación correctora que estamos defendiendo como la más adecuada, implica dar una vuelta de tuerca al texto del artículo 94.3, de manera que dejamos caer bajo su cobertura supuestos que se dan tanto antes como después de ese momento. En ese sentido, creemos que hubiera sido más adecuado que el precepto estableciera, simplemente, que el derecho de viudedad se extingue también cuando el cónyuge incurra en algunos de los supuestos del artículo 13 de la Ley de sucesiones que no hayan dado lugar a su privación conforme al artículo 93 de la Ley por no ser conocidos, o no haber podido ser utilizados, por el testador.

De lo dicho hasta ahora, podemos deducir lo siguiente:

1º Pese a la ubicación sistemática de esta causa de extinción dentro de las Disposiciones Generales relativas al derecho de viudedad, las causas de indignidad en la nueva Ley se consideran, de forma genérica, como causas de extinción del usu-

DEJO GARCÍA, Manuel, *Curso de Derecho Civil. V Derecho de Sucesiones*, Ed. Bosch, Barcelona, 1982, págs. 87 y 88. En relación al atentado contra la vida de ascendientes o descendientes del causante dice este autor que *aunque se produzca (...) bastante después de la muerte del testador, la razón moral contra quien lo comete es del mismo peso para echar sobre él la indignidad, aun en ese caso.* Por su parte, DIEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio en «La delación de la herencia», *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, (Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones),* Ed. Tecnos, Madrid, 8ª ed. 2003, pág. 311, también parecen admitir la posibilidad de que el atentado posterior a la muerte del causante pueda determinar la indignidad del sucesor, afirmando que, en tal caso, no habrá incapacidad, sino causa de exclusión. Por su parte, LACRUZ BERDEJO, José Luis, «Indignidad e incapacidad», *Elementos de Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones*, Ed. Bosch, Barcelona, 1988, pág. 84, también insinúa la posibilidad de que las causas de indignidad sean posteriores al fallecimiento del causante.

fructo vidual. Esto es así porque en base al apartado 3 del artículo 94, para que las causas de indignidad produzcan como efecto la extinción del derecho, debe esperarse al fallecimiento el cónyuge. Sólo a partir de entonces operan las mismas como enervadoras del derecho del viudo. Es decir, ya en el momento en el que el derecho expectante del cónyuge se ha transformado en usufructo vidual[38]. En base a ello, consideramos que la ubicación adecuada de esta causa hubiera sido el artículo 119, donde se contemplan las causas de extinción del usufructo vidual. En tal caso, en dicho artículo sobraría, a todas luces, la letra d) (*corromper o abandonar a los hijos*) por estar la misma incluida ya en las causas de indignidad a que se refiere el artículo 94.3 y que, como digo, son propiamente causas de extinción del usufructo vidual.

2º A mi entender, hubiera sido más correcto mantener las causas de indignidad como causas de extinción del derecho de viudedad *strictu sensu*, eliminando la referencia que hace el artículo 94.3 al fallecimiento del cónyuge, es decir, estableciendo que el derecho de viudedad se extingue, sin más, cuando incurre el cónyuge en alguno de los supuestos de indignidad. Y, en todo caso, reconducir a la voluntad de cada cónyuge la rehabilitación del derecho de aquél que incurrió en las causas de desheredación.

3º La Ley ha concedido al cónyuge un papel esencial en la determinación de la extinción del derecho de viudedad de su pareja[39]. Si la causa de indignidad se da en vida del consorte —y es conocida por éste— sólo con su voluntad manifestada a través de testamento, puede privarse del derecho de viudedad

[38] En todo caso afecta al usufructo vidual ya digamos que éste se extingue, ya afirmemos que lo que ocurre es que no llega a «nacer».

[39] Recordemos que, ya con el texto de la Compilación, LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, «Comentarios a los artículos 72 a 86», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, t. XXXIII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 1990), pág. 349, defendía que se estuviera a la voluntad del cónyuge inocente a la hora de determinar si las causas de indignidad debían provocar la extinción del derecho: si éste nada decía la extinción no debía operar.

—en realidad, del usufructo vidual[40]—. En este sentido —en la interpretación más amplia de las antes apuntadas—, el papel de las causas de indignidad contempladas en el artículo 94.3 queda reducido al de provocar la extinción del derecho de viudedad en aquellos supuestos en los que, habiéndose producido dichas causas en vida del cónyuge, no eran conocidas por él o no pudieron ser hechas constar en su testamento, y también, en su caso, al de ocasionar la extinción de la viudedad cuando se incurre en la causa una vez fallecido el cónyuge.

4º Por todo lo dicho, en mi opinión, la regulación compilatoria era más adecuada que la planteada por la nueva Ley. Entiendo que el comportamiento reprobable del cónyuge, en cuanto vulnerador de la fidelidad debida al otro y a su familia, debería considerarse causa de extinción del derecho de viudedad en cualquier momento en que se produjera y, en consecuencia, debería poder provocar la extinción, no sólo del usufructo vidual, sino también del derecho expectante si es que la causa se produce en vida del consorte. De esta forma, a mi entender, hubiera sido conveniente establecer que, viviendo ambos cónyuges y dándose las causas de indignidad referidas en el artículo 13 de la Ley de sucesiones por causa de muerte[41], se debería producir la extinción del derecho de viudedad (en tal caso, en su fase expectante); y sólo en el supuesto de que el cónyuge recuperara la confianza en el indigno, y lo manifestara así en escritura pública o en testamento, debería producirse la rehabilitación. Este es el tratamiento que, a mi juicio, se derivaba de la Compilación y que considero más adecuado que el que le ha sucedido.

[40] No olvidemos que la eficacia del testamento no se producirá sino a partir del fallecimiento del testador. Hasta ese momento, carente de eficacia la disposición de última voluntad, el cónyuge mantendrá el derecho en su fase expectante. Podemos defender también, en algunos casos, que lo que sucede es que el usufructo no llega a nacer.

[41] Fundamentalmente en los supuestos contemplados en los apartados b), c) y d) del mismo, y también en los casos de los apartados a), f) y g), si existiera condena judicial en ese sentido.

II.B. Las causas de extinción del derecho de viudedad relacionadas con las crisis matrimoniales

II.B.1. La declaración de nulidad del matrimonio

II.B.1.a) En la Compilación

Tal y como dispone el artículo 72.1 en la Compilación, o como lo hace el 89.1 de la nueva Ley, la celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge el usufructo de viudedad sobre todos los bienes del que primero fallezca. Ya he comentado, sin embargo, que, en mi opinión, dicho precepto debiera haberse referido al derecho expectante (o aún mejor, al derecho de viudedad en general, como institución). Es decir, lo que atribuye la celebración del matrimonio a cada cónyuge es el derecho de viudedad sobre todos los bienes del otro.

Partiendo de lo anterior es lógico que si el matrimonio es declarado nulo, dicha declaración extinga el derecho. Esta extinción afectará no solamente a la viudedad sobre los bienes por adquirir, sino también a los ya adquiridos: declarado nulo el matrimonio, el decaimiento operará retroactivamente, puesto que la declaración lo que determina es que el matrimonio no ha llegado a existir[42].

Pero esto que resulta tan evidente en el actual texto de la Compilación, no lo era tanto en la propuesta del Seminario y en los Anteproyectos de la Comisión compiladora que actuaron como preparatorios. Dichos textos preveían la extinción del derecho de viudedad por la declaración de nulidad del matrimonio, pero añadían un matiz: *sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 69* (hoy 79) *del Código Civil*. Y el artículo 79 del Cc establece que la declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe. Es decir, que de haber prosperado el

[42] Todo ello sin perjuicio de que, en relación a los efectos del matrimonio regulados en el Código civil, se deba estar a la buena o mala fe de los contrayentes para determinar si deben o no mantenerse los que se hubieran producido hasta la declaración de nulidad.

texto propuesto en los trabajos preparatorios a la Compilación, la declaración de nulidad del matrimonio hubiera impedido que los bienes por adquirir quedaran afectos al derecho de viudedad, pero hubiera mantenido éste para los bienes ya adquiridos si el contrayente lo hubiera sido de buena fe.

Sin embargo, finalmente la salvedad desapareció del que pasó a ser artículo 78 de la Compilación por lo que, en la actualidad, ya no procede en ningún caso distinguir entre contrayentes de buena y mala fe: si la nulidad se declara, la viudedad se extinguirá tanto en relación a los bienes ya existentes como en relación a los sucesivos, y ya sean los contrayentes de buena o de mala fe[43].

II.B.1.b) En la nueva Ley

Por su parte, la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad, de 12 de febrero 2003, dispone que *el derecho de viudedad se extingue necesariamente (...) por la declaración de su nulidad*. Destacan, a primera vista, dos aspectos de tal afirmación: el primero de ellos es que ya se habla de que lo que se extingue es el derecho de viudedad (recordemos que la Compilación se refería al derecho expectante), y en segundo lugar, sobresale la utilización del adverbio «necesariamente»: con la declaración de nulidad se extingue necesariamente el derecho de viudedad; es decir, la norma adquiere un carácter imperativo, no cabe pacto en contrario. Consecuencia que, por otra parte, ya se desprende del texto del artículo 78 de la Compilación.

Pero el artículo 94, en su párrafo 2º, añade que *se extingue también por la admisión a trámite de la demanda de* separación, divorcio *o nulidad, interpuesta por uno o ambos cónyuges, a menos que pacten su mantenimiento mientras el matrimonio subsista. El derecho de viudedad nace de nuevo cuando el proceso fi-*

[43] Comparto la opinión de SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, «Comentarios de los artículos 72 a 88 (La viudedad)», en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, dirigidos por DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, DGA, vol. II, Zaragoza 1993, págs. 643 y 644.

naliza en vida de ambos cónyuges sin sentencia firme estimatoria, se reconcilian los cónyuges separados, o así lo pactan éstos. Este apartado es, sin duda, una novedad en relación a lo que hasta el momento dispone la Compilación, donde sólo la declaración de nulidad —y no la mera admisión a trámite de la demanda— origina como efecto la extinción del derecho de viudedad.

Es decir, que la nueva Ley anticipa con relación a la Compilación el momento determinante de los efectos extintivos. Sin embargo, conviene analizar con detalle lo que el precepto establece y observar los problemas que de su letra pueden extraerse.

En primer lugar, cabría suponer que contra ese efecto extintivo del derecho de viudedad provocado por la admisión a trámite de la demanda de nulidad, cabe pacto en contrario puesto que el apartado 2 del artículo 94 señala que los efectos extintivos de la admisión a trámite de la demanda se producen *a menos que pacten su mantenimiento mientras el matrimonio subsista*. Es decir, de una primera lectura podríamos concluir que los cónyuges están facultados para acordar que la admisión a trámite de la demanda no les prive recíprocamente de su derecho con respecto al otro.

Sin embargo, el inciso final del precepto añade —y esto es lo que puede resultar pernicioso con respecto a dicha interpretación— que esto es posible *mientras el matrimonio subsista*. Esta matización nos podría hacer pensar que, realmente, en el caso de admisión a trámite de demanda de nulidad, no puede existir pacto en contrario en relación a la producción de sus efectos extintivos sobre el derecho de viudedad, para el supuesto de que, finalmente, la nulidad sea declarada. Si tal resolución judicial se produce, y el matrimonio es declarado nulo, éste nunca habrá existido: no habrá «subsistido» en el interin comprendido entre la admisión a trámite de la demanda y la declaración judicial de nulidad, por el simple hecho de que no habrá existido nunca[44]. Y

[44] La norma está condicionando la posibilidad de pacto a la subsistencia del matrimonio y no a la de sus efectos. En consecuencia, no creo posible eludir la crítica haciendo referencia a la teoría del matrimonio putativo. Cosa diferente hu-

ya hemos visto como —también en la regulación que efectúa la Compilación— los efectos extintivos de la declaración de nulidad se producen con respecto a todos los bienes, tanto los anteriores a dicha declaración, como los posteriores, y tanto en relación a los contrayentes de buena, como a los de mala fe.

Pero, por otro lado, podría llegar a pensarse que si la resolución judicial que resuelve el proceso matrimonial se decanta por no declarar su nulidad, sí que cabría pacto en contrario a la producción de los efectos extintivos de la admisión a trámite de la demanda, puesto que el matrimonio habrá existido siempre y, por tanto, «subsiste» en el lapso de tiempo que transcurre entre la admisión a trámite de la demanda y la resolución desestimatoria de la nulidad.

Por todo ello, podríamos concluir que la anticipación extintiva del derecho de viudedad al momento de la admisión a trámite de la demanda de nulidad es absoluta para el supuesto de que la sentencia finalmente estime la nulidad; es decir, que no cabría pacto en contrario en relación a ese efecto para este supuesto. Y que, sin embargo, dicho pacto, y su efecto enervatorio sobre las consecuencias de la admisión a trámite de la demanda, sería admisible para el caso de que finalmente no se dicte sentencia estimatoria de la demanda.

No obstante, la conclusión no es tan sencilla puesto que si admitimos la posibilidad de un pacto en el segundo de los sentidos, veríamos afectada la imposibilidad del pacto para el primero de ellos. Es decir, que podríamos pensar en un pacto de mantenimiento del derecho de viudedad sometiéndolo a la condición resolutoria consistente en la firmeza de la resolución por la que se declara finalmente la nulidad del matrimonio (algo así como que, interpuesta la demanda de nulidad, «pactamos el mantenimiento del derecho de viudedad, pero el derecho se extinguirá si finalmente adquiere firmeza la resolución

biera sido si el inciso final del apartado 2 del artículo 94 hubiera dispuesto que la extinción derivada de la admisión a trámite de la demanda se producen a menos que pacten su mantenimiento *mientras los efectos del matrimonio subsistan*. Pero éste no es el caso.

judicial declarando esa nulidad»). Este pacto equivaldría a dejar sin virtualidad para todos los casos —y no sólo para aquellos en los que finalmente se resuelva en sentido contrario a la nulidad— el efecto extintivo que pueda producir la admisión a trámite de la demanda. La existencia de un pacto de este tipo permitiría que el derecho de viudedad funcionara (también en los casos en los que finalmente se declare la nulidad) durante un lapso de tiempo —el transcurrido entre la admisión a trámite de la demanda y la firmeza de la resolución que resuelva el pleito— durante el cual propiamente el matrimonio puede no haber *subsistido*.

Debemos, además, advertir de que un acuerdo de los cónyuges de ese tipo generaría un efecto distorsionador en el tráfico jurídico que afectaría a todas las posibles transmisiones de bienes realizadas desde la admisión a trámite de la demanda y hasta la firmeza de la resolución judicial que decida el pleito. Y ello porque sobre el posible adquirente de los bienes planearía la amenaza constante de una resolución judicial contraria a la nulidad, que mantuviera el derecho de viudedad que recae sobre los bienes adquiridos. Nadie que quiera adquirir un bien libre de cargas se atreverá a comprarlo si media el pacto mencionado entre los cónyuges, pues, en tal caso, se encontrará con el riesgo constante de la pervivencia del gravamen.

Considero, sin embargo, que no era intención del legislador excluir la posibilidad de pacto a favor del mantenimiento del derecho de viudedad, incluso para los supuestos de admisión a trámite de demanda de nulidad aunque finalmente recayera sentencia estimatoria. Por ello, en mi opinión, de permitirse el acuerdo, hubiera resultado preferible sujetarlo, no a la subsistencia del matrimonio (pues ésta no se daría en tal caso), sino al dictado de la sentencia estimatoria: es decir, a mi juicio, hubiera sido más acorde al propósito perseguido, afirmar que el derecho de viudedad se extingue por la admisión a trámite de la demanda, a menos que los cónyuges pacten su mantenimiento mientras no adquiera firmeza la sentencia estimatoria de la misma.

Por otro lado, en nuestra opinión, la anticipación del efecto extintivo al momento de admisión a trámite de la demanda pue-

de provocar en ocasiones resultados preocupantes. Si la admisión a trámite de la demanda produce como efecto la extinción del derecho de viudedad, nos podemos encontrar con actos dispositivos por parte de los cónyuges sobre bienes inmuebles de su propiedad, a continuación de la admisión a trámite de la demanda, sin que exista derecho de viudedad sobre ellos. Y abundando en esta consecuencia, el precepto analizado indica que *el derecho de viudedad nace de nuevo cuando el proceso finaliza en vida de ambos cónyuges sin sentencia firme estimatoria* (...). Es decir, no es que la finalización del proceso con resolución contraria a la nulidad, tenga como resultado la continuación del derecho de viudedad ya existente, sino que el derecho de viudedad *nace* de nuevo. Esto puede llevar —a mi modo de entender— a prácticas fraudulentas por parte de los cónyuges que deseen enajenar sus bienes sin someterlos a la carga del derecho de viudedad del otro cónyuge: bastará con la interposición y posterior admisión de la demanda para que el derecho de viudedad de su cónyuge desaparezca, pudiendo, en tal caso, y hasta que se produzca una resolución judicial firme contraria a su pretensión, disponer libremente sobre sus bienes sin carga alguna. Finalizado el proceso sin sentencia firme estimatoria, el derecho del cónyuge volverá a nacer pero lo hará sobre los bienes existentes en ese momento en el patrimonio del otro (incluyendo, por supuesto, los consorciales, sobre los cuales, en principio, se habrá mantenido su derecho).

En todo caso, e independientemente de que admitamos o no la posibilidad de pactar entre los cónyuges contra el efecto extintivo de la admisión a trámite de la demanda, las posibles prácticas fraudulentas podrían darse. Porque, evidentemente, para que exista un pacto se requiere la concurrencia de dos voluntades, luego bastará con que uno de ellos no la preste para que la admisión a trámite de la demanda produzca la extinción del derecho de viudedad, dejando manos libres para la enajenación de los bienes de su patrimonio en tanto no recaiga resolución judicial desestimatoria de la pretensión.

Sin duda, la norma ha querido facilitar el tráfico jurídico en aquellos supuestos en los que la existencia de un proceso ma-

trimonial puede retrasar, y hasta impedir, operaciones económicas que sean importantes, o incluso necesarias, para alguna de las partes, pero a cambio, en mi opinión, se ha creado una vía de fraude que puede resultar perniciosa. Y, por contra, en el supuesto de que se admitiera el posible pacto de mantenimiento del derecho de viudedad sometido a la condición resolutoria de la adquisición de firmeza de la declaración judicial de nulidad, la obstaculización del tráfico jurídico existirá en la misma medida en que existía en el régimen compilatorio, afectando no sólo a los casos en que posteriormente se desestime la demanda, sino también a aquellos en los que finalmente se declare la nulidad, puesto que hasta que no recaiga resolución judicial no podrá conocerse su alcance.

Por todo ello, a mi juicio, hubiera sido más acertado establecer que en los casos de nulidad el efecto extintivo no se anticipa al momento de la admisión a trámite de la demanda, sino que se produce cuando recae resolución judicial firme[45]. Y si, en todo caso —y pese a los problemas que hemos observado—, se quería mantener la anticipación del efecto extintivo por la admisión a trámite de la demanda, con posibilidad de pacto de mantenimiento del derecho de viudedad, hubiera resultado conveniente condicionar tal pacto, no a la *subsistencia* del matrimonio, sino a la adquisición de firmeza de la sentencia estimatoria, pues en caso de declaración de nulidad, el matrimonio no habrá *subsistido* nunca.

II.B.2. El divorcio

II.B.2.a) En la Compilación

La Ley aragonesa de 21 de mayo de 1985 incluyó expresamente al divorcio, como causa de extinción del derecho de viudedad, en el artículo 78 de la Compilación. A dicha con-

[45] En este sentido se orientaba la enmienda nº 126 presentada por la Chunta Aragonesista al artículo 93.2 del Proyecto de Ley (luego 94.2 de la Ley), que eliminaba la referencia a la admisión a trámite de la demanda de nulidad, dejando ese efecto solamente para las demandas de divorcio o separación.

clusión podía llegarse, igualmente, desde que la Ley de 7 de julio de 1981 introdujo el divorcio entre los supuestos de disolución del vínculo matrimonial, reformando el artículo 85 del Cc: si es la existencia del matrimonio el presupuesto ineludible del derecho de viudedad en su fase expectante[46], y aquél se disuelve por causa distinta de la muerte —en cuyo caso el derecho expectante se transformaría en usufructo vidual (art. 79 de la Compilación)—, es obvio que se producirá la extinción del derecho de viudedad como institución.

El momento determinante en el divorcio como causa extintiva del derecho de viudedad, en el régimen fijado por la Compilación, es aquel en el que debe entenderse disuelto el vínculo matrimonial. Y ese momento no es otro que el de la firmeza de la sentencia que lo declare, pues ese será el punto de partida de sus efectos legales tal y como se desprende del artículo 89 del Código civil. En el caso de resoluciones canónicas sobre disolución de matrimonio rato y no consumado, habrá que estar al momento en el que la resolución del juez civil que las declare ajustadas a derecho adquiera firmeza.

II.B.2.b) En la nueva Ley

Al igual que ocurre en el caso de la nulidad, el artículo 94 de la nueva Ley, en su apartado uno, establece la necesaria extinción del derecho de viudedad por el divorcio. Es decir, disuelto el matrimonio por causa distinta de la muerte, se extingue necesariamente el derecho de viudedad, lo que implica que frente a ello no cabe pacto en contrario. Y como ya dijimos en relación a aquella causa, a la misma conclusión podíamos llegar con el artículo 78 de la Compilación, pues éste únicamente prevé pacto en contra con respecto al efecto ex-

[46] SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, «Comentarios de los artículos 72 a 88 (La viudedad)», en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, dirigidos por DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, DGA, vol. II, Zaragoza 1993, pág. 771.

tintivo del derecho de viudedad en el caso de la separación judicial[47].

Pero, como ya avanzamos, el apartado 2 del artículo 94 dispone que la admisión a trámite de la demanda de divorcio, interpuesta por uno o ambos cónyuges, produce igualmente la extinción del derecho de viudedad, a menos que pacten su mantenimiento mientras el matrimonio subsista. Es decir, existiendo pacto expreso de los cónyuges, el derecho de viudedad no se extinguirá hasta que adquiera firmeza la sentencia que declare disuelto el matrimonio pues, como ya hemos dicho, conforme al artículo 89 del Cc, es el momento de esa firmeza el relevante para la producción de los efectos de la disolución del vínculo. Observamos, por tanto, que en este caso no se plantean los problemas interpretativos que señalábamos en relación a la nulidad: aquí, puesto que el matrimonio subsiste hasta el momento en que se declara disuelto, es evidente la posibilidad del pacto del mantenimiento del derecho de viudedad entre los cónyuges. Y de existir tal pacto, si posteriormente recae sentencia estimatoria del divorcio, será la firmeza de ésta la que sirva de punto de partida para la extinción del derecho de viudedad. Por contra, si la resolución judicial es contraria a la pretensión de divorcio, el derecho de viudedad no se habrá extinguido en ningún momento.

¿Pero qué ocurre en el supuesto de que los cónyuges no pacten nada al respecto? ¿Que pasará si admitida a trámite una demanda de divorcio, no acuerdan expresamente el mantenimiento del derecho de viudedad mientras el matrimonio subsista? En tal caso, y atendiendo a lo que establece el apartado 3 del artículo 94, si la resolución que resuelve el procedimiento no accede al divorcio, el derecho *nacerá* de nuevo. En caso contrario, es decir, en el supuesto de que recaiga sentencia estimatoria del divorcio y ésta adquiera firmeza, el derecho

[47] Ver el apartado II.A.1 de la primera parte de este trabajo sobre el carácter dispositivo o imperativo de la norma que establece las causas de extinción, al hablar de las causas de indignidad.

de viudedad no revivirá: quedó extinguido desde el momento de la admisión a trámite de la demanda. En relación a la posible utilización fraudulenta de este precepto por parte de los cónyuges que pretendan enajenar bienes propios en perjuicio del derecho de viudedad de su consorte, en el interín comprendido entre la admisión a trámite de la demanda y la resolución judicial desestimatoria de la misma, vale lo apuntado en el apartado anterior relativo a la nulidad.

II.B.3. La separación judicial

II.B.3.a) En la Compilación

El artículo 78 de la Compilación prevé también la extinción del derecho de viudedad por la separación judicial si bien, en este caso, admite pacto en contrario.

La actual redacción del precepto procede de la reforma operada por la Ley de 21 de mayo de 1985 pues, hasta entonces, la Compilación únicamente hacía perder el derecho al cónyuge declarado culpable en el proceso de separación y admitía la reconciliación como enervadora de la extinción del derecho de viudedad[48]. Sin embargo, antes de dicha reforma, no se preveía el pacto en contrario al efecto extintivo por parte de los cónyuges, posibilidad que fue introducida por la mencionada Ley de 21 de mayo de 1985.

La doctrina ha criticado la novedad operada en 1985[49] la cual, presumiblemente, pretendía eliminar, en los casos de separación judicial, el derecho de viudedad del otro cónyuge

---

[48] En relación al debate parlamentario, y al previo al mismo, sobre la extensión de los efectos extintivos del derecho de viudedad, tanto al cónyuge culpable, como al inocente en la separación, vid. LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, «Comentarios a los artículos 72 a 86», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, t. XXXIII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 1990), pág. 350.

[49] *Vid.* LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, *op. cit.,* págs. 350 y 351, y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.,* págs. 772 y 773.

a fin de eludir los problemas que pudiera ocasionar en el tráfico jurídico su pervivencia como gravamen real[50]. Pero, si esta era la intención, no se comprende muy bien la supresión de la regla de la reconciliación: ésta con el actual texto de la Compilación, no produce el renacimiento del derecho de viudedad, por lo que los cónyuges que quieran volver a tenerlo deberán pactarlo expresamente en instrumento público. Sí que se introdujo, como novedad, la posibilidad de que las partes pactaran el mantenimiento del derecho de viudedad a pesar de su separación judicial: pero si nada pactan, el derecho se extingue y la reconciliación no produce *ipso iure* su recuperación.

En todo caso, el momento determinante de la producción de los efectos extintivos del derecho de viudedad en la separación judicial, es aquel en el que la resolución judicial adquiere firmeza: a partir de entonces los cónyuges dejan de tener, recíprocamente, derecho de viudedad. Además, esto opera de forma independiente a su culpabilidad o a su inocencia pues, claramente, la reforma de 1985 hizo desaparecer en materia familiar la atribución de culpabilidad a uno de los cónyuges en los casos de separación.

II.B.3.b) En la nueva Ley

En la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad, de 12 de febrero de 2003, el momento determinante para extinguir el derecho de viudedad se anticipa a la admisión a trámite de la demanda de separación: ya no es la firmeza de la resolución judicial que acuerde la separación el punto de inflexión, como ocurría en la Compilación, sino el de la admisión a trámite de la demanda interpuesta por uno o ambos cónyuges.

[50] Precisamente para afrontar los problemas que se generaron en aquellos casos de separación judicial anteriores a la entrada en vigor de la reforma de 1985, se ha introducido la regla del apartado 4 del artículo 98 de la nueva Ley, tal como señala su Preámbulo. De este artículo hablaremos más adelante.

Se admite, además, en esta Ley que las partes mantengan, por medio de pacto, el derecho de viudedad pese a su separación judicial de la misma forma que lo hacía la Compilación. Asimismo, se añade que, en caso de que nada hubieran pactado en ese sentido, el derecho nace de nuevo[51] cuando el proceso finaliza en vida de ambos cónyuges sin sentencia firme estimatoria, se reconcilian los cónyuges o así lo pactan éstos.

Se vuelve, por tanto, a recoger la reconciliación como supuesto en el que automáticamente nace de nuevo el derecho de viudedad, recuperando de esta forma el tratamiento que a la reconciliación se daba en el texto de la Compilación previo a la reforma de 1985.

Además, se introduce como supuesto de ese nuevo nacimiento del derecho el caso en el que el proceso finalice sin sentencia firme estimatoria de la demanda en vida de ambos cónyuges; supuesto que, obviamente, no recogía la Compilación, pues ésta reconducía los efectos de la separación al momento en que recayera dicha sentencia, y no al momento de admisión a trámite de la demanda.

Y se añade, por último, la posibilidad de que los cónyuges pacten en un momento posterior a la admisión a trámite de la demanda, el nuevo nacimiento del derecho de viudedad. Es decir, que en relación a la separación judicial, la nueva Ley prevé dos posibles pactos: un primer pacto de mantenimiento que puede ser previo o simultáneo a la admisión a trámite de la demanda y que originará que el derecho de viudedad no se pierda, y un segundo pacto que puede darse en cualquier momento posterior a la admisión a trámite de la demanda, para hacer nacer de nuevo el derecho de viudedad que quedó extinguido con dicha admisión a trámite.

---

[51] SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.*, pág. 772, eran partidarios de una interpretación en el mismo sentido en relación a los efectos de la reconciliación sobre el derecho de viudedad, en el régimen previo a la reforma de la Compilación de 1985. Para ellos la reconciliación suponía, entonces, un *nuevo nacimiento* del derecho de viudedad, de modo que los bienes enajenados durante la separación no quedaban gravados con el derecho expectante al reconciliarse los cónyuges.

Valgan en este apartado, las observaciones efectuadas al tratar de la nulidad sobre las posibles actuaciones fraudulentas, con amparo en este precepto, por parte de los cónyuges que pretendan enajenar bienes propios en perjuicio del derecho de viudedad de su consorte durante el tiempo que medie entre la admisión a trámite de la demanda y la resolución judicial desestimatoria de la misma, añadiendo la equiparación de la reconciliación y el nuevo pacto sobre el «renacimiento» del derecho, a la mencionada resolución judicial desestimatoria.

II.B.4. Apreciación judicial de la extinción del derecho de viudedad para la fijación de la pensión o indemnización

II.B.4.a) En la Compilación

Con la reforma introducida por la Ley aragonesa de 21 de mayo de 1985, se añadió la labor del juez de apreciar los efectos económicos de la extinción del derecho de viudedad, a la hora de fijar la pensión o indemnización en los casos de nulidad, divorcio o separación.

Lo cierto es que ya el Código civil enumera, en sus artículos 97 y 98, las circunstancias que, entre otras, ha de tener en cuenta el juez a la hora de fijar la pensión compensatoria en los casos de divorcio o separación, y a la hora de establecer la indemnización en los casos de nulidad del matrimonio para el cónyuge de buena fe. Esas circunstancias, como digo, no son un *numerus clausus* puesto que el precepto deja abierta la posibilidad de que el juez tome en consideración otros factores. Es por ello por lo que tal mención en el artículo 78 de la Compilación nada nuevo añade, salvo el hecho de enumerar expresamente una circunstancia que el juez tendrá en cuenta a la hora de fijar la pensión o la indemnización y que igualmente pudiera haber valorado sin necesidad de su ubicación expresa en el precepto.

La cuestión estriba en determinar si el derecho de viudedad en su fase expectante, es decir, en vida del otro cónyuge, tiene algún contenido económico, puesto que para que el

mismo deba ser valorado a la hora de fijar la pensión o indemnización, debería tenerlo. No olvidemos que el objeto de la pensión y de la indemnización es compensar al cónyuge, en atención al perjuicio que el divorcio, la separación o la nulidad (en este último caso, sólo para el cónyuge de buena fe), producen en relación a su situación anterior en el matrimonio.

A mi modo de ver, en la medida en que la existencia de un gravamen real consistente en un derecho expectante, reduzca el valor de un bien en una hipotética enajenación (como pudiera ser en los casos de los inmuebles por naturaleza y las empresas o explotaciones económicas), puede hablarse de un contenido económico para ese derecho. Ello, sin perjuicio de las dificultades inherentes para su valoración[52]. Si, por el contrario, el valor de la transmisión de un bien no se ve afectado por la existencia del derecho expectante (como sería el caso de los restantes bienes muebles), podríamos pensar que la pérdida del derecho expectante no es susceptible de ser valorada económicamente[53].

---

[52] Dichas dificultades se centran, fundamentalmente, en el hecho de que, en principio, ambos cónyuges tienen derecho expectante de viudedad sobre los bienes del otro y de que, en el momento de fijar la pensión compensatoria, no es posible determinar la fecha de fallecimiento de cada uno de ellos, a fin de concretar cuál de los dos entraría *de facto* a gozar del usufructo vidual.

[53] *Vid.,* a este respecto, las diversas opiniones que sobre el tema mantienen ZAPATERO GONZÁLEZ, Rafael, «De la viudedad foral» en *Actas de las Jornadas de Derecho Civil Aragonés* (Jaca 1985) Cortes de Aragón, págs. 230 y stes., citado por SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS en *op. cit*., pág. 774, LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, *op. cit.,* pág. 352, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.,* págs. 773 y 774, o GARCÍA ÁLVAREZ, Juan, en «El derecho expectante de viudedad en la Compilación aragonesa», en *Derechos Civiles de España,* dirigidos por BERCOVITZ, Rodrigo y MARTÍNEZ SIMANCAS, Julián, Aranzadi-BSCH 2000, pág. 3.536. *Vid.,* también, las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza (secc. 4ª) de 13 de junio y 3 de julio de 1989 (refs. 198901394 y 198901447 de la base de datos de jurisprudencia aragonesa, del Ilmo. Colegio de Abogados de Zaragoza), así como la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 14 de marzo de 1997 (ref. 199701124), que tienen en consideración la extinción del derecho de viudedad en la fijación de la pensión compensatoria.

II.B.4.b) En la nueva Ley

La Ley de régimen económico matrimonial y viudedad no alude a la consideración, o no, del derecho de viudedad a la hora de fijar la pensión o la indemnización. Esto, sin embargo, no será obstáculo para que, si un Juez lo considera valorable, lo pueda hacer en base al carácter de *numerus apertus* de la relación de circunstancias a que se refieren los artículos 97 y 98 del Cc[54].

II.C. Extinción por las causas establecidas para el usufructo en el Código civil

Una vez comentadas aquellas causas de extinción del derecho de viudedad que el artículo 78 de la Compilación enumera explícitamente —y que además son, básicamente, aquellas que el artículo 94 de la nueva Ley recoge como supuestas causas de extinción del derecho en su conjunto— vamos a examinar aquellas que vienen referidas por su remisión al Código civil. Me estoy refiriendo a las causas de extinción del usufructo enumeradas en los artículos 513 y concordantes del Cc.

Es de apuntar, en relación a estas causas, que la Ley de 12 de febrero de 2003 ya no las recoge expresamente como determinantes de la extinción del derecho de viudedad en el artículo 94, ni tampoco se refiere a ellas al tratar de lo que denomina causas de extinción del derecho expectante (nomenclatura ésta que empleaba la Compilación). Sin embargo, sí que se refiere a algunas de ellas, pero enumerándolas directamente —es decir, sin remisión al Cc—, en el artículo 119 al hablar de la extinción del usufructo vidual. ¿Quiere ello decir que las causas de extinción del usufructo referidas en el artículo 513 del Código civil ya no ocasionan la pérdida del derecho de viudedad? Dejamos de momento abierta la pregunta e iremos contestándola a medida que vayamos analizando una a una las causas que dicho artículo contempla.

---

[54] Chunta Aragonesista presentó una enmienda al Proyecto de Ley con el número 130, proponiendo añadir un nuevo apartado 2 bis al artículo 93 (el 94 de la Ley) que mantuviera la referencia a la apreciación de la extinción del derecho de viudedad por el juez en la fijación de la indemnización o de la pensión.

El artículo 78 de la Compilación, en el tema que aquí nos interesa, señala que *el derecho expectante se extingue por las causas (...) y, en cuanto le sean aplicables, por las establecidas para el usufructo en el Código Civil (...)*. Obsérvese la expresión subrayada: no necesariamente todas las causas de extinción del usufructo previstas en la legislación del Estado serán causas de extinción del derecho de viudedad; sólo lo serán aquellas que le sean aplicables. Pasemos, pues, a analizar, de entre las mismas, cuáles pueden resultar aplicables al derecho objeto de este estudio.

II.C.1. La muerte del usufructuario

II.C.1.a) En la Compilación

El artículo 513. 1º del Cc refiere que el usufructo se extingue por la muerte del usufructuario. Transformando la expresión usufructuario por la de titular del derecho de viudedad, es evidente que la causa resulta aplicable como extintiva del derecho de viudedad.

Ya hemos visto cómo, con la celebración del matrimonio, cada cónyuge adquiere en Aragón el derecho de viudedad sobre los bienes del otro. Y también hemos hecho referencia a que el artículo 79 de la Compilación, deriva del fallecimiento de uno de ellos la atribución del usufructo vidual al sobreviviente con derecho expectante.

Tenemos, por tanto, que la muerte de un cónyuge produce dos claros efectos en lo que nos atañe: por un lado, atribuye el usufructo vidual al otro sobre los bienes en relación a los cuales recaía el derecho expectante y, por otro, determina la propia extinción del derecho de viudedad del fallecido. Efecto este último, claramente entroncado con el carácter inalienable e intransmisible del derecho de viudedad a que se refiere el artículo 74 de la Compilación: fallecido su titular se extingue el derecho. Por tanto, y atendiendo a su naturaleza familiar[55],

[55] *Vid.,* en relación a su naturaleza familiar, MARTÍN-BALLESTERO Y COSTEA, Luis, en «La viudedad», *Anuario de Derecho Aragonés*, XIV, 1968-1969, págs. 534 y stes.; ARREGUI GIL, José, en su intervención en el Coloquio de «Actas de

a su carácter de institución conceptuada para el sostenimiento y continuación de la familia —y alejada de esta manera de un carácter estrictamente patrimonial—, no existe sucesión en el mismo, no se transmite al fallecimiento de su titular.

II.C.1.a) 1.º Especial mención a la declaración de fallecimiento

Entroncada con esta causa se encuentra la declaración de fallecimiento. En relación a ella, el artículo 85 del Código civil dispone que *el matrimonio se disuelve (...) por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio*. Por su parte, el artículo 195 del mismo cuerpo legal establece que la declaración de fallecimiento expresará la fecha a partir de la cual se entienda sucedida la muerte y el 196 hace depender de la firmeza de la declaración del fallecimiento efectos tan ligados a la propia muerte como la apertura de la sucesión de bienes. En consecuencia, a efectos legales queda equiparada la declaración de fallecimiento a la muerte, por lo que debe entenderse extinguido el derecho de viudedad como resultado de esa declaración.

La anterior consecuencia resulta aún más evidente si consideramos lo dispuesto en el artículo 7.1 de la Compilación: *La declaración judical de ausencia produce por sí la extinción del derecho expectante de viudedad del cónyuge desaparecido*. Es decir, el efecto no sólo lo causa la declaración de fallecimiento sino que también lo hace la declaración de ausencia.

En atención a lo establecido en el artículo 7.2 de la Compilación, si posteriormente apareciera el ausente, éste recobrará el derecho de viudedad en la fase en que se hallara dicho derecho: si no hubiera fallecido el consorte lo recobrará en fase de derecho expectante y si ya lo hubiera hecho, en su fase de usufructo vidual; todo ello sin perjuicio de los actos de disposición

las Jornadas de Derecho Aragonés», *Anuario de Derecho Aragonés*, XIV, 1968-1969, pág. 550; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.,* págs. 632 y stes., entre otros. En sentido contrario, *vid*. CAMÓN AZNAR, Leonardo, en «Naturaleza jurídica de la viudedad aragonesa», *Anuario de Derecho Aragonés*, XIV, 1968-1969, págs. 540 y stes.

ya realizados. Y a la misma conclusión, en mi opinión, puede llegarse para la declaración de fallecimiento por la vía del artículo 197 del Código civil[56] —artículo de aplicación directa en Aragón—, para el supuesto de que el cónyuge no hubiera contraído nuevas nupcias[57].

De lo anterior podría deducirse la existencia de una excepción a la tesis planteada al inicio de este trabajo de que no puede existir usufructo vidual sin previo derecho expectante o de que extinguido este último necesariamente se produce la extinción del primero. Así, el artículo 7 de la Compilación prevé que, declarada la ausencia, se extingue el derecho expectante de viudedad y, sin embargo, si el declarado ausente reapareciera ya fallecido su cónyuge, adquiriría el usufructo vidual sobre los bienes del premuerto. Por tanto, podría pensarse que el precepto establece una regla sencilla: se adquiere el usufructo pese a haberse extinguido previamente el derecho expectante. Tal vez pensaríamos por ello que nos hallamos ante una excepción a la regla general, excepción que, sin embargo, no implica una consideración del usufructo vidual independiente de la del derecho expectante. En efecto, lo que sucede es que, dada la imposibilidad material de adquirir el derecho expectante sobre los bienes del cónyuge al haber éste fallecido, se adquiere el usu-

[56] Este artículo se refiere a la recuperación de los bienes por parte del reaparecido pero, analógicamente, debe también entenderse aplicable a la de los derechos, entre los cuales pudiera hallarse el de viudedad.

[57] Vigente todavía el Apéndice de 1925, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, en «La Viudedad aragonesa», *Anuario de Derecho Aragonés*, tomo VIII, 1955-1956, señalaba que análogos efectos a los de la muerte, produce la declaración de fallecimiento con respecto al derecho expectante (pág. 128). Y hablando del usufructo vidual decía que *también lo extingue la declaración del fallecimiento, sin perjuicio de que renazca si apareciere el declarado fallecido* (pág. 186). Considero que con el texto de la Compilación podría mantenerse una interpretación similar: si la reaparición se produce en vida del otro cónyuge, cabría contraer nuevo matrimonio si es que este último no lo ha vuelto a contraer con otra persona. Pero si se produce tras la defunción del consorte y éste no contrajo nuevo matrimonio, podríamos entender —analógicamente a lo que ocurre con la declaración de ausencia— que el declarado fallecido recupera el derecho ya en su fase de usufructo. De esta manera podríamos excepcionar, con arreglo a un principio de justicia, la regla general que exige que el matrimonio no se haya disuelto para mantener el derecho de viudedad.

fructo vidual por la propia existencia de otra regla general (art. 79 Compilación) que hace ceder a la anterior, la de que el fallecimiento de un cónyuge atribuye al otro el usufructo vidual sobre los bienes afectos[58]. Y se adquiere éste porque de alguna manera se estaba llamado a adquirir el derecho expectante.

Pero incluso podríamos ir más lejos para explicar que esa aparente excepción a la regla general no supone la ruptura de la consideración unitaria de la viudedad. En este último sentido, podríamos afirmar que la extinción del derecho que origina la declaración de ausencia (o la declaración de fallecimiento) es una extinción sometida a condición resolutoria; no se extinguirá el derecho expectante si reaparece o se prueba la existencia del declarado ausente o del declarado fallecido, y no habiéndose extinguido el derecho, éste se presentará en la forma en que pueda hacerlo conforme a la concepción unitaria de la institución: seguirá mostrándose como derecho expectante si el cónyuge aún vive, o se transformará en usufructo vidual si aquél ya falleció. Se trata de que el derecho queda suspendido y se vuelve a manifestar en caso de aparición o prueba de la existencia de su titular. Y mientras el derecho queda suspendido se atribuye la administración y disposición del patrimonio conyugal al cónyuge del declarado ausente o del declarado fallecido en la forma prevenida en el art. 7.3 de la Compilación, con el posible perjuicio a su derecho de viudedad. Ello es así porque la Compilación [al igual que hace la nueva Ley en los artículos 60 y 98.1 e)], con el fin de no obstruir el tráfico jurídico, entiende que el que dispone o administra lo hace en atención a los intereses familiares; y considerando la especial situación provocada por la ausencia, atribuye suficiencia a la voluntad del cónyuge administrador, a fin de evitar poner en riesgo operaciones que puedan ser fundamentales o, al menos, de especial relevancia para la dirección familiar.

[58] SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.,* pág. 778. *Vid.* opinión de LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, *op. cit.,* págs. 355 y stes., considerando ésta, entre otras, como excepción a la regla general planteada.

II.C.1.b) En la nueva Ley

¿Pero qué es lo que dice la Ley de 12 de febrero de 2003, sobre esta causa de extinción del derecho de viudedad?

Ya hemos visto cómo el artículo 94 sólo alude expresamente a la nulidad, divorcio o separación y a las causas de indignidad que ya hemos analizado. No se hace por tanto referencia a las causas de extinción del usufructo establecidas en el Código civil. De hecho, la Ley ha seguido el criterio de eliminar todas las referencias que existían en la Compilación a ese cuerpo estatal movida por la filosofía, manifestada en su Preámbulo, de crear un marco general que sirva de contexto sistemático y haga más fácil su interpretación, evitando las dudas sobre la pertinencia de acudir al mencionado Código[59]. Se ha pretendido con ello, y en lo que ahora nos importa, regular de una manera completa las causas de extinción del derecho de viudedad.

Sin embargo, en su texto no se hace referencia a la muerte como causa de extinción del derecho de viudedad en general. La única referencia a la muerte como causa extintiva de algún derecho se realiza en sede del usufructo vidual, cuando en el artículo 119 —haciendo una traslación casi literal del 513 1º del Cc— dispone que se extingue el usufructo de viudedad por muerte del usufructuario.

Es más, el número 1 del artículo 94 de la nueva Ley dispone expresamente que *el derecho de viudedad se extingue necesariamente con la disolución del matrimonio por causa distinta de la muerte* (...). Y ello, evidentemente, es así por cuanto la disolución del matrimonio por causa de muerte no origina la extinción del derecho de viudedad de su titular sobre los bienes del premuerto, sino que lo que hace es que ese derecho de viudedad que hasta el momento se encontraba en fase expectante, aparezca en fase de usufructo vidual. Otra cosa diferente es que la muerte, como tal, sea causante de la extinción del derecho de viudedad en general para el fallecido lo que, ade-

[59] *Vid.* apartado I del Preámbulo de la nueva Ley.

más de obvio, queda avalado por lo dispuesto en el propio artículo 91 de la Ley cuando señala que el derecho de viudedad es inalienable; es decir, se nos confirma que dicho derecho no es transmisible ni siquiera *mortis causa* y que, por tanto, fallecido su titular, se extingue. En consecuencia, parece evidente que la muerte del titular del derecho lo hace decaer y a esa conclusión podemos llegar sin necesidad de acudir al Código civil, salvaguardando esa filosofía de que la Ley aragonesa debe contener una regulación completa de la institución.

Pero precisamente porque la muerte del titular extingue su derecho de viudedad, y además lo extingue tanto en su fase de derecho expectante como en su fase de usufructo vidual, creo que hubiera sido más acertada su ubicación en el artículo 94 que en el 119. En mi opinión, debiera haberse hecho constar esta causa como extintiva del derecho de viudedad en general y, por tanto, afectando a las dos fases del mismo.

II.C.1.b) 1.º Referencia a la declaración de fallecimiento

Ya hemos visto que la Compilación recoge el tratamiento de la muerte como causa extintiva del derecho de viudedad por medio de una remisión al artículo 513 del Código civil. Igualmente, la falta de una regulación específica aragonesa al respecto, determina que resulten vigentes en nuestra tierra las previsiones del Código relativas a la declaración de fallecimiento, razón por la cual ésta queda asimilada a la muerte y, en consecuencia, produce como efecto la extinción del derecho de viudedad para el declarado fallecido.

Con la Ley 2/2003, de régimen económico matrimonial y viudedad, de 12 de febrero, en mi opinión, cambia el tratamiento[60]. Su artículo 94 determina que el derecho de viudedad se extingue *necesariamente* por la disolución del matrimonio por cau-

[60] Sólo entendiendo que la referencia a la declaración de fallecimiento, se encuentra implícita en la mención de la muerte, podríamos entender que no existe tal divergencia de trato. Sin embargo, no existiendo en la actualidad sino tres causas de disolución del matrimonio, la alusión del precepto a las demás causas de disolución del matrimonio distintas de la muerte, complica esta interpretación.

sa distinta de la muerte. Ya hemos interpretado que esta salvedad de la muerte no podemos entenderla sino en el sentido de que la defunción de uno de los cónyuges ocasiona la extinción del derecho para él, pero en modo alguno para el superviviente pues, como dispone el artículo 101 de la propia Ley, es la muerte la que determina que el derecho, que hasta ese momento se encontraba en fase expectante, se manifieste, a partir de entonces como usufructo vidual. Esto es, precisamente, lo que diferencia a la muerte del divorcio como causa de disolución del matrimonio en cuanto a sus efectos sobre el derecho de viudedad, ya que este último siempre, y necesariamente, ocasionará la extinción del derecho para ambos cónyuges y no sólo para el fallecido.

Sin embargo no hemos de olvidar que el artículo 85 del Código civil dispone que el matrimonio se disuelve, además de por la muerte y por el divorcio, por la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges. Y por su lado, el artículo 94 de la Ley 2/2003 únicamente salva del efecto extintivo del derecho de viudedad, de entre las causas de disolución del matrimonio, a la muerte. Respecto a las demás dice que *necesariamente* producen la extinción del derecho. Es decir, que si tomamos al pie de la letra este artículo resulta que la regulación de la declaración de fallecimiento se acerca más al régimen extintivo de la viudedad que la Ley prevé para el divorcio, que al que recoge para la propia muerte. Y, en este sentido, podríamos llegar a entender que provoca la extinción del derecho no sólo para el fallecido sino también para el superviviente. Existiendo únicamente tres causas de disolución del matrimonio, la redacción del artículo 94 resulta tan confusa que no hace sino conducirnos a esa extravagante conclusión. Si dicho precepto disciplina que el derecho de viudedad necesariamente se extingue por la disolución del matrimonio por causa distinta de la muerte, es porque considera la existencia de más de una causa de disolución al margen de ésta. De otro modo hubiera bastado con decir que el matrimonio se extingue necesariamente por el divorcio. Si se introduce la referencia a la disolución por causa distinta de la muerte quizá

—podría pensarse— es porque el legislador está pensando en las dos formas de disolución del matrimonio que restan conforme al artículo 85 del Código civil: la declaración de fallecimiento y el divorcio.

En esa línea, los problemas de la redacción del artículo 94.1 de la nueva Ley se manifiestan tanto en relación a la posible extinción del derecho para el cónyuge del declarado fallecido, como en lo que respecta al decaimiento del mismo para este último. Para el primero de los casos tendremos que concluir —obviamente— que es absurdo pensar que la declaración de fallecimiento extinga su derecho de viudedad. La lógica nos lleva a entender que el legislador no ha querido privar del derecho al superviviente por el hecho de que su consorte haya sido declarado fallecido. Al contrario, debemos entender —aunque la literalidad del precepto nos pueda conducir a otra cosa— que la declaración de fallecimiento abrirá, como lo hace la propia muerte, el usufructo vidual para el titular del derecho que hasta ese momento se encontraba en fase expectante. Carece de sentido, en este caso, atribuir una consecuencia distinta a la que provoca la propia defunción.

Pero es que, además, la redacción nos puede llevar a una segunda conclusión que también puede resultar contraproducente en relación al declarado fallecido. Y más en concreto para los supuestos de su reaparición. Conforme al artículo 85 del Código civil, declarado fallecido un consorte, el matrimonio se disuelve. Si tras esa disolución se presentase el ausente o se probase su existencia en vida del cónyuge, nada impediría —si éste no hubiera contraído nuevas nupcias— que pudieran volver a casarse entre ellos haciendo surgir de nuevo el derecho de viudedad de cada uno sobre los bienes del otro[61].

[61] *Vid*. DE LOS MOZOS, José Luis, en revisión y puesta al día de la obra de CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español, común y foral*, tomo I, vol. II, 14ª ed., Madrid 1984, Reus, S.A., págs. 343 y 344, quien defiende que con la reforma del Código civil de 7 de julio de 1981, la nueva redacción del artículo 85 equipara la muerte a la declaración de fallecimiento a los efectos de la disolución del matrimonio. De la misma opinión son GARCÍA CANTERO, Gabriel, y CASTÁN VÁZQUEZ, José M.ª, en revisión y puesta al día de la misma obra en su tomo V, vol. I, 11ª ed., Madrid 1987,

Pero imaginemos que nos encontramos con un matrimonio en el que uno de los cónyuges es declarado fallecido. Como consecuencia de ello —y en base a la interpretación que hemos defendido pese a la literalidad del precepto—, el otro inicia el disfrute como viudo sobre los bienes que corresponda. A continuación supongamos que fallece el usufructuario y, en consecuencia, conforme al artículo 119.1.a) de la nueva Ley, se extingue también su derecho. Tras su muerte consideremos la posibilidad de que reaparezca el declarado fallecido. Pues bien, siguiendo el tenor literal del precepto, *necesariamente* su derecho se habría extinguido cuando se produjo aquella declaración y, además, no tendría la posibilidad de contraer nuevas nupcias con su cónyuge premuerto: no existirá, en tal caso, la posibilidad de recuperar el derecho en ninguna de sus dos fases. En mi opinión, sin embargo, hubiera resultado más adecuado evitar las consecuencias de una interpretación literal de este calibre y, en esa línea, considerar la posibilidad de que el reaparecido recuperara el derecho en el estado en el que se hallara, conforme se había venido defendiendo, por parte de la doctrina, vigente la Compilación[62].

Reus, S.A., págs. 890 y stes.: la declaración de fallecimiento produce la disolución del matrimonio con carácter definitivo, de modo que al nuevo matrimonio de cualquiera de los cónyuges no le afectará la reaparición del otro. Por su parte, ROCA I TRÍAS, Encarna, en VV.AA., *Derecho de Familia*, dirigido por MONTES PENADES, Vicente Luis, Tirant Lo Blanch, Valencia 1991, págs. 95 y stes., recoge la doctrina mayoritaria que considera que la reaparición del declarado fallecido no afecta a la disolución del matrimonio ya producida desde aquella declaración: necesariamente para que vuelva a existir vínculo deberán los ex-cónyuges contraer nuevo matrimonio. Por su parte, RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, sobre obra anterior de SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, en *Elementos de Derecho Civil. I Parte General*, vol. II, en edición de LACRUZ BERDEJO, José Luis, revisada por DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, Dykinson, Madrid, 1998, pág. 237, manifiesta que *si se presentase el declarado fallecido o se probase su existencia después de que su consorte hubiese celebrado nuevas nupcias, es discutible si el segundo matrimonio de éste debe declararse nulo, a tenor del artículo 71.2, en relación con el 46.2 del Cc (...) o lo que parece más probable, el matrimonio anterior se disolvió definitivamente por la declaración de fallecimiento* (...).

[62] Así, entiendo que hubiera resultado menos perturbador establecer en el artículo 94 que el derecho de viudedad se extingue necesariamente por el divorcio, y, que también se extingue para su titular, por su muerte o declaración de fallecimiento, sin perjuicio de su recuperación por reaparición, en este último caso,

II.C.2. Expiración del plazo o cumplimiento de la condición resolutoria

II.C.2.a) En la Compilación

El artículo 513.2º del Código civil dispone que el usufructo se extingue *por expirar el plazo por que se constituyó, o cumplirse la condición resolutoria consignada en el título constitutivo.*

Se trata de un supuesto extintivo del derecho de viudedad encuadrable dentro de la amplia autonomía de la voluntad que la Compilación atribuye a los cónyuges, al permitirles pactar, en instrumento público o en disposición de mancomún, limitaciones e incluso extinciones del derecho (artículo 72.1).

Además, hay que tener en cuenta que el artículo 77 de esa misma norma prevé la posibilidad de que los cónyuges puedan recibir bienes a título gratuito con prohibición de viudedad. Y si el donante o causante puede disponer dicha prohibición (con la excepción que, a tal efecto, dispone el artículo 74.2, para el caso de que el donante o causante fuera ascendiente) con más motivo puede establecer limitaciones de menor envergadura como pueda ser el fijar condiciones o términos que en caso de cumplirse puedan ocasionar la extinción del derecho.

Lo que no es posible es la imposición unilateral por un cónyuge de una limitación, o el establecimiento de un término o una condición resolutoria, sobre el derecho de viudedad del otro que incumpla los límites fijados por el artículo 72.2 de la Compilación, en el sentido de que afecten al derecho de viudedad sobre los inmuebles por naturaleza y sobre los sitios del 39.1, o lo dejen mermado a un valor que no represente, al menos, la mitad del caudal hereditario[63].

