

RENUNCIA Y RECUPERACION DEL DERECHO DE VIUEDAD ARAGONÉS

José Luis Merino Hernández

Notario

Vocal de la Comisión General de Codificación

TITLE: *Waiver and restoration of the right of widowhood of Aragon*

RESUMEN: Los matrimonios cuyos efectos económicos se rigen por el Derecho aragonés tienen, por ley, el llamado «derecho de viudedad», un importante instrumento de control de cada cónyuge sobre el patrimonio de su consorte. Muchas personas, al inicio de su vida conyugal, renuncian a este derecho. En este trabajo me planteo la posibilidad de recuperar, en un momento posterior, el derecho previamente renunciado.

ABSTRACT: *Los matrimonios cuyos efectos económicos se rigen por el Derecho aragonés tienen, por ley, el llamado «derecho de viudedad», un importante instrumento de control de cada cónyuge sobre el patrimonio de su consorte. Muchas personas, al inicio de su vida conyugal, renuncian a este derecho. En este trabajo me planteo la posibilidad de recuperar, en un momento posterior, el derecho previamente renunciado.*

PALABRAS CLAVE: Actos propios; Derecho de viudedad. Repudiación y renuncia. Abdicación unilateral o por pacto. Recuperación.

KEY WORDS: *Own acts; Right of widowhood. Waive and restoring. Unilateral abdication or by restoring. Recovery.*

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO. 2. CRITERIOS GENERALES. 3. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE VIUEDAD. 4. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RENUNCIA A LA VIUEDAD. TERMINOLOGÍA. 5. REQUISITOS DE FORMA. 6. MOMENTOS PARA EFECTUAR LA RENUNCIA A LA VIUEDAD. 6.1. *Renuncia al derecho expectante*. 6.2. *La renuncia al usufructo viudal*. 7. MODOS DE EFECTUAR LA RENUNCIA AL DERECHO DE VIUEDAD. 7.1. *Renuncia unilateral*. 7.2. *La renuncia por pacto*. 8. LA REVOCACIÓN DE LA RENUNCIA A LA VIUEDAD. 8.1. *Renuncia unilateral a la viudedad*. 8.2. *Renuncia unilateral a sólo el derecho expectante (conservando el usufructo viudal)*. 8.3. *Renuncia unilateral al usufructo viudal*. 8.4. *Revocación de la renuncia pactada*. 9. NATURALEZA DE LA RECUPERACIÓN DE LA VIUEDAD. BIBLIOGRAFIA.

1. PLANTEAMIENTO

En la práctica jurídica es frecuente que quienes van a contraer un matrimonio cuyos efectos han de quedar legalmente sujetos al Derecho civil aragonés (luego veremos quiénes pueden ser) pacten en capitulaciones matrimoniales el régimen de separación de bienes —excluyendo el legal supletorio de consorcio conyugal—, y, al mismo

tiempo, formalicen la renuncia (mejor, repudio), total o parcial, a sus respectivos derechos legales de viudedad universal (luego veremos también cómo ambos actos — establecimiento del régimen de separación de bienes y repudio de la viudedad— no tienen por qué ir siempre unidos).

También es legalmente posible que tal renuncia al derecho aragonés de viudedad, realizada mediante pacto (exclusión de la viudedad) en actuación conjunta de ambos cónyuges, o de forma unilateral por cada uno de ellos separadamente, se efectúe una vez ya celebrado el matrimonio.

Y no es imposible, aunque nada frecuente, que esa renuncia o repudio la formalice, de forma unilateral, quien tiene el propósito de contraer un matrimonio que va a quedar sujeto, en cuanto a sus efectos, al Derecho civil aragonés.

Y también es frecuente que, pasado un tiempo desde que se formuló esa renuncia, repudio o exclusión del derecho de viudedad —y especialmente cuando la misma se efectuó con anterioridad a la celebración del matrimonio—, por consecuencia de haber desaparecido las causas que la motivaron —económicas, familiares, sociales, etc.—, los cónyuges deseen recuperar la viudedad perdida. Surge entonces el problema de si esa recuperación es o no posible; y de serlo, bajo qué condicionantes.

En la práctica notarial aragonesa existen dudas y discrepancias a la hora de dar solución a esta interrogante. Hay compañeros notarios que opinan que esa recuperación del derecho de viudedad renunciado, repudiado o excluido siempre es posible, tanto de forma unilateral cuando así se llevó a cabo la renuncia, como a través de un nuevo pacto entre los cónyuges; y, por supuesto, siempre que no se haya producido la adquisición por un tercero de los bienes sobre los que recaía el derecho. Otros, sin embargo, creen que la renuncia unilateral al derecho de viudedad es irrevocable también de forma unilateral, y que la renuncia o exclusión pactada del derecho puede revocarse por ambos cónyuges, en cualquier momento, a través de un nuevo pacto¹.

¹ CALATAYUD SIERRA, Adolfo, *El derecho expectante de viudedad. Su necesaria reconsideración*, discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, leído el día 28 de junio de 2016, edición *separata* de la Academia, Zaragoza, 2016, pp. 61 y 59, respectivamente.

2. CRITERIOS GENERALES

En materia de renuncia de derechos existe una serie de criterios, generalmente admitidos por la doctrina y la jurisprudencia, de los cuales, al objeto del presente trabajo, conviene entresacar los siguientes:

1.º Sólo se puede renunciar al derecho del que ya se es titular; mientras que la repudiación o rechazo se predica del derecho al que se está llamado pero que todavía no ha ingresado en el patrimonio. Así, se puede renunciar a un derecho real adquirido —servidumbre, usufructo—; en cambio, la herencia que no se quiere aceptar ha de ser objeto de repudiación².

Como se verá a lo largo de estas páginas, la dejación del derecho de viudedad en cualquiera de sus fases o manifestaciones tanto puede consistir en una repudiación —cuando el derecho todavía no se ha adquirido por no haber contraído matrimonio su futuro titular—, cuanto en una renuncia —cuando se abdica del derecho una vez ya adquirido tras la celebración del matrimonio que lo hace nacer.

2.º La renuncia puede ser abdicativa —aquella que se efectúa sin determinación del sujeto beneficiario de la misma—, o traslativa —cuando se realiza en beneficio de una determinada persona³. Determinación que tanto puede ser hecha por el renunciante como por la ley⁴. Esto último se afirma de la renuncia al derecho real de usufructo, pues es la norma positiva la que establece que el usufructo renunciado acrece a la nuda propiedad, dada la *vis atractiva* que ésta tiene en orden a la consolidación del dominio pleno⁵.

Como se irá viendo en las páginas que siguen, la renuncia al derecho de viudedad tanto puede tener carácter abdicativo como traslativo, dependiendo de las circunstancias en las que la misma tenga lugar.

² CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. Ignacio, *La renuncia a los derechos*, Edit. Bosch, Barcelona, 1986, pp. 11 y 14.

³ *Idem*, p. 26

⁴ *Idem*, p. 251

⁵ *Idem*, p. 44.

3.º En virtud de la doctrina de los «actos propios» (*nemo potest contra proprium actum venire*), no cabe la revocación de la renuncia a un derecho cuando con ello se vulnera el interés legítimo de un tercero, nacido de una situación objetiva de confianza, creada merced a la renuncia misma⁶. O lo que es igual, no se puede ir contra el acto propio de la renuncia cuando ésta ha generado en alguien la confianza en una situación aparente —el abandono del derecho—, y ello le permite obrar en un determinado sentido, sobre la base en la que ha confiado (SSTS 21 abril 2006 y 12 marzo 2008). Y tampoco es lícito accionar contra los propios actos cuando se llevan a cabo en el ámbito de actuaciones que por su trascendencia integran convención y causan estado (STS 30 marzo 1999).

Ya veremos cómo inciden estos criterios en los diferentes supuestos en los que el cónyuge que abdicó de su derecho de viudedad pretende ahora recuperarlo.

4.º Sin embargo, la renuncia de un derecho real puede ser revocada mientras el beneficiario no haya entrado en posesión de la cosa sobre la que el derecho recae⁷. Y también, cuando el tercero «todavía» no sufriría graves perjuicios por consecuencia de la revocación⁸.

Este criterio tendrá especial aplicación en los casos de revocación de la renuncia o repudio del derecho de viudedad, cuando su recuperación se pretende en el momento en el que ha entrado en su fase de usufructo viudal (extinguida la primera de derecho expectante).

5.º Si la renuncia traslativa se hace bajo condición, se entiende que no existe tal renuncia sino sólo una oferta de transmisión del derecho⁹. *A sensu contrario*, cabe entender que la renuncia abdicativa es posible hacerla bajo condición, tanto suspensiva como resolutoria. Como también es posible realizarla a plazo, ya sea inicial —renuncia válida sólo desde un determinado momento— o claudicante —renuncia solamente válida hasta un determinado momento.

⁶ *Idem*, p. 122. Ver SSTS 16 febrero 2005, 16 enero 2006, 2 y 31 octubre 2007, 19 enero 2010 y 1 julio 2011, entre otras, así como STC 21 abril 1988, art. 6.2 CC: «[...] la renuncia a los derechos en ella reconocidos [la ley] sólo serán válidas cuando no [...] perjudiquen a terceros».

⁷ *Idem*, p. 71

⁸ *Idem*, p. 124.

⁹ *Idem*, p. 73.

No obstante, más adelante trataré de defender, por su utilidad práctica, la posibilidad de la renuncia al derecho de viudedad en su fase de usufructo viudal —verdadera renuncia traslativa—, hecha bajo condición, tanto suspensiva como resolutoria.

3. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE VIUEDAD

El derecho de viudedad aragonés, regulado hoy en los arts. 271 a 302 del vigente Código del Derecho Foral de Aragón (en lo sucesivo, CDFA), aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, se caracteriza por una serie de notas que lo singularizan de cualesquiera otros derechos viudales, regulados en los distintos ordenamientos civiles españoles, a saber:

1. Es un derecho subjetivo o, al decir de algún autor, un derecho subjetivo preventivo¹⁰, que la ley concede a quienes contraen matrimonio sujeto, en cuanto a sus efectos, al Derecho foral de Aragón, de acuerdo con los criterios que establece el art.9.8 CC en materia de Derecho interterritorial.

Por tanto, y de conformidad con dicho precepto, el derecho de viudedad nace, en el momento de contraer matrimonio, no sólo a favor de los cónyuges que, al celebrarlo, tienen ambos vecindad civil aragonesa, sino también en beneficio de los que no teniendo una vecindad civil común —incluso una misma nacionalidad—, reúnen alguno de los siguientes requisitos:

a) Mediante documento auténtico, formalizado con anterioridad a la celebración del matrimonio, eligen la ley aragonesa para regir los efectos de su matrimonio, siempre que la misma sea la personal o la de la residencia habitual de uno de los contrayentes. Por tanto, si uno de ellos tiene vecindad civil aragonesa o, aún sin tenerla, reside habitualmente en Aragón, aunque su cónyuge no tenga dicha vecindad —sea español o extranjero—, ambos podrán pactar que su matrimonio se rija, en cuanto a sus efectos, por el Derecho civil aragonés. Consecuentemente, si otra cosa no deciden, ambos

¹⁰ SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, «La viudedad aragonesa», *Anuario de Derecho Aragonés*, tomo VIII, Zaragoza 1955-56, pp. 1 y ss.

contrayentes adquirirán, en el momento de la celebración de su matrimonio, el derecho de viudedad aragonés, cada uno de ellos sobre los bienes del otro.

b) Los cónyuges eligen un lugar del territorio aragonés para fijar su primera residencia habitual común tras la celebración del matrimonio. Es el primer punto de conexión objetivo que la ley establece, en defecto de pacto, para determinar el régimen matrimonial de los contrayentes que, como digo, no tienen una misma vecindad civil (incluso, una misma nacionalidad). *A sensu contrario*, el Derecho aragonés no se aplicará a los que, aun fijando su primer domicilio conyugal en Aragón, tienen ambos una misma vecindad civil distinta de la aragonesa (o una misma nacionalidad distinta de la española), pues entonces a su matrimonio se le aplicará la normativa personal común a ambos.

c) En defecto de pacto y de residencia común, si el matrimonio se celebra en un lugar del territorio aragonés. Un segundo punto de conexión objetivo aplicable a aquellas personas que, tras la celebración de su matrimonio, no pueden mantener un domicilio común (por ejemplo, funcionarios con deber de residencia en el lugar en el que ejercen su función, radicado para cada uno de ellos en una diferente Comunidad Autónoma española).

Todo ello hace que el derecho de viudedad aragonés puede llegar a tener una extensión subjetiva probablemente muy superior a la que el propio legislador aragonés se planteó en su regulación normativa y, por supuesto, con una atribución desconocida, en muchos casos, por los propios titulares del derecho (piénsese, por ejemplo, que también adquieren la viudedad aragonesa los extranjeros de diferente nacionalidad que, tras la celebración de su matrimonio, fijan su residencia habitual en Aragón)¹¹.

Sin embargo, al decir de algunos autores, el derecho de viudedad no nacerá para aquellos matrimonios que voluntariamente han elegido uno de los dos regímenes legales aragoneses —el consorcial o el de separación de bienes—, si la ley aplicable a su matrimonio no era la aragonesa, porque «lo que determina la existencia del derecho de

¹¹ MERINO Y HERNÁNDEZ, José Luis, «Extensión subjetiva (peligrosa) del derecho de viudedad aragonés», *Libro Homenaje a Alberto Ballarín Marcial*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2008.

viudedad no es la ley reguladora del régimen económico matrimonial elegido, sino la ley aplicable a los efectos del matrimonio»¹².

2. Un aspecto muy importante de la viudedad aragonesa: se trata de un derecho de naturaleza familiar que se adquiere desde el momento mismo de la celebración del matrimonio (art. 271 CDFA). Ello lo diferencia claramente de cualesquiera otros derechos viduales, concebidos en los distintos ordenamientos jurídicos que los contemplan, y que los regulan como derechos sucesorios¹³.

Precisamente, esa naturaleza familiar, y no sucesoria, del derecho de viudedad aragonés es lo que motivó la reforma del art. 16 CC por el Decreto 1836/1974, de 31 «de mayo, ampliando el derecho, en su fase de usufructo vidual, al cónyuge supérstite cuando el premuerto tuviese vecindad civil aragonesa en el momento de su muerte». Lo que indudablemente supone una notable extensión subjetiva de la viudedad aragonesa que, por mor de la equidad, altera los principios básicos en que se inspira ese derecho aragonés.

El origen de esa ampliación subjetiva del usufructo foral hay que ir a buscarla en el principio plasmado en el propio art. 16.2, primero, CC, el cual, recogiendo el criterio de los juristas aragoneses de la época, afirma que «el derecho de viudedad regulado en la Compilación aragonesa corresponderá a los cónyuges sometidos al régimen económico matrimonial de dicha Compilación, aunque después cambie su vecindad civil [...]»

¹² CALATAYUD SIERRA, Adolfo, *ob. cit.*, p. 32.

¹³ PELAYO HORE, Santiago, «Problemas de la viudedad foral» *Segunda Semana de Derecho Aragonés, Jaca, 1943*, pp. 177 y 178. Para este autor, el carácter familiar del derecho de viudedad se pone de manifiesto en el hecho de ser renunciable en vida por su titular, «lo que no ocurre nunca con los derechos hereditarios antes de deferirse la herencia».

LACRUZ BERDEJO, José Luis, «Sobre algunos aspectos del derecho de viudedad» *Anuario de Derecho Aragonés, Zaragoza, 1946*, p. 353. Este autor defendía su criterio con base historicista: decía que el origen de la institución descende de la aportación matrimonial que representaban las arras y de la continuidad de la comunidad entre cónyuges.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 17 de noviembre de 1916 (citada por SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *ob. cit.* p. 38) afirmaba que la viudedad aragonesa se distingue esencialmente del usufructo vidual del Código civil por su nacimiento, contenido, modificación y extinción, y “tiende a normalizar la marcha de la familia interrumpida por el fallecimiento de su jefe”.

Como consecuencia de ello, en la práctica podía producirse un indeseado doble efecto: por una parte, en ese matrimonio con derecho de viudedad aragonés a favor de ambos cónyuges, al cambiar éstos de vecindad civil, fallecido uno de ellos, el superviviente devenía titular de un doble derecho: el usufructo foral y el de viudedad correspondiente a su nueva ley personal, normalmente inferior desde el punto de vista cuantitativo; y a la inversa, los cónyuges que al contraer matrimonio no quedaban sujetos, por su vecindad civil, al Derecho foral de Aragón, si luego adquirían la vecindad civil aragonesa —los dos o uno sólo de ellos—, al fallecimiento del cónyuge que había adquirido dicha vecindad, el sobreviviente se veía carente todo derecho viudal: ni el aragonés que nunca había tenido, ni el de la anterior ley personal del fallecido (ley aplicable a su sucesión hereditaria), ahora perdida por la adquisición de la nueva vecindad civil aragonesa.

3. Es un derecho que nace a favor de cada uno de los cónyuges cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio (art. 271.3 CDFA); por tanto, ya se trate del consorcial o del de separación de bienes aragoneses o de cualquiera otro pactado voluntariamente (de participación en ganancias, de hermandad llana, de gananciales, etc.).

Hoy, este criterio es pacífico. No fue así en el pasado, cuando algunos autores consideraban que el derecho de viudedad era incompatible con el régimen de separación de bienes¹⁴.

Quizás sea ése el motivo por el que muchas personas en Aragón, y no sólo entre los legos en Derecho, creen que, cuando se pacta en capitulaciones matrimoniales el régimen de separación de bienes, sustituyendo al consorcial, de forma automática se entiende renunciado el derecho de viudedad que a cada uno de los capitulantes corresponde (capítulos otorgados tras la celebración del matrimonio) o corresponderá (capítulos otorgados antes de la celebración del matrimonio) sobre los bienes del otro.

¹⁴ Así lo afirmaba el magistrado SAN ROMÁN en un voto particular a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 octubre 1996, que resolvía aceptar la existencia del derecho de viudedad en un matrimonio pese a haber pactado los cónyuges el régimen de separación de bienes. Precisamente, en la práctica se advierte el error en el que suelen incurrir muchos de los que otorgan capitulaciones matrimoniales con el objeto pactar el régimen de separación de bienes para su matrimonio, creyendo que ello conlleva, necesariamente, la renuncia al derecho de viudedad.

Y no es así. En la práctica, si se pacta el régimen de separación de bienes y nada se dice sobre la viudedad, ésta se mantiene en ambos cónyuges. Y a la inversa, puede renunciarse, total o parcialmente, al derecho de viudedad y mantener el régimen matrimonial de consorcio conyugal.

4. Desde el punto de vista cuantitativo, es un derecho de carácter universal por cuanto, en principio, recae, a favor de cada cónyuge, sobre la totalidad de los bienes de su consorte, presentes y futuros (art. 271.1 CDFA), es decir, tanto los que ya tiene en propiedad en el momento de la celebración del matrimonio —y cualquiera que sea su procedencia y título de adquisición—, cuanto los que adquiera con posterioridad por cualquier título. Y ya se trate de bienes muebles o de inmuebles.

Es así un derecho que puede variar de contenido objetivo, en la misma medida en la que varíe el patrimonio, privativo o consorcial, de cada uno de los cónyuges; aumentando o disminuyendo el objeto material sobre el que recae. Por ello, le acomoda bien el apelativo que algún autor hace del mismo como «derecho en evolución»¹⁵.

Sin embargo, no faltan las críticas a este planteamiento legal por la incoherencia que se aprecia entre esa formulación inicial —universalidad del derecho— y los distintos preceptos que en el Código aragonés prevén la extinción del derecho de viudedad sobre determinados bienes enajenados sin haber participado en el acto dispositivo el cónyuge titular de la viudedad. Especialmente, los casos de enajenación válida de un bien consorcial —art. 280.1.b en relación con los arts. 230.d) y 232 CDFA—, y los de enajenación de bienes privativos por uno de los cónyuges incluidos en el tráfico habitual de su profesión o negocio —art. 280.1.c en relación con el art. 231 CDF. Excepciones legales que hacen poner en duda ese carácter de universalidad con que de siempre se ha caracterizado al derecho de viudedad aragonés.

5. Es un derecho que, en su realización práctica, puede manifestarse en dos distintas fases: en vida de ambos cónyuges tiene la consideración de derecho expectante;

¹⁵ SAPENA TOMÁS, Joaquín, «La viudedad aragonesa, efecto primario del matrimonio». *Discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, leído el 28 de septiembre de 2001*, Imprenta Provincial, Zaragoza, 2001, p. 12.

fallecido uno de ellos, de efectivo usufructo viudal. Pero no se trata de dos derechos distintos, sino de dos maneras diferentes de manifestarse el único derecho en que la viudedad consiste. Porque ésta es un derecho actual.

Aquí también le acomoda la expresión «un derecho actual en evolución», en el sentido de que su naturaleza cambia en los distintos momentos por los que pasa el matrimonio: expectativa de derecho en vida de ambos cónyuges, efectivo derecho de usufructo al fallecer uno de ellos.

Ello, además, hace que, en circunstancias normales, uno de los cónyuges titular de la viudedad sólo disfrutará de una de sus fases, la de derecho expectante: a su fallecimiento, su derecho de viudedad se extingue, y es el momento en el que su consorte consolida el suyo, transformando su derecho expectante en efectivo usufructo.

6. La viudedad aragonesa es un derecho o gravamen real. Al decir de algún autor, «la virtualidad mayor del derecho... se manifiesta en su afección o adherencia a la cosa objeto del mismo, en su configuración de gravamen real» (10-4). Y, como derecho o gravamen real que es, tiene eficacia y es oponible *erga omnes* en cualquiera de sus fases¹⁶.

Afirmación que tiene una importante excepción, la también derivada de la reforma llevada a cabo en el art. 16 CC por el Decreto de 1974. En su apartado 2.2, segundo, el precepto dispone que «el derecho expectante de viudedad no podrá oponerse al adquirente a título oneroso y de buena fe de los bienes que no radiquen en territorio donde se reconozca tal derecho, si el contrato se hubiera celebrado fuera de dicho territorio, sin haber hecho constar el régimen económico matrimonial del transmitente».

Este precepto del Código español no ha dejado de suscitar críticas entre los juristas aragoneses por lo que conlleva de alteración de la naturaleza misma del derecho de viudedad aragonés, por cuanto el Código civil concede el usufructo foral a quien no ha

¹⁶ SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, ob. cit. p. 65.

tenido antes derecho expectante; es decir, no ha sido titular del derecho de viudedad¹⁷.

Precisamente, para atajar las dudas que esta cuestión podía plantear, el vigente Código del Derecho Foral de Aragón, en su art. 283, deja bien claro que el usufructo de viudedad lo tiene el cónyuge sobreviviente, al fallecimiento de su consorte, sobre «todos los bienes del premuerto, así como de los enajenados en vida sobre los que subsista el derecho expectante de viudedad». Lo que supone que, en circunstancias normales, si el propietario de un bien sobre el que su cónyuge tiene derecho de viudedad, lo enajena sin contar con la renuncia al derecho expectante de su titular, cuando ello sea necesario, la transmisión se efectúa con el gravamen del derecho expectante no renunciado; y si el cónyuge enajenante fallece antes que su consorte, éste adquiere el usufructo viudal sobre el bien enajenado, con las consecuencias de toda índole que ello conlleva.

En principio, podría pensarse que este precepto del Código civil español ha quedado derogado, *de facto*, por el nuevo del Código aragonés, al ser éste ley posterior al art. 16 CC en su reforma de 1974.

Sin embargo, la técnica empleada por el legislador español del '74 impide esta solución: el art. 16 CC está incluido dentro del Título Preliminar del Código, lo que lo convierte, según criterio generalmente admitido, en Derecho estatal, de rango superior al Derecho emanado de las Comunidades Autónomas como es, entre otros, el Código del Derecho Foral de Aragón.

En un esfuerzo de intentar cohonestar ambas normas, se podría concluir que, en el caso citado de bienes enajenados por su propietario sin contar con la necesaria renuncia al derecho expectante de viudedad por parte de su cónyuge, éste, con independencia de dónde radiquen los bienes, y dónde y cómo se efectúe la transmisión, al fallecimiento del cónyuge enajenante, adquiere el usufructo de viudedad sobre tales bienes, pero no puede oponerlo al adquirente de buena fe que ha comprado en los términos que señala el art. 16 CC. Que es tanto como no tenerlo.

¹⁷ MERINO Y HERNÁNDEZ, José Luis, «Un problema resuelto y otro que se crea (Sobre el derecho de viudedad aragonés)», *Anuario de Derecho Civil*, volumen XXVIII, octubre-diciembre, 1974.

Ahora bien, la cuestión se puede complicar si ese bien pasa a manos de personas distintas del adquirente protegido por el art. 16 CC, y, especialmente, si la nueva transmisión tiene carácter gratuito. Un problema sobre el que no me puedo extender en estas páginas.

No obstante, el art. 16 CC, cuando se trata de contratos formalizados en escritura pública, carece hoy de aplicación práctica, dada la exigencia del art. 159 Reglamento Notarial que impone a los notarios la obligación de hacer constar en las escrituras que autoricen el régimen económico matrimonial del transmitente, cuando se trata de persona casada o separada judicialmente —únicos dos supuestos en los que puede existir un derecho expectante de viudedad a favor del cónyuge del transmitente—, si el contrato afecta o puede afectar a las consecuencias patrimoniales de su matrimonio actual o, en su caso, anterior.

En cambio, sí que podrá ser de aplicación en las ventas que se formalicen en documento privado, algo habitual en los llamados contratos de arras.

4. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RENUNCIA A LA VIUEDAD. TERMINOLOGÍA

Aunque en el propio título de este trabajo utilizo la palabra «renuncia» de forma genérica, en realidad el fenómeno consistente en la abdicación del derecho aragonés de viudedad recibe distintas denominaciones, según el momento en el que se efectúe y el procedimiento que se utilice para ello.

Como más arriba señalaba, cuando el derecho todavía no ha nacido para su titular esa dejación del derecho debe denominarse propiamente «repudiación» o «repudio». En el derecho de viudedad aragonés se produce el repudio cuando a lo que se renuncia es al hecho mismo de adquirir el derecho, es decir, cuando la manifestación al respecto se formaliza con anterioridad a la celebración del matrimonio. Pues en ese momento, el derecho de viudedad todavía no ha nacido a favor de los futuros contrayentes. Por tanto, lo que éstos hacen es rechazar la entrada en su patrimonio de ese derecho de viudedad que la ley aragonesa les atribuiría de no rehusarlo previamente, como hacen.

Esta es la fórmula habitual cuando el repudio de la viudedad se efectúa en la escritura de capitulaciones previa a la celebración del matrimonio. Y, como se explicará con mayor detalle más adelante, esa repudiación se celebra bajo la forma de un pacto otorgado por ambos capitulantes. Un pacto que no es necesario declararlo como tal expresamente; las capitulaciones matrimoniales son, en sí mismas, un pacto entre quienes van a celebrar entre sí un futuro matrimonio (o ya lo han celebrado, cuando se otorgan constante el mismo). Es una declaración de voluntad recíproca, que vinculará a ambos otorgantes y que tendrá sus consecuencias a la hora de tratar de revocarla.

También es posible que el repudio a la viudedad se efectúe de forma unilateral por parte de cada uno de los futuros contrayentes; por ambos o por sólo uno de ellos. Serán, normalmente, los supuestos en los que los interesados no van a poder reunirse antes de la celebración del matrimonio o, incluso, en el mismo acto de la boda (matrimonios contraídos mediante poder).

En estos casos también será posible efectuar el repudio del derecho de viudedad mediante apoderamiento. Ahora bien, dada la especialidad del acto mismo de la repudiación, el apoderamiento deberá determinar, con toda precisión, el exacto alcance de esa abdicación.

Frente al repudio se encuentra la renuncia propiamente dicha. Ésta se producirá en los casos en los que la abdicación de la viudedad tenga lugar una vez celebrado el matrimonio, momento éste en el que el derecho de viudedad nace. Se trata así de un derecho que ingresa en el patrimonio de cada uno de los contrayentes de forma automática. Su abdicación o rechazo tiene que venir dado por virtud de una declaración formal de voluntad de su titular.

Tanto el repudio como la renuncia, como se irá viendo, tanto pueden afectar al derecho de viudedad en su totalidad, como a alguna de sus fases —derecho expectante o usufructo viudal. Y pueden realizarse de forma total, comprendiendo todos los bienes sobre los que pueda llegar a recaer el derecho, como parcialmente, abarcando sólo determinados bienes (en la práctica es muy habitual renunciar al derecho de viudedad sobre los bienes de carácter familiar del cónyuge propietario de los mismos, y

mantenerlo respecto de los que ambos adquirieran a título oneroso constante matrimonio).

No obstante lo dicho, para cuando la dejación del derecho se hace conjuntamente por quienes van a contraer matrimonio sujeto al Derecho aragonés, o ya lo han contraído, el Código del Derecho Foral de Aragón reserva el término «exclusión» (cfr. art. 272.1, *in fine*, CDFA). Aunque yo creo que la exclusión de la viudedad es el efecto que se deriva del repudio —abdicación anterior al matrimonio— o de la renuncia —la efectuada constante matrimonio—; actos ambos llevados a cabo, en estos casos, conjuntamente por ambos interesados. Porque el hecho de que se trate aquí de una actuación conjunta no tiene por qué alterar la naturaleza jurídica del acto por el que se rechaza la entrada o la permanencia en el patrimonio del derecho de viudedad aragonés.

Así, a mi juicio, renuncia al derecho es la que se efectúa constante matrimonio, ya la haga un cónyuge con independencia del otro, ya la formalicen ambos conjuntamente. En los dos casos se trata del rechazo de un derecho ya adquirido en el momento de contraer matrimonio. Y, como consecuencia de ello, la salida del derecho del patrimonio del renunciante, con todos los efectos que le son propios. La circunstancia de ser una renuncia pactada no altera su naturaleza jurídica. El pacto va a influir, como enseguida veremos, en el procedimiento a seguir para su posible revocación.

5. REQUISITOS DE FORMA

En general, la abdicación del derecho de viudedad debe formalizarse necesariamente en escritura pública. Existen, sin embargo, determinadas excepciones.

En primer lugar, para el repudio que los futuros contrayentes, o la renuncia que los ya casados hagan de sus respectivos derechos de viudedad, la ley exige, como requisito *ad solemnitatem*, el otorgamiento de escritura pública (art. 272.1 en relación con el art. 195.2 CDFA).

Y lo mismo cabe decir de la renuncia unilateral llevada a cabo por uno solo de los cónyuges (art. 274.1 CDFA).

Y aunque la ley hace referencia sólo a las personas ya casadas o que van a contraer matrimonio, la exigencia formal de la escritura pública debe hacerse extensiva igualmente a quienes, con anterioridad a la celebración de éste, también de forma unilateral, manifiestan su voluntad de impedir la entrada en su patrimonio del derecho de viudedad sobre los bienes de su futuro consorte, como repudiación que es de un derecho matrimonial (art. 1280.4º CC).

Sin embargo, cuando la renuncia o exclusión del derecho de viudedad, total o en cualquiera de sus fases, se produce una vez celebrado el matrimonio, como un pacto entre los cónyuges, la ley aragonesa admite que la misma conste bien en escritura pública, bien en testamento mancomunado (art. 272.1 CDFA).

Y aquí es donde se produce una excepción importante a la exigencia de la escritura pública, por cuanto en el Derecho aragonés el testamento mancomunado tanto puede otorgarse en documento notarial cuanto en documento privado (cfr. Art. 409 CDFA sobre *Forma de los testamentos*, art. 410 sobre *Testamento mancomunado cerrado*, y art. 411 acerca del *Testamento mancomunado ológrafo*). Ello hace posible que el pacto de exclusión de la viudedad pueda formalizarse por ambos cónyuges mediante testamento, cerrado u ológrafo, hecho en documento privado.

Y también, en la medida en la que el Código aragonés vigente ya no exige como antes, para el otorgamiento de testamento mancomunado que sus otorgantes estén casados (art. 417.1 CDFA), será igualmente posible que quienes proyectan contraer entre sí un matrimonio que vaya a quedar sujeto, en cuanto a sus efectos, al Derecho civil aragonés, otorguen un testamento mancomunado en documento privado, en el que repudien sus respectivos y futuros derechos de viudedad.

6. MOMENTOS PARA EFECTUAR LA RENUNCIA A LA VIUEDAD

Al respecto conviene distinguir la doble fase con que puede manifestarse el derecho aragonés de viudedad:

6.1. *Renuncia al derecho expectante*

En su fase de derecho expectante, la viudedad tiene como finalidad última proteger el derecho frente a las posibles enajenaciones que el cónyuge propietario de los bienes pretenda realizar. Es un instrumento de control de un cónyuge sobre el otro, respecto de los bienes de que éste es propietario¹⁸. Porque si, en circunstancias normales, el propietario de un inmueble sobre el que pesa un derecho expectante a favor de su consorte, vende el mismo a un tercero sin extinción del expectante (por renuncia de su titular o por cualquiera de los supuestos en los que la ley lo da por extinguido), si fallece el transmitente y le sobrevive su cónyuge viudo, éste transforma su derecho expectante en efectivo usufructo, recayente sobre el inmueble adquirido, en su día, por el comprador. Con las consecuencias que todo ello conlleva en orden a la posesión del inmueble.

Con arreglo a ello, la renuncia al derecho expectante de viudedad que se efectúa previa o simultáneamente al acto de la enajenación beneficia al cónyuge propietario de los bienes que se enajenan, pues le libera de la carga real que representa el expectante. Pero ello no significa que el cónyuge beneficiario de la renuncia adquiera, con ésta, derecho alguno. El derecho expectante no es transmisible. Solamente conlleva la liberación de una carga que pesaba sobre los bienes sobre los que recaía. La renuncia es, por tanto, un acto de liberación, pero no de transmisión. Por todo ello habría que concluir que la renuncia al derecho de viudedad aragonés en su fase de derecho expectante es un acto abdicativo: su titular se desprende de un derecho —el expectante— que a nadie transmite.

Y, como tal renuncia abdicativa, cabe pensar que la misma puede ser efectuada bajo condición —y tanto suspensiva como resolutoria— y aún a plazo.

Mediante la renuncia bajo condición suspensiva el titular del derecho expectante supedita la efectividad de aquélla al cumplimiento de un determinado hecho, aquél en que consista la condición; en todo caso, un hecho ajeno a la propia voluntad del renunciante. Por ejemplo, en previsión a la boda de un hijo y la transmisión a éste de un determinado inmueble propiedad privativa de uno de los cónyuges, el titular del

¹⁸ GIL NOGUERAS, Luis Alberto, «De la viudedad», *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, Zaragoza, 2007, p. 298; CALATAYUD SIERRA, Adolfo, ob. cit. p. 17.

expectante renuncia a éste, supeditando dicha renuncia a que el enlace matrimonial llegue a efectuarse.

En la práctica, un caso frecuente de este tipo de renunciaciones se produce cuando, mediante documento público (capítulos, poder u otro), un cónyuge manifiesta expresamente su renuncia al derecho expectante que le corresponde sobre uno o varios bienes de su consorte, para cuando éste proceda a su venta. Mientras el cónyuge propietario de los bienes no realice ninguna enajenación de los mismos, el derecho expectante lo mantiene su titular; cuando efectúe alguna venta, en ese mismo momento el derecho expectante se extingue sobre el bien enajenado.

En la renuncia bajo condición resolutoria la abdicación del derecho expectante puede quedar sin efecto si se llega a producir el hecho en que la condición consista. En el supuesto anterior, la renuncia al derecho expectante sobre el inmueble transmitido al hijo quedará ineficaz, por ejemplo, si éste llega a divorciarse; en dicho supuesto, el que fuera titular del expectante lo recupera y, si su consorte ha fallecido, adquiere sobre el inmueble transmitido al hijo el efectivo usufructo viudal. En la práctica, esta posibilidad puede ser muy interesante en los casos de transmisión a un hijo de un inmueble como vivienda habitual, con ocasión de su matrimonio, pues llegado el caso de su separación o divorcio, el cónyuge titular de la viudedad puede oponer a la asignación del uso de la vivienda al consorte de su hijo, su derecho viudal, especialmente si éste se encuentra ya en su fase de efectivo usufructo de viudedad. El juez que conozca de la separación o del divorcio tendrá que ponderar los intereses en juego, determinando lo que proceda en el uso de la vivienda.

También puede efectuarse la renuncia al derecho expectante sujeta a un plazo, tanto preventivo como preclusivo o claudicante.

En el primer caso, el derecho expectante sólo se considera renunciado cuando se cumpla el plazo previsto. Siguiendo con similar ejemplo, el cónyuge titular del expectante supedita su renuncia al mismo al día en que el hijo que adquiere el inmueble del otro consorte cumpla la edad de treinta años; con ello tratará de evitar una temprana enajenación del inmueble por parte del hijo adquirente.

En la renuncia supeditada a plazo preclusivo o claudicante el cónyuge titular del derecho expectante renuncia al mismo sólo por un tiempo determinado, transcurrido el cual, lo recupera. Por ejemplo, el cónyuge titular del expectante concede un plazo a su consorte para que, durante el mismo, enajene los bienes que desee; pero transcurrido dicho plazo, el renunciante recupera su derecho expectante sobre el resto de bienes de su cónyuge, los no enajenados, y tanto presentes como futuros.

Distintos son los efectos de la renuncia al derecho expectante de viudedad efectuada tras la enajenación de los bienes por parte de su propietario. Son supuestos en los que, por diferentes motivos, el cónyuge titular del expectante no ha renunciado al mismo, ni previa ni simultáneamente al acto de la enajenación. Aquí aparece un beneficiario principal que es el adquirente de tales bienes; con la renuncia se le libera de la carga que supone el derecho expectante —que puede llegar a convertirse en efectivo usufructo si fallece el transmitente de los bienes antes de la renuncia (art. 283 CDFA).

Pero también puede ser beneficiario de la renuncia el cónyuge que efectuó la venta de sus bienes sin contar entonces con la renuncia al derecho expectante de viudedad por parte de su consorte. Así podrá ocurrir, por ejemplo, en los casos en los que vendedor y comprador hayan pactado el aplazamiento de una parte del precio de la venta para el momento en el que se lleve a cabo la renuncia. O, incluso, se haya previsto una expresa resolución de la enajenación si, en un plazo determinado, no se efectúa dicha renuncia.

Precisamente, para supuestos como éste cabría pensar en la posibilidad de la renuncia al derecho expectante hecha bajo condición suspensiva, supeditando su eficacia al efectivo pago de la cantidad aplazada en la compra del bien sobre el que recae el derecho. O bajo condición resolutoria, dejando sin efecto la renuncia en el caso de que el precio no sea satisfecho en su totalidad dentro de un plazo determinado.

6.2. La renuncia al usufructo viudal

Cuando la viudedad pasa a su segunda fase, por haber fallecido uno de los cónyuges, a lo que se está renunciando entonces es a un derecho de usufructo, con las consecuencias que le son propias a cualquier derecho de usufructo, es decir, la

consolidación del dominio en beneficio de quien ostenta la nuda propiedad sobre el inmueble.

El beneficiario aquí está claro: el nudo propietario que, con dicha renuncia, ve consolidado su pleno dominio sobre el bien de que se trate.

No veo obstáculo para que la renuncia al derecho de usufructo viudal pueda hacerse bajo condición, tanto suspensiva como resolutoria, y a plazo, suspensivo o claudicante. Ejemplo de renuncia bajo condición suspensiva: formalizada la herencia de quien deja, a su fallecimiento, un cónyuge con derecho de usufructo foral y un hijo que deviene nudo propietario, entre los bienes hereditarios existe una vivienda que el hijo pretende utilizar como su domicilio habitual. Su progenitor supérstite formaliza la renuncia a su derecho de usufructo viudal sobre dicho inmueble, pero supeditada al hecho de que el nudo propietario contraiga matrimonio, momento en el que, de forma automática e irreversible, consolida a su favor el pleno dominio de la vivienda.

Ejemplo de renuncia bajo condición resolutoria: en similares circunstancias hereditarias, el cónyuge sobreviviente con derecho de usufructo sobre la vivienda que pasa a ocupar el hijo, formaliza la renuncia a su derecho de usufructo, pero condicionada al hecho de que el nudo propietario llegue a adquirir, en el futuro, por sus propios medios, otra vivienda, en propiedad. Desde ese mismo momento, su progenitor recupera el derecho de usufructo que en su día renunció.

Ejemplo de renuncia a plazo suspensivo: el cónyuge viudo, que ha adquirido, por fallecimiento de su consorte, el usufructo de viudedad sobre determinados bienes —de los que es nudo propietario un hijo común de ambos—, decide renunciar a su derecho de usufructo, en beneficio de su hijo, pero, con la finalidad de salvaguardar el patrimonio hereditario y dada la corta edad del heredero, supedita la eficacia de su renuncia al momento en el que el nudo propietario alcance una determinada edad. Llegado ese momento, la renuncia se hace efectiva de forma irrevocable, y el nudo propietario consolida a su favor el pleno dominio de los bienes.

Ejemplo de renuncia a plazo claudicante: ese mismo cónyuge viudo, respecto de determinados bienes hereditarios rentables (valores mobiliarios, inmuebles en

arrendamiento, fondos de inversión no acumulativos, etc.), sobre los que ha adquirido el usufructo viudal, renuncia al mismo, pero sólo por un tiempo determinado, con la finalidad de que, durante el mismo, el nudo propietario pueda beneficiarse de tales rendimientos. Al concluir el plazo previsto, el viudo recupera su derecho de usufructo, para ser él, a partir de ese momento, el que perciba los frutos de los bienes.

7. MODOS DE EFECTUAR LA RENUNCIA AL DERECHO DE VIUEDAD

El CDFA admite diferentes modalidades a través de las cuales se puede renunciar al derecho de viudedad, con exigencias formales diferentes en cada caso.

7.1. *Renuncia unilateral*

Cualquiera de ambos cónyuges puede renunciar unilateralmente, tanto al derecho de viudedad en su conjunto, como al derecho expectante, en este caso reservándose el usufructo viudal para el supuesto de sobrevivir a su consorte (art. 274 CDFA).

Y aunque la ley no lo contemple expresamente, creo que también sería válida una renuncia al usufructo de viudedad, pero conservando el expectante. Esta posibilidad estaría justificada en la medida en la que el renunciante quisiera «controlar» las enajenaciones de su cónyuge, no tanto para garantizar su usufructo viudal (al que renuncia), cuanto para proteger otros intereses: por ejemplo, evitar una disminución de la futura herencia de sus descendientes comunes que las enajenaciones del progenitor propietario privativo de los bienes podría ocasionar; o impedir la disminución productiva del patrimonio del cónyuge propietario de los bienes, cuando estos constituyan el elemento esencial en los ingresos de la familia; etc.

Todas esas renunciaciones pueden hacerse referidas a todos los bienes del cónyuge del renunciante o sólo a algunos de ellos —ya existentes en el patrimonio de su titular o adquiridos en un momento posterior al acto de la renuncia.

En todos esos supuestos la renuncia debe constar en escritura pública (art. 274 CDFA).

Así pues, las que lleguen a realizarse en documento privado o cualquier otro documento público que no sea la escritura notarial —por ejemplo, judicial— serán nulas de pleno derecho.

7.2. *La renuncia por pacto*

El CDFA prevé la posibilidad de que los cónyuges casados bajo régimen matrimonial sujeto en sus efectos al Derecho aragonés (cfr. art. 9.8 CC) regulen, mediante pacto, lo que les convenga en relación con su respectivo derecho de viudedad: excluirlo, limitarlo «o regularlo como libremente convengan». Y no sólo con respecto al derecho expectante de viudedad, sino también con relación a la totalidad del derecho de viudedad en su doble fase de derecho expectante y de usufructo viudal. Y tanto con respecto a todos los bienes sobre los que la viudedad recae, cuanto con relación a solamente algunos de ellos. Un pacto que tanto puede afectar a ambos cónyuges, como sólo a uno de ellos (art. 272 CDFA).

Y repito lo antes dicho respecto de la renuncia unilateral: aunque el Código foral no lo prevea expresamente, creo que también es posible, para los cónyuges sujetos en los efectos de su matrimonio al Derecho aragonés, pactar acerca de la renuncia, total o parcial, de uno sólo de ellos o de ambos, a su respectivo derecho de usufructo viudal, de forma preventiva, es decir, para el supuesto de que el renunciante llegue a sobrevivir a su consorte. Renuncia, por tanto, al usufructo de viudedad, manteniendo el derecho expectante.

En cuanto a la forma, la renuncia al derecho expectante sólo puede formularse en un pacto contenido en escritura pública (art. 272.2 CDFA). Y si se celebra con anterioridad al matrimonio, necesariamente en capitulaciones matrimoniales (art. 272.1, *in fine*, CDFA).

Sin embargo, cuando el pacto de renuncia atañe al derecho de viudedad en su conjunto —y creo que, lógicamente, también cuando se refiera sólo al usufructo viudal, manteniendo el expectante— su formulación tanto podrá hacerse en escritura pública, como en testamento mancomunado. Y éste, al no distinguir el legislador, podrá ser

cualquiera de los que ley aragonesa admite: notarial, cerrado, incluso ológrafo (cfr. arts. 409, 410 y 411 CDAF).

8. LA REVOCACIÓN DE LA RENUNCIA A LA VIUEDAD

Si hemos de atender a los criterios generales aceptados en materia de renuncia de derechos, expuestos más arriba, para que la renuncia al derecho de viudedad pueda llevarse a cabo habrá que distinguir los diferentes medios a través de los cuales dicha renuncia se haya formulado.

8.1. Renuncia unilateral a la viudedad.

El derecho de viudedad aragonés, en su doble fase de derecho expectante y de usufructo viudal, es un derecho subjetivo que nace en el instante mismo de la celebración del matrimonio de quienes lo contraen sujetos al Derecho foral aragonés. Sin matrimonio no puede haber viudedad —la ley no lo contempla para las parejas de hecho no casadas. Y deja de haber matrimonio desde el momento en que uno de los cónyuges fallece.

Por ello, en principio, la renuncia al derecho de viudedad en su conjunto beneficia al cónyuge propietario de los bienes sujetos al derecho. Pero de una forma indirecta puede beneficiar también al tercero que pretende adquirir determinados bienes sobre los que recae la viudedad.

Por ello, la posibilidad de su revocación dependerá, según los criterios expuestos al comienzo de este trabajo, de que la renuncia no perjudique los legítimos intereses del beneficiario de la misma. Esa revocación, en cuanto supone un actuar contra los «actos propios», sólo será posible en tanto ese beneficiario no tenga conocimiento formal de la renuncia; pues, desde que la conoce, la revocación infringe la «situación objetiva de fiducia» creada merced a la renuncia misma¹⁹.

¹⁹ Así lo afirmaba el magistrado San Román en un voto particular a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 octubre 1996, que resolvía aceptar la existencia del derecho de viudedad en un matrimonio pese a haber pactado los cónyuges el régimen de separación de bienes.

Los métodos a través de los cuales puede el interesado llegar a tener conocimiento efectivo de la renuncia a la viudedad pueden ser muy variados: desde una notificación formal hecha por el propio renunciante, hasta por el hecho de obrar en poder del beneficiario la escritura pública en la que se ha formalizado la renuncia.

8.2. Renuncia unilateral a sólo el derecho expectante (conservando el usufructo viudal)

Esta renuncia beneficia, en primer término, al cónyuge propietario de los bienes cuando la misma se formula con carácter previo a la enajenación que de los mismos se propone aquél realizar, pues le libera de la carga que el expectante representa.

El beneficiario directo de la renuncia será el adquirente de tales bienes cuando el cónyuge titular del derecho expectante no ha comparecido en el acto de la enajenación para renunciar, ni ha efectuado la renuncia con anterioridad, llevando a cabo la formalización de la renuncia con posterioridad a dicho acto. Aunque, como antes señalaba para el supuesto de la renuncia a la viudedad en su conjunto, en este caso también puede ser beneficiario, aunque indirecto, de la renuncia el propio cónyuge que transmitió sus bienes si entre transmitente y adquirente se previó algún tipo de «sanción» para aquél si la renuncia no se llegaba a efectuar en un plazo determinado (por ejemplo, aplazamiento de todo o parte del precio estipulado, resolución del contrato, etc.).

La fórmula habitual en la que el cónyuge del enajenante renuncia en el propio acto de la enajenación del bien o bienes de que se trate es absolutamente irrevocable, en la medida en que la revocación lesionaría gravemente los derechos de un tercero, el adquirente de los bienes.

Y lo mismo cabe decir de la renuncia efectuada con posterioridad a la enajenación.

Precisamente, en la práctica se advierte el error en el que suelen incurrir muchos de los que otorgan capitulaciones matrimoniales con el objeto pactar el régimen de separación de bienes para su matrimonio, creyendo que ello conlleva, necesariamente, la renuncia al derecho de viudedad.

Respecto de la formalizada con anterioridad, cabe repetir lo mismo antes dicho para la renuncia a la viudedad en general: su revocación dependerá del conocimiento que de la renuncia tenga quien haya de beneficiarse de ella.

En la práctica puede plantearse algún problema cuando la renuncia al derecho expectante de viudedad se hace mediante la fórmula de un apoderamiento. Es una práctica muy habitual en determinadas notarías aragonesas. Mediante ella el cónyuge titular del derecho expectante apodera a su consorte para que, en cada acto de enajenación que haga éste de sus propios bienes, pueda hacer constar la expresa renuncia al derecho expectante de su consorte. En estos casos, el problema puede surgir si el cónyuge renunciante revoca el apoderamiento: ¿se entenderá revocada también la renuncia al derecho expectante? Y ello, supuesto que ese poder fuera ya conocido por el cónyuge titular de los bienes, bien porque se le ha notificado, bien porque tiene una copia del mismo (que es el caso más habitual).

Porque de no ser así, por mientras el titular de los bienes no conozca la voluntad de renunciar al derecho expectante de su consorte, éste podrá revocar el apoderamiento y, con él, su renuncia anticipada.

Como digo, el problema puede aparecer cuando el cónyuge propietario de los bienes, que ya conoce el apoderamiento formulado por su consorte, tiene también noticia fehaciente de su revocación.

La solución a esta cuestión creo que ha de buscarse a partir de la naturaleza jurídica de esa especial renuncia al expectante, la que se hace a través de un mandato representativo. Éste es un contrato esencialmente revocable (cfr. art. 1732 CC) y, en mi opinión, esa característica impregna el negocio en su totalidad. Es decir, que si se revoca el apoderamiento, con él se revoca también su contenido, o sea, la renuncia al derecho expectante formulada a través del mismo. Precisamente, la fórmula del apoderamiento es un plus añadido a la renuncia en sí, que también podría haberse formulado sin el manto del mandato representativo, y en ese caso, como antes explicaba, no sería revocable si el beneficiario de la renuncia ya tenía conocimiento de ésta. Quien hace uso de un poder —y salvo que en él se haya establecido su irrevocabilidad— sabe de antemano que el mismo puede ser revocado. Por tanto, su

revocación no debe entenderse que le perjudica, ni su confianza se ve defraudada por ello.

Pero un problema añadido a todo ello puede provenir del hecho de que, pese a la revocación del poder, el cónyuge propietario de los bienes —sabedor o no de esa revocación— enajena tales bienes a un tercero de buena fe que ignora la revocación.

Creo que la solución ha de venir de la protección que en Derecho ha de concederse a la buena fe, unido a la apariencia de legitimidad que confiere la escritura de apoderamiento, todo lo cual debe conducir a declarar plenamente eficaz la enajenación realizada por el propietario de los bienes, sin perjuicio de la responsabilidad en que el mismo haya podido incurrir frente a su cónyuge, si éste le había hecho saber la revocación de la renuncia al derecho expectante de viudedad.

Esta solución tiene un fundamento similar al que establece el art. 16.2, segundo, CC, conforme al cual «el derecho expectante de viudedad no podrá oponerse al adquirente a título oneroso y de buena fe de los bienes que no radiquen en territorio donde se reconozca tal derecho, si el contrato se hubiera celebrado fuera de dicho territorio, sin haber hecho constar el régimen económico matrimonial del transmitente». Aquí se protege la buena fe del adquirente que desconoce la existencia del derecho expectante de viudedad del cónyuge de quien le transmite bienes. En el supuesto del apoderamiento revocado, se protege al adquirente de buena fe que, aunque conozca la existencia de ese derecho, confía en la «apariencia formal» de su renuncia que la escritura de poder representa.

8.3. Renuncia unilateral al usufructo viudal

El cónyuge titular del usufructo de viudedad —adquirido tras el fallecimiento de su consorte— puede renunciar al mismo en cualquier momento.

En este caso, su renuncia favorece a los titulares de la nuda propiedad, que tanto pueden ser los herederos o legatarios del cónyuge premuerto, como quien adquirió de éste, en vida, determinados bienes sin la consiguiente renuncia al derecho expectante

de viudedad por parte de su titular (caso de ser necesaria), o sea, el actual cónyuge supérstite.

Y, de forma similar a lo dicho para la renuncia unilateral al derecho expectante, la que se haga del usufructo viudal será absolutamente irrevocable desde el momento en el que la misma sea conocida por el nudo propietario al que le afecte.

En la práctica, lo habitual es que tal renuncia se formule en la escritura de aceptación de herencia cuando el cónyuge sobreviviente, que la otorga en unión de los herederos y/o legatarios del causante, renuncia expresamente, total o parcialmente, al derecho de viudedad que le corresponde sobre los bienes de su difunto consorte. En ese momento, la renuncia ya es irrevocable y los herederos o legatarios de los bienes sobre los que recaía el usufructo viudal adquieren el pleno dominio de los mismos.

Aunque menos habitual, también cabe la renuncia al usufructo de viudedad en escritura distinta de la de herencia, anterior o posterior a ésta. Dicha renuncia devendrá irrevocable desde el momento en el que los nudo propietarios —sean herederos o legatarios o adquirentes de los bienes en vida del cónyuge premuerto— tengan conocimiento de la misma. Uno de los métodos para acceder a dicho conocimiento puede ser la presentación de la escritura de renuncia en el registro de la propiedad donde se hallen inscritos los bienes a los que afecta el usufructo viudal; y ello, *per se*, sin necesidad de que al mismo hayan tenido acceso los nudo propietarios de los bienes, dado el carácter público que caracteriza a esos registros.

8.4. *Revocación de la renuncia pactada*

El CDFA, en su art. 272, como antes explicaba, admite que los cónyuges puedan pactar la renuncia al derecho de viudedad, con el alcance objetivo y subjetivo que quieran darle, mediante pacto formalizado en escritura pública —que habrá de ser de capitulaciones matrimoniales cuando se efectúe antes de la celebración del matrimonio— o en testamento mancomunado. Y éste en cualquiera de sus variantes legales: notarial, consular, cerrado, incluso ológrafo, siempre que cumplan las exigencias que para ellos establece la ley foral (arts. 410 y 411 CDFA).

No obstante, no toda renuncia a la viudedad formulada en capitulaciones matrimoniales o en testamento mancomunado tiene que tener necesariamente la calificación jurídica de pacto. Por virtud del principio de autonomía de la voluntad — *standum est chartae*— que preside la mayor parte de las instituciones civiles aragonesas, los cónyuges que otorgan tales documentos (o cualquiera otro mancomunado) pueden expresar su voluntad de que la renuncia a la viudedad que formulan en ellos no tenga carácter paccionado; o lo que es lo mismo, la renuncia de uno de los consortes no tenga relación de reciprocidad con la que formula el otro. Ello, lógicamente, hará que cada una de las renunciaciones deba ser considerada como un acto unilateral, con las consecuencias que conllevará su posible revocación. Sin embargo, también es cierto que el otorgamiento de un documento mancomunado genera la apariencia de la existencia de un pacto entre los cónyuges; de ahí que, cuando estos quieran eliminar ese carácter pactado de la renuncia, deberán expresarlo formalmente.

Cuando la renuncia a la viudedad se efectúa mediante pacto, a la hora de considerar la posible revocación de la misma, será necesario analizar la cuestión desde la óptica de la contractualidad que todo pacto conlleva.

No hay norma alguna específica en el CDFA que contemple una mínima regulación de la revocación del pacto de renuncia a la viudedad. Por ello, en aplicación del art. 1 del Código aragonés, será preciso acudir, como fuente supletoria de la norma positiva, a los principios generales que inspiran en el Derecho civil de Aragón. Los criterios legislativos más próximos a la materia en estudio pueden hallarse, probablemente, en los arts. 400 y 401 CDFA, relativos a la revocación de los pactos sucesorios (aun teniendo en cuenta que el derecho de viudedad aragonés no tiene el carácter de derecho sucesorio, sino de derecho de familia).

Y al respecto, la regla general es que «las estipulaciones contractuales pueden modificarse o revocarse mediante pacto [...] celebrado por las mismas personas o sus herederos» (art. 400.1). También mediante testamento mancomunado otorgado por ambos cónyuges (art. 400.2).

Así pues, dos primeras ideas quedan claras, deducidas de dichos preceptos: una, que los cónyuges que celebraron el pacto de renuncia —otorgado necesariamente en

escritura pública— pueden revocarlo, total o parcialmente, como tengan por conveniente, en cualquier momento; y dos, que dicha revocación pueden hacerla mediante testamento mancomunado, aunque éste no sea el abierto notarial (cerrado u ológrafo mancomunados).

Por tanto, ambos cónyuges, que pactaron en su día la renuncia a su respectivo derecho de viudedad, pueden ponerse de acuerdo para modificar aquel pacto en los términos que consideren conveniente, revocando aquella renuncia, total o parcialmente, por parte de ambos cónyuges o sólo por uno de ellos.

De la aplicación supletoria de la citada norma foral surge una interesante cuestión: la posibilidad que el cónyuge viudo aragonés tiene de recuperar el derecho de viudedad que, en vida de su consorte premuerto y de acuerdo con éste, renunció por pacto si en ello están de acuerdo los herederos del premuerto. Si ello es posible respecto del pacto sucesorio convenido en vida de ambos cónyuges, también puede serlo respecto de la renuncia pactada al derecho de viudedad (aunque éste, desde luego, insisto, no pueda considerarse como un derecho sucesorio).

En ese caso lo que se produce es un fenómeno de «subrogación jurídica subjetiva», por virtud de la cual los herederos del cónyuge premuerto, al aceptar su herencia, adquieren la misma posición jurídica que su causante tenía, tanto en lo personal como en lo patrimonial; y como consecuencia de ello, pueden pactar sobre la viudedad con el cónyuge viudo como hubiera podido hacerlo el premuerto, en vida de ambos, por ejemplo, admitiendo la «reactivación» de la eficacia del derecho de viudedad renunciado. Una reactivación que ahora, lógicamente, afectará sólo al derecho en su segunda fase, es decir, al usufructo viudal.

9. NATURALEZA DE LA RECUPERACIÓN DE LA VIUEDAD

Cualquiera que sea la forma y el modo utilizados para la renuncia al derecho de viudedad, ya sea en su totalidad o parcialmente, ya se trate sólo del derecho expectante, sólo del usufructo viudal o del derecho de viudedad en su conjunto, su recuperación no da lugar al nacimiento de un derecho nuevo, sino que se trata más bien de la «reactivación» de un derecho que, por consecuencia de su renuncia, había

quedado como «en suspenso» en lo concerniente a su efectividad; y ésta renace con la revocación de la renuncia cuando la misma es posible, o sea, cuando es válida y eficaz. De ahí que sea más preciso hablar de «recuperación» y no de «readquisición».

Se produce entonces un fenómeno jurídico similar al que tiene lugar en el supuesto previsto en el art. 276.2 del Código del Derecho Foral de Aragón: el derecho de viudedad «se extingue también por la admisión a trámite de la demanda de separación, divorcio o nulidad»; pero el derecho «nace de nuevo cuando el proceso matrimonial finaliza en vida de ambos cónyuges sin sentencia firme estimatoria, se reconcilian los cónyuges separados, o así lo pactan éstos».

Yo creo que la renuncia lo que produce no es, como dice la ley para los casos de separación matrimonial, una «extinción» del derecho, y su recuperación un «renacer» del mismo (por cierto, una terminología muy poco jurídica), sino una suerte de «inactividad» del derecho provocada por un acto de voluntad expreso por parte de su titular. Tras la renuncia o la separación conyugal, el derecho sigue existiendo, en la misma medida en que existe o subsiste el matrimonio que es su causa determinante. Creo que la renuncia lo es, más que al derecho propiamente dicho, a su eficacia. La renuncia a la viudedad determina una paralización de los efectos connaturales al derecho, y éste puede reactivarse si el cónyuge titular revoca válidamente su renuncia. Por ello, según creo, en los casos de revocación de la renuncia no existe el nacimiento de un derecho *ex novo*, ni siquiera cuando son los herederos del cónyuge premuerto los que, según antes explicaba, consienten en la recuperación de la viudedad por parte del cónyuge supérstite —ahora lógicamente, sólo en su fase de usufructo viudal.

Y ello ha de ser necesariamente así porque el derecho de viudedad aragonés tiene su exclusivo origen en el matrimonio. Sólo éste puede ser la causa esencial del nacimiento del derecho; por tanto, también de la «reactivación» de su eficacia, no de su titularidad; ésta la conserva el cónyuge renunciante en tanto su renuncia no sea definitiva.

Esta concepción de la «recuperación» del derecho de viudedad tiene particular importancia desde el punto de vista fiscal, y de forma especial cuando la misma se produce con el consentimiento de los herederos del cónyuge premuerto, admitiendo

éstos la revocación del pacto de renuncia que, en vida, formalizaron los cónyuges (normalmente, sus padres). Al no haber una adquisición *ex novo* de un derecho de usufructo, tampoco hay transmisión del mismo, por lo que el acto de recuperación no podrá ser objeto de imposición fiscal alguna (es un supuesto similar al de recobro de bienes donados a un hijo o hermano cuando éste fallece sin descendencia, y sin disposición sucesoria alguna; cfr. Arts. 524 y 525 CDFA).

Lo que sí sucede en todos los casos de «suspensión de la eficacia» del derecho de viudedad renunciado es que, mientras no se recupera por la válida revocación de la renuncia, los actos de disposición realizados entretanto por el cónyuge propietario de los bienes (lógicamente, sin contar con la renuncia del derecho de viudedad de su consorte) son válidos y plenamente eficaces, sin que el adquirente de los mismos pueda verse perjudicado por causa del derecho de viudedad renunciado. Si el derecho se reactiva («renace» en términos legales) a favor del cónyuge que lo renunció, el mismo recaerá exclusivamente sobre los bienes que aun obren en propiedad de su consorte y sobre los que éste adquiera en el futuro.

Pues, como se decía al principio, en virtud de la doctrina de los «actos propios», no cabe la revocación de la renuncia a un derecho cuando con ello se vulnera el interés legítimo de un tercero, nacido de una situación objetiva de fiducia, creada merced a la renuncia misma. Si el tercero adquirente ha confiado (por la documentación que se le haya aportado) en que el titular de los bienes que adquiere puede enajenarlos sin contar con su cónyuge a efectos del derecho de viudedad, la posible «reactivación» de éste no podrá afectar a su adquisición, que será plenamente eficaz.

BIBLIOGRAFIA

CALATAYUD SIERRA, Adolfo, *El derecho expectante de viudedad. Su necesaria reconsideración*, discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, leído el día 28 de junio de 2016, edición *separata* de la Academia, Zaragoza, 2016, pp. 61 y 59, respectivamente.

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. Ignacio, *La renuncia a los derechos*, Edit. Bosch, Barcelona, 1986, pp. 11 y 14.

GIL NOGUERAS, Luis Alberto, «De la viudedad», *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, Zaragoza, 2007

LACRUZ BERDEJO, José Luis, «Sobre algunos aspectos del derecho de viudedad», *Anuario de Derecho Aragonés*, Zaragoza, 1946, p. 353.

MERINO Y HERNÁNDEZ, José Luis,

- «Un problema resuelto y otro que se crea (Sobre el derecho de viudedad aragonés)», *Anuario de Derecho Civil*, volumen XXVIII, octubre-diciembre, 1974, pp. 423-436.
- «La renuncia al derecho expectante de viudedad aragonés», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1976, pág. 1397-1440.
- «Extensión subjetiva (peligrosa) del derecho de viudedad aragonés», *Libro Homenaje a Alberto Ballarín Marcial*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2008.

PELAYO HORE, Santiago, «Problemas de la viudedad foral», *Segunda Semana de Derecho Aragonés*, Jaca, 1943.

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, «La viudedad aragonesa», *Anuario de Derecho Aragonés*, tomo VIII, Zaragoza 1955-56, pp. 1 y ss.

SAPENA TOMÁS, Joaquín, «La viudedad aragonesa, efecto primario del matrimonio», *Discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, leído el 28 de septiembre de 2001*, Imprenta Provincial, Zaragoza, 2001.

Fecha de recepción: 17.04.2017

Fecha de aceptación: 20.06.2017