

JORNADA DE DERECHO FORAL ARAGONÉS
“DERECHO ARAGONÉS, APLICACIÓN
Y ANÁLISIS COMPARATIVO CON
OTROS DERECHOS FORALES”

Carmen Bayod
Jose Manuel Martínez
Javier Sancho-Arroyo
Emilio Molins





JORNADA DE DERECHO FORAL ARAGONÉS
“DERECHO ARAGONÉS, APLICACIÓN
Y ANÁLISIS COMPARATIVO CON
OTROS DERECHOS FORALES”

JORNADA DE DERECHO FORAL ARAGONÉS
“DERECHO ARAGONÉS, APLICACIÓN Y ANÁLISIS COMPARATIVO
CON OTROS DERECHOS FORALES”

María del Carmen Bayod López. Acreditada como Catedrática de Derecho Civil.
Universidad de Zaragoza

José Manuel Martínez Sánchez. Notario del Ilustre Colegio Notarial de Aragón.

Javier Sancho-Arroyo López-Rioboo. Abogado del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.

Emilio Molins García Atance. Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Edita: Gobierno de Aragón
Departamento de Presidencia y Justicia.
Depósito Legal: Z1190-2013
Imprime: Artes gráficas conotrocolor

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	Pag. 7
M.C. BAYOD LÓPEZ: Derecho foral aragonés, aplicación y posibles líneas de reforma	Pag. 9
J.M. MARTÍNEZ SÁNCHEZ: Reflexiones y análisis comparativo del Derecho foral aragonés y del Derecho foral catalán	Pag. 66
J. SANCHO-ARROYO LÓPEZ-RIOBOO: Reflexiones y análisis comparativo del Derecho aragonés en relación con el Código Civil y otros derechos forales	Pag. 90
E. MOLINS GARCÍA ATANCE: La guarda y custodia tras la ruptura de la convivencia de los padres en Derecho foral aragonés	Pag. 106

PRESENTACIÓN

Se recogen en esta publicación, las ponencias presentadas en la Jornada dedicada al “Derecho Foral Aragonés, aplicación y análisis comparativo con otros Derechos Forales”, que fue organizada por el Departamento de Presidencia y Justicia del Gobierno de Aragón y, concretamente por la Dirección General de Derecho Estatutario, el 9 de abril de 2013 en la sala Jerónimo Zurita del Edificio Pignatelli de Zaragoza.

En la inauguración se puso de manifiesto, que la Constitución española de 1978, estableció una nueva organización territorial del Estado, con una nueva distribución de competencias, entre la Administración Central y las Comunidades Autónomas. En legislación civil, se reconoció a las Comunidades Autónomas en las que existían ordenamientos civiles, forales o especiales el derecho a conservarlos, modificarlos o desarrollarlos.

En Aragón, el vigente Estatuto de Autonomía considera que es de su competencia exclusiva, la conservación, modificación y desarrollo del Derecho Foral aragonés, con respeto a su sistema de fuentes, así como el derecho procesal derivado de las particularidades del derecho sustantivo aragonés.

El Departamento de Presidencia y Justicia del Gobierno de Aragón es consciente de la trascendencia de nuestro Derecho foral, que coloca a la persona como centro del derecho, al gobernar libremente su vida y la de la familia, sin más límite que las normas imperativas y prohibitivas. Históricamente el pacto repetido con continuidad y generalidad, asumido por unos y otros en las distintas poblaciones, pasó a ser uso o costumbre inmemorial y con ese carácter llegó a ser hoy norma escrita.

La divulgación del Derecho foral, manifestada desde 2003 a través de la Biblioteca virtual de Derecho aragonés y de las distintas redes sociales, logra continuidad con la presentación de estas Jornadas y de la publicación “Introducción y antecedentes históricos del Código de Derecho Foral de Aragón”, que permite ofrecer a los aragoneses una exposición divulgativa de nuestro Derecho foral, como seña de identidad propia.

Impartió la primera ponencia D^a María del Carmen Bayod López, Catedrática de Derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, sobre “Derecho Foral aragonés, aplicación y posibles líneas de reforma”. D. José Manuel Martínez Sánchez, Notario del Ilustre Colegio Notarial de Aragón dedicó la segunda a las “Reflexiones y análisis comparativo del Derecho foral aragonés y del Derecho foral catalán”. La tercera ponencia, con la siguiente rubrica “Reflexiones y análisis comparativo del Derecho aragonés en relación con el código civil y otros derechos forales” estuvo a cargo de D. Javier Sancho Arroyo, Abogado del Ilustre Colegio de Zaragoza y por último, la cuarta, versó sobre “La guarda y custodia tras la ruptura de la convivencia de los padres en Derecho foral aragonés” a cargo de D. Emilio Molins García Atance, Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

*Director General de Desarrollo Estatutario
José María Bescós Ramón.*

DERECHO FORAL ARAGONÉS, APLICACIÓN Y POSIBLES LÍNEAS DE REFORMA

Dra. María del Carmen Bayod López

SUMARIO: Presentación. I- El vigente Derecho Foral de Aragón: de la compilación del Derecho civil de Aragón al Código del Derecho Foral de Aragón. II.- La aplicación del Derecho Foral de Aragón. Relaciones entre ordenamiento y eficacia de las normas civiles aragonesas. III- El Derecho Civil Aragonés del siglo XXI: Reflexiones finales.

La Consejería de la Presidencia del Gobierno de Aragón, a través de la Dirección General de Desarrollo Estatutario, dirigida por el Excmo. Sr. D. José María Bescós Ramón ha tenido a bien encargarme como investigadora del Grupo IDDA (Derecho y Desarrollo del Derecho civil aragonés), financiado por el Gobierno de Aragón, una ponencia que lleva por título “Derecho Foral aragonés, aplicación y posibles líneas de reforma”.

En atención al título propuesto, las reflexiones que ante ustedes llevaré a cabo se expanden en un triple aspecto, a saber: en primer lugar, expondré la evolución del Derecho Foral de Aragón en el último decenio; en segundo lugar, en atención a la aplicación del vigente Código del Derecho Foral de Aragón, partiendo de la premisa de la diversidad de Derecho civiles españoles, trataré dos cuestiones que me parecen especialmente relevantes; por un lado la relación de los Derechos civiles en el contexto actual: una cuestión de competencia, preferencia y supletoriedad; por otro, la eficacia de las normas civiles en el tiempo y en el espacio: ¿el Código del Derecho Foral de Aragón a quiénes, dónde y cuándo se aplica?; por último, y en tercer lugar, me referiré al significado que tiene para Aragón y para los aragoneses la existencia de un Código de Derecho Foral.

Antes de comenzar con mi intervención, es de justicia manifestar mi agradecimiento al Gobierno de Aragón a través del Excmo. Sr. Director General

de Desarrollo Estatutario, no sólo por la confianza que ha puesto en mi persona al invitarme a estas Jornadas, sino por la sensibilidad que el Gobierno de Aragón, a lo largo de más de un decenio, ha tenido con el Derecho civil aragonés: nuestro Derecho Foral, signo de identidad aragonesa, como así lo reconoce el vigente Estatuto de Autonomía de Aragón en su artículo primero; gracias por ello.

Pero no querría tampoco perder la ocasión para manifestar un deseo de continuidad: la investigación y desarrollo del Derecho civil foral aragonés debe seguir siendo objeto de financiación y apoyo por parte del Gobierno de nuestra Comunidad Autónoma como hasta ahora lo ha sido y todavía más, si cabe, en estos tiempos de dificultad; ahora y siempre, lo que Aragón es y pueda llegar a ser tan sólo depende de su identidad histórica: de su Derecho; sin su Derecho Foral, Aragón no hubiera existido; sigamos existiendo, sigamos siendo, sigamos investigando, aplicando y enseñando nuestro Derecho Foral.

I. El vigente Derecho Foral de Aragón: de la compilación del Derecho civil de Aragón al Código del Derecho Foral de Aragón

1.1. Antecedentes. La Comisión Aragonesa de Derecho civil (Decreto 10/1996, de 20 de febrero)

El 23 de abril de 2011 entró en vigor el Decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo del Gobierno de Aragón¹ por el que se aprueba, *con el título de Código del Derecho Foral de Aragón*, el texto refundido de las leyes civiles aragonesas, señalando para ese mismo día, festividad de San Jorge, patrón de Aragón, la entrada en vigor del Código.

La refundición es la fase final de un largo camino que comenzó en 1996; año en el que, por Decreto 10/1996, de 20 de febrero², se crea y regula la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, presidida por el profesor Delgado Echeverría e integrada por académicos y profesionales de reconocido prestigio³.

¹ BOA núm. 63 de 29 de marzo

² BOA núm. 24, de 28 de febrero

³ Sobre la evolución del Derecho civil de Aragón desde 1978 hasta el año 2008, puede consultarse el trabajo del profesor SERRANO GARCÍA, José Antonio (2009): “Derecho civil aragonés: Presente y Futuro”, *RDCA*, *XV*, págs. 23-72; en especial, y en lo que atañe a la Comisión Aragonesa de

La Comisión Aragonesa de Derecho Civil (CADC) una vez reorganizada el 6 de marzo de 1996, comenzó a reflexionar sobre las diversas opciones de política legislativa para el Derecho civil de Aragón.

El resultado de esas reflexiones fue la publicación y presentación a la Diputación General de Aragón, el 8 de octubre de ese mismo año, de una *Ponencia General*, titulada *Objetivos y Método para una política legislativa en materia de Derecho civil*, que también se presentó a la opinión pública aragonesa, en particular, a los profesionales del Derecho, para conseguir la participación más amplia y plural en estas complejas tareas legislativas.

La Ponencia fue difundida por el Gobierno de Aragón en una tirada de 1000 cuadernillos y publicada también en la RDCA⁴.

El objetivo a alcanzar por la Comisión aragonesa era elaborar el primer Cuerpo legal del Derecho Civil de Aragón aprobado en democracia por los aragoneses, tal y como lo expresa el Presidente de la Comisión en la presentación de la Ponencia.

Objetivo que, evidentemente, ha sido cumplido con la promulgación del vigente Código del Derecho Foral de Aragón en el año 2011.

Ahora bien, ¿qué camino se ha seguido hasta llegar a él?

2. La pausada y reflexiva derogación de la Compilación y su *sustitución* por el Código del Derecho Foral de Aragón

2.1. El punto de partida: La Compilación aragonesa de Derecho civil

En la Ponencia General elaborada por la CADC se diseñó el método a seguir para alcanzar el objetivo propuesto partiendo de una premisa: la Compilación aragonesa entonces vigente “es una ley de extraordinaria calidad técnica”⁵ por ello no es urgente abolirla o sustituirla; tiene los límites de toda obra humana y

Derecho civil, su origen, composición, función y trabajos, vid páginas 48 a 52.

⁴ RDCA II, 1996, núm. 2, págs. 175-196

⁵ Ponencia General elaborada por la CADC, pág. 16

también los que proceden de su origen: su aprobación en 1967 en un contexto diferente al diseñado por la CE de 1978 en la que se abandona la idea de unificación del Derecho civil español y se garantiza constitucionalmente la pluralidad legislativa en materia de conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil español (art. 149-1-8º CE).

El método a seguir fue adecuar la Compilación a nuestro tiempo, perfeccionando y desarrollando su contenido normativo teniendo en cuenta el criterio constitucional, que no sólo permite la conservación del Derecho propio sino, sobre todo, su “modificación y desarrollo”, tal y como este último término ha sido interpretado por el TC (Sentencia 88/1993, de 12 de marzo).

En razón, de ello, y como se señala en la Ponencia “el objetivo global de la tarea legislativa, (...), sería la actualización, profundización y desarrollo de las normas vigentes, partiendo de las instituciones reguladas en la Compilación, mediante la promulgación de un Cuerpo legal de Derecho civil aragonés enraizado en nuestra historia, vivificado por los principios y valores constitucionales y convicciones de los aragoneses de hoy y del próximo siglo”⁶.

En la búsqueda de ese objetivo, la Comisión se propuso trazar un camino propio, partiendo del Derecho histórico y desarrollándolo de una manera acorde a las necesidades y convicciones del pueblo aragonés, y sin necesidad, en esta tarea, de agotar el campo competencial que en materia civil permite el texto constitucional⁷.

Por lo tanto, no se quiso hacer nada nuevo y diferente: lo que se quiso y se ha hecho es conservar el Derecho civil contenido en la Compilación, modificándolo y, sobre todo, desarrollándolo, pero tan solo en la medida que lo

⁶ Ponencia General elaborada por la CADC, pág. 24

⁷ Ponencia General elaborada por la CADC, pág. 24. Un buen ejemplo que permite observar el cumplimiento de dicha máxima se encuentra en la regulación del Derecho de sucesiones, contenido en la actualidad en el Libro III del CDFa y procedente de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte. Esta normativa no aborda temas como las clases de testamentos o de legados o bien no regula de forma acabada la comunidad hereditaria, siendo, en consecuencia aplicable supletoriamente el Cc; así se proclama expresamente en el núm. 29 del Preámbulo del CDFa. Vid. también respecto del Derecho patrimonial, contenido en el Libro IV del CDFa, el núm. 38 del Preámbulo.

reclame la sociedad aragonesa; sin estridencias y sin rupturas: ni con el pasado ni con el Código civil, que será reclamado como supletorio en algunas materias.

2.2. Objetivo: Un Cuerpo legal de Derecho civil aragonés

El objetivo no fue otro que la creación de un nuevo Cuerpo legal que vendría a sustituir a la Compilación a la que, formalmente, tendría que derogar.

Este Cuerpo legal deberá ser tendencialmente completo, con la consecuencia de que, para aplicar el Derecho civil aragonés, deberá bastar en la mayor parte de los casos con la consulta y alegación de las normas en él contenidas⁸.

El Código del Derecho civil de Aragón y el Código civil español seguirán manteniendo formidables relaciones: no ha sido uno de los objetivos legislativos y políticos en Aragón agotar sus competencias legislativas en materia civil.

2.3. El método: Aprobación fraccionada o por partes del Cuerpo legal: De la Ley de sucesiones de 1999 a la Ley de Derecho civil patrimonial de 2010.

El método propuesto fue la aprobación fraccionada o por partes de dicho Cuerpo legal, de manera que se propuso la aprobación como Ley de partes completas que pudieran tener sentido relativamente independiente de las demás. Cada ley iría derogando libros o partes de la Compilación⁹.

Durante estos años, y comenzando por el Derecho de sucesiones, las Cortes Aragonesas, aprobaron cuatro leyes elaboradas en el seno de la CADC que responden a los objetivos señalados: el desarrollo de la Compilación¹⁰.

Estas leyes han sido:

1. La Ley 1/1999, de sucesiones por causa de muerte [Lsuc.] (BOA núm.6, de 4 de marzo de 1999).

Fue la primera de las normas para llevar a cabo el desarrollo de la compilación, con 271 preceptos, una Disposición Adicional, diez

⁸ Ponencia General elaborada por la CADC, pág. 28

⁹ Así se manifiesta en la Ponencia General (cfr. Pág. 29)

¹⁰ Todos los datos sobre la elaboración de las diversas leyes aragonesas hasta el año 2008, en SERRANO GARCÍA, (2009): págs. 52 a 72.

Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria y dos Disposiciones Finales, derogó el Libro II de la Compilación aragonesa, arts. 89 a 142, y dio nueva redacción a los arts. 1 a 3 de la Compilación, integraban el Título Preliminar de la Compilación, que estuvo vigente hasta su derogación por el Código del Derecho Foral de Aragón en 2011.