---

de no haber contraído el cónyuge nuevas nupcias. De esta manera, se hubiera establecido una excepción a la regla general de la necesaria subsistencia del matrimonio para el mantenimiento del derecho de viudedad, pero lo hubiera sido en base a un criterio de justicia. Aunque la declaración de fallecimiento provoca la disolución del matrimonio, en los casos apuntados se excepcionaría la regla general de que, tras ella, no puede subsistir el derecho de viudedad.

[63] En consecuencia, sí que cabría, en mi opinión, la fijación por voluntad unilateral de uno de los cónyuges de una condición o término siempre que se respeten los límites del 72.2.

II.C.2.b) En la nueva Ley

Por su parte, la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad no recoge la expiración del plazo o el cumplimiento de la condición resolutoria como causa de extinción del derecho de viudedad en su artículo 94. Sin embargo, el artículo 90 concede un amplísimo margen de maniobra a los cónyuges para *pactar en escritura pública o disponer de mancomún en su testamento la exclusión o limitación del derecho de viudedad, para los dos o para uno solo de ellos, o regularlo como libremente convengan*. Y señala que, si estos pactos son previos al matrimonio, *habrán de constar en capitulaciones matrimoniales*. Como novedad, añade en su número 2 que *pueden asimismo pactar, en escritura pública, la exclusión del derecho expectante de viudedad, conservando para su caso el de usufructo vidual*.

Por tanto, la nueva Ley prevé también como causas extintivas del derecho de viudedad las que hubieran pactado los cónyuges en escritura o las que hubieran dispuesto de mancomún, entre las cuales, evidentemente, podrá encontrarse la fijación de una condición o el establecimiento de un término.

En cuanto a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 90, lo traigo a colación al objeto de aclarar —y aún en perjuicio de la claridad expositiva— que en él no se trata de conservar un usufructo vidual pese a haberse extinguido el derecho expectante. En realidad el pacto implica la extinción del derecho de viudedad con respecto a los bienes que se enajenen, pero también supone el mantenimiento del derecho expectante (que luego se transformará en usufructo vidual) sobre los que se encuentren en el patrimonio del cónyuge a su fallecimiento, es decir, sobre aquellos que no fueron enajenados válidamente en vida[64]. Abundamos con ello en la idea tantas veces repetida de que no es viable la existencia de un usufructo vi-

[64] O desde otro punto de vista: con un pacto como el referido en el artículo 90.2 de la nueva Ley, se logra eludir la reipersecutoriedad del derecho expectante sobre los inmuebles por naturaleza y las empresas o explotaciones económicas, de manera que, a partir del pacto, su naturaleza es la misma que la de los bienes muebles a que se refiere el artículo 100.

dual sobre los bienes si previamente no ha existido un derecho expectante sobre los mismos.

Se mantiene, además, en la nueva Ley, la posibilidad de establecimiento de prohibiciones de viudedad (y por tanto también de limitaciones, o de fijación de condiciones o términos que determinen la extinción del derecho) sobre los bienes recibidos a título gratuito (artículo 95.1), salvo en aquellos casos en los que el donante o causante fuera ascendiente (artículo 95.2). Y en cuanto a la posibilidad de imponer unilateralmente términos o condiciones por un cónyuge sobre el derecho de viudedad del otro, la nueva Ley lo imposibilita, a menos que la condición sea la de incurrir el cónyuge en las causas que dan lugar a la desheredación (art. 93), y que ya analizamos en su momento al hablar de las causas de indignidad como extintivas del derecho de viudedad[65].

II.C.3. La consolidación

II.C.3.a) En la Compilación

El artículo 513.3º del Código civil dispone que el usufructo se extingue *por la reunión del usufructo y la propiedad en una misma persona*.

Por tanto, se extinguirá el derecho de viudedad si el cónyuge titular del mismo pasa a ser propietario exclusivo del bien sobre el que recaía, puesto que, conforme al artículo 72.1, el derecho abarca los bienes del otro cónyuge, o los comunes (como se desprende del artículo 76), pero no los propios privativos.

II.C.3.b) En la nueva Ley

La Ley 2/2003 no contempla expresamente la consolidación como causa de extinción del derecho de viudedad. Sí que la prevé, sin embargo, como causa de extinción del usufructo de

[65] Sí que se admitiría la fijación unilateral por uno de los cónyuges de condiciones o términos en relación al usufructo vidual que puedan determinar la exclusión de ese usufructo con respeto, en todo caso, a lo establecido en el artículo 101.3 y 102.1 de la Ley.

viudedad sobre bienes determinados cuando señala, en su artículo 119.2.b), que se extingue el usufructo sobre ellos *por la reunión del usufructo y la nuda propiedad en una misma persona*.

De acuerdo con este tratamiento podríamos llegar a pensar que la consolidación sólo se produce en fase de usufructo vidual, es decir, fallecido el consorte del titular del derecho de viudedad. Sería en esta fase en la que, a través de los pactos a que se refiere el artículo 109 (*el viudo usufructuario y los nudo propietarios pueden pactar la transformación, modificación y extinción del usufructo como estimen oportuno*), o de las medidas que pueda acordar el juez conforme al 110 (*cuando los nudo propietarios estimen que de la administración y explotación de los bienes por el usufructuario se derivan graves perjuicios para ellos, podrán acudir al juez para que dicte las medidas oportunas, incluida la transformación del usufructo*), e incluso a través de la renuncia a que se refiere el artículo 119.2.a) y, sobre todo, por medio de negocios traslativos, se podría reunir el usufructo y la nuda propiedad en la misma persona, ya fuera ésta el propio viudo, ya fueran los herederos del cónyuge, con el resultado extintivo del usufructo vidual.

Sin embargo, si bien es cierto que la reunión en un bien determinado de la nuda propiedad y el usufructo vidual origina la extinción de este último, no lo es menos que si tal consolidación se produce previamente, es decir, en vida de ambos cónyuges, el resultado extintivo tiene igualmente que producirse para el cónyuge en el que se produce la consolidación. Y ello tiene que ser así por el mismo sentido de la institución: si la celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge el derecho de viudedad sobre el patrimonio del consorte, y si —como dispone el artículo 97— durante el matrimonio el derecho de viudedad se manifiesta como derecho expectante a favor de cada uno de los cónyuges sobre los bienes del otro y los consorciales, adquirida por el titular del derecho de viudedad la nuda propiedad del bien en cuestión, se extinguirá su derecho puesto que el mencionado bien, en ese momento, ya ni es del otro ni es consorcial.

No hace falta decir que a la consolidación a que estamos haciendo referencia se puede llegar a través de capitulaciones matrimoniales, por ejemplo, pactando un régimen de separación de bienes con atribución de bienes concretos que hasta la fecha fueran consorciales o privativos de uno de ellos, al patrimonio privativo del otro cónyuge. E igualmente se puede alcanzar esa consolidación como resultado de contratos entre los cónyuges, o entre el cónyuge titular del derecho y el tercero que hubiera adquirido la propiedad del bien gravada por el mismo.

También resulta claro que si bien es cierto que esa reunión de la nuda propiedad y el derecho en una misma persona implican la extinción de la viudedad que tiene dicha persona sobre ese bien, no lo es menos que, a partir de ese momento, será su consorte quien pase a tener el mencionado derecho sobre el mismo. Es quizá este motivo el que pueda haber inducido al legislador a ubicar la consolidación como causa extintiva del usufructo vidual sobre bienes determinados [art. 119.2.b)] y no haberlo hecho en sede del derecho de viudedad (art. 94), puesto que en vida de ambos cónyuges, siempre uno de los dos —al menos potencialmente— tendrá derecho de viudedad (en su fase expectante) sobre los bienes del otro.

No obstante creo que no hubiera dañado, sino todo lo contrario, la referencia en el artículo 94 a la adquisición de la nuda propiedad por parte del titular del derecho de viudedad como causa de extinción del mismo para el adquirente.

II.C.4. La renuncia

II.C.4.a) Tratamiento general

II.C.4.a) 1.º En la Compilación

El artículo 513.4º dispone que el usufructo se extingue *por la renuncia del usufructuario.*

Nos encontramos ante una de las causas más relevantes de extinción del derecho no sólo por la habitualidad con la que se acude a esta fórmula para extinguirlo sino también porque la renunciabilidad es una de las notas características de la institución.

Se trata, además, de una causa de extinción que, al margen de encontrarse recogida entre las causas extintivas del usufructo en el Cc, al que remite el artículo 78 de la Compilación, también lo está directamente en este cuerpo legal. En concreto, se alude a ella en el artículo 74[66] cuando, tras manifestarse el principio de inalienabilidad del derecho de viudedad, se afirma que, sin embargo, *podrá ser objeto de renuncia total o parcial, que deberá constar en documento público*. Es decir, que ya expresamente, y sin necesidad de acudir al Cc, se encuentra configurada la renuncia como causa de extinción del derecho de viudedad.

Pero, además de ser considerada en el artículo 74, la renuncia también es tratada en el artículo 76 cuando, en su apartado 2, al hablar del derecho expectante, afirma que *este derecho no se extingue o menoscaba por la ulterior enajenación de cualquiera de los bienes mencionados en el número anterior* (se refiere a los inmuebles por naturaleza y a los muebles como sitios del artículo 39.1), *a menos que se renuncie expresamente*, o cuando, en su apartado 3, señala que *será válida la renuncia al derecho expectante de viudedad hecha de forma genérica sobre todos los bienes, presentes o futuros, así como la específica verificada sobre determinados bienes actuales*. Y el artículo 86.1.1º comprende entre las causas de extinción del usufructo vidual, la *renuncia explícita que conste en documento público*.

Por tanto, la renuncia está prevista como causa de extinción del derecho de viudedad en general, pero también lo está como causa extintiva del derecho expectante (arts. 76 y 78) y del usufructo vidual (art. 86). A nuestro modo de ver, y como ya dijimos al principio de nuestro trabajo, la viudedad es una institución única que se manifiesta de forma diversa según el mo-

[66] Hay que destacar, en este sentido, la ubicación de la renuncia dentro de las Disposiciones Generales (Capítulo Primero del Título VI) relativas a la viudedad, es decir, dentro de aquellas disposiciones cuya aplicación al conjunto de la institución en sus dos fases (derecho expectante y usufructo vidual) no debe plantear duda alguna.

mento en que nos hallemos: constante matrimonio se muestra como derecho expectante, y al fallecimiento del cónyuge lo hará como usufructo vidual. En atención a ello, no habiendo derecho expectante sobre un bien no puede existir usufructo vidual sobre el mismo. Con ese fundamento pensamos que, habiéndose previsto la renuncia al derecho de viudedad en el artículo 74, carece de sentido volverla a prever como causa extintiva del derecho expectante y del usufructo vidual en los capítulos correspondientes a cada una de estas fases. Es decir, que si la renuncia es causa de extinción del derecho de viudedad es porque lo es tanto del derecho expectante como del usufructo vidual.

En consecuencia, para nosotros, las causas de extinción del derecho de viudedad son aquellas que, de darse, pueden originar la pérdida tanto del derecho expectante como del usufructo vidual. Si se dan en un momento anterior al fallecimiento del cónyuge originan la pérdida del derecho expectante y del usufructo vidual, y si se dan con posterioridad a ese fallecimiento causan la pérdida sólo del usufructo vidual. Por supuesto, ello no impide que, además de existir causas de extinción del derecho de viudedad (que vuelvo a repetir originan la pérdida tanto del expectante como del usufructo, o sólo de este último si se dan con posterioridad al fallecimiento del otro cónyuge), existan otras que sean extintivas, en exclusiva, del usufructo vidual porque, por su naturaleza, únicamente puedan darse en esa segunda fase.

II.C.4.a) 2.º En la nueva Ley

¿Y cuál es el tratamiento que al respecto refleja la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad?

La nueva Ley hace referencia a la renuncia en el artículo 92. En él distingue entre una renuncia al derecho de viudedad, total o parcial, y otra que afecta *solamente* al derecho expectante sobre todos o parte de los bienes. Esta segunda renuncia pretende facilitar la agilidad en el tráfico jurídico al permitir la transmisión de bienes sin que los mismos se vean gravados

por el derecho expectante del cónyuge. Y al mismo tiempo quiere proteger al viudo a través del mantenimiento del usufructo vidual sobre los bienes que no hubieran sido enajenados en vida de su consorte.

Pero ya vimos en su momento que, a nuestro entender, en realidad no se trata de renunciar al derecho expectante sobre todos o sobre parte de los bienes manteniendo un usufructo vidual sobre los mismos, sino que realmente en lo que consiste es en configurar una renuncia al derecho expectante sometiéndola a una condición suspensiva: el derecho expectante se mantiene vigente hasta el momento en que se produce la enajenación, instante en el cual se pierde y, por tanto, también se pierde el derecho al potencial y futuro usufructo vidual que hubiera correspondido de no haberse renunciado. Es decir, sólo se renuncia al derecho expectante respecto a aquellos bienes que se enajenan (lo que en el fondo supone renunciar al derecho de viudedad como institución sobre dichos bienes), pero no se renuncia a ese derecho expectante sobre los que no se enajenan. En definitiva, a nuestro entender, el artículo 92 solamente contempla una renuncia al derecho de viudedad sobre todos o parte de los bienes, renuncia que está condicionada a la enajenación de los bienes en vida por el otro cónyuge.

Por su parte, el artículo 98 de la nueva Ley, al tratar del derecho de viudedad durante el matrimonio, señala que el derecho expectante sobre inmuebles por naturaleza y empresas o explotaciones económicas no se extingue por su enajenación salvo por a) *renuncia expresa, que requiere para su validez escritura pública (...)*, artículo que viene a conectar con el contenido del 76.2 de la Compilación. A la renuncia también hace referencia el apartado 4 de ese mismo artículo 98 cuando establece que el derecho expectante también se extingue *cuando se haya notificado fehacientemente al cónyuge la enajenación con el requerimiento para que manifieste su voluntad de conservar o renunciar su derecho con las consecuencias legales que de ello se derivan, y hayan transcurrido dos años desde dicha notificación sin que en el Registro de la Propiedad conste la voluntad del cónyuge de conservar el derecho expectante*. Esta regla está pensada

—como advierte el Preámbulo de la Ley[67]— para supuestos, entre otros, como el de separación judicial en los que existan dificultades de comunicación y trato entre los cónyuges y en los que, pese a ello, conserven éstos su derecho de viudedad. Se pretende así trasladar al otro cónyuge la necesidad de pronunciarse expresamente sobre su voluntad en firme de conservar su derecho pues, en caso contrario, lo perderá. Es decir, la no manifestación de voluntad y su no constancia en el Registro, supondrá una «renuncia tácita» al derecho.

Y en relación al usufructo de viudedad, el artículo 119, en su apartado 1, advierte que éste se extingue *b) por renuncia explícita que conste en escritura pública.* Y, en su apartado 2, indica que el usufructo sobre bienes determinados se extingue *a) Por renuncia expresa, que requiere para su validez escritura pública (...).* Se viene con ello a reproducir la idea que ya viene configurada en el artículo 86.1º de la Compilación, añadiendo la especial mención para el usufructo sobre bienes determinados.

De lo dicho se desprende que el tratamiento de la renuncia como causa de extinción no sólo del derecho de viudedad, sino también del derecho expectante y del usufructo vidual[68], es común en la Compilación y en la nueva Ley, siendo la única novedad en relación a ello la previsión que hace el artículo 92 de una renuncia *solamente* al derecho expectante que no afecte al usufructo vidual. Pero, como ya hemos repetido, tal previsión no altera la estructura tradicional de la institución ni introduce nada nuevo que no pudiera hacerse con el régimen compilatorio.

No obstante, la ausencia de particularidades en relación a ese triple tratamiento no excluye la existencia de otras en diferentes aspectos sobre el contenido o forma de la renuncia como causa de extinción, tal y como veremos seguidamente al estudiar sus características.

---

[67] Ver número XII del mismo.

[68] Insistimos en lo innecesario, a nuestro juicio, de tal reiteración: habiéndose previsto la renuncia como extintiva del derecho de viudedad, ya quedaban englobadas las renuncias particulares en cada una de sus fases.

II.C.4.b) Características de la renuncia

Partiendo, por tanto, de las anteriores premisas procede ahora efectuar un análisis de cómo regulan la Compilación y la nueva Ley la renuncia y qué características debe o puede tener ésta para que quede configurada como determinante de la pérdida del derecho de viudedad.

II.C.4.b) 1.º Renuncia expresa o tácita

II.C.4.b) 1.º a' En la Compilación

Para analizar el carácter expreso o tácito de la renuncia, hemos de partir de una doble diferenciación que la propia Compilación efectúa. Por un lado, el artículo 74, que es el que propiamente habla de renuncia al derecho de viudedad, distingue entre renuncia total o parcial. Por otro, el artículo 76, hablando de la renuncia al «derecho expectante» (supuesto que para nosotros es —como queda dicho— equiparable a la renuncia al «derecho de viudedad»), distingue entre los bienes inmuebles por naturaleza y muebles por sitios del 39.1, y los restantes bienes muebles. En base a ello, podemos deducir lo siguiente:

1º La renuncia total al derecho de viudedad necesariamente ha de ser expresa, pues su obligatoria constancia en documento público, de conformidad con lo previsto en el artículo 74, así lo impone. Estamos hablando en este caso de una renuncia total al derecho de viudedad tanto sobre los bienes muebles como sobre los inmuebles.

2º En cuanto a las renuncias parciales, habrá que distinguir:

a) En el supuesto de que estuviéramos hablando de una renuncia independiente de la enajenación de un bien —es decir, de una renuncia al derecho de viudedad sobre un bien, o un conjunto de bienes (fueran éstos muebles o inmuebles) sin conexión con su posible enajenación—, la renuncia debería también ser expresa. Así se desprende del antes mencionado artículo 74. Por supuesto, tal renuncia supondrá la extinción del derecho en sus dos fases tanto en la expectante como en la del usufructo vidual, lo que ciertamente también tiene impor-

tancia en relación a los bienes muebles diferentes a los del 39.1: renunciado el derecho de viudedad sobre uno, varios o todos los bienes muebles existentes en el patrimonio del otro cónyuge, se extinguirá también el usufructo vidual sobre los que pudieran existir al fallecer el mismo.

b) Si nos hallamos ante una renuncia al derecho de viudedad producida con ocasión de una enajenación, habría que diferenciar entre dos supuestos:

b.1.) En relación al derecho de viudedad sobre los inmuebles por naturaleza y explotaciones agrícolas, ganaderas, mercantiles e industriales, el artículo 76.2 de la Compilación señala que no se extingue por su enajenación, a menos que se renuncie expresamente. Es decir, en principio, la Compilación parte de la idea de que para perder el derecho de viudedad sobre inmuebles, y muebles como sitios del 39.1, es necesaria también la renuncia expresa[69]. Sin embargo, deberemos efectuar la siguiente distinción:

b.1.1.) En relación a los bienes inmuebles por naturaleza y a los muebles como sitios del 39.1 que sean *comunes,* el propio apartado 2 del artículo 76, en redacción dada por la reforma de 1985, equipara la intervención en su enajenación por parte del titular del derecho de viudedad, o su consentimiento a la misma, a una renuncia. Podríamos hablar en este caso de una renuncia «tácita» a ese derecho[70], que evita la necesidad

[69] En Derecho histórico la Observancia 58 *De iure Dotium* ya contemplaba la necesidad de que la renuncia fuera expresa, como lo hacía también la Observancia 19 del mismo título. Igualmente consideraron necesario que fuera expresa autores clásicos como PORTOLÉS. Y la misma línea siguieron los Proyectos de Apéndice de FRANCO Y LÓPEZ y el mismo Apéndice en sus artículos 63 y 73. Incluso la Compilación de 1967, en su primigenia redacción, exigió el consentimiento expreso. Admitieron, sin embargo, la equiparación del consentimiento en la enajenación, a la renuncia, otros autores clásicos como MOLINO, o incluso Marceliano ISÁBAL.

[70] SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.,* pág. 688, consideran que éste no es un caso de renuncia tácita sino que puede considerarse también renuncia expresa, puesto que lo que se hace es equiparar el consentimiento o la intervención en la enajenación de los bienes comunes a la renuncia. De la misma opinión es BAYOD LÓPEZ, M.ª del Carmen, «El derecho expectante de viudedad y el régimen de separación de bienes. La ex-

de que el cónyuge que intervenga en las enajenaciones de bienes comunes, tenga que manifestar de manera separada su renuncia al derecho expectante.

b.1.2.) Si los bienes mencionados en el punto anterior fueran *privativos*, no se produce la equiparación referida. Sería, por tanto, necesario en este caso una renuncia expresa al aplicarse la regla general que establece el propio artículo 76.2[71].

En relación a este punto es interesante el problema que se plantearía en el supuesto de que el bien privativo enajenado fuera la vivienda habitual. El artículo 51 de la Compilación exige el consentimiento del otro cónyuge o la autorización judicial para disponer de los derechos sobre la misma. En este caso nos encontraríamos con que el mencionado consentimiento del cónyuge no equivaldría a la renuncia al derecho de viudedad a que se refiere el artículo 76.2 al no tratarse de un bien común, por lo que, en principio, el cónyuge del enajenante mantendría intacto el derecho de viudedad sobre la vivienda enajenada, pese a haber prestado el consentimiento a su transmisión. Esta ilógica diferencia de trato (que imagino corregible con una interpretación analógica del precepto), se subsana en la nueva Ley al establecerse en su artículo 8.1 que *para realizar actos de disposición voluntaria de los derechos que a uno de los cónyuges correspondan sobre la vivienda habitual de la familia (...), será necesario el consentimiento del otro o, en su defecto, autorización judicial. En ambos casos, con la enajenación se extingue el derecho expectante de viudedad.* En con-

tinción del expectante a petición del propietario de los bienes y el abuso de derecho. (A propósito de la S. TSJA de 30 de octubre de 1996)», en *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 1997, año III, núm. 2, pág. 133, cuando afirma que en estos casos *no nos encontramos ante supuestos de renuncia tácita, sino ante actos, dada la naturaleza de los bienes, que se equiparan a renuncia expresa, lo que técnicamente es bien distinto.*

[71] *Vid.,* al respecto, la sentencia de casación del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 de octubre de 1996, y el comentario a la misma de BAYOD LÓPEZ, M.ª del Carmen, «El derecho expectante de viudedad y el régimen de separación de bienes. La extinción del expectante a petición del propietario de los bienes y el abuso de derecho. (A propósito de la S. TSJA de 30 de octubre de 1996)», en *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 1997, año III, núm. 2, págs. 124 y 125.

secuencia, el consentimiento del cónyuge en la enajenación efectuada por el titular de la vivienda habitual, determina *per se* la extinción del derecho de viudedad, sin que resulte necesaria una renuncia añadida de ese derecho como podía entenderse con el régimen de la Compilación. Queda, de esta manera, equiparado el trato que la nueva Ley da al consentimiento en la enajenación de la vivienda habitual al que la propia Compilación preveía para las enajenaciones de los restantes inmuebles por naturaleza, empresas o explotaciones económicas sin reserva expresa del derecho de viudedad (siempre que todos ellos fueran comunes): el consentimiento en la transmisión determina la extinción de éste.

b.2.) Frente al régimen fijado para los inmuebles y muebles como sitios del 39.1, el apartado 4 del artículo 76 establece la pérdida del derecho de viudedad con relación a los restantes muebles que hubieran sido enajenados (salvo que lo hubieran sido en fraude de su derecho). Es decir, en este caso no es necesario renunciar al derecho para perderlo: la enajenación de los bienes en vida del cónyuge produce de por sí (y salvo fraude del derecho de viudedad), su extinción.

II.C.4.b) 1.º b' En la nueva Ley

La Ley de régimen económico matrimonial y viudedad sigue el mismo esquema señalado. Es decir, de conformidad con el artículo 92, que exige escritura pública para ello, es necesaria la renuncia expresa cuando nos hallamos ante una renuncia total y también cuando, siendo renuncias parciales, éstas son ajenas a una enajenación. Y no es necesario renunciar al derecho de viudedad cuando se trate de enajenaciones de bienes muebles (excluidos las empresas y explotaciones económicas), puesto que, como dispone el artículo 100, el derecho de viudedad en relación a éstos se extingue cuando salen del patrimonio, salvo que se hubieran enajenado en fraude de tal derecho.

En relación a la renuncia al derecho de viudedad sobre bienes inmuebles por naturaleza y sobre empresas o explota-

ciones económicas, cuando la misma va ligada a una enajenación, también se siguen los mismos principios pero con las siguientes matizaciones:

— Se parte también de una regla general: la renuncia en estos casos ha de ser expresa. Así lo dispone el artículo 98.1.a).

— Sin embargo, el 98.1.b) establece que el derecho se extingue por la enajenación del bien cuando éste es consorcial y la enajenación es válida. Esta referencia a la validez de la enajenación de un bien consorcial nos reconduce a lo dispuesto en los artículos 47 a 60 de la Ley en relación a la gestión de los bienes comunes. Lo que de alguna manera implica que el derecho de viudedad en estos casos no solamente se extingue en aquellos supuestos en los que su titular ha intervenido en la enajenación o ha prestado su consentimiento a la misma, sino también en aquellos otros en los que, no habiéndose prestado tal consentimiento ni habiéndose participado en la enajenación, ésta se ha producido en virtud de la gestión de los bienes comunes atribuida a uno solo de los cónyuges por pacto o decisión judicial, como serían las situaciones recogidos en los artículos 47, 58, 59 y 60 de la Ley. En definitiva, la extinción se producirá en cualquier supuesto en el que, conforme a la Ley, la disposición de un bien consorcial por uno de los cónyuges sea considerada válida.

En relación a lo dicho en el párrafo anterior conviene señalar que la utilización del término «consorcial» en el artículo 98.1.b) plantea un problema que no se hubiera ocasionado de haberse empleado el de «común» que habitualmente es el que utiliza la Compilación. Al hablar de consorcial podríamos llegar a la conclusión de que, al contrario de lo que ocurre cuando se enajena válidamente un bien de esta clase, no se extinguirá el derecho expectante en el supuesto de que la enajenación válida sea la de un bien común en otro tipo de sociedad conyugal pactada en capitulaciones, distinta a la legal aragonesa. No creo que sea esa la intención del legislador por lo que quizá hubiera sido más adecuado fijar la regla de la extinción del derecho de viudedad por la «enajenación válida de un bien común».

— Por otro lado, el apartado 2 del mencionado artículo 98, señala que *salvo reserva expresa, en toda enajenación en que hayan concurrido ambos cónyuges se extinguirá el derecho expectante de viudedad*. Este apartado es, de alguna manera, equiparable a lo dispuesto por el artículo 76.2 cuando establece que la participación en la enajenación o el consentimiento a la misma equivalen a la renuncia.

Pero, a mi entender, en la nueva Ley la redacción es más clara y no queda reducida a los bienes comunes, sino que también podría abarcar a los bienes privativos. Y ello por dos razones: 1ª porque si hubiera querido limitar su alcance lo hubiera previsto expresamente como hacía la Compilación, y 2ª porque lo que se está exigiendo en el precepto es la «concurrencia» del cónyuge titular del derecho en la enajenación y no que sea él mismo quien enajene y preste el consentimiento a que se refiere el art. 1.258 del Cc. Lo relevante será que quien tiene el derecho de viudedad (tanto sobre bienes privativos como sobre bienes consorciales) haya asistido a la operación y no se haya reservado el derecho. Por tanto, si consta tal intervención y no se produjo la reserva expresa, se extinguirá el derecho de viudedad, tanto en el caso de que los bienes fueran consorciales como en el supuesto de que fueran privativos[72].

Es decir que, a mi modo de entender y frente al sistema establecido en la Compilación (que afecta sólo a los bienes comunes y exige, por ello, consentimiento o intervención en la enajenación), con la nueva Ley la concurrencia de ambos cónyuges en toda enajenación de inmuebles por naturaleza y empresas o explotaciones económicas (fueran consorciales esos bienes o fueran privativos) extingue el derecho de viudedad

[72] Con ello se viene a hacer frente a determinados casos como los puestos de manifiesto por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 de octubre de 1996, en los que pese a la concurrencia en la operación de ambos cónyuges, el derecho expectante no quedaba extinguido. *Vid.* al respecto BAYOD LÓPEZ, M.ª del Carmen, «El derecho expectante de viudedad y el régimen de separación de bienes. La extinción del expectante a petición del propietario de los bienes y el abuso de derecho. (A propósito de la S. TSJA de 30 de octubre de 1996)», en *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 1997, año III, núm. 2, págs. 121 y stes.

sobre el bien enajenado sin necesidad de renunciar expresamente a ello.

— Además, y como segunda novedad —aunque probablemente no tan relevante como la anterior—, en la nueva Ley no se trata de «equiparar» una conducta (el participar en la enajenación o consentir en la misma) a otra (la renuncia), sino de atribuir directamente una consecuencia (la extinción del derecho), a una actuación (la concurrencia en una enajenación sin reservar expresamente el derecho de viudedad). Con la claridad del precepto se elude la discusión sobre si nos hallamos ante una renuncia expresa o tácita[73]: simplemente nos encontramos con un efecto consecuencia de un comportamiento.

II.C.4.b) 2.º Forma de la renuncia

II.C.4.b) 2.º a' En la Compilación

Conforme a lo dispuesto en el artículo 74 de la Compilación, la renuncia *debe* constar en documento público. Es decir, si no consta en documento público la renuncia no será válida. Nos estamos refiriendo, por supuesto, a las renuncias expresas antes tratadas, es decir a las renuncias totales, a las parciales independientes de una enajenación, y también a aquellas renuncias que, relacionadas con una enajenación, se refieren a bienes privativos del otro cónyuge y que, por ello, han de otorgarse —conforme al sistema establecido por la Compilación— expresamente. No estamos hablando, por tanto, de aquellos otros supuestos de consentimiento o intervención en la enajenación de inmuebles por naturaleza o muebles como sitios del 39.1 que fueran comunes y que la norma «equipara» a la renuncia. En estos últimos casos, ese consentimiento o esa enajenación podrá, en su caso, constar en documento privado.

---

[73] *Vid.* sobre la cuestión SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.,* pág. 688, y LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, *op. cit.,* págs. 328 a 330 y stes.

En otro orden de cosas, la norma se refiere genéricamente a «documento público». Se abre, por tanto, la posibilidad de que no sólo los instrumentos públicos autorizados por un notario tengan validez a estos efectos, sino que también la tengan otros documentos públicos autorizados por empleado público competente con las solemnidades requeridas por la Ley[74]. Es, por ello, posible que la renuncia conste en póliza de agente de Cambio y Bolsa (imaginemos una transmisión de acciones) o en un documento judicial o administrativo.

Algunos autores[75] han entendido que el requisito de documento público no es un requisito de validez sino de eficacia, amparándose en una sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 14 de febrero de 1959, es decir, vigente el Apéndice de 1925[76]. Dicha sentencia, en relación a una renuncia hecha constar en documento privado, afirmó que tal circunstancia no afectaba a la validez o no del contrato. Y, en base a ella, estos autores entendieron que la solución al problema por parte de la Compilación debía ser la misma que la ofrecida por el Apéndice: la renuncia no sería eficaz respecto de terceros hasta que constara en documento público, pero sí que sería válida —y, en consecuencia, obligaría al que la prestó— de tal forma que si el mismo se negara a elevar a público la renuncia, la autoridad judicial podría proceder a documentarla como en cualquier supuesto de rebeldía a la formalización de escritura.

Sin embargo, vigente la Compilación de 1967, dicha postura, a nuestro juicio, no puede admitirse puesto que el artículo 74 es muy claro en su dicción (*deberá constar en documento público* —dice—), frente a la redacción utilizada por el Apéndice de 1925 que sí hacía referencia a la eficacia. Además la

[74] *Vid*. art. 1.216 Cc y, a efectos de prueba, art. 317 LEC.

[75] MERINO HERNÁNDEZ, José Luis, «La renuncia al derecho expectante de viudedad aragonés», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, LII, 1976, pág. 1.408.

[76] El artículo 63 del Apéndice señalaba que para que tuviera eficacia la renuncia se requería estipulación explícita en capitulaciones u otros documentos públicos. Por tanto, refería la exigencia de la constancia en documento público a la eficacia y no a la validez.

propia Compilación utiliza en otros supuestos la misma o similar expresión (léase, por ejemplo, la obligación de que las capitulaciones figuren en escritura pública[77]), sin que haya existido respecto a ellos duda alguna de que lo que establecen es un requisito de validez y no sólo de eficacia[78].

II.C.4.b) 2.º b' En la nueva Ley

Por su parte, la Ley de 12 de febrero de 2003 señala que, para el supuesto de renuncias al derecho de viudedad sobre inmuebles por naturaleza y empresas o explotaciones económicas relacionadas con su enajenación, si existiera renuncia expresa, la misma debería otorgarse en escritura pública[79]. Pero establece una salvedad: que se otorgue en el acto por el que válidamente se enajena el bien. Es decir, siempre que nos encontremos ante una válida transmisión de un bien, la renuncia expresa podrá hacerse en el mismo documento por el que aquél se transmite, y si ese documento es privado la renuncia será válida en documento privado. Esto es predicable tanto para el supuesto de que la enajenación fuera de bienes privativos como para el de que lo fuera de bienes consorciales. Además, hemos de tener en consideración lo dispuesto en el artículo 98.2: en caso de concurrencia del titular del derecho de viudedad junto con su cónyuge en la enajenación de inmuebles y empresas o explotaciones económicas sin reservar expresa-

[77] El artículo 25.2 de la Compilación dice que *los capítulos y pactos habrán de constar en escritura pública*.

[78] Para estas y otras razones al respecto, *vid.* SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.,* pág. 689, y LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, *op. cit.,* págs. 307 y 308. Este último afirma que lo que sí que cabe es que, en el supuesto de que el renunciante en documento privado manifestara posteriormente su voluntad en contrario de elevarlo a público, pudiera el cónyuge perjudicado acudir al juez en base al abuso de derecho observado, y fuera el juez el que decidiera.

[79] En concreto dice el artículo 98.1: *El derecho expectante de viudedad sobre los bienes inmuebles por naturaleza y las empresas o explotaciones económicas no se extingue por su enajenación, salvo en los siguientes supuestos://a) Renuncia expresa, que requiere para su validez escritura pública, a menos que se otorgue en el mismo acto por el que válidamente se enajena el bien*.

mente el derecho, no es necesario renunciar para que se extinga el derecho. En estos supuestos, si la concurrencia consta en el documento por el que se transmite el bien (sea el documento público o privado), el derecho se extinguirá.

Por otro lado, en contraposición a la exigencia de la Compilación de «documento público», el artículo 92 de la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad, así como el 98, y en general todos los que hacen referencia dentro de esta norma a un instrumento público, utilizan la expresión «escritura pública» dejando claro con ello que únicamente este tipo de documento público es el que podrá ser utilizado a partir de la entrada en vigor de la nueva Ley para renunciar válidamente al derecho de viudedad.

Considero, además, que la nueva Ley sigue la misma línea señalada por la Compilación en relación a la exigencia de documento público como requisito de validez. También aquí —eso sí, la escritura pública (y no otro documento público)— es un requisito de validez de la renuncia. Ello puede desprenderse del artículo 92, no sólo porque reconduce necesariamente a la utilización de la escritura como instrumento para renunciar al afirmar, entre comas, que la renuncia que pueden hacer los cónyuges es en escritura pública (lo que debe entenderse en el sentido de que necesariamente debe plasmarse de esa forma), sino también porque en su apartado 2 señala que *también es válida la renuncia, en escritura pública, solamente al derecho expectante* (...). Es decir, directamente se habla de validez, además de seguir poniendo entre comas la expresión escritura pública, lo que ineludiblemente lleva a considerar que si se quiere renunciar debe hacerse por este medio. Y más claro aún a este respecto es el artículo 98.1.a) que, al referir la extinción del derecho por medio de renuncia, afirma que ésta ha de ser expresa y *que requiere para su validez escritura pública*. Estamos, por tanto, ante un claro requisito de validez. Excluidas, por supuesto, aquellas renuncias a las que expresamente la norma salva de la necesidad de que consten en escritura pública (caso, por ejemplo, del 98.1.a) *in fine*, relativo a la renuncia otorgada en el mismo acto por el que válidamente se enajena el bien).

II.C.4.b) 3.º Renuncia total o parcial

II.C.4.b) 3.º a' En la Compilación

Dice el artículo 74 de la Compilación (situado dentro de las Disposiciones Generales) que el derecho de viudedad podrá ser objeto de renuncia total o parcial. Por tanto, cabe una renuncia al derecho de viudedad en relación a determinados bienes (renuncia parcial) y una renuncia general al derecho de viudedad sobre la totalidad de los mismos (renuncia total).

A mi entender, la renuncia a que se refiere el precepto afecta tanto al derecho expectante como al usufructo vidual. Es decir, si se produce en vida de ambos cónyuges, y sus términos se refieren al derecho de viudedad o al expectante, afectará a las dos fases, y si fuera posterior al fallecimiento del cónyuge del titular del derecho, como es obvio, sólo podría abarcar al usufructo vidual. Esta concepción nos lleva a considerar que las características de la renuncia que aquí estamos analizando serán aplicables en todos los casos: cualquier renuncia al derecho de viudedad en cualquiera de sus fases deberá cumplir con los requisitos que aquí se mencionan (renuncia expresa, en documento público, etc.), siempre que los mismos sean compatibles con la especial configuración de la renuncia conforme al momento de su producción[80].

De lo anterior podemos deducir que, salvo prueba en contrario, cuando un cónyuge renuncia al «derecho expectante» so-

[80] No parece opinar en el mismo sentido SERRANO GARCÍA, José Antonio, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1989 (Derecho civil aragonés: disposición de bienes inmuebles comunes y derecho expectante de viudedad. Consentimiento a la enajenación y renuncia al derecho expectante)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 20, 1989, pág. 620, cuando afirma que el artículo 74.1º se refiere, en el caso del expectante, *únicamente a la renuncia unilateral de cualquiera de los dos cónyuges o a la bilateral pactada entre los cónyuges y, en caso del usufructo de viudedad, a la renuncia abdicativa del usufructuario o a la traslativa en favor del nudo-propietario* (...). Al margen de ello, lo que sí es cierto es que con la entrada en vigor de la nueva Ley, y tal como vimos anteriormente, conforme a su artículo 98, las renuncias que se otorguen al tiempo de la enajenación de un inmueble por naturaleza o de una empresa o explotación económica pueden constar en documento privado si la enajenación válida también consta en ese documento.

bre todos los bienes, en realidad está renunciando al «derecho de viudedad» sobre ellos, es decir, tanto al derecho expectante como al usufructo vidual, por cuanto no existiendo el primero no puede subsistir el segundo[81]. Cosa distinta es que se renuncie al derecho expectante dejando a salvo el que pudiera corresponder sobre los bienes que a la muerte del cónyuge permanecieran en su patrimonio, sea cual fuere la expresión que se utilice; es decir, ya se diga que se reserva el derecho expectante sobre esos bienes, ya se diga que se reserva el usufructo vidual, pues, en ambos casos, habría que entender que la renuncia sólo ha afectado a los bienes enajenados en vida del premuerto. En definitiva, en este supuesto no estaríamos ante una renuncia total, pese a las expresiones que puedan utilizarse, sino ante una renuncia parcial.

Otra cuestión diferente es la de si es viable una renuncia a un derecho de viudedad sobre bienes que aún no han entrado en el patrimonio del cónyuge. O dicho de otro modo, ¿afectará la renuncia al derecho de viudedad sobre la totalidad de los bienes a aquellos que en el momento de producirse la renuncia no se encontraban aún en el patrimonio del cónyuge?

La respuesta debe ser afirmativa puesto que expresamente así lo recoge el artículo 76.3 de la Compilación cuando dice que *será válida la renuncia al derecho expectante de viudedad hecha de forma genérica sobre todos los bienes, presentes o futuros, así como la específica verificada sobre determinados bienes actuales*. Se trata de una innovación introducida en la

[81] SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.,* pág. 741, parecen defender una presunción *iuris tantum* a favor del mantenimiento del usufructo vidual sobre los bienes muebles, e incluso sobre la totalidad de los bienes no enajenados en vida del premuerto, cuando la renuncia se refiere al derecho expectante en base al principio *favor viduitatis*. Sin embargo, a mi entender, la presunción debe jugar en sentido contrario: si se ha renunciado al derecho expectante sobre todos los bienes presentes y futuros se ha de presumir la extinción del derecho de viudedad en su conjunto, salvo que pueda probarse que la voluntad era reservarse el usufructo vidual (como ocurriría, por ejemplo, si se señala que *solamente* se renuncia al derecho expectante), y ello porque, en mi opinión, el mencionado principio *favor viduitatis* no puede servirnos para contradecir una voluntad expresamente manifestada.

Compilación por la reforma de 1985, que venía a atajar posibles interpretaciones contrarias a esa posibilidad. No obstante, la amplia autonomía de la voluntad conferida por la Compilación en su redacción primigenia permitía llegar a esa misma conclusión antes incluso de su expresa previsión. Nada impedía que uno renunciara a un derecho sobre bienes no ingresados todavía en el patrimonio del cónyuge, por cuanto la realidad jurídica de esta renuncia era esencialmente la misma que la de aquella que recae en bienes presentes. En ambos casos existe un derecho presente aunque en uno de ellos ese derecho presente recaiga sobre bienes futuros. Esto es así porque conforme al artículo 72.1, el derecho de viudedad nace desde el mismo momento de la celebración del matrimonio. Y existiendo el derecho y en atención a la preeminencia del pacto en esta materia (artículo 75)[82] y al principio *standum est chartae* (artículo 3), podría haberse obtenido la misma conclusión. No obstante, como digo —y por si había alguna duda—, con la reforma de 1985 expresamente se recogió esta posibilidad: cabe la renuncia al derecho expectante de viudedad sobre bienes futuros.

Pero lo que no recoge expresamente el artículo 76 es la posibilidad de renunciar con carácter previo al nacimiento del derecho mismo o, dicho de otra manera, de renunciar antes de la celebración del matrimonio. Habla el artículo 76 de renunciar al derecho expectante sobre bienes futuros, pero no de renunciar al futuro derecho expectante. La pregunta, por tanto, es ¿cabe renunciar a un derecho de viudedad que no se tiene? Podría argumentarse, en sentido contrario a ello, que si el legislador introdujo en 1985 la posibilidad de renunciar al derecho expectante sobre bienes futuros y no previó lo mismo en relación a la renuncia de un futuro derecho expectante, será porque no quiso reconocer esta posibilidad. Sin embargo, en mi opinión, la intención de la reforma era la de trasladar la

[82] A mi entender, en el caso de la renuncia, la preeminencia hay que entenderla referida a la voluntad unilateral: si es preeminente el pacto que genera obligaciones por ambas partes, también lo debe ser la voluntad unilateral que sólo genera obligaciones para el que la otorga.

posibilidad que el artículo 1.271 del Cc ofrece de contratar sobre cosas futuras, al campo de la renuncia del derecho de viudedad. A pesar de las dudas que, a mi entender, plantea el tema, considero que es posible admitir la renuncia al derecho de viudedad con carácter previo al matrimonio, por los mismos argumentos esgrimidos para aceptar la posibilidad de renunciar al derecho de viudedad sobre bienes futuros. Es decir, por la preeminencia del pacto en esta materia, y en base al principio *standum est chartae*[83].

II.C.4.b) 3.º b' En la nueva Ley

La Ley de régimen económico matrimonial y viudedad también permite una renuncia total o parcial sobre el derecho de viudedad, o como su artículo 92.1 dice, una renuncia *sobre todos los bienes del otro o parte de ellos*, por lo que todos los comentarios efectuados anteriormente son aplicables a lo previsto en esta Ley; incluidas las aclaraciones efectuadas en relación a una eventual renuncia solamente al derecho expectante sobre todos o parte de los bienes, conservando el usufructo vidual sobre los que permanecieran en el patrimonio del otro (supuesto previsto en el 92.2 de la nueva Ley). En relación a ello, ya hemos aclarado que, en puridad, son renuncias parciales puesto que no se renuncia al derecho sobre aquellos bienes que permanezcan en el patrimonio del otro cónyuge a su fallecimiento, y que, además, no es que se renuncie al «derecho expectante» conservando el usufructo, sino que lo que se hace es renunciar al «derecho de viudedad» sobre los bienes enajenados —es decir, a las dos fases que lo componen— pero conservándolo sobre los demás.

[83] Tras afirmar que la renuncia anticipada de derechos que aún no se tienen (renuncia preventiva) no es verdadera renuncia, llegan a la misma conclusión SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.*, págs. 693 y 694. Sorprende, sin embargo, que estos autores acudan al principio *standum est chartae* y al valor preeminente del pacto en esta materia, y sin embargo no acepten esos mismos argumentos para permitir la posibilidad de contraprestación en la renuncia, tal y como más adelante veremos.

En cuanto a la cuestión de si la renuncia total implica también la de aquellos bienes que no han ingresado en el patrimonio del cónyuge al tiempo de efectuarse la abdicación en el derecho, no existe en la nueva Ley una referencia explícita paralela a la que se encuentra en el artículo 76.3 de la Compilación. Sin embargo, dada la amplísima libertad que el artículo 90 confiere a los pactos entre las partes, de tal manera que los cónyuges pueden excluir o limitar el derecho de viudedad para uno de ellos o para ambos, debemos concluir favorablemente a la viabilidad de una renuncia que afecte a bienes futuros: si las partes pueden acordar la exclusión del derecho de viudedad con respecto a cualquiera de ellos como consideren conveniente, nada impide que, unilateralmente, cualquiera de ellos pueda abdicar de su derecho —derecho que existe desde la celebración misma del matrimonio como se desprende del artículo 89—.

Por último, y en relación a la posibilidad de renunciar al derecho de viudedad previamente a la celebración misma del matrimonio, las conclusiones —aunque como hemos visto, dudosas— a las que hemos de llegar, son las mismas que las extraídas con el texto de la Compilación. Abunda en ello el antes citado artículo 90.1 y la amplia autonomía de voluntad que el mismo concede. Eso sí, conforme a lo dispuesto por dicho artículo, entiendo que la renuncia al derecho de viudedad realizada con carácter previo al matrimonio deberá constar en capitulaciones matrimoniales, pues si a ellas se reconduce para plasmar los pactos relativos a la viudedad anteriores a la unión, lo mismo debe afirmarse para las declaraciones unilaterales de voluntad que solamente vinculan a una de las partes[84].

[84] En mi opinión, vigente la Compilación, también deberán ser las capitulaciones el instrumento adecuado para renunciar al derecho de viudedad antes del matrimonio pues siendo éste un derecho derivado de las nupcias en virtud de ley, la ordenación del régimen legal de sus bienes de manera diferente deberá establecerse, conforme al artículo 23, en capitulaciones matrimoniales. No olvidemos que el derecho de viudedad, como institución, forma parte de lo que se denomina régimen matrimonial primario.

II.C.4.b) 4.º ¿Unilateralidad y carácter abdicativo de la renuncia?

II.C.4.b) 4.º a' En la Compilación

En principio, la renuncia, por definición, es una declaración unilateral de voluntad que vincula a su autor desde el mismo momento en que se encuentra válidamente emitida. En cuanto disposición de un derecho personalísimo que a nadie perjudica, no tiene carácter recepticio, puesto que su efecto inmediato es la extinción de un derecho, no la transmisión del mismo a un tercero para que éste pueda ejercitarlo frente al titular de los bienes afectados.

No creo, sin embargo, que lo anterior sea obstáculo para que la renuncia tenga una contraprestación[85], entendida ésta como la obtención de un beneficio o de una utilidad que compense la extinción del derecho. Y así lo creo porque la Compilación, en su artículo 75, concede un amplísimo margen de maniobra a las partes, de tal manera que incluso los pactos se anteponen, en orden de prelación, no sólo a la costumbre, sino sobre todo a las propias disposiciones del Título VI sobre la viudedad. E igualmente, su artículo 3, al fijar el principio *standum est chartae*, establece que en juicio y fuera de él se estará *a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o*

[85] En este sentido, la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 7 de febrero de 1942. También opina de la misma manera ARNANZ DELGADO, Rafael, «Causas de extinción de la viudedad», *Anuario de Derecho Aragonés* (1952), pág. 94, cuando afirma que la renuncia puede ser lucrativa y onerosa. Dubitativos, en cambio, se muestran LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, *op. cit.,* págs. 305 y 306, y MERINO HERNÁNDEZ, José Luis, «La renuncia al derecho expectante de viudedad aragonés», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, LII, 1976, págs. 1.410 y stes., que evitan el término contraprestación para utilizar el de ventaja, con el fin de eludir cualquier problema que pudiera cuestionar el carácter abdicativo de la renuncia. Pero —me pregunto— ¿no sería acaso esa ventaja una contraprestación a la renuncia? Por su parte, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.,* pág. 692, rechazan también la existencia de contraprestación a la renuncia afirmando, sin embargo, que *la existencia de una remuneración independiente de aquélla —esto es, no en concepto de pago o contraprestación por la renuncia— parece admisible.* Y me sigo preguntando, ¿es que es posible pensar en una remuneración concedida al renunciante de un derecho que no guarde relación con esa renuncia?

disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés. Y, a mi modo de entender, sin lugar a dudas, la renuncia es un acto dispositivo de un derecho que no resulta de imposible cumplimiento, ni es contrario a la Constitución, ni a norma imperativa alguna de Derecho aragonés, por lo que si el renunciante ha querido disponer de su derecho pero sometiéndolo a la condición de la obtención de una contraprestación, no veo en nuestro Derecho obstáculo alguno para que así lo haga: nada impide, a mi juicio, que las partes puedan acordar que una de ellas renuncie a su derecho y que la otra a cambio le confiera un determinado beneficio, utilidad, contraprestación, o como quiera denominarse a lo que se da a cambio de algo.

Como tampoco nada impide, en mi opinión, que se renuncie al derecho de viudedad pero sometiendo la renuncia a un plazo o a una condición[86] puesto que una de las características del sistema aragonés es precisamente la amplia libertad concedida a los otorgantes y que se recoge en su tradicional apotegma de *standum est chartae*.

En este sentido, el artículo 72.1º de la Compilación, tras indicar que el derecho de viudedad se adquiere por la celebración del matrimonio, deja a salvo lo que pacten las partes. Y dentro de estos pactos entiendo que podría situarse la posibilidad de que uno de los cónyuges renuncie a su derecho de viudedad (aunque sea bajo el eufemismo de afirmar que los cónyuges acuerdan la exclusión del derecho de viudedad de uno de ellos) y a cambio el otro le atribuya, por ejemplo, un derecho diferente o la nuda propiedad sobre un bien. No se perdería, a mi juicio, el carácter esencial de la renuncia: el titular del derecho, unilateralmente, renuncia al mismo pero lo

[86] Como podría ser, por ejemplo, el supuesto de renunciar al derecho de viudedad sobre todos o parte de los bienes del otro cónyuge siempre y cuando se hubieran enajenado antes de su fallecimiento; o el de renunciar al derecho de viudedad sobre los bienes del otro hasta que el titular del derecho alcance determinada edad.

somete a la condición de obtener determinados beneficios. En tal caso, obtenidos éstos, la renuncia sería efectiva.

Entronca lo hasta ahora comentado con el carácter abdicativo o traslativo de la renuncia. Y ello en la medida en que algunos autores han conectado, tanto la unilateralidad de la renuncia, como su carácter abdicativo, con el principio de inalienabilidad del derecho de viudedad[87]. A mi entender, si que va unido el principio de inalienabilidad con el carácter abdicativo de la renuncia, pero no necesariamente con su unilateralidad. Y ello por lo siguiente:

— La inalienabilidad como principio conlleva la intransmisibilidad del derecho, su inembargabilidad y la imposibilidad de someter el mismo a gravamen. Lo que viene a significar que el derecho de viudedad no puede transmitirse a un tercero; no cabe un negocio traslativo que atribuya la titularidad del derecho de viudedad a persona distinta. Y esto mismo es lo que viene a significar el carácter abdicativo y no traslativo de la renuncia: la renuncia debe llevar siempre aparejada la extinción del derecho y no su atribución a un titular diferente. Por lo tanto, jamás será renuncia la llamada renuncia traslativa, es decir, aquella en la que se transmite el derecho a un tercero y en la que se requiere el consentimiento de este último para que sea efectiva.

— Distinto es para mí —como digo— el problema de la unilateralidad. El sometimiento de la renuncia a una condición, para nada determinan la transmisión del derecho a un tercero. La obtención de un beneficio, de una ventaja o, si se quiere incluso, de una contraprestación, no lleva aparejada la traslación del derecho de viudedad, sino lisa y llanamente su extinción. No se trata de que se pierda el derecho en favor de otro, sino de que el derecho se extinga. Y la obtención de una ventaja (que indudablemente se obtiene a cambio de algo, le lla-

[87] SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.*, pág. 692, consideran inviable un acuerdo en relación a la renuncia por no ser compatible la bilateralidad con la renuncia ni con la inalienabilidad de la viudedad.

memos como le llamemos) no impide esa extinción. Al contrario, la lleva aparejada. O, puesto con un ejemplo, si un cónyuge renuncia a su derecho de viudedad sobre determinado bien del otro pero sujetando esa renuncia a la condición de que el otro le atribuya la nuda propiedad de un bien diferente, y se produce esa condición (se le transmite la nuda propiedad del bien), la renuncia se hará efectiva, se extinguirá el derecho de viudedad y no se habrá transmitido dicho derecho a nadie.

II.C.4.b) 4.º b' En la nueva Ley

El planteamiento efectuado hasta ahora, y que se funda en la amplísima libertad que a las partes confieren los artículos 3 y 75 de la Compilación, resulta igualmente defendible con la nueva Ley de régimen económico matrimonial y viudedad. Y ello no sólo por la vigencia del principio *standum est chartae*, que de hecho permite sobreponer las disposiciones de las partes a las normas dispositivas de Derecho aragonés (sin que, a mi entender, exista ninguna norma imperativa que impida llegar a las conclusiones extraídas), sino también porque la propia Ley reconoce esa misma libertad a las partes para pactar exclusiones o limitaciones al derecho de viudedad, *para los dos o para uno solo de ellos, o regularlo como libremente convengan*. Y si los dos pueden regular esas exclusiones como consideren conveniente, con más motivo uno puede renunciar a un derecho (lo que en definitiva no perjudica a nadie más que a él), sometiendo la renuncia a las condiciones o plazos que estime oportunos, o a la percepción de una contraprestación.

II.C.4.b) 5.º Carácter personalísimo de la renuncia

II.C.4.b) 5.º a' En la Compilación

Por la finalidad específica de la viudedad como institución, cual es la de mantener la cohesión familiar y la consideración social del viudo, el derecho de viudedad es inalienable, y va ineludiblemente ligado a su titular. Es por ello que la renuncia

es personalísima: sólo puede prestarse por su titular. En todo caso, y de manera similar a lo que ocurre con otros derechos personalísimos, únicamente podrá apoderarse a un tercero si lo es a través de un poder especial en el que se concreten totalmente los extremos de la renuncia sin dejar resquicio alguno a la libertad del apoderado. Practicada la renuncia, se extinguirá el poder.

Por lo anterior, no parecía que tuvieran cabida los apoderamientos de carácter genérico que facultaban para concretar la renuncia del derecho de viudedad sobre futuros bienes del cónyuge, pues, en tal caso, el apoderado debería ejercitar el poder para cada caso concreto sin que tal concreción estuviera fijada en el mismo. No obstante, dichos apoderamientos, que podían tener interés cuando el artículo 76 de la Compilación no recogía expresamente la posibilidad de renunciar al derecho de viudedad sobre todos los bienes futuros, dejan de tenerlo cuando a partir de 1985 sí lo hace. A partir de ese momento es evidente que resultan viables los apoderamientos que facultan para renunciar al derecho de viudedad sobre los bienes futuros con carácter general, puesto que en este caso estaría concretado el objeto de la renuncia. En virtud de dicho poder, el apoderado renunciaría en nombre del poderdante, y por una sola vez, al derecho de viudedad sobre todos los bienes futuros[88].

II.C.4.b) 5.º b' En la nueva Ley

El planteamiento debe ser el mismo que con la Compilación.

Ya hemos avanzado que la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad no contiene una norma análoga al 76.3 de

[88] Al respecto, *vid*. MERINO HERNÁNDEZ, José Luis, «La renuncia al derecho expectante de viudedad aragonés», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, LII, 1976, págs. 1.416 y stes., quien, antes de la reforma de 1985, se mostraba favorable a ese tipo de poderes que permitían su concreción al apoderado. En contra de ello, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.,* pág. 690.

la Compilación sobre la posibilidad de renunciar al derecho de viudedad sobre bienes futuros. Sin embargo, también hemos afirmado en otro lugar que la amplísima libertad concedida por la nueva Ley a la autonomía de la voluntad de las partes (fundamentalmente a través de sus artículos 90 y 92), permite amparar el alcance de esa renuncia a los bienes que todavía no han ingresado en el patrimonio del consorte. Es por ello, por lo que, también con esta Ley, resultan viables los apoderamientos que facultan para renunciar al derecho de viudedad sobre los bienes futuros con carácter general. El apoderado deberá ejercer el poder renunciando de esa forma por una sola vez.

II.C.5. La pérdida total de la cosa

II.C.5.a) En la Compilación

El artículo 513.5º del Código civil dispone que el usufructo se extingue por *la pérdida total de la cosa objeto del usufructo.*

Ésta puede ser, efectivamente, una causa extintiva del derecho de viudedad si bien referida a bienes concretos: la pérdida total de un bien implicará la extinción del derecho de viudedad con respecto al mismo. Y si la pérdida fuera parcial, de conformidad con lo establecido en el artículo 514 del Cc, el derecho subsistiría en la parte restante.

En el supuesto de que la pérdida llevara aparejada una indemnización, nos encontraríamos con que el cónyuge mantendrá su derecho expectante sobre los bienes subrogados[89].

II.C.5.b) En la nueva Ley

¿Cómo trata la nueva Ley esta causa de extinción del derecho de viudedad? En principio, la recoge en el artículo 119.2.c)

[89] Ello sería así, con respeto a los términos de los artículos 518 y 519 del Código civil. En relación a la interpretación de la aplicación de estos preceptos vid. LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, *op. cit.,* pág. 346, y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.,* pág. 769. La subrogación se aplicaría también a lo recibido como consecuencia de una expropiación forzosa.

como supuesto extintivo del usufructo de viudedad sobre bienes determinados.

A nuestro entender, sin embargo, si esa pérdida total del objeto se produce antes del fallecimiento del cónyuge del titular del derecho de viudedad, lo que ocurre es que se pierde el derecho de viudedad como tal sobre dicho bien, es decir, se extingue tanto el derecho expectante como el usufructo vidual[90]. De hecho, la Ley recoge expresas referencias a supuestos que tradicionalmente se han tratado por la doctrina al hablar de la pérdida total de la cosa como causa de extinción del derecho de viudedad, como son los casos de la expropiación forzosa o el reemplazo por otros bienes en virtud de procedimiento administrativo. Ambas hipótesis son recogidas por el artículo 98.1.f) como causas de extinción del derecho expectante sobre inmuebles por naturaleza y empresas o explotaciones económicas. Pero se echa en falta un tratamiento conjunto de la pérdida total de la cosa como extintiva del derecho de viudedad.

Sí que podemos llegar a la conclusión de la extinción del derecho en relación a los bienes muebles (excluidos las empresas y explotaciones económicas) examinando otros preceptos de la nueva Ley. Ninguna duda cabe, a este respecto, que su pérdida total implica la extinción del derecho puesto que el artículo 100 dice que el derecho expectante de viudedad sobre bienes muebles (debiera haber dicho, «excepto las empresas y explotaciones económicas a que se refiere el artículo 98») se extingue cuando salen del patrimonio. Por tanto, habiéndose perdido la cosa totalmente, el derecho de viudedad sobre ella queda extinguido por expresa previsión de este artículo.

En cuanto a los restantes bienes, es decir, los inmuebles por naturaleza y las empresas y explotaciones económicas, no queda

[90] No obstante, sí que serán de exclusiva aplicación al usufructo vidual las previsiones que se hacen en el capítulo III del Título V de la Ley, como la del artículo 115 —trasunto del 518 del Código civil— relativo al pago de las primas del seguro contratado sobre el bien, y al tratamiento legal aplicable a la indemnización que se perciba por el viudo en caso de pérdida total o parcial de la cosa.

más remedio que acudir —fuera de los casos previstos en el artículo 98.1.f)— a una conclusión lógica: la pérdida del objeto sobre el que recae un derecho determina la extinción del derecho en sí; la imposibilidad de su ejercicio producirá su decaimiento[91].

En mi opinión, sin embargo, hubiera sido más acertado situar la causa analizada dentro de las que dan lugar a la extinción del derecho de viudedad. Su ubicación en el artículo 94, refiriéndolo, eso sí, a la extinción del derecho sobre bienes determinados hubiera conferido más claridad a la regulación.

II.C.6. La resolución del derecho del constituyente

II.C.6.a) En la Compilación

El artículo 513.6º del Código civil dispone que el usufructo se extingue *por la resolución del derecho del constituyente*.

Obviamente también ésta es una causa de extinción del derecho de viudedad puesto que un requisito ineludible para su existencia es que el bien sobre el que recaiga se encuentre dentro del patrimonio del cónyuge. No existiendo derecho de propiedad del cónyuge sobre el bien, al haberse resuelto el mismo, éste no formará parte de su patrimonio y, por tanto, tampoco existirá derecho de viudedad[92].

II.C.6.b) En la nueva Ley

La Ley de 12 de febrero de 2003 no recoge la resolución del derecho del cónyuge titular del bien ni entre las causas de extinción del derecho de viudedad, ni tampoco entre las del usufructo vidual. Sin embargo, a la misma conclusión llegamos en base a los artículos 89.1, 97 y 100: habiéndose resuelto los de-

[91] No hay que olvidar que, con base fundamentalmente en los artículos 89 y 97 de la nueva Ley, el derecho de viudedad recae sobre todos los bienes del otro cónyuge. En consecuencia, en caso de pérdida total, habiendo salido del patrimonio el bien en cuestión, la viudedad se habrá quedado sin el concreto objeto al que venía referida y, por tanto, el derecho sobre él se habrá extinguido.

[92] Por ejemplo, si la propiedad de un bien por parte del cónyuge estaba sometida a condición resolutoria, cumplida la condición se extinguirá la propiedad y también el derecho de viudedad de su consorte.

rechos del cónyuge sobre el bien, éste no formará parte de su patrimonio y, por tanto, no cabrá un derecho de viudedad sobre ellos, ya sea, en unos casos, porque el derecho del cónyuge no habrá llegado a existir (por ejemplo, por haberse declarado nula su adquisición), ya sea, en otros, por haberse resuelto en sentido propio (v. gr., por cumplimiento de la condición o término a los que el mantenimiento de la titularidad estuviera sujeto).

II.C.7. La prescripción

II.C.7.a) En la Compilación

El artículo 513.7º señala que el usufructo se extingue *por prescripción*.

Sin embargo, ya hemos visto que el derecho de viudedad es un derecho personalísimo que determina, entre otras cosas, que el ejercicio de su renuncia también lo sea. Es precisamente este carácter, junto con el de su inalienabilidad, el que da lugar a que, en base al artículo 1.936 del Cc, el derecho sea imprescriptible. Debemos concluir, por ello, que esta causa de extinción no es aplicable al derecho de viudedad, que no cabe su prescripción.

Esto no obstante, sí que se prevén plazos en la Compilación que hacen decaer el derecho. En concreto, en fase de usufructo vidual —que no antes—, el artículo 86 dispone que dicho usufructo se extingue por no reclamar el derecho durante los veinte años siguientes a la defunción del otro cónyuge. Debe entenderse, al respecto, que para que entre en juego este plazo, deben darse dos condiciones: 1ª que durante veinte años el viudo no entre a disfrutar ninguno de los bienes sobre los que recae su derecho, y 2ª que no reclame ese derecho en ese mismo periodo.

Pero este plazo no puede conceptuarse de prescripción, sino de caducidad. La propia dicción del precepto nos lleva a ello, ya que no se admite interrupción en el mismo: se dice en concreto que el plazo es el de los veinte años «siguientes», lo

que da a entender, como es obvio, que transcurridos los veinte años, no podrá reclamarse. Y precisamente la posibilidad de interrupción del plazo es un requisito insoslayable en los plazos de prescripción. Además, ya hemos visto que la viudedad es un derecho que está fuera del comercio y que, en consecuencia, es imprescriptible. Por tanto nos encontramos ante un plazo de caducidad que opera automáticamente, no es susceptible de interrupción y se puede apreciar de oficio por los Tribunales[93]. Insistiremos en ello al hablar de las causas de extinción del usufructo vidual.

II.C.7.b) En la nueva Ley

Las mismas afirmaciones efectuadas en relación al régimen de la Compilación podemos aplicarlas en esta sede. Incluso en lo relativo a la causa de extinción del usufructo vidual consistente en no reclamar el derecho durante los veinte años siguientes a la defunción del otro cónyuge, pues igual previsión —y con idéntica redacción a la del artículo 86.6º de la Compilación— se encuentra incluida en el artículo 119.1.f) de la nueva Ley.

Sí que resulta novedosa la introducción de dos plazos, en fase de derecho expectante, cuyo transcurso determina la extinción del derecho. En concreto, en los artículos 98.4 y en el 99.2 de la nueva Ley. El primero de ellos establece que *también se extingue el derecho expectante cuando se haya notificado fehacientemente al cónyuge la enajenación, con el requerimiento para que manifieste su voluntad de conservar o renunciar su derecho con las consecuencias legales que de ello se derivan, y hayan transcurrido dos años desde dicha notificación sin que en el Registro de la Propiedad conste la voluntad del cónyuge de conservar el derecho expectante.* Mientras que el segundo refiere que *también se extingue* —está hablando del derecho expectante— *en la enajenación judicial por deudas contraídas por uno de los cónyuges si, notificado el*

[93] *Vid.* SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.,* págs. 854 y stes.

embargo del bien común o privativo al menos diez días hábiles antes de la celebración de la subasta al otro cónyuge, éste no manifiesta en el citado plazo su voluntad de conservarlo por no ser deudas de las enumeradas en el apartado anterior (...).

Sobre ambos preceptos hablaremos más adelante. Baste simplemente adelantar que, a mi juicio, en ellos se recogen supuestos de caducidad de la acción por el transcurso de los plazos en ellos reflejados. Nos encontramos ante un derecho imprescriptible como es el de la viudedad y ante una acción para obtener la declaración de no extinción del mismo. Esos dos elementos (la imprescriptibilidad del derecho y que la facultad sometida a plazo sea «declarativa» de su subsistencia), son los que, a mi juicio, determinan que el plazo no sea de prescripción, sino de caducidad. Pero, como digo, abordaremos un estudio más profundo en el lugar que corresponda[94].

II.D. Otras causas de extinción previstas en la Compilación

II.D.1. La cláusula residual

II.D.1.a) En la Compilación

La Ley 3/1985, de 21 de mayo, de las Cortes de Aragón, introdujo un inciso inicial en el artículo 78 a fin de que el precepto abarcara todas las causas de extinción que a lo largo del texto de la Compilación aparecían diseminadas y que, de modo expreso, no se explicitaban en dicho artículo. Así —señala—, *el derecho expectante se extingue por las causas previstas en esta Compilación*.

En diferentes puntos de este trabajo hemos expuesto por qué —a nuestro modo de entender— no se trata únicamente de que el derecho se extinga sólo en su fase expectante, sino que la extinción, en el fondo, afecta al derecho de viudedad en su conjunto, como institución comprensiva de las dos fases que la integran (derecho expectante y usufructo vidual). Esta consideración es la que ha determinado para nosotros el tra-

94 *Vid.* apartados II.D.2.e) y II.E.1.e) de la primera parte de este estudio.

tamiento conjunto de aquellas causas que expresamente se señalan como extintivas del derecho de viudedad y de aquellas que, sin embargo, la Compilación reconduce al derecho expectante. Entre estas últimas se encuentran las que el artículo 78 ha querido abarcar con su mención general a *las causas previstas en esta Compilación*, y que son las que a continuación analizaremos brevemente.

II.D.1.b) En la nueva Ley

Por su parte, la nueva Ley destina determinados preceptos exclusivamente al tratamiento de las causas de extinción, como, por ejemplo, el 94, que habla de causas de extinción del derecho de viudedad, o los artículos 98, 99 y 100, en los que se refiere a lo que la propia norma denomina extinción del derecho expectante.

Sin embargo, en ninguno de los preceptos citados se recoge una cláusula de cierre del tipo de la empleada por el artículo 78 de la Compilación. Esto, no obstante, no quiere decir que no existan otras causas de extinción dispersas en su articulado. De hecho, algunas de ellas ya las hemos tratado. Así, por ejemplo, el artículo 92 habla de la renuncia y, sin embargo, no se recoge como causa extintiva en el artículo 94; el artículo 93 habla de la privación por causa de desheredación y tampoco se menciona directamente en aquél; o el propio artículo 90 se refiere al pacto como desencadenante de la extinción.

Hecho este inciso pasamos a analizar aquellas otras causas de extinción del derecho de viudedad tratadas por la Compilación y de las que no se ocupa expresamente el artículo 78.

II.D.2. Enumeración y análisis de las causas recogidas en la cláusula residual

II.D.2.a) El pacto o disposición en mancomún de los cónyuges

II.D.2.a) 1.º En la Compilación

El artículo 72.1 de la Compilación prevé que la celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge el derecho de viude-

dad sobre los bienes del otro, pero deja *a salvo lo pactado en instrumento público o lo dispuesto de mancomún por ambos cónyuges*.

Esta salvedad permite a las partes modelar el objeto de la viudedad (los bienes del otro cónyuge) con gran libertad. De esta manera, los consortes podrán reducir el derecho de uno de ellos, o el de ambos, a determinados bienes, dejando otros a salvo, lo que haría operar al pacto o a la disposición en mancomún como causa extintiva del derecho con respecto al cónyuge afectado en relación a aquel o a aquellos bienes excluidos de la viudedad.

Por tanto, la posibilidad de reducir el derecho por acuerdo de las partes no tiene límites. Puede referirse a la totalidad de los bienes. O podría referirse solamente a los muebles. O solamente a los inmuebles. O a unos determinados muebles. O a unos determinados inmuebles[95].

De conformidad con el principio *standum est chartae*, y en atención al artículo 75.1 que fija la prevalencia del pacto en esta materia incluso sobre las normas del propio Título VI, nada impide tampoco que dicha reducción o extinción no afecte de manera igual a ambos cónyuges, ni siquiera que afecte a uno de ellos por completo y deje al otro a salvo de cualquier limitación: si uno puede renunciar unilateralmente al derecho —artículo 74— puede, también, pactar con el otro la extinción de su derecho sin necesidad de que esa extinción lleve aparejada la del cónyuge[96]. E igualmente, y con base en los mismos artículos 3 y 75.1 de la Compilación, los cónyuges pueden someter a condición o a término sus respectivos derechos de viudedad sobre los bienes del otro.

---

[95] Una enumeración ejemplificativa de los posibles pactos entre los cónyuges lo encontramos en MERINO HERNÁNDEZ, José Luis, «Limitaciones al Derecho de Viudedad Aragonés» (discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación), *Anuario de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación*, Zaragoza, 1997, págs. 126 a 128.

[96] *Vid*. BAYOD LÓPEZ, M.ª del Carmen, «La viudedad foral aragonesa», en *Derechos Civiles de España* dirigidos por BERCOVITZ, Rodrigo y MARTÍNEZ SIMANCAS, Julián, Aranzadi-BSCH 2000, págs. 3.498 y 3.499.

Como la propia norma indica, si la reducción o extinción del derecho se lleva a cabo por pacto, éste deberá constar en instrumento público, y si es por disposición, se hará a través de testamento mancomunado[97]. Se desprende de ello que la utilización de instrumento público o de testamento es un requisito de validez y no meramente de eficacia: necesariamente el acuerdo deberá plasmarse en alguna de esas formas[98].

Por otro lado, y como dijimos también al hablar de la renuncia, cuando la norma habla, en este caso, de «instrumento público» abre la posibilidad de utilizar, además de escritura notarial, otros documentos públicos otorgados también ante notario o ante agente de Cambio y Bolsa, o incluso aquellos que sean autorizados por empleado público competente con las solemnidades requeridas por la Ley, y ya tengan los mismos carácter judicial o administrativo.

Por último, es de relevancia destacar, en este punto, lo dispuesto en el artículo 75.2: *las cláusulas contractuales y testamentarias relativas a la viudedad se entenderán siempre en sentido favorable a la misma*. Es lo que, doctrinalmente, se conoce como principio de *favor viduitatis,* el cual nos obliga a interpretar los pactos limitativos del derecho de viudedad de manera restrictiva. Y siendo siempre los pactos a que se refiere el artículo 72.1 *in fine* restrictivos de los derechos de uno o de ambos cónyuges, deberán, en todo caso, interpretarse de forma estricta.

---

[97] LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, *op. cit.,* pág. 292, y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.,* pág. 657, señalan con acierto que el convenio deberá ser sólo entre ambos consortes, lo que es relevante en el supuesto de existir capitulaciones matrimoniales con intervención de otras personas: cualquier alteración de las capitulaciones sobre este punto únicamente requerirá la voluntad de los dos cónyuges.

[98] En mi opinión, si el instrumento utilizado es el testamento mancomunado la reducción, o la extinción, necesariamente lo será del usufructo vidual, puesto que la eficacia de la disposición no se producirá hasta que acaezca la muerte de uno de los dos cónyuges. Hasta ese momento los intervinientes podrán modificar sus últimas voluntades por acuerdo entre ellos y el derecho de viudedad en su fase expectante permanecerá vivo.

II.D.2.a) 2.º En la nueva Ley

La Ley 2/2003 recoge en su artículo 90 un principio de absoluto respeto a lo acordado por las partes. Cierto es que no se recoge un orden de prelación a la manera del 75.1 de la Compilación. Pero no se hace por resultar del todo punto innecesario, entre otras cosas, porque a la misma conclusión de preeminencia del pacto puede llegarse, no sólo desde el Título Preliminar de la propia Compilación —y en concreto desde su artículo 3, que también fija el carácter preferente del pacto sobre la norma positiva aragonesa siempre que la misma no sea imperativa—, sino también desde lo prevenido en el mencionado artículo 90: *1. Los cónyuges pueden pactar en escritura pública o disponer de mancomún en su testamento la exclusión o limitación del derecho de viudedad, para los dos o para uno solo de ellos, o regularlo como libremente convengan. Antes del matrimonio, los pactos entre contrayentes habrán de constar en capitulaciones matrimoniales.*

Vemos que con esta redacción se vienen a recoger aquellos extremos que tenían que deducirse de la escueta referencia que el artículo 72.1 hacía a los pactos o a lo dispuesto de mancomún, al afirmarse en este último que *la celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge el usufructo de viudedad (...) a salvo lo pactado en instrumento público o lo dispuesto de mancomún por ambos cónyuges.*

En primer lugar, se hace expresa referencia a la limitación o a la exclusión e incluso, más allá de ello, se añade la posibilidad de regularlo con absoluta libertad. No existe, por tanto, duda alguna de que con esta redacción los cónyuges pueden excluir del derecho de viudedad todos los bienes, o sólo los muebles o los inmuebles, o únicamente alguno de ellos, o pueden fijar las condiciones o términos como estimen oportuno (dentro del respeto a las normas imperativas y a la Constitución), puesto que pueden regular el derecho como libremente convengan.

Aún más: el propio artículo hace referencia a otro aspecto cuya explicitación resulta de mucho interés. Se puede pactar

la exclusión o la limitación del derecho como libremente convengan en relación a uno solo de ellos o a los dos. Queda claro, por tanto, lo que ya anticipábamos con la Compilación pero que no venía recogido de forma expresa: la limitación o la exclusión no tiene por qué ser recíproca ni equivalente entre los dos cónyuges. Puede privarse a uno de la totalidad del derecho de viudedad sobre los bienes del otro cónyuge y dejar a éste incólume el suyo sobre los bienes del primero, porque la libertad recogida en los términos del artículo 90 es absoluta.

Se recogen únicamente dos límites a esa libertad y los dos son de carácter formal: el pacto debe figurar en escritura pública o en testamento mancomunado, y en el supuesto de que los pactos fueran previos al matrimonio, el instrumento necesario para su plasmación serán las capitulaciones matrimoniales.

Vemos, por tanto, que la referencia al instrumento público que realizaba la Compilación se sustituye por la habitual en la nueva Ley de escritura pública. Es decir, ya no vale cualquier documento público al quedar excluidos los administrativos y los judiciales, incluso aquellos notariales que no tengan el rango de escritura como pudieran ser las actas.

Solamente la escritura, o el testamento mancomunado, son medios idóneos para documentar el pacto o la disposición, siendo su valor, al igual que lo es en la Compilación, el de requisitos *ad solemnitatem*. Necesariamente el pacto o la disposición deben figurar en escritura o en testamento mancomunado, pues de lo contrario no serán válidos. Del texto se desprende que los cónyuges pueden pactar o no, pero si lo hacen —necesariamente— lo tendrán que hacer en escritura. Y pueden disponer o no en testamento sobre la exclusión o limitación del derecho de viudedad, pero si lo hacen —y es por motivo distinto al señalado en el artículo 93[99]— éste tendrá que

[99] Recordemos que, conforme a este artículo, un cónyuge puede privar al otro de su derecho de viudedad, unilateralmente, por medio de testamento pero sólo por las causas de desheredación del artículo 195 de la Ley de sucesiones.

ser mancomunado y sujetarse a los requisitos que la legislación aragonesa impone al mismo[100].

Se añade, además, un requisito formal que no se encontraba previsto directamente en el artículo 72 de la Compilación pero que, por conjunción del artículo 23 de ésta y del carácter familiar de la viudedad entroncado con el régimen matrimonial de los bienes, se presumía por algún sector de la doctrina: si los pactos sobre el derecho de viudedad son anteriores al matrimonio habrán de constar en capitulaciones matrimoniales[101]. Dice el artículo «habrán de constar», luego sigue siendo un requisito *ad solemnitatem*, con las consecuencias derivadas de ello que ya han sido anticipadas.

Por lo demás, el apartado 2 del artículo 90 permite pactar también en escritura pública *la exclusión del derecho expectante de viudedad, conservando para su caso el de usufructo vidual*. Al respecto ya hemos repetido en varias ocasiones nuestra interpretación. No es posible excluir el derecho expectante y mantener el usufructo vidual, puesto que sin que le preceda el primero, no puede nacer el segundo, tal y como se desprende del propio artículo 101 de la nueva Ley. En realidad, de lo que se trata es de excluir el derecho expectante sobre los bienes que vayan a ser enajenados en vida del cónyuge, pero no sobre los que no vayan a serlo. Fallecido el mismo, se conservará el usufructo vidual sobre los bienes que permanezcan en su patrimonio porque en realidad tampoco se extinguió el derecho expectante sobre los mismos.

---

[100] *Vid.* a este respecto fundamentalmente los artículos 93 a 96, 101 a 107, 85, 116 y 170 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte.

[101] Así, LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, *op. cit.,* pág. 344, al hablar del pacto como causa de extinción habla del pacto en «capitulaciones matrimoniales», y en pág. 292 señala que la mayoría de las veces el pacto limitativo o extintivo del derecho de viudedad tendrá que convenirse en capitulaciones matrimoniales. Por mi parte, ya avancé al hablar de la validez de la renuncia al derecho de viudedad con carácter previo al matrimonio que, en mi opinión, la misma debería figurar en las capitulaciones matrimoniales por entender que la viudedad forma parte del denominado régimen económico matrimonial primario.

Por último, el apartado 3 del mismo artículo 90 repite literalmente el contenido del 75.2 de la Compilación si bien, con mejor ubicación sistemática, lo hace en el mismo artículo que habla de los pactos y disposiciones testamentarias mancomunadas relativas al derecho de viudedad. Se trata de incorporar a la Ley el ya tradicional principio de *favor viduitatis*, en la interpretación de las cláusulas contractuales y testamentarias. Puesto que todo pacto o disposición sobre el derecho de viudedad tiene que ser a la fuerza restrictivo de los derechos del viudo (al ser el régimen legal el de la viudedad universal), la interpretación de los mismos, en caso de duda, debe favorecer la permanencia, o la no limitación o restricción del derecho. Su ubicación a continuación del apartado relativo a la posibilidad de que las partes puedan pactar la exclusión del derecho expectante conservando el usufructo vidual, pudiera hacernos pensar que, de pactarse la extinción del primero, sin más, debería presumirse *iuris tantum* la permanencia del segundo[102]. En mi opinión, sin embargo, el principio *favor viduitatis* no debe servirnos para extraer interpretaciones contrarias a la voluntad manifestada, sino que su virtualidad consiste en ofrecernos un mecanismo para que, en caso de duda, podamos proteger los derechos del viudo. Entiendo que si los cónyuges han pactado la extinción del derecho expectante sin hacer referencia a su intención de conservar el usufructo vidual, debe entenderse extinguido el derecho en su integridad, salvo prueba en contrario. Es decir, a mi juicio, la presunción *iuris tantum* en tal caso debería jugar en contra del mantenimiento del derecho de viudedad, puesto que tanto los términos del artículo 90.2, haciendo referencia a la conservación del usufructo vidual, como del 92.2, refiriéndose a la renuncia de *solamente* el derecho expectante, dejan claros cuáles deben ser los términos precisos del pacto o de la renuncia si se quiere conservar dicho usufructo[103]: o se debe manifes-

[102] Debe entenderse que esta es la interpretación de SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.,* en pág. 741.

[103] Como hemos dicho, en realidad se trata de conservar el derecho expectante sobre los bienes no enajenados en vida del cónyuge y, en consecuencia, adquirir el usufructo vidual sobre los mismos a su fallecimiento.

tar la intención de conservarlo, o se debe expresar que se renuncia sólo al derecho expectante, o, de cualquier otro modo, debe quedar clara esta intención. De no hacerse así, deberá entenderse extinguido también el usufructo vidual.

II.D.2.b) La voluntad unilateral de uno de los cónyuges

II.D.2.b) 1.º En la Compilación

El artículo 72.2 de la Compilación dispone que por voluntad de uno de los cónyuges, manifestada en testamento o en instrumento público, puede reducirse el derecho de viudedad del otro a los inmuebles por naturaleza y a las explotaciones agrícolas, ganaderas, mercantiles e industriales. Y a continuación señala que si el valor de estos bienes no representa la mitad del caudal hereditario, la viudedad se extenderá a otros bienes hasta completar dicha mitad.

Nos encontramos, en realidad, ante dos supuestos diferentes: 1º En uno de ellos el instrumento utilizado es el testamento, lo que implica que, hasta el momento del fallecimiento —es decir, hasta que el derecho se encuentra en su fase de usufructo—, la reducción no es efectiva. 2º En el otro, el medio empleado es el de cualquier otro instrumento público y, en consecuencia, en el momento de manifestarse esa voluntad —salvo que la misma se someta a condición o a término—, se producirá la reducción dispuesta. Por ello, podemos decir que, en el primer caso, la extinción producida es la del usufructo vidual sobre los bienes determinados a los que la reducción afecta, mientras que, en el segundo, lo extinguido es el derecho de viudedad —comprensivo de sus dos fases— en relación a los concretos bienes excluidos por la voluntad del cónyuge[104].

[104] Coincido con SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.,* en nota al pie de la pág. 658, en el sentido de que en el caso de que la voluntad unilateral se manifieste en instrumento público que no sea testamento, nos encontraremos ante un supuesto de extinción del derecho de viudedad. Cosa distinta es que, en esos casos, sólo se vaya a conocer a la muerte del cónyuge si los inmuebles y los muebles como sitios del 39.1 representan la mitad del caudal hereditario. En caso de que no llegaran a esa mitad, el usufructo vidual se extendería a otros muebles que figuren en el patrimonio del cónyu-

En concreto, la voluntad unilateral reductora sólo puede afectar a los bienes muebles que no sean los del artículo 39.1 de la Compilación. Se trataría de acercarse por medio de la expresa voluntad de uno de los cónyuges al sistema que legalmente regía esta institución antes de la entrada en vigor de la Compilación, cuando el Apéndice de 1925 limitaba de forma legal la viudedad únicamente a los inmuebles[105]. Y, además, hacerlo de manera prácticamente libre, sin más limitación que la establecida por la previsión de que, al menos, los inmuebles y muebles como sitios del artículo 39.1 sobre los que vaya a recaer la viudedad deben alcanzar la mitad del caudal hereditario.

No obstante lo anterior, la existencia de un pacto entre los cónyuges sobre la extensión del derecho de viudedad amparado en el artículo 72.1, los vincula, lo que evidentemente implica que, unilateralmente, ninguno de ellos pueda modificar el acuerdo: sólo la concurrencia de las dos voluntades que pactaron puede alterar el contenido de lo acordado. Con ello queremos decir que, en el supuesto de que existiera tal pacto, no es viable una disposición testamentaria unilateral de un cónyuge que lo contradiga[106]. Diferente a ello será el supuesto de que la extensión del derecho de viudedad se hubiera fijado a través de testamento mancomunado, pues en tal caso, el artículo 106 de la Ley 1/1999, de sucesiones por causa de muerte, prevé, en su número 2, que cada tes-

ge a su fallecimiento —bienes sobre los que existía derecho expectante hasta que se produjo la muerte—, conforme al funcionamiento normal de la institución. Sin embargo, para el supuesto de que la voluntad se plasme en testamento, entiendo que la misma será causa de extinción del usufructo vidual puesto que, al ser disposición de última voluntad, su eficacia no se produce hasta el fallecimiento del testador.

[105] En realidad, el sistema previsto en el Apéndice es el inverso al de la Compilación, con la salvedad de lo relativo a los muebles como sitios del artículo 39.1. En el Apéndice, legalmente la viudedad estaba reducida a los inmuebles, sin perjuicio de poder disponer su extensión universal a todos los bienes. En la Compilación, legalmente la viudedad es universal pero uno de los cónyuges puede disponer su reducción únicamente a los inmuebles y a los muebles como sitios del 39.1.

[106] *Vid.* BAYOD LÓPEZ, M.ª del Carmen, «La viudedad foral aragonesa», en *Derechos Civiles de España,* dirigidos por BERCOVITZ, Rodrigo y MARTÍNEZ SIMANCAS, Julián, Aranzadi-BSCH, 2000, pág. 3.499.

tador puede revocar o modificar unilateralmente sus propias disposiciones no correspectivas, y el artículo 105.1, por su parte, señala que *son correspectivas entre sí las disposiciones de contenido patrimonial de uno y otro testador cuya eficacia, por voluntad declarada por ambos en un mismo testamento o contrato sucesorio, estuviera recíprocamente condicionada, sean en beneficio mutuo o de tercero. La correspectividad no se presume*. Por tanto, a menos que las partes hubieran establecido expresamente en el testamento mancomunado que la extensión del derecho de viudedad fijada para uno estuviera condicionada al mantenimiento de la fijada para el otro, la reducción unilateral a que se refiere el apartado 2 del artículo 72, sería válida.

Uno de los problemas que plantea el artículo 72.2 es el relativo a qué ocurre en el caso de que el valor de los inmuebles por naturaleza y los muebles como sitios del 39.1 no representen la mitad del caudal hereditario. Para tal supuesto, dispone el precepto la extensión de la viudedad a otros bienes hasta completar esa mitad. Nada se nos dice sobre cómo valorar los bienes para entender que no representan la mitad del caudal hereditario y sobre quién será el encargado de decidir a qué otros bienes debe extenderse la viudedad.

Evidentemente, si ha sido el propio disponente el que ha hecho la previsión, a ella habrá que estar, pero si así no ha sido se planteará un problema que deberá resolverse conforme a lo dispuesto en el artículo 75.1:

a) A falta de disposición del premuerto, se debe estar a lo pactado entre el viudo y los herederos-nudo propietarios que serán, generalmente, sus hijos. A pesar de que el pacto a que se refiere el artículo 75.1 es el pacto entre los cónyuges, a esta conclusión habrá que llegar por analogía.

b) Si no se llega a un acuerdo sobre los bienes a que deba extenderse, deberá acudirse a la costumbre, si es que realmente en los escasos treinta y cinco años en que la norma ha estado en vigor se ha formado alguna al respecto.

c) El siguiente paso sería acudir al Título de la Compilación que trata sobre la viudedad y, dado que el mismo nada dis-

pone al respecto, al Código civil que tampoco resuelve el problema. Por ello, no queda otro remedio que buscar soluciones en otras instituciones recogidas en la Compilación que puedan dar luz sobre cuál ha sido la respuesta ante otros problemas conflictivos. De esta manera, al tratarse la viudedad de una institución de Derecho de familia, lógico parece acudir a la Junta de Parientes[107] para que determine el valor de los bienes y decida a cuáles de éstos deberá extenderse el usufructo vidual hasta completar la mitad referida por el artículo 72.2. Y, si no existiera Junta de Parientes, se deberá acudir al juez, quien para determinar la valoración que deba atribuirse a los bienes deberá servirse de los correspondientes informes periciales.

II.D.2.b) 2.º En la nueva Ley

Por su parte, la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad establece una mayor restricción a la voluntad unilateral de cada cónyuge. Con el sistema previsto en su artículo 93 ya no será posible que un cónyuge pueda libremente excluir los bienes muebles de la viudedad del otro, con los únicos límites de su valor fijados por el artículo 72 de la Compilación. Muy al contrario, con la nueva Ley en la mano, sólo y exclusivamente puede privarse al otro de su derecho de viudedad por las causas que dan lugar a la desheredación y, además, aún habiéndose producido tal privación, en caso de que, fallecido el cónyuge del titular del derecho, el viudo negase la concurrencia en él de esas causas, corresponderá a los here-

[107] A ella se acude, por ejemplo, en los supuestos de divergencia en el ejercicio de la autoridad familiar (art. 9), determinación de las personas que vayan a ejercitar la autoridad familiar en caso de fallecimiento de los progenitores (art. 10) u obtención de autorización para la disposición de bienes del menor de 14 años (art. 13), elección de la persona más idónea para la tutela (art. 16), etc. Y también, por ejemplo, se acude a la Junta de Parientes en otros casos relacionados con la propia viudedad, como órgano ante el que hacer valer el incumplimiento por parte del viudo usufructuario de las indicaciones o advertencias que le hace el nudopropietario sobre la administración y explotación de los bienes (arts. 85 y 87). También en materia sucesoria se le atribuye un importante papel (v. gr., arts. 31, 51, 52 y 139 de la Ley de sucesiones).

deros del causante la prueba de ser ciertas. Es decir, en caso de que el viudo las niegue, juega una presunción *iuris tantum* a su favor de que las causas no concurren.

Podría pensarse que, si bien es cierto que desaparece la posibilidad de reducir libremente el derecho de viudedad del otro a determinados bienes, sin embargo se amplía el ámbito objetivo de exclusión. Es decir, es verdad que con la Compilación la voluntad unilateral de un cónyuge puede reducir con cierta libertad el derecho de viudedad del otro; pero esa libertad está orientada sólo a determinados bienes. Solamente los muebles (excluidos los del art. 39.1), pueden ser objeto de privación. Por contra, con la previsión de la nueva Ley, en el supuesto de que el cónyuge incurra en las causas de desheredación del artículo 195 de la Ley de sucesiones por causa de muerte, podrá privársele del derecho de viudedad en su totalidad, con respecto a todos los bienes. Podría, por ello, creerse que si bien se recorta la libertad, se amplían los bienes sobre los que puede recaer la privación.

Sin embargo, ya vimos al analizar las causas de indignidad como causas extintivas del derecho de viudedad cómo, con la Compilación, las mismas ocasionaban el decaimiento del derecho si el interesado en hacerlas valer las alegaba y su concurrencia en el beneficiario del derecho quedaba probada. La reunión de cualquiera de esas causas en el cónyuge determinaba que se extinguiera el derecho expectante del mismo si incurría en ellas en cualquier momento a partir de la celebración del matrimonio (instante en el que nace la viudedad). Y ello, además —y a nuestro entender—, sucedía sin necesidad de que el cónyuge del titular del derecho hubiera utilizado el testamento como medio para privar al otro de su viudedad. Bastaría con que cualquier interesado alegara la causa y ésta quedara probada, para que quien incurriera en indignidad viera extinguido su derecho. Lo que se castigaba era la conducta indigna de la persona que hacía que, a los ojos de la Ley, no fuera merecedor de ostentar la viudedad. No hay que olvidar que la institución persigue que el titular del derecho pueda gozar, más adelante, de los instrumentos necesarios para mantener la cohesión familiar y la consideración social inherente a su condición de piedra angular de la familia; y la con-

currencia de indignidad en él lo convierten en inadecuado para la realización de esas tareas. Únicamente la voluntad del cónyuge en sentido contrario permitía —a mi juicio— que, pese a incurrir en esas causas, pudiera mantener la viudedad.

Por contra, el planteamiento de la nueva Ley —como ya hemos visto— es diferente. Ahora la indignidad en la que incurra el titular del derecho en vida de su cónyuge, si es conocida por éste, sólo puede ocasionar la privación del derecho si ésa es la voluntad del consorte y así se expresa en testamento. Intentando acoger una interpretación correctora del artículo 94, faltando dicha manifestación, sólo las causas de indignidad en las que se incurra en vida del cónyuge y que no fueran conocidas por éste (si así se prueba), y las que se produzcan tras su muerte, darán lugar a la extinción del derecho. Pero, en todo caso, su virtualidad se produce en fase de usufructo vidual, ya sea porque se prive del derecho en el testamento del cónyuge (art. 93), ya sea porque haya que esperar al fallecimiento de este último para hacer valer las causas a que se refiere el artículo 13 de la Ley de sucesiones (art. 94.3). Es decir, propiamente se prevé la indignidad como una causa de extinción del usufructo vidual[108]. En este sentido, muy lejos de haberse ampliado el ámbito objetivo de la voluntad unilateral para privar de la viudedad al cónyuge, lo que se ha hecho es no sólo restringir la libertad para reducir dicho derecho sino, además, limitar el alcance de la indignidad en la que se incurra en vida del cónyuge como causa extintiva de la viudedad en su conjunto: solamente se extinguirá en el caso de que expresamente se prive por medio de testamento de aquel derecho por las causas de desheredación[109]. Y aún más, en el supuesto de que una vez fallecido el cónyuge del titular del derecho, se niegue por el viudo la concurrencia en él de esas

[108] En relación a las críticas que me merece tal previsión vid. apdo. II.A.3 de la primera parte de este estudio.

[109] Frente al sistema de la Compilación que permitía la extinción del derecho por causa de indignidad también en su fase expectante y sin necesidad de que el medio empleado por el cónyuge para hacerla valer fuera el testamento: si el titular del derecho incurría en indignidad y se alegaba y probaba por cualquier medio por el cónyuge (o por otros interesados) ese extremo, se podía declarar extinguido el derecho.

causas, la prueba de que las mismas existen recaerá en los herederos del causante. Ni siquiera tendrá que probar el viudo que no era indigno, sino que serán los herederos los que tengan que probar que lo era. Se trata de aplicar el principio *favor viduitatis* también en estos supuestos.

En línea con lo apuntado, vemos cómo, con el artículo 93 del texto de la nueva Ley, la privación del derecho debe efectuarse en testamento[110]. Frente a la doble posibilidad existente en el artículo 72.2 de la Compilación de acudir al instrumento público o al testamento, la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad acude sólo a este último como forma *ad solemnitatem* para poder materializar la extinción del derecho. La expresión «en testamento» incluida entre comas, refleja la necesidad de que sea esta forma la utilizada para ello, con exclusión de cualquier otra: sólo la privación unilateral efectuada a través de testamento será válida.

En cuanto a las causas que pueden fundamentar la voluntad unilateral de privación, son las previstas como causas de desheredación en el artículo 195 de la Ley de sucesiones, causas que incluyen las de indignidad del artículo 13 de la misma Ley[111], además de otras específicas añadidas a aquéllas como son haber negado sin motivos legítimos los alimentos al que le priva de la viudedad, haberle maltratado de obra o injuriado gravemente, o haber sido judicialmente privado de la autoridad familiar sobre los descendientes del cónyuge por sentencia fundada en el incumplimiento del deber de crianza y educación.

II.D.2.c) Extinción del derecho de viudedad por decisión judicial

II.D.2.c) 1.º En la Compilación

El artículo 76.2 de la Compilación, en su segundo párrafo, señala que en los casos de enajenación de los inmuebles por

[110] Esto determina que, también en estos casos, la causa de extinción funcione sólo en fase de usufructo vidual.

[111] Ver al respecto los comentarios efectuados en la primera parte de este trabajo sobre las causas de indignidad como causas extintivas del derecho de viudedad (apartado II.A).

naturaleza y de los muebles como sitios del artículo 39.1, además de por la renuncia expresa o, en el caso de que fueran comunes, por el consentimiento o intervención en la enajenación del titular de los derechos, también se extingue el derecho de viudedad, cuando así lo acuerde el juez de Primera Instancia, a petición expresa del propietario de los bienes, si el titular del expectante se encuentra incapacitado o se niega a la renuncia con abuso de derecho[112]. Se trata de una novedad introducida por la reforma de 1985 que pretendía hacer frente a aquellos supuestos de negativa injustificada de un cónyuge a renunciar a su derecho de viudedad sobre inmuebles o muebles como sitios del 39.1, que impedían su tráfico jurídico puesto que nadie estaba dispuesto a adquirirlos con el gravamen.

Estamos hablando de supuestos de extinción del derecho de viudedad sobre bienes determinados, puesto que sólo en aquellos casos en los que se pretenda proceder a una enajenación de un inmueble por naturaleza o un mueble como sitio del 39.1, se planteará la necesidad de sustituir una renuncia no prestada por incapacidad o con abuso de derecho.

Lo lógico es que la decisión judicial sea previa a la propia enajenación: si el cónyuge se opone a renunciar o se encuentra incapacitado judicialmente, se acudirá al juez y, adoptada la decisión por éste, se procederá a la enajenación. No obstante, en determinados supuestos de negocios que no admiten retraso si se quieren llevar a buen puerto —si, por ejemplo, el cónyuge se encuentra ausente temporalmente— nada impide que pueda procederse a la enajenación con carácter previo. Si después el cónyuge se negara a prestar la renuncia con abuso de derecho, podría acudirse al juez y éste podría acordar la extinción de su derecho expectante[113].

---

[112] A diferencia de lo que pensaba en 1985, el legislador de 2003 ha entendido que la negativa a renunciar al derecho de viudedad no puede entenderse como ejercicio abusivo de un derecho. Tan respetable debe ser la postura del cónyuge que quiere enajenar el bien, como la de aquel que quiere conservar los derechos que la Ley le otorga.

[113] Sin embargo, BAYOD LÓPEZ, M.ª del Carmen, «El derecho expectante de viudedad y el régimen de separación de bienes. La extinción del expectante a pe-

El artículo habla de una intervención judicial supletoria de la renuncia, *a petición expresa del propietario de los bienes*. Se trata, por tanto, de que el cónyuge propietario[114] solicite al juez la autorización para proceder a la enajenación, libre del gravamen real que pesa sobre el bien, sustituyéndose así la renuncia no prestada por el titular del derecho de viudedad. El problema que plantea el artículo es el de determinar a qué propietario de los bienes se refiere. ¿Se está hablando, quizá, de que sólo en caso de bienes privativos puede el cónyuge titular de los mismos solicitar la intervención judicial sustitutoria de la renuncia? ¿O tal vez con la expresión propietario se está refiriendo a «copropietario», en el sentido de que también en el supuesto de que los bienes fueran comunes podría solicitarse el acuerdo judicial? La doctrina se encuentra dividida en este punto[115].

A mi juicio, para encontrar una solución adecuada al problema, hay que partir de la ubicación del párrafo dentro del artículo 76. La clave para entender qué es lo que pretende el artículo debe buscarse en la interpretación del comienzo de

---

tición del propietario de los bienes y el abuso de derecho. (A propósito de la S. TSJA de 30 de octubre de 1996)», en *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 1997, año III, núm. 2, pág. 127, coincide con la sentencia que comenta en que la petición de extinción del derecho expectante debe ser anterior a la enajenación del bien.

[114] Como señala BAYOD LÓPEZ, M.ª del Carmen, «La viudedad foral aragonesa», en *Derechos Civiles de España,* dirigidos por BERCOVITZ, Rodrigo y MARTÍNEZ SIMANCAS, Julián, Aranzadi-BSCH, 2000, pág. 3.512, con fundamento en las sentencias del TSJ de Aragón de 4-4-95 y 30-10-96, la legitimación activa corresponde al propietario que sea cónyuge, pero nunca a un tercero, como es el adquirente. Éste carece de acción y posibilidad de invocar la efectividad de la norma por falta de legitimación *ad causam*.

[115] SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.,* págs. 745 y 746, entienden que el acuerdo judicial suple la renuncia tanto en caso de bienes privativos como comunes, mientras que ZAPATERO GONZÁLEZ, Rafael, «De la viudedad foral», en *Actas de las Jornadas de Derecho Civil Aragonés* (Jaca 1985), Cortes de Aragón, Zaragoza, pág. 227, y MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, «Comentario a la STS de 27 de mayo de 1988», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* nº 17, 1988, págs. 571 y stes., citados por aquéllos, así como LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, *op. cit.,* pág. 330, defienden la extensión del precepto sólo a los bienes privativos.

ese párrafo cuando dice *en los mismos casos de enajenación (...)*. Parece obvio que con esta expresión únicamente puede hacerse referencia a aquellos casos de enajenación que se encuentran reflejados en el párrafo anterior del mismo apartado 2 del artículo 76. Y éste, por referencia al apartado 1 del mismo artículo, está aludiendo a los inmuebles por naturaleza y muebles por sitios del 39.1 que ingresen en el *patrimonio común o en los privativos*. Es decir, por «los mismos casos de enajenación» debe entenderse el de los supuestos de enajenación de inmuebles por naturaleza o de muebles por sitios del 39.1, ya sean comunes, ya sean privativos.

Cierto es que, cuando el párrafo 2º del artículo 76.2 habla del sujeto que debe efectuar la petición, utiliza la expresión *propietario de los bienes* y que ello podría conducirnos a pensar que solamente el propietario en sentido estricto, el propietario absoluto, es decir, el que lo es con carácter privativo, puede solicitar la intervención judicial. Podría, desde luego, el legislador haber hecho referencia al «otro cónyuge» en lugar de referirse al «propietario de los bienes», con lo que hubiera quedado definitivamente claro que tal referencia abarcaba tanto a los bienes comunes como a los privativos. Pero también es cierto que, si únicamente hubiera querido referir la intervención judicial a los bienes privativos, podía haber señalado que «en los mismos casos de enajenación de los bienes privativos a que se refieren los números anteriores», se podría sustituir la renuncia por el acuerdo judicial. Se habría utilizado, así, una fórmula similar a la empleada en el primer párrafo del apartado 2 cuando establece la equivalencia a la renuncia del consentimiento o intervención en la enajenación en el caso de los bienes comunes. Además, no hay que olvidar que en lo relativo a éstos, cada uno de los cónyuges es propietario, por lo que una interpretación laxa del término puede permitir también alcanzar la conclusión planteada.

Por último, la misma finalidad de la norma permite —a mi juicio— concluir de forma similar. No hay que olvidar que la viudedad es una institución de Derecho de familia orientada a mantener la cohesión de ésta. Por ello debe entenderse que la previsión del párrafo segundo del artículo 76.2 no sólo pre-

tende que un cónyuge pueda disponer de sus bienes privativos sin las trabas que la falta de renuncia al derecho de viudedad por parte del otro cónyuge puede plantearle en supuestos especialmente sangrantes (lo que sin duda también se busca), sino que sobre todo quiere que, en supuestos de incapacidad y de abuso de derecho, el cónyuge capacitado o el que pretenda servir de manera más fiel a los intereses familiares pueda acudir al juez para suplir la renuncia no prestada. La norma intenta ofrecer un cauce para evitar que conductas contrarias a las necesidades de la familia, u obstáculos importantes como la incapacidad de uno de los dos cónyuges, puedan poner en peligro operaciones del tráfico jurídico que sean vitales o especialmente favorables para la dirección familiar. Y desde luego, si se dejan los bienes comunes fuera del alcance de la norma difícilmente se podrá alcanzar ese objetivo.

En otro orden de cosas, hay que tener en cuenta que la norma está previendo la sustitución de la renuncia no otorgada por el cónyuge por una decisión judicial y, en cuanto ello supone una restricción de sus derechos, debe ser objeto de una interpretación estricta: solamente en los supuestos en que el cónyuge haya sido incapacitado judicialmente, o en los que se niegue injustificadamente a renunciar a su derecho cuando hubiera sido razonable prestar la renuncia, podrá el juez acordar la extinción del derecho de viudedad. Y, que pueda el juez, no quiere decir que necesariamente lo haga. Lo hará sólo en los casos en los que considere que concurren las circunstancias necesarias para adoptar tal decisión habida cuenta de los antecedentes del supuesto. Así, se deberá justificar ante el juez la negativa del cónyuge a renunciar o su incapacitación judicial. También se deberá expresar qué bienes son los que se pretende enajenar, qué se pretende con la enajenación, lo que se obtendrá a cambio de ello y, en general, todas las circunstancias determinantes que acrediten la ventaja de la operación y lo abusivo de la negativa a la renuncia, en su caso. Si las circunstancias determinantes de la decisión judicial variaran antes de producirse la enajenación, el acuerdo sustitutorio no servirá de título para llevar a cabo la misma.

II.D.2.c) 2.º En la nueva Ley

La Ley 2/2003, de 12 de febrero, ha modificado el tratamiento de la intervención judicial como determinante de la extinción del derecho de viudedad de uno de los cónyuges. En concreto, el artículo 98.3, que se refiere a la extinción del derecho expectante sobre inmuebles por naturaleza y empresas o explotaciones económicas, dispone que *a petición de un cónyuge, el juez puede declarar extinguido el derecho expectante del otro sobre un bien, antes o después de su enajenación, en razón de las necesidades o intereses familiares.*

Destaca al respecto que, al igual que hacía el artículo 76 en la Compilación, el tema se trata en sede de derecho expectante. Sin embargo, ya hemos aclarado que, para nosotros, las causas de extinción del derecho expectante son causas de extinción del derecho de viudedad en general, por cuanto extinguido el primero no puede permanecer el usufructo vidual. No obstante, sí que es cierto que por las especiales características de esta causa de extinción —sólo opera a petición de un consorte— únicamente se dará en vida de ambos cónyuges[116], es decir, en la primera de las fases del derecho de viudedad: la del derecho expectante.

Se trata, además, de una extinción del derecho de viudedad sobre bienes determinados por cuanto su virtualidad se produce con ocasión de una concreta enajenación. Asimismo, viene referida únicamente a supuestos de enajenación de inmuebles por naturaleza y empresas o explotaciones económicas, algo que, aparte de obvio[117], es coincidente con lo que ocurría en el artículo 76 de la Compilación.

---

[116] Podríamos pensar en el supuesto de que el cónyuge solicitara al juez la declaración de extinción del derecho y falleciera antes de que dicha declaración recayera. Pero aún en este caso, si el órgano judicial finalmente resolviera sobre la petición (lo que, quizá, carezca ya de objetivo tras la muerte del solicitante), el artículo 98.3 habla de que el juez declarará extinguido el «derecho expectante», debiendo entender esto en el sentido de que la declaración judicial retrotrae su eficacia al momento de la solicitud.

[117] No hay que olvidar que, en el caso de los demás bienes muebles (aquellos que no consisten en empresas o explotaciones económicas), el derecho ex-

A nuestro entender, la nueva Ley ha mejorado considerablemente la regulación sobre el acuerdo judicial como causante de la extinción del derecho de viudedad y ello por varios motivos:

1º Se resuelve con su redacción una de las principales dificultades de interpretación que pesan sobre el párrafo segundo del artículo 76.2: desaparece la referencia a la «petición expresa del propietario de los bienes» y se sustituye por la «petición de un cónyuge». Con ello se aclara definitivamente la duda que existía sobre si la posibilidad de acudir al juez para solicitar la extinción del derecho de viudedad del otro cónyuge abarcaba únicamente las enajenaciones de bienes privativos o incluía también los comunes. El artículo 98 alude, en general, a todos los inmuebles por naturaleza, y a todas las empresas y explotaciones económicas, sean éstas, o aquéllos, comunes o privativos. Y el apartado 3 de este artículo refiere, por tanto, la petición de un cónyuge a todos esos bienes, independientemente de sus caracteres. La duda que generaba la Compilación al hablar de propietario de los bienes se desvanece con la claridad de la Ley. Y por supuesto, se pone freno a aquellas interpretaciones que extendían la legitimación activa para solicitar al juez la extinción del derecho no sólo al cónyuge propietario sino también a cualquier otro propietario. Queda ahora absolutamente claro que la legitimación únicamente recae en el consorte[118].

2º La Ley hace referencia a que la petición del cónyuge dirigida a declarar extinguido el derecho de viudedad del otro,

---

pectante se extingue por su enajenación y, por tanto, no es necesario pedir ninguna intervención judicial para conseguir este efecto. Así lo prevén el artículo 76.4 de la Compilación y el 100 de la Ley. Este último, en lugar de utilizar la expresión adecuada de «los demás bienes muebles» —como hacía la Compilación— se refiere genéricamente a los bienes muebles, olvidando que en el caso de empresas y explotaciones económicas, su enajenación no extingue el derecho de viudedad. Por ello hubiera sido más adecuado, a mi juicio, que el artículo 100 hubiera mantenido la más restrictiva expresión de la Compilación.

[118] Baste aquí hacer mención al pleito dirimido por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 de octubre de 1996, en la que la parte recurrente, adquirente de los bienes transmitidos por los cónyuges, basaba su legitimación en el mencionado artículo 76.2, 2º párr. de la Compilación. Con buen criterio el Tribunal niega esa legitimación activa.

puede realizarse antes o después de la enajenación. El artículo 76.2 de la Compilación, párrafo segundo, nada decía sobre el particular. Interpretábamos que lo más habitual sería que la petición precediera a la enajenación pues, afirmábamos que, si la solicitud se fundamentaba en una negativa por parte del titular del derecho a renunciar a la viudedad, o en la incapacidad judicialmente declarada del mismo, lo más lógico sería que, una vez planteada la negativa o conocida la incapacidad, se acudiera al juez para que éste declarara la extinción del derecho; y obtenida tal declaración, se procedería a la enajenación. Pero añadíamos que nada impedía, sin embargo, que, en determinados casos excepcionales, pudiera enajenarse el bien antes de obtenerse la declaración de extinción. Con la redacción del artículo 98.3, en todos los supuestos podrá obtenerse la declaración antes o después de la enajenación, facilitando, de esta manera, la agilidad del tráfico jurídico. Dependerá de la urgencia, o no, de la enajenación y de la confianza que pueda existir en obtener, o no, un pronunciamiento favorable dadas las circunstancias del caso, que se solicite la declaración judicial en uno u otro momento.

3º El criterio que debe seguir el juez para declarar la extinción del derecho de viudedad es el de las necesidades o intereses familiares. Como ya hemos visto, el artículo 76.2 de la Compilación, segundo párrafo, hacía depender el acuerdo del juez de la incapacitación del cónyuge o de su negativa a renunciar con «abuso de derecho».

3ºa) Respecto al supuesto de incapacitación hay que tener en cuenta que la nueva Ley, en su artículo 60, atribuye directamente la gestión del patrimonio común al cónyuge del incapacitado o declarado ausente o pródigo, si bien se señala que se necesitará, no obstante, autorización del juez, o de la Junta de Parientes de su cónyuge, para los actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles. Nos encontramos ante una norma que pretende evitar o minimizar las dificultades que para la gestión del patrimonio conyugal puedan derivarse de la declaración de incapacitación de uno de los consortes. Sobre este artículo 60 deben hacerse dos observaciones:

a)1. Como el mismo menciona, aunque para las actuaciones ordinarias relativas a los bienes comunes, incluso para la disposición de bienes muebles en general, queda facultado el cónyuge del incapacitado, para la disposición de bienes inmuebles y establecimientos mercantiles se requiere autorización del juez, o de la Junta de Parientes del incapacitado[119]. Es decir, que para lo que nos atañe en este punto (enajenación de inmuebles por naturaleza y empresas o explotaciones económicas) se sigue necesitando especial autorización.

a)2. Siendo novedosas las facultades concedidas en virtud del artículo 60 al cónyuge del incapacitado, la consecuencia que se deriva de su conexión con el 98.1.b), aún lo puede ser más. Éste señala que el derecho expectante de viudedad (tradúzcase por derecho de viudedad) sobre inmuebles por naturaleza y empresas o explotaciones económicas puede extinguirse por la *enajenación válida de un bien consorcial*. Esto, indudablemente, implica que, obtenida la autorización judicial, o de la Junta de Parientes, para un acto de disposición, la enajenación que se produzca conforme a esa autorización extinguirá el derecho de viudedad del incapacitado sobre el bien enajenado. Con ello se zanja el problema que surge de la aplicación conjunta de los artículos 50 y 76.2 de la Compilación, segundo párrafo, en aquellos supuestos en los que resolvía el juez sobre los actos de disposición cuando un cónyuge se encontraba impedido de prestar su consentimiento. Esta resolución judicial, fundada en el artículo 50, no excluía, en la Compilación, el mantenimiento del derecho de viudedad del impedido sobre los bienes enajenados, puesto que el derecho no se extingue o menoscaba por la enajenación de los inmue-

[119] Es de observar que la Ley sustituye en todo su articulado las referencias al juez de Primera Instancia por las más genéricas al juez. Con ello se evitan problemas de nomenclatura que puedan ocasionarse como consecuencia de cambios en las leyes procesales. Lo que queda claro es que será en todo caso el juez que resulte competente conforme a la aplicación de las normas procesales el que deba adoptar las resoluciones a las que la Ley se refiera. Por otro lado, también es interesante que la alusión a la Junta de Parientes se haga con expresa mención de aquella a la que se refiere, es decir, «Junta de Parientes de su cónyuge», salvando posibles dificultades interpretativas que son habituales en la Compilación.

bles por naturaleza y de los muebles por sitios del 39.1, a menos que se renuncie expresamente (art. 76.1 Comp). Es por ello que, además de la resolución autorizando la enajenación, se requería también el acuerdo del juez declarando extinguido el derecho de viudedad. Sin este segundo acuerdo, el derecho subsistía. Con la actual redacción del artículo 98.1.b) de la Ley y su conexión con el 60, queda claro que la enajenación de un bien con autorización judicial extinguirá también la viudedad.

3ºb) En cuanto a la negativa a renunciar con «abuso de derecho», desaparece dicha mención del artículo 98.3 de la nueva Ley, entre otras cosas, por los problemas que existían para dilucidar a qué se refiere la norma al hablar de «abuso de derecho»[120]. La Ley 2/2003, como su propio Preámbulo señala, ha prescindido de esa terminología y ha acudido a la motivación de la enajenación, a las «necesidades o intereses familiares»[121]. No será ya relevante la causa de la negativa a la renuncia, o la buena o mala fe con la que actúe el cónyuge que se niega a renunciar, porque, de hecho, ni siquiera la renuncia se nombra en el precepto. Lo relevante será la valoración que el juez, a su libre arbitrio, haga de las necesidades o intereses familiares conforme a la justificación que efectúe el cónyuge en su

[120] Como mantienen SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.,* págs. 745 y 746, la expresión no puede ser considerada en sentido propio pues, efectivamente, no se tiene un derecho subjetivo a que el otro cónyuge renuncie. La expresión tiene más que ver con la necesidad de que en estos casos se actúe de buena fe. Y siguiendo a BAYOD LÓPEZ, M.ª del Carmen, «El derecho expectante de viudedad y el régimen de separación de bienes. La extinción del expectante a petición del propietario de los bienes y el abuso de derecho. (A propósito de la S. TSJA de 30 de octubre de 1996)», en *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 1997, año III, núm. 2, pág. 137, a lo que se refería la Compilación al emplear la expresión «abuso de derecho» es a una *renuncia injustificada y arbitraria por parte del cónyuge titular del expectante, frente a su cónyuge (...)*, acercándose de ese modo a la dicción empleada en los Anteproyectos de Compilación.

[121] En el espíritu del legislador parece encontrarse la idea de que, en esta materia, es difícil hablar de «abuso de derecho». Tan respetable puede ser la decisión de un cónyuge de enajenar un bien, como la del que se opone a ello. En consecuencia, negarse a renunciar a la viudedad no es abusar de un derecho, sino querer mantenerlo y ejercitarlo conforme a los criterios concedidos por la Ley.

petición. Lógicamente, el camino habitual será el de buscar la renuncia del cónyuge y, tras la negativa de éste, acudir al juez. Pero puede existir un gran número de supuestos en que esto no sea así. No habría ni siquiera que recordar aquí los innumerables casos de crisis matrimoniales existentes en nuestro territorio, para entender la necesidad de buscar mecanismos que permitan eludir los problemas que puedan presentarse en la gestión de las necesidades básicas de la familia. Es por ello por lo que, incluso sin necesidad de requerir la renuncia del cónyuge, puede acudirse al juez para obtener la declaración de extinción de su derecho de viudedad cuando así lo recomienden los intereses y necesidades familiares. Se trata, como ya dije al comentar el segundo párrafo del artículo 76.2 de la Compilación, de que el cónyuge que pretenda servir de manera más fiel a los intereses familiares pueda acudir al juez para suplir la voluntad del otro; de evitar que, conductas contrarias a las necesidades de la familia, puedan poner en peligro operaciones del tráfico jurídico que puedan ser vitales, o especialmente favorables, para la dirección familiar.

II.D.2.d) Extinción del derecho de viudedad por la declaración judicial de ausencia

II.D.2.d) 1.º En la Compilación

Dice el artículo 7 de la Compilación en su apartado 1 que *la declaración judicial de ausencia produce por sí la extinción del derecho expectante de viudedad del cónyuge desaparecido*. Y luego añade, en su apartado 2, que *si apareciere el ausente, éste recobrará el derecho expectante o adquirirá el de viudedad sobre los bienes de su cónyuge, sin perjuicio de los actos de disposición ya realizados*.

Nos encontramos, por tanto, ante una causa de extinción del derecho de viudedad contemplada en la Compilación en el Libro I, es decir, fuera del Libro VI que es el expresamente dedicado al derecho de viudedad. A este precepto, más que a ningún otro, parece que se refiere el artículo 78 al mencionar que *el derecho expectante se extingue por las causas previstas*

en esta Compilación, pues ambas redacciones (la del artículo 7 y la del 78) fueron introducidas por la Ley aragonesa de 21 de mayo de 1985[122].

II.D.2.d) 1.º a' Preliminar sobre la ausencia en Aragón

Aun cuando no es objeto de este trabajo estudiar la institución de la ausencia en profundidad, sino sólo hacerlo en la medida en que su declaración produce el efecto extintivo del derecho de viudedad, sí que conviene enumerar, someramente, algunas de las características de su tratamiento en la Compilación. Lo que nos interesa de dicha regulación es lo siguiente:

1. El concepto legal de ausencia en Aragón se identifica con el facilitado por el Código civil. Así sucede, de hecho, desde la vigencia del Apéndice de 1925 hasta nuestros días.

2. La Compilación no hace sino recoger las especialidades que con respecto a dicha institución rigen en Aragón: las unas relacionadas directamente con el derecho de viudedad y con las facultades del cónyuge del declarado ausente en relación con la administración y disposición del patrimonio conyugal, y las otras con la determinación de la persona que haya de representar al ausente, deba administrar sus bienes y cumplir sus obligaciones. Salvadas estas peculiaridades, y las consecuencias que de ellas se puedan derivar, regirá en lo demás el Código civil.

3. El efecto extintivo del derecho de viudedad se atribuye a la declaración judicial de ausencia y no, por tanto, a la mera desaparición de una persona sin que se tenga noticias sobre ella. Pero, a pesar de no existir norma propia que regule la ausencia no declarada, ello no supone que la Compilación no tenga preceptos que puedan resultar aplicables a esos supuestos. De hecho, el artículo 50, al que antes me referí, puede abarcar estos casos. Señala dicho artículo que *cuando uno de los cónyuges se hallare impedido para prestar su consentimiento sobre uno o varios actos de administración o disposi-*

[122] SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.,* pág. 774.

ción de los bienes comunes, resolverá el juez. Deberemos entender que ese «impedido para prestar su consentimiento» puede recoger, al margen de otros casos, el supuesto del ausente no declarado[123].

4. Por tanto, frente a la exigencia de resolución judicial para poder administrar o disponer de los bienes comunes en caso de ausencia no declarada, en los supuestos de declaración judicial de ausencia se aplicaría el artículo 7.3 que atribuye la administración y disposición del patrimonio conyugal al cónyuge del declarado ausente, exigiéndose autorización judicial solamente en el supuesto de que se trate de actos de disposición sobre inmuebles y establecimientos mercantiles. Esta exigencia de autorización judicial para el caso de inmuebles y establecimientos mercantiles fue introducida por la reforma de 1985, pues, hasta la misma, el cónyuge del ausente podía disponer libremente de tales bienes.

5. En relación a los bienes que no constituyen patrimonio conyugal, si en virtud del artículo 8 se atribuyera la representación del judicialmente declarado ausente al cónyuge presente no separado, legalmente o de hecho, nos encontraríamos con la siguiente situación:

5.a) Con respecto a los bienes del cónyuge presente, éste podría disponer libremente de los mismos, incluidos los inmuebles y establecimientos mercantiles. Además, la enajenación lo sería sin la carga del derecho de viudedad puesto que el propio artículo 7.1 declara extinguido el derecho de viudedad por la propia declaración de ausencia.

5.b) Con respecto a los bienes privativos del ausente, y de conformidad con el artículo 186 del Código civil, no pueden ser vendidos, gravados, hipotecados, o dados en prenda, sino en caso de necesidad o utilidad evidente reconocida y declarada por el juez.

---

[123] BATALLA CARILLA, José Luis, «Comentarios de los artículos 7 y 8 (de la ausencia)», en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, dirigidos por LACRUZ BERDEJO, José Luis, DGA, vol. I, Zaragoza, 1988, págs. 397 y 398.

II.D.2.d) 1.º b' Examen del artículo 7 de la Compilación

Entrando ya de lleno en el análisis de lo dispuesto en el artículo 7 de la Compilación sobre la declaración judicial de ausencia como causa extintiva del derecho de viudedad, hay que referir lo siguiente:

— El apartado 1 de este artículo menciona la declaración judicial de ausencia como causa extintiva del derecho expectante. A nuestro entender, se trata de una causa de extinción del derecho de viudedad y no sólo del derecho expectante, por el tantas veces repetido motivo de que sin derecho expectante no puede existir usufructo vidual y, extinguido el primero, se extingue el segundo.

Además, nada impide, a mi parecer, que la declaración de ausencia se produzca una vez fallecido el cónyuge del titular del derecho de viudedad y que, en tal caso, se extinga igualmente el derecho de viudedad del declarado ausente con sus consecuencia sobre el usufructo vidual. Es decir, que la declaración judicial de ausencia produce la extinción del derecho de viudedad, teniendo un alcance diferente dependiendo de la fase en la que el derecho se halle: si la declaración se produce estando vigente la primera de ellas (derecho expectante), la extinción afectará, además de al derecho expectante, al usufructo vidual, y si se produce fallecido el otro cónyuge, no existiendo ya derecho expectante, afectará exclusivamente a la fase vigente: el usufructo vidual.

— Por su parte, el apartado 2 se refiere a las consecuencias derivadas de la reaparición del ausente, señalando que, si así ocurre, «recobrará» el derecho expectante o «adquirirá» el de viudedad, sin perjuicio de los actos de disposición ya realizados. Lo primero que destaca de este apartado es la imprecisión de la terminología empleada: cuando habla de adquirir la viudedad, en realidad se está refiriendo al usufructo vidual. Lo que quiere decir el precepto es que si el ausente reaparece recupera el derecho de viudedad en la fase en que el mismo se hallara: si el cónyuge estuviera vivo, lo hará en fase de derecho expectante y si ya hubiera fallecido, en fase de usufructo vidual.

Y es ese empleo vacilante de los términos lo que nos podría conducir a la errónea interpretación de que la concepción unitaria de la viudedad como institución se quiebra en este caso concreto. Señala el apartado 2 —de forma incorrecta a nuestro parecer— que la viudedad se puede, o «recobrar» (si está vivo el cónyuge del ausente), o «adquirir» (si ya estaba muerto). Parece dar a entender la norma, que el usufructo vidual puede nacer con independencia de la existencia o no del derecho expectante: es decir, que si la reaparición del ausente se produce fallecido el cónyuge, nace el usufructo vidual sin que previamente haya existido el derecho expectante. Pero ya vimos al hablar de la muerte como causa extintiva del derecho de viudedad[124], cómo tal previsión no rompía la concepción unitaria que defendíamos, y a los argumentos allí expresados nos remitimos.

En todo caso, conviene recalcar que, a nuestro juicio, la extinción del derecho que origina la declaración de ausencia está sometida a una condición. No se extinguirá el derecho de viudedad sobre los bienes no enajenados si reaparece el declarado ausente; y no habiéndose extinguido el derecho éste se presentará en la forma en que pueda hacerlo conforme a la concepción unitaria de la institución. Se mostrará como derecho expectante si el cónyuge aún vive, o se transformará en usufructo vidual si aquél ya falleció. Mientras persiste la situación de ausencia, el derecho queda suspendido atribuyéndose la administración y disposición del patrimonio conyugal al cónyuge del declarado ausente en la forma prevenida en el artículo 7.3 de la Compilación.

— En definitiva, el funcionamiento básico de la declaración judicial de ausencia como causa extintiva del derecho de viudedad en el sistema de la Compilación es el siguiente:

1. Declarada la ausencia se extingue el derecho de viudedad en la fase en que el mismo se hallara.

2. Reaparecido el ausente renace el derecho de viudedad en la fase en que el derecho se encuentre.

[124] *Vid.* apartado II.C.1 de la primera parte de este trabajo.

3. En el ínterin transcurrido entre la declaración de ausencia y la reaparición se pueden haber efectuado actos dispositivos bien por la directa atribución de la administración al cónyuge, bien por la autorización judicial de la concreta actuación dispositiva de que se trate. Igualmente, en caso de fallecimiento del cónyuge del ausente, también pueden haber dispuesto de los bienes los herederos. El declarado ausente, en todos esos casos, pierde su derecho de viudedad sobre los bienes así enajenados y mantiene el derecho sobre los demás.

II.D.2.d) 2.º En la nueva Ley

Uno de los objetivos de la Ley 2/2003 es evitar la dispersión normativa. Como se manifiesta en su Preámbulo, se quiere proporcionar un marco general que sirva de contexto sistemático y haga más fácil su interpretación. Y en esta línea, precisamente, debemos entender la preconizada derogación del artículo 7 de la Compilación por la Disposición Derogatoria única. Se mantiene el mismo espíritu normativo de atribuir a la declaración de ausencia efectos sobre la extinción del derecho expectante, pero se ubica su regulación, de forma desde luego más acertada en lo que aquí nos atañe, dentro del Título V de la Ley, es decir, el relativo a la viudedad.

Además de su mejor ubicación sistemática, resulta más sencillo su tratamiento. El artículo 98.1.e) configura como causa de extinción del derecho expectante de viudedad sobre inmuebles por naturaleza y empresas o explotaciones económicas, *la enajenación de bienes por el cónyuge del declarado ausente*. Es decir, ya no es la declaración judicial de ausencia la que provoca la extinción del derecho sobre la totalidad de los bienes, sino que la extinción se produce por la enajenación. Y, además, es una extinción sobre bienes concretos: se extingue el derecho de viudedad sobre el bien enajenado[125].

[125] De alguna manera es lo que defendía BATALLA CARILLA, José Luis, en *op. cit.,* págs. 403 y 404, cuando entendía que hubiera resultado más sencillo tratar la enajenación de bienes del cónyuge ausente o de la sociedad conyugal como excepción al artículo 76.2 párrafo primero de la Compilación.

Con ello se consigue no tener que regular qué es lo que ocurre en el supuesto de reaparición del ausente. Sin necesidad de decirlo queda claro que ha perdido su derecho expectante sobre los bienes que hubieren sido enajenados durante su ausencia, y mantendrá su derecho sobre aquellos que permanecieran en el patrimonio de su cónyuge una vez reaparecido. De esta manera no se produce ninguna ruptura con la concepción unitaria de la institución de la viudedad. La enajenación de los bienes del declarado ausente produce la extinción del derecho expectante de viudedad sobre los mismos y, por ende, la del usufructo vidual. Estamos, de hecho, como ya hemos remarcado, ante una causa de extinción del derecho de viudedad que, dependiendo del momento en que se produzca, alcanzará a las dos fases del derecho [supuesto del 98.1e)] o sólo a una de ellas (artículo 101.2).

Haciendo que la causa extintiva no sea la declaración judicial de ausencia en sí, sino la enajenación de los bienes del declarado ausente, se evita la compleja maraña de extinción-recuperación-adquisición que establecía el artículo 7.2 de la Compilación. Ya no hace falta recurrir a extrañas explicaciones como la de entender que el derecho expectante se extingue con la declaración de ausencia pero vuelve a recobrarse (renace, diríamos) si el cónyuge reaparece, o incluso se adquiere de forma primigenia como usufructo vidual, como podría dar a entender equivocadamente el texto de la Compilación para el supuesto de que la reaparición se produzca fallecido el cónyuge. Ahora queda claro que la declaración judicial de ausencia no produce *per se* la extinción del derecho, sino que ésta tiene lugar por la enajenación de un bien. Ya no hay extinción y recuperación. Lo extinguido lo es, definitivamente, desde el momento en que se enajena, y sobre lo no enajenado subsistirá el derecho para el caso de que reaparezca el ausente. Es dar a los inmuebles por naturaleza y empresas y explotaciones económicas para el caso de declaración de ausencia, el mismo trato concedido en general por el artículo 100 para el resto de los bienes muebles: la enajenación produce la extinción del derecho.

Obvio es que la enajenación a que se refiere el artículo 98.1.e) debe ser una enajenación válida. Con relación a los bienes privativos ningún problema se plantea, pues la sola voluntad del presente podrá ser suficiente para catalogar esa validez. Para el supuesto de bienes consorciales, y derogado el apartado 3 del artículo 7, deberíamos acudir al artículo 60 de la nueva Ley: el cónyuge del ausente tiene atribuida de forma automática la gestión del patrimonio común. Pero, pese a ello, necesitará autorización del juez o de la Junta de Parientes de su cónyuge para los actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles. Las enajenaciones producidas respetando esas autorizaciones serán válidas y producirán la extinción del derecho de viudedad.

También en sede de usufructo vidual recoge la Ley 2/2003 referencias a la declaración de ausencia en su artículo 101.2 al disciplinar que, *cuando un cónyuge hubiera sido declarado ausente, quedan excluidos de su derecho de usufructo vidual los bienes enajenados válidamente por los herederos del premuerto antes de la aparición de aquél*. Por tanto, en fase de usufructo vidual, es decir ya fallecido el cónyuge del ausente, también es la enajenación, y no la declaración de ausencia, la determinante de la extinción del derecho. Y además, en este caso, se deja bien claro que la extinción se produce sobre los bienes enajenados antes de la reaparición, pues reaparecido el ausente, éste mantiene el derecho sobre los que no hubieran sido transmitidos válidamente. Entiendo, aunque con dudas, que esta expresión —*válidamente*— nos está remitiendo, fundamentalmente, al último párrafo del artículo 186 del Cc, aun cuando éste piense en bienes propiedad del ausente y no en un derecho inalienable como lo es el derecho de viudedad. Sin embargo, considero que, por analogía, los herederos del ausente deberían obtener la autorización judicial a que este precepto se refiere para la enajenación de los bienes sobre los que recaiga el derecho de viudedad hasta que se declare su fallecimiento[126] o, en su caso, reaparezca.

[126] Hay que tener en cuenta que la declaración de fallecimiento tampoco va a comportar necesariamente la validez de la enajenación. A este respecto el artículo 196 del Cc señala que los herederos no podrán disponer a título gratuito hasta cinco años después de la declaración de fallecimiento.

II.D.2.e) La enajenación judicial

II.D.2.e) 1.º En la Compilación

La Compilación de 1967, en su artículo 76.2, primer párrafo *in fine*, y en relación a la afirmación de que el derecho de viudedad no se extingue por la enajenación de los inmuebles por naturaleza y de los muebles como sitios del 39.1, salva *lo establecido sobre responsabilidad por deudas de gestión frente a terceros de buena fe*. Este inciso final ha sido objeto de críticas e interpretaciones diversas que más adelante trataremos, pero, en definitiva, dejaba sin resolver qué es lo que ocurría con el derecho de viudedad en el supuesto de que los bienes inmuebles fueran enajenados judicialmente para el pago de las deudas privativas de un cónyuge.

La introducción del inciso final del párrafo 1º del apartado 2 del artículo 76 de la Compilación, se debió a una errata originada en los trabajos prelegislativos[127]. En la elaboración del texto de la Compilación, el Seminario y la Comisión Aragonesa pretendieron limitar la subsistencia del derecho expectante a los supuestos de responsabilidad por deudas privativas posteriores al matrimonio. Y así, el artículo 148 del Anteproyecto provisional, previó que sólo en esos casos se mantenía el derecho expectante, desapareciendo en los demás; pero lo hizo mediante una remisión a otro artículo (el 144 del mismo Anteproyecto).

En los trabajos posteriores se efectuaron determinados cambios de numeración que provocaron que, en el Anteproyecto definitivo, se reprodujera el mecanismo empleado por el provisional, pero confundiendo —con ocasión de los cambios de numeración— la remisión al artículo correcto. De esta forma, en lugar de efectuar la llamada al artículo que trataba la responsabilidad por deudas privativas, lo hizo al correspondiente a las deudas por responsabilidades por gestión. Al pasar los trabajos a la Comisión, ésta reprodujo el contenido del Ante-

[127] *Vid.,* a este respecto, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, «Algunas erratas en la regulación de la viudedad», *Anuario de Derecho Aragonés*, XIV, 1968-1969, págs. 544-556.

proyecto definitivo pero sustituyendo la remisión al artículo regulador de la responsabilidad por las deudas de gestión por la reproducción de su contenido. Y, de esta manera, se llegó a la redacción que figura en la Compilación y que, además, no fue modificada con la reforma de 1985.

Atendiendo, pues, a la historia de la redacción del precepto, se entendió que éste debía ser interpretado en el sentido de que cuando los inmuebles por naturaleza y los muebles como sitios del artículo 39.1 debían responder frente a terceros, el derecho expectante sólo debía subsistir en el caso de que se tratara de responsabilidad por deudas privativas posteriores al matrimonio[128]. Sin embargo, el hecho de que con la reforma de 1985 se mantuviera la redacción, tal cual figuraba en el texto de la Compilación de 1967, dificultaba esa interpretación inicialmente perseguida[129].

---

[128] Para un examen pormenorizado de los supuestos de extinción o subsistencia del derecho expectante de viudedad como consecuencia de la ejecución de deudas de los cónyuges, *vid.* SERRANO GARCÍA, José Antonio, *Las deudas de los cónyuges. Pasivo de la comunidad legal aragonesa*, José M.ª Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1992, págs. 153 y stes. Defiende este autor que el derecho expectante se extingue en los supuestos de las deudas contempladas en los artículos 41, 44 y 45, quedando a salvo en los del artículo 46. Y en cuanto a las deudas de gestión del artículo 42, también se extingue el expectante cuando la misma sea de cargo de la comunidad. Si por contra nos encontramos en este último supuesto ante deudas de gestión privativas, debe entenderse subsistente el expectante.

[129] Así, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.,* pág. 755, interpretando el inciso final del artículo 76.2, primer párrafo, en combinación con la equiparación del consentimiento en la enajenación de los bienes comunes a la renuncia, introducida por la reforma de 1985, entienden que sólo subsiste el derecho expectante del cónyuge no deudor en los casos de deudas privativas (sean las mismas anteriores o posteriores al matrimonio). De la misma opinión es BAYOD LÓPEZ, M.ª del Carmen, «La viudedad foral aragonesa», en *Derechos Civiles de España,* dirigidos por BERCOVITZ, Rodrigo y MARTÍNEZ SIMANCAS, Julián, Aranzadi-BSCH, 2000, pág. 3.514. Por su parte, LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, *op. cit.,* pág. 335, en una interpretación más acorde a la letra del inciso final, entiende que no se extingue el derecho expectante en los supuestos de deudas procedentes de la gestión de la comunidad o de la gestión de los negocios comunes o privativos, o del ejercicio de una profesión. Por su parte, SERRANO GARCÍA, José Antonio, *Las deudas de los cónyuges. Pasivo de la comunidad legal aragonesa*, José M.ª Bosch Editor, S.A., Barcelona 1992, pág. 161, considera que, con la reforma, *la ejecución forzosa de bienes afectos al expectante, comunes o en su caso*

II.D.2.e) 2.º En la nueva Ley

Pues bien, todo este confuso panorama de la Compilación, es el que trata de aclarar el artículo 99 de la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad —tal como indica su propio Preámbulo— con la filosofía de entorpecer, en la menor medida posible, las ejecuciones judiciales.

El mencionado artículo 99 de la Ley, con el título de enajenación judicial de bienes inmuebles, dispone en su apartado 1 que *se extingue el derecho expectante de viudedad en la enajenación judicial por deudas contraídas por ambos cónyuges o por uno de ellos cuando sean de cargo o responsabilidad común, así como por deudas contraídas con anterioridad al matrimonio o por razón de sucesiones o donaciones*. Y añade, en su apartado 2, que *también se extingue en la enajenación judicial por deudas contraídas por uno de los cónyuges si, notificado el embargo del bien común o privativo al menos diez días hábiles antes de la celebración de la subasta al otro cónyuge, éste no manifieste en el citado plazo su voluntad de conservarlo por no ser deudas de las enumeradas en el apartado anterior. Corresponde al acreedor probar que la deuda es de las enumeradas en el apartado 1, en los términos previstos en la Ley de enjuiciamiento civil para la ejecución en bienes gananciales*.

Lo primero que hay que indicar en relación a este artículo es que, no obstante referir su título a la enajenación judicial de inmuebles, su contenido se refiere también a las empresas y explotaciones económicas[130]. Es decir, también en el supuesto

privativos de los cónyuges, sólo perjudica el derecho expectante de viudedad cuando se trata de responsabilidad por cargas y deudas definitivamente comunes (art. 41) o de deudas por razón de sucesiones y donaciones (art. 44) o anteriores al matrimonio (art. 45) exigida conforme a las reglas del pasivo de la comunidad.

[130] Es cierto que lo más razonable es pensar en una enajenación judicial elemento por elemento de los que pueden componer la explotación económica como *universitas*, y en ello parece pensar la LEC. Sin embargo, no me parece inviable proceder a la ejecución de una determinada explotación económica o de una determinada empresa del deudor cuando ello no impida, conforme al artículo 606.2º de la LEC, el ejercicio de la profesión por parte del ejecutado o, aún en este supuesto, si dicho embargo de la empresa o de la explotación económica guarda proporción con la cuantía de la deuda.

de que las mismas se enajenen judicialmente por los mismos conceptos que los expresados en el artículo 99, se extinguirá el derecho expectante, pues sería absurdo pensar en que esas consecuencias afectan a los inmuebles y no a los otros bienes que la Ley equipara a aquellos en lo que se refiere a su extinción.

Hay que hacer también una segunda observación: el artículo 99 se refiere a la enajenación judicial. Deja fuera de su ámbito, por lo tanto, las enajenaciones administrativas o las hipotecarias no judiciales, derivadas de deudas del mismo tipo. Esta omisión podría significar que, en estos casos, se conservará el derecho expectante de viudedad sobre los bienes adjudicados al acreedor. En mi opinión, la única manera de evitar esta indeseable consecuencia es reconducir estas enajenaciones ejecutivas a los supuestos contemplados en el artículo 98.1.b) o c), entendiendo que las mismas son enajenaciones válidas de bienes consorciales o de bienes privativos incluidos en el tráfico habitual del negocio (si fuera el caso). Solamente de esta manera podríamos entender extinguido el derecho expectante, pero, aun así, podrían quedar fuera las ejecuciones no judiciales que afectaran a bienes privativos excluidos de ese tráfico profesional habitual.

En otro orden de cosas, y al igual que ocurría con el sistema de la Compilación, también aquí debemos considerar que nos hallamos ante una causa de extinción del derecho de viudedad. Dependerá del momento en el que la enajenación judicial tenga lugar el que la extinción afecte a las dos fases de derecho (supuesto de enajenación judicial en vida del cónyuge), o sólo a una de ellas (caso de que la enajenación se produzca ya fallecido aquél).

Por lo demás, la nueva Ley consigue clarificar el espeso panorama generado por la Compilación en relación a los supuestos en los que la enajenación judicial pone fin al derecho de viudedad. Así, podemos afirmar que este derecho, conforme a su artículo 99, se extingue en los siguientes casos:

1º En el caso de enajenaciones judiciales por deudas contraídas por ambos cónyuges, se extingue siempre.

2º Si la deuda es contraída por un solo cónyuge, también se extinguirá el derecho:

a) En todo caso si la deuda se contrajo con anterioridad a la celebración del matrimonio.

b) Si la deuda se contrajo con posterioridad a aquel momento, se extinguirá el derecho:

b.1) si es de cargo de la comunidad conforme a lo previsto en los artículos 36 y stes. de la Ley;

b.2) si se trata de deudas y cargas por razón de sucesiones y donaciones a que se refiere el artículo 41.2 de la Ley.

c) Si notificado el embargo del bien común o privativo al menos diez días hábiles antes de la celebración de la subasta al otro cónyuge, éste no manifiesta en ese mismo plazo su voluntad de conservar el derecho de viudedad por no tratarse de deudas contraídas con anterioridad a la celebración del matrimonio, o de deudas de cargo o responsabilidad común, o por razón de sucesiones o donaciones.

Se trata, en este último caso, de la norma contenida en el apartado 2 del artículo 99, la cual recoge previsiones de carácter fundamentalmente procesal. En ella nos encontramos ante un plazo de caducidad[131]: transcurrido el lapso de tiempo a que la norma alude sin manifestar la voluntad de conservar el derecho, decae la posibilidad de reclamarlo. El plazo a que se refiere el artículo es el de los diez días hábiles anteriores a la celebración de la subasta. Notificado el embargo, el cónyuge debe manifestar su voluntad en el ínterin comprendido entre la notificación del embargo y la celebración de la subasta.

[131] Siguiendo a DE PABLO CONTRERAS, Pedro, en VV.AA., *Curso de Derecho Civil*, Volumen I, Editorial Colex, Madrid, 1998, págs. 260 y 262, hay que tener en cuenta que la manifestación de voluntad a que se refiere el precepto no comporta el ejercicio de ninguna facultad de exigir de otro una determinada conducta, sino que, en todo caso, supone una pretensión de que se «declare» la existencia del derecho. Por ello, y atendiendo también al carácter imprescriptible de este último, debemos entender que el plazo no puede ser de prescripción. Cuando la Ley establece plazos para el ejercicio de acciones que en principio son imprescriptibles —como es el caso—, lo razonable es considerarlos de caducidad.

Se ha de tener en cuenta a este respecto que, conforme al artículo 667 de la LEC, la subasta se debe anunciar con al menos veinte días de antelación a su celebración. Desde ese anuncio, y hasta el décimo día hábil anterior a la fecha fijada, podrá notificarse el embargo al titular del derecho. Y éste podrá, desde entonces y hasta la celebración de la subasta, manifestar su voluntad de conservarlo.

Por otro lado, la norma obligará a notificar al cónyuge del deudor no sólo en los casos de embargo de bienes gananciales, como hasta la fecha era preceptivo conforme al artículo 541 de la LEC, sino también en los supuestos de embargo de bienes privativos, pues a ellos también se refiere el artículo 99.2 de la nueva Ley.

Por último, y en línea con lo dispuesto en el artículo 541.2 de la LEC, la carga de la prueba corresponderá al acreedor. Será éste el que, si el cónyuge del deudor lo niega, deba demostrar que la deuda se asumió por ambos cónyuges, o era de cargo o responsabilidad común, o se contrajo con anterioridad a la celebración del matrimonio, o por razón de sucesiones y donaciones[132]. Bastará con que el cónyuge manifieste su voluntad de conservar el derecho de viudedad para que el acreedor se vea obligado a probar que las deudas son de las que dan lugar a la extinción de dicho derecho.

[132] De la combinación de lo dispuesto en la LEC para el proceso de ejecución y de lo previsto en el artículo 99.2 de la Ley 2/2003, podemos deducir que el procedimiento, en lo que aquí nos interesa, será básicamente el siguiente: Presentada la demanda ejecutiva por el acreedor, el tribunal despachará auto de ejecución conforme a lo dispuesto en el artículo 551 de la LEC, notificándolo al demandado y a su cónyuge, con expresión del embargo acordado. El demandado y su cónyuge podrán formular oposición a la ejecución conforme a lo establecido en los artículos 541 y 556 y stes. de la LEC, pudiendo el último manifestar su voluntad de conservar el derecho expectante sobre los inmuebles, empresas o explotaciones económicas embargadas. En los cinco días siguientes a que se le dé traslado del escrito de oposición, el acreedor podrá impugnar la oposición (art. 560 LEC) y deberá probar que las deudas son de las que dan lugar a la extinción del derecho expectante.

II.D.2.f) La enajenación de bienes muebles

II.D.2.f) 1.º En la Compilación

Una de las principales características en la configuración de la viudedad con la entrada en vigor de la Compilación en 1967, fue la de dotar a esta institución de un carácter universal. Históricamente, la viudedad era un derecho que únicamente venía referido a los bienes inmuebles: éstos eran los que conservaban la privatividad si pertenecían a uno de los cónyuges antes de entrar en el consorcio, y a éstos era también a los que se extendía el derecho de viudedad. Los bienes muebles, por contra, independientemente de que pertenecieran a los cónyuges antes de contraer matrimonio o de haber sido adquiridos constante el mismo, pasaban a ser —en el régimen legal de comunidad conyugal vigente en Aragón— bienes comunes. Y paralelamente a esa consideración, el derecho de viudedad no les alcanzaba.

En lo relativo a la viudedad, la Compilación equiparó, a todos los efectos, el tratamiento de determinados bienes muebles de especial importancia económica (las explotaciones agrícolas, ganaderas, mercantiles e industriales) al tradicional de los inmuebles por naturaleza. Tanto unos como otros iban a estar sujetos al derecho de viudedad desde el momento de la celebración del matrimonio; e, independientemente de que fueran enajenados en vida de los cónyuges, la regla general es el mantenimiento de dicho derecho. El derecho de viudedad, en su fase expectante, seguiría al inmueble (y a los muebles de especial relevancia económica, antes citados) como gravamen real allá donde fuese. Y, tras el fallecimiento del cónyuge titular del mismo, se atribuirá al superviviente el usufructo vidual sobre él.

Pero, además, la Compilación también extendió el derecho de viudedad al resto de los bienes muebles. Se previó que la celebración del matrimonio atribuyera a cada cónyuge el derecho de viudedad sobre todos los bienes del otro, independientemente de que los mismos fueran muebles o inmuebles. No obstante, y conscientes del indudable problema que hu-

biera supuesto para el tráfico jurídico la equiparación a efectos de viudedad de todos los bienes muebles —por pequeño que fuera su valor— a lo dispuesto para los inmuebles, el artículo 76.4 dispuso que *tratándose de los demás bienes muebles, el derecho de viudedad afecta exclusivamente a aquellos que existan al fallecimiento o hayan sido enajenados en fraude de tal derecho*. Disciplina el artículo que el derecho de viudedad sólo alcanza a los que existan al fallecimiento, pareciendo querer indicar que sobre los que no existan en el patrimonio del cónyuge a esa fecha no ha existido nunca derecho de viudedad. Sin embargo, ya en otro ámbito de este trabajo, dedujimos, de éste y de otros preceptos, el significado de estos términos: el derecho de viudedad se extiende a todos los bienes desde el momento de la celebración del matrimonio y, mientras el vínculo perdura, sobre ellos se manifiesta como derecho expectante. Pero, mientras que en los inmuebles, y equiparados a ellos, el derecho pervive pese a su transmisión, en relación a los «demás bienes muebles», su enajenación produce la extinción del derecho.

Ahora bien, esta extinción no se producirá si la enajenación de esos bienes muebles se ha producido en fraude del derecho de viudedad[133]. Es decir, habiendo quedado claro que la enajenación es causa de extinción del derecho de viudedad en «los demás bienes muebles», existen unos supuestos —los de existencia de fraude de ese derecho en la enajenación— en los que el principio quiebra. Para ver qué casos son aquellos en los que pese a existir enajenación no se extingue el derecho, debemos analizar cuándo nuestro ordenamiento considera que existe fraude al mismo. Y así habrá que acudir, por analogía, a lo previsto para otros supuestos de fraude como el de acree-

[133] Éste era precisamente uno de los argumentos que nos servía para afirmar que sobre todos los bienes muebles —y no sólo sobre los que existan al momento del fallecimiento— existía derecho de viudedad: si los bienes enajenados por el premuerto lo han sido en fraude de un derecho es porque existe un derecho previo al fallecimiento de su cónyuge por parte del viudo. La única explicación razonable a la previsión del fraude es entender que existe un derecho expectante sobre el bien enajenado y que es ese derecho expectante el que ha sido defraudado.

dores o el de la legítima[134]. Podemos, en ese sentido, afirmar que será necesario que de la enajenación se derive un perjuicio para el titular del derecho de viudedad, lo que supone que la enajenación haya sido a título lucrativo (pues, en otro caso, el derecho se habrá subrogado en los bienes obtenidos a cambio) y, por otro lado, que debe existir ánimo de defraudar por parte del cónyuge enajenante. Dándose ambas premisas el derecho de viudedad no se habrá extinguido.

II.D.2.f) 2.º En la nueva Ley

La Ley 2/2003, de 12 de febrero, recoge la referencia a la extinción del derecho de viudedad sobre los «demás bienes muebles» en su artículo 100 cuando afirma que *el derecho expectante de viudedad sobre bienes muebles se extingue cuando salen del patrimonio común o privativo, salvo que se hayan enajenado en fraude del derecho de viudedad*.

Vemos que ya, de una forma clara, se manifiesta la existencia del derecho de viudedad sobre todos los bienes y que, en el caso de los muebles, su enajenación produce su extinción. En este sentido la idea del precepto es mucho más diáfana, y su expresión más acorde con la estructura de la institución, dejando a salvo la tantas veces repetida idea de que, de hecho, lo que se extingue es el derecho de viudedad en su conjunto.

Observo, no obstante, un pequeño defecto en la redacción del artículo que no proviene de la regulación anterior. Se utiliza la expresión genérica de «bienes muebles» cuando debería haberse empleado la expresión, que ya utilizara la Compilación, de «los demás bienes muebles», puesto que no todos los bienes muebles quedan afectados por lo dispuesto en el artículo 100. No con respecto a todos los bienes muebles se extingue el derecho de viudedad por su enajenación. Las empresas y explotaciones económicas —también bienes muebles— se rigen por lo dispuesto en el artículo 98.

---

[134] SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.,* págs. 758 y stes.

Por lo demás, vale para la nueva Ley lo ya mencionado con respecto a la Compilación.

II.E. Otras causas de extinción del derecho de viudedad previstas en la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad

Analizadas ya las causas de extinción del derecho de viudedad que recoge la Compilación y sus equivalentes en la nueva Ley, procede realizar un somero examen de aquellas otras que, de alguna manera, representan una novedad introducida por esta última.

II.E.1. Examen particularizado de los supuestos novedosos

II.E.1.a) La enajenación válida de un bien consorcial

II.E.1.a) 1.º Introducción

El artículo 98.1 de la nueva Ley establece que el derecho expectante de viudedad sobre los bienes inmuebles por naturaleza y las empresas o explotaciones económicas no se extingue o menoscaba por su enajenación, salvo en una serie de supuestos entre los que se recoge, como apartado b), la *enajenación válida de un bien consorcial*.

Conviene destacar, a este respecto, que, si bien el artículo mencionado se refiere a la enajenación válida de un bien consorcial, carece de sentido excluir de su aplicación aquellos bienes comunes de otros sistemas de comunidad conyugal que pudieran haber pactado los cónyuges en capitulaciones. Quizá, por ello, hubiera resultado más acertado hablar de «enajenación válida de un bien común», a fin de evitar que con interpretaciones estrictas, fundadas en que nos encontramos ante un supuesto restrictivo de los derechos del viudo y a que debe prevalecer el principio *favor viduitatis* en caso de duda, pudieran quedar fuera del alcance de la norma los bienes comunes de sociedades conyugales, como la de gananciales, que, eventualmente, se hubieran estipulado en capitulaciones matrimoniales por los consortes.

Por otro lado, nos encontramos ante un supuesto al que la norma cataloga como de causa de extinción del derecho expectante de viudedad, pero que propiamente es una causa de extinción del derecho de viudedad en sí. No sólo porque extinguido el derecho expectante se extingue también el usufructo vidual, sino también porque es posible encontrarnos ante supuestos de enajenación válida de un bien consorcial o común, tras la disolución del matrimonio por muerte, es decir, ya en fase de usufructo vidual. Este es el caso previsto en el artículo 71 de la Ley 2/2003 cuando establece que, disuelto el consorcio y hasta tanto no se adjudique el patrimonio conyugal, se atribuye al cónyuge viudo su administración, previendo incluso supuestos de donación de bienes comunes y también de privativos del fallecido, en caso de matrimonio de hijos comunes. Por tanto, las enajenaciones de bienes comunes efectuadas al amparo de esta norma podrán catalogarse de válidas y serán causa de extinción del derecho de viudedad ya en fase de usufructo vidual.

II.E.1.a) 2.º Referencias en la Compilación

La Compilación no recogía expresamente ésta como causa de extinción del derecho de viudedad, aun cuando, como vimos al analizar el artículo 76.2 de la misma, equiparaba el consentimiento en las enajenaciones de los bienes comunes a la renuncia al derecho de viudedad sobre ellos por parte del que consentía. Se recogía, de esta manera, la forma más habitual de enajenación válida de un bien consorcial: la que se produce mediante la intervención de ambos cónyuges prestando su consentimiento en la misma. Este consentimiento —salvo reserva expresa— se equiparaba a la renuncia, y ésta se consideraba causa de extinción. Igualmente, se aludía a otros supuestos extintivos del derecho, como en el caso de las enajenaciones de bienes comunes fundadas en acuerdos judiciales en los supuestos de incapacitación o negativa a la renuncia con abuso de derecho.

Sin embargo, otras hipotéticas enajenaciones de bienes comunes, quedaban fuera de su automática consideración como causa extintiva del derecho de viudedad. Así, por ejemplo, la

enajenación válida de un bien común en caso de declaración de ausencia de uno de los cónyuges no era, en sí, la causa de extinción del derecho de viudedad sino que lo que se configuraba como tal era la propia declaración de ausencia (con los correspondientes problemas interpretativos derivados fundamentalmente del tenor del artículo 7.2). Tampoco, por ejemplo, podía llegarse a la conclusión de que se extinguía el derecho de viudedad en aquellos casos en los que la enajenación válida de un bien consorcial se producía en base a los pactos de atribución de la gestión sobre los bienes comunes a uno de los cónyuges. En tales casos, participando uno solo de ellos en la transmisión, podría entenderse no extinguida la viudedad puesto que el otro no habría intervenido en la enajenación ni habría prestado consentimiento concreto a la misma.

II.E.1.a) 3.º La solución de la Ley 2/2003

Con el texto de la nueva Ley cualquier enajenación válida de un bien consorcial (debería decirse, a nuestro entender, «de un bien común»), produce como efecto la extinción del derecho de viudedad. Y en este sentido, no sólo son válidas las enajenaciones en las que han intervenido ambos cónyuges prestando su consentimiento (supuesto más habitual), sino que también lo serán —cito a título ejemplificativo— los supuestos de enajenaciones efectuadas al amparo del acuerdo judicial que confiera a uno solo de los cónyuges la gestión del patrimonio común en caso de encontrarse el otro imposibilitado (artículo 58 de la Ley), o las que se realicen por uno de ellos cuando se haya privado judicialmente al otro de la gestión por poner repetidamente en peligro la economía familiar (artículo 59), o cuando se haya obtenido autorización del juez, o de la Junta de Parientes del otro cónyuge, para la disposición de los bienes en los supuestos de declaración de incapacitación, ausencia o prodigalidad (artículo 60). Y también estarán amparados en este precepto las enajenaciones fundadas en los pactos de gestión que atribuyan a uno solo de ellos la facultad de enajenar bienes comunes (artículo 47), o los actos dispositivos efectuados a fin de atender las cargas legítimas de la familia y

las particulares de cada cónyuge, incluidas la crianza y educación de los hijos de uno solo de ellos que convivan con el matrimonio [artículo 48.d)], o, incluso, los actos de disposición incluidos en el tráfico habitual de su profesión si los mismos pudieran afectar a inmuebles, empresas o explotaciones económicas, que tuvieran el carácter de común[135] (artículo 49).

En consecuencia, con la nueva Ley toda enajenación válida de un bien inmueble o empresa o explotación económica de carácter consorcial —conste o no conste de modo expreso el consentimiento de uno de los dos cónyuges—, produce la extinción del derecho de viudedad. Se gana con ello claridad en la formulación de las causas de extinción del derecho, incluyéndose casos de enajenación que en la redacción de la Compilación quedaban fuera y, por otro lado, se facilita la fluidez en el tráfico jurídico, evitando la renuncia expresa a la que había que acudir en los casos no amparados en el artículo 76.2, si se querían enajenar los bienes sin la carga del derecho expectante.

II.E.1.b) Enajenación de bienes privativos incluidos en el tráfico habitual de la profesión o negocio

El artículo 98.1.c) establece como supuesto de extinción del derecho de viudedad sobre los bienes inmuebles por naturaleza y las empresas o explotaciones económicas, la *enajenación de bienes privativos de uno de los cónyuges incluidos en el tráfico habitual de su profesión o negocio*. Añadiendo a continuación que *para probar en el tráfico que un acto está incluido en el giro habitual del que lo realiza, bastará que así resulte de la aseveración del Notario de que le consta por notoriedad*.

[135] A nuestro entender, si los mencionados bienes se encuentran en el tráfico de quien se dedica profesionalmente a ello (pensemos, por ejemplo, en una promotora inmobiliaria), se convertirán en simples elementos accesorios de la explotación dejando de formar parte de la misma en el momento en que por el ejercicio de la actividad se enajenan. Y, en cuanto elementos accesorios de la explotación, tendrán simple consideración de muebles en el sentido del artículo 100, por lo que su enajenación podría producir, también con base en ese precepto, la extinción del derecho de viudedad. *Vid.* SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.,* págs. 718 y stes.

Ya hemos dicho en el punto anterior que, a nuestro entender, también la enajenación válida por parte de uno solo de los cónyuges de un bien inmueble común (o empresa o explotación económica) incluido en el tráfico habitual de su profesión o negocio, es causa de extinción del derecho de viudedad, puesto que el artículo 49 contempla estos actos dispositivos entre aquellos que los cónyuges están legitimados para realizar y, en consecuencia, siendo válidos esos actos, el decaimiento del derecho quedará amparado en el artículo 98.1.b). Curiosamente, además, el apartado 2 del artículo 49 realiza el mismo matiz que el inciso final de la letra c), del apartado 1, del artículo 98, es decir, que, para probar que el acto está incluido en el tráfico habitual del que lo realiza, basta la aseveración del notario mediante acta de notoriedad.

Una consecuencia derivada de la inclusión de esta letra c) en el apartado 1 del artículo 98, es que la propia norma no transforma la catalogación del bien por el hecho de que el mismo se encuentre en el tráfico habitual del enajenante. Por tanto, para los autores de la Ley, por ejemplo, los inmuebles por naturaleza (o incluso las explotaciones económicas o empresas, si pudiera darse el caso) incluidos en el tráfico habitual de una inmobiliaria no pierden, por ello, el tratamiento que les corresponde como inmuebles; no pasarían a ser un elemento accesorio de la explotación y, por tanto, sometido directamente al régimen del artículo 100. Expresamente se recogen, en lo relativo a los privativos, dentro del artículo destinado a las causas de extinción del derecho de viudedad para los inmuebles por naturaleza y empresas y explotaciones económicas. Podríamos pensar que es inocuo tratar el tema, puesto que los configuremos como muebles o inmuebles en nada alterará los efectos prevenidos por la norma: su enajenación, en cualquier caso, extinguirá el derecho de viudedad. E, indudablemente, la inclusión de estos bienes dentro del artículo 98, responde a un deseo de dejar meridianamente claro que, aún tratándose de inmuebles y asimilados, su enajenación produce en estos casos la extinción del mencionado derecho. Sin embargo, no hay que olvidar que conforme a la Disposición Tran-

sitoria Segunda de la Ley, los hechos, actos o negocios relativos al derecho expectante y al usufructo de viudedad, sólo se regirán por la nueva norma cuando tengan lugar, o hayan sido realizados, con posterioridad a su entrada en vigor. Esto puede llevarnos a la conclusión de que las enajenaciones válidas efectuadas por uno solo de los cónyuges de inmuebles o de empresas o explotaciones económicas (sean éstos comunes o privativos) efectuadas con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley seguirán sujetas al derecho de viudedad, puesto que el único resquicio interpretativo para considerar lo contrario con la normativa de la Compilación, era entender que dichos bienes, en cuanto accesorios de la explotación, perdían el carácter de *universitas* de ésta y, por tanto, dejaban de recibir el tratamiento de inmuebles, o asimilados, pasando a estar sujetos al régimen de «los demás muebles», es decir, al artículo 76.4 de la Compilación, que permitía que, con su enajenación, se extinguiera el derecho de viudedad[136].

Si el legislador nos está diciendo que el hecho de que esos bienes estén incluidos en el tráfico negocial no altera su consideración de inmuebles, podríamos concluir la consideración de los autores de la nueva Ley de que, con el régimen de la Compilación, y con fundamento en su artículo 76.2, su enajenación no producía la extinción del derecho. Tendríamos que deducir, por tanto —en contra de la interpretación que hemos defendido como menos gravosa para los intereses mercantiles—, que, con la Compilación, la enajenación de inmuebles o empresas y explotaciones económicas incluidas en el tráfico profesional habitual de un cónyuge no extingue *per se* el derecho de viudedad del otro sobre ellos. Y que, sin embargo, las enajenaciones de esos bienes (sean comunes o privativos) producidas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley sí que producirán esa extinción. No creemos, sin embargo, que esa fuera la intención del legislador. Muy al contrario, considero que debemos seguir abogando por dar el tratamiento de

[136] SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.,* págs. 718 y stes.

muebles a los inmuebles que están dentro del tráfico negocial habitual de los cónyuges y que fueron enajenados con anterioridad al 23 de abril de 2003.

Pero, al margen de este problema, lo que en principio queda claro es que, como regla general, la enajenación válida de inmuebles, empresas o explotaciones económicas de carácter privativo no produce la extinción del derecho de viudedad, salvo en los casos que expresamente prevé la nueva Ley[137].

La nueva Ley, por otro lado, quiere facilitar la prueba al profesional o al titular del negocio, de que esos bienes que enajena se encuentran dentro de su tráfico comercial habitual. Bastará con que el notario levante acta de notoriedad de que esto es así para que quede probado ese carácter. De esta manera pueden evitarse importantes complicaciones en operaciones mercantiles en los supuestos, por ejemplo, de que un hipotético adquirente de esos bienes se mostrara reacio a su adquisición por temor a la posible impugnación del cónyuge fundada en el carácter no habitual para el enajenante del tráfico de esos bienes. Sin embargo, a mi entender, esto no evita una posible prueba en contrario dirigida a demostrar el carácter excepcional y fuera de la órbita profesional o mercantil de la enajenación: se descarga de la prueba al enajenante pero no se impide la prueba en contrario por parte del otro cónyuge.

No tendría por qué volver a repetir que, a nuestro entender, esta es una causa de extinción del derecho de viudedad puesto que no sólo determina la pérdida del derecho expectante

[137] Estos casos serán fundamentalmente los siguientes: a) que estuvieran dentro del tráfico habitual del enajenante; b) que la enajenación resultara de la atribución a un tercero de bienes sobre los que participaba privativamente el cónyuge, como consecuencia de una partición o división de bienes; c) que sean bienes del declarado ausente enajenados válidamente; d) que nos encontremos ante un supuesto de expropiación o reemplazo por otros en virtud de procedimiento administrativo; e) que hubiere concurrido el titular del derecho en la enajenación y no hubiere hecho reserva del mismo; f) que se trate de una enajenación judicial de bienes privativos en los casos amparados en el artículo 99 de la Ley; g) que se declare extinguido el derecho expectante por el juez en base a necesidades o intereses familiares; h) que nos encontremos ante el caso excepcional del artículo 98.4.

sino también la del usufructo vidual, pudiendo incluso darse tras el fallecimiento del cónyuge y, por tanto, en fase de usufructo vidual, como consecuencia de la continuación en la gestión de los negocios por el superviviente o por los herederos[138].

II.E.1.c) Partición y división de bienes respecto de aquellos que no se adjudiquen al cónyuge

II.E.1.c) 1.º La regulación de la nueva Ley

La letra d), del apartado 1, del artículo 98 de la Ley 2/2003 establece la extinción del derecho expectante sobre inmuebles por naturaleza y empresas y explotaciones económicas por la *partición y división de bienes, incluso con exceso de adjudicación, respecto de aquellos que no se adjudiquen al cónyuge*.

Parece que el precepto se está refiriendo a bienes privativos del cónyuge por la expresa referencia a éste (*respecto de aquellos que no se adjudiquen al cónyuge* —dice—).

Por otro lado, la idea subyacente en el tenor del artículo 98 es que, en los casos de partición y división, también nos encontramos ante una «enajenación» [*el derecho expectante de viudedad (...) no se extingue o menoscaba por su enajenación, salvo (...)*]. Partiendo de esta idea entendemos que, necesariamente, la norma se está refiriendo a bienes privativos, pues si nos halláramos ante un bien común la partición y división efectuada válidamente estaría ya acogida a la letra b) que prevé, como causa de extinción del derecho de viudedad, la enajenación válida de un bien consorcial. Es decir, participando la sociedad conyugal en una comunidad, y efectuada la división y partición de la misma con atribución a los demás comuneros de bienes determinados, lo que de hecho se ha producido

[138] Sirve para llegar a esta conclusión la idea antes defendida de que los inmuebles o empresas y explotaciones económicas que puedan haber sido enajenados (ahora por los herederos) lo han sido como elementos accesorios del bien propiamente afectado por el derecho de viudedad: la empresa o *universitas* de nivel superior cuya gestión continúan el cónyuge o los sucesores (si la atribución de la gestión a éstos así se hubiera acordado).

—en la filosofía de la norma—, es una enajenación por la sociedad conyugal de la parte correspondiente sobre esos bienes atribuidos a los demás comuneros. Y siendo válida la enajenación de esa parte, se extingue el derecho de viudedad con fundamento en la letra b), del apartado 1, del artículo 98.

Se recoge, por tanto, en la letra d) un supuesto que la Compilación tampoco contemplaba expresamente, como es el de la partición y división de una comunidad en la que participa uno de los cónyuges. En estos casos, el derecho de viudedad sobre los bienes no atribuidos al cónyuge se extingue y ello aun en la hipótesis de que la parte atribuida al consorte represente un defecto de adjudicación con respecto a lo que le debiera haber correspondido por su participación en la comunidad. Es decir, aún en el caso de desigualdad en la atribución, el cónyuge del comunero pierde su derecho de viudedad sobre el exceso de adjudicación a los restantes comuneros. Con ello —como indica el Preámbulo de la Ley— se consigue que no sea necesaria la concurrencia de los cónyuges de los comuneros o coherederos en la partición para que se produzca la extinción del derecho de viudedad. En definitiva, parece que los propios redactores de la Ley están pensando que, en estos supuestos, y si nada hubieran previsto a este respecto, hubiera resultado necesaria la concurrencia de ambos cónyuges en la partición y división para que el derecho se considerara extinguido conforme a lo previsto en el apartado 2 de este mismo artículo 98.

II.E.1.c) 2.º Referencia a la solución de la Compilación

No existiendo previsión concreta en la Compilación respecto a los supuestos de partición y división, la única manera que existía con su regulación para considerar extinguido el derecho de viudedad era entender que, en realidad, en estos casos, no nos encontrábamos ante una enajenación, sino ante una concreción de un derecho. El comunero posee una participación en una comunidad y esa participación, por medio de la partición y división de la misma, se transforma en la atribución de determinados bienes. Por tanto, mientras la comuni-

dad se encontraba indivisa, el cónyuge tenía un derecho de viudedad sobre la cuota propiedad de su consorte y si éste hubiera enajenado esa cuota, el derecho de viudedad la hubiera seguido gravando. Sin embargo, al producirse la partición, al concretarse la participación en la atribución de determinados bienes, automáticamente éstos quedan gravados, quedando del mismo modo, y desde ese mismo momento, ajenos al derecho expectante los demás bienes atribuidos a los demás condóminos[139]. Y respecto a los excesos de adjudicación atribuidos a los restantes comuneros, sólo reconduciendo el problema a la pérdida de la parte correspondiente como causa extintiva del derecho de viudedad (por remisión al artículo 513. 5º del Código civil) podía justificarse su no gravamen.

II.E.1.c) 3.º La solución al problema

Frente a esa necesidad, a la que empuja la Compilación, de acudir a complejas construcciones teóricas para poder abarcar supuestos no expresamente recogidos, la nueva Ley, siguiendo la motivación apuntada por el Preámbulo, no sólo de aportar más claridad en las causas de extinción del derecho, sino también de contribuir a una mayor seguridad en el tráfico jurídico, establece, claramente, que se extingue el derecho sobre los bienes adjudicados a los demás comuneros. A cambio, se adquirirá

---

[139] *Vid*. SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.,* pág. 725, quienes consideran que en la Compilación «el cónyuge comunero puede instar la división de la cosa común sin el consentimiento del otro cónyuge y sin necesidad de que éste renuncie al derecho expectante». En su opinión, en realidad, el derecho expectante es totalmente ajeno a las restantes cuotas de los demás condóminos, por lo que no se necesita renunciar al derecho expectante para entender que éste no sigue a los bienes que se les atribuyan. El derecho de viudedad que se tenía sobre la cuota del cónyuge sólo sigue a los bienes atribuidos al mismo como consecuencia de la partición. Los autores de la Ley, por contra, entienden que, sin la previsión que ahora se recoge en el artículo 98. 1.d), podría considerarse necesaria la concurrencia (98.2) de los cónyuges de los comuneros o coherederos en la partición para que se produjera la extinción del derecho de viudedad; y en ese sentido, creen necesario incluir esta causa de extinción dentro del artículo 98 (así se desprende del apartado XII del Preámbulo de la nueva Ley).

el derecho de viudedad sobre los bienes que se atribuyan al cónyuge. Pero aun en el caso de que lo que se atribuyera a los demás lo fuera en exceso de adjudicación, se perdería el derecho de viudedad sobre ese exceso. El cónyuge del comunero sólo tendrá ese derecho sobre lo que se adjudique a su consorte.

Conviene, por último, hacer hincapié en que también ésta es una causa de extinción que afecta al derecho de viudedad en su conjunto puesto que extinguido el derecho expectante se extingue el usufructo vidual. Si la partición y división de los bienes se produce fallecido el cónyuge, es decir, en fase de usufructo vidual, debe entenderse que la extinción del derecho se producirá en relación a aquellos bienes que no se adjudiquen a los herederos del cónyuge.

II.E.1.d) Expropiación o reemplazo por otros bienes en virtud de procedimiento administrativo

Establece la letra f), del apartado 1, del artículo 98 de la nueva Ley, que el derecho expectante de viudedad sobre bienes inmuebles por naturaleza y empresas o explotaciones económicas se extingue por *expropiación o reemplazo por otros en virtud de procedimiento administrativo.*

II.E.1.d) 1.º El problema en la Compilación

Se trata de otra novedad, dado que el supuesto de la expropiación no era recogido expresamente por la Compilación. La doctrina lo había venido encuadrando dentro de la «pérdida jurídica» de la cosa (art. 513.5º Cc), como determinante de la extinción del derecho, en base a la referencia que el artículo 78 de la Compilación hacía a las causas de extinción del derecho de usufructo del Código civil[140]. Y, en efecto, tras enumerarse las causas de extinción del usufructo en el artículo 513, el artículo 519 de ese cuerpo legal hace referencia a la expro-

[140] *Vid.* LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, *op. cit.,* pág. 346, y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.,* pág. 769.

piación al señalar que *si la cosa usufructuada fuere expropiada por causa de utilidad pública, el propietario estará obligado, o bien a subrogarla con otra de igual valor (...) o bien a abonar al usufructuario el interés legal del importe de la indemnización (...)*. Por tanto, existía una previsión relativa a la expropiación al tratarse las causas de extinción del usufructo.

No obstante, entendemos que dicha previsión no resultaba aplicable a un derecho, como el de la viudedad, que legalmente está configurado como universal: recae sobre todos los bienes del otro cónyuge y, por tanto, no cabe en él sustitución por otro. De hecho, todos los bienes del cónyuge están afectos; lo recibido a cambio de la expropiación —sea dinero, o sea otro bien— se incorporará al patrimonio de los cónyuges y, sobre ello, existirá el derecho de viudedad en los términos legalmente establecidos, recibiendo su correspondiente tratamiento en virtud de su condición de mueble o inmueble.

II.E.1.d) 2.º La solución de la nueva Ley

Con el texto de la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad queda claro que, expropiado un bien, se extingue el derecho de viudedad sobre el mismo. Por supuesto que el justiprecio recibido se incorporará como uno más a los bienes que integran el patrimonio privativo o común de los cónyuges, y que quedará sujeto al derecho de viudedad. Si se trata de dinero —lo más normal—, su salida del patrimonio, en su condición de mueble, será la que determine la extinción del derecho, mientras que si lo recibido a cambio es, por ejemplo, un inmueble, existirá un derecho de viudedad sobre el bien desde el momento en que ingrese en el patrimonio, manteniéndose, como regla general, ese derecho aun en el supuesto de que ese inmueble fuera posteriormente enajenado.

Y el mismo tratamiento tendrá el reemplazo por otros bienes en virtud de procedimiento administrativo. Tal sustitución originará la extinción del derecho de viudedad sobre el bien que sale del patrimonio y al mismo tiempo determinará el nacimiento del derecho sobre lo recibido a cambio.

En definitiva, lo que antes era considerado «pérdida de la cosa» determinante de la extinción del derecho, ahora tiene prevista una específica mención en el texto de la Ley.

Como las anteriores, también ésta es, a mi entender, una causa de extinción del derecho de viudedad puesto que afecta a ambas fases de la misma. Incluso podría darse fallecido uno de los cónyuges, disfrutando el otro del usufructo vidual. Expropiado o reemplazado a los nudo propietarios el bien sobre el que recae dicho usufructo, se extinguiría el derecho sobre aquél. No obstante, en tal caso, y por la atribución que el artículo 107 de la Ley hace al titular del usufructo vidual de los derechos y obligaciones que corresponden a todo usufructuario, debe entenderse que el justiprecio recibido, o los bienes obtenidos por reemplazo, se subrogarán en la posición de los expropiados o reemplazados. Así, si lo recibido fuera dinero, se tendrá derecho a los intereses que el mismo produzca conforme a lo dispuesto en el artículo 117, y si se tratara de otro tipo de bien, el usufructo vidual recaerá en la forma que corresponda con arreglo a su naturaleza.

II.E.1.e) No constancia en el Registro de la Propiedad de la voluntad de conservar el derecho expectante

Dentro del mismo artículo 98 de la Ley 2/2003, relativo a los bienes inmuebles por naturaleza y a las empresas y explotaciones económicas, el apartado 4 dispone que *también se extingue el derecho expectante cuando se haya notificado fehacientemente al cónyuge la enajenación, con el requerimiento para que manifieste su voluntad de conservar o renunciar su derecho con las consecuencias legales que de ello se derivan, y hayan transcurrido dos años desde dicha notificación sin que en el Registro de la Propiedad conste la voluntad del cónyuge de conservar el derecho expectante.*

Como señala el Preámbulo, se trata de una regla totalmente nueva que está pensada para supuestos extraordinarios en que resulta muy difícil la comunicación y trato entre los cónyuges, como podría ser el supuesto de consortes separados judicialmente con anterioridad a la entrada en vigor de la refor-

ma del artículo 78 de la Compilación, llevada a cabo en 1985 —reforma que prevé la separación judicial como extintiva del derecho de viudedad—, y que conserven, por tanto, tal derecho. Es decir, se ha partido de un problema concreto, conocido en la práctica, y se ha querido dar una solución general al mismo mediante la inclusión de esta causa de extinción que, en principio, podrá afectar a todos los matrimonios.

Por sus propias características la extinción a que se refiere este apartado tendrá lugar, normalmente, en vida de ambos cónyuges, por tanto, dentro de la fase del derecho expectante, puesto que uno de los requisitos para que la misma se dé es la existencia de una notificación fehaciente de un cónyuge a otro. Sin embargo, es posible que, efectuada la notificación a que el artículo se refiere y antes de que transcurran los dos años desde la misma dentro de los cuales puede el cónyuge manifestar su voluntad de conservar el derecho, el notificante fallezca, abriéndose, por tanto, la fase del usufructo vidual. A mi entender, también en este caso, no constando la voluntad del cónyuge expresada dentro de los dos años desde la notificación fehaciente, se extinguiría el derecho en su fase ya de usufructo vidual. Estamos, por tanto, ante una evidente causa de extinción del derecho de viudedad en su conjunto: si el término de los dos años para expresar la voluntad vence en vida del cónyuge notificante sin que conste la voluntad en contrario del titular del derecho, se extinguirá el expectante y, por ende, el usufructo vidual que, eventualmente, hubiera debido recaer con posterioridad. Y si, por contra, se produce ya fallecido aquél, el derecho se extinguirá ya en su fase de usufructo vidual.

A mi juicio, la enajenación a que se refiere el artículo 98.4 es la de un bien privativo del cónyuge notificante, pues tratándose de un bien consorcial, o bien no hubiera sido posible enajenar válidamente el bien sin contar con el consentimiento del otro o, por contra, habiéndose enajenado válidamente, se habría extinguido, por ello, el derecho. Además no hay que olvidar que —como el Preámbulo nos indica— el precepto está pensando, fundamentalmente, en supuestos de separación judicial. Y, conforme al artículo 62.d) de la propia Ley 2/2003,

éstos producen la disolución de pleno derecho del régimen económico matrimonial legal aragonés y, en consecuencia, la desaparición del consorcio sobre los bienes[141].

La existencia de un plazo de dos años para manifestar, y hacer constar, la voluntad de mantenimiento del derecho de viudedad, conecta, ineludiblemente, con su carácter esencialmente imprescriptible. Ya dijimos en su momento que, a nuestro entender, la prescripción no podía ser una causa de extinción del derecho de viudedad, en el sentido de que su no uso no podía provocar su decaimiento puesto que nada se preveía expresamente, en este sentido, en la Compilación. Es éste un derecho personalísimo e inalienable, puesto que nadie más que su propio titular puede poseerlo. Y decíamos que, como consecuencia de ese carácter inalienable y personalísimo, el derecho era imprescriptible en base al artículo 1.936 del Cc, puesto que únicamente las cosas que están en el comercio de los hombres pueden ser objeto de prescripción. Siendo, además, que el artículo 1.936 se encuentra dentro del capítulo I, Título XVIII, del Código civil, que se refiere a las Disposiciones Generales relativas a la prescripción, deberá afectar su contenido tanto a la prescripción adquisitiva (capítulo II), como a la prescripción extintiva o de acciones (capítulo III). Pues bien, vemos ahora que el artículo 98.4 de la nueva Ley prevé un supuesto en el que por no reclamar, o mejor dicho, por no manifestar una voluntad expresa de conservar el derecho, éste se extingue. Se trataría de obligar al titular del derecho al ejercicio de una facultad para que se «declare» su existencia dentro de un determinado plazo, transcurrido el cual el derecho deberá entenderse extinguido. Siendo, por tanto, la pretensión a ejercitar de tipo declarativo, el plazo fijado debe entenderse de caducidad y ello no sólo por el carácter imprescriptible del derecho que se trata de proteger con el ejercicio de la acción —entendida ésta en sentido laxo—, sino también porque, aunque las acciones declarativas, en principio, no prescriben ni caducan, sino que pueden ser ejercita-

[141] También el Código civil, en su artículo 95, dispone ese mismo efecto.

das en todo tiempo por quien tenga interés legítimo en que se declare la existencia o inexistencia del derecho, la realidad de que la Ley someta su ejercicio a un plazo, no puede entenderse de otra manera[142]. En definitiva, nos encontramos ante un supuesto de caducidad de la acción para reclamar el derecho de viudedad por el transcurso del plazo de dos años desde la recepción de la notificación sin manifestar la voluntad de conservar el derecho, y sin que conste dicha voluntad en el Registro de la Propiedad.

El apartado 4 del artículo 98 exige que la notificación al cónyuge se realice con fehaciencia. Dicha fehaciencia no sólo deberá afectar al hecho en sí de la notificación, es decir, no sólo se debe dar fe de que se ha remitido una comunicación, sino que se debe acreditar el contenido de lo remitido. Obviamente, la forma más adecuada será la del requerimiento mediante acta de presencia notarial (art. 200 Reglamento Notarial), o acta de requerimiento (art. 202 Reglamento Notarial). En mi opinión, no obstante, serían igualmente válidas otras formas de notificación por medios públicos (p. ej., telefax) que permitan dejar constancia de la recepción, de la fecha y de su contenido[143]. Debe entenderse que la notificación deberá dirigirse al domicilio del cónyuge valiendo, a este fin, el que figure en el padrón municipal, o el que conste oficialmente a otros efectos, o aparezca en Registros Oficiales o en publicaciones de Colegios Profesionales, o, incluso, el lugar en que se desarrolle la actividad profesional o laboral no ocasional. En todo caso, lo relevante es que conste fehacientemente la recepción por parte del destinatario, por lo que podrá dirigirse a cualquier lugar siempre que en él se encuentre el destinatario.

---

[142] *Vid.* DE PABLO CONTRERAS, Pedro, en VV.AA., *Curso de Derecho Civil*, Volumen I, Editorial Colex, Madrid, 1998, págs. 260 y stes. *Vid.,* también, el apartado II.C.7 de la primera parte de este trabajo.

[143] De la misma forma que el art. 152 de la LEC admite las comunicaciones judiciales por correo, telegrama o cualquier otro medio técnico que permita dejar constancia de esos extremos.

En el requerimiento deberá instarse al cónyuge para que manifieste su voluntad de conservar o renunciar a su derecho, así como informar de las consecuencias legales derivadas de hacer o no hacer lo requerido. Si practicado el requerimiento el cónyuge manifestara por vía notarial su deseo de renunciar, entiendo que dicha renuncia deberá figurar en escritura pública, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98 1 a), para que sea válida y, por tanto, tenga plena e inmediata eficacia. Por medio del requerimiento se deberá informar al cónyuge de las consecuencias derivadas de no manifestar ni hacer constar en plazo en el Registro, su voluntad de conservar el derecho, es decir, se le deberá advertir de que, de no hacerlo, su derecho de viudedad sobre el bien enajenado se extinguirá. Entiendo que es posible hacer referencia a que esas consecuencias son las recogidas en el apartado 4 del artículo 98, sin necesidad de enumerarlas de forma expresa.

Por último, conviene apuntar que nos encontramos ante un supuesto en el que la Ley recoge expresamente la constancia del derecho de viudedad en el Registro de la Propiedad. No es objeto de este trabajo tratar un tema tan importante como el de la inscripción de este derecho. Baste decir, a este respecto, que por encontrarnos ante un gravamen real sobre inmuebles o sobre empresas y explotaciones económicas, y por tratarse el mismo de una carga impuesta directamente por la Ley, se ha afirmado mayoritariamente la no obligatoriedad de esa inscripción puesto que la publicidad que la propia Ley ofrece supera a la que pueda otorgar el propio Registro. No obstante, sí que se ha defendido su posible acceso, lo que a nuestro entender aportaría un indudable grado de seguridad jurídica en el tráfico de los bienes sujetos a esa carga[144]. Pues

[144] Sobre la problemática relativa a la inscripción del derecho de viudedad *vid.,* entre otros, DELGADO ECHEVERRIA, Jesús, «La viudedad aragonesa en el Derecho interregional», *Anuario de Derecho Aragonés*, XVII, 1974-76, págs. 86 y stes.; citado por el anterior, PELAYO HORE, «La viudedad foral aragonesa (cuestiones extra-regionales)», en *Revista de Derecho Privado*, 1944, págs. 32 y 33. También, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.,* págs. 734 y stes.

bien, el artículo 98.4 recoge un supuesto de obligatoria constancia de la voluntad de conservar el derecho de viudedad en el Registro de la Propiedad, pues, a falta de tal constancia, el derecho se pierde. Vemos, por tanto, que la nueva Ley defiende, al menos en este caso, la apertura del Registro al derecho de viudedad.

SEGUNDA PARTE

LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO VIDUAL EN LA COMPILACIÓN Y EN LA NUEVA LEY 2/2003, DE 12 DE FEBRERO, DE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL Y VIUDEDAD

I. INTRODUCCIÓN

I.A. El usufructo en la concepción unitaria del derecho de viudedad

El derecho de viudedad —lo hemos visto ya— es una institución de Derecho de familia marcada por su carácter unitario. Esa unidad no es sólo aparente, es profunda, arraigada. No es un obstáculo para ello la existencia de dos fases, puesto que éstas no son más que dos formas de exhibirse de conformidad con los acontecimientos con los que la institución tiene que convivir.

Dijimos, y mantenemos, que el derecho de viudedad nace con la celebración del matrimonio, manifestándose en vida de ambos cónyuges como un derecho expectante sobre todos los bienes del otro. Catalogábamos, por ello, al derecho de viudedad como un derecho universal. Pero, pese a esa universalidad, el derecho expectante se expresa de forma diferente según nos hallemos ante bienes inmuebles o muebles como sitios del artículo 39.1 de la Compilación, o ante el resto de los bienes muebles. Con respecto a los primeros representa un gravamen real y, en consecuencia, los sigue allá donde se encuentren, hayan sido o no transmitidos por su titular. Solamente con carácter excepcional el derecho expectante se extingue facilitando la enajenación de dichos bienes sin la carga real que el mismo representa. Con respecto a los segundos, el derecho expectante los abarca a todos mientras permanezcan en el patrimonio del cónyuge, pero una vez enajenados o transmitidos —salvo que lo fueran en fraude del derecho de viudedad— ya no los sigue: se extingue. El funcionamiento del derecho como carga real, con eficacia reipersecutoria sobre los inmuebles o muebles como sitios del 39.1, se convierte en un puro derecho subjetivo en el caso de los restantes bienes muebles, en un derecho que se extingue con su enajenación, pero que va acompañado de la correspondiente ac-

ción para su titular en el caso de que dicha enajenación se hiciera en fraude de derecho.

Fallecido uno de los cónyuges, para el otro el derecho expectante se materializa en un usufructo vidual. Dicho usufructo recaerá sobre todos los bienes inmuebles y muebles como sitios del artículo 39.1 de la Compilación, hayan salido o no del patrimonio del fallecido (salvo que el derecho se hubiera extinguido, ya de forma general, ya de forma particular sobre el bien en cuestión), así como sobre los bienes muebles que permanecieran en el activo del premuerto en el momento de su defunción. Ese usufructo de viudedad, que va a permitir al viudo entrar en posesión de los bienes a que se refiere, existe porque previamente ha existido un derecho expectante sobre ellos (artículo 79 de la Compilación).

Traigo a colación todo ello porque la consideración de las causas de extinción del usufructo vidual está, a mi modo de ver, íntimamente ligada a la concepción unitaria del derecho de viudedad. Ya hemos repetido que, a nuestro juicio, el derecho de viudedad es único pese a la existencia de dos fases. Y esa unidad se manifiesta en que no puede existir un usufructo vidual sin previamente haber existido un derecho expectante. No puede recaer el usufructo sobre un bien si de manera previa no le ha precedido el expectante sobre el mismo. Y si éste se ha extinguido, también lo habrá hecho el usufructo de viudedad. Es por ello por lo que pese a la, a veces, imprecisa terminología empleada por el legislador, hemos defendido la existencia de sólo dos tipos de causas de extinción: 1ª Aquellas que extinguen el derecho de viudedad en su conjunto; es decir, aquellas que dándose van a provocar la desaparición del derecho en el estadio en que el mismo se halle. Produciéndose en vida de ambos cónyuges extinguirán el derecho en su fase expectante afectando, por ende, al futuro usufructo vidual. Y teniendo lugar fallecido ya aquél, extinguirán el derecho de viudedad en su fase de usufructo. Y 2ª Aquellas que son específicas del usufructo de viudedad porque únicamente pueden darse en esta segunda fase: es decir, su producción sólo es imaginable tras la muerte del cónyuge.

Por supuesto que, dentro de cada una de esas causas, también podemos distinguir entre aquellas que generan la extinción del derecho sobre todos los bienes y aquellas que sólo producen ese resultado sobre los bienes concretos a los que afectan. Dicha distinción, sin embargo, por evidente, no plantea problema alguno.

I.B. Distinción entre las causas de extinción en la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad

Avanzábamos también, en otro punto de este estudio, que la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad, en lo que pretendía ser una novedad, ofrecía una distinción entre causas de extinción del derecho de viudedad en su conjunto, causas de extinción del derecho expectante (permitiendo, incluso, la renuncia al derecho expectante pero conservando el usufructo vidual sobre los bienes que al fallecer el cónyuge le pertenecieran), y causas de extinción del usufructo vidual. En mi opinión, sin embargo, esa novedad no es tal. Sigue, en los cimientos de la norma, subsistiendo la misma idea unitaria de la institución que se respiraba en la Compilación. Pese a la dicción de los artículos 90.2 y 92.2 de la Ley, no puede pensarse en la extinción de un derecho expectante sobre un bien y la subsistencia del usufructo vidual sobre el mismo. En el fondo, en lo que están pensando estos artículos es en la exclusión o renuncia al derecho expectante sobre los bienes que sean enajenados en vida del premuerto; y, obviamente, habiéndose excluido o habiéndose renunciado a ese derecho, se extingue el usufructo vidual sobre los mismos. Cosa distinta es que se mantenga este usufructo sobre aquellos bienes que no han sido enajenados. Pero si se mantiene es, precisamente, porque sobre los mismos no se ha extinguido el derecho expectante[145].

E, igualmente, sigue para mí vigente, con la nueva Ley, la existencia de sólo dos causas de extinción: las que afectan al

[145] Para más información sobre el tema vid. apartado I.A de la primera parte de este estudio.

derecho de viudedad como institución (lo sean con respecto a todos los bienes, o lo sean con respecto a bienes determinados), y las que afectan únicamente al usufructo de viudedad (sobre todos, o sobre concretos bienes).

A mi modo de entender, en relación a este punto, la Ley 2/2003 ha querido emplear la expresión «causas de extinción del derecho de viudedad» para referirse a aquellas que afectan al derecho sobre todos los bienes, es decir, a aquellas que dándose originan la desaparición del derecho sobre todos y cada uno de ellos. Por contra, ha pretendido utilizar la terminología de «causas de extinción del derecho expectante», para referirse a las que originan la extinción del derecho de viudedad sobre bienes determinados[146]. Y, por último, ha querido hablar de las «causas de extinción del usufructo vidual» para tratar de aquellas que, dándose tras el fallecimiento del cónyuge, pueden afectar a todos, o a alguno de los bienes.

Sin embargo —insisto—, para mí, en cuanto la extinción del derecho expectante implica también la del usufructo vidual, debemos hablar de causas de extinción del derecho de viudedad para englobar los dos primeros tipos señalados por la Ley (las que afectan al derecho de viudedad como tal y las que la norma refiere al derecho expectante), distinguiendo, dentro de ellas, entre causas de extinción sobre todos los bienes o causas de extinción sobre determinados bienes. Y hemos de reservar las «causas de extinción del usufructo vidual» para aquellas que pueden determinar el fin de dicho usufructo, y sólo de él. Es decir, aquellas que por su especial idiosincrasia sólo pueden tener lugar fallecido el cónyuge, ya afecten a todos los bienes usufructuados o sólo a alguno de ellos. No entrarán, por tanto, en este concepto, las causas que, aunque

[146] No hemos de olvidar, sin embargo, que el artículo 92 permite renunciar al «derecho de viudedad» sobre todos los bienes o sobre parte de ellos, e igualmente permite renunciar al «derecho expectante» sobre el conjunto o sobre bienes determinados. Es decir, que pese a la idea inicial de utilizar la expresión «derecho de viudedad» para referirse a extinciones de conjunto y «derecho expectante» para extinciones de bienes determinados, la concepción se rompe al hablar de la renuncia.

producidas de hecho tras la muerte del cónyuge, si se hubieran dado en la fase anterior del derecho hubieran ocasionado la desaparición del mismo (incluyendo tanto el expectante, como el usufructo), pues éstas, bajo nuestro punto de vista, serán «causas de extinción del derecho de viudedad».

II. EXAMEN DE LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO VIDUAL

Visto lo anterior, pasamos a efectuar el examen de las causas de extinción del usufructo vidual previstas expresamente en el artículo 86 de la Compilación, dejando para el final aquellas otras referidas indirectamente por el precepto.

II.A. Tratamiento general

II.A.1. En la Compilación

Dentro del artículo 86 podemos distinguir dos partes netamente diferenciadas: una primera referida a la extinción del usufructo vidual sobre todos los bienes y que se recoge en su número 1, y en la primera parte de su número 2; y, otra segunda, que afecta al usufructo vidual relativo a bienes concretos y que se ampara en la parte final del número 2 del artículo 86, cuando señala que *estos mismos preceptos regirán la extinción del usufructo sobre bienes determinados*[147].

Por la ubicación de esta referencia final, una primera lectura pudiera hacernos pensar que, a la extinción del usufructo vidual sobre bienes determinados, se aplican las mismas causas que a la extinción del usufructo vidual en general, puesto que el número 2 del artículo 86, comienza diciendo que, *en lo no previsto en este artículo o en el 78, se aplicarán los artículos 513 y siguientes del Código Civil*, para, a continuación, terminar afirmando la aplicación de esos mismos preceptos a la extinción del usufructo sobre bienes determinados. ¿Se refiere

[147] Pese a ello, trataremos las causas de extinción del usufructo sobre bienes determinados al tiempo que analicemos las causas que implican la extinción sobre el conjunto de los bienes.

este inciso final al artículo 86 y al 78 de la Compilación, y al 513 y stes. del Cc, o solamente a los preceptos citados de la norma estatal?

Examinando las causas referidas en el artículo 86.1 queda claro que son de alcance general (v.gr., el nuevo matrimonio o la corrupción o abandono de los hijos) y determinan la extinción del usufructo relativo a todos los bienes; e igualmente ocurre con las causas a que se refiere explícitamente el artículo 78 (indignidad para suceder, nulidad del matrimonio, etc). Por lo tanto, queda claro que cuando el artículo 86.2, en su parte final, se está refiriendo a que estos mismos preceptos regirán la extinción del usufructo sobre bienes determinados, está aludiendo, única y exclusivamente, al artículo 513 y stes. del Cc. Es decir, que la extinción del usufructo vidual sobre bienes determinados se rige —a juicio de la Compilación— por lo previsto por el Código civil en relación a la extinción del usufructo.

II.A.2. En la nueva Ley

Esta misma distinción entre causas de extinción relativas a todos los bienes y causas de extinción sobre bienes determinados, la efectúa también la nueva Ley de régimen económico matrimonial y viudedad en su artículo 119. El apartado 1 de este artículo se dedica a las causas que extinguen el usufructo vidual en relación a todos los bienes, mientras que el apartado 2 menciona aquellas que originan la extinción en relación a bienes determinados. Con términos precisos, se exponen de forma explícita estas causas sin remisión a artículo alguno ni de la propia Ley ni, por supuesto —y conforme a la filosofía de la Ley señalada en su Preámbulo—, al Código civil.

II.B. Análisis concreto de las causas de extinción

Comenzaremos, pues, con el examen del artículo 86 y su comparación con las disposiciones de la nueva Ley que recogen sus equivalentes.

II.B.1. La renuncia

Establece el artículo 86.1.1º de la Compilación que se extingue el usufructo de viudedad *por renuncia explícita que conste en documento público*.

Ya hemos examinado con profundidad la renuncia al hablar de las causas de extinción del derecho de viudedad. Y, en su momento, dejamos claro que ésta, a nuestro entender, no es una causa específica para el usufructo vidual, sino que afecta al derecho de viudedad en general: si se produce en vida del otro cónyuge determinará la extinción del derecho expectante y, consecuentemente, del usufructo vidual, mientras que si la renuncia se produce tras su fallecimiento sólo cabe el fin de la segunda fase de la institución ya que, en ese momento, el derecho de viudedad en nada más consiste.

Vale, por tanto, todo lo que en su lugar expusimos al hablar de la renuncia comprendida en el artículo 78 de la Compilación, por remisión a las causas extintivas del usufructo previstas en el artículo 513 del Cc, y en los artículos 74.1 y 76 de la propia norma aragonesa.

Conviene, sin embargo, hacer referencia a las notas expresas recogidas en la propia dicción del 86.1.1º: la de su carácter explícito y la de su constancia en documento público[148]. En consecuencia, y salvando el hecho de que nos encontramos ante una causa que propiamente lo es de extinción del derecho de viudedad —como ya hemos referido—, vamos a destacar los puntos más característicos para el supuesto de que la renuncia se produzca tras el fallecimiento del cónyuge.

II.B.1.a) Carácter explícito de la renuncia

II.B.1.a) 1.º En la Compilación

El ámbito del artículo 86.1.1º es el de las renuncias genéricas al usufructo vidual, puesto que las limitadas a determina-

[148] Ello, sin embargo, no nos debe hacer olvidar que el resto de las características analizadas en el apartado II.C.4 de la primera parte del presente estudio son también aplicables aquí.

dos bienes quedan recogidas en el inciso final del número 2 de este mismo artículo.

Refiriéndonos a la renuncia genérica debemos manifestar que su carácter expreso coincide con lo ya afirmado en su momento en relación a la renuncia total al derecho de viudedad, pues ésta también debía ser expresa. De hecho, la necesaria constancia de la misma en documento público así lo impone.

Con respecto a la renuncia parcial sobre bienes determinados debemos acudir a lo dispuesto en el artículo 513.4º del Código civil, el cual únicamente dispone que el usufructo se extingue *por la renuncia del usufructuario*, sin ninguna alusión a su carácter expreso o tácito. Sin embargo, tenemos que entender que también aquí se exigirá que la renuncia sea expresa en el supuesto de que la misma se produzca de forma independiente a una enajenación, pues si nada se hubiera dicho al respecto el derecho deberá sobrevivir. Así se desprende del artículo 74 que, en cuanto incluido dentro de las Disposiciones Generales relativas a la viudedad, es aplicable a las dos fases de esta institución. Por aplicación de ese mismo artículo 74, debemos concluir que, en este caso, además de ser expresa la renuncia, también es exigible documento público para su efectividad.

Ahora bien, en el supuesto de encontrarnos ante una enajenación de la plena propiedad de un bien[149], se contempla una especialidad en el artículo 83.2 cuando establece que la enajenación de la plena propiedad es viable si concurren el nudo propietario[150] y el viudo usufructuario. Pero, salvo pacto en contrario, quedan subrogados el precio o la cosa adquirida en lugar de lo enajenado. Es decir, se está previendo que si el usu-

[149] Por enajenación de la «plena propiedad» debe entenderse la transmisión de la propiedad al tercero sin el gravamen del usufructo vidual. *Vid.* SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.,* pág. 813.

[150] Obsérvese que se habla de nudo-propietario, lo que incluye no sólo al heredero-nudo-propietario, sino también a los legatarios y al nudo-propietario que adquirió el bien del cónyuge premuerto con la carga del usufructo vidual. *Vid.* LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, *op. cit.,* pág. 381.

fructuario concurre en la enajenación a fin de transmitir la «plena» propiedad, se extingue el usufructo sobre lo enajenado, si bien —salvo que otra cosa se diga— nacerá un usufructo sobre el dinero percibido con ocasión de la venta, o un usufructo sobre lo que se haya obtenido a cambio de la transmisión. Digamos que, en este caso, se producirá una «renuncia tácita»[151] (pues en este artículo no se exige que la renuncia se manifieste de forma expresa) paralela a la equiparación que hace el artículo 76 del consentimiento en la enajenación de inmuebles o muebles como sitios del 39.1 que fueran comunes, a la renuncia del derecho de viudedad. Eso sí, salvo que otra cosa se diga, ya sea por pacto, ya sea por renuncia (que en este caso si deberá ser expresa)[152], lo obtenido a cambio de la enajenación quedará subrogado en la posición de lo transmitido. Se produce una transformación del objeto sobre el que recae el usufructo. Esta referencia no se hacía al hablar de la renuncia como extintiva del derecho en su fase expectante, puesto que por aplicación de lo dispuesto en los artículos 72 y 76, ya resultaba obvia la extensión del derecho a lo percibido a cambio de la enajenación. Sin embargo, en fase de usufructo, en cuanto que lo percibido como consecuencia de la transmisión no ingresa en el patrimonio del premuerto sino en el del nudo propietario enajenante, se hace necesaria la mención. Nada impide, por otro lado, que la enajenación lo sea a título lucrativo: si concurren nudo propieta-

[151] Respalda esta opinión el hecho de que la incorporación del apartado 2 al artículo 83 de la Compilación respondió a la necesidad de dejar constancia de la viabilidad de la transmisión de la plena propiedad con la concurrencia del viudo, sin necesidad de acudir a prácticas que eran habituales en el periodo anterior a la Compilación consistentes en renunciar con carácter previo al usufructo vidual para proceder después a la transmisión por parte del nudo-propietario. Se evitan, con la Compilación, esas renuncias expresas previas a la transmisión. Vid., sobre el particular, LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, *op. cit.,* págs. 380 y 381.

[152] El pacto a que se refiere el precepto es un pacto entre el viudo usufructuario y el nudo-propietario, tal como, acertadamente, advierten LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, *op. cit.,* pág. 382, y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.,* pág. 814. Pero nada impide que el viudo usufructuario decida renunciar al usufructo vidual sobre todos los bienes obtenidos a cambio de la enajenación o parte de ellos, lo que deberá hacer de forma expresa en escritura pública.

rio y viudo en la transmisión de la «plena» propiedad, ésta será válida y, en tal caso, se producirá la extinción del derecho de viudedad sobre lo enajenado, sin que, obviamente, nada venga a subrogarse en lugar de lo transmitido.

II.B.1.a) 2.º En la nueva Ley

Por su parte, la Ley 2/2003 emplea términos muy similares en el artículo 119.1.b) cuando, en relación a la renuncia genérica, indica que se extingue el usufructo de viudedad *por renuncia explícita que conste en escritura pública*. La única diferencia radica en la referencia concreta a la escritura como el documento público exclusivamente válido a estos efectos. En el régimen de la Compilación era factible una renuncia hecha constar en cualquier documento público, fuere notarial —en sus diversas modalidades—, administrativo o, incluso, judicial. Con el nuevo sistema de la Ley, solamente la renuncia hecha constar en escritura pública será válida.

En cuanto a la renuncia sobre bienes determinados también se expresa claramente cómo debe prestarse. Así se señala en el apartado 2, letra a), del mismo artículo 119 que se extingue el usufructo sobre bienes determinados *por renuncia expresa, que requiere para su validez escritura pública, a menos que se otorgue en el mismo acto por el que válidamente se enajena el bien*.

Se alcanza con esta redacción un resultado similar al obtenido con el texto de la Compilación en cuanto a lo que se refiere a la renuncia efectuada al margen de una enajenación, pero exponiendo la idea de una forma más clara, sin necesidad de apoyarnos en otros preceptos de la propia norma. En estos casos la renuncia necesariamente debe ser expresa y, además, tendrá que otorgarse en escritura pública. Se trata de alcanzar el mismo resultado que con el artículo 74 pero desde el propio precepto que regula las causas de extinción. La única diferencia en este aspecto es la sustitución de la mención de «documento público» por la más estricta de «escritura pública».

Sin embargo, en el supuesto de encontrarnos ante la enajenación de un bien sobre el que recaiga usufructo vidual, de-

bemos distinguir según el viudo concurra, o no, a la enajenación con el nudo propietario. En el caso de que se produzca tal concurso[153] el artículo 108 de la nueva Ley, en términos prácticamente idénticos a los que utiliza el artículo 83.2 de la Compilación, señala que la enajenación de la «plena» propiedad es viable, subrogándose el precio o la cosa adquirida en lugar de lo enajenado, como objetos sobre los que recae el usufructo del viudo. Es decir, tal y como dijimos anteriormente en relación a la Compilación, se produce una «renuncia tácita» al usufructo vidual sobre lo enajenado, llevándose a cabo una sustitución del objeto sobre el que recae el usufructo, salvo que expresamente se diga lo contrario (ya sea por pacto, ya se por renuncia del viudo[154]).

Por contra, si no se produce tal concurso, deberemos entender que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 119.2.a), no se extingue el usufructo vidual sobre lo enajenado, salvo que se renuncie de forma expresa en escritura pública. Y, si el usufructuario está presente en la transmisión, no será necesario que la renuncia —también expresa— conste en escritura, sino que será suficiente con que se otorgue en el mismo documento (público o privado) en el que válidamente se enajena el bien. A mi modo de entender, en este segundo caso se está pensando en que la enajenación del bien se produce válidamente sin la intervención del viudo, pero éste se encuentra presente en la operación y en el mismo documento en el que se enajena el bien otorga la renuncia: en ese caso

[153] En mi opinión, para que no se produzca una contradicción entre lo previsto en el artículo 108.2 y lo recogido en el 119.2.a), deberemos interpretar que el primero entiende por «concurso», la intervención del viudo usufructuario en la transmisión de la propiedad, como prestación del consentimiento necesario para que la enajenación de dicha plena propiedad sea eficaz. Sin embargo, la intervención del viudo en la enajenación válida a que se refiere el inciso final del artículo 119.2.a), es una mera presencia que no afecta a la validez de la enajenación: el nudo-propietario transmite válidamente la nuda propiedad, sin más. En este caso será preciso que el viudo renuncie expresamente en el documento (público o privado) que sirve de instrumento para la transmisión.

[154] Renuncia que, en este caso, deberá ser expresa.

no será necesario la escritura pública[155]. De no entenderse así, podríamos pensar que dos artículos diferentes están recogiendo un mismo supuesto ofreciendo dos soluciones distintas: interviniendo el viudo de la misma manera en la operación, en un caso (artículo 108) no se requeriría renuncia expresa para entender extinguido el usufructo sobre lo enajenado, y en el otro (artículo 119.2 a), *in fine*), sería necesaria tal renuncia expresa para producir el mismo efecto.

II.B.1.b) Constancia en documento público

II.B.1.b) 1.º En la Compilación

En cuanto a la necesaria constancia en documento público, es una exigencia que se da en toda renuncia, se produzca en fase de derecho expectante, o en fase de usufructo vidual. Y lo es, no sólo porque lo disponga el propio artículo 86.1.1º, en relación a las renuncias genéricas en esta última fase, sino porque a la misma conclusión debemos llegar para el caso de que la renuncia sea sobre bienes determinados, en aplicación de lo establecido por el artículo 74, como antes ya dijimos. Dejamos a salvo, el caso de la «renuncia tácita» por concurrencia del viudo en la enajenación de la nuda propiedad, pues, en dicho supuesto, la voluntad expresada en el correspondiente documento de transmisión, sea público o privado, producirá *per se* el efecto extintivo sin necesidad de expresa renuncia.

II.B.1.b) 2.º En la nueva Ley

La Ley 2/2003 se muestra más estricta que la Compilación. En primer lugar, por la exigencia de escritura pública, en lugar de la más permisiva de documento público, como ya antes hemos ade-

[155] Entiendo, además, que las consecuencias que se derivan del «concurso» del 108.2, y de la renuncia expresa del 119.2.a) también son diferentes. En el primer caso, salvo pacto en contrario, lo obtenido a cambio de la enajenación se subroga como objeto del usufructo vidual; en el segundo, sin embargo, habiéndose renunciado al usufructo vidual, lo obtenido a cambio de la enajenación no se subrogará en la posición de lo transmitido, a menos que así se hubiera dispuesto por las partes.

lantado. Será necesaria la misma —como disciplina el 119.1.b)— para el caso de renuncia genérica al usufructo vidual, pero también para el caso de renuncia que recaiga sobre bienes determinados si se produce en documento independiente a aquél a través del cual se produce la transmisión (119.2.a). Por contra, en el supuesto de que la renuncia conste en el documento (público o privado) por el que válidamente se enajena el bien, será plenamente eficaz; y ello ya se trate de una renuncia tácita (artículo 108), o de una renuncia expresa [119.2.a)].

En mi opinión, la coexistencia de los artículos 108.2 y 119.2. a) ha introducido en este punto un componente de complejidad que no existía en la Compilación. Con ésta quedaba claro que la concurrencia del viudo con el nudo propietario en la transmisión de la plena propiedad extinguía el usufructo vidual si bien éste, salvo pacto en contrario, se volvía a manifestar sobre lo obtenido a cambio de la enajenación. Ahora, por un lado, la Ley dispone eso mismo en el artículo 108.2 pero, por el otro, el 119.2. a) exige la renuncia expresa, aún en el supuesto de que el viudo esté presente en el acto por el que se produce la enajenación. Se fuerza con ello a complejas interpretaciones, resultado de la conjunción de ambos preceptos, como la que más arriba hemos esbozado. Quizá hubiera resultado más sencillo unificar los dos artículos en el 119.2.a), estableciendo que el usufructo sobre bienes determinados se extingue por renuncia expresa en escritura pública o por la concurrencia del viudo, junto con el nudo propietario, en la enajenación de la plena propiedad quedando subrogados, en este último caso, el precio, o la cosa adquirida en lugar de lo enajenado, salvo pacto en contrario[156].

II.B.2. El nuevo matrimonio

II.B.2.a) En la Compilación

Dispone el artículo 86.1.2º que se extingue el usufructo de viudedad *por nuevo matrimonio, salvo pacto en contrario, o por llevar el cónyuge viudo vida marital estable*.

[156] Es decir, reduciendo las referencias a la que contiene el artículo 108 y, en definitiva, dando la misma solución que planteaba la Compilación.

Se trata —esta sí— de una causa que única y exclusivamente se puede dar en la segunda fase del derecho de viudedad y que, por ello, podemos calificar como causa de extinción particular y propia del usufructo vidual. No olvidemos que entre las causas que se apuntaban en el ámbito del derecho de viudedad en su conjunto, mencionábamos la declaración de nulidad y el divorcio —con la nueva Ley, la admisión a trámite de las demandas—, y no la celebración de un matrimonio posterior. Es decir, que la clave en fase de derecho expectante era la determinación de la inexistencia o la disolución del vínculo matrimonial y no, si extinguido ese vínculo, los cónyuges contraían nuevo matrimonio. Sin embargo, aquí, en fase de usufructo vidual —es decir, fallecido ya el cónyuge y, en consecuencia, disuelto también el matrimonio—, lo relevante es la celebración de un nuevo matrimonio, o la llevanza de vida marital estable.

Históricamente, la viudedad, como institución que pretendía mantener la autoridad familiar y el rango social del viudo tras el fallecimiento de su cónyuge, fijaba en la fidelidad tras la muerte uno de sus pilares básicos. La fidelidad a la memoria del fallecido era requisito necesario para el mantenimiento de la viudedad, pues ésta existía en cuanto permitía continuar con la unidad y la autoridad familiar tras la muerte de uno de los consortes. Era por ello que, no sólo el nuevo matrimonio, sino también las conductas de infidelidad daban lugar a la extinción del usufructo vidual. Esta filosofía, de alguna manera, llegó hasta la Compilación de 1967, cuando en el nº 3, del artículo 86.1, añadía entre las causas de extinción *el llevar el cónyuge viudo vida licenciosa*.

La reforma de 1985, adaptando la institución a la realidad social imperante y a los parámetros morales vigentes, eliminó ese número 3, del artículo 86.1[157], entre otras razones, por la dificultad de determinar (y de probar) qué comportamientos

[157] *Vid.,* no obstante, la opinión contraria a la eliminación del número 3º, del artículo 86.1 de la Compilación que sostienen SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.,* págs. 852 y 853.

pudieran caer dentro del concepto «licencioso» al que la norma se refería. Se añadió, sin embargo, en el número 2, al nuevo matrimonio, la llevanza de vida marital estable[158] como determinante de la pérdida del usufructo, con lo que se pretendía equiparar el matrimonio a las parejas de hecho[159]. Frente al régimen anterior a la reforma, en el que cualquier relación sexual podría haberse llegado a entender como «vida licenciosa», a partir de 1985 lo determinante es la existencia de una relación de pareja análoga a la del matrimonio.

Pero la equiparación, tras la reforma, entre el nuevo matrimonio y la vida marital estable no es total. Y así, cabe pacto en contrario[160] al efecto extintivo de la celebración de nuevo matrimonio y, sin embargo, no se admite dicho pacto en relación a la convivencia análoga a la conyugal. Es decir, que es posible que los cónyuges pacten el mantenimiento del usufructo vidual pese a la celebración de nuevo matrimonio y, sin embargo, queda vedada esta posibilidad para el caso de la llevanza de vida marital estable: en este último supuesto, nece-

---

158 También existían posturas, como la de ZAPATERO GONZÁLEZ, Rafael, *op. cit*., págs. 239 y stes., contrarias a la inclusión de la vida marital estable como causa de extinción del usufructo vidual.

159 Por pareja de hecho debemos entender lo que RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, sobre obra anterior de LACRUZ BERDEJO, José Luis, en VV.AA. en *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de Familia*, José M.ª Bosch Editor, 4ª ed., Barcelona 1997, pág. 401, define como relación de *vida paraconyugal de la pareja que se conduce como matrimonio y como tal se pretende y se presenta*.

160 Para LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, *op. cit.,* pág. 401, cabe pacto y, poe ello (*sic*), testamento mancomunado o cualquier otro tipo de acuerdo del matrimonio, pero lo que no se puede aceptar es la posibilidad de excluir el matrimonio como causa de extinción del derecho de viudedad por medio de la manifestación unilateral de uno de los cónyuges. En mi opinión, sin embargo, no existe obstáculo para que así pueda hacerse pues si la viudedad es una institución fundamentada en la fidelidad, y el premuerto confiaba en que su cónyuge pudiera ejercer la autoridad familiar y ocupar el rango social que le correspondía pese a contraer nuevas nupcias, nada debe oponerse a que, con arreglo al artículo 3 de la Compilación, pueda así disponerse. Si ambos cónyuges pueden pactar el mantenimiento de los derechos de la contraparte en relación a esta institución, nada debe impedir que puedan disponer también esa vigencia, respecto del otro, de forma unilateral.

sariamente se extingue el usufructo sin que quepa acuerdo en otro sentido[161].

II.B.2.b) En la nueva Ley

La Ley de 2003 viene a solventar, probablemente, los dos aspectos de la redacción dada por la reforma de 1985 al artículo 86.1.2º de la Compilación, que más dificultades de comprensión planteaban: el de la posibilidad de pacto en contrario limitado sólo al caso de nuevo matrimonio, y el de la potencialidad, o no, de conseguir ese mismo resultado mediante disposición unilateral del premuerto.

En cuanto al primero de esos problemas, dispone el artículo 119.1.c) que se extingue el usufructo de viudedad *por nuevo matrimonio o por llevar el cónyuge viudo vida marital estable, salvo pacto de los cónyuges o disposición del premuerto en contrario*.

La ubicación de la posibilidad de pacto en contrario a continuación no sólo de la mención al nuevo matrimonio, sino también de la referencia a la vida marital estable, deja claro que el pacto puede afectar tanto a una, como a otra situación, lo que parece de justicia. Si la celebración de un nuevo matrimonio abre al cónyuge un derecho de viudedad sobre todos los bienes del nuevo consorte y, en consecuencia, habiéndose pactado el mantenimiento del usufructo vidual con respecto al anterior matrimonio, se podía dar el caso de acumulación de ambos derechos en una sola persona, no ocurría lo mismo en el caso de que la nueva convivencia no fuera conyugal. En este último supuesto, no cabiendo pacto en contrario a la extinción del usufructo vidual, el cónyuge del premuerto perdía imperativamente con la Compilación dicho usufructo y, además,

[161] Sobre el resultado injusto del diferente trato que la Compilación da al nuevo matrimonio o a la vida marital estable, en relación a la posibilidad o no de pactar el mantenimiento del usufructo vidual, vid. MERINO HERNÁNDEZ, José Luis, «Limitaciones al Derecho de Viudedad Aragonés» (discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación), *Anuario de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación*, Zaragoza, 1997, pág. 129.

no adquiría el derecho de viudedad con respecto a su nueva pareja. La descompensación entre ambas situaciones era evidente, y con la nueva Ley se abre, al menos, la opción de mantener el usufructo de viudedad, aun en caso de vida marital estable, si así se hubiera pactado.

Es de destacar también la claridad del precepto en este punto al hablar de pacto de los cónyuges: son los consortes en vida los que pueden acordar el mantenimiento del derecho, y nadie más que ellos. Aunque había sido ésta la interpretación que comúnmente se había adoptado con el texto de la Compilación, se evita una posible lectura que, fundada en el hecho de que la letra del artículo 86.1.2º no indicaba los sujetos del pacto, considerara que era viable el pacto entre el viudo y los herederos del cónyuge premuerto[162].

En cuanto al segundo de los problemas, el artículo 119.1c) de la nueva Ley lo resuelve de plano: también por disposición unilateral del premuerto cabe excluir al nuevo matrimonio y a la vida marital estable como causas de extinción del usufructo vidual. En mi opinión, a esa misma conclusión —aunque limitada al nuevo matrimonio— debía haberse llegado con la vigencia de la Compilación, puesto que si los cónyuges podían acordar mediante pacto la subsistencia del derecho del otro, pese a concurrir la causa de extinción, nada impedía que, por aplicación del principio *standum est chartae*, lo mismo pudiera hacer uno de forma individual con respecto al otro. No siendo una disposición restrictiva del derecho sino, al contrario, favorecedora del mantenimiento del mismo, resultaba viable, a

[162] En esta línea se había manifestado MERINO HERNÁNDEZ, José Luis, «Limitaciones al Derecho de Viudedad Aragonés» (discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación), *Anuario de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación*, Zaragoza, 1997, págs. 128 y 129, quien considera que no parece extraño a la esencia de la institución la posibilidad de que el viudo pueda pactar el mantenimiento del derecho con los herederos del premuerto, puesto que la extinción de la viudedad por nuevo matrimonio tiene, a su entender, como finalidad, la protección económica de esos herederos, razón por la cual podrán pactar lo que les interese. Alude, además, al pacto de «casamiento en casa» como instrumento adecuado para albergar los acuerdos del mantenimiento del derecho en estos casos.

mi modo de entender, la disposición unilateral protectora de su subsistencia, en base al principio *favor viduitatis* del artículo 75.2. Sin embargo, existían opiniones divergentes sobre esta cuestión que con el nuevo texto ya no tendrán cabida.

II.B.3. La corrupción o abandono de los hijos

II.B.3.a) En la Compilación

Habiendo sido derogado en 1985 el número 3 del artículo 86.1 de la Compilación, a cuyo contenido hemos hecho referencia en el apartado anterior, pasamos a analizar la causa de extinción contemplada en el artículo 86.1.4º. Dice este precepto que se extingue el usufructo de viudedad *por corromper o abandonar a los hijos*.

Se trata de una causa que, históricamente, se encontraba presente en nuestro Derecho foral[163] y que, tras recogerse en el Apéndice de 1925, llegó a la Compilación de 1967 con una primera redacción que distinguía entre la corrupción o abandono de los hijos, por un lado, y el atentado al pudor o fomento de la prostitución de las hijas, por el otro. La entrada en vigor de la Constitución de 1978 determinó la obligación de no efectuar tal distinción entre los hijos, con fundamento en su sexo y, con esa finalidad, la reforma de 1985 dio al artículo 86.1.4º su definitiva redacción. Con ello desaparece la referencia explícita a la inducción a la prostitución y al abuso deshonesto (bajo el eufemismo de atentado al pudor), conductas que hay que entender incluidas en el más amplio concepto de corrupción.

No hay que olvidar que el apartado 2 del artículo 86 remite al artículo 78 de la propia Compilación y que, en éste, se

[163] El Proyecto de Apéndice de 1899 recogía como causa de extinción del usufructo vidual la corrupción de los hijos o la prostitución de las hijas, y lo propio hizo el de 1904. Por su parte, el Apéndice de 1925, en la enumeración de causas de extinción del derecho de viudedad de su artículo 73, incluyó, en su apartado 12º, la corrupción o abandono de los hijos, o el atentado al pudor o fomento de la prostitución de las hijas.

contemplan como causas de extinción, las de indignidad para suceder. Desde el 23 de abril de 1999 estas causas se encuentran recogidas en el artículo 13 de la Ley de sucesiones por causa de muerte. Y en concreto, en su letra a) se establece que son incapaces para suceder por causa de indignidad *los que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus descendientes*. Es decir, se produce una reiteración innecesaria de la corrupción o abandono de los hijos como causa de extinción del usufructo vidual. Observamos, además, que en la redacción de la Ley de sucesiones se incluye expresamente la prostitución como causa de indignidad. Ya decíamos antes que debía entenderse recogida la misma, y su inducción, dentro de la corrupción a que se refiere el artículo 86.1.4º; pero, en todo caso, es de agradecer la aclaración efectuada por la norma. Por otro lado, vemos que no sólo la corrupción, abandono o prostitución de los hijos del cónyuge es causa de extinción del usufructo de viudedad, sino que también produce idéntico efecto —así se debe entender— el mismo comportamiento con respecto a sus descendientes.

Deducimos, por lo tanto, que la causa expresada en el artículo 86.1.4º es inocua, por cuanto ya viene recogida en la más amplia referencia a las contempladas en el artículo 78, entre las que se encuentra la indignidad para suceder. La duplicidad ha sido provocada, sin duda, por la inercia de mantener de forma expresa una causa que venía ya recogida históricamente desde los Proyectos de Apéndice de 1899 y 1904.

Por otro lado, ya dijimos al comentar las causas de extinción recogidas en el artículo 78, como, a nuestro entender, ésta es una causa de extinción del derecho de viudedad. Vigente la Compilación, si la conducta prevenida se da en vida del cónyuge provocará la extinción del derecho en sus dos fases, y si se da tras su fallecimiento, sólo provocará la del usufructo vidual, por no ser posible otra forma de manifestación del derecho en ese momento[164].

[164] *Vid*. apartado II.A.2.a) de la primera parte de este trabajo.

II.B.3.b) En la nueva Ley

Pues bien, siguiendo la misma inercia histórica mencionada, la Ley de 2003 ha incluido en el artículo 119.1.d), la corrupción o abandono de los hijos entre las causas de extinción del usufructo vidual en su conjunto. Cierto es que, ahora, la reiteración que denunciábamos en el artículo 86 no se produce de la misma manera. El artículo 119 de la nueva Ley no se refiere ya a las causas de indignidad para suceder como determinantes de la extinción del usufructo vidual, pero si que lo hace, en nuestra opinión, el 94.3 cuando dispone que se extingue también el derecho de viudedad *cuando, al fallecer un cónyuge, incurre el supérstite en alguno de los supuestos enumerados en el artículo 13 de la Ley de sucesiones por causa de muerte como causas de indignidad*. Es evidente que, si hemos de esperar al fallecimiento del cónyuge para determinar si el supérstite incurre en algún supuesto de indignidad, es porque se está pensando en una causa de extinción del usufructo vidual más que del derecho de viudedad en su conjunto[165]. Reiteramos las críticas que ya hicimos en su momento a este artículo: si lo que se pretendía era realmente configurar las causas de indignidad como causas de extinción del usufructo de viudedad, el lugar adecuado para ello era el artículo 119, en cuyo caso sobraba en éste la referencia a la corrupción o abandono de los hijos[166]. No hemos de olvidar, por otro lado, que el artículo 93 de la nueva Ley hace depender de la voluntad del cónyuge manifestada en testamento la virtualidad de las causas de indignidad en que incurra el titular del derecho en vida de aquél, como determinantes de la extinción de la viudedad[167]. Si se conocían las causas y nada se manifiesta en testamento, aun existiendo las mismas, no habría extinción. Sólo en el supuesto de que se probara el desconocimiento del

[165] O. en todo caso, en una causa de que el usufructo vidual no llegue a nacer.

[166] Abarcada por la más amplia referencia del artículo 13 de la Ley de sucesiones al abandono, prostitución o corrupción de los descendientes.

[167] Al tener su eficacia dicha disposición una vez fallecido el causante, la causa también operará como causa de extinción del usufructo vidual.

testador de esas causas o, en su caso, se incurriera en ellas con posterioridad a su fallecimiento, podrían hacerse valer como extintivas del derecho con fundamento en el artículo 94.3 de la nueva Ley[168]. Pero, en todo caso, el reflejo de la extinción del derecho sólo se producirá en fase de usufructo vidual, es decir, una vez fallecido el cónyuge.

A mi juicio, mientras que la Compilación, con acierto, considera al abandono, prostitución o corrupción de los descendientes como causa de extinción del derecho de viudedad (tanto en su fase expectante, como en la de usufructo vidual), no hace lo mismo la nueva Ley. Para ésta, dicho comportamiento sólo puede ser determinante de la desaparición de la segunda fase, ya sea porque se produce o se pone de manifiesto[169] tras el fallecimiento, ya sea porque, habiéndose corrompido, prostituido o abandonando a los descendientes del otro cónyuge en vida de éste, se ha previsto así en su testamento. No podemos sino reiterar nuestro desacuerdo con esta solución.

II.B.4. Incumplimiento de las obligaciones como usufructuario

II.B.4.a) En la Compilación

Establece el artículo 86.1.5º de la Compilación que se extingue el usufructo de viudedad *por incumplir como usufructuario, con negligencia grave o malicia, las obligaciones inherentes al disfrute de la viudedad, salvo lo dispuesto sobre negligencia en la formalización de inventario.*

Por sus propias características esta causa es específica de la extinción del usufructo de viudedad en su conjunto. Para que pueda tener lugar es necesario que el cónyuge haya fallecido, pues de otra manera no podrán incumplirse las obligaciones de usufructuario.

---

168 *Vid.* apartado II.A.3 de la primera parte del presente estudio.

169 Debemos tener en cuenta que es posible probar tras la muerte del cónyuge que éste desconocía la corrupción, prostitución o abandono, que se produjo antes de su muerte. En tales supuestos ese comportamiento podría ponerse de manifiesto tras su fallecimiento a fin de que se declare la extinción del derecho del supérstite.

Se ha puesto de manifiesto por la doctrina que ha analizado el tema hasta la fecha, que la naturaleza familiar de la institución y su finalidad de mantener la unidad familiar justifican que la Compilación establezca una sanción más dura para los incumplimientos del usufructuario vidual que las previstas por el Código civil respecto al usufructo ordinario en su artículo 520[170]. Dispone este último que el usufructo no se extingue por el mal uso de la cosa usufructuada pero, si el abuso infiere un considerable perjuicio al propietario, puede éste pedir la entrega de la cosa y obligarse a pagar anualmente al usufructuario el producto líquido de la misma, deducidos los gastos y el precio de la administración. Vemos, por tanto, —y a diferencia de lo que ocurre para el caso del usufructo vidual en la Compilación— que el usufructo ordinario en el Código civil no se extingue por el mal uso y, además, en caso de abuso por parte del usufructuario se exige que el mismo ocasione un perjuicio al propietario, exigencia esta última que no existe en el artículo 86.1.5º de la Compilación. En éste, bastará el comportamiento gravemente negligente o malicioso del viudo para que se dé la causa de extinción sin necesidad de que el mismo haya inferido perjuicio a los nudo-propietarios.

Como hemos dicho, ésta es una causa que afecta a la extinción del usufructo vidual en su totalidad y, por ello, creo que también deberemos atender al comportamiento del usufructuario respecto al conjunto de los bienes usufructuados. Si se observa negligencia grave o malicia respecto a la totalidad de los bienes, o respecto a aquellos que representan el peso determinante del conjunto, nos encontraremos ante esta causa de extinción; mientras que si no se da negligencia grave o malicia, o ésta afecta a bienes de escaso interés, no se producirá el presupuesto necesario para que entre en funcionamiento el artículo 86.1.5º de la Compilación.

Por ello, si estuviéramos ante una negligencia leve sobre el conjunto o sobre bienes determinados, o ante una negligencia

[170] SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.,* pág. 853, y LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, *op. cit.,* pág. 402.

grave o malicia sobre bienes de escasa relevancia, no estaríamos ante un incumplimiento de las obligaciones que dan lugar a la extinción del usufructo vidual, sino ante un comportamiento encuadrable en los artículos 85 y 87 de la propia Compilación. En este caso, por tanto, si el viudo desatendiera las indicaciones de los nudos propietarios sobre la administración y explotación de los bienes, se podría acudir a la Junta de Parientes o al juez de Primera Instancia, en la forma prevenida en el artículo 85; y si, pese a lo ordenado por éstos, no se rectificara el comportamiento, se estaría legitimado para pedir la entrega de los bienes y la sustitución del usufructo por una renta calculada conforme a lo regulado en el artículo 87.

En todo caso, tendrá que ser el juez el que determine el grado de culpabilidad o malicia y las consecuencias derivadas de ello.

El artículo 86.1.5º deja a salvo lo dispuesto para los casos de negligencia en la formalización del inventario. Y es que el artículo 80 de la propia Compilación establece las obligaciones del viudo de inventariar los bienes usufructuados y de prestar fianza, fijándose, por el artículo 82, la pérdida del disfrute de viudedad durante el tiempo que medie entre la fecha en que se le requiera para efectuar tal inventario —en todo caso posterior a la terminación del plazo concedido para hacerlo— y aquella en la que efectivamente lo concluya[171]. Pues bien, el incumplimiento con negligencia grave o con malicia de la obligación de inventariar, ya sea por dejar de hacer tal inventario, ya sea por hacerlo incorrectamente, no lleva aparejada la extinción del usufructo vidual sino la sanción referida en el artículo 82.

II.B.4.b) En la nueva Ley

Por su parte, la Ley de 2003 recoge en su artículo 119.1.e) la misma causa de extinción, y en los mismos términos que lo

[171] De esta forma se ha interpretado el artículo 82 por SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.,* pág. 809. *Vid.* también LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, *op. cit.,* págs. 375 a 377.

hacía la Compilación. Valen por ello idénticos comentarios a los antes realizados.

Aunque no es objeto del presente apartado tratar de las consecuencias derivadas del incumplimiento, por parte del viudo, de las indicaciones sobre la administración y explotación de los bienes usufructuados[172], si que diré que, sin embargo, la Ley 2/2003 ha modificado el tratamiento que, al respecto, recoge la Compilación en el artículo 85. Ahora el artículo 110 de la nueva Ley permite a los nudo propietarios acudir al juez (ya no se habla de la Junta de Parientes) para que dicte las medidas oportunas, incluida la transformación del usufructo. En principio, no se impone en este punto la limitación al juez de que esa transformación tenga que ser necesariamente en una renta, ni que la misma no deba sobrepasar el rendimiento medio obtenido en los cinco últimos años, como hace el artículo 87 de la Compilación. No obstante, este último parámetro se establece para un caso diferente: el artículo 102, apartados 1 y 2, al hablar de la posibilidad que tiene el titular de una empresa o explotación económica privativa que se transmita a descendientes, de ordenar la sustitución del usufructo vidual por la de una renta mensual, fija ésta en la cuantía exacta del rendimiento medio que hubiera producido la explotación durante los cinco años anteriores al fallecimiento. En cierto modo, y para el caso del artículo 110 que nos ocupa, ese mismo criterio puede servir de orientación al juez a la hora de acordar la transformación del usufructo a petición de los nudo propietarios, pero en ningún modo quedará mediatizado por ese importe.

Por otro lado, el propio artículo 110 no exige que los nudo propietarios efectúen unas previas indicaciones o advertencias sobre la administración y explotación de los bienes al viudo (como prevé el 85 de la Compilación) sino que, directamente, pueden acudir al juez para que éste dicte las medidas oportu-

[172] El tema será examinado con más detalle al final de este trabajo, al hablar de los supuestos que he denominado de extinción impropia. No obstante, lo trato aquí por ser un caso de incumplimiento de las obligaciones propias del usufructuario.

nas. Y hecho el requerimiento, el órgano jurisdiccional fijará esas medidas en su resolución, no siendo necesario esperar a un posterior incumplimiento del viudo para acordar la entrega de bienes y su sustitución por una renta, como así parece desprenderse del 87 de la Compilación.

También, en cuanto a la sanción por falta de inventario, la formulación recogida por la nueva Ley es más clara que la confusa dicción compilatoria. De una forma explícita se señala en el artículo 106 que, cuando el viudo obligado a formalizar el inventario no lo concluya dentro de plazo, podrá ser requerido por los nudo propietarios para que lo termine, pasando el disfrute a éstos desde el día de ese requerimiento y hasta que el inventario se termine. Queda, pues, resuelta la duda que se planteaba con la Compilación sobre qué momento era el determinante para entender que el disfrute pasaba a los nudo propietarios: éste será —como ya hemos interpretado— el del requerimiento que los mismos efectúen al viudo que no ha finalizado el inventario en plazo.

II.B.5. La no reclamación del derecho

II.B.5.a) En la Compilación

El artículo 86.1.6º establece que se extingue el usufructo de viudedad *por no reclamar su derecho durante los veinte años siguientes a la defunción del otro cónyuge.*

Dado que es presupuesto ineludible, para que juegue esta causa de extinción, el previo fallecimiento del cónyuge, es evidente que nos encontramos ante una específica causa de extinción del usufructo vidual.

Los precedentes más inmediatos de este artículo se pueden encontrar en el artículo 174 del Proyecto de Apéndice de 1899 —que preveía la extinción del derecho de viudedad por su no uso durante el tiempo de veinte años, a contar desde el fallecimiento del otro cónyuge—, y en los artículos 178 —dejar transcurrir veinte años sin reclamar el ejercicio del derecho— y 179 —no ejercer el derecho durante treinta años sobre los inmuebles y seis sobre los muebles— del Proyecto de 1904.

De esta forma llegó al artículo 73.14º del Apéndice de 1925, que establecía la extinción del usufructo vidual por no entrar en el disfrute de la viudedad, ni reclamar durante los veinte años subsiguientes a la defunción del otro cónyuge, o por abstenerse de ejercitarlo durante treinta años en determinados bienes raíces o inmuebles, y durante seis años en determinados bienes muebles.

Observamos, pues, que del paso del Apéndice a la Compilación se prescinde de la segunda parte del precepto, conservándose únicamente la primera y, además, amputada. Porque, en efecto, del «no uso y no reclamación del derecho durante veinte años» a que se refiere el Apéndice, se pasa a la «no reclamación» durante ese mismo plazo a que alude la Compilación. No obstante, pese a ese aparente cambio, debemos seguir entendiendo que si el viudo entra en el disfrute de su derecho dentro del plazo de veinte años, contados desde el fallecimiento de su cónyuge, el usufructo vidual no se extinguirá. Basta recordar que no se requiere reclamación para que nazca el derecho puesto que, como dispone el artículo 79, *el fallecimiento de un cónyuge atribuye al sobreviviente con derecho expectante el de usufructo sobre los bienes afectos y, desde ese momento, su posesión*. Por ello hemos de entender que, si el viudo comienza a disfrutar de la viudedad, no será necesario reclamarla para evitar su extinción.

En definitiva, pensamos que si el viudo comienza el disfrute de la viudedad, aunque fuera parcialmente, dentro del plazo de veinte años a contar desde el fallecimiento de su cónyuge, no podrá darse la extinción a que se refiere este precepto, aunque más tarde se dejen de poseer los bienes. Además, tampoco se perderá el usufructo vidual si, pese a no entrar en el disfrute de la viudedad, se reclama éste dentro del plazo de veinte años antes aludido, entendiendo que tal reclamación debe suponer el ejercicio de una acción que pretenda el reconocimiento del usufructo de viudedad en su conjunto y no simplemente la atribución del disfrute sobre un bien determinado. No hemos de olvidar, a este respecto, que la causa de extinción de la que estamos tratando se encuentra recogida en

el apartado 1 del artículo 86 que se refiere al usufructo de viudedad sobre la totalidad de los bienes, y no en el apartado 2 que es el que se refiere al mencionado derecho sobre bienes determinados.

En relación a si el plazo de veinte años que estudiamos es un plazo de prescripción o de caducidad, no existe unanimidad[173]. A mi modo de entender, el plazo debe conceptuarse como de caducidad pues no hemos de olvidar que el derecho de viudedad, también en su fase de usufructo, es inalienable conforme a los artículos 74 y 83 de la Compilación, lo que, en definitiva, implica que es también imprescriptible al tratarse de un derecho que está fuera del comercio de los hombres (artículo 1.936 del Código civil)[174]. El que no estemos ante un plazo de prescripción, sino de caducidad, significa que el mismo no puede interrumpirse, lo que viene abonado por la propia dic-

[173] Los autores del siglo XIX (MARTÓN y SANTAPAU, DIESTE, BLAS, NAVAL, etc.) hablan de este plazo como plazo de prescripción, al parecer por una errónea interpretación de una afirmación de SESSE referida a la acción del usufructuario de un crédito para reclamar su cobro y no, como se interpretó, a la acción para reclamar el usufructo. *Vid.* SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.,* pág. 855, quienes, sin embargo, entienden que se trata de un plazo de caducidad (pags. 858 y 859). También titula esta causa como «prescripción del derecho» LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, *op. cit.,* págs. 403.

[174] DE PABLO CONTRERAS, Pedro, en VV.AA., *Curso de Derecho Civil.* Volumen I, Ed. Colex, 1998, pág. 260, indica que *... no prescriben las acciones que no comportan el ejercicio de ninguna pretensión o facultad de exigir a otro una determinada conducta (o sea, todas las que no son «de condena»), cual es el de las llamadas «acciones (meramente) declarativas» de la existencia o inexistencia de un derecho...* En este sentido, siendo que de lo que se trata en el presente caso es de obtener un pronunciamiento que declare la existencia del derecho, nos encontraremos ante una acción meramente declarativa y, por tanto, imprescriptible. Por otro lado, el mismo autor, en la pág. 262, *op. cit.,* afirma que *... las acciones declarativas, en principio, ni prescriben ni caducan, sino que pueden ser ejercitadas en todo tiempo por quien tenga un interés legítimo en que se declare la existencia o inexistencia del derecho o de la relación o situación jurídica controvertida. Cabe, empero, que la ley someta expresamente el ejercicio de acciones de condena o declarativas a plazos de caducidad.* Y, en mi opinión, éste es el caso que aquí tratamos: tratándose del ejercicio de una acción, en principio, imprescriptible, la Ley ha fijado un plazo para su ejercicio y, por ello, ese plazo debe entenderse como de caducidad.

ción del artículo 86.1.6º (no reclamar el derecho durante los veinte años *siguientes*...). Supone, también, que no es necesario que sea alegado por las partes, sino que es apreciable de oficio por los tribunales.

II.B.5.b) En la nueva Ley

La Ley 2/2003, de 12 de febrero, repite literalmente los términos de la Compilación al disponer en su artículo 119.1.f) que se extingue el usufructo de viudedad *por no reclamar su derecho durante los veinte años siguientes a la defunción del otro cónyuge*[175]. Vale, por tanto, lo comentado sobre el artículo 86.1.6º de la Compilación.

II.B.6. Las causas de extinción del usufructo de viudedad en la cláusula residual

II.B.6.a) Introducción

II.B.6.a) 1.º En la Compilación

El apartado 2 del artículo 86 de la Compilación establece, en su primera parte, una cláusula de cierre sobre las causas de extinción del usufructo vidual recayente en el conjunto de los bienes, al establecer que, *en lo no previsto en este artículo o en el 78, se aplicarán los artículos 513 y siguientes del Código Civil*. En definitiva, se nos está diciendo que, además de las causas hasta ahora examinadas en este apartado (renuncia explícita, nuevo matrimonio, corrupción o abandono de los hijos, etc..), también son causas de extinción del usufructo vidual, aquellas que la Compilación recoge como extintivas del «derecho expectante» en su artículo 78. Recordemos que éste también se refería al Código civil, y que tal referencia nos reconducía a los artículos 513 y stes., por lo que la remisión del artículo 86.2 a lo previsto en el 78 hacía ya innecesaria la repetición.

[175] Quizá, podría haberse redactado de forma más completa el precepto diciendo que se extingue «por no reclamar el viudo su derecho durante los veinte años siguientes a la defunción de su cónyuge».

Pero lo que en primer lugar nos interesa destacar, es que la filosofía de este precepto se adapta perfectamente a nuestra idea sobre la estructuración de las causas de extinción en la Compilación. Se nos está diciendo que lo que produce la extinción del derecho expectante, también provoca la desaparición del usufructo vidual. Es decir, que existen unas causas —las que se recogen en el artículo 78— que dan lugar a la extinción del derecho de viudedad como institución y que, en consecuencia, si se producen en vida de ambos cónyuges ocasionan la desaparición del derecho en sus dos fases para aquel en quien concurran, y si se dan en el viudo tras el fallecimiento de su cónyuge originarán la extinción del usufructo vidual, por ser ésta la única fase vigente en el momento de inferirse.

Precisamente esta referencia al artículo 78 como cláusula de cierre, hace innecesaria la expresa constancia del número 1º, del apartado 1, del artículo 86 (renuncia explícita en documento público) y del número 4º del mismo apartado (corrupción o abandono de los hijos), pues ambos supuestos ya se encuentran amparados por el paraguas de aquél. No olvidemos que el artículo 78 ya se refiere a las causas de indignidad (entre las que se encuentra la corrupción o abandono de los hijos) como determinantes de la extinción del derecho; y que también se refiere a las demás causas de extinción del derecho expectante previstas en la Compilación (entre las que se encuentra la renuncia, total o parcial, en documento público, recogida en el artículo 72.1).

II.B.6.a) 2.º En la nueva Ley

Por su parte, la Ley 2/2003, de régimen económico matrimonial y viudedad, no recoge en el artículo 119 una cláusula de cierre del tipo de la descrita. De hecho, sólo añade a las causas hasta ahora tratadas como extintivas del usufructo vidual en su conjunto, la de la muerte del usufructuario [art. 119.1.a)]. Esto, sin embargo, no implica que no existan otras causas de extinción en el resto de su articulado. Ya hemos visto cómo —a nuestro juicio—, a diferencia de lo que sucede en la Compilación, las causas de indignidad para suceder no son

contempladas como extintivas del derecho de viudedad en su conjunto, sino únicamente como determinantes del decaimiento del derecho en su fase de usufructo (arts. 93 y 94.3). Pero, además, y siguiendo la línea de lo que hasta ahora hemos defendido, el hecho de que no se recojan expresamente dentro de las causas de extinción del usufructo vidual, no significa que aquellas que originan la extinción del derecho de viudedad no provoquen la pérdida de la segunda fase de ese derecho: si se producen en vida de los cónyuges originarán la extinción de las dos fases, y si tienen lugar tras el fallecimiento de uno de ellos, ocasionarán la pérdida del usufructo vidual. Por ello, resulta innecesaria la reiteración de estas causas dentro del artículo 119 de la nueva Ley, y ese es el criterio que parece haber seguido ésta.

II.B.6.b) Examen concreto de las causas de extinción, en la fase del usufructo vidual, explicitadas en el artículo 78 de la Compilación

Expuesto todo lo anterior, conviene a continuación examinar de qué manera las diferentes causas recogidas en el artículo 78 de la Compilación tienen virtualidad para producirse tras el fallecimiento del cónyuge y, en consecuencia, para extinguir el derecho en su fase de usufructo vidual.

II.B.6.b) 1.º Las causas de indignidad

II.B.6.b) 1.º a' En la Compilación

Si analizamos las causas de indignidad para suceder, veremos cuáles de ellas pueden producirse tras el fallecimiento del cónyuge. Deberemos concluir en relación a las mismas, lo siguiente:

a) El abandono, prostitución o corrupción de los descendientes puede darse tras el fallecimiento del cónyuge, es decir, en fase de usufructo vidual. No hay que olvidar que, de hecho, existe una referencia explícita a esta causa en el artículo 119.1.d) de la Ley 2/2003 como determinante de la extinción del usufructo vidual.

b) La condena por atentado contra la vida del cónyuge, descendiente o ascendiente, puede producirse tras el fallecimiento del primero, es decir, en la segunda fase de la institución. Habrá que tener en cuenta, eso sí, lo dispuesto en los artículos 14, 15 y 16 de la Ley de sucesiones. O lo que es lo mismo: si los hechos desencadenantes de la condena se producen antes del fallecimiento del premuerto, aunque la sentencia recaiga o adquiera firmeza después de ese momento, el disfrute de la viudedad permanecerá en suspenso hasta dicha firmeza. Además, en el supuesto de que, indebidamente se hubiera entrado en el usufructo, deberán restituirse los frutos y rentas percibidos. Pero es que incluso nos podemos encontrar ante atentados contra la vida de ascendientes o descendientes del cónyuge que tengan lugar con posterioridad a la muerte de este último y que, en mi opinión, deben ocasionar la extinción del usufructo. En este caso, el viudo, en el momento del fallecimiento de su consorte, reunía los requisitos necesarios para acceder a la segunda fase del derecho de viudedad. La causa de indignidad, propiamente, se produce una vez ya ha entrado en el disfrute. Pero, a mi juicio, debe provocar la extinción del usufructo a partir del momento en que se cometió el atentado[176].

c) La condena a pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de patria potestad, autoridad familiar, tutela, guarda o acogimiento familiar, en relación a un descen-

[176] Comparto la opinión de ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Curso de Derecho Civil. V Derecho de Sucesiones*, Ed. Bosch, Barcelona, 1982, págs. 87 y 88 —expresada en materia de Derecho sucesorio y en relación a lo dispuesto en el Código civil, y que entiendo trasladable al caso que nos ocupa— sobre la trascendencia de la comisión del hecho indigno aunque haya tenido lugar después de la muerte del causante. En concreto, y en relación al atentado contra la vida de ascendientes o descendientes del causante, dice este autor que, *aunque se produzca (...) bastante después de la muerte del testador, la razón moral contra quien lo comete es del mismo peso para echar sobre él la indignidad, aun en ese caso.* No obstante, discrepo de él, en lo que aquí nos atañe, cuando afirma que *si el hecho es cometido después, borra retroactivamente la aptitud para suceder, y, por tanto, la delación recibida*. En mi opinión, en el caso del usufructo vidual el derecho debe extinguirse a partir del momento en que se produce el atentado, pero sus efectos no deben afectar al disfrute que se ostentó antes de dicha acción, es decir, mientras reunía todos los requisitos para ello.

diente del cónyuge, puede tener lugar tras el fallecimiento de éste, luego ya vigente el usufructo vidual. Al igual que en el caso anterior, si los hechos determinantes de la inhabilitación se han producido antes del fallecimiento del premuerto, habrá que esperar a la firmeza de la sentencia, permaneciendo, entretanto, el usufructo en suspenso. Deberemos, pues, acudir a los artículos 14, 15 y 16 de la Ley de sucesiones. Pero, además, podemos pensar en una condena de inhabilitación especial por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del ejercicio de los derechos de la patria potestad, o autoridad familiar, tutela, guarda o acogimiento familiar, sobre esos descendientes del cónyuge que se refiera a hechos posteriores al fallecimiento de éste. En tal caso, también se habrá accedido al usufructo vidual por reunirse los requisitos necesarios para ello en el momento de la muerte del consorte; y, sin embargo, a mi juicio, tal comportamiento deberá provocar la extinción del derecho desde el mismo momento en que se produce el incumplimiento. Los fundamentos de esta opinión son los mismos que los que deben sustentar la opción mantenida en la letra anterior: la conducta llevada a cabo por el viudo una vez fallecido su cónyuge es tan reprobable como lo hubiera sido de haber tenido lugar antes de dicha defunción. Además, no hemos de olvidar que nos encontramos ante una institución de naturaleza familiar que pretende atribuir al supérstite los instrumentos necesarios para mantener la *auctoritas familiae* a fin de velar adecuadamente por los intereses del grupo. Y quien ha sido capaz de incumplir con sus obligaciones con respecto a otros miembros de la familia —hasta límites tales, que ha merecido el castigo de la privación de la patria potestad, autoridad familiar, tutela o acogimiento, sobre alguno de ellos—, no parece que deba ser acreedor tampoco de los derechos inherentes a la viudedad, por su manifiesta inaptitud para cuidar de las necesidades de ese grupo.

d) En los supuestos de condena por acusación o denuncia falsa contra el causante, si esa condena se produce tras el fallecimiento de éste, nos encontraremos también en fase de usufructo vidual, por lo que deberá atenderse a lo dispuesto en los artículos 14, 15 y 16 de la Ley de sucesiones.

e) También los supuestos en que el viudo, sabedor de la muerte violenta del cónyuge no la hubiese denunciado a la justicia dentro del plazo de un mes desde que aquélla tuvo lugar, salvo que los Tribunales hubieran procedido de oficio, pueden tener lugar en la segunda fase de la institución. En este caso, no sólo es que pueda producirse la causa en el periodo de usufructo vidual, sino que, propiamente, sólo podrá darse entonces puesto que será la muerte del cónyuge el requisito previo para ella. Aquí deberemos tener en cuenta, también, lo señalado en el artículo 14 de la Ley de sucesiones en el sentido de que habrá que esperar al transcurso del mes señalado para la denuncia[177]. Hasta ese momento, el disfrute por el viudo estará en suspenso. Transcurrido el mes, si no se ha procedido antes de oficio y se demuestra que el supérstite conocía la violencia de la muerte del cónyuge antes de la finalización de dicho plazo, no se llegará a entrar en el usufructo por no reunirse los requisitos necesarios para ello. Pero, si se entra sin tener derecho, deberán devolverse los frutos y rentas percibidos. Sin embargo, si el conocimiento de la violencia de la muerte se produce transcurrido un mes de ella, podría darse el caso de que el viudo entrara en el disfrute de su derecho, puesto que en el momento oportuno reunía los requisitos necesarios. A pesar de esto, en mi opinión, si no denuncia la causa violenta de la muerte en el plazo de un mes desde que tiene noticias de ella, su conducta será tan reprobable como la del que omite la denuncia antes de que transcurra un mes desde el fallecimiento del consorte y, por

[177] Aunque para valorar adecuadamente el cumplimiento de la obligación por parte del viudo hemos de atender al momento en el que éste tenga conocimiento de la causa violenta de la muerte de su consorte —de tal forma que el plazo de un mes debe contarse tomando como referencia el instante en que el supérstite es sabedor de esa violencia—, la necesidad de no dejar indefinidamente en suspenso su derecho obliga a atender al momento de la muerte de su cónyuge. Es decir, deberemos esperar a que transcurra un mes desde ese fallecimiento para valorar si, entonces, el viudo era conocedor de la causa violenta de la muerte y, en consecuencia, decidir si debe, o no, entrar en el disfrute. Esto es lo que defiende ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, "Comentarios al artículo 758 del Código civil", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, t. X, vol. 1, Edersa, Madrid, 1987, pág. 250.

tanto, deberá verse castigada con la extinción del derecho desde el instante en el que tuvo tal conocimiento. La base de esta opinión se encuentra en las mismas razones que hemos apuntado para los casos de atentado contra la vida de ascendientes o descendientes del cónyuge, producidos con posterioridad al fallecimiento de éste, y para los supuestos de incumplimiento de las obligaciones derivadas de la autoridad familiar, patria potestad, tutela o acogimiento con respecto a los descendientes del consorte, que tuvieron lugar tras su muerte. Habrá que tener en cuenta, eso sí, el plazo de caducidad a que se refiere el artículo 18 de la Ley de sucesiones.

f) En relación a la amenaza, fraude o violencia contra el cónyuge a fin de que el mismo revoque o modifique las disposiciones relativas al derecho de viudedad, es evidente que dichos comportamientos sólo pueden darse en vida de aquél. Podríamos pensar, eso sí, en que la constatación de la existencia de esos vicios de la voluntad se revelara a través de una resolución judicial recaída tras su fallecimiento. Pero, en todo caso, la indignidad se produce aquí cuando se amenaza, se utiliza el fraude o se usa la violencia, y no en el momento en que recae la resolución. Por tanto, la indignidad ya existía antes del fallecimiento del cónyuge.

g) En cuanto a la amenaza, fraude o violencia contra el cónyuge para impedir que otorgue, revoque o modifique, pacto sucesorio o testamento, estaremos en el mismo caso que en la letra anterior. Sin embargo, tratándose de suplantación, ocultación o alteración de los testamentos o pactos ya otorgados, el comportamiento pueda darse fallecido ya el cónyuge y, por tanto, en fase de usufructo vidual[178]. En tal caso, cuando se produjo la muerte del consorte, el viudo reunía los requisitos necesarios para entrar en el disfrute, pero dándose el comportamiento reprobable en un momento posterior, deberá entenderse extinguido, desde ese instante, el usufructo vidual. Como hemos defendido

[178] De opinión contraria a la posibilidad de que ésta y la anterior causa de indignidad puedan provocar la extinción del usufructo vidual son SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.,* pág. 862.

en los otros casos, tan inapropiado es para ser titular del derecho quien lleva a cabo esa acción antes, como el que la realiza una vez fallecido su cónyuge. No hay que olvidar tampoco las implicaciones familiares de la institución: si se concede el derecho de viudedad al supérstite, es porque la Ley entiende que éste cumplirá adecuadamente con sus obligaciones de mantener unido y cohesionado el patrimonio y las necesidades e intereses familiares, y, por tanto, cuando lleva a cabo una acción que pone en evidencia la falta de confianza que merece para desempeñar esa labor, es lógico que deba quedar privado del derecho.

II.B.6.b) 1.º b' En la nueva Ley

Recordemos aquí que la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad trata expresamente las causas de indignidad para suceder, junto con las demás causas de desheredación, como extintivas del usufructo vidual y no del derecho de viudedad en su conjunto. Así se desprende del artículo 94.3 que prevé la extinción del derecho cuando se incurre en esas causas al fallecer el cónyuge, y del artículo 93.1 que permite que un cónyuge pueda privar del derecho de viudedad al otro por medio de testamento[179]. Por tanto, las causas de indignidad para suceder del artículo 13 de la Ley de sucesiones, y también las restantes de desheredación del 195 de la misma Ley, son, con la Ley de 2003, causas de extinción del usufructo de viudedad, y única y exclusivamente de él[180].

II.B.6.b) 2.º La declaración de nulidad del matrimonio

II.B.6.b) 2º a' En la Compilación

En lo relativo a la declaración de nulidad del matrimonio, entendemos que tampoco existe obstáculo para que esta cau-

[179] Siendo el testamento el medio empleado para privar del derecho de viudedad, su eficacia, como disposición de última voluntad, no se producirá sino a la muerte del testador y, por tanto, ya en fase de usufructo vidual.

[180] *Vid.* apartado II.A.3 de la primera parte de este trabajo y críticas que esta solución nos merece.

sa se produzca una vez disuelto éste por fallecimiento de uno de los contrayentes. Podría darse el caso de que la acción de nulidad se ejercitara en vida y el demandante falleciera antes de que recayera resolución judicial. E incluso podría ocurrir que la acción se ejercitara tras esa muerte, pues no hay que olvidar que la legitimación activa para la interposición de la acción también la tienen, en virtud del artículo 74 del Código civil, el Ministerio Fiscal y cualquier persona con interés directo y legítimo en ella. Esto supone que los nudo propietarios (herederos o no), como interesados directos y legítimos en la declaración de nulidad, podrán ejercitar la acción también tras la defunción del cónyuge premuerto. Sin embargo, no existirá legitimación para ello en aquellos supuestos que el propio Código civil reserva exclusivamente al cónyuge sobreviviente (caso de falta de edad de éste si ya ha alcanzado la mayoría de edad, o de error, coacción o miedo grave, sufrido por el mismo). Dándose estas situaciones, sólo el viudo estaría legitimado para el ejercicio de la acción de nulidad, con el contraproducente resultado para él de que, si la ejercitara y se declarara posteriormente la misma, se extinguiría su usufructo vidual.

II.B.6.b) 2.º b' En la nueva Ley

La Ley 2/2003, de 12 de febrero, ha tratado con mucho rigor el problema que aquí hemos planteado, puesto que la simple admisión a trámite de la demanda de nulidad es causa de extinción del derecho de viudedad[181]. Además, hay que tener en cuenta que sólo en el supuesto de que el proceso finalizara en vida de ambos cónyuges sin sentencia firme estimatoria de la demanda nacería de nuevo el derecho. Es decir, que si se produce el fallecimiento de uno de los cónyuges estando pendiente de resolución el proceso sobre nulidad, el derecho

[181] En concreto, dice el artículo 94.2 de la Ley que el derecho de viudedad *se extingue también por la admisión a trámite de la demanda de separación, divorcio o nulidad, interpuesta por uno o ambos cónyuges, a menos que pacten su mantenimiento mientras el matrimonio subsista. El derecho de viudedad nace de nuevo cuando el proceso finaliza en vida de ambos cónyuges sin sentencia firme estimatoria, se reconcilian los cónyuges separados, o así lo pactan éstos.*

no renacería: la extinción se habría producido, sin vuelta atrás, desde el momento en que se admitió a trámite la demanda (art. 94.2). Es por ello que, sólo en el supuesto de que la muerte del demandante se produjera tras la presentación de la demanda, y antes de su admisión a trámite, podríamos catalogar esta causa como extintiva únicamente del usufructo vidual, pues, en cualquier otro caso, habiéndose producido el fallecimiento tras la admisión a trámite, la extinción sería del derecho de viudedad en su conjunto (incluido, por supuesto, el usufructo de viudedad).

II.B.6.b) 3.º El divorcio y la separación judicial

II.B.6.b) 3º a' En la Compilación

Más dificultades que en el caso anterior existen para imaginar la concurrencia de estas causas una vez fallecido uno de los cónyuges. No hay que olvidar que el artículo 88 del Código civil dispone que *la acción de divorcio se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges* (...). Ello hacía innecesario, por lo tanto, plantear el supuesto de la posible existencia de causas de separación o divorcio a la muerte de un cónyuge si éste previamente no ha entablado acción judicial para obtener tales pronunciamientos. No habiéndose ejercitado acción de divorcio o de separación en vida no puede existir la causa de extinción del usufructo vidual, puesto que nadie, salvo el propio fallecido, está legitimado para entablarlas.

No es tan claro el caso que pudiera darse si el cónyuge fallecido hubiera ejercitado las acciones en vida, pero se hubiera producido la defunción antes de recaer resolución judicial. En tales supuestos, la acción la habrá ejercitado la persona legitimada para ello, pero quedará extinguida con su muerte. Y no hay que olvidar que, a su fallecimiento, pueden existir interesados en que recaiga resolución declarando el divorcio o la separación puesto que de dicha declaración dependerá la subsistencia o no del usufructo vidual.

Con anterioridad a la Compilación, el Apéndice de 1925 (art. 64) preveía estos supuestos para los casos de separación

si el fallecido era el cónyuge inocente: a sus herederos se les concedían *las acciones civiles conducentes a los pronunciamientos definidores de la condición de los bienes*. Nada dice la Compilación al respecto pero, por la remisión del artículo 86.2º al 78, debe entenderse que todas las causas de extinción del derecho expectante previstas en este último, lo serán también del usufructo vidual si se producen tras el fallecimiento de uno de los cónyuges; y, en ese sentido, debería otorgarse a los interesados en que la acción de divorcio o de separación entablada en vida por el difunto llegue a su fin, la posibilidad de continuar en el ejercicio de la misma a los solos efectos de resolver las cuestiones de contenido patrimonial que puedan derivarse de dichas declaraciones. Esto supondría legitimar, para mantener la acción con ese único objetivo, a los nudo propietarios de los bienes sobre los que recaiga el usufructo vidual, sean o no herederos del premuerto[182].

[182] No obstante lo dispuesto en el artículo 88 del Cc, coinciden, en este punto, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.,* págs. 860 y 861, y LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, *op. cit.,* pág. 404. No hay que olvidar que el artículo 98.2 del texto derogado de la Compilación establecía que, a los efectos de hacer ineficaces las liberalidades que los cónyuges se hubieran concedido en testamento mancomunado y las disposiciones correspectivas, y en relación a la nulidad, divorcio o separación del matrimonio, *podrá continuarse el proceso por los herederos de un cónyuge, quedando en suspenso la efectividad de dichas disposiciones y liberalidades*. También otros Derechos forales, como el catalán, prevén expresamente la legitimación de los herederos que pudieran resultar beneficiados por la declaración de nulidad, divorcio o separación, para seguir ejerciendo las acciones planteadas en su momento por el fallecido. En concreto, el artículo 335 de la Ley de sucesiones catalana dice que *si, al fallecer el causante, hay pendiente una demanda de nulidad matrimonial, divorcio o separación, salvo que haya habido reconciliación entre los cónyuges, los herederos llamados en defecto del cónyuge pueden seguir ejerciendo las acciones planteadas y, si lo hacen, deben esperar al resultado de la sentencia definitiva para mantener o para negar al cónyuge sobreviviente el derecho a suceder*. En esa misma línea, podemos considerar que, en el caso aragonés, si se hubiera entablado la acción por uno de los cónyuges antes de su muerte, podría mantenerse la acción por los interesados en que se resolviera sobre la extinción o no del derecho de viudedad, debiendo, en tal caso, quedar éste en suspenso hasta que recaiga resolución definitiva.

II.B.6.b) 3º b' En la nueva Ley

La Ley 2/2003 ha solventado la mayoría de los problemas interpretativos que pudieran existir hasta la fecha, puesto que reconduce al momento de admisión a trámite de la demanda los efectos extintivos. El derecho únicamente volvería a nacer en el caso de que el proceso finalizara en vida de ambos cónyuges sin sentencia firme estimatoria. Por tanto, si el fallecimiento del cónyuge se produjera antes de recaer resolución judicial, no habría renacimiento del derecho: éste habría quedado extinguido desde el mismo momento en que la demanda fue admitida a trámite.

Un caso conflictivo, sin embargo, podría tener lugar si presentada demanda de divorcio o separación, las partes hubieran pactado —conforme a lo prevenido por el artículo 94.2— el mantenimiento del derecho de viudedad mientras el matrimonio subsista. Si, en tal caso, se produjera el fallecimiento de cualquiera de los cónyuges antes de que recayera resolución judicial deberemos de entender que el derecho se extingue, puesto que la muerte es causa de disolución del matrimonio: éste ha dejado de subsistir y, en consecuencia, el pacto de mantenimiento del derecho ha dejado de tener vigencia[183].

[183] Antes de la reforma emprendida por la Ley 15/2005, de 8 de julio, que ha dejado sin contenido el artículo 82 del Código civil, despojando a la separación y al divorcio de su carácter causal, podía tener sentido atribuir al sobreviviente legitimación para sostener la acción de divorcio, o de separación, a fin de que el órgano judicial determinara si realmente existía, o no, causa para ello; pues caso de no existir fundamento, no habría tenido por qué haberse producido la extinción de su derecho de viudedad. De hecho, como hemos visto, tanto en el texto derogado de la Compilación, como en otros ordenamientos jurídicos, como el catalán (eso sí, en ambos casos dentro del ámbito del Derecho sucesorio), se permite que ciertas personas interesadas, puedan mantener las acciones una vez fallecido el causante. Esto permitiría considerar la posibilidad de que el cónyuge sobreviviente, como persona interesada, hubiera podido sostener la acción entablada en su momento por el premuerto, a los efectos mencionados. Sin embargo, tras la mencionada reforma, parece claro que, planteada la acción por cualquiera de los cónyuges y cumplidos los requisitos temporales que señala el artículo 81 del Código civil, el órgano judicial resolverá en favor de la separación o el divorcio, por lo que poco sentido tendrá ya mantener la acción si se busca obtener un pronunciamiento contrario a lo pedido en la demanda planteada antes del fallecimiento del cónyuge.

A falta de pacto de mantenimiento del derecho mientras el matrimonio subsista, el derecho se extinguirá con la admisión a trámite de la demanda, por lo que, como en el caso de nulidad, solamente si el fallecimiento del demandante se produce tras la presentación de la demanda y antes de su admisión a trámite, ésta funcionaría específicamente como extintiva del usufructo vidual. En otro caso, si la muerte se produce tras esa admisión a trámite, propiamente se extinguiría el derecho de viudedad en su conjunto, abarcando tanto la fase expectante como la del usufructo.

II.B.6.c) Examen concreto de las causas de extinción del usufructo ordinario del Código civil, como extintivas del usufructo vidual

Como ante hemos dicho, el artículo 86.2 de la Compilación dispone que, en lo no previsto en él, o en el 78, *se aplicarán los artículos 513 y siguientes del Código Civil*. También hemos afirmado cómo, a nuestro entender, esta referencia es reiterativa puesto que el propio artículo 78 ya recogía entre las causas de extinción del derecho de viudedad *las establecidas para el usufructo en el Código Civil* —causas éstas que son precisamente las recogidas en el artículo 513 y stes. del mencionado cuerpo legal—. Pues bien, en base a esta doble referencia, debemos considerar que se extingue el derecho de viudedad en esta segunda fase —como también lo hacía en la primera en la medida en que sus características lo permitieran—, por las siguientes causas:

II.B.6.c) 1.º La muerte del usufructuario

II.B.6.c) 1.º a' En la Compilación

Como ya vimos al tratar de las causas de extinción del derecho de viudedad, también la muerte del titular del mismo provoca su extinción. Vale aquí todo lo que en aquel momento expusimos tanto en relación a la muerte, como en relación a la declaración de fallecimiento y a la declaración de ausencia, en cuanto determinantes de la desaparición del derecho para el cónyuge difunto[184].

[184] *Vid.* apartados II.C.1 y II.D.2.d) de la primera parte de este estudio.

II.B.6.c) 1º b' En la nueva Ley

La Ley 2/2003, siguiendo el criterio de regular de manera completa la institución sin referencias a ordenamientos ajenos al Derecho aragonés, evita las remisiones al Código civil. Su tratamiento de las causas de extinción del derecho de viudedad en general, y del usufructo vidual en particular, pretende ser completo. Siguiendo esa línea y, a diferencia de lo que hace la Compilación, el artículo 119 recoge en el apartado 1 letra a), como primera causa de extinción del usufructo de viudedad sobre todos los bienes, la muerte del usufructuario.

No hemos de olvidar, sin embargo, en este apartado, referirnos al tratamiento que la nueva Ley confiere a la declaración de fallecimiento en el artículo 94.1, y las consecuencias que de él se pueden derivar en fase de usufructo vidual. En otra parte de este trabajo hemos puesto de relieve cómo, de acuerdo a ese precepto, el derecho de viudedad se extingue necesariamente por la disolución del matrimonio por causa distinta de la muerte. Y entre esas causas de disolución, obviamente, se encuentra la declaración de fallecimiento[185]. Si reconducimos el tema a la segunda fase del derecho de viudedad la regulación se presenta como conflictiva en los supuestos de reaparición del declarado fallecido una vez ya muerto su consorte. Siguiendo el tenor literal del artículo 94.1 deberemos entender que *necesariamente* su derecho se habría extinguido cuando se produjo aquella declaración. Además, no existiendo la posibilidad de contraer nuevas nupcias con el cónyuge premuerto tampoco habrá posibilidad de recuperar el derecho en ninguna de sus dos fases. Como ya expuse en su lugar, sería conveniente evitar las consecuencias indeseadas de esa interpretación literal y abogar por la posibilidad de que el reapare-

[185] También aclaramos en nota al pie de aquella parte del trabajo que la única manera de resolver los posibles inconvenientes que pudieran derivarse de ello, era entender que la declaración de fallecimiento quedaba incluida en la referencia a la muerte. No obstante, esta interpretación no casa adecuadamente con el tenor literal del precepto; sobre todo teniendo en cuenta que, al margen de la muerte, sólo existen en la actualidad dos causas de disolución del matrimonio: la declaración de fallecimiento y el divorcio.

cido recupere el derecho en el estado en el que se halle, conforme se había venido defendiendo por parte de la doctrina vigente la Compilación[186].

II.B.6.c) 2.º La expiración del plazo o el cumplimiento de la condición resolutoria

II.B.6.c) 2.º a' En la Compilación

La posibilidad de que las partes puedan fijar por pacto un plazo para el ejercicio del derecho, o una condición cuyo cumplimiento determine su extinción, viene amparada no sólo por la remisión del artículo 86, y del artículo 78, a las causas de extinción del usufructo ordinario reguladas en el artículo 513 del Código civil, sino también por lo dispuesto en el artículo 72.1 de la Compilación: los cónyuges pueden pactar en instrumento público o disponer de mancomún limitaciones sobre su derecho de viudedad. Ello implica que, además de poder acordar la extinción del derecho en su conjunto o sobre unos determinados bienes, también pueden establecer condiciones o términos a los que quedará sujeto el derecho. Y estas condiciones o términos fijados por pacto o testamento mancomunado pueden manifestarse una vez fallecido uno de ellos, en cuyo caso, encontrándonos ya en la segunda fase del derecho de viudedad, provocarían la extinción del usufructo vidual como única instancia viva de la institución.

También es posible, en mi opinión, con fundamento en el artículo 72.2, el establecimiento de una condición o término por voluntad unilateral, pero relativa solamente a bienes que no sean inmuebles por naturaleza, o sitios del 39.1, siempre que el cumplimiento de dicha condición o término permita respetar el límite cuantitativo fijado por el último inciso de ese número 2, del artículo 72; es decir, siempre que, como resultado del cumplimiento de la condición o término, no se re-

[186] Es cierto que para el mantenimiento del derecho de viudedad es requisito indispensable que el matrimonio no se hubiera disuelto por causa distinta de la muerte. Sin embargo, entiendo que, por razones de justicia, debería buscarse, en casos como el expuesto, una solución favorable al derecho del reaparecido.

duzca el derecho de viudedad a bienes de valor inferior a la mitad del caudal hereditario, pues en ese supuesto sería necesario extenderlo a otros bienes hasta completar dicha mitad. Nos encontraríamos —en el caso de que la condición o término se produjera tras el fallecimiento de uno de los cónyuges, y respetara el límite señalado— ante una causa de extinción del usufructo vidual sobre bienes determinados.

Y, de la misma manera, también considero posible, con base en el artículo 77, las transmisiones a título lucrativo efectuadas por un tercero a los cónyuges y sujetas a condición o término que, de cumplirse fallecido ya uno de éstos, determinarían la extinción del usufructo vidual como única fase vigente del derecho. Si es posible la transmisión de bienes a título lucrativo con prohibición de viudedad[187], con más motivo es posible sujetar el derecho de viudedad que pueda recaer sobre ellos a condición o término.

II.B.6.c) 2º b' En la nueva Ley

En cuanto a lo previsto a este respecto por la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad, debemos decir que nada dispone el artículo 119. Recordemos que tampoco el artículo 94 recogía el establecimiento de condición o término como causa de extinción del derecho de viudedad. Sin embargo, si que se da en la nueva Ley un gran juego a la voluntad de los cónyuges. Así, el artículo 90 les permite pactar en escritura, o disponer de mancomún, la exclusión o limitación del derecho, o regularlo con absoluta libertad. Pues bien, con base en ello, y aunque no se recoja expresamente, podemos entender que las partes pueden acordar que, de cumplirse determinada condición o término, el derecho se extinguirá. En consecuencia, si se da el término o la condición una vez fallecido un cónyuge, el usufructo vidual del otro desaparecerá.

[187] Si existiera prohibición de viudedad no podríamos hablar de una extinción del derecho sino de un no nacimiento del mismo. Recordemos, por otro lado, que conforme al artículo 74.2, los que no pueden establecer prohibiciones de viudedad, en estos casos, son los ascendientes.

Y al igual que ocurre en la Compilación, también en la nueva Ley su artículo 95 permite al donante o al causante que no sea ascendiente, el establecimiento de prohibiciones de viudedad sobre los bienes entregados a título gratuito. Por ello debemos entender que también será posible fijar condiciones o términos a los que quede sujeta la viudedad, pues si es posible excluir la viudedad[188], con más motivo es viable fijar límites menos estrictos sobre este derecho. Si, en tal caso, la condición o término se produjera una vez fallecido el cónyuge receptor de los bienes, el otro perdería el usufructo vidual sobre los mismos.

Sin embargo, y a diferencia de lo previsto en la Compilación, no parece que quepa tal fijación por voluntad unilateral de uno de los cónyuges, puesto que, conforme a lo establecido en el artículo 93, solamente por testamento, y por las causas que dan lugar a la desheredación, se puede privar al cónyuge del derecho de viudedad. Y aun así, si el cónyuge niega la causa, ésta deberá ser probada por los herederos del premuerto.

II.B.6.c) 3.º La consolidación de la propiedad en una sola persona

II.B.6.c) 3.º a' En la Compilación

Ya vimos al analizar las causas de extinción del derecho de viudedad en vida de ambos cónyuges, que considerábamos a la consolidación como un posible desencadenante de la desaparición del derecho sobre bienes determinados. Es posible que el bien sobre el que recae la viudedad en su fase expectante pase a ser propiedad como bien privativo de aquel que tenía el derecho. En tal caso, éste se extinguirá para el adquirente de la propiedad, si bien nacerá para su cónyuge.

En fase de usufructo vidual —donde quizá encaja mejor la figura de la consolidación—, debemos tener en cuenta que el artículo 513.3º del Código civil dice que el usufructo se extingue *por la reunión del usufructo y la propiedad en una misma persona*. Es obvio —a nuestro entender— que dicho precepto

[188] Volvemos a recordar que la prohibición de viudedad no será una causa de extinción sino un supuesto de no nacimiento del derecho.

se está refiriendo al usufructo sobre bienes determinados: cuando en relación a un bien concreto el usufructo y la propiedad pasan a corresponder a una misma persona, el primero se extingue. Evidentemente, cuando esa reunión se produce en todos los bienes sobre los que recae el usufructo, la extinción de cada uno de estos derechos determinará la extinción del usufructo sobre la globalidad.

A este respecto, no hemos de olvidar que el artículo 86.1 de la Compilación, en cuya sede nos encontramos, se está refiriendo a las causas de extinción del usufructo de viudedad en su conjunto. Y para que esta causa se dé, deberíamos encontrarnos con un supuesto en el que el cónyuge —titular del usufructo vidual— pasa a ser propietario de todos los bienes sobre los que recae el derecho. Ello supone:

a) Que en vida del premuerto no se ha producido enajenación alguna de bienes de su patrimonio con la carga del derecho de viudedad, o bien —cosa harto improbable— que el bien enajenado en vida sobre el que se mantiene el derecho de viudedad sea el único bien sobre el que, a su muerte, recae el usufructo de viudedad, por no existir otro patrimonio.

b) Que dándose lo anterior —no existiendo bienes fuera del patrimonio del premuerto sobre los que recaiga el derecho de viudedad— existe un único heredero, y éste fallece siendo, a su vez, el titular del derecho de viudedad su único heredero[189].

En definitiva: 1º Puede darse el supuesto de que la consolidación sea una causa de extinción del usufructo vidual en su conjunto pero, obviamente, no será lo habitual. 2º En todo caso, lo relevante son las consolidaciones sobre bienes determinados como extintivas del usufructo vidual sobre ellos. Si las mismas son de tal envergadura que alcanzan a la totalidad del patrimonio afectado por el derecho de viudedad, las reuniones particulares de usufructo y propiedad en una misma persona,

[189] *Vid.* SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.,* nota al pie nº 50 de la pág. 862. También recogen el supuesto de que el viudo fuera el único heredero de su cónyuge. En tal caso —dicen— se produciría al mismo tiempo el nacimiento y la extinción del usufructo vidual.

nos conducirán a una consolidación global y, por tanto, a la extinción del usufructo vidual sobre el conjunto.

II.B.6.c) 3º b' En la nueva Ley

La Ley 2/2003, con mayor acierto, contempla a ésta como causa de extinción del usufructo vidual sobre bienes determinados, al disponer en el apartado 2, letra b), del artículo 119 que se extingue el usufructo sobre bienes determinados *por la reunión del usufructo y la nuda propiedad en una misma persona*. Ya vimos, en su momento, como, por la vía del pacto del artículo 109 entre el viudo y los nudo propietarios, o, a través de las medidas judiciales del 110, puede llegar a producirse la consolidación. En ese sentido, podrá atribuirse la propiedad de determinados bienes al que hasta ese momento era usufructuario o, incluso, sería viable acordar la extinción del usufructo vidual sobre bienes concretos con cesión del usufructo al nudo propietario. Pero también otros múltiples casos podrían darse, como, por ejemplo, la compra por el viudo de la propiedad de bienes sobre los que recaía su usufructo.

II.B.6.c) 4.º La renuncia. Reiteración

Evidentemente la renuncia a que se refiere el artículo 513.4º del Código civil es reiterativa con la ya mencionada en el propio artículo 86.1.1º, y que ya hemos analizado en su lugar, y también al tratar de la renuncia como causa extintiva del derecho de viudedad en general. Por tanto, en el ámbito del usufructo vidual, la renuncia a que se refiere el Código civil queda claro que será explícita y en documento público.

La nueva Ley —al no remitirse al Código civil— no comete el error de duplicar la referencia a la renuncia como causa extintiva del usufructo vidual sobre todos los bienes. Su única disposición a este respecto se encuentra en el artículo 119.1.b), exigiéndose que la misma sea explícita y conste en escritura pública. Nos remitimos para su estudio a lo dicho en su momento.

II.B.6.c) 5.º La pérdida total de la cosa

II.B.6.c) 5.º a' En la Compilación

El artículo 513.5º del Código civil establece que el usufructo se extingue *por la pérdida total de la cosa objeto del usufructo*. También en este caso se está pensando en un usufructo sobre bienes determinados, por lo que difícilmente casa con el usufructo vidual entendido sobre la globalidad. Para que pudiera darse la extinción en base a esta causa, deberíamos encontrarnos con una pérdida de todos los bienes que constituyen su objeto, hecho que difícilmente se dará. Pero, aun en el supuesto de que se diera, lo sería a través de la extinción del usufructo de los bienes determinados que componen el patrimonio sobre el que recae aquel derecho, razón por la cual su ubicación más acertada se encuentra en el apartado 2, *in fine,* del artículo 86, donde la referencia al artículo 513 del Código civil también queda recogida.

II.B.6.c) 5.º b' En la nueva Ley

En ese sentido, la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad, con mejor lógica, ha incluido la pérdida total de la cosa objeto del usufructo dentro de las causas de extinción del usufructo sobre bienes determinados en el artículo 119.2.c).

II.B.6. c) 6.º La resolución del derecho del constituyente

II.B.6.c) 6.º a' En la Compilación

Esta causa de extinción del usufructo se recoge en el artículo 513.6º del Cc. Y, al igual que ocurría en los dos casos precedentes, se adecua más a los supuestos de extinción de un usufructo sobre bienes determinados que a un usufructo de carácter universal como es el vidual. Difícil —aunque no imposible— es imaginar un supuesto en el que los derechos que tenía el cónyuge premuerto sobre todos sus bienes, se resuelvan a la vez. El supuesto será más viable cuanto más reducido sea el patrimonio del que estemos hablando, pero, sea como fuere, si se llega a la extinción del usufructo vidual en su conjunto será por la vía de la extinción del mismo sobre cada uno de los bienes

que lo componen, por lo que el lugar más adecuado para su tratamiento es el apartado 2, *in fine,* del artículo 86[190].

II.B.6.c) 6.º b' En la nueva Ley

La Ley 2/2003 no recoge la resolución del derecho del constituyente (entiéndase del derecho del otro cónyuge), entre las causas de extinción del derecho de viudedad, ni tampoco del usufructo vidual en su conjunto, o sobre bienes determinados.

En mi opinión, su no inclusión no afecta para nada a la virtualidad de esta causa extintiva cuando la resolución del derecho implique que la propiedad del bien sobre el que recae el usufructo vidual nunca fue del cónyuge premuerto: no existiendo tal propiedad, conforme a los artículos 89.1, 97 y 101 de la Ley, no puede existir el derecho de viudedad que sobre la misma pudiera recaer. Es decir, más que ante una causa de extinción del derecho, nos encontraríamos ante un supuesto de no nacimiento del mismo. Sería, por ejemplo, el supuesto de que la adquisición efectuada por el premuerto fuera declarada nula.

En cambio, y aunque debamos llegar a la misma conclusión, plantean más dudas los supuestos en que el cónyuge premuerto adquirió la propiedad del bien pero lo hizo de una manera condicionada o afectada, de manera que la causa de resolución se refiere al dominio que sí se llegó a tener por el fallecido. Sería el caso, por ejemplo, de haber adquirido el bien sujeto a una condición resolutoria, o a un pacto de retro. Si fallecido el propietario de los bienes, y por tanto ya en la fase de usufructo vidual, se cumpliera la condición pactada, o el vendedor ejercitase el retracto, el premuerto sí habría adquirido la propiedad en un momento determinado, lo que implica que también para el viudo habría nacido un derecho de viudedad que, tras el fallecimiento, se manifestaría como usufructo vidual sobre dicho bien. Vigente la Compilación —y aplicando el artículo 513.6º del Cc por remisión— no planteaba duda alguna

[190] *Vid.* SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.,* págs. 862 y 863 y, sobre todo, pág. 865.

que, resuelto el derecho del cónyuge que ya había fallecido, también se extinguía el usufructo del viudo. ¿Pero que sucede con la nueva Ley? En principio, ésta nos ha dejado huérfanos de la explicitación de esta causa de extinción, aunque, como se explica en el Preámbulo de la misma, lo que se ha pretendido en materia de extinción de usufructo vidual, es no introducir *otra novedad de nota que la aclaración de la admisibilidad de la disposición en contrario respecto de la causa consistente en llevar el viudo vida marital estable*. Es decir, una interpretación de la norma fundada en la propia intención del legislador nos lleva a considerar que nada ha cambiado: lo que era causa de extinción del usufructo vidual con el sistema de la Compilación sigue siéndolo tras ella y, por lo tanto, la resolución del derecho por parte del cónyuge premuerto implicará también la extinción del usufructo vidual. De la misma manera, una interpretación lógica también nos debe llevar a esa misma conclusión: nadie puede transmitir a otro sino los derechos que él mismo tiene sobre la cosa y, si la plena propiedad estaba sujeta a determinadas afecciones, también lo debe estar el usufructo de viudedad que nace sobre esa cosa[191].

II.B.6.c) 7.º La prescripción

II.B.6.c) 7.º a' En la Compilación

El artículo 513 del Código civil, en su último número, establece como causa de extinción del usufructo ordinario, la prescripción.

[191] No obstante, no quiero dejar de plantear los problemas que la no inclusión de esta causa de extinción puede acarrear, y las graves dudas interpretativas que pueden surgir en casos concretos como los apuntados. No olvidemos que el derecho de viudedad se adquiere por ministerio de la ley y no por la «constitución del derecho» por el dueño del bien. Por ello, afirmar que nadie puede transmitir a otro más derechos sobre una cosa que los que tiene, puede ser una explicación plausible para conseguir un resultado justo y querido por la norma (el de que la resolución del derecho del premuerto —aunque fuera ya tras su fallecimiento— conlleve la extinción del usufructo vidual), pero con endeble fundamento normativo. Es por ello, por lo que considero que siempre hubiera resultado más adecuado mantener en el articulado de la Ley la expresa mención de esta causa de extinción.

Ya, en otras partes de este trabajo, hemos expuesto cómo el derecho de viudedad (incluyendo en él, el usufructo vidual) es un derecho inalienable —y, por tanto, fuera del comercio de los hombres— y, en consecuencia, imprescriptible por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.936 del Cc.

Otra cosa diferente es que, en la propia Compilación, se prevea como causa de extinción la no reclamación del derecho durante los veinte años siguientes a la defunción del cónyuge (art. 86.1.6º). Pero, como ya vimos, no se trata, en nuestra opinión, de un caso de prescripción sino de extinción por no uso o no ejercicio del usufructo vidual, independiente de la voluntad de terceros. El plazo contemplado es, además, un plazo de caducidad y no de prescripción: no admite interrupción y es apreciable de oficio por los Tribunales.

II.B.6.c) 7.º b' En la nueva Ley

La Ley de régimen económico matrimonial y viudedad, siguiendo el criterio apuntado, no recoge la prescripción como causa extintiva del usufructo vidual, manteniendo, eso sí, la causa de extinción antes comentada consistente en no reclamar el derecho durante los veinte años siguientes a la defunción del cónyuge [art. 119.1.f)].

II.B.6.d) Las causas de extinción del derecho expectante dispersas en la Compilación y su producción en fase de usufructo vidual

Hemos visto cómo el artículo 86.2 de la Compilación, en cuanto cláusula de cierre, remite al artículo 78. Y, en base a ello, hemos examinado aquellas causas de extinción que este último aborda expresamente (causas de indignidad para suceder, nulidad, divorcio y separación), así como las que, por remisión del propio artículo 86.2, y también del 78, recoge el Código civil en su artículo 513.

Pero el artículo 78 se abre con otra remisión (*El derecho expectante se extingue por las causas previstas en esta Compilación...*) que nos obliga a examinar aquellas otras cau-

sas que, dispersas a lo largo de la propia norma aragonesa, se prevén como determinantes de la extinción del derecho de viudedad, a fin de aclarar, en qué medida, las mismas, pueden darse en fase de usufructo vidual.

En otro lugar hemos comentado que la nueva Ley no recoge ninguna cláusula de cierre. No obstante, esto no es obstáculo para que, a lo largo de su articulado, se encuentren algunos preceptos que recogen supuestos de extinción posibles en fase de usufructo vidual. De hecho, ya hemos estudiado algunos de estos casos. Pues bien, ahora se trata de analizar si aquellos que se recogen en la Compilación por la doble remisión del artículo 86.2 al 78 y, de éste, al conjunto de su regulación, son también acogidos en la nueva Ley.

II.B.6.d) 1.º El pacto o disposición en mancomún

II.B.6.d) 1.º a' En la Compilación

El artículo 72.1 de la Compilación permite que los cónyuges, por medio de pacto en instrumento público, o disposición en testamento mancomunado, puedan dar forma al derecho de viudedad de la manera que estimen oportuna. Y entre estas posibilidades, evidentemente, se encuentra la de excluir el derecho sobre la totalidad de los bienes o sobre parte de ellos. Ya hablamos de esto al referirnos a las causas de extinción del derecho de viudedad.

Lo que se trata ahora es de determinar qué posibilidades existen de que esta causa —la del pacto o disposición en mancomún— pueda operar una vez fallecido uno de los cónyuges. Es decir, hasta qué punto estas causas determinan la extinción del usufructo vidual porque se producen en el momento en el que el derecho de viudedad se encuentra ya en su segunda fase.

Para ello deberemos distinguir según nos hallemos ante un pacto de los cónyuges en instrumento público o ante una disposición en testamento mancomunado. Y así, si el medio utilizado es el instrumento público, y los cónyuges han pactado la extinción del derecho de viudedad para ambos, o sólo para uno de ellos, ya sea sobre todos los bienes, ya sea sobre unos

determinados, esa extinción —con el alcance acordado— es efectiva desde el mismo momento de la firma del instrumento[192]. Y en tal caso, nos encontraremos ante una extinción del derecho de viudedad que afecta a su fase expectante y, a través de ella, a un hipotético y futuro usufructo vidual. No estaremos, por tanto, ante una causa de extinción del usufructo vidual independiente de la que ya ha ocasionado la desaparición del derecho de viudedad en su primera fase.

Sin embargo, si lo dispuesto por las partes lo es en un testamento mancomunado, la naturaleza de éste determina la de la causa extintiva. El testamento, por propia esencia, no produce efectos hasta el fallecimiento del disponente. Es a partir de ese momento cuando se manifiesta su vigencia. Su virtualidad, por tanto, se produce necesariamente en fase de usufructo vidual: sólo cuando uno de los dos disponentes ha fallecido se producirá la extinción acordada del derecho de viudedad para el otro, puesto que sólo a partir de ese instante es eficaz lo establecido en testamento. En mi opinión, por tanto, cuando las partes disponen en testamento mancomunado la extinción del derecho de viudedad, lo que están determinando es la extinción del usufructo vidual. Hasta el momento en que se entra en esa fase del derecho, éste sigue incólume como expectante. Por tanto, los diferentes efectos de una u otra fórmula justifican la previsión del artículo 72.1 de la Compilación: los cónyuges serán libres para elegir el alcance temporal que estimen oportuno para sus disposiciones y el instrumento utilizado para plasmarlas será determinante para apreciar cuál fue su voluntad en ese sentido.

II.B.6.d) 1.º b' En la nueva Ley

A esa misma conclusión podemos llegar desde el artículo 90 de la nueva Ley que, aunque con mayor concreción que el 72.1 de la Compilación, viene a recoger el espíritu de este último, al señalar que *los cónyuges pueden pactar en escritura pública o*

[192] Salvo que la extinción se hubiera sometido a condición o a término.

disponer de mancomún en su testamento la exclusión o limitación del derecho de viudedad, para los dos o para uno solo de ellos, o regularlo como libremente convengan (...). Precisamente teniendo en cuenta los diferentes efectos que la elección del instrumento tiene sobre el alcance de la exclusión, cobra más sentido la previsión de dos fórmulas alternativas para plasmar lo dispuesto: los cónyuges pueden pretender liberar sus bienes del gravamen del derecho de viudedad en vida con el fin de facilitar su tráfico jurídico, o bien pueden querer simplemente que, al fallecer, sus herederos no se encuentren con una nuda propiedad gravada con el usufructo vidual. En atención a esos deseos utilizarán, en el primero de los casos, escritura pública y en el segundo, el testamento mancomunado.

II.B.6.d) 2.º La voluntad unilateral de uno de los cónyuges

II.B.6.d) 2.º a' En la Compilación

Establece el artículo 72.2 de la Compilación que *por voluntad de uno de los cónyuges expresada en testamento o instrumento público podrá reducirse el derecho de viudedad del otro a los inmuebles por naturaleza y a los sitios comprendidos en el número 1º del artículo 39. Si el valor de unos y otros no representa la mitad del caudal hereditario se extenderá la viudedad a otros bienes hasta completar dicha mitad.*

Se trata de un supuesto de extinción parcial fundado en la voluntad unilateral del cónyuge del titular del derecho. Únicamente con su decisión, siempre y cuando respete los límites que el propio artículo señala —la extinción no puede afectar a los inmuebles, ni a los muebles como sitios del artículo 39.1, y el valor de los bienes excluidos no puede superar, tampoco, la mitad del caudal hereditario—, puede extinguirse el derecho.

Ya examinamos, en su momento, el alcance de este precepto al estudiar las causas de extinción del derecho de viudedad. Ahora nos corresponde concentrarnos en el alcance de la norma dentro de la fase del usufructo vidual. Y de manera paralela a lo que ocurría con el pacto o disposición en mancomún de los cónyuges, hemos de indicar que la previsión del

artículo 72.2 abre una doble vía, al recoger el testamento, o el instrumento público, como opciones de las que dispone el cónyuge para reducir el derecho de viudedad del otro a determinados bienes. En la primera de esas vías, nos encontraremos ante un caso de extinción del usufructo vidual, mientras que en la segunda de ellas —salvo que otra cosa se haya dispuesto— lo que se extinguirá, será el derecho de viudedad[193], abarcando sus dos fases: la del derecho expectante y la del usufructo vidual.

En efecto, si el cónyuge dispone mediante testamento que el derecho del otro se vea reducido solamente a los inmuebles por naturaleza y a los sitios del 39.1 de la Compilación, tal disposición habrá que entenderla en el sentido de que es el usufructo vidual el que queda reducido. Y ello, porque el testamento sólo cobra eficacia con la muerte del testador —por tanto ya en la segunda fase del derecho de viudedad de su cónyuge—. Hasta ese momento, la disposición de última voluntad puede ser modificada libremente y no genera ni derechos ni obligaciones: en definitiva, no afecta a la fase de derecho expectante que seguirá teniendo el mismo alcance que si nada se hubiera establecido. En este sentido, hay que entender que tal previsión testamentaria pretende únicamente beneficiar a los herederos, pues éstos recibirán los bienes muebles a que se refiere la disposición sin el gravamen del usufructo.

Por otro lado, si la previsión de reducción del derecho del cónyuge no se recoge en testamento, sino que se utiliza otro instrumento público, habrá que tener en cuenta que la finalidad perseguida también será, necesariamente, la misma. Y ello porque de todos es sabido que, conforme al artículo 76.4, la enajenación de los bienes muebles (que no sean los del 39.1), salvo que lo sea en fraude, extingue el derecho de viu-

[193] No obstante, como más adelante veremos, dado que sólo los muebles pueden verse afectados por la reducción, el sentido de una disposición en instrumento público no puede ser otro que el afectar al usufructo vidual que pudiera recaer sobre ellos.

dedad del cónyuge sobre ellos. En definitiva, nada aporta la voluntad manifestada en vida en esa dirección, a la previsión de la Ley de que ese derecho se extingue por su simple enajenación. Es esto precisamente lo que determina que, en el presente caso, aunque la disposición se efectúe en instrumento público, que no constituya testamento, su virtualidad sólo pueda reconducirse a la fase del usufructo vidual. Así es: siendo que la propia Ley dispone que sólo cabe extinguir el derecho que recae sobre los bienes muebles, hay que entender que lo dispuesto utilizando ese medio sólo puede tener alcance tras la muerte del disponente. Hasta ese momento, las enajenaciones que el mismo efectúe extinguirán, por sí mismas, el derecho de viudedad de su cónyuge sin necesidad de disponer nada al respecto. Por tanto, la reducción del derecho de viudedad expresada en instrumento público sólo puede tener una finalidad: la de manifestar la voluntad de que, tras su muerte, los bienes muebles que se encuentren en su patrimonio quedarán al margen del usufructo vidual del cónyuge y que, por tanto, los herederos recibirán la nuda propiedad sin tal afectación. Eso sí, la voluntad manifestada en instrumento público que no sea testamento, es válida desde que se otorga: desde ese momento todos han de saber que el cónyuge carece del derecho de viudedad (también en su fase expectante) sobre los bienes muebles a que se refiera la disposición.

En definitiva, la voluntad expresada en testamento de excluir del derecho del cónyuge los bienes muebles, sólo puede entenderse como una causa de extinción del usufructo vidual, puesto que hasta la muerte del testador tal disposición no genera ni derechos ni obligaciones, ni tiene ningún tipo de eficacia. Si esa voluntad no se expresa en testamento, sino en otro instrumento público, aun cuando la misma es válida y eficaz desde el mismo momento en que se otorga, y en consecuencia debe entenderse que provoca la extinción del derecho de viudedad como comprensivo de las dos fases, su auténtica virtualidad no se manifiesta hasta el momento del fallecimien-

to, pues antes de él la simple enajenación de los muebles ya producía *per se* la extinción del derecho sobre ellos[194].

II.B.6.d) 2.º b' En la nueva Ley

En la Ley 2/2003, existen dos artículos importantes que hacen entrar en juego la voluntad unilateral de cada cónyuge como causa extintiva del usufructo vidual. Se trata de los artículos 93.1 y 101.3[195].

Ya hemos examinado anteriormente el primero de ellos y hemos dicho que, pese a su ubicación sistemática dentro del Capítulo I, referido a las Disposiciones Generales, recoge, *de facto,* una causa de extinción del usufructo vidual, puesto que el medio previsto para privar al otro cónyuge de su derecho, es el testamento. Sólo al fallecimiento del testador su disposición tendrá eficacia y generará derechos y obligaciones[196].

Nos encontramos, además, ante una privación del usufructo de viudedad que tiene que ser motivada. Es decir, la libertad para privar al cónyuge de su derecho no es absoluta, sino

[194] SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.,* pág. 658, nota al pie nº 95, opinan que dada la ubicación sistemática y el tenor literal del artículo 72.2, éste se refiere a la viudedad en general como institución unitaria, y recogen la opinión, en sentido totalmente contrario, de ZAPATERO GONZÁLEZ, Rafael, *op. cit.,* pág. 215, quien afirma que el precepto se refiere al usufructo vidual y no al derecho expectante. A mi juicio, la distinción del artículo 72.2 entre dos formas de expresar la voluntad de reducción, nos permite hablar de una causa de extinción del usufructo vidual para el caso de que la voluntad se manifieste en testamento, y una causa de extinción del derecho de viudedad que abarcará sus dos fases (derecho expectante y usufructo vidual) para el supuesto de que la voluntad se manifieste en instrumento público, si bien, en este segundo caso, la plena virtualidad de la disposición no se alcanza hasta que se produzca el fallecimiento del disponente.

[195] También tenemos que mencionar aquí el supuesto impropio de extinción derivada de la sustitución del usufructo sobre empresas o explotaciones económicas privativas que se transmitan a hijos o descendientes, por una renta mensual a cargo del adquirente. En este caso, es la voluntad del titular de la explotación económica, expresada en testamento o escritura pública, la que determina la sustitución (art. 102 de la Ley 2/2003). Trataremos del tema al final de este trabajo.

[196] No insistiré en las críticas que me merece este artículo y el 94.3. Para ello, vid. apartado II.A.3 de la primera parte de este trabajo.

que debe responder a unas causas concretas: las de desheredación del artículo 195 de la Ley de sucesiones por causa de muerte. Frente al régimen de la Compilación que establece una libertad del disponente únicamente limitada por razón del objeto sobre el que recae el derecho (no puede privarse de los inmuebles por naturaleza, ni de los muebles como sitios, ni tampoco de los demás muebles en lo que excedan de la mitad del caudal hereditario), la nueva Ley ha establecido limitaciones causales: sólo se puede privar por incurrir el cónyuge en las causas de desheredación.

En cuanto al segundo de los preceptos citados, establece el artículo 101.3 de la Ley que *por voluntad de uno de los cónyuges expresada en testamento o escritura pública, podrán excluirse del usufructo vidual los bienes de su herencia que recaigan en descendientes suyos que no sean comunes, siempre que el valor de esos bienes no exceda de la mitad del caudal hereditario.*

La norma es discípula del 72.2 de la Compilación. Se facilita que la voluntad unilateral de uno de los cónyuges, expresada en testamento o escritura pública[197], permita reducir el derecho del otro; y se establece un límite para esa reducción: el valor de los bienes excluidos no podrá superar la mitad del caudal hereditario. Pero presenta importantes diferencias con la Ley del 67. En primer lugar, por su claridad. Se nos dice, de forma precisa, que lo que se puede excluir es el usufructo vidual; es decir, sólo cabe plantear la extinción del derecho en su segunda fase, al fallecimiento del disponente. Y ello, precisamente, por la otra gran diferencia con el mencionado artículo 72.2: la finalidad del precepto es la de salvaguardar los derechos de los descendientes, herederos del disponente, que no lo sean del cónyuge. Puesto que la finalidad es salvar esos derechos hereditarios de la carga que pudiera recaer sobre ellos, solamente tras la muerte del dis-

[197] La doble vía permitida por el artículo 100.3 de la nueva Ley no opera, en este caso, como distintiva de la finalidad perseguida. Aquí no existe una forma para la extinción del usufructo vidual (testamento), y otra para la del derecho de viudedad comprensivo de sus dos fases (escritura pública), sino que los dos medios —testamento o instrumento público— provocan la misma consecuencia: la extinción del usufructo de viudedad.

ponente —que es cuando pueden verse afectados los mismos por el derecho del viudo—, procede la protección.

Es, precisamente, ese segundo aspecto el que conecta al artículo 101.3 de la Ley, con el artículo 73 de la Compilación[198]. Este último artículo se orientaba hacia la protección de los descendientes conocidos no comunes, estableciéndose por ley que, en tal caso, el derecho de viudedad no podría extenderse a bienes cuyo valor excediera de la mitad del caudal hereditario. Frente a ello, la exclusión del derecho que plantea la nueva Ley de régimen económico matrimonial y viudedad de 2003, se hace depender de la voluntad manifestada por el cónyuge que tenga dicha descendencia: si no existe esa voluntad expresada en testamento, o en escritura pública, no se producirá la exclusión del derecho.

Y la otra gran diferencia —en lo que nos interesa— radica en la terminología. Frente al artículo 73 de la Compilación que habla de «derecho de viudedad», el 101.3 de la nueva Ley habla de «usufructo vidual», puesto que, para ella, hasta que no se produzca la muerte del cónyuge-ascendiente, no existe propiamente extinción del derecho. Con el sistema de la Compilación se producía en vida una indeterminación de los bienes sobre los que recaía el derecho en su fase expectante. Por la formulación del precepto, debía entenderse que quedaba extinguido el derecho de viudedad también en su primera fase, pero no estaban concretados qué bienes eran los que quedaban excluidos de la viudedad, sino que había que esperar al fallecimiento del cónyuge para que se produjera tal determinación[199]. Ahora, con la

[198] No vamos a examinar con detenimiento el contenido de este artículo. Para su estudio puede acudirse a SERRANO GARCÍA, José Antonio, «Derecho de viudedad del cónyuge del bínubo con descendencia de anteriores nupcias. El art. 73 Comp. y la S. TSJA de 11 de julio de 1994», *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 1996, año II, núm. 1, págs. 85 a 109; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.,* págs. 660 y stes., y LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, *op. cit.,* págs. 296 y stes.

[199] ZAPATERO GONZÁLEZ, Rafael, *op. cit.,* pág. 218, citado por SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.,* págs. 674 y 675, opina que el artículo se refiere al usufructo vidual. Por contra, estos últimos en-

nueva Ley, el expectante abarcará, en principio, a todos los bienes del otro cónyuge y el derecho, ya en su segunda fase, se extinguirá a su muerte en función de lo dispuesto en testamento, o escritura pública, y siempre respetando el derecho del viudo sobre, al menos, la mitad del caudal hereditario. En definitiva, la voluntad así expresada operará como extintiva del usufructo vidual sobre determinados bienes y no como excluyente del derecho expectante en vida de ambos cónyuges, aclarando en gran medida el panorama vigente con la Compilación.

II.B.6.d) 3.º Extinción por decisión judicial

II.B.6.d) 3.º a' En la Compilación

No voy a entrar en profundidad a examinar esta causa —recogida en el artículo 76.2, párrafo 2º— que ya fue objeto de estudio al hablar de las de extinción del derecho de viudedad. Dispone la Compilación que, en los casos de enajenación de inmuebles y muebles como sitios del 39.1, *también se extinguirá el derecho expectante de viudedad cuando así lo acuerde el Juez de Primera Instancia, a petición expresa del propietario de los bienes, si el cónyuge titular del expectante se encuentra incapacitado o se niega a la renuncia con abuso de derecho.*

En mi opinión, resulta de interés determinar qué es lo que en este caso produce la extinción del derecho expectante. Así, podríamos entender que ese efecto lo produce la enajenación y que el acuerdo del juez únicamente produce un efecto convalidante de aquella enajenación como libre del gravamen. O

---

tienden que *si el precepto se ve en la precisión de señalar que la limitación queda sin efecto al fallecimiento del cónyuge que tenía descendencia —si la misma no le sobrevive— al celebrar las nupcias es porque aquélla existía desde la celebración de éstas, afectando desde entonces al derecho de viudedad de su consorte, que nació como limitado (...)*. Es decir, entienden que el precepto está contemplando una causa de extinción que afecta a la viudedad como institución unitaria. Esta misma línea sigue SERRANO GARCíA, José Antonio, «Derecho de viudedad del cónyuge del bínubo con descendencia de anteriores nupcias. El art. 73 Comp. y la S. TSJA de 11 de julio de 1994», *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 1996, año II, núm. 1, págs. 94 y stes. Interesantes resultan las precisiones que este autor realiza sobre los bienes a los que afecta la limitación establecida por el mencionado artículo 73.

bien, podríamos considerar que lo que determina la extinción es la declaración judicial y no la enajenación. Esto es importante si pensamos en las dos siguientes posibles situaciones:

1. El cónyuge propietario enajena un bien afecto al derecho de viudedad de su consorte y, después, en atención a la situación de incapacitación de éste, o a su negativa a renunciar con abuso de derecho, plantea su solicitud al juez de Primera Instancia. Efectuada la petición, y antes de que ésta se resuelva, el cónyuge propietario fallece. Posteriormente, el juez decide en favor de la solicitud. En este caso, si entendiéramos que es la enajenación la que produce la extinción del derecho, deberemos concluir que la causa aquí contemplada siempre será extintiva del derecho de viudedad en su fase expectante: puesto que la enajenación se ha producido en vida del cónyuge propietario, su consorte habrá perdido su derecho de viudedad en el mismo momento en que se produjo la transmisión, es decir, desde su primera fase como expectante. Si, por contra, entendiéramos que la extinción es provocada por la declaración judicial —producida tras el fallecimiento del cónyuge propietario— deberemos concluir que el derecho expectante subsistió, pero que el derecho de viudedad se extinguió ya en su fase de usufructo vidual.

2. El cónyuge propietario solicita, con carácter previo a la enajenación, que el juez declare extinguido el derecho de viudedad sobre el bien que pretende enajenar, y fallece antes de que por el juez se resuelva —y, por tanto, antes de que se produzca la transmisión—. Posteriormente, el juez decide en favor de la solicitud. En este caso, si consideramos que lo determinante es la declaración judicial, podemos entender que lo que se extingue es el derecho de viudedad ya en su fase de usufructo, en cuyo caso los herederos del premuerto podrían llevar a efecto la transmisión pretendida por su causante, sin que la carga de la viudedad persiguiera a los bienes. Y aún más: dichos herederos, como nuevos propietarios, podrían decidir mantener la propiedad que, en tal caso, quedaría libre de ese gravamen. Si, por el contrario, entendemos que lo determinante es la enajenación, nos encontraremos con que el derecho de

viudedad no se ha extinguido: la transmisión no ha llegado a realizarse, y el cónyuge mantendría incólume su posición.

Partiendo de estas dos hipótesis debe concluirse, a mi entender, que lo que provoca el efecto extintivo es la declaración judicial. Ésta tiene la función de sustituir la renuncia del cónyuge; y ya sabemos que, sin dicha renuncia, el derecho de viudedad no se extingue por la enajenación. Es decir, al igual que es la renuncia lo que determina la extinción del derecho del renunciante, también es la declaración judicial sustitutiva de esa renuncia la que la causa. De otra forma, podríamos llegar a la conclusión de que la resolución judicial dictada tras el fallecimiento del solicitante, y antes de la enajenación, no produciría efectos, lo que nos llevaría a una solución incoherente y muy distinta a la del caso en que la enajenación se produjera sin contar todavía con la autorización judicial. Se estaría castigando la prudencia del propietario que prefiere esperar el amparo de una resolución judicial, frente a la «valentía» del que prefiere actuar sin ese respaldo, asumiendo el riesgo de una declaración judicial contraria a sus intereses. En ese sentido, la expresión *cuando así lo acuerde el juez de Primera Instancia*, debe entenderse —a mi juicio— como referida al momento en que el juez adopte la resolución.

Por tanto, en el supuesto de que la declaración judicial se dictara fallecido ya el solicitante, nos encontraríamos ante una extinción del usufructo vidual, si bien entendido éste como la única fase subsistente del derecho de viudedad. Es decir, estaríamos ante una causa de extinción de este último, pero, puesto que en el momento de producirse sólo subsiste el usufructo vidual, sólo a éste puede afectar.

II.B.6.d) 3.º b' En la nueva Ley

La Ley de régimen económico matrimonial y viudedad no contempla una cláusula de cierre similar a la del artículo 86.2 de la Compilación que nos reconduzca a las causas de extinción del derecho expectante, como determinantes de la desaparición del usufructo vidual. Sin embargo, a la misma conclusión podemos llegar por medio de su artículo 98.3. Dicho

precepto señala que, *a petición de un cónyuge, el Juez puede declarar extinguido el derecho expectante del otro sobre un bien, antes o después de su enajenación, en razón de las necesidades o intereses familiares*. Queda claro, con este artículo, que no es la enajenación lo que produce la extinción del derecho en este caso, sino que, en principio, ese efecto lo origina la declaración judicial.

Pero ya hemos visto que la nueva Ley, en su artículo 119, no remite para completar las causas de extinción del usufructo vidual, a las causas previstas como extintivas del expectante. Esto podría hacernos pensar que, si la declaración judicial se produce tras el fallecimiento del solicitante, no se extinguirá el usufructo, puesto que la Ley no lo contempla —sino que sólo hace referencia a la decisión del juez como determinante de la extinción del derecho expectante—. A mi juicio, la solución estriba en considerar que la declaración judicial retrotrae sus efectos al momento de la solicitud: lo que el juez declara es que, en atención a las necesidades o intereses familiares que se alegaron, el derecho expectante del cónyuge se extinguió desde el momento en que se le pidió por el consorte propietario. Y, por tanto, no existiendo derecho expectante desde ese momento, tampoco podrá existir usufructo vidual una vez se produjo el fallecimiento. En consecuencia, a mi entender, en la nueva Ley la causa opera como determinante de la extinción del derecho expectante, y no como específica del usufructo vidual, pero, evidentemente, extinguido el derecho expectante se extinguirá también la segunda fase de la institución.

II.B.6.d) 4.º La declaración judicial de ausencia

II.B.6.d) 4.º a' En la Compilación

Como ya vimos en su momento, el artículo 7 de la Compilación establece que *la declaración judicial de ausencia produce por sí la extinción del derecho expectante de viudedad del cónyuge desaparecido*. Ya comentamos también las razones por las que, a nuestro entender, ésta es una causa de extinción del derecho de viudedad como institución que abarca las dos

fases. Pues bien, por ello, y con base, además, en la remisión que el artículo 86 efectúa al 78, y la referencia de éste a las causas previstas en la Compilación, cabe concluir que la declaración judicial de ausencia es también causa de extinción del usufructo vidual[200].

En efecto, nada impide que la declaración judicial de ausencia se produzca una vez fallecido el cónyuge del ausente, es decir, ya en fase usufructuaria para éste. Y en tal supuesto, será dicha fase la que se extinga por ser la única forma que tiene el derecho de mostrarse tras la muerte del consorte. En ese caso, si el declarado ausente reapareciera recuperaría el usufructo vidual, sin perjuicio de los actos de disposición ya realizados. Así se desprende del tenor del artículo 7.2.

II.B.6.d) 4.º b' En la nueva Ley

Por su parte, la Ley 2/2003 recoge una regulación más acertada de la institución citada, en relación con la extinción del derecho de viudedad. Y lo hace, tanto en la sección dedicada a su fase expectante [artículo 98.1.e)], como en la correspondiente al usufructo vidual (artículo 101.2). Este último dispone que *cuando un cónyuge hubiera sido declarado ausente, quedan excluidos de su derecho de usufructo vidual los bienes enajenados válidamente por los herederos del premuerto antes de la aparición de aquél*. Por tanto, en fase de usufructo vidual —al igual que sucede en el caso del derecho expectante— también es la enajenación, y no la declaración de ausencia —al contrario, pues, de lo que ocurría con la Compilación—, la determinante de la extinción del derecho: ésta se produce sobre los bienes enajenados antes de la reaparición.

Pero, una vez aparecido, el ausente mantiene el derecho sobre los que no hubieran sido transmitidos, o sobre los que, habiéndose enajenado, no lo hubieran sido válidamente. En este sentido, como ya anticipé, hasta que se declare el falleci-

[200] *Vid*. apartado II.D.2.d) de la primera parte de este estudio que trata el tema también en lo que aquí nos afecta.

miento del ausente[201] o hasta que éste reaparezca, y a fin de que se considere válida una enajenación, entiendo que los herederos del ausente deberían obtener la autorización judicial a que se refiere el artículo 186 del Código civil.

II.B.6.d) 5.º La enajenación judicial

II.B.6.d) 5.º a' En la Compilación

La referencia a la enajenación judicial como causa de extinción del derecho expectante viene recogida en la Compilación, de forma soterrada, en el inciso final, del número 2, del artículo 76 cuando deja a salvo del principio general de que el derecho expectante de viudedad no se extingue por la enajenación de los inmuebles por naturaleza, y de los muebles como sitios del artículo 39.1, *lo establecido sobre responsabilidad por deudas de gestión frente a terceros de buena fe*.

Ya hemos visto[202] los problemas de interpretación que esta mención ha conllevado desde que entró en vigor la Compilación hasta nuestros días, y también hemos explicado cómo la nueva Ley ha pretendido resolver esas dificultades.

En todo caso, y en lo que aquí nos interesa, con la Compilación la enajenación judicial es también causa de extinción del usufructo vidual si el derecho se encuentra en esta fase. Es decir, siendo en realidad una causa de extinción del derecho de viudedad, si se produce tras el fallecimiento del cónyuge del titular del derecho, provocará la extinción del usufructo como única fase vigente del mismo.

---

[201] *Vid.,* no obstante, el art. 196 del Código civil respecto a las limitaciones para la disposición a título gratuito, tras la declaración de fallecimiento. Recordemos, también aquí, que el artículo 94.1 de la nueva Ley nos puede llevar a la conclusión de que la declaración de fallecimiento *necesariamente* produce la extinción del derecho de viudedad, de manera que ni siquiera la reaparición del declarado fallecido podría permitirle la recuperación del derecho, salvo la que pudiera derivarse de un nuevo matrimonio con su ex cónyuge. Obviamos reiterar las críticas que nos merece esa solución.

[202] *Vid*. apartado II.D.2.e) de la primera parte de este trabajo.

II.B.6.d) 5.º b' En la nueva Ley

Pero mientras que en el sistema de la Compilación, de acuerdo con lo previsto en su artículo 86.2, resulta evidente que idéntico tratamiento al recibido en fase de derecho expectante recibirá en la de usufructo vidual, no cabe una equiparación tan transparente en la nueva Ley. En efecto, el artículo 99 de la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad de 2003 dispone la extinción del *derecho expectante* por la enajenación judicial por deudas contraídas por ambos cónyuges o, en determinados casos, por uno solo de ellos. E imaginando el caso de que la enajenación judicial se produzca tras el fallecimiento del cónyuge deudor[203], podríamos llegar al absurdo —si no partiéramos de la concepción unitaria de la institución— de pensar que dicha enajenación no provoca la extinción del usufructo vidual, ya que el mencionado precepto específicamente habla de causa de extinción del derecho expectante, y en el artículo 119 —que es el que habla de las causas de extinción del usufructo vidual— no se recoge expresamente este supuesto, ni se hace referencia alguna a las causas de extinción del expectante como determinantes, también, de la extinción del usufructo vidual.

La solución —a mi entender— hubiera debido pasar por contemplar esta causa como extintiva del derecho de viudedad (que es lo que, en mi opinión, realmente es), en el artículo correspondiente, y no simplemente recogerla como causa extintiva del expectante, pues es perfectamente posible que la hipótesis contemplada se produzca tras el fallecimiento de uno de los cónyuges, es decir, ya no en la primera fase del derecho, sino en la segunda. Así deberemos interpretarlo, de todas formas, con base en la concepción unitaria de la viudedad, para salvar conclusiones indeseadas.

II.B.6.d) 6.º La enajenación de bienes muebles

Al examinar las causas de extinción del derecho de viudedad ya vimos que, tanto el artículo 76.4 de la Compilación co-

[203] Supongamos, por ejemplo, que el embargo del bien se produce en vida del cónyuge deudor pero, antes de que tenga lugar la enajenación judicial, fallece.

mo, más claramente, el 100 de la nueva Ley, contemplan la enajenación de los bienes muebles[204] como causa extintiva del derecho expectante. Y, en efecto, sólo en vida de los cónyuges puede darse, puesto que su derecho se extiende, en lo que a los bienes muebles distintos de empresas y explotaciones económicas se refiere, sólo, y al mismo tiempo a todos, los que se encuentren en el patrimonio de su consorte al fallecimiento. Por tanto, no cabe pensar tras la muerte del cónyuge en una enajenación de bien mueble por parte del nudo propietario que extinga el usufructo vidual que ya ha nacido sobre él[205].

Es, por tanto, la presente una causa de extinción del derecho de viudedad que afecta a bienes determinados y que solamente puede darse durante la fase de derecho expectante; pero sigue siendo —a nuestro entender— causa de extinción del derecho de viudedad puesto que de producirse provoca la extinción de sus dos fases.

II.B.7. Otras causas de extinción contempladas en sede de usufructo vidual

Terminado el recorrido de las causas contempladas en el artículo 86, ya sea por su expresa mención, ya sea por su referencia al artículo 78 de la Compilación, y al 513 y stes. del Código civil, corresponde a continuación seguir con el examen de aquellas otras que se recogen dentro del Capítulo III, del Título VI, del Libro II, de la Compilación, y sus respectivas paralelas en la nueva Ley.

---

[204] Recordamos aquí que el artículo 100 de la nueva Ley habla únicamente de «bienes muebles», olvidando excluir de su alcance los muebles que, por ser empresas o explotaciones económicas, se rigen por lo dispuesto en el artículo 98. Remitimos, en lo demás, a lo ya comentado en el apartado II.D.2.f) de la primera parte de este estudio.

[205] O mejor dicho, esto sólo cabe pensarlo en supuesto de pacto con el nudo-propietario, enajenación conjunta con él o en los supuestos impropios de transformación o sustitución por una renta, supuestos todos ellos que más adelante analizaremos.

II.B.7.a) El pacto del viudo y los nudo propietarios

II.B.7.a) 1.º En la Compilación

Dispone el artículo 83 de la Compilación que *el derecho de viudedad es inalienable. No obstante, cuando no haya descendencia del cónyuge fallecido el viudo o viuda puede pactar con los herederos de aquél lo que se estime oportuno, respetando las cargas establecidas por el mismo.*

Se contempla, por tanto, en el precepto, una excepción al principio general de inalienabilidad ya expuesto, de forma genérica, en el artículo 74 de la Compilación, y vuelto a repetir aquí[206]. Se trata de una salvedad que fue incorporada a nuestro derecho positivo en 1967 para afrontar determinados problemas prácticos en supuestos de muerte de uno de los cónyuges sin descendencia, y siendo su viudo mucho más joven: el viudo no podía disponer de los bienes de los que solamente era usufructuario y, por otro lado, los herederos-nudo propietarios, debían hacer frente al pago de los impuestos que gravaban el bien sin que, en muchos de los casos, pudieran llegar a detentar el mismo por ser su edad muy superior a la del cónyuge del premuerto. Permitiéndose el pacto, se podía resolver la delicada situación[207].

El viudo usufructuario y los herederos del premuerto pueden pactar lo que crean conveniente, incluso la extinción del usufructo vidual, pero teniendo en cuenta dos premisas: 1ª que no haya descendencia del cónyuge fallecido, y 2ª que se respeten las cargas impuestas sobre el usufructo por el cónyuge premuerto.

En relación al primero de esos límites, debemos entenderlo referido a los descendientes del premuerto, sean o no comunes con el viudo. Lo relevante será, además, que esos descendientes vivan en el momento en que el pacto deba ser

---

[206] En este sentido, la salvedad que hace el artículo 74 al principio general de inalienabilidad remitiendo al artículo 87, hay que entenderla referida al 83.

[207] *Vid.* LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, *op. cit.,* págs. 378 y stes., y, sobre todo, BATALLA GONZÁLEZ, Manuel, «La viudedad en la Compilación aragonesa», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, XLIV, 1968, págs. 437-469.

eficaz. O dicho de otra manera, será admisible un pacto sometido a la condición suspensiva de la muerte de dichos descendientes puesto que, en tal caso, el acuerdo no surtirá efecto hasta que éstos fallezcan[208].

Y, en relación a la segunda de las premisas —las cargas establecidas por el cónyuge premuerto—, hay que tener en cuenta que las mismas, conforme al artículo 72.2 de la Compilación, deberán constar en testamento, o instrumento público, y respetar los límites que el propio artículo señala: la extinción del usufructo vidual no puede afectar a los inmuebles, ni a los muebles como sitios del 39.1, ni puede exceder de la mitad del caudal hereditario del premuerto. O, en otro caso, conforme al 72.1, deberán haberse pactado en instrumento público, o dispuesto de mancomún, por los cónyuges.

Por otro lado, el pacto entre el viudo y los herederos, debe respetar el límite del artículo 3 de la Compilación en el sentido de que no puede ser de imposible cumplimiento, ni contrario a la Constitución, ni a las normas imperativas de Derecho aragonés. Además, deberá interpretarse siempre de conformidad al principio *favor viduitatis* del artículo 75.2, lo que nos lleva, ineludiblemente, a que sólo los herederos (y no terceras personas) están legitimadas para pactar con el viudo restricciones a su derecho, puesto que éste es el tenor literal del artículo 83.1[209].

En mi opinión, nada obsta a que el pacto entre el viudo y los herederos pueda referirse a bienes sobre los que estos últimos no ostentan la nuda propiedad. El artículo 83 no lo impide y la libertad de pactos en nuestro ordenamiento sólo debe encontrar los límites de lo imposible, la Constitución y las normas imperativas de Derecho aragonés. Pensemos así, por ejemplo, en un supuesto en que el viudo conserve el derecho de viude-

[208] *Vid.* SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.,* pág. 812.

[209] *Vid.,* en este sentido, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.,* pág. 813. Por contra, LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, *op. cit.,* pág. 379, considera que el término heredero *hay que entenderlo en sentido amplio, es decir, afectando también a los legatarios.*

dad sobre un bien enajenado en vida por su cónyuge a un tercero. Imaginemos la existencia de relaciones mercantiles, o de otra índole, entre los herederos del premuerto y ese tercero titular de la nuda propiedad; y consideremos la posible existencia de un acuerdo entre ambos sometido a la condición de que el tercero adquiera la plena propiedad del bien que se encuentra gravado con el usufructo vidual. Pues bien, no veo obstáculo legal alguno para que los herederos pacten con el viudo la extinción del derecho de éste sobre el bien del tercero, a cambio, por ejemplo, de que el mencionado viudo adquiera el usufructo, o la plena propiedad, sobre otros bienes. Siendo la inalienabilidad el principio general en materia de derecho de viudedad, el artículo 83 establece una excepción consistente en el pacto entre el viudo y los herederos. Y ese pacto únicamente tiene los límites señalados: no debe existir descendencia del premuerto, se deben respetar las cargas establecidas por éste, y deben aceptarse los principios del artículo 3. Cumpliéndose con ello, el pacto debe considerarse válido y eficaz[210].

II.B.7.a) 2.º En la nueva Ley

El artículo 109 de la Ley 2/2003 da aún mayor amplitud al contenido del posible pacto al disponer que *el viudo usufructuario y los nudo propietarios pueden pactar la transformación, modificación y extinción del usufructo como estimen oportuno.*

Tenemos, así, por un lado, que el pacto ya no se limita al que pudiera existir entre el viudo y los herederos: cualquier nudo propietario podrá llegar a un acuerdo con el cónyuge del premuerto sobre la transformación, extinción o modificación del usufructo vidual. Esto supone que también los legatarios, o los terceros adquirentes de bienes inmuebles, empresas o explotaciones económicas, enajenados por el premuerto sin renuncia del viudo a su derecho expectante, están legitimados para pactar directamente con este último.

[210] En sentido contrario, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.,* pág. 813, quienes opinan que es preciso que la nuda propiedad corresponda a los herederos y no a terceras personas.

Y, por otro lado, la segunda gran novedad es que ya no es necesaria la ausencia de descendencia del cónyuge fallecido para poder pactar. Esto implica, de hecho, abrir grandes posibilidades al acuerdo, puesto que su extensión subjetiva se multiplica enormemente. El viudo podrá pactar, no solamente con los herederos de su cónyuge que no fueran descendientes de éste (como ocurría con la Compilación), sino que puede pactar con cualquier nudo propietario de los bienes sobre los que recaiga el usufructo vidual —incluidos cualquiera de los herederos—. Y lo podrá hacer independientemente de que existan o no descendientes[211].

Lo que no cambia, a mi juicio, aunque nada se diga explícitamente en el artículo 109, es la obligación de que los acuerdos respeten las cargas establecidas por el cónyuge premuerto a través de pacto en escritura pública, o disposición de mancomún (artículo 90.1 de la nueva Ley).

E igualmente, deben regir los límites del artículo 3 de la Compilación y el respeto al principio *favor viduitatis* en la interpretación de las cláusulas contractuales suscritas entre el viudo y los nudo propietarios, principio ahora recogido en el artículo 90.3 de la nueva Ley.

II.B.7.b) La enajenación conjunta de la plena propiedad

II.B.7.b) 1.º En la Compilación

Establece el artículo 83.2 de la Compilación que, *haya o no descendencia, puede enajenarse la plena propiedad de bienes determinados, concurriendo el viudo usufructuario con el nudo propietario, pero salvo pacto en contrario quedarán subrogados el precio o la cosa adquirida en lugar de lo enajenado.*

Al igual que ocurría con el apartado 1 de este mismo artículo, responde la dicción del 83.2 a una novedad introducida por la Compilación de 1967, en su intento de abordar determina-

[211] LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, *op. cit.,* pág. 380, ya se mostraba partidario, antes de la vigencia de la nueva Ley, de ampliar legalmente la legitimidad para pactar, al menos, a los descendientes no comunes.

dos problemas prácticos que se presentaron vigente el Apéndice y que abocaban a aquellas familias cuyo patrimonio se encontraba gravado por un usufructo vidual, a la inamovilidad de sus bienes[212].

Con este precepto se persigue tolerar la transmisión de la plena propiedad —es decir, la propiedad sin la carga del usufructo vidual— mediante la concurrencia del viudo usufructuario y el nudo-propietario. Se permite, así, que junto con la transmisión de la nuda propiedad —que se opera con la intervención en la enajenación del nudo-propietario—, se transmita la misma libre del usufructo vidual —lo que se consigue mediante la participación del viudo en esa enajenación—. No se trata, a nuestro entender, de una enajenación del usufructo vidual —que, por principio, es inalienable— sino de una transmisión de los bienes sobre los que recae, con una renuncia a dicho usufructo, presumida por la concurrencia del viudo en la operación.

Obsérvese, por otro lado, que este apartado se refiere a nudo-propietario, sin limitar, en este caso, la posibilidad de que aquel que no es heredero pero ostenta aquella condición, pueda beneficiarse de la previsión del artículo 83.2: a diferencia de lo que ocurre con el apartado 1 (donde la posibilidad de pacto se limitaba al heredero), cualquier nudo propietario podrá, con la intervención del viudo, enajenar la plena propiedad con la consiguiente extinción del usufructo vidual sobre lo transmitido.

Pero, en principio, la transmisión puede conllevar una contrapartida, como es la obtención de un precio, o la adquisición de otra cosa en lugar de lo enajenado[213]. Sobre lo obtenido por el nudo propietario como consecuencia de la operación, tendrá el viudo el usufructo vidual, salvo pacto en contrario al

---

[212] *Vid*. BATALLA GONZÁLEZ, Manuel, en «Disponibilidad de los bienes en Aragón cuando existen reserva a favor de los instituyentes o usufructos de viudedad», en *Anuario de Derecho Aragonés*, 1944, pags. 362 y stes.

[213] Como bien apunta SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.,* pág. 814, *la previsión de subrogación del precio o la cosa adquirida en lugar de lo enajenado, no permite suponer que el artículo sólo comprenda las transmisiones a título oneroso.* Será posible la transmisión mediante donación, en cuyo caso no se producirá el efecto subrogatorio.

efecto subrogatorio. Este pacto en contrario debe referirse al que acuerden el viudo y los nudo-propietarios[214] y puede implicar la simple renuncia al usufructo vidual sobre todo o parte de lo obtenido a cambio de la enajenación, o la atribución de la plena propiedad de parte de lo recibido, o cualquier otra combinación de dichas opciones, pues ningún límite, salvo los genéricos del principio *standum est chartae*, deben imponerse a ese acuerdo.

II.B.7.b) 2.º En la nueva Ley

La Ley de régimen económico matrimonial y viudedad repite los términos de la Compilación, al establecer, en su artículo 108.2[215], que *puede enajenarse la plena propiedad de bienes determinados, concurriendo el viudo usufructuario con el nudo propietario. Salvo pacto en contrario quedarán subrogados el precio o la cosa adquirida en lugar de lo enajenado*. Es decir, se respeta casi escrupulosamente la dicción vigente desde 1967: 1º queda claro que la enajenación conjunta es una causa de extinción del usufructo vidual sobre bienes determinados, 2º la concurrencia a que se refiere el artículo es la de cualquier nudo-propietario (sea heredero o no) con el viudo, y 3º lo obtenido a cambio de la enajenación se subrogará en el lugar de lo enajenado como objeto del usufructo vidual, salvo que se pacte lo contrario.

En definitiva, son reproducibles los comentarios efectuados en relación al artículo 83.2 de la Compilación.

Sin embargo, el propio artículo 108, en su apartado 3, añade una mención que no se encontraba en la Compilación: *el usufructo de viudedad sobre bienes determinados sólo podrá embargarse y transmitirse como consecuencia del procedimiento de ejecución conjuntamente con la nuda propie-*

[214] SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.,* pág. 814, y LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, *op. cit.,* pág. 382, coinciden en ello.

[215] Sobre el juego de este artículo y el 119.2.a) *vid.* el apdo. II B 1.a) de la segunda parte de este trabajo.

dad[216]. Nos encontramos, de hecho, ante un supuesto de extinción del usufructo vidual paralelo al previsto en fase de derecho expectante, por el artículo 99, para los casos de enajenación judicial de inmuebles. Y viene, además, a suponer una excepción al principio general de inembargabilidad del usufructo vidual que recoge el propio artículo 108.1 de la Ley. En realidad, en mi opinión, aun en los casos del 108.3, se mantiene vigente el principio de inalienabilidad del derecho de viudedad puesto que el adquirente del bien como consecuencia del procedimiento ejecutivo obtendrá el derecho a disfrutar del mismo pero no en los términos de un usufructo vidual, es decir, no sustituirá al viudo en la institución familiar regulada en la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad, sino que lo que adquirirá será la plena propiedad de los bienes ejecutados y, en todo caso, el derecho a disfrutar de los mismos —e incluso de transmitir su disfrute— pero conforme a lo regulado para el usufructo ordinario en los artículos 467 y stes. del Código civil. Lo que nunca se transmitirá es un usufructo vidual, sino el derecho de disfrute ordinario que lleva aparejada la plena propiedad.

Termina aclarando el artículo 108, ahora en su apartado 4, que *son susceptibles de enajenación y embargo los frutos y rentas resultantes del disfrute de los bienes afectos al usufructo de viudedad*. Pero, como es obvio, en estos casos no nos encontramos, ni ante una causa de extinción del usufructo vidual, ni ante una excepción al principio general de inalienabilidad e inembargabilidad del mismo. El usufructo vidual se mantiene vigente como derecho: lo que se embarga o enajena no es el usufructo, sino los productos obtenidos como consecuencia de su ejercicio.

[216] Entiendo que para que pueda producirse un embargo conjunto de la nuda propiedad y del usufructo vidual, debe tratarse de deudas conjuntas del nudopropietario y del viudo usufructuario, o de deudas de cualquiera de ellos garantizadas por el otro.

II.B.7.c) Supuestos de extinción impropia del usufructo vidual: la transformación

II.B.7.c) 1.º En la Compilación

Como ya sabemos, conforme al artículo 85 de la Compilación, los nudo-propietarios pueden realizar indicaciones al viudo sobre la administración y explotación de los bienes sujetos al usufructo vidual y, si se desatendieran, podrán acudir a la Junta de Parientes o al juez de Primera Instancia para que éstos insten al usufructuario a cumplir las indicaciones o advertencias si las consideran razonables. Si, pese a ello, el viudo usufructuario no se aviniera a cumplir lo acordado, dispone el artículo 87 que *podrán pedir los nudo propietarios la entrega de los bienes y la sustitución del usufructo por una renta a su cargo no inferior al rendimiento medio obtenido en los últimos cinco años y revisable cuando varíen las circunstancias objetivas*.

Se trata de una transformación que implica la extinción del usufructo sobre los bienes determinados, en relación a los cuales se estaban incumpliendo las indicaciones o advertencias, y su sustitución por una renta a cargo de los nudo-propietarios. Pero, para que se dé esta transformación, es necesario, no sólo que exista un acuerdo de la Junta de Parientes o del juez de Primera Instancia, sino también que el viudo no pueda, o no quiera, cumplir las indicaciones que se le realicen. Incluso en el primero de los casos —es decir, en el supuesto de imposibilidad en el cumplimiento de las indicaciones de los nudo-propietarios—, será necesario, además, que las circunstancias de imposibilidad no concurran también en el nudo-propietario que solicita que los bienes le sean entregados, pues la finalidad de la norma es permitir la adecuada administración y explotación de los bienes a que se refiere el artículo 85. Dándose las condiciones (acuerdo de la Junta de Parientes o del juez e imposibilidad del viudo no concurrente en el nudo-propietario, o negativa a cumplir el acuerdo), el nudo-propietario podrá acudir al juez para solicitar la entrega del bien a cambio de conceder al viudo una renta.

Como arriba hemos esbozado, nos encontramos, de hecho, ante un supuesto extintivo del usufructo vidual sobre bienes determinados: las indicaciones o advertencias recibidas se referirán a la administración o explotación de bienes concretos, y el incumplimiento de las mismas debe llevar a la extinción del usufructo vidual respecto a dichos bienes y no respecto a los demás. Es decir, difícilmente podemos pensar en unas indicaciones o advertencias que se refieran a la administración y explotación de la totalidad de los bienes sobre los que recae el usufructo vidual. Solamente en el caso de que todos los nudo-propietarios, y después la Junta de Parientes o el juez, efectuaran esas indicaciones en relación a todos los bienes y el usufructuario también las incumpliera todas, nos encontraríamos ante un supuesto de extinción sobre el conjunto, pero aún así, esta extinción no sería sino el resultado de las extinciones parciales de los usufructos sobre cada uno de los bienes determinados.

Debemos también tener en cuenta que no todos los bienes objeto del usufructo de viudedad son susceptibles de administración y explotación en el sentido de la norma. Sólo pueden ser objeto de las mismas, aquellos que tengan una esencia productiva y que, dependiendo de la manera en que se gestionen, puedan producir más o menos frutos. Pero, evidentemente, es factible la existencia de bienes —como, por ejemplo, la casa familiar— que carezcan de ese carácter, que no sean susceptibles de explotación en el sentido apuntado, que no produzcan frutos dependiendo de la forma en que se gestionen[217]. Y esto, precisamente, supondrá que sobre dichos bienes no puedan recaer indicaciones o advertencias relativas a su administración y explotación. Y, por tanto, implica también que no pueda hablarse de incumplimiento de las mismas en orden a poder solicitar al juez la entrega de los bienes y la sustitución del usufructo por la renta a que se refiere el artículo 87.

[217] *Vid.,* en este sentido, la interesante explicación, y los ejemplos clarificadores, de SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.,* pág. 873.

Como consecuencia de la transformación acordada por el juez, como hemos dicho, se produce la extinción del usufructo de viudedad sobre el bien determinado que resulta afectado. A cambio, el viudo recibirá una renta que podemos denominar vidual[218]. Esta renta seguirá, en la medida de lo posible, los caracteres propios del usufructo vidual y adaptará su régimen a lo previsto por la propia Compilación para él[219]. Es por ello, por lo que las propias causas de extinción previstas para el usufructo vidual deben aplicarse a la extinción de esa renta, siempre que resulte viable. Y en ese sentido, no parece probable su extinción por la no reclamación del derecho durante los veinte años siguientes a la defunción del otro cónyuge (art. 86.6º), puesto que, para que nazca la renta, previamente se debe haber ejercido el derecho de usufructo vidual sobre los bienes, lo que impedirá defender la existencia de caducidad. Y tampoco serán de aplicación las causas de extinción contempladas en los apartados 3º, 5º y 6º, del artículo 513 del Cc (ni la recogida en el 7º, como ya en general ocurre para el usufructo de viudedad), es decir, la consolidación, la pérdida total de la cosa objeto del usufructo o la resolución del derecho del constituyente, pues todas ellas van ineludiblemente ligadas a la naturaleza de derecho real del usufructo, que escapa del mero carácter obligacional de la renta que estamos estudiando. Ahora bien, esto no es obstáculo para que, si alguna de las causas de extinción mencionadas concurrieran en los bienes de los que ha derivado la renta (por ejemplo, por haberse perdido totalmente, o por constatarse que la propiedad del bien no llegó nunca a pertenecer al cónyuge premuerto), pueda el nudo-propietario pedir, de conformidad con lo prevenido en

[218] *Vid*. SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.,* pág. 875. Como dice también LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, *op. cit.,* pág. 411, desde el punto de vista jurídico esta «transformación» o «sustitución» del usufructo de viudedad no supone una extinción de ésta, pero sí del usufructo en que se concreta.

[219] Teniendo en cuenta su diferente naturaleza; pues no hay que olvidar que el usufructo es un derecho real y que esa condición no recae en la renta vidual, la cual será un simple derecho de crédito frente a los nudo-propietarios.

el artículo 87, *in fine*, la revisión de la renta, al haber variado las circunstancias objetivas que sirvieron de base para su fijación. Y, solamente en el caso de que se constate ante el Juez que la causa de extinción se hubiera producido igualmente de haberse mantenido el viudo en la posesión del bien del que se derivó la renta —es decir, sólo en el supuesto de que quede acreditado que dicha extinción hubiera tenido lugar, de la misma manera, si no hubiera mediado la transformación—, podrá declararse la extinción de la renta vidual.

II.B.7.c) 2.º En la nueva Ley

II.B.7.c) 2.º a' La solicitud al Juez

La Ley 2/2003 recoge de forma mucho más sencilla el problema planteado por los artículos 85 y 87 de la Compilación. En concreto, su artículo 110 dispone que *cuando los nudo propietarios estimen que de la administración y explotación de los bienes por el usufructuario se derivan graves perjuicios para ellos, podrán acudir al Juez para que dicte las medidas oportunas, incluida la transformación del usufructo*.

En definitiva, y en atención al nuevo régimen, ya no se requiere que existan indicaciones o advertencias por parte de los nudo-propietarios al viudo usufructuario sobre la administración y explotación de los bienes, ni tampoco se requiere, en consecuencia, que éstos las desatiendan[220].

Además, se evita esa doble presencia ante el juez que se deriva de la Compilación. Desatendidas las indicaciones por el viudo, los nudo-propietarios debían acudir al juez, o a la Junta de Parientes, y si, pese a las indicaciones de éstos, el viudo seguía incumpliendo, de nuevo debía acudirse al juez para pedir la entrega de los bienes. Ahora bastará alegar y probar los graves perjuicios que puedan derivarse de la administración y explotación llevada a cabo por el viudo, para acudir al juez

[220] Lo cual no quiere decir —como es obvio— que no puedan darse esas indicaciones o advertencias. De hecho, las mismas podrán ser extremadamente útiles para justificar ante el juez la necesidad de adoptar las medidas que se le pidan —incluidas, entre ellas, la transformación—.

y éste, directamente, adoptará las medidas oportunas, sin más trámites. Evidentemente, con el nuevo sistema se ganará en agilidad y se evitarán dilaciones innecesarias.

Por otro lado, son más las opciones que caben ante una administración y explotación perjudicial a los intereses del nudo-propietario: no sólo cabe una sustitución del usufructo por una renta a su cargo de importe preestablecido, como ocurría con la Compilación, sino que, ahora, cabe la adopción de otras «medidas oportunas», como pudieran ser, por ejemplo, la de fijar una administración conjunta, o establecer otro tipo de control sobre la gestión, o cualquier otra fórmula que el nudo-propietario y el juez consideren adecuadas para salvaguardar el interés de aquél, de conservar el bien usufructuado en las debidas condiciones a fin de que, en el caso de que llegase a consolidarse en él la plena propiedad, pudiera afrontar una explotación que no se viera lastrada por la deficiente administración del viudo. Entre esas medidas, obviamente, puede estar también la de la sustitución del usufructo por una renta, pero, incluso en este caso, el juez no se vería necesariamente constreñido por los límites cuantitativos que fijaba el artículo 87 de la Compilación.

Evidentemente, sigue aquí presente la idea ya apuntada de que para que tenga aplicación el precepto es necesario que los bienes puedan ser objeto de administración y explotación. Y, en nuestra opinión, sólo son susceptibles de ello aquellos cuyo rendimiento va a depender de la forma en que se gestionen, en definitiva, aquellos que tengan un carácter productivo. Conectaría, así, este artículo con la previsión contenida en el artículo 102.1 relativa a la posibilidad de disponerse en testamento, o escritura pública, la sustitución del usufructo vidual sobre empresas o explotaciones económicas, por una renta mensual. Es decir, que estas empresas o explotaciones económicas entrarían dentro del ámbito del artículo 110; pero, además, entiendo que también deberían entrar en él otros bienes que, aun no teniendo la suficiente entidad para que se les considere como aquéllas, sí que pueden tener un contenido productivo. Pensemos, por ejemplo, en un piso que se alquila, o en un pequeño terreno de cultivo.

Conviene también dejar constancia de que, en la medida en que se acuerde la transformación del usufructo, o su sustitución por una renta, nos encontraremos, también con la nueva Ley, con una extinción del usufructo vidual sobre el bien determinado al que afecte esa transformación o sustitución. El artículo 110 debe entenderse referido a la administración y explotación de bienes concretos pues, como ya hemos dicho, no todos los bienes son susceptibles de ser explotados de forma productiva. Y en ese sentido, la solicitud de adopción de medidas no vendrá referida a una globalidad, sino a unos bienes determinados que pueden verse perjudicados por la deficiente administración del viudo. Es por ello que, si se acuerda la sustitución o la transformación del usufructo, se producirá su extinción pero acotada únicamente al bien concreto al que se refiera. Y, en contrapartida, se podrá recibir una renta, que tendrá la consideración de vidual, aplicándose a ella los mismos caracteres y condicionamientos que los previstos en la Ley para el usufructo de viudedad, incluyéndose, también aquí, sus causas de extinción (art. 119), siempre que todo ello fuera coherente con la diferente naturaleza de la renta (obligacional) respecto al usufructo (real). Vale, al respecto, lo apuntado anteriormente al hablar del régimen de la transformación en la Compilación.

II.B.7.c) 2.º b' El artículo 102: las explotaciones económicas privativas

Pero ya hemos avanzado que la Ley contempla expresamente un supuesto de sustitución del usufructo vidual por una renta; y lo hace, en concreto, en su artículo 102. Dice el apartado 1 de este precepto que *el titular de empresas o explotaciones económicas privativas que se transmitan a hijos o descendientes podrá ordenar, en testamento o escritura pública, la sustitución del usufructo vidual del sobreviviente sobre las mismas por una renta mensual a cargo del adquirente.*

Consiste la previsión legal en un supuesto de extinción del usufructo que recae sobre empresas o explotaciones económicas, es decir, sobre bienes susceptibles de ser administrados y explotados, en la línea de lo que ya recogía la Compilación en

sus artículos 85 y 87, y también en conexión con lo que ya hemos comentado respecto al artículo 110 de esta nueva Ley.

Recordemos que la Ley 2/2003 prevé, en su artículo 101.3, un supuesto en el que la voluntad unilateral de uno de los cónyuges, expresada en testamento o en escritura pública, puede ser determinante para la extinción del usufructo vidual del otro sobre bienes determinados de la herencia que recaigan en descendientes no comunes, siempre que la exclusión no sobrepase la mitad del caudal hereditario. También el artículo 93 contempla, a nuestro entender, un supuesto de extinción del usufructo vidual por voluntad unilateral, manifestada en testamento, en el supuesto de incurrir el cónyuge en las causas de desheredación —si bien, en este caso, la exclusión será del usufructo vidual sobre todos los bienes—. Pues bien, el artículo 102.1 contempla el tercero de los supuestos en los que la voluntad de un cónyuge, expresada en testamento o en escritura pública, permite extinguir el usufructo vidual del consorte, en este caso sobre empresas o explotaciones económicas.

Se trata de una transformación similar a la anteriormente analizada en la Compilación, si bien, ahora, no es el juez el que finalmente decide y fija el importe de la renta a percibir por el viudo en sustitución del usufructo, sino que es el propio disponente el que, legitimado por la propia Ley, adopta la decisión de dicha sustitución.

Incluso el parámetro de referencia señalado para fijar la renta es el mismo, puesto que el apartado 2, de este artículo 102 señala que *la renta será equivalente al rendimiento medio que hubiera producido la explotación durante los cinco años anteriores al fallecimiento*. Pero, aunque el elemento comparativo sea el mismo, existen importantes diferencias: 1ª Mientras que para la Compilación esa cuantía era un mínimo que debía respetar el juez, pero que podía ser rebasado, el disponente en la nueva Ley no tiene campo de maniobra puesto que, necesariamente, la renta deberá consistir en el importe fijado como referencia sin que pueda aumentarlo o disminuirlo. 2ª Además, en la Compilación se permitía la revisión si variaban las circunstancias objetivas que sirvieron para fijar la ren-

ta, opción que, por las especiales características del caso previsto en el artículo 102 de la nueva Ley, no se encuentra contemplada en ésta. La renta, conforme al apartado 3 del artículo 102 de la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad *se actualizará anualmente en función de las variaciones del índice general de precios al consumo* (...). Y 3ª En la nueva Ley se deja claro que los cinco años que deben servir para calcular el rendimiento medio de la explotación son los inmediatamente anteriores al fallecimiento, circunstancia que, aunque deba entenderse en el mismo sentido, no aparece expresamente reflejada en el 87 de la Compilación.

También es de destacar que la renta sustitutiva del usufructo regulada en el artículo 102 de la Ley deberá ser mensual, extremo éste que no quedaba concretado en la Compilación, lo que debe entenderse en el sentido de que el juez podía fijar, en el régimen a que se refiere el artículo 87 de esta última norma, una periodicidad diferente. En definitiva, nos encontramos con que la nueva Ley prevé un supuesto de transformación del usufructo vidual por una renta, en la que quedan acotadas, en todos sus extremos, la cuantía, forma de pago y actualización de ésta, evitando así cualquier tipo de arbitrio por parte del disponente. Muy diferente, en todo ello, a las opciones que, por ser el juez el que finalmente decide, se prevén en la Compilación, donde tanto la cuantía, la forma de pago y la actualización, no son inmutables.

Digamos, por lo demás, que la renta sustitutiva seguirá, en lo que permita su diversa naturaleza, los caracteres propios del usufructo vidual, y adaptará su régimen a lo previsto por la propia Ley para él. En concreto, el propio precepto en el apartado 3, *in fine,* prevé que *la renta se extinguirá por las mismas causas que el usufructo vidual*, consecuencia que no se explicitaba en la Compilación para los supuestos del artículo 85, pero a la que llegábamos por vía interpretativa.

Asimismo, es de interés la previsión de que, habiendo ya fallecido el disponente, el titular de la explotación y el viudo pueden acordar la aplicación del régimen ordinario propio del usufructo vidual; es decir, volver a atribuir al cónyuge supérs-

tite las facultades para administrar y explotar el negocio en cuestión. Esta mención es importante, puesto que de no haberse recogido así, difícilmente hubiera podido contrariarse la voluntad del premuerto.

Por último, en el apartado 5, se señala que *la transmisión por el titular de la explotación económica por actos intervivos dará derecho a pedir el afianzamiento de las rentas futuras*. Se deja constancia, con ello, de que la transmisión del bien cuyo usufructo fue sustituido por la renta vidual, no implica la extinción de ésta: los herederos del premuerto seguirán obligados, pese a esa transmisión, a abonar mensualmente al viudo las rentas calculadas conforme a lo previsto en el apartado 2, y actualizadas de acuerdo a lo dispuesto en el 3. Y para asegurar que harán frente a su pago, el viudo les podrá pedir que garanticen esa obligación, de forma que, en caso de impago, pueda ejecutar la garantía.

RECAPITULACIÓN

Vamos a intentar recoger en este apartado, de forma resumida, aquellas novedades de la nueva Ley en el tema que nos interesa. Se trata de recopilar lo hasta ahora expuesto enfocándolo desde la perspectiva de los retos que la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad, ha abordado y cómo los ha resuelto, si es que su solución difiere de la que hasta ahora preveía la Compilación.

I. EL ENFOQUE DE LA LEY

— En una primera aproximación de carácter general podemos concluir que la nueva Ley acomete el empeño de regular, de forma completa y coherente, las causas de extinción del derecho de viudedad. A tal efecto se evitan —en la medida de lo posible— las remisiones tanto internas como externas[221]. Se omiten las llamadas a las causas de extinción del usufructo ordinario del Código civil, como cuerpo que venía a completar el sistema. La propia Ley pretende, por sí sola, dar respuesta a los problemas sin necesidad de acudir a una norma ajena. Esto viene a suponer que aquellas causas de extinción del usufructo ordinario que se consideraban aplicables al derecho de viudedad, han sido insertadas directamente en su articulado, buscando, con ello, acabar con las dudas existentes hasta la fecha sobre su aplicabilidad a este derecho.

— Además, se ha efectuado un tratamiento más sistematizado de las causas de extinción. El Título V de la nueva Ley rela-

[221] En concreto, las únicas referencias a una Ley sustantiva diferente dentro de los preceptos que se refieren a causas de extinción, las encontramos en el artículo 93.1 y en el 94.3, y nos conducen a otra norma aragonesa: la Ley de sucesiones por causa de muerte. Sólo se añade a éstas, una referencia de tipo procesal en el artículo 99 a los términos previstos en la LEC para la ejecución de bienes gananciales.

tivo a la viudedad ha seguido el mismo esquema de la Compilación: la división en tres capítulos. Asimismo, cada uno de éstos ha mantenido en su rótulo el mismo ámbito, dedicándose el primero de ello a las Disposiciones Generales, el segundo al derecho expectante y el tercero al usufructo de viudedad. Pero, a diferencia de lo que ocurría en la Compilación, las causas de extinción se han adaptado a ese encaje. Recordemos que el artículo 78 de la Compilación, ubicado dentro del capítulo dedicado al derecho expectante, recogía causas de extinción, como la nulidad, el divorcio o la separación, que afectaban al derecho de viudedad como institución. Ahora, la nueva Ley trata dentro de las Disposiciones Generales aquellas causas que considera extintivas del derecho de viudedad en general; y en cada uno de los otros capítulos, las que, a su entender, provocan la extinción del derecho en fase expectante, o en fase de usufructo vidual. Esta triple distinción, sin embargo, no altera nuestra percepción de que, en nuestro Derecho, sólo existen dos tipos de causas de extinción: por un lado, las que originan la extinción del derecho en su plenitud, y por el otro, las que, por sus especiales características, sólo pueden darse en fase de usufructo vidual.

— La nueva Ley ha querido aliviar los problemas que en el tráfico jurídico de los bienes provoca la existencia de un gravamen como el de la viudedad. Con esa finalidad, se ha pretendido facilitar la extinción de la carga. A ello responde, por ejemplo, la relación pormenorizada de supuestos en que la enajenación de los bienes inmuebles por naturaleza, y de las empresas o explotaciones económicas, ocasiona el decaimiento del derecho. En este sentido, el artículo 98 de la nueva Ley va más allá del 76 de la Compilación en la configuración de situaciones que dan lugar a la extinción del derecho. Y también, con ese objetivo, se configura el artículo 94.2, al atribuir a la admisión a trámite de las demandas de nulidad, separación o divorcio, el resultado extintivo del derecho de viudedad, salvo pacto en contrario[222].

[222] Veremos más adelante cómo, a nuestro entender, en algunos casos esa agilidad en el tráfico se obtiene aun a costa de la seguridad jurídica.

II. LAS NOVEDADES ESPECÍFICAS

II.A. En relación con las causas de extinción del derecho de viudedad

Al margen de todas las reflexiones generales que nos permiten alabar el esfuerzo y los objetivos perseguidos por el legislador, su talante sistematizador, su aportación de soluciones a los problemas que la práctica y la doctrina habían venido exponiendo, resulta conveniente recapitular sobre aquellos aspectos concretos de la norma que introducen las novedades más relevantes en relación a la regulación anterior. Y, para ello, vamos a empezar con las que se derivan de los artículos 93 y 94 de la nueva Ley; en mi opinión, los de redacción más desafortunada.

— Causas de indignidad. En relación a éstas, la nueva Ley modifica el tratamiento recogido en la Compilación. Ahora se deja a la voluntad manifestada por medio de testamento, la privación del derecho de viudedad del que incurrió en indignidad, o en otras causas de desheredación, en vida de su consorte y con conocimiento de éste. Fuera de estos casos, las causas de indignidad sólo podrán determinar también la extinción del derecho de viudedad, ya en su fase de usufructo, si habiéndose incurrido en ellas en vida del cónyuge éste las desconocía, o si se han producido con posterioridad a su fallecimiento. En todo caso, y a diferencia de lo que ocurría con la Compilación, las causas de indignidad sólo afectarán a la segunda fase del derecho. Hemos sido críticos con esta innovación, no sólo por su ubicación dentro de la Ley, sino, sobre todo, por las dificultades de interpretación que el precepto provoca y por la exclusión de la posibilidad de considerar a la indignidad como determinante de la extinción en fase de derecho expectante.

—Causas relacionadas con las crisis matrimoniales. La nueva Ley las califica adecuadamente de extintivas del derecho de viudedad. Pero lo más novedoso de la nueva regulación es la anticipación del momento en que se entiende producida la extinción: ésta tiene lugar, salvo pacto en contrario, por la admisión a trámite de la demanda. Sin duda, con ello se consigue facilitar la movilidad de los bienes en el mercado en aquellos

casos de desestabilización del matrimonio. Sin embargo, en mi opinión, y al amparo de la norma, podrían darse prácticas fraudulentas al quedar abierta la posibilidad de transmitir los bienes privativos una vez admitida a trámite la demanda y hasta que se resuelva la misma, sin la carga del derecho de viudedad. Se abre la vía a la iniciación de procedimientos matrimoniales con el único objeto de obviar la necesaria renuncia del cónyuge a su derecho. Entiendo que, en estos casos, se ha primado la movilidad sobre la seguridad en el tráfico jurídico.

— El supuesto específico de la nulidad. La posibilidad de pacto en contrario respecto al efecto extintivo de la admisión a trámite de la demanda plantea especiales dificultades en los casos de nulidad. Y ello porque el artículo 94.2 de la Ley reconduce la validez del pacto a la subsistencia del matrimonio. Por ello, existiendo convenio sobre el mantenimiento del derecho, si la resolución judicial que pone fin al proceso declara la nulidad del matrimonio, nos podremos encontrar con un pacto que no debió considerarse válido, puesto que el matrimonio no «subsistía» —de hecho, no llegó a existir—. Esto viene a cuestionar la posibilidad de un acuerdo de esta naturaleza para los supuestos de demandas de nulidad matrimonial, puesto que, pese a que su alcance debiera limitarse a aquellos supuestos de persistencia del vínculo, *de facto* alcanzará también a los demás casos en los que finalmente recaiga resolución estimatoria de la pretensión.

— Muerte y declaración de fallecimiento. La Compilación recogía, por su referencia al artículo 513 del Código civil, la muerte del titular del derecho como determinante de su extinción. En la nueva Ley se cambia de esquema: la muerte no se contempla como extintiva del derecho de viudedad; es más, el artículo 94 establece que el derecho de viudedad se extingue necesariamente con la disolución del matrimonio por causa distinta de la muerte. Hemos interpretado —como no podía ser de otra manera— que, con ello, la Ley quiere expresar la subsistencia del derecho para el sobreviviente, convertido ya en usufructuario vidual con ocasión del fallecimiento de su consorte. Para el muerto, obviamente, se extingue su derecho conforme al principio general de inalienabilidad del mismo. Pero lo que sí puede llevar

a conclusiones diferentes es la nueva redacción del artículo 94.1 de la Ley, al disponer que el derecho de viudedad se extingue necesariamente con la disolución del matrimonio por causa distinta de la muerte. Esta dicción nos puede dar a entender que en la nueva Ley la declaración de fallecimiento recibe un trato diferente a la muerte como extintiva del derecho. Con la Compilación, equiparábamos ambas y concluíamos que extinguía el derecho de viudedad, sin perjuicio de su posible recuperación en aquellos casos en los que lo contrario pudiera llevar a resultados indeseados. Por contra, como decimos, la nueva Ley únicamente salva del efecto extintivo del derecho a la muerte, de entre las causas de disolución del matrimonio. Es decir, la declaración de fallecimiento, en principio, parece producir el decaimiento del derecho en su conjunto. Hemos concluido en este trabajo que lo anterior no puede entenderse en el sentido de que el superviviente pierda su derecho de viudedad. Muy al contrario, el mismo se manifestará como usufructo vidual desde el momento de la declaración de fallecimiento. Pero lo que sí que pudiera desprenderse del texto de la nueva Ley es que el declarado fallecido, aunque reapareciera, no recuperaría el derecho: solamente con un nuevo matrimonio con su ex-cónyuge podría hacerlo renacer. En su lugar hemos expuesto nuestras alternativas a esta interpretación.

— Conductas asimiladas a la renuncia. En relación a la renuncia y a las actuaciones equiparadas a la misma, la nueva Ley amplía el abanico de posibilidades de extinción del derecho de viudedad para los supuestos de enajenación de inmuebles, o de empresas o explotaciones económicas. Con el artículo 76 de la Compilación era la intervención en la enajenación o su consentimiento a ella en relación a los bienes comunes, lo que se equiparaba a la renuncia. Ahora, el artículo 98.2 determina que la concurrencia de ambos cónyuges en una enajenación extingue el derecho, sin distinguir si nos encontramos ante un bien común o ante un bien privativo. Si consta en el documento por el que se transmite el bien privativo que el cónyuge se encontraba presente y no reservó su derecho de viudedad, deberá entenderse extinguido el mismo.

— El pacto o la disposición en mancomún de los cónyuges. En relación al papel de éstos como reguladores de la extinción del derecho, hemos de enfatizar la claridad del artículo 90 de la nueva Ley. Frente a la concisión del artículo 72.1 de la Compilación, la regulación que entró en vigor el pasado 23 de abril de 2003 aclara que los cónyuges pueden pactar su exclusión, su limitación, o incluso regularlo como les convenga. Además, se aclara que la limitación o la exclusión puede afectar a ambos o a uno solo de ellos, explicitándose algo que venía siendo aceptado doctrinalmente pero que no se encontraba específicamente recogido en el texto compilatorio.

— Exigencia de escritura pública. Es general en la nueva Ley la sustitución de la exigencia de documento público para determinados actos o negocios, por la más concreta de escritura pública. Se reducen así las opciones sobre la forma del documento que existían con la anterior regulación.

— La voluntad unilateral. Si con la nueva Ley se amplían las opciones de extinción del derecho de viudedad por acuerdo de los cónyuges, incluso cuando éste pudiera presumirse de la concurrencia de ambos en la enajenación de un bien sin reservarlo, no ocurre lo mismo en relación al papel atribuido a la voluntad unilateral de uno de ellos. Ésta sólo puede dar lugar a la extinción del derecho de viudedad por vía testamentaria y cuando concurren en el consorte causas que pueden dar lugar a la desheredación; y aun en esos casos, si una vez fallecido el testador, el viudo las niega, éstas deberán ser probadas por los herederos. Recordemos que en la Compilación la voluntad unilateral de uno de los cónyuges, manifestada en testamento o instrumento público, podía excluir del derecho de viudedad del otro los bienes muebles distintos a los del artículo 39.1, con un único límite de cuantía: que el valor de lo excluido no fuera superior a la mitad del caudal hereditario. Hay que recordar, no obstante, que la nueva Ley prevé la posibilidad de reducir en esa misma cuantía el usufructo vidual del cónyuge; pero dicha posibilidad se encuentra contemplada específicamente para el usufructo y, además, sólo para el caso de que existan descendientes no comunes.

— La petición al juez. En cuanto a la extinción del derecho de viudedad sobre inmuebles y empresas o explotaciones económicas por decisión judicial, la Ley 2/2003 ha mejorado de forma notoria su regulación. El artículo 76.2, 2º párrafo, de la Compilación no dejaba claro si la petición efectuada al juez para que éste declarara extinguido el derecho se refería únicamente a los bienes privativos o alcanzaba también a los comunes, o si la petición debía preceder a la enajenación o podía ser posterior a ella. Con la redacción del artículo 98.3 de la nueva Ley quedan claros ambos extremos: la petición puede afectar tanto a los bienes comunes como a los privativos y puede ser anterior, o posterior, a la transmisión. Además, el juez deberá resolver en atención a las necesidades o intereses familiares prescindiéndose del complejo concepto de abuso de derecho.

— La autorización judicial para la enajenación de los bienes comunes extingue el derecho de viudedad. El artículo 60 de la nueva Ley atribuye la gestión del patrimonio común al cónyuge del incapacitado o del declarado ausente o pródigo, exigiéndose, no obstante, autorización judicial o de la Junta de Parientes, para los casos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles. Pues bien, dado que el artículo 98. 1.b) establece la extinción del derecho de viudedad sobre estos bienes en caso de enajenación válida de un bien consorcial, con la nueva regulación se evita la necesidad de una segunda resolución judicial que declarara extinguido el derecho. Con el régimen de la Compilación, si no existía resolución judicial declarando extinguida la viudedad en estos casos, subsistía la misma pese a la autorización de su enajenación.

— La declaración judicial de ausencia. También ha mejorado considerablemente su tratamiento en la nueva Ley, a los efectos que aquí estudiamos. En primer lugar, porque aborda su examen en los propios artículos relativos al derecho de viudedad, y no de forma separada como hacía anteriormente la Compilación en el artículo 7 que ahora se deroga. Además, lo determinante para entender extinguido el derecho de viudedad con la Ley 2/2003, es la enajenación de los bienes por el cónyuge del declarado ausente, y no la propia declaración de ausencia, como ocurría en

la Compilación. Con ello se hace innecesario regular qué sucede en los casos de reaparición del ausente. Evidentemente, éste mantendrá el derecho sobre los bienes que no hubieran sido enajenados, puesto que la declaración de ausencia no origina la extinción del derecho, sino que lo que produce ese resultado es la transmisión de los bienes.

— Enajenación judicial de bienes. Conocidas son las dificultades interpretativas que surgieron como consecuencia de la redacción del artículo 76.2, primer párrafo, *in fine,* de la Compilación. La nueva Ley intenta clarificar el complejo panorama resultante de esa errónea redacción, dando una solución acorde a lo que propugnaba parte de nuestra doctrina: si la deuda es contraída por ambos cónyuges el derecho se extinguirá necesariamente por la enajenación judicial, y si sólo la contrajo uno de ellos únicamente no se perderá el derecho si la deuda es posterior al matrimonio y no es de cargo de la comunidad o por razón de sucesiones y donaciones. Incluso, en otro caso, se establece un plazo de caducidad de diez días para el cónyuge no deudor, transcurrido el cual sin manifestar la voluntad de conservar el derecho, éste también se extinguirá.

— Enajenación válida de un bien consorcial. Respondiendo al objetivo de facilitar la fluidez en el tráfico jurídico, la nueva Ley ha introducido como causa de extinción del derecho de viudedad la «enajenación válida de un bien consorcial». Con la Compilación no todos los supuestos de enajenación válida de un bien consorcial determinaban la extinción del derecho: era necesario que el titular interviniera en la enajenación, o diera su consentimiento, para que el efecto extintivo tuviera lugar. Con la nueva fórmula se consigue que supuestos en los que uno de los cónyuges enajena los bienes comunes sobre los que tiene atribuida la gestión por pacto, o por decisión judicial, o con la finalidad de atender a las cargas legítimas de la familia, entre otros, puedan dar lugar a la extinción del derecho de viudedad sin necesidad de que conste la renuncia de su consorte al mismo.

— Los bienes privativos incluidos en el tráfico de la profesión o negocio. Otro supuesto novedoso de extinción del derecho de viudedad es el de la enajenación de inmuebles y empresas o ex-

plotaciones económicas que tengan carácter privativo y que estén incluidos en el tráfico habitual de la profesión o negocio. La Compilación no preveía nada al respecto, razón por la cual, únicamente considerando que las mercancías de una empresa cuando se trataba de inmuebles perdían tal carácter —por ser un elemento accesorio de la explotación— y pasaban a regirse con arreglo a lo que la propia norma establecía en relación a la transmisión de muebles, podíamos eludir los problemas de una posible pervivencia del derecho de viudedad. La nueva Ley adopta otro punto de vista lo que, quizá, pueda plantear algún problema en supuestos de derecho transitorio.

— Partición y división de bienes. También la Ley 2/2003 aclara supuestos que habían preocupado a la doctrina, como los de partición y división de bienes en una comunidad en la que participa el cónyuge. La Compilación no había regulado el tema, por lo que se planteaban problemas interpretativos sobre si debía o no entenderse subsistente el derecho de viudedad sobre los bienes no atribuidos al consorte. Se había venido considerando que, en estos supuestos, más que ante una enajenación, nos encontrábamos ante una concreción de un derecho: mientras la comunidad estaba indivisa, existía viudedad sobre la cuota del cónyuge y el derecho seguía a la cuota aunque ésta fuera transmitida; pero, si se producía la partición, lo que ocurría es que la cuota se concretaba en la atribución de determinados bienes, y también la viudedad se limitaba a ellos. Más problemas, tal vez, se planteaban en los casos de defectos de adjudicación al cónyuge para defender que el derecho de viudedad no se extendía al exceso atribuido a los demás comuneros. Con la nueva Ley se da solución positiva al tema: se extingue el derecho sobre los bienes adjudicados a los demás comuneros aunque lo sean en exceso de adjudicación.

— La expropiación o reemplazo. Otra novedad es la del supuesto de extinción del derecho de viudedad sobre inmuebles y empresas o explotaciones económicas, por expropiación o reemplazo en virtud de procedimiento administrativo. Antes de esta previsión la doctrina lo había configurado como un supuesto de pérdida jurídica. Ahora la norma da una solución es-

pecífica: expropiado o reemplazado un bien, se extingue el derecho de viudedad del cónyuge sobre él.

— La Ley introduce un supuesto absolutamente novedoso de extinción en el artículo 98.4, pensando, fundamentalmente, en supuestos de relaciones conyugales muy deterioradas. No obstante, aunque en su gestación ha estado la intención de abordar esos temas concretos, su dicción no impide la posible aplicación de sus previsiones a todos los matrimonios. En las enajenaciones de bienes privativos —que son, a nuestro entender, a los que se refiere la norma— el derecho se extinguirá si, fehacientemente notificada por el enajenante la transmisión a su cónyuge, se le requiere para que manifieste su voluntad de conservar o renunciar a su derecho, informándole de las consecuencias de hacerlo o no hacerlo así, y transcurren dos años desde la notificación sin que en el Registro de la Propiedad conste la voluntad del titular de conservarlo. Entendemos que el plazo referido es de caducidad. La práctica nos dirá cómo y en qué casos se aplica este precepto.

II.B. En relación con las causas de extinción del usufructo de viudedad

En la nueva regulación de las causas de extinción del usufructo vidual destacan los siguientes aspectos:

— El nuevo matrimonio o la vida marital estable. La nueva Ley admite pacto en contrario al efecto extintivo del usufructo vidual producido por la vida marital estable. Con la Compilación esta opción sólo venía reconocida para el caso de nuevo matrimonio. Además, también la disposición del premuerto puede prever el mantenimiento del derecho en ambos casos. Al respecto nada decía la Compilación por lo que se habían llegado a mantener opiniones divergentes sobre el particular. La Ley pone fin a las dudas.

— La corrupción o abandono de los hijos. En nuestra opinión, la inclusión de esta causa en el artículo 119 no hace sino reiterar lo ya afirmado por el 94.3. No hay que olvidar que la corrupción o el abandono de los hijos es una de las causas de indignidad para suceder. Y éstas, a nuestro entender, se recogen en el mencionado artículo 94.3 como supuestos de ex-

tinción del usufructo vidual. Este cambio de perspectiva con respecto al régimen de la Compilación, que efectivamente las preveía como causas de extinción del derecho de viudedad, ha sido objeto de nuestra crítica.

— Aunque los artículos de la nueva Ley dirigidos a regular el usufructo vidual no se refieren a determinadas causas contempladas en sede de disposiciones generales o del derecho expectante, entendemos que no por ello las mismas dejan de poder aplicarse en la segunda fase del derecho. Así, por ejemplo, las causas relacionadas con las crisis matrimoniales, aun cuando difícilmente pueda pensarse en ellas tras el fallecimiento del cónyuge, pueden tener su cabida, a nuestro entender, en fase de usufructo vidual. Curiosas situaciones pueden producirse en los casos de demanda de separación o divorcio con pacto de mantenimiento del derecho mientras el matrimonio subsista; si se produce la muerte del demandante tras la admisión de su escrito y antes de que se resuelva el pleito, se producirá la extinción del derecho de viudedad, al haberse disuelto el matrimonio como consecuencia de la muerte.

— Extinción del usufructo vidual por voluntad unilateral. Conforme al artículo 72.2 de la Compilación, cabía la privación de un usufructo vidual por cumplimiento de una condición o término impuestos en testamento o instrumento público, si una u otro se producían fallecido ya el disponente, y se cumplían los términos de ese precepto. La nueva Ley recoge, fundamentalmente, dos supuestos de extinción del usufructo vidual por voluntad unilateral. El primero de ellos en el artículo 93.1 pensado sólo para el caso de incurrir el cónyuge en causa de desheredación. El segundo en el artículo 101.3 que permite excluir del usufructo vidual bienes de la herencia que recaigan en descendientes no comunes. Lo que diferencia a este precepto del 72.2 de la Compilación es su finalidad: se pretende salvaguardar los derechos de los descendientes herederos del disponente que no lo sean del cónyuge. Y esto mismo es lo que lo conecta con el 73 del texto compilatorio, si bien se diferencia de él en que debe existir una voluntad del cónyuge

con descendencia para que se produzca la extinción del derecho (en la Compilación el efecto se producía por Ley).

— El pacto del viudo y el nudo-propietario. La nueva Ley aclara que el pacto que puede dar lugar a la extinción del usufructo vidual es el que pueden alcanzar el viudo y los nudo-propietarios, sin necesidad de que estos últimos sean los herederos, restricción que imponía la Compilación. Además, ya no resulta necesaria la ausencia de descendencia del cónyuge fallecido para poder pactar.

— La transformación del usufructo. La nueva Ley recoge en su artículo 110 un procedimiento que garantiza a los nudo propietarios la defensa de sus intereses frente a administraciones y explotaciones llevadas a cabo por el viudo que pudieran perjudicarlos. Frente al sistema previsto por los artículos 85 y 87 de la Compilación, la nueva Ley ya no exige que se hagan indicaciones o advertencias previas al viudo usufructuario y que éstas se incumplan. Basta alegar y probar los perjuicios que se les puede irrogar como consecuencia de la administración para acudir al juez. El procedimiento previsto es mucho más ágil que el de la Compilación. Además, el juez podrá adoptar las «medidas oportunas», no siendo necesario que acuerde la sustitución del usufructo por una renta a su cargo de importe preestablecido, como ocurría en la Compilación.

— La última gran novedad a destacar en lo relativo a las causas de extinción del usufructo vidual, es la previsión recogida en el artículo 102 de la Ley. En caso de empresas o explotaciones económicas privativas que se transmitan a hijos o descendientes, el titular de las mismas podrá ordenar, en testamento o escritura pública, la sustitución del usufructo vidual por una renta mensual. Se trata de una previsión que no venía recogida en la Compilación y que abre otra vía a la voluntad unilateral de los cónyuges de extinguir —o más bien de transformar— el usufructo vidual de su consorte.

BIBLIOGRAFÍA

ALBADALEJO GARCÍA, Manuel, «Comentarios al artículo 756» y «Comentarios al artículo 758», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, t. X, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1987, págs. 196 a 238 y págs. 246 a 254.

ALBADALEJO GARCÍA, Manuel, *Curso de Derecho Civil. V Derecho de Sucesiones*, Ed. Bosch, Barcelona, 1982, págs. 82 a 88.

ARNANZ DELGADO, Rafael, «Causas de extinción de la viudedad», en *Anuario de Derecho Aragonés*, 1952, págs. 89-98.

ARREGUI GIL, José, en su intervención en el Coloquio de «Actas de las Jornadas de Derecho Aragonés». *Anuario de Derecho Aragonés*, XIV, 1968-1969, págs. 536-540.

BATALLA CARILLA, José Luis, «Comentarios de los artículos 7 y 8 (De la Ausencia)», en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, dirigidos por LACRUZ BERDEJO, José Luis, DGA, vol. I, Zaragoza 1988, págs. 384-404.

BATALLA GONZÁLEZ, Manuel, en «Disponibilidad de los bienes en Aragón cuando existen reserva a favor de los instituyentes o usufructos de viudedad», en *Anuario de Derecho Aragonés*, 1944, págs. 351 a 364.

BATALLA GONZÁLEZ, Manuel, «La viudedad en la Compilación aragonesa», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, XLIV, 1968, págs. 437-469.

BAYOD LÓPEZ, M.ª del Carmen, «La viudedad foral aragonesa», en *Derechos Civiles de España,* dirigido por BERCOVITZ, Rodrigo y MARTÍNEZ SIMANCAS, Julián, Aranzadi-BSCH, 2000, págs. 3.489 a 3.524.

BAYOD LÓPEZ, M.ª del Carmen, «El derecho expectante de viudedad y el régimen de separación de bienes. La extinción del expectante a petición del propietario de los bienes y el abuso de derecho (A propósito de la S. TSJA de 30 de octubre de 1996)», en *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 1997, año III, núm. 2, págs. 121 a 137.

BERGUA CAMÓN, Jesús, «La Viudedad en nuestro Derecho Foral», en Comentarios de Prensa a la Compilación del Derecho Civil de Aragón, *Anuario de Derecho Aragonés*, XIII, 1967, págs. 418-421.

CAMÓN AZNAR, Leonardo, «Naturaleza jurídica de la Viudedad Aragonesa», en Actas de las Jornadas de Derecho Aragonés, *Anuario de Derecho Aragonés*, XIV, 1968, págs. 540-543.

DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús, «La viudedad aragonesa en el Derecho interregional», *Anuario de Derecho Aragonés*, XVII, 1974-76, págs. 61 a 102.

DE LOS MOZOS, José Luis, en revisión y puesta al día de la obra de CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, tomo I, vol. II, 14ª ed., Madrid, 1984, Reus, S.A., págs. 340 a 347.

DE PABLO CONTRERAS, Pedro, en VV.AA., *Curso de Derecho civil*, volumen I, Editorial Colex, Madrid, 1998, págs. 235-264.

DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, en «La delación de la herencia», *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV (Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones),* Ed. Tecnos, Madrid, 8ª ed., 2003, págs. 303 a 320.

GARCÍA ÁLVAREZ, Juan, «El derecho expectante de viudedad en la Compilación aragonesa», en *Derechos Civiles de España,* dirigido por BERCOVITZ, Rodrigo y MARTÍNEZ SIMANCAS, Julián, Aranzadi-BSCH, 2000, págs. 3.525 a 3.538.

GARCÍA CANTERO, Gabriel y CASTÁN VÁZQUEZ, José M.ª, en revisión y puesta al día de la obra de CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, tomo V, vol. I, 11ª ed., Madrid, 1987, Reus, S.A., págs. 890 y stes.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, «Sobre algunos caracteres del derecho de viudedad», *Anuario de Derecho Aragonés*, III, 1946, págs. 353-356.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, «Indignidad e incapacidad», *Elementos de Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones*, Ed. Bosch, Barcelona, 1988, págs. 78 a 85.

LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, «Comentarios a los artículos 72 a 86», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, t. XXXIII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 1990), págs. 282-404.

MARTÍN BELLESTEROS Y COSTEA, Luis, «La Viudedad», en Actas de las Jornadas de Derecho Aragonés, *Anuario de Derecho Aragonés*, XIV, Zaragoza 1968, págs. 532-536.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, «Comentario a la STS de 27 de mayo de 1988», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil,* nº 17, 1988.

MERINO HERNÁNDEZ, José Luis, «La renuncia al derecho expectante de viudedad aragonés», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, LII, 1976, págs. 1.397-1.438.

MERINO HERNÁNDEZ, José Luis, «Comentarios a los artículos 87 y 88», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, t. XXXIII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 1990), págs. 405-416.

MERINO HERNÁNDEZ, José Luis, «Limitaciones al Derecho de Viudedad Aragonés» (discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación), *Anuario de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación*, Zaragoza, 1997, págs. 117 a 150.

PELAYO HORE, «La viudedad foral aragonesa (cuestiones extra-regionales)», en *Revista de Derecho Privado*, 1944, págs. 22-35.

PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, vol. 1, 2ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1975, págs. 103 a 157.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, sobre obra anterior de SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, en *Elementos de Derecho civil. I Parte General*, vol. II en edición de LACRUZ BERDEJO, José Luis revisada por DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, Dykinson, Madrid, 1998, págs. 227 a 237.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, sobre obra anterior de LACRUZ BERDEJO, José Luis, en VV.AA., en *Elementos de Derecho civil IV, Derecho de Familia*, José M.ª Bosch Editor, 4ª ed., Barcelona 1997, págs. 143 a 145 y 401 a 418.

ROCA I TRIAS, Encarna, en VV.AA., *Derecho de Familia*, dirigido por MONTES PENADES, Vicente Luis, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1991, págs. 91 a 99.

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, en «La Viudedad aragonesa», *Anuario de Derecho Aragonés*, tomo VIII, 1955-1956, págs. 9-208.

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, «Algunas erratas en la regulación de la viudedad», *Anuario de Derecho Aragonés*, XIV, 1968-1969, págs. 544-556.

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, «Comentarios de los artículos 72 a 88 (La viudedad)», en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, dirigidos por

DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús, DGA, vol. II, Zaragoza, 1993, págs. 623-886.

SERRANO GARCÍA, José Antonio, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1989 (Derecho civil aragonés: disposición de bienes inmuebles comunes y derecho expectante de viudedad. Consentimiento a la enajenación y renuncia al derecho expectante)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 20, 1989, págs. 609 a 623.

SERRANO GARCÍA, José Antonio, *Las deudas de los cónyuges. Pasivo de la comunidad legal aragonesa*, José M.ª Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1992, págs. 129 a 169.

SERRANO GARCÍA, José Antonio, «Derecho de viudedad del cónyuge del bínubo con descendencia de anteriores nupcias. El art. 73 Comp. y la S. TSJA de 11 de julio de 1994», *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 1996, año II, núm. 1, págs. 85 a 109.

SOLCHAGA LOITEGUI, Jesús, «De la Viudedad (arts. 72 a 88). Comentarios desde el punto de vista del Derecho Tributario», en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, dirigidos por DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús, DGA, vol. II, Zaragoza, 1993, págs. 887-894.

ZAPATERO GONZÁLEZ, Rafael, «De la viudedad foral», en *Actas de las Jornadas de Derecho civil aragonés* (Jaca 1985), Cortes de Aragón.

ÍNDICE

Introducción 5
I. Importancia del tema e interés del trabajo 5
II. Estructura del trabajo 9
III. Objetivo del trabajo 11

Preliminar: Tratamiento histórico de las causas de extinción .. 13
I. El Derecho histórico 13
II. Los Proyectos de Apéndice 14
III. El Apéndice de 1925 16

Primera parte
LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL DERECHO DE VIUDEDAD EN LA COMPILACIÓN Y EN LA NUEVA LEY DE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL Y VIUDEDAD

I. ¿Causas de extinción del derecho expectante o causas de extinción del derecho de viudedad? 21
A. Terminología 21
1. En la Compilación 21
2. En la nueva Ley 25
II. Examen particularizado de las causas de extinción del derecho de viudedad 27
A. Las causas de indignidad para suceder 28
1. Carácter dispositivo de la norma que las establece ... 28
2. Examen de las causas de indignidad 30

a) El abandono, prostitución o corrupción de los descendientes 32
1º Mención a la nueva Ley 32
b) Condena por atentado contra la vida 34
c) Condena a pena de inhabilitación especial 35
d) Condena por acusación o denuncia falsa 36
e) Omisión de la denuncia de la muerte violenta del cónyuge 37
f) Amenaza, fraude o violencia sobre el cónyuge forzándole a otorgar, modificar o revocar sus disposiciones sucesorias 38
g) Amenaza, fraude o violencia para impedir al otro otorgar, revocar o modificar disposiciones sucesorias 40
3. Tratamiento general de las causas de indignidad como causas de extinción del derecho de viudedad en la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad 40
B. Las causas de extinción del derecho de viudedad relacionadas con las crisis matrimoniales 51
1. La declaración de nulidad del matrimonio 51
a) En la Compilación 51
b) En la nueva Ley 52
2. El divorcio 57
a) En la Compilación 57
b) En la nueva Ley 58
3. La separación judicial 60
a) En la Compilación 60
b) En la nueva Ley 61
4. Apreciación judicial de la extinción del derecho de viudedad para la fijación de la pensión o indemnización 63
a) En la Compilación 63
b) En la nueva Ley 65
C. Extinción por las causas establecidas para el usufructo en el Código civil 65
1. La muerte del usufructuario 66

a) En la Compilación 66
1º Especial mención a la declaración de fallecimiento 67
b) En la nueva Ley 70
1º Referencia a la declaración de fallecimiento .. 71
2. Expiración del plazo o cumplimiento de la condición resolutoria 75
a) En la Compilación 75
b) En la nueva Ley 76
3. La consolidación 77
a) En la Compilación 77
b) En la nueva Ley 77
4. La renuncia 79
a) Tratamiento general 79
1º En la Compilación 79
2º En la nueva Ley 81
b) Características de la renuncia 84
1º Renuncia expresa o tácita 84
a' En la Compilación 84
b' En la nueva Ley 87
2º Forma de la renuncia 90
a' En la Compilación 90
b' En la nueva Ley 92
3º Renuncia total o parcial 94
a' En la Compilación 94
b' En la nueva Ley 97
4º ¿Unilateralidad y carácter abdicativo de la renuncia? 99
a' En la Compilación 99
b' En la nueva Ley 102
5º Carácter personalísimo de la renuncia 102
a' En la Compilación 102
b' En la nueva Ley 103
5. La pérdida total de la cosa 104
a) En la Compilación 104
b) En la nueva Ley 104
6. La resolución del derecho del constituyente 106

a) En la Compilación 106
b) En la nueva Ley 106
7. La prescripción 107
a) En la Compilación 107
b) En la nueva Ley 108
D. Otras causas de extinción previstas en la Compilación ... 109
1. La cláusula residual 109
a) En la Compilación 109
b) En la nueva Ley 110
2. Enumeración y análisis de las causas recogidas en la cláusula residual 110
a) El pacto o disposición en mancomún de los cónyuges 110
1º En la Compilación 110
2º En la nueva Ley 113
b) La voluntad unilateral de uno de los cónyuges ... 117
1º En la Compilación 117
2º En la nueva Ley 120
c) Extinción del derecho de viudedad por decisión judicial 123
1º En la Compilación 123
2º En la nueva Ley 128
d) Extinción del derecho de viudedad por la declaración judicial de ausencia 133
1º En la Compilación 133
a' Preliminar sobre la ausencia en Aragón ... 134
b' Examen del artículo 7 de la Compilación .. 136
2º En la nueva Ley 138
e) La enajenación judicial 141
1º En la Compilación 141
2º En la nueva Ley 143
f) La enajenación de bienes muebles 147
1º En la Compilación 147
2º En la nueva Ley 149
E. Otras causas de extinción del derecho de viudedad previstas en la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad 150

1. Examen particularizado de los supuestos novedosos .. 150
a) La enajenación válida de un bien consorcial 150
1º Introducción 150
2º Referencias en la Compilación 151
3º La solución de la Ley 2/2003 152
b) Enajenación de bienes privativos incluidos en el tráfico habitual de la profesión o negocio 153
c) Partición y división de bienes respecto de aquellos que no se adjudiquen al cónyuge 157
1º La regulación de la nueva Ley 157
2º Referencia a la solución de la Compilación .. 158
3º La solución al problema 159
d) Expropiación o reemplazo por otros bienes en virtud de procedimiento administrativo 160
1º El problema en la Compilación 160
2º La solución de la nueva Ley 161
e) No constancia en el Registro de la Propiedad de la voluntad de conservar el derecho expectante ... 162

Segunda parte
LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO VIDUAL EN LA COMPILACIÓN Y EN LA NUEVA LEY 2/2003, DE 12 DE FEBRERO, DE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL Y VIUDEDAD

I. Introducción 171
A. El usufructo en la concepción unitaria del derecho de viudedad..... 171
B. Distinción entre las causas de extinción en la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad. 173
II. Examen de las causas de extinción del usufructo vidual 175
A. Tratamiento general 175
1. En la Compilación 175
2. En la nueva Ley 176
B. Análisis concreto de las causas de extinción 176
1. La renuncia 177
a) Carácter explícito de la renuncia 177
1º En la Compilación 177

2º En la nueva Ley 180
b) Constancia en documento público 182
1º En la Compilación 182
2º En la nueva Ley 182
2. El nuevo matrimonio 183
a) En la Compilación 183
b) En la nueva Ley 186
3. La corrupción o abandono de los hijos 188
a) En la Compilación 188
b) En la nueva Ley 190
4. Incumplimiento de las obligaciones como usufructuario 191
a) En la Compilación 191
b) En la nueva Ley 193
5. La no reclamación del derecho 195
a) En la Compilación 195
b) En la nueva Ley 198
6. Las causas de extinción del usufructo de viudedad en la cláusula residual 198
a) Introducción 198
1º En la Compilación 198
2º En la nueva Ley 199
b) Examen concreto de las causas de extinción, en la fase del usufructo vidual, explicitadas en el artículo 78 de la Compilación 200
1º Las causas de indignidad 200
a' En la Compilación 200
b' En la nueva Ley 205
2º La declaración de nulidad del matrimonio 205
a' En la Compilación 205
b' En la nueva Ley 206
3º El divorcio y la separación judicial 207
a' En la Compilación 207
b' En la nueva Ley 209
c) Examen concreto de las causas de extinción del usufructo ordinario del Código civil, como extintivas del usufructo vidual 210

1º La muerte del usufructuario 210
a' En la Compilación 210
b' En la nueva Ley 211
2º La expiración del plazo o el cumplimiento de la condición resolutoria 212
a' En la Compilación 212
b' En la nueva Ley 213
3º La consolidación de la propiedad en una sola persona 214
a' En la Compilación 214
b' En la nueva Ley 216
4º La renuncia. Reiteración 216
5º La pérdida total de la cosa 217
a' En la Compilación 217
b' En la nueva Ley 217
6º La resolución del derecho del constituyente ... 217
a' En la Compilación 217
b' En la nueva Ley 218
7º La prescripción 219
a' En la Compilación 219
b' En la nueva Ley 220
d) Las causas de extinción del derecho expectante dispersas en la Compilación y su producción en fase de usufructo vidual 220
1º El pacto o la disposición en mancomún 221
a' En la Compilación 221
b' En la nueva Ley 222
2º La voluntad unilateral de uno de los cónyuges 223
a' En la Compilación 223
b' En la nueva Ley 226
3º Extinción por decisión judicial 229
a' En la Compilación 229
b' En la nueva Ley 231
4º La declaración judicial de ausencia 232
a' En la Compilación 232
b' En la nueva Ley 233
5º La enajenación judicial 234

a' En la Compilación 234
b' En la nueva Ley 235
6º La enajenación de bienes muebles 235
7. Otras causas de extinción contempladas en sede de usufructo vidual 236
a) El pacto del viudo y los nudo propietarios 237
1º En la Compilación 237
2º En la nueva Ley 239
b) La enajenación conjunta de la plena propiedad ... 240
1º En la Compilación 240
2º En la nueva Ley 242
c) Supuesto de extinción impropia del usufructo vidual: la transformación 244
1º En la Compilación 244
2º En la nueva Ley 247
a' La solicitud al juez 247
b' El artículo 102: las explotaciones económicas privativas 249
Recapitulación 253
I. El enfoque de la Ley 253
II. Las novedades específicas 255
A. En relación con las causas de extinción del derecho de viudedad 255
B. En relación con las causas de extinción del usufructo de viudedad 262

Bibliografía 265

INSTITUCION · FERNANDO · EL · CATOLICO · DE · LA · EXMA · DIPUTACION · DE · ZARAGOZA

C. S. I. C.

El derecho de viudedad es una de las instituciones más representativas del Derecho aragonés y su regulación que, hasta el 23 de abril de 2003, quedaba abarcada por la Compilación de 1967, ha sufrido una importante renovación con la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad. El presente estudio afronta el análisis de cuáles han sido las novedades más relevantes incorporadas por esta Ley en lo que se refiere a las causas de extinción de este derecho. Pero, además, puesto que con arreglo a su Disposición Transitoria Segunda, tras su entrada en vigor va a convivir durante cierto tiempo con la Compilación, este trabajo acomete un examen exhaustivo de cómo viene regulada la materia en ambas legislaciones. Sin embargo, no se trata solamente de señalar cómo estaban las cosas antes y cómo están ahora, sino que el autor –en su pretensión de crear un instrumento que sirva para pensar y recapacitar sobre las causas de extinción del derecho de viudedad– aborda el tema desde un punto de vista crítico, analizando los problemas que se arrastraban con la Compilación y que ahora se resuelven, pero también aquellos otros que la nueva norma genera o puede generar.

ISBN 84-7820-822-4

INSTITUCIÓN
FERNANDO
EL CATÓLICO

DIPUTACION D ZARAGOZA