2. La Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad [Lrem.] (BOA núm. 22, de 24 de febrero de 2003).

Consta de 120 artículos, cuatro Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria (se derogan los arts. 7 y 22 a 88 del Libro I de la Compilación); y tres Disposiciones Finales, la primera de ellas modifica sendos artículos de la Ley de Sucesiones y también de la Compilación.

3. Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona [Ldp.] (BOA núm. 149, de 30 de diciembre).

Es una ley extensa, consta de 168 artículos, una Disposición Adicional; cinco Disposiciones Transitorias; una Disposición Derogatoria, por la que se deroga el Libro I de la Compilación; Tres Disposiciones finales, dos atañen a la modificación de diversos artículos de Ley de sucesiones (arts. 31, 51 y 52) así como también de la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad (arts. 17, 60 y 63) con el objeto de coordinarlos con la regulación que, en materia de capacidad y Junta de Parientes, realiza esta nueva Ley; por último, la Disposición Final tercera regula la entrada en vigor de la Ley.

4. La Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial [Ldp.] (BOA núm. 248, de 22 de diciembre de 2010)¹¹

Es la más breve, tanto en su contenido como en su vigencia, consta

¹¹ En relación con la elaboración de esta Ley vid. SERRANO GARCÍA, José Antonio (2012): “La reforma aragonesa del Derecho civil Patrimonial” en *ADC*, págs. 1497 a 1549 y BAYOD LÓPEZ, María del Carmen (2013): “De los contratos sobre ganadería. Disposiciones transitorias, Disposición derogatoria y Disposiciones finales (de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre de Derecho civil patrimonial al Título IV del Libro IV del Código del Derecho Foral de Aragón)” en *Derecho civil patrimonial aragonés. Ponencias del Seminario celebrado en la Institución “Fernando el Católico” de Zaragoza, los días 26 y 27 de mayo de 2011*, ed. IFC, Zaragoza, 317 a 375.

de 63 artículos, de dos Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria (se derogan los libros III y IV de la Compilación aragonesa arts. 143 a 153 de la misma); y de dos Disposiciones Finales, la primera contiene la autorización para refundir textos y la segunda su entrada en vigor: el 1 de enero de 2011; esta ley perderá su vigencia pocos meses después: el 23 de abril de 2011, fecha de entrada en vigor del Código del Derecho Foral de Aragón.

Son todas ellas leyes de consenso: fueron aprobadas por todos los Grupos Parlamentarios de las Cortes aragonesas sin introducir enmiendas de fondo, la razón no es otra que el alto contenido técnico de las misma al haber estado elaboradas por la CADC.

Estas leyes, junto al Título Preliminar de la Compilación aragonesa, fueron objeto de refundición y su contenido normativo forma parte del Derecho civil foral vigente en Aragón.

2.4. Otras leyes civiles aragonesas que forman parte del CDFA: La Ley de parejas de 1999 y la llamada ley de “custodia compartida” de 2010

Las Cortes de Aragón, en el ejercicio de su competencia para conservar, modificar y desarrollar el Derecho civil, promulgaron dos leyes más que se tramitaron como proposiciones de Ley, a propuesta, una de ellas, del PSOE y la otra, y más reciente, a iniciativa del PAR, ambas formarán también parte del CDFA.

1. La primera de ellas fue la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas [LPENC] (BOA núm. 39, de 6 de abril).

La Ley está estructurada en 18 artículos; dos Disposiciones Adicionales y una Disposición Final. La Ley equipara a estas parejas con los matrimonios en materias como la adopción (desde la Ley 2/2004, de 3 de mayo, de modificación de la Ley relativa a parejas estables no casadas, la equiparación se extiende a las parejas homosexuales), la ausencia, la delación dativa de la tutela, el derecho de alimentos, el testamento mancomunado, los pactos sucesorios, la fiducia y la normativa aragonesa de Derecho público. No se les reconoce derechos en la sucesión legal. Esta Ley fue modificada por la Ley 2/ 2010 de 26 mayo.

2. Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres [LIRCP.] (BOA núm. 11, de 8 de junio de 2010).

La ley se estructura en diez preceptos, dos Disposiciones Transitorias, cuatro Disposiciones Adicionales; una Disposición Derogatoria (que afecta a los art. 7.2 y 8 Ley de parejas estables no casadas); Tres Disposiciones Finales: la primera, modifica el art. 7.1b y 7-3 de la Ley de parejas; la segunda, da al Gobierno de Aragón un plazo de tres meses para que ley elabore un proyecto de Ley de Mediación Familiar y, la tercera, regula la entrada en vigor: “a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial de Aragón”: el 8 de septiembre de 2010. Esta Ley presenta como principal novedad la aplicación del sistema de la custodia compartida como preferente frente al sistema de custodia individual.

3. El Código del Derecho Foral de Aragón¹²

3.1 El mandato para refundir textos legales: la Disposición Final Primera de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial¹³

La Ley 8/2010, a través de su Disposición Final Primera, contuvo la autorización de las Cortes al Gobierno para que, a través de la mecánica de los textos refundidos, diera a luz, al vigente Código del Derecho Foral de Aragón.

¹² Sobre el Código del Derecho Foral de Aragón vid. SERRANO GARCÍA, José Antonio (2011): “El Código del Derecho Foral de Aragón” en *Actualidad del Derecho en Aragón*, año III, núm.10, abril, págs. 18-19; SERRANO GARCÍA, José Antonio (2012): “El Código del Derecho Foral de Aragón” en *Actas de los XXI Encuentros de Foro de Derecho Aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza; SERRANO GARCÍA, José Antonio (2013): “Elaboración y significado del Código del Derecho Foral de Aragón” en *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Joaquín Rams Albesa*, Dykinson, Madrid, págs. 305-328. AAVV (2012): *Manual de Derecho civil aragonés*, dirigido por Jesús Delgado Echeverría, 4ª ed. Ed. el Justicia de Aragón e IberCaja, Zaragoza, 2012.

¹³ Sobre esta Disposición vid: BAYOD LÓPEZ, María del Carmen (2013): “De la Disposición Final Primera de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho Civil Patrimonial al Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Código del Derecho Foral de Aragón”, en *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Joaquín Rams Albesa*, págs. 57 a 72.

El plazo concedido al Gobierno fue de un año desde la entrada en vigor de la Ley de Derecho civil patrimonial; plazo que fue cumplido holgadamente: en menos de cuatro meses.

El párrafo 1º de la Disposición Final Primera, acoge dichas previsiones, nominado (materia concreta) las normas objeto de refundición:

“1. En el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno aprobará, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», un decreto legislativo que refunda:

- a) El Título preliminar de la Compilación del Derecho civil de Aragón.
- b) La Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte.
- c) La Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas.
- d) La Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad.
- e) La Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona.
- f) La Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres.
- g) La presente Ley de Derecho civil patrimonial”.

El párrafo 2º de la DF Primera especifica el contenido de la refundición indicando que:

“La autorización a que se refiere esta disposición incluye la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos”.

En uso de esta facultad el ejecutivo aragonés ha sistematizado y ordenado los preceptos de las leyes refundidas, ordenando todo su contenido en libros, capítulos, secciones y en subsecciones; ha eliminado reiteraciones y ha armonizado las llamadas que unas leyes se hacían a otras, pero también ha aclarado el significado de algunas cuestiones dudosas innovando con ello el ordenamiento jurídico aragonés y haciéndolo más seguro en su aplicación¹⁴.

¹⁴ Sobre el análisis de estas facultades BAYOD LÓPEZ, María del Carmen (2013) “De los contratos sobre ganadería. Disposiciones transitorias, Disposición derogatoria y Disposiciones finales (de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre de Derecho civil patrimonial al Título IV del Libro IV del Código del Derecho Foral de Aragón)” en *Derecho civil patrimonial aragonés. Ponencias del Seminario celebrado en la Institución “Fernando el Católico de Zaragoza, los días 26 y 27*

El mandato para refundir las Leyes y aprobar el Código del Derecho Foral de Aragón se llevó a término por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (BOA núm. 63 de 29 de marzo de 2011).

3.2. El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón: Una técnica depurada: entrada en vigor y derogación¹⁵

El CDFa se aprueba por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprueba con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el texto refundido de las leyes aragonesas, con este extenso título se publica en el BOA núm. 63, de 29 de marzo de 2011.

La forma y contenido del Decreto advierte una depurada técnica legislativa poco usual en la formulación de los textos refundidos ya que es un brillante ejemplo de refundición pero no sólo por la materialización del Código del Derecho Foral de Aragón sino por la propia estructura del Decreto Legislativo, que siguiendo la buena técnica jurídica:

- I. Deroga las normas que se refunden, de manera que dejan de estar vigentes, aún cuando sean aplicables, acaso en virtud del Derecho transitorio, que por su naturaleza es inderogable;
- II. Cuenta con una Disposición Final Única, que señala la entrada en vigor, no solo del Decreto Legislativo sino también la del propio Código: el 23 de abril de 2011.
- III. Y, por último, incluye el Decreto un Preámbulo explicativo del objeto y forma de llevarse a cabo la refundición así como una Disposición

de mayo de 2011, ed. IFC, Zaragoza, pág. 330 y ss. SERRANO GARCÍA, José Antonio (2012): “El Código del Derecho Foral de Aragón” en *Actas de los XXI Encuentros de Foro de Derecho Aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza.

¹⁵ Sobre estas cuestiones vid. DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, (2003), “Las normas derogadas. Validez, vigencia, aplicabilidad”, en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, págs. 197 a 252 y, siguiendo sus enseñanzas, BAYOD LÓPEZ, (2013): ... *Derecho civil patrimonial aragonés. Ponencias del Seminario celebrado en la Institución “Fernando el Católico de Zaragoza, los días 26 y 27 de mayo de 2011*, ed. IFC, Zaragoza, págs. 360 y ss.

Adicional, que en buena técnica, y tomando como premisa la prohibición de crear Derecho a través de esta técnica legislativa, establece que: Las remisiones realizadas en otras disposiciones a las Leyes objeto de refundición se deben entender hechas a los artículos correspondientes del Código del Derecho Foral de Aragón.

3.3. Estructura del Código del Derecho Foral de Aragón¹⁶

El vigente CDFA está formado por un Preámbulo, refundición del de cada una de las leyes que se refunden y se derogan por el mismo; un Título Preliminar, de contenido idéntico al Título Preliminar de la Compilación, que se deroga; 4 Libros, 4 Disposiciones Adicionales y 24 Disposiciones Transitorias, que responden al contenido de las Disposiciones Transitorias de cada una de las leyes que se refunden. Consta además de un índice sistemático que lo precede.

El Título Preliminar, *Las normas en el Derecho civil de Aragón*, contiene los arts. 1 a 3 de la Compilación en la redacción que a los mismos se les dio por la Ley de sucesiones en 1999.

El libro I, *Derecho de la persona*, refunde y sistematiza la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de *Derecho de la persona* y también la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de *Igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres*, que pasa a ser una sección dentro del Capítulo II, que regula el “Deber de crianza y autoridad familiar”. Este libro cuenta con ciento setenta y ocho preceptos (arts. 4 a 182): todos los de la Ley de Derecho de la persona más los de la Ley de igualdad en las relaciones familiares, ya referida.

La estructura de este Libro I responde a la misma que presentaba la Ley del Derecho de la persona desarrollándose, por consiguiente, a lo largo de cuatro Títulos, (*De la capacidad y estado de las personas; De las relaciones entre ascendientes y descendientes; De las relaciones tutelares y De la Junta de Parientes*), divididos, a su vez, en secciones y subsecciones; en una de esas

¹⁶ SERRANO GARCÍA, José Antonio (2012): “El Código del Derecho Foral de Aragón” en *Actas de los XXI Encuentros de Foro de Derecho Aragonés*, Ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, págs. 69-117.

secciones se incorpora el articulado de la Ley 2/2010.

En el seno de la CADC se discutió si esta la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de *Igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres*, debía formar parte del Libro I, *Derecho de la Persona*, o bien debía incluirse en la el Libro II, *Derecho de la Familia*.

El ponente, profesor SERRANO GARCÍA, explicó en la Memoria que acompañó al Borrador de Código, “que el criterio que siguió para la ubicación era entender predominante la situación de los padres con hijos a cargo cuando se ha roto la convivencia y, desde este punto de vista, le parece más correcta su ubicación en las relaciones entre ascendientes y descendientes, dentro del capítulo del deber de crianza y autoridad familiar”; así fue entendido por la mayor parte de los miembros de la Comisión (Acta 256, de 19 de enero de 2011, pág. 5)

El Libro Segundo, *Derecho de la Familia*, se integra con los preceptos de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de *régimen económico matrimonial y viudedad* y los artículos de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, *relativa a parejas estables no casadas*, que pasa a formar parte del Título VI de este Libro.

En el Código, como se observa, el Derecho de familia pasa a ser un Libro independiente, no unido como en la Compilación al Derecho de la persona.

La razón, como indicó la CADC, era la extensión que tenía el Derecho de la persona, tal y como se desarrolla en la Ley de 2006, y también un mayor contenido del Derecho de familia desde el años 2003, así lo justificó el profesor SERRANO GARCÍA, autor del Borrador del Código, (Acta 256, de 19 de mayo de 2011, pág. 3).

El Derecho de familia contenido en el Libro Segundo del Código se desarrolla en los arts. 183 a 315 y sigue la estructura de la Lrem: sus cinco Títulos (*Efectos generales del matrimonio; De los Capítulos matrimoniales; Del régimen económico matrimonial de separación de bienes; Del consorcio conyugal y De la viudedad*), más un título VI, *De las parejas estables no casadas*, que evidentemente responde a las previsiones de la Ley 6/1999.

En este Libro, al margen de otras precisiones¹⁷, se suprimen en numerosos artículos (vgr. 183-1, 183-2, 184-1, 189, 218.1.e) la referencia a marido y mujer sustituyendo ambos términos por la expresión “los cónyuges”, con la finalidad de adaptarse a la Ley estatal 13/2005, por la que se modifica el Código civil en materia de Derecho a contraer matrimonio.

Se modifica el titulillo del Título I, que en la Lrem. rezaba “Disposiciones Generales” por este otro que dice “Efectos generales del matrimonio” ya que ahora forman parte de este Libro Segundo, en su Título VI, las normas de la Ley de parejas estables no casadas, y no sería cierto que lo dispuesto en el Título I, referido al matrimonio, fuera aplicable a la relación de pareja, de haberse mantenido el titulillo de la Lrem.

Por otro lado, se mejora y completa la dicción del Título III, que no sólo habla como antes “Del régimen de separación de bienes” sino que se expresa con mayor corrección al decir “Del régimen económico matrimonial de separación de bienes”.

También, y en aplicación de estas facultades, se han suprimido en el Código los siguientes preceptos de la Ley 6/1999: art. 11, *Representación del ausente*; art. 12, *Delación dativa de la tutela*, art. 15, *Testamento mancomunado*, art. 16, *Pactos sucesorios*, art. 17, *Fiducia sucesoria* y la Disposición Adicional Primera cuyo contenido, formulado con mejor redacción, pasa al art. 388 CDFa.

La supresión de estos artículos no supone una derogación de su contenido normativo, para lo que el Gobierno no tendría competencias (STS, Sala 3ª, de 1 de marzo de 2001). Los derechos que dichos preceptos concedían a los particulares se hallan regulados, en lo que atañe a la ausencia y delación dativa de la tutela en el Libro Primero del CDFa, (arts. 46 y 116 CDFa); en el Libro Tercero se incluyen los tres modos de delación referidos (testamento mancomunado, pactos y fiducia) de los que ya en 1999, desde el 23 de abril, no estaban excluidos los

¹⁷ Éstas pueden verse en mi trabajo BAYOD LÓPEZ, (2013): ... *Derecho civil patrimonial aragonés. Ponencias del Seminario celebrado en la Institución “Fernando el Católico de Zaragoza, los días 26 y 27 de mayo de 2011*, ed. IFC, Zaragoza, págs. 336 a 350 y también SERRANO GARCÍA, (2012), “El Código del Derecho Foral de Aragón” en *Actas de los XXI Encuentros de Foro de Derecho Aragonés*, Ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, págs. 69-117.

miembros de un pareja estable no casada, al no exigir la Ley de sucesiones la necesidad de que los otorgantes del testamento, del pato o de la fiducia fueran cónyuges.

El libro Tercero, *Derecho de sucesiones*, recoge el contenido normativo de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de *sucesiones por causa de muerte*, siguiendo la estructura de la misma y su división en Títulos, Capítulos y Secciones, se corresponden con los arts. 316 a 536 del CDFa.

Es en este Libro en el que se ha usado quizás con más intensidad la facultad aclaratoria concedida por el legislativo¹⁸.

Por último, el Libro Cuarto, *Derecho civil patrimonial*, responde en sus arts. 537 a 599 a los enunciados normativos de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de *Derecho civil Patrimonial*, sin necesidad en ella de ninguna aclaración.

3.4. Su denominación: el gusto por lo foral

La CADC tenía como objetivo la redacción de un nuevo Cuerpo legal del Derecho civil de Aragón, que podría conservar el nombre de “Compilación”, pero que bien podría llamarse “Código de Derecho civil aragonés”, y con el nombre de “Código del Derecho civil de Aragón” fue presentado como proyecto de Ley.

Fue en las Cortes de Aragón dónde se prefirió hablar de Código del Derecho “foral” de Aragón, tal vez porque el Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007, hable de Derecho Foral aragonés atribuyéndole, además, el valor de signo de identidad de los aragoneses¹⁹. El resultado me parece un acierto: nuestro pasado jurídico es una fortaleza que se refleja en el Derecho civil vigente.

¹⁸ Sobre ello puede verse BAYOD LÓPEZ, María del Carmen (2013): ... *Derecho civil patrimonial aragonés. Ponencias del Seminario celebrado en la Institución “Fernando el Católico de Zaragoza, los días 26 y 27 de mayo de 2011*, ed. IFC, Zaragoza, págs. 342-350 y SERRANO GARCÍA (2012), “El Código del Derecho Foral de Aragón” en *Actas de los XXI Encuentros de Foro de Derecho Aragonés*, Ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, págs. 106 y ss.

¹⁹ Sobre el término “foral” vid. SERRANO GARCÍA, José Antonio (2010): “El Derecho Foral” en *Tratado de Derecho público aragonés*, dirigido por José Bermejo Vera y Fernando López Ramón, Civitas-Thomnson-Reuters, Pamplona, p. 323 y ss.

II. La aplicación del Código del Derecho Foral de Aragón. Relaciones entre ordenamiento y Eficacia de las normas civiles aragonesas

4. Las relaciones entre los diversos Derecho civiles territoriales españoles: competencia, preferencia y supletoriedad²⁰

4.1. La Pluralidad de Derecho civiles territoriales españoles

Aragón es junto a Cataluña, Baleares, Galicia, Navarra y País Vasco, una de las seis Comunidades Autónomas²¹ que tienen con seguridad competencia para “conservar, modificar y desarrollar su Derecho civil foral o especial” (art. 149-1.8^a CE). Esta competencia exclusiva fue asumida por Aragón en su primer Estatuto de Autonomía y en el vigente Estatuto se contempla su art. 71-2^a.

El resto de las Comunidades Autónomas no tienen competencia en materia civil y su Derecho civil se contiene en el Código civil y en otras leyes civiles extracodiciales²².

²⁰ Sobre estas cuestiones y en toda su extensión BAYOD LÓPEZ, María del Carmen (1999): “El art. 149-3 CE: la supletoriedad del Código civil como Derecho estatal respecto de los Derechos civiles autonómicos. (Especial referencia a Aragón), *RDCA-V*, nº 2, págs. 75-125; DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús y BAYOD LÓPEZ, María del Carmen (2000): “Comentario al art. 13 Cc.”, en *Comentarios al Código civil*, I, Título Preliminar, coordinados por Joaquín Rams Albesa, ed. J.M. Bosch editor, S.A., Barcelona, págs. 367-386.

²¹ El art. 149-1.8^o CE establece la competencia para “conservar, modificar o desarrollar su derecho civil foral o especial” de determinadas Comunidades: “allí dónde exista”, frase ésta que identificó a los territorios constituidos en Comunidades autónomas con aquellos que tenían una Compilación vigente en 1978. Estos territorios, ya desde el siglo XIX, en la época de la Codificación, fueron los únicos tenidos en cuenta para “conservar”, y por aquél entonces “solo por ahora”, su Derecho Foral, especial o consuetudinario. El Decreto de 2 de febrero de 1880, siendo Ministro de Gracia y Justicia Álvarez Bugallal, fue el único texto legal que nominó a los llamados territorios forales, el objeto de la norma, y tras el fracaso del proyecto de García Goyena de 1851, fue nombrar un letrado de reputación por su ciencia y práctica por cada uno de los territorios forales como integrantes de la Comisión General de Codificación al objeto de que redactaran sendas Memorias sobre las instituciones civiles que, en cada uno de aquellos, convendría conservar; a partir de ese momento se comprendió por el Gobierno de España, que no se alcanzaría un Código civil sin tener en cuenta y mantener el resto de Derechos civiles españoles que aún pervivían junto al de Castilla. Vid. DELGADO ECHEVERRÍA en LACRUZ (2012): *Elementos de Derecho civil I-1. Parte General*, Dykinson, págs. 67-70.

²² Valencia no es seguro que tenga competencia para conservar, modificar y desarrollar su

En España el Derecho civil es complejo: La Constitución Española configura el ordenamiento civil español como un conjunto formado por distintos subordenamientos: el formado por la legislación civil del Estado y el formado por la legislación civil de las Comunidades Autónomas con competencia en esta materia, debiendo coexistir todos ellos en plano de igualdad.

Lo anterior va a propiciar la búsqueda de un sistema de relaciones entre el Derecho civil del Estado y el resto de los Derechos civiles españoles con competencia para conservar, modificar y desarrollar su Derecho civil foral o especial que mantenga el equilibrio entre unos y otros Derechos civiles. Las herramientas para conseguirlo están presididas por el principio de competencia, que propicia una doble y diferente aplicación del Derecho del Estado en todo el territorio español bien, de forma directa, bien de forma supletoria.

Derecho civil foral o especial (abolido y no recuperado por Decreto de 29 de junio de 1707) en aplicación del art. 149-1-8º CE. En virtud de esta competencia sí pudo regular los arrendamientos históricos (valencianos) como así declaró el TC en su S. 121/1992, de 28 de septiembre, por limitarse a “conservar” mediante ley costumbres ya existentes. Sobre todo lo demás, el TC deberá manifestarse.

Con todo, esta Comunidad autónoma valenciana ha promulgado sendas leyes en materia de Derecho civil (la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial modificada por Ley 8/2009, de 4 de noviembre y la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, entre otras); en sus universidades se estudia Derecho civil Valenciano, y no faltan manuales, revistas y apoyo del Gobierno de la Generalitat con esta finalidad.

La presunta, de momento, competencia civil arranca de una controvertida interpretación de la CE (Disposición Adicional Primera) y de las sentencias del TC 88/1993, de 12 de marzo y la 31/2010, de 28 de junio, interpretadas por los foralistas valencianos con gran generosidad.

En 2006 la reforma de su Estatuto de autonomía ubica en el artículo 49.1.2ª, su competencia legislativa en materia civil y respecto de las instituciones de Derecho civil foral abolidas, la Disposición transitoria tercera del Estatuto, dispone que: “La competencia exclusiva sobre el Derecho civil foral valenciano se ejercerá, por la Generalitat, en los términos establecidos por este Estatuto, a partir de la normativa foral del histórico Reino de Valencia, que se recupera y actualiza, al amparo de la Constitución Española.”. Sobre todo ello: PLAZA PENADÉS, Javier (2012): “El Derecho civil, los derechos civiles forales o especiales y el derecho civil autonómico” en *Revista de Derecho civil valenciano*, 2º semestre, on-line: <http://derechocivilvalenciano.com/revista/numeros/numero-12-segundo-semestre-2012>

4.2. La aplicación del Derecho del Estado en las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio

En todas las Comunidades autónomas que no tienen competencia legislativa en materia civil (todas, menos las seis referidas antes), el Código civil se aplica en exclusiva y de forma directa: no hay un Derecho civil propio y diferente en estas Comunidades Autónomas, todas ellas se rigen por el Código civil.

Aragón es una de las seis Comunidades autónomas con Derecho civil propio. El Derecho Foral aragonés es aplicable en Aragón y a los aragoneses de forma preferente (art. 80-2 Estatuto de Autonomía).

Ahora bien, en Aragón y a los aragoneses (al igual que a los baleares, catalanes, gallegos, navarros y vascos) no sólo les resulta aplicable su Derecho civil propio, sino que también les es aplicable el Derecho civil estatal contenido en el Código civil o en otras Leyes civiles estatales bien de forma directa, en razón la competencia exclusiva del Estado para regular determinadas materias civiles, o bien de forma supletoria.

La aplicación del Derecho estatal en Aragón por el primer concepto (de forma directa) es inevitable: la impone el sistema de reparto de competencias en materia civil previsto en la Constitución española. Sin embargo, la aplicación del Derecho civil estatal de forma supletoria es contingente: el Derecho estatal dejará de aplicarse en Aragón por este concepto en la medida en que la Comunidad Autónoma desarrolle de forma plena y absoluta su competencia en materia civil.

4.2.1. Aplicación directa, “en todo caso” del Derecho civil del Estado

El Código civil se aplica directamente en Aragón en aquellas materias civiles que son competencia exclusiva del Estado español por disponerlo así la Constitución en la proposición segunda del art. 149-1-8º:

“En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, las relaciones jurídico civiles relativas a las formas del matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes

y determinación de las fuentes del Derecho”.

En estas materias la regulación se contiene en el Código civil o en Leyes civiles estatales y que se aplican directamente en todo el territorio español: en las diecisiete Comunidades Autónomas más Ceuta y Melilla.

Aragón, así como las otras cinco Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, no tendrán nunca (salvo que se modificase la CE) competencia para legislar sobre estas materias: las formas de celebración del matrimonio, civil o religioso (cómo se casa uno); las reglas y requisitos para que proceda la nulidad, la separación o el divorcio entre los cónyuges son iguales para todos los españoles y se regulan en el Código civil; lo mismo sucede, por ejemplo, con el Registro de la Propiedad, el Mercantil o el Civil cuya regulación corresponde en exclusiva al Estado español y se disciplina en sendas Leyes estatales (Ley Hipotecaria, Ley del Registro civil, Ley del Notariado, etc.), que se aplican en toda España.

4.2.2. Aplicación supletoria del Derecho estatal: sólo en las Comunidades autónomas con Derecho civil propio y falta de norma civil autonómica

En el resto de las materias civiles que no están reservadas en exclusiva al Estado español, la competencia corresponde a las Comunidades autónomas con competencia en materia civil, siempre que la misma presente una conexión suficiente con su Derecho civil propio (STC 88/1993, de 12 de marzo).

Interpretando de forma laxa el término “conexión suficiente” podríamos afirmar que Aragón puede legislar cualquier materia civil a excepción de las reservadas en exclusiva al Estado en la proposición segunda del art. 149-1-8º CE.

Con relación a las materias civiles cuya legislación corresponde en exclusiva a las Comunidades autónomas con competencia en materia civil, el Código civil y otras leyes civiles estatales se pueden aplicar también de forma supletoria en Aragón, al igual que en las otras cinco Comunidades autónomas con competencia civil, en aquellos casos en los que el legislador autonómico no ha ejercido plenamente sus competencias, dejando de legislar materias civiles cuya competencia sí le corresponde.

En estos casos, y ante la ausencia voluntaria de norma civil autonómica, se produce una laguna legal que debe ser colmada a través del Derecho civil estatal (el Código civil u otras leyes civiles estatales), que se aplica supletoriamente, en defecto de norma autonómica, por disponerlo así la CE.

Aragón, por ejemplo, tiene competencia para legislar en materia de adopción, pero las Cortes aragonesas no han legislado por completo sobre ello. En esta situación resulta aplicable supletoriamente la legislación del Estado: los arts. 172 y siguientes del Código civil, que regulan la adopción, así lo establece el art. 149-3 CE.

Si Aragón en un futuro legisla en materia de adopción, dejará de aplicarse el Código civil por este concepto al anteponer Aragón una regulación preferente para la que tiene competencia en exclusiva. Esto es lo que sucede, por ejemplo, en Cataluña que sí regula la adopción resultando inaplicable el Derecho civil estatal en materia de adopción en esta Comunidad Autónoma.

4.3. La aplicación supletoria del Derecho estatal: ¿cómo y cuándo?

4.3.1. La doble finalidad de la supletoriedad en el texto constitucional: heterointegración y garantía del principio de competencia

En la actualidad, la supletoriedad del Derecho del Estado sobre el resto de los Derechos civiles españoles no representa una amenaza de uniformidad de los mismos como así lo fue en tiempos pretéritos anteriores a la Constitución²³.

La cláusula de la supletoriedad parte ahora de la premisa de la posible complitud de los ordenamientos autonómicos, lo que significa que la supletoriedad tiene un valor subsidiario y doblemente condicionado: Sólo procederá la aplicación del Derecho estatal como Derecho supletorio cuando verdaderamente haya un vacío normativo en el ordenamiento autonómico, y sólo habrá tal vacío normativo cuando no sea posible la solución del problema planteado recurriendo a la previa autointegración del ordenamiento autonómico

²³ Sobre estas cuestiones BAYOD LÓPEZ, María del Carmen (1999): “La aplicación supletoria del Código civil al régimen económico matrimonial aragonés”, *Actas de los octavos encuentros de Foro de Derecho aragonés*, ed. Justicia de Aragón, Zaragoza, págs. 39-130.

a través de los principios generales que lo informan.

El recurso al Derecho estatal debe ser la última alternativa para llegar a la plenitud del ordenamiento autonómico.

En consecuencia, no cabe el recurso indiscriminado a la regla supletoria, sino que ha de confirmarse, en primer lugar, la existencia de una verdadera laguna, sin que por vía de aplicación supletoria, como señala el TC, pueda modificarse la distribución competencial existente en la materia.

Ello viene a significar que la supletoriedad juega un papel importante como garante del principio de competencia, al imponer una previa autointegración del Derecho autonómico, que condiciona la supletoriedad del Derecho del Estado, y sobre todo al no ser la supletoriedad un título de atribución de competencias, sino tan solo un método de integración de lagunas, de ahí que señale el TC que el mal uso de la supletoriedad vulnera el principio de competencia, bien por no proceder a la previa autointegración del ordenamiento autonómico (SS. 36/81 y 123/84), bien por emitir normas con la única misión de servir de Derecho supletorio, cuando el Estado no tiene otro título competencial que le atribuya dicha posibilidad (SS. TC 117/96 y 61/97).

4.3.2. Aplicación práctica del principio: las falsas lagunas

El art. 1334 Cc. establece que:

“Todo lo que se estipule en capitulaciones matrimoniales bajo el supuesto de futuro matrimonio quedará sin efecto bajo el caso de no contraerse en el plazo de un año”.

En Aragón no hay una norma semejante, nunca la ha habido, y hoy creo, sin duda alguna, que el art. 197-2 CDEFA resuelve el dilema.

Pero formulemos la cuestión:

¿Se aplica el art. 1334 Cc. en Aragón?

Para resolver este conflicto tenemos que averiguar si hay una laguna en nuestro ordenamiento civil que impida dar cumplida solución al caso.

Aún cuando el derogado art. 26 Comp. disponía tan sólo que *Los capítulos matrimoniales pueden otorgarse y modificarse antes del matrimonio y durante él. En este último caso, podrá darse a sus estipulaciones efecto retroactivo, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros*, era evidente que en Aragón no era aplicable el art. 1334 Cc., puesto que dicha norma previene una caducidad del otorgamiento capitular que nada añade a la ineficacia legal que tienen los capítulos matrimoniales en el lapso de tiempo que va desde su otorgamiento a la celebración del matrimonio.

La caducidad de lo estipulado en capitulaciones prevista por el art. 1334 Cc. si no se contraen nupcias en determinado plazo es una opción legislativa pero no una solución al problema de qué pasa entre tanto no se celebra la boda; de hecho, el art. 1334 Cc. se introduce por Ley 30/1981, de 12 de mayo de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio; hasta ese momento ningún problema había en Aragón (la Compilación era del 67) y ni siquiera en el Código civil dicha norma resolvía problema alguno: mientras no haya boda los capítulos y lo contenido en ellos es válido pero ineficaz hasta la celebración de las nupcias.

No obstante, la doctrina aragonesa de los 80 y también los tribunales consideraron, a mi juicio con gran error, dicho precepto, y otros muchos más del Código civil en materia de régimen económico matrimonial, aplicables en Aragón (vgr. adquisiciones a plazos, donaciones a los cónyuges, etc.) cuando nunca debieron aplicarse.

Hoy la inaplicación del art. 1334 es evidente al disponer el párrafo 2 de art. 197 CDFA que: *Si se otorgan antes del matrimonio, no producirán efectos hasta la celebración de éste, salvo que prevean un momento posterior para su eficacia.*

4.3.3. El test de la supletoriedad: garantía de la foralidad

¿Se aplica supletoriamente el art. 1342 Cc: *Quedaran sin efecto las donaciones por razón del matrimonio si no llegara a contraerse en el plazo de un año?*

Por la misma razón, no hay laguna, dicha norma no se aplica en Aragón.

Si bien, en esta ocasión su inaplicación no sea tan sencilla de percibir.

Las donaciones por razón de matrimonio no se regulan en el CDFa y no son éstas una materia reservada al Estado, “en todo caso”, por lo que la competencia le corresponde a Aragón.

No habiendo legislación, sí se provoca una ausencia de respuesta a los problemas de los ciudadanos en esta materia, por ello sí resulta aplicable el Derecho del Código civil, pero siempre que dichas normas no contradigan los principios que informan el ordenamiento civil foral de Aragón. Este precepto, al igual que el anterior introduce una norma desconocida en Aragón que impide su aplicación.

En efecto, el Derecho supletorio sólo debe aplicarse en aquello que no disponga expresamente el Derecho autonómico, y siempre y cuando no se oponga a sus principios generales.

Ello significa que sólo debe aplicarse el Código civil como Derecho supletorio:

1º.- Cuando la institución esté prevista en el ordenamiento jurídico civil propio y su regulación presente deficiencias.

Por lo tanto, será necesario que se constate la existencia de una laguna, de manera que ensayando previamente la autointegración de la misma a través del recurso a la analogía y a los principios generales que informan dicho ordenamiento, no encontremos la solución al caso.

Sólo en el caso de que no sea posible colmar dicha laguna, procederá la aplicación del Código civil, que en todo caso, deberá ser aplicado teniendo en cuenta la sistemática y principios del ordenamiento civil propio.

2º.- El Código civil nunca se debe aplicar en los llamados conjuntos vacíos, es decir en aquéllos casos en que la institución no existe en su ordenamiento, por ser contraria al sistema previsto por el legislador competente.

La falta de regulación de alguna materia, aun cuando esté regulada en el Código civil, no significa necesariamente la existencia de una laguna en el ordenamiento civil autonómico.

En estos casos, la regla general, en virtud de los principios de autonomía y competencia, es valorar tal silencio como una ausencia voluntaria de regulación por parte del legislador competente, no aplicando, en consecuencia, las consideraciones y previsiones propuestas por otro legislador y para otro ordenamiento.

3º.- También debe rechazarse la aplicación supletoria del Código cuando la regulación de la institución en ambos sistemas partan de principios distintos, lo que implica la absoluta incompatibilidad entre ambas regulaciones.

4.4. La preferencia del Derecho civil aragonés en materia de su competencia: los arts. 149-3 CE y 80-2 del Estatuto de autonomía Aragonés

4.4.1. Formulación de los principios

El art. 149. 3 de la Constitución española dispone:

«Las materias no atribuidas expresamente al Estado por la Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. Las competencias sobre las materias que no hayan asumido los Estatutos de Autonomía corresponderán al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre el de las comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El Derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas».

En esta norma se contiene lo que la doctrina de forma unánime ha venido en calificar como cláusula de cierre y garantía de situaciones atípicas tanto en el sistema de distribución de competencias como en el sistema de relación entre ordenamientos.

Por lo tanto, este precepto constitucional responde a una doble finalidad: por un lado, señalar la supletoriedad del Derecho civil estatal y por otro, actuar como norma que determina el Derecho, estatal o autonómico, aplicable en función del reparto de competencias.

Las dos proposiciones primeras: Las materias no atribuidas expresamente al

Estado por la Constitución podrán corresponder a las Comunidades autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. Las competencias sobre las materias que no hayan asumido los Estatutos de Autonomía corresponderán al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre el de las comunidades autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas, entrañan, a juicio de la doctrina una norma de solución —y no de distribución de competencias—, que señala el Derecho aplicable —el estatal— en los supuestos de concurrencia normativa por parte de los entes estatal y el autonómico.

En estos casos (normativa básica y de desarrollo, concurrencia normativa sobre un mismo objeto) el Derecho estatal prevalece, en principio, sobre el autonómico.

Pero, obsérvese, que en el ámbito civil la preferencia corresponde al Derecho autonómico, al presentarse la *conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio como una competencia exclusiva del ordenamiento autonómico*, que excluye la competencia estatal.

En esta materia (conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio) no puede existir colisión entre la norma autonómica y la estatal, por la sencilla razón de que el Estado carece de competencias sobre ella.

Esta conclusión está formulada como ley en Aragón al afirmar el art. 80-2 Estatuto de autonomía que:

“En las materias de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, el Derecho propio de Aragón será aplicable en su territorio con preferencia a cualquier otro, en los términos previstos en este Estatuto”.

4.4.2. Aplicación práctica del principio

Preferencia significa Derecho directamente aplicable y, en consecuencia, Derecho común en el territorio objeto de aplicación, mientras que el Derecho civil estatal en el ámbito de competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma no es directamente aplicable, sino que su papel es subsidiario: sólo en defecto del Derecho preferente.

Si partimos de la premisa de equiparar preferencia con aplicación directa ello supone, a lo que creo, una presunción de aplicación del Derecho civil autonómico, siempre y cuando no se deduzca de los hechos que es posible la aplicación de otro Derecho civil²⁴.

La aplicación de un determinado Derecho civil puede depender de la vecindad civil de los sujetos, así lo establece el art. 14 Cc., en cuanto norma directamente aplicable en toda España (art. 149.1.8º CE.).

En consecuencia, el Derecho civil aragonés sólo se aplicará —y ello en cualquier parte del territorio nacional— a los sujetos que ostenten dicha vecindad civil (art. 9-2 EA en relación con el art. 14 Cc. y 149.1.8º CE).

Ahora bien, ¿cuál será el Derecho aplicable en la CCAA de Aragón si de los hechos a enjuiciar no se deduce o no se alega una vecindad civil distinta a la aragonesa?

A lo que creo, es aquí donde juega el principio de preferencia del Derecho autonómico.

En estos casos, se ha de aplicar el Derecho civil propio de la Comunidad Autónoma; puesto que esa preferencia se traduce en la consideración del Derecho propio como Derecho común de los ciudadanos que al menos mantengan el domicilio en la comunidad Autónoma aragonesa, y no se alegue o no se deduzca de los hechos otra vecindad.

La competencia territorial del juzgador por razón del domicilio de los litigantes hace presumir, a falta de otra consideración, el sometimiento al Derecho civil aragonés.

²⁴ Sobre competencia de oficio para determinar el Derecho aplicable por parte de los tribunales, y ello aun en casación vid.: BAYOD LÓPEZ, María del Carmen (2008): “La aplicación indebida del Código civil como fundamento del recurso de casación en Aragón: Infracción de las normas del Derecho civil aragonés y aplicación del Derecho supletorio para la solución del conflicto. (Reflexiones sobre las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 15 de marzo de 2007 y 27 de febrero de 2006)”, en *RDC-A-XIV*, págs. 171 a 191.

Ello se deduce del juego de los arts. 71.2 y art. 80.2 EA en relación con los arts. 9.10 Cc. en relación con el art. 16.1 del mismo cuerpo legal.

La preferencia del Derecho autonómico aragonés en el ámbito de sus competencias permite todavía extraer una consecuencia más.

El Derecho civil aragonés es el Derecho común de Aragón, en cuanto que es un Derecho directamente aplicable.

Por tanto, y en cuanto Derecho civil, cabe definirlo como el Derecho privado general de Aragón.

Ello significa, a lo que creo, que cuando la legislación del Estado, aplicable en la CCAA aragonesa por razón de su competencia así como las normas autonómicas, hagan referencia al Derecho civil, en cuanto Derecho privado general, las normas aragonesas civiles serán directamente aplicables para completar dicha legislación.

Obsérvese que en estos casos no es sólo que el Derecho civil aragonés sea Derecho supletorio de la legislación del Estado o de la norma autonómica, sino que es el Derecho directamente aplicable para determinar el contenido de ciertas categorías jurídicas.

Por ejemplo, pensemos que una norma administrativa, bien sea de competencia estatal bien sea de competencia autonómica, se refiere a la mayoría de edad para poder llevar a cabo una actuación en el ámbito de la administración estatal o autonómica, y el sujeto actuante es de vecindad civil aragonesa.

En este caso, la mayor edad vendrá determinada por las reglas del Código del Derecho Foral de Aragón (en adelante CDFA) y no por las reglas del Código civil.

La preferente aplicación del Derecho civil aragonés determina, en su caso, su aplicación como Derecho supletorio general para integrar la normativa estatal o autonómica, por ser este Derecho civil en Aragón el Derecho privado general.

Estas son, a lo que creo, las consecuencias que caben derivar de la preferencia del Derecho autonómico en el ámbito del Derecho civil.

5. La aplicación del Código del Derecho Foral de Aragón. La eficacia de las leyes

5.1. Cuestiones previas: la eficacia de las leyes

La aplicación del Derecho civil aragonés contenido en la actualidad en el Código del Derecho Foral de Aragón parte de una premisa previa: ¿a quiénes y dónde se aplica?, o lo que es lo mismo *qué eficacia tienen las normas aragonesas*.

El Estatuto de Autonomía de Aragón en relación a ello establece en su art. 9 lo siguiente:

“2. El Derecho Foral de Aragón tendrá eficacia personal y será de aplicación a todos los que ostenten la vecindad civil aragonesa, independientemente del lugar de su residencia, y excepción hecha de aquellas disposiciones a las que legalmente se les atribuya eficacia territorial.

3. Los extranjeros que adquieran la nacionalidad española quedarán sujetos a la vecindad civil aragonesa, si en el momento de su adquisición tienen vecindad administrativa en Aragón, salvo que manifiesten su voluntad en contrario, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación del Estado”.

Por lo que respecta al Derecho Foral de Aragón su eficacia es casi siempre personal y viene determinada, en principio por la vecindad civil (arts. 16-1 y 14 Cc.).

5.2. La determinación de la ley aplicable: Dimensión interna.

La existencia de diversas legislaciones civiles dentro del territorio nacional ocasiona la necesidad de establecer cuándo cada uno de los Derechos civiles coexistentes resulta aplicable a una situación concreta.

La solución a estos conflictos viene determinada por el legislador estatal al ser ésta (*normas para resolver los conflictos de leyes*) una materia de su exclusiva competencia: art. 149-1-8ª CE.

Las normas básicas para resolver estos conflictos en el ámbito interno se encuentran fundamentalmente en el art. 9º Cc., que en su párrafo 1 acoge el estatuto personal, la ley de la nacionalidad, la vecindad civil en la dimensión interna (art. 16-1-1ª Cc.), en lo que atañe a *la capacidad y estado civil, deberes de familia y sucesión por causa de muerte* de las personas.

Lo que significa que dentro del territorio nacional el Derecho civil aplicable a los españoles en las materias nominadas por el párrafo 1 del art. 9º Cc. dependerá de la vecindad civil de los sujetos.

5.3. La eficacia personal de las normas contenidas en el CDFA

5.3.1. Una cuestión previa: ser aragonés

Por regla general, para que a una persona le resulte aplicable el Derecho civil aragonés en primer lugar debe ser español: ningún extranjero puede tener vecindad civil, su Derecho civil, por regla general, lo determina su nacionalidad.

Siendo el ciudadano español, la eficacia personal de las normas contenidas en el Código del Derecho Foral de Aragón le será aplicable si ostenta la vecindad civil aragonesa.

Esta se adquiere en función de los criterios que adopta el legislador estatal en los arts. 14 y 15 Cc²⁵, por ser esta una competencia exclusiva del Estado (art. 149.1. 8ª CE).

En principio, la vecindad civil es el criterio que determina el Derecho civil aplicable a los españoles donde quiera que se encuentren: en España o en el extranjero.

²⁵ Sobre esta cuestión puede verse BAYOD LÓPEZ, María del Carmen (2011): *Algunas cuestiones prácticas de Derecho civil aragonés*, ed. DGA, págs. 8 a 13.

5.3.2. Capacidad y estado civil de las personas.

La ley que ha de regir la capacidad y el estado civil de las personas es la ley de su vecindad civil, lo que significa que el Libro I del CDFA es aplicable a los aragoneses en cualquier parte del mundo o de España en que se encuentren.

A. La regla de la mayor edad por matrimonio, la amplitud de capacidad de la persona menor que ha cumplido 14 años, tanto en aspectos patrimoniales como personales, se regula por el Derecho Foral de Aragón.

Así, y a modo de ejemplo, el menor que haya cumplido los 14 años, podrá comparecer en juicio, aun fuera de Aragón, tan sólo contando con la asistencia de uno solo de sus padres, ponerse un piercing o tatuarse²⁶, sin contar con ningún otro consentimiento, cambiarse el nombre o los apellidos por sí mismo, entre otras cosas; actuaciones las descritas que un chico de su edad no aragonés y sujeto al Código civil no puede hacer sin estar representado o contar con el consentimiento de aquéllos que ostenten la patria potestad.

B. Las relaciones entre padres e hijos, presididas por el sistema de autoridad familiar, que muestra peculiaridades propias y desconocidas para el sistema de la patria potestad vigente en el resto del territorio nacional, será el aplicable a los aragoneses allá dónde se hallen.

En estas relaciones cabe también destacar, para el caso de ruptura de la convivencia entre los padres, que la opción aragonesa por la custodia compartida como medida preferente y considerada por el legislador como la mejor opción para el menor [SS. TSJA de 15 de diciembre de 2012 y 19 de diciembre de 2012 (RDCA-2102-XVIII marginal 13 y 58)], será también la que deban adoptar no sólo los Tribunales aragoneses, sino también los foráneos cuando el menor tenga vecindad civil aragonesa (art. 9º-4 Cc.); e incluso ésta será la norma aplicable cuando el menor resida en Aragón, si no

²⁶ Sobre la capacidad de los menores de edad en el ejercicio de los derechos de la personalidad: BAYOD LÓPEZ, María del Carmen (2009): “Derechos de la personalidad de los menores en Aragón. Referencia al aborto de las menores de edad aragonesas. Algunas cuestiones de competencia en materia de capacidad para consentir actos médicos”, en *Actas de los XVIII Encuentros de Foro de Derecho aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, págs.121 a 169.

podiera determinarse su vecindad (art. 9º-4 Cc.).

C. Igualmente, *las reglas propias sobre incapacidad o incapacitación*, que desconocen la prodigalidad como causa autónoma de incapacitación [art. 38-3 CDFa y S. APH de 3 de septiembre de 2010, (RDCA-2012-XVIII, marginal 69)] y las previsiones del art. 39, que regulan la capacidad del incapacitado siguiendo el modelo de la capacidad de los mayores y menores de 14 años, a falta de otras previsiones en la sentencia de incapacitación, serán aplicables a los aragoneses en cualquier lugar de España o del extranjero.

D. *Las instituciones tutelares y las demás instituciones de protección del incapaz* se rigen por su ley personal (art. 9º-6 Cc.). Por ello la regulación propia aragonesa igualmente será la aplicable en cualquier Tribunal aun cuando el mismo no radique en la Comunidad Autónoma de Aragón.

Los Tribunales foráneos que conozcan de la tutela de un aragonés deberán aplicar los principios que la regulan, en particular el *standum est chartae*, que informa la delación voluntaria y *vincula en su designación, exclusión y demás disposiciones al Juez* salvo que de forma motivada y por alteración sustancial de las circunstancias el interés del menor o incapacitado exijan otra cosa (art. 114 CDFa), diferencia relevante que destacan certeramente los tribunales aragoneses [S. APZ (secc. 2º) de 8 de septiembre de 2010, (RDCA-2012, marginal 84)].

La aplicación de la regulación aragonesa de la tutela a los aragoneses y aun fuera de Aragón conlleva, por ejemplo, la aplicación del art. 139 CDFa que regula el contenido económico de la tutela, y a este respecto establece que *la administración y disposición de los bienes del pupilo tienen el mismo contenido que la gestión de los bienes de un hijo de su edad y capacidad*, lo que comporta la relevante consecuencia de que el tutor de un menor aragonés no incapacitado dejará de ser su representante legal cuando éste cumpla 14 años prestando el tutor tan sólo su asistencia (art. 5-3 CDFa).

Este mismo precepto previene también la *exclusión de la subasta pública para la enajenación de los bienes del tutelado*, bastando con las previsiones que, en su caso, haya establecido la persona que donó o transmitió bienes por herencia o legado al tutelado (art. 107 CDFa) o efectuándose la enajenación con

la autorización de la Junta de Parientes o del Juez según proceda y por aplicación de las reglas generales (arts 14 a 16 CDFA).

Igualmente, conviene destacar la posibilidad de un *curador que represente al incapacitado* tan solo para ciertos actos, si así lo establece la sentencia (art. 150-2 CDFA) y las amplias posibilidades que se previenen en la regulación de la guarda de hecho cuyo régimen jurídico previsto en el art. 159 CDFA facilita la actuación del guardador de hecho en el tráfico jurídico.

5.3.3. Las relaciones de familia

El art. 9º-1 Cc. determina que la vecindad civil regirá los deberes de familia y en consonancia con ello, párrafo 2 de dicho precepto establece la ley aplicable a los efectos del matrimonio, disponiendo que estos se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo y estableciendo otros puntos de conexión (elección de la ley personal o de la residencia de cualquiera de ellos, residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio y por último y a falta de los criterios anteriores, lugar de celebración del matrimonio) para el caso de los contrayentes ostenten distinta vecindad civil.

A. Los efectos del matrimonio. Cuando ambos contrayentes tengan vecindad civil aragonesa, los Títulos I a V del Libro II del CDFA regirán estos deberes de familia y su regulación será aplicable aun cuando los cónyuges residan o contraigan matrimonio fuera de Aragón.

La aplicación de esta regulación conlleva a modo de ejemplo, y como más destacables, a mi juicio, la existencia de la viudedad (art. 192 CDFA); a falta de capítulos, la aplicación del régimen legal de consorciales (art. 193 CDFA) y también la aplicación del art. 259 CDFA, y no del art. 95 Cc., cuando el matrimonio se disuelva por nulidad; en este caso el cónyuge que hubiera obrado de buena fe podrá optar por la liquidación del régimen matrimonial según lo previsto para el régimen de consorciales o bien por la aplicación retroactiva del régimen de separación de bienes.

El CDFA en estas materias (Tit. I a V del Libro III) no sólo se aplica a los aragoneses aun fuera de Aragón, sino también a los foráneos cuando uno de

los puntos de conexión del art. 9º-2 Cc. determina a ley aragonesa como la ley aplicable los efectos del matrimonio.

La viudedad y la aplicación del art. 259 CDFa, en su caso, se mantendrán aun cuando, con posterioridad a la celebración del matrimonio operen cambios en la vecindad civil o en la nacionalidad de los esposos. También perdurará el régimen de consorciales salvo que lo modifiquen otorgando capítulos matrimoniales: éste no cambia porque los cónyuges modifiquen su vecindad o nacionalidad.

B. El Título VI: la familia no matrimonial. El legislador aragonés en los arts. 303 a 315 regula la situación de las parejas estables no casadas sean estas del mismo o de distinto sexo.

Con toda seguridad esta regulación, en lo que atañe a su contenido civil, se aplica a los aragoneses dentro y fuera de Aragón por la eficacia civil de esta materia. Ahora bien, el legislador estatal, único competente en la materia, no ha obrado con la debida diligencia al no establecer un régimen conflictual para dar solución a situaciones como estas: ¿Qué derecho resulta aplicable si un catalán y un aragonés forman una pareja estable no casada?

En estos casos no hay una norma como el art. 9º-2 Cc. que permita llegar a una solución. La doctrina, en casos como este, aboga por la elección de la ley aplicable y, a falta de ella, por la ley de la residencia común. No se aplica en estos casos la eficacia personal de la ley sino su estatuto real: la residencia²⁷.

Por lo demás, la aplicación la norma aragonesa no es irrelevante, entre otras cosas, porque en Aragón los miembros de una pareja estable no casada no están llamados en el orden de sucesión legal, como así los están en el resto de las leyes de parejas españolas, por ejemplo en Derecho catalán.

²⁷ Sobre estas cuestiones FONTANELLAS Y MORELL, Josep María (1998): “Noves perspectives per a una regulació de les unions de fet en el Dret internacional privat espanyol”, en *XI Jornades Jurídiques. Uniones de hecho*, Lleida, págs. 223-245; BAYOD LÓPEZ, María del Carmen (2002): “Pareja estable y requisitos de capacidad. Ámbito de aplicación de la ley aragonesa de parejas estables no casadas (Ley 6/1999 de 26 de marzo), *RGLJ*, págs. 539 a 571.

5.3.4. Los Derechos del cónyuge viudo²⁸

A. *En general.* El Código civil atiende a esta cuestión objeto de su exclusiva competencia, en el art. 9º-8 *in fine* en la redacción dada por la ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.

“Los derechos que por ministerio de la ley se le atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes”.

La norma supuso un cambio con respecto al Derecho anterior.

Con anterioridad a la reforma del 90, la ley aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge viudo era la ley sucesoria del causante.

Esta situación era criticada por la doctrina por cuanto se consideraba más justo que fuera la ley que regula los efectos del matrimonio la que rigiera también los derechos sucesorios del cónyuge viudo, alegando que régimen económico matrimonial y derechos sucesorios del cónyuge viudo presentaban casi una relación matemática, que permite coordinar la situación del viudo.

Por ello, si a consecuencia del cambio de vecindad civil de los cónyuges resultaba aplicable una ley sucesoria distinta a la que regía los efectos del matrimonio, que permanecía invariable, la ecuación matemática decaía y el viudo podía perder o ganar derechos de forma aleatoria, de ahí que se abogase por una única ley que gobernará los derechos del cónyuge viudo y que ésta fuera la ley aplicable a los efectos del matrimonio.

Eso es lo que a mi juicio dice, sin ninguna duda, el art. 9.8 Cc. La pretensión

²⁸ Sobre los Derechos del cónyuge viudo en el Código civil y resto de los Derechos civiles territoriales españoles puede verse BAYOD LÓPEZ, María del Carmen (2009): “Situación jurídica del cónyuge viudo en Derecho español Especial consideración a la situación del viudo en Aragón: ¿un modelo a exportar?”, en *Reflexiones sobre materia de Derecho sucesorio*, dirigido por Damián Álvarez y Zubiri Salinas, *Cuadernos de formación permanente*, CGPJ, págs. 203 a 466

del legislador no fue otra que aplicar la ley que rige los efectos del matrimonio a los derechos que por ministerio de la ley le corresponden al cónyuge supérstite, sean estos derechos matrimoniales o sucesorios; no incluyéndose entre estos derechos los llamamientos sucesorios abintestato, que deben de regirse por la ley del causante al tiempo de su fallecimiento.

Esta creo que es la interpretación adecuada.

Ahora bien, no ha sido esta la respuesta que ha dado la DGRN en sendas resoluciones de 11 de marzo de 2003 [RJ 2003, 3949] y de 18 de junio de 2003 [RJ 2003, 4467], en las que apoyándose en la unidad de la ley sucesoria (y en Tratados internacionales no ratificados por España), considera que la ley de los efectos del matrimonio sólo debe aplicarse a aquéllos derechos que traen causa del matrimonio (las llamadas *mortis causa captiones*), y no a los derechos sucesorios: legítimas, sucesión legal, etc.

No estoy de acuerdo con esta interpretación del art. 9º-8 Cc., en función de sus antecedentes y de su dicción legal (si el 9º-8 Cc., no se aplica a ningún derecho sucesorio regido por la ley de los efectos del matrimonio: ¿por qué hay que dejar a salvo las legítimas siendo que unas y otras se regirían entonces por la misma ley y no entrarán en conflicto?)

La interpretación de la DGRN sobre el art. 9º-8 Cc. no resulta operativa ya que obliga a calificar cada derecho para establecer si es sucesorio o familiar: ¿tiene esto sentido?

Al margen de considerar, al igual que Calatayud Sierra que, tal vez, debiera repensarse todo el sistema de ley aplicable a la sucesión y los derechos del cónyuge viudo, me inclino, en contra de la DGRN, por mantener la solución que creo se desprende del texto literal de la norma y de sus antecedentes: la ley que rige los efectos del matrimonio regula los derechos familiares y sucesorios que por ministerio de la ley se atribuyan al viudo, a excepción de los llamamientos legales que necesariamente han de regirse por la ley que rijan la sucesión del causante.

En consecuencia, si la ley aplicable a un matrimonio es el Cc. y posteriormente los cónyuges adquieren, por ejemplo, vecindad civil catalana, ley que gobierna la sucesión del que primero de ellos muera será la catalana, pero los derechos que “por ministerio de la ley” correspondan al supérstite se regirán, en este caso, por el Código civil, en mi opinión ello significa que:

1. Su régimen será de gananciales y al supérstite le serán aplicables las ventajas matrimoniales que se derivan de aquél: art.1321 (derecho al ajuar doméstico); el derecho de adjudicación preferente en su lote sobre la vivienda familiar previsto en el art. 1406.4º Cc.

2. La legítima de los arts. 834, concurriendo con hijos, y no el usufructo universal (art. 442-3.1 Cc. catalán)

3. Si no hubiera hijos, hereda el cónyuge (art. 442-3.2 Cc. catalán, por ser esta ley la que gobierna la sucesión del causante).

Obsérvese, que no sería esta la respuesta que ofrece la DGRN, que aplicaría el usufructo universal catalán y los beneficios matrimoniales.

B. La viudedad foral aragonesa. Ley aplicable. El art. 9º-8 *in fine* no parece que sea el aplicable a esta institución por cuanto el art. 16-2 Cc. sigue atendiendo de forma expresa a la viudedad foral aragonesa y, aun cuando su redacción procede de 1974, fue mantenido por la reforma operada por la Ley 11/1990, referida.

Por ello, y siguiendo en este punto a Delgado Echeverría parece que ésta deba regular la viudedad foral por ser norma especial²⁹.

En atención al art. 16-2 Cc., ¿Qué matrimonios tienen viudedad foral aragonesa?

El art. 271 CDFa sitúa el origen y nacimiento de la viudedad foral en la celebración del matrimonio, siguiendo con ello la tradición histórica aragonesa.

²⁹ DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (2000): “Comentario al art. 16 Cc.”, en *Comentarios al Código civil*, I, Título Preliminar, coordinados por Joaquín Rams Albesa, ed. J.M. Bosch editor, S.A., Barcelona, págs. 431 a 433.

Por lo tanto, tendrán viudedad, tanto en su fase de derecho expectante como de usufructo (y salvo pacto en contrario) los cónyuges unidos en matrimonio cuyos efectos civiles se rijan por el Derecho civil aragonés conforme al art. 9.2 en relación con el art. 16.2, ambos del Código civil.

En consecuencia, cuando cualquiera de los puntos de conexión que establece el art. 9.2 Cc. señalen como ley rectora de los efectos del matrimonio la ley civil aragonesa, dichos cónyuges, aun no siendo ninguno de ellos aragoneses, y cualquiera que sea su régimen económico matrimonial, tendrán atribuida, como un efecto más del matrimonio, la viudedad foral aragonesa. Por ello también, no compete este derecho a los matrimonios que se rijan por ley distinta de la aragonesa, aun cuando alguno de los cónyuges fuera aragonés, si la ley que rige los efectos del matrimonio no es la aragonesa.

Una vez que se adquiere la viudedad, y salvo renuncia o limitaciones por parte de los cónyuges, es para siempre; aun cuando los cónyuges cambien su régimen económico matrimonial o siendo aragoneses, adquieran otra vecindad civil (arts. 9-8 y 16-2 Cc.).

Los cónyuges cuyos efectos del matrimonio no se rijan por la ley aragonesa nunca tendrá viudedad foral aragonesa, aun cuando siga vigente el art. 16-2 Cc., que afirma que tendrán viudedad foral aragonesa (*El derecho de viudedad regulado en dicha Compilación, dice textualmente) los cónyuges sometidos al régimen económico matrimonial de dicha Compilación.*

Esto pudo ser así hasta 1978, cuando en España sólo había un legislador, pero desde la promulgación de la CE dejó de serlo, porque el legislador del Código civil no tiene competencia para establecer cuándo nace el Derecho de viudedad, y este sólo nace con la celebración del matrimonio y no con el régimen económico matrimonial de consorciales o de separación de bienes que regula el Código foral. A mi juicio, la interpretación correcta de la norma en el contexto actual, pasa por entender que *los cónyuges sometidos al régimen económico matrimonial de dicha Compilación* no puede significar otra cosa que “los cónyuges cuyos efectos matrimoniales se rigen por la ley aragonesa en virtud de los art. 197 y 271 CDFA”, que la conservarán aun cuando cambié su vecindad civil.

En efecto, siendo aplicable la viudedad, el cónyuge supérstite la conservará aun cuando el causante haya perdido la vecindad civil aragonesa y sea otra la ley que rige la sucesión, con exclusión de la legítima que le pudiera corresponder en virtud de la ley sucesoria, así lo establece el art. 16-2 Cc, que es el aplicable por ser ley especial, frente al art. 9º-8, cuya limitación, *a salvo siempre las legítimas de los descendientes*, no se aplica; de manera que el usufructo del viudo recaerá sobre todos los bienes del premuerto aún cuando estos constituyan parte de la legítima de los descendientes.

Para el supuesto de matrimonios celebrados bajo otra ley reguladora de los efectos del matrimonio pero que al tiempo del fallecimiento de uno de los cónyuges la ley sucesoria fuera la aragonesa, la respuesta a este caso la ofrece el art. 16-2.II del Cc., que prevé el reconocimiento del usufructo viudal a favor del supérstite en estos casos.

A mi juicio no es este un verdadero usufructo foral aragonés y, desde luego, carece de derecho expectante, y su regulación debería estar sujeta a la reglas del usufructo del Código. Con esta norma lo que se pretende evitar es un perjuicio al viudo cuando la ley que rige los efectos del matrimonio es otra que la ley que rige la sucesión, pues siendo aplicable la aragonesa, el viudo no tiene ningún beneficio sucesorio en Derecho aragonés, salvo su llamamiento a la sucesión legal.

5.3.5. La sucesión por causa de muerte

La ley personal correspondiente a las personas físicas regirá la sucesión por causa de muerte (art. 9º-1 Cc.).

Desarrollando esta premisa, el párrafo 8 del art. 9º señala que *la sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante al tiempo de su fallecimiento, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren*.

Afirma también este precepto, *que las disposiciones hechas en el testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez aunque*

sea otra la ley que rija la sucesión, si bien, las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última.

Ello significa que, entre españoles, la sucesión por causa de muerte se rige por la vecindad civil que tenga el causante al tiempo de su fallecimiento.

A. La sucesión en territorio español y entre españoles. Dentro del territorio nacional los derechos sucesorios se rigen por la ley que tenga el causante al tiempo de su fallecimiento: art. 9º-8 Cc.

Por lo tanto, el Libro III del CDFa será el Derecho aplicable cuando el sujeto goce de la vecindad civil aragonesa al tiempo de su fallecimiento; y también será el Derecho aplicable para utilizar los diversos modos de delación previstos en el CDFa: testamento mancomunado, pacto, fiducia, si el causante era aragonés en el momento del otorgamiento

Las reglas de capacidad para otorgar testamento o pacto así como para aceptar o repudiar el llamamiento sucesorio dependen de la vecindad civil de los sujetos, por lo tanto, de la vecindad civil aragonesa para que sea aplicable el CDFa.

La vecindad civil del causante al tiempo de su fallecimiento va activar la aplicación del Derecho Foral de Aragón con instituciones tan peculiares como: a) su sistema de legítima, que en Aragón es colectiva y únicamente son legitimarios los descendientes, lo que permite al causante distribuir el valor de la misma entre sus hijos, nietos, etc. como bien le parezca: dejando, por ejemplo la legítima a un nieto y nada al resto de los descendientes y nombrar por ello heredero a un extraño; b) el sistema de responsabilidad del heredero, que es limitado a los bienes de la herencia; c) la ausencia de colación salvo que la ordene el causante; d) la institución, muchas veces sorpresiva, del consorcio foral, que establece una situación de cotitularidad que se produce sobre un inmueble que varios hermanos o hijos de hermanos heredan o reciben por donación de un ascendiente, estableciendo, y mientras dure la indivisión, unos efectos que limitan las facultades de disposición de los consortes para impedir con ello el ingreso de otros sujetos en la comunidad; e) la sucesión legal, que a falta de descendientes, prevé recobros y troncalidad en atención al origen de los bienes,

f) un sistema de sustitución legal, que llega por la línea colateral no solo a los hijos de hermanos, sino también a sus nietos, e incluso con las posibilidades de renuncia a la herencia futura; instituciones, todas ellas que deben ser el Derecho aplicable por los tribunales y notarías de otras Comunidades Autónomas, y ello aun cuando, el sucesor tenga otra vecindad civil que no sea la aragonesa.

B. La sucesión de los aragoneses en la Unión Europea. Como señala el art. 9 del EA de Aragón, el Derecho Foral aragonés tiene eficacia personal *excepción hecha de aquellas disposiciones a las que legalmente se les atribuya eficacia territorial.*

El reciente Reglamento de la UE nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 *relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo*, en vigor desde el 18 agosto de 2012, pero aplicable a partir del 17 de agosto de 2015, ha introducido en la normativa española un cambio trascendental: la sustitución del estatuto personal por el real en materia de eficacia de la ley sucesoria.

En efecto, desde el 17 de agosto de 2015, la ley de la nacionalidad deja de ser la ley que rige la sucesión de los ciudadanos comunitarios, desde esa fecha la sucesión de aquéllos se determina, con carácter general, por la ley de su residencia habitual al tiempo del fallecimiento del causante; si bien, se permite la elección, al tiempo de otorgamiento de testamento o pacto, entre la ley de su nacionalidad y la ley de la residencia al tiempo del fallecimiento.

La aplicación del Reglamento por parte del Estado español, así como del resto de los Estados miembros, *(desde esa fecha) será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en los Estados miembros de conformidad con los Tratados*, como así los establece el art. 84 del Reglamento Europeo en materia de sucesiones *mortis causa*.

C. Este cambio en la ley aplicable en el Reglamento de la UE sobre sucesión mortis causa ¿Cómo afecta aragoneses y a la eficacia del Derecho Foral de Aragón?

En lo que atañe a la dimensión interna, el cambio de ley aplicable previsto en tratado no tiene aplicación, tal y como se deduce del art. 38 del Reglamento, cuya rúbrica, *Estados con más de un sistema jurídico – conflictos interpersonales de leyes*, dispone:

“Los Estados miembros que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones no estarán obligados a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre dichas unidades territoriales”.

Por lo tanto, y en principio, los conflictos de leyes internos siguen sujetos al art. 9º-8 Cc.: entre españoles el criterio no varía, se mantiene la eficacia personal de las leyes y por lo tanto, la ley que rige la sucesión será la ley de la vecindad civil al tiempo de fallecimiento del causante.

Ahora bien, en la dimensión externa la ley que rige la sucesión es la ley de la residencia habitual al tiempo de fallecimiento del causante, así lo establece con carácter general el art. 21 del Reglamento, bajo la rúbrica *Regla general*, al disponer:

“Salvo disposición contraria del presente Reglamento, la ley aplicable a la totalidad de la sucesión será la del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento”

Por lo tanto, si un aragonés con residencia habitual en Bélgica, Francia o Italia, lo que no es infrecuente, fallece sin haber optado por mantener como ley sucesoria la aragonesa, el Derecho civil aplicable será el del país extranjero en el que resida, un cambio copernicano en la concepción personalista del Derecho.

Ahora bien, ello también va a provocar que a más sujetos de Derecho les pueda ser aplicable el Derecho Foral aragonés, puesto que, por la misma razón, los ciudadanos comunitarios que fallezcan con residencia habitual en Aragón o bien incluso elijan voluntariamente la ley aragonesa en base a su residencia (art. 22 del Reglamento) quedarán sujetos al Derecho Foral de Aragón.

Estás son las consecuencias que se derivan del art. 36 del Reglamento que tiene en cuenta los Estados con sistemas jurídicos complejos.

5.4. La eficacia real de las normas contenidas en el CDFa

El libro IV del CDFa regula el Derecho civil patrimonial atendiendo a tres órdenes de cuestiones: relaciones de vecindad y servidumbres, derecho de abolorio y contratos de ganadería, sin contar éstos con una regulación precisa.

La eficacia de este Libro IV debido a la materia que regula tiene una eficacia real como así cabe deducir del art. 10-1 Cc. al ser derechos que recaen sobre bienes inmuebles.

El legislador aragonés así lo ha previsto expresamente para el derecho de abolorio al exigir para la aplicación de este derecho que *los inmuebles de naturaleza rústica, los edificios o parte de ellos estén situados en Aragón* (art. 589-1 CDFa) y permitiendo el ejercicio de este derecho *cualquiera que sea su vecindad civil* a los sujetos que indica el art. 590 CDFa³⁰. Y lo mismo sucede con el resto de la regulación de este libro en lo que tañe a relaciones de vecindad y servidumbres³¹.

Respecto de los contratos de ganadería, la aplicación de las previsiones del Código igualmente es inmediata pero su eficacia está sujeta a las previsiones del art. 10-5 Cc. en cuanto, en esta materia, no se haya visto afectada por tratados internacionales (Convenio de Viena sobre compraventa de mercadería) y en particular por el Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

³⁰ En este sentido, LÓPEZ AZCONA, Aurora (2013): “El Derecho de abolorio o de la saca” en *Derecho civil patrimonial aragonés. Ponencias del Seminario celebrado en la Institución “Fernando el Católico de Zaragoza, los días 26 y 27 de mayo de 2011*, ed. IFC, Zaragoza, págs. 273 a 275.

³¹ En este sentido también, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María (2013): “Inmisiones de raíces y ramas, distancias entre plantaciones, paso y andamiaje por razón de obras, uso de pared medianera y paso natural de agua pluviales según los artículos 537 a 544 del Código foral de Aragón (capítulos I a IV del título Primero del Libro IV) en *Derecho civil patrimonial aragonés. Ponencias del Seminario celebrado en la Institución “Fernando el Católico de Zaragoza, los días 26 y 27 de mayo de 2011*, ed. IFC, Zaragoza, págs. 66 y 67.

Por último, y por aplicación del art. 9.10 Cc., quedarán sujetos del Derecho civil de Aragón todos aquéllos cuya ley personal sea desconocida o la tengan indeterminada.

6. La aplicación en el tiempo del Derecho Foral aragonés. Derecho transitorio

6.1. Cuestiones previas: entrada en vigor del CDFA y aplicación de sus enunciados normativos en momentos distintos

El Código del Derecho Foral de Aragón entró en vigor el 23 de abril de 2011 y, por lo tanto, sus disposiciones serán aplicables a todos los hechos, actos y negocios que tengan lugar a partir de ese día.

Así se establece en la Disposición Final única, *Entrada en vigor*, del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba con el Título de “Código del Derecho Foral de Aragón” el Texto refundido de las Leyes civiles aragonesas.

Con su entrada en vigor se procedió también a la derogación de las leyes que el mismo cuerpo legal refundía (Disposición Derogatoria Única del Decreto Legislativo 1/2011) si bien, por encontrarnos ante una legislación delegada, el contenido normativo de las normas derogadas sigue vigente, pero ahora contenidas en el texto refundido que da lugar al nacimiento de un nuevo cuerpo legal: el Código del Derecho Foral de Aragón.

Por ello, en teoría, no sería necesario que el nuevo texto legal contara con Disposiciones Transitorias, puesto que no hay tránsito entre las leyes refundidas y el texto que las refunde.

Acaso bastaría con establecer una Disposición Transitoria, cuya rúbrica estableciera la aplicación inmediata del nuevo texto, sin que ello supusiera cambio alguno.

Esta parece ser la idea de la Disposición Adicional Única del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo cuando establece que:

“Las referencias realizadas en otras disposiciones a las Leyes objeto de la refundición se deben entender hechas a los artículos correspondientes del

Código del Derecho Foral de Aragón”.

Con todo, el Código del Derecho Foral de Aragón contiene 24 Disposiciones Transitorias que son, a su vez, refundición de las Disposiciones Transitorias contenidas en cada una de las Leyes refundidas, e incluso, y ello acaso pueda sorprender, en ellas se dice, por ejemplo, que:

“Las normas contenidas en los Títulos Primero, II y III del Libros I, salvo la Sección 3º del Capítulo II del Título II, se aplican íntegramente, a partir del 23 de abril de 2007, fecha de entrada en vigor de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, cualquiera que sea la edad de la persona o de la fecha de su incapacitación o declaración de ausencia y el momento de inicio del régimen de protección de sus persona y bienes”. (DT Primera CDFa).

Como se observa, y así se establece en cada una de las veinticuatro Disposiciones Transitorias, se indica la fecha de la entrada en vigor de la Ley refundida de la que proviene la disposición transitoria refundida, lo que da lugar a la formulación de diversos interrogantes: ¿Supone esta previsión una aplicación retroactiva de las normas? ¿Cómo explicar que las normas del Código, que entra en vigor el 23 de abril de 2011, se aplican ya desde hace cuatro años o más?; ¿en todos los casos dicha afirmación es verdadera?; ¿supone ello que el Código sólo transita desde la Compilación obviando diez años en los que se han promulgado diversas leyes de Derecho civil?

6.2. ¿Cuál es la razón? La fundamentación de la Comisión Aragonesa de Derecho civil para incluir Disposiciones Transitorias en el CDFa

La CADC aborda el problema de Derecho Transitorio en su sesión de 9 de febrero de 2011 (Acta 259).

El Borrador de Código presentado por el profesor Serrano García contenía unas Disposiciones Transitorias Generales a todo el Código, que pretendían señalar el paso de Leyes a Código, de manera que no todas las Disposiciones Transitorias de las leyes refundidas formaban parte del Derecho Transitorio del Código; aquéllas seguían siendo aplicables para regular el tránsito de la Compilación a las Leyes civiles refundidas.

Frente a esta postura, que comparto, uno de los vocales, D. Adolfo Calatayud Sierra, señaló que no era necesario, conceptualmente, establecer ningún tipo de Disposiciones Transitorias pero, añadía que:

“podría entenderse que si una de las principales finalidades de elaborar un texto refundido se encuentra en facilitar al ciudadano la tarea de encontrar el Derecho vigente sobre determinada materia, se cumpliría mejor esta misión si en él se integraran las disposiciones transitorias que resultan de aplicación a los diversos preceptos que contiene; eso sí, referidas dichas transitorias no a la fecha de entrada en vigor del Texto Refundido, sino a las diversas fechas en que entraron en vigor las modificaciones legislativas que ahora se incorporan a él. De modo que, si así lo hiciéramos, habría que indicar, en las Disposiciones Transitorias, para cada materia, la fecha de entrada en vigor de la Ley refundida” (Acta 259, de 9 de febrero de 2011, p.2).

No obstante, como le parece muy complejo, mantiene su postura de no añadir al Código Disposiciones Transitorias.

Esta idea es reforzada por el Presidente de la Comisión, profesor Delgado, quien considera que:

“Puesto que el texto refundido, como tal, carece técnicamente de capacidad innovadora, no debe tener Disposiciones Transitorias. Las disposiciones transitorias de las leyes objeto de refundición no se derogan, por lo que no son necesarias otras. No obstante, también cree que puede ser de utilidad intentar refundir las disposiciones transitorias de las leyes objeto de refundición, colocando a tal fin las de cada ley, una detrás de otra”. (Acta 259, de 9 de febrero de 2011, p.5).

En general, a la mayor parte de los miembros de la Comisión les parece que lo mejor es añadir al Código Disposiciones Transitorias, y siguiendo la opinión de otro vocal, D. José Luis Batalla:

“hacer la refundición de las disposiciones transitorias Libro por Libro, sustituyendo la referencia a la entrada en vigor de la ley refundida por el día

concreto en que entró en vigor, que le parece que simplifica y aclara”. (Acta 259, de 9 de febrero de 2011, p.5).

Esta es la decisión que se adopta por la Comisión; la finalidad no es otra que considerar que las normas que se refunden están vigentes ininterrumpidamente desde la fecha de su entrada en vigor en cada una de las leyes que se refunden.

A mi juicio, con ello se quiere establecer una nota de continuidad de todo el Derecho civil aragonés: desde la Compilación al Código del Derecho Foral de Aragón.

6.3. Algunas cuestiones prácticas en la materia

6.3.1 Sistemática y planteamiento. La aplicación inmediata del Código

Las veinticuatro Disposiciones Transitorias del CDFA proceden del Derecho transitorio contenido en cada una de las leyes que son objeto de refundición, por ello el legislador agrupa todas estas disposiciones en torno a cada uno de los Libros que integran el CDFA.

La idea que mantiene el legislador es la aplicación inmediata de la ley, siguiendo con ello esta doctrina que considera que la nueva ley debe aplicarse de inmediato a las situaciones en curso a partir del día de su entrada en vigor, de manera que solamente la remoción de efectos ya producidos o consumados serían calificados como de retroactividad.

En atención a ello, me parece interesante destacar algunas cuestiones prácticas en relación a la aplicación de las leyes en el tiempo y, en particular, a la aplicación del Código del Derecho Foral de Aragón.

6.3.2. Libro Primero del CDFA. Derecho transitorio

Las Disposiciones Primera a Séptima del CDFA se corresponden con el Derecho Transitorio contenido en las leyes que forma este libro: la Ley 13/2010, de 27 de diciembre de Derecho de la Persona y la Ley 2/2010, de 26 de mayo de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia.

Las cinco primeras disposiciones proceden de la primera de las leyes mencionadas y, siguiendo el principio de aplicación inmediata de la ley, se afirma por la DT Primera que la entrada en vigor de los Títulos I a IV, con excepción de la Secc. 3ª del Capítulo II del Título II, es el 23 de abril de 2007, fecha de entrada en vigor de la Ley 13/201. Los preceptos contenidos en dicha sección se consideran vigentes desde el 8 de septiembre de 2010, fecha de entrada en vigor de la Ley 2/2010 (DT Sexta).

En la práctica, a lo que creo, la aplicación inmediata tiene importantes consecuencias en varias materias, por ejemplo en lo que atañe a la administración y disposición de los bienes de los menores, ya que al considerar ésta función como aneja a la autoridad familiar (art. 9 CDFa) sólo corresponde a lo padres titulares de la misma o al tutor y no a otros sujetos titulares de la autoridad familiar; por ello a la entrada en vigor de estas normas, los abuelos, padrastros o hermanos que ejercieran la autoridad familiar, no tendrán ya la gestión de los bienes de los menores (DT Quinta); igualmente lo que hubieran sido declarados pródigos podrán solicitar la reintegración de su capacidad por esta causa (DT Tercera).

6.3.3 El libro Segundo del CDFa. Derecho transitorio

Las Disposiciones Transitorias del Libro II (octava a duodécima) parten también del principio de aplicación inmediata de los regulado en los Títulos I a V (familia matrimonial) desde el 23 de abril de 2003, fecha de entrada en vigor de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad.

Ahora bien, igualmente señala en su DT Novena, que:

“Los hechos, actos o negocios relativos al otorgamiento o modificación de capítulos, adquisición de bienes, contratación de obligaciones, gestión o disposición de bienes y disolución, liquidación o división del consorcio conyugal, así como los relativos al Derecho expectante y al usufructo de viudedad, sólo se rigen por este Código cuando tengan lugar o hayan sido realizados a partir del 23 de abril de 2003”.

A. En la práctica, esta regulación es importante en relación al consorcio conyugal

Así, por ejemplo, en lo que atañe al activo del consorcio, se ha de tener en cuenta que para los matrimonios celebrados antes del 23 de abril de 2003, el activo se gobernará por las reglas de la Compilación (vgr. los bienes muebles que aportaran cada uno de los esposos al matrimonio serán comunes salvo pacto o que fueran muebles del art. 39 Comp.); si bien, a partir de la entrada en vigor de la ley, será ésta la que resulte aplicable y califique como privativo o común el bien en cuestión (vgr. la indemnización concedida a uno de los cónyuge por despido o cese de la actividad profesional, percibida a partir del 23 abril de 2003 será bien común, aun cuando el matrimonio se hubiera celebrado antes. Obsérvese que algún sector de la doctrina, el TS y diversas SS de AP aragonesas, calificaron, vigente la Compilación, la indemnización por cese en la actividad profesional de privativa).

En materia de gestión se modifican las posibilidades de actuación de los casados sobre los bienes del consorcio con una importante novedad: desde el 23 de abril de 2003 la regla general de actuación de los cónyuges será la actuación disjunta o separada (arts 230 a 232 CDFFA), legitimando a cada uno de los cónyuges para realizar actos de disposición necesarios (enajenar o gravar bienes inmuebles) para satisfacer las atenciones legítimas de la familia (art. 230. d CDFFA); para todos los casos no comprendidos en las reglas de actuación disjunta, indistinta o separada, será preciso el consentimiento de ambos cónyuges, pero las consecuencias de la preterición del consentimiento de uno de los cónyuges, cuando fuera necesario para llevar acabo el acto de disposición, no invalidará el negocio jurídico, como así acontece en el Cc (art. 1322), sino que lo hará tan sólo inoponible con importantes consecuencias para el tercero contratante y para el cónyuge que no prestó el consentimiento³².

B. En materia de viudedad, también se producen novedades y consecuencias relevantes en la práctica

Las normas que regulan la viudedad en el Código del Derecho Foral de Aragón, y que se contienen en el Título V del Libro Segundo son aplicables

³² Sobre los efectos de la inoponibilidad y la gestión de los bienes del consorcio: BAYOD LÓPEZ, María del Carmen: “Disposición *inter vivos* de los bienes del consorcio conyugal” en *Actas de los Decimosexto Encuentros de Foro de Derecho aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2007, págs. 7 a 38

y están vigentes desde el 23 de abril de años 2003, tal y como establece el Disposición Transitoria Octava del CDFA.

La pregunta obvia es cómo afecta la entrada en vigor del Código a los usufructos viduales ya causados y a los matrimonios sujetos a ley aragonesa, celebrados con anterioridad al 23 de abril de 2003.

En aplicación de la Disposición Transitoria Octava: Las normas de los Títulos Primero, II, III, IV y V del Libro Segundo son aplicables de inmediato, desde el 23 de abril de 2003, fecha de la entrada en vigor de la Ley 2/2003, de 12 de febrero de régimen económico matrimonial y viudedad, cualquiera que fuere la fecha de celebración del matrimonio o de inicio del usufructo vidual, con las excepciones señaladas en la tres disposiciones siguientes.

Consecuencia del efecto inmediato que establece el Código en la Disposición transcrita, tanto los usufructos viduales ya causados como el derecho expectante recíproco ya existente entre cónyuges, se gobernarán por las previsiones de este Código desde el 23 de abril de 2003, siempre que los hechos, actos o negocios relativos al derecho expectante y al usufructo de viudedad tengan lugar o hayan sido realizados a partir de dicha fecha; así lo establece la DT9ª CDFA.

Ello significa que, con excepción de determinados actos, contratos o negocios realizados o ejecutados en relación a la legislación anterior, el resto de ellos, así como el desarrollo y regulación del derecho expectante y del usufructo vidual, se regirán desde la fecha indicada por el Código del Derecho Foral de Aragón.

Así, por ejemplo, los usufructos causados con anterioridad, al 23 de abril de 2003 se regirán por el Código del Derecho Foral de Aragón, de manera que les resultan aplicables las previsiones de los arts. 283 y ss: vgr. la regulación del usufructo de dinero o fondos de inversión son aplicables al viudo que ya lo era antes del 23 de abril de 2003; al igual que las causas de extinción del usufructo o las previsiones del art. 290 CDFA. (STSJA 27 septiembre 2002).

Lo mismo cabe decir respecto del expectante, también será de aplicación la previsión del art. 280 CDFA, que permite la renuncia al expectante fuera de documento público, si en el acto de enajenación concurre el consentimiento de

ambos cónyuges o la posibilidad de extinción de la viudedad si el supérstite incurrió en causa de indignidad (art. 276-3 CDFA), e incluso la renuncia o exclusión del derecho expectante conservándose la viudedad (arts. 272-2 y 274-2. CDFA) etc.

Por último la Disposición Transitoria Undécima establece que:

“En el supuesto de existencia de hijos no comunes del cónyuge del premuerto, a la extensión del usufructo de viudedad ya causado el 23 de abril de 2003 se seguirán aplicando las limitaciones del art. 73 de la Compilación del Derecho Civil”.

En razón de lo anterior, la limitación sólo se aplica a los usufructos ya causados (viudo con sobrevivencia de hijos no comunes antes del 23 de abril de 2003), pues es evidente que entonces estaba vigente el art. 73 Comp.

Para los matrimonios celebrados antes del 23 de abril de 2003 en los que exista descendencia no común, no resulta aplicable la limitación que, de forma imperativa establecía el art. 73 Comp., norma derogada desde la entrada en vigor de la Lrem: el 23 de abril de 2003.

6.3.4. El Libro Tercero. Derecho de sucesiones

Las disposiciones transitorias del Libro Tercero (decimotercera a vigésimo segunda) van dirigidas a facilitar el tránsito de la Compilación derogada a la nueva regulación, partiendo de la regla general que somete a las sucesiones por causa de muerte a la ley vigente en el momento de la apertura de la sucesión. Las demás son excepciones o modalidades de éstas para casos particulares, que tienden a mantener la validez y eficacia de los actos de disposición bien realizados conforme al Derecho anterior o también si se han otorgado o realizado con arreglo a las disposiciones del Código cuyas normas están en vigor desde el 23 de abril de 1999.

Consecuencias del efecto inmediato del Código pueden observarse en diversas materias, expondré algunos ejemplos.

A. Aceptación, repudiación y partición de la herencia. Las previsiones del Código sobre aceptación, repudiación y partición de la herencia serán aplicables a sucesiones abiertas antes del 23 de abril de 1999, siempre que con anterioridad a esta fecha no se hubiera llevado acabo dichas actuaciones (DT Decimoséptima).

Así por ejemplo una sucesión causada en diciembre de 1998, esta sujeta a las precisiones del CDFa en lo que afecta a la aceptación, repudiación y partición. En consecuencia, será aplicable un interesante precepto desconocido por el Derecho del Código civil: el art. 344 CDFa, que previene:

“El llamado a una herencia por disposición voluntaria que sin ella estuviera también llamado por disposición de la Ley, se entiende que si repudia por el primer título la ha repudiado por lo dos, salvo que en el mismo acto manifieste su voluntad de aceptar como heredero legal. En este último caso quedará sujeto a las mismas modalidades, limitaciones y obligaciones impuestas por el disponente”.

La norma pretende dar soluciones a situaciones del siguiente tipo: Imaginemos que un causante otorga testamento nombrando herederos a tres de su cuatro hijos y nombrando tan solo a efectos de preterición, a su cuarto hijo con el que está reñido, pero no tiene causa de desheredación. Pasado un tiempo, se reconcilian y decide cambiar el testamento, pero le sobrecoge la muerte de forma inesperada, sabiendo toda la familia su voluntad.

Pues bien, si se quiere dar solución legal a esa voluntad del causante no manifestada formalmente: bastará con que los tres hermanos renuncien al llamamiento voluntario conservando su derecho en la sucesión legal, abierta ésta, serán llamados a heredar los cuatro hermanos a partes iguales tal y como quería el causante, debiendo dar cumplimiento, además a todas las previsiones que hubiera efectuado en el testamento.

Esta posibilidad es inviable en el Derecho del Código civil (art. 1009 Cc.)

B. Consorcio foral. El efecto inmediato se deja ver también en materias como el consorcio foral aragonés cuyas reglas son aplicables a los consorcios forales ya existentes con anterioridad al 23 de abril de 1999 (DT Decimooctava), y

en particular la importante consecuencia que permite la facultad de cada consorte de separarse del mismo, dejando de forma parte él del consorcio, así como la posibilidad de embargo de cuota de un consorte en el consorcio o en los bienes que lo integran, sin que pase a formar parte del consorcio el tercero que se lo adjudique en el procedimiento de apremio (art. 374 y 375 CDFA)

C. Pactos sucesorio. En materia de sucesión paccionada los preceptos relativos a la disposición de bienes inmuebles y responsabilidad, así como en orden a los efectos de la revocación en la institución de presente serán aplicables a los pactos sucesorios otorgados con anterioridad al 23 de abril de 1999, consiguiendo con ello solventar importantes dudas en esta materia que no resolvía la Compilación (DT Decimonovena)

D. Sustitución legal. En materia de sustitución legal y por efecto de la ley, la repudiación a la herencia no será causa de que opere este mecanismo sustitutorio a partir del 23 de abril de 1999, y sí lo será para las repudiaciones operadas antes de dicha fecha.

Pero es más, tal y como establece el párrafo 2 de la DT Decimosexta, si el pacto o testamento otorgado antes del 23 de abril de 1999, había previsto expresamente la aplicación del art. 141 Comp., dicho régimen deberá ser el aplicable, respetándose con ello la voluntad del causante.

E. Fiducia. La DT vigésimo primera regula el Derecho transitorio en lo que atañe a la fiducia, y aquí si que se produce un curioso cambio de criterio, no de esta disposición, sino de su interpretación por lo Tribunales, que ha sido corregida por el ejecutivo aragonés en uso de las facultades de aclaración que le concedía la delegación delegada contenida en la Disposición Final Primera de la Ley 8/2010, de 27 de diciembre sobre Derecho civil patrimonial³³.

³³ Un análisis completo del ejercicio por el ejecutivo aragonés en orden a aclarar y armonizar las leyes refundidas en el CDFA, puede verse en BAYOD LÓPEZ, María del Carmen (2013): “De la disposición final primera de la ley 8/2010, de 2 de diciembre de derecho civil patrimonial al decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el código del Derecho Foral de Aragón” en *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Joaquín Rams Albesa*, Civitas, Madrid y BAYOD LÓPEZ, María del Carmen (2013): “De los contratos sobre ganadería Disposiciones transitorias, Disposición derogatoria y Disposiciones finales (de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre de Derecho civil patrimonial al Título IV del Libro

La DT novena de la Lsuc., referida a la fiducia, pretendía que buena parte de la regulación de la misma fuera aplicable también a las sucesiones abiertas antes de la su entrada en vigor de la Lsuc. (23 de abril de 1999) en aquéllos casos en los que la fiducia aún estuviera pendiente de ejecución; si bien el cómputo de los plazos para su ejecución se regiría por el Derecho anterior, ya que no decía, dicha disposición, que fuera aplicable el capítulo I de la misma, excepción hecha del art. 132 Lsuc., que era aplicable desde el 23 de abril de 1999.

Los Tribunales, en lo que atañe a esta cuestión, no lo entendieron así y aplicaron al cómputo de los plazos lo dispuesto en la Disposición Transitoria Tercera, por considerarla una regla general (vgr. SAPH de 25 de marzo de 2006, marginal 24, RDCA, 2008).

La doctrina, por su parte, entendía que la DT Segunda no debía aplicarse a la fiducia, puesto que el Derecho Transitorio respecto de la misma se hallaba en la DT Novena en la que no se decía que fueran aplicables a las sucesiones ya abiertas antes de la entrada en vigor de la Ley.

Es evidente, que ante esta duplicidad de interpretaciones debía haber una aclaración; pero en la realidad (y hasta la entrada en vigor del Código) hubo fallos jurisprudenciales que declararon extinguidas fiducias en virtud de la interpretación que, de las Disposiciones Transitorias, Segunda y Novena de la Ley, hicieran la mayor parte de los Tribunales aragoneses.

Para aclarar esto, la Disposición Transitoria Vigésimo primera, excluye la aplicación de los arts. 444 a 446, de manera que impide, expresamente, la aplicación de la Disposición Transitoria decimoquinta (la DT Tercera Lsuc).

La redacción de la Disposición Transitoria Vigésimo primera queda como sigue:

“El art. 447 y los capítulos II, III y IV de Título IV de este Libro son también aplicables a las fiducias sucesorias pendientes de ejecución el 23 de abril de 1999, para las que, sin embargo, no regirán los arts. 444 a 446”.

IV del Código del Derecho Foral de Aragón” en *Derecho civil patrimonial aragonés. Ponencias del Seminario celebrado en la Institución “Fernando el Católico de Zaragoza, los días 26 y 27 de mayo de 2011*, ed. IFC, Zaragoza.

Ahora bien, la aplicación inmediata de la ley en el resto de las materias, tiene consecuencias importantes en orden a la disposición de bienes mientras la herencia esté pendiente de asignación art. 453 y 454 CDFA, que permiten al fiduciario disponer de los bienes objeto de la herencia por si mismo, siempre que contara con la autorización del comitente o fuera necesaria la enajenación para atender al pago de obligaciones y cargas prevista en la ley (art. 451 CDFA) o, incluso, cuando lo considere conveniente para sustituirlo por otros; habiendo legitimarios para llevar a cabo actos de disposición, requerirá la autorización de uno de ellos mayor de edad y no incapacitado y siendo todos los legitimarios menores o incapaces, la autorización deberá ser prestada por la Junta de Parientes o el Juez cometerete.

Con ello se solucionan casos en los que para hacer frente a deudas de la herencia el fiduciario se veía obligado a llevar a cabo actos de ejecución parcial de la fiducia, contando con la buena voluntad del beneficiado que debería enajenar el bien y emplear el dinero en la familia con los consabidos problemas fiscales que ello acarrea.

También la aplicación del art. 463-2 CDFA que da solución a los casos de fiducia colectiva en los que tan sólo queda un fiduciario, permitiendo la ley que éste ejecute la fiducia.

Un ejemplo de esta situación era la siguiente. Un varón viudo con tres hijos se casa en segundas nupcias con Pilar, con la que tiene una hija, Serafina. El marido otorga testamento establece una fiducia colectiva a favor de su cónyuge y su dos únicos parientes encargándoles que nombren herederos entre sus hijos con las mismas facultades que él podría hacerlo. Fallece el marido, y al poco tiempo, sin haberse ejecutado la fiducia, fallecen dos de los fiduciarios quedando tan sólo la viuda fiduciaria. La viuda ejecuta la fiducia y nombra heredera universal a su hija Serafina, atribuyendo un legados a la resto de los hijos del marido.

Vigente la Compilación se interpreto que estábamos ante una causa de extinción de la fiducia [A. del Presidente del TSJ de Aragón de 19 de noviembre de 1997 (RDCA-III-1997, núm. 2º, marginal 1)

6.3.5. Libro Cuarto y Derecho transitorio

La DT vigésimo tercera del CDFA prevé también la aplicación inmediata de todas las normas contenidas en el Libro IV del CDFA desde el 1 de enero de 2011, fecha de entrada en vigor de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre de Derecho civil patrimonial, a todas las situaciones contempladas en él.

Lo que justifica el punto VIII del Preámbulo del Código:

“La mayor parte de las disposiciones del Libro IV son de aplicación inmediata a todas las situaciones, aún anteriores al 1 de enero de 2011, como corresponde de ordinario al estatuto de la propiedad, y es más oportuno en este caso habida cuenta de los pocos cambios sustantivos habidos en su regulación. La excepción es la regulación del Derecho de abolitorio, que, en atención a las modificaciones, sólo será aplicable cuando la enajenación sea posterior a la entrada en vigor de la Ley”.

Se recogen así las reflexiones que se hicieran en el seno de la CADC sobre la aplicación inmediata del contenido de esta ley ya que en el ámbito de Derechos reales el nuevo estatuto debe aplicarse desde la entrada en vigor de esta Ley a todas las situaciones, y ello por encontrarnos ante derecho absolutos y no relativos como son las obligaciones.

Sin embargo, en el Derecho de abolitorio se incluyen algunos cambios importantes en lo que atañe a legitimación, bienes objeto de abolitorio, plazos y requisitos, que sólo deben aplicarse a las enajenaciones que se produzcan a partir de la entrada en vigor de esta Ley³⁴ (Acta 252, de 18 de noviembre de 2009, pág. 2).

³⁴ *Actas de la Comisión aragonesa de Derecho civil*, en concreto, Acta 252, de 18 de noviembre de 2009, pág. 2).

III. El Derecho Civil Aragonés del Siglo XXI: Reflexiones finales

7. El valor del Código

Con la Ley de Derecho civil patrimonial del año 2010, última de las leyes objeto de refundición, se cerraba un ciclo histórico de más de diez años abierto por la Ley de sucesiones de 1999 en el que el Derecho civil aragonés ha revitalizado sus viejas raíces, se ha adaptado a las nuevas necesidades y deseos de los aragoneses y las aragonesas del siglo XXI y ha adquirido mayor presencia en nuestra sociedad³⁵.

Con estos objetivos ha visto la luz el CDFA, que no es un Código completo, sigue, como siempre, conviviendo con el Código civil español en aquéllas materias que armonizan con los principios aragoneses y que por ello no ha parecido, por el momento, necesario regular.

Estamos ante un excelente Código cuyo contenido, como hemos visto, atañe la esencia del Derecho civil: la persona, la familia y la sucesión, además de atender, si bien en menor medida, a cuestiones patrimoniales; creo, que por ello está llamado no sólo a regular las relaciones civiles de los aragoneses del siglo XXI sino a perdurar, sin reformas, ni añadidos, al menos durante varios decenios. Es el digno sucesor de la Compilación.

El CDFA, en cuanto que es un texto refundido, no está llamado a crear Derecho, no podría aunque quisiera, ya que el ejecutivo no tiene potestad para legislar, pero qué duda cabe de que tenemos ahora un Cuerpo Legal que antes no existía y que hemos dejado de tener todas aquellas leyes que él deroga.

Formalmente las cosas no son igual, desde su entrada en vigor él es la única norma de referencia, ya no caben citas a las leyes derogadas; pero es más, a través de las aclaraciones que ha llevado a cabo ha innovado el ordenamiento aragonés, y con ello también propicia una mayor seguridad jurídica.

³⁵ Son las palabras que se contienen en el punto I del Preámbulo del DL1/2011, por el que se aprueba el CDFA.

Además, la existencia del Código contribuye a fortalecer el Derecho civil aragonés puesto que disuade al operador jurídico de aplicar el Código civil español: primero, la solución se busca en el sistema, en el Código del Derecho Foral de Aragón, sólo si no se encuentra, acudiremos a otro ordenamiento: el del Código civil.

Este es el orden natural de las cosas, y siempre ha sido así, pero la existencia del Código lo facilita.

El año 2011 está llamado a brillar, esta fecha forma ya parte de la historia y se añade, como señala Delgado Echeverría³⁶, a una serie de fechas que sitúan en el tiempo los Cuerpos legales del Derecho aragonés: 1247, “Fueros de Aragón”; 1552, Recopilación sistemática de los Fueros de Aragón; 1925, Apéndice y 1967 Compilación, cinco fechas en nueve siglos.

El CDFA abre una nueva etapa, un nuevo ciclo, en el que la iniciativa legislativa debe nacer de las Cortes de Aragón: son los representantes del pueblo aragonés los que deben ir escudriñando aquéllas necesidades de los aragoneses futuros. No nos faltará para ello competencias legislativas.

Esta tarea se puede acometer a través de leyes civiles independientes que, salvo que afectaran a materia regulada en el CDFA, no deberían servir para modificarlo, refundiéndolas en él.

Tal vez el camino ya se haya iniciado, tras la entrada en vigor del CDFA las Cortes de Aragón han aprobado dos nuevas leyes que afectan también a materias civiles: la Ley 9/2011, de 24 de marzo, *de mediación familiar de Aragón* y la Ley 10/2011, de 24 de marzo, *de derecho y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte*; ambas publicadas en el BOA, núm. 70, de 7 de abril de 2011.

De cualquier manera el camino debemos, como hasta ahora, recorrerlo juntos todos los aragoneses: Las Cortes y el Gobierno con iniciativa y

³⁶ DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (2012): “Antecedentes históricos y formación del Derecho civil aragonés” en *Manual de Derecho civil aragonés. Conforme al Código del Derecho Foral de Aragón*, 4ª ed. Editado por El Justicia de Aragón, Zaragoza, pág. 74.

voluntad política; la academia ejerciendo la investigación y el resto de los operadores jurídicos: abogados, notarios, registradores, jueces y fiscales, sin quienes nada sería posible, aplicando, cuando así corresponda, el Derecho civil de Aragón.



REFLEXIONES Y ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS DERECHOS FORALES ARAGONÉS Y CATALÁN

José Manuel Martínez Sánchez

SUMARIO: Presentación. 1- Breve referencia histórica de ambos derechos. 2- Ámbito de aplicación, tanto personal como territorial. 3- Estudio comparativo de instituciones concretas: A. Capacidad de las personas. B. Régimen económico matrimonial. C. Régimen sucesorio.

Para comenzar la exposición, creo que se hace necesario determinar qué es lo que se entiende por Derecho Foral, y en concreto por Derecho Foral aragonés, pues bien por Derecho Foral aragonés hemos de entender, aquel derecho civil histórico, que al día de hoy ha quedado plasmado en el denominado Código del Derecho Foral de Aragón (CCA), el cual lógicamente forma parte de nuestro ordenamiento jurídico aragonés, pero que por supuesto no agota nuestro derecho, pues éste además de dicho Código está integrado por otras disposiciones ya sean de rango de ley o de rango inferior, que fundamentalmente se refieren al derecho público. Por lo tanto, el derecho aragonés, es mucho más que el denominado Derecho Foral. Y lo mismo podríamos decir respecto del derecho catalán, si bien respecto a éste, quizás fuese más correcto utilizar la expresión, derecho civil o si se quiere derecho civil especial, más que Derecho Foral.

Centrándonos ya en el análisis de la ponencia, debemos referirnos fundamentalmente a tres cuestiones:

1. Breve referencia histórica de ambos derechos, que nos ayude a entender sus diferencias, las cuales perduran actualmente.

2. Ámbito de aplicación, tanto personal como territorial de ambos derechos, pues no podemos olvidar que nos encontramos ante territorios

límites, por lo que en muchos casos se hace necesario determinar que derecho es aplicable, y para ello trataremos de la vecindad civil y la forma en que ha de resolverse el posible conflicto entre ambos ordenamientos.

3. Y por último, dado el carácter genérico de la ponencia (una sola institución como la sucesión intestada nos llevaría toda la jornada) nos detendremos, aún cuando sea someramente en aquellas **instituciones jurídicas que a mi juicio tienen un mayor calado práctico**, poniéndolas en comparación y estudiando sus diferencias, y que a su vez distinguiremos entre **personas** (mayoría de edad), **familia** (régimen económico matrimonial) y **sucesiones** (testamentos, legítima y sucesión intestada).

1. Breve referencia histórica

Fundamentalmente, con la palabra, fueros, se viene a reconocer aquel documento que recogía las costumbres y privilegios otorgados por los reyes a una localidad, y cuyos antecedentes los podemos encontrar en las denominadas Cartas Pueblas.

La península ibérica con el **Liber Iudiciorum**, tuvo una cierta unidad jurídica; texto visigodo, que tuvo su influencia, tanto en el territorio aragonés como en el catalán, unidad que se rompería con la invasión musulmana.

Sería con la reconquista y el nacimiento de distintos reinos cristianos, cuando a fin de consolidar el territorio conquistado, los reyes y la nobleza laica y eclesiástica, comenzaron a conceder una serie de privilegios, conocidos como cartas pueblas, origen del denominado fuero local. Las **Cartas Pueblas** recogían principalmente derecho consuetudinario y, unido al derecho visigodo o romano según las localidades, darían lugar a los fueros generales, por lo que aquí nos interesa Los Fueros de Aragón, y si bien es cierto que en Cataluña no se utilizó la expresión fueros, ello en modo alguno significa que en dicho territorio, no hubiera documentos jurídicos de naturaleza similar, basta mencionar los **Usatges** de Barcelona. Y en ambos casos, lo que si puede destacarse es que este Derecho Foral o si se quiere especial, siempre ha supuesto un contrapunto, frente al centralismo.

Así pues, el origen de ambos derechos no es tan distinto como aparentemente pueda parecer, cierto es que como apuntan los foristas e historiadores, en Aragón se produjo un rechazo del derecho romano, frente a su penetración sin mayores problemas en el territorio catalán, pero ese rechazo probablemente no sería tan absoluto, y su introducción se produciría aunque sólo fuera a través de la aplicación del derecho canónico, además no debemos olvidar que ambos territorios antes de la unión con Castilla, formaron parte de una única Corona, y si bien es cierto que conservaron sus propias instituciones, alguna influencia recíproca tendría que existir. Probablemente, las diferencias entre las diversas figuras jurídicas de uno y otro derecho (que como hemos dicho perduran hasta nuestros días) obedezcan más que a una forma de pensar diferente, a razones geográficas, mientras que el derecho aragonés ha estado más entroncado con la tierra (de ahí la importancia de los pactos sucesorios, de la troncalidad, de la legítima) el derecho catalán ha estado más preocupado por una proyección exterior, con una visión más mercantilista (lógico dada su situación geográfica e influencia fenicia) de ahí que su régimen económico sea no el de gananciales sino el de separación de bienes o que la legítima sea de menor cuantía y que pueda pagarse con bienes ajenos a la herencia.

Para terminar con esta pequeña referencia histórica, señalar que con los **Decretos de Nueva Planta**, se suprimieron las instituciones de ambos territorios, que no sus derechos, claro que suprimidas las fuentes de creación jurídica, sólo el gran esfuerzo de ambos pueblos ha conseguido mantener este derecho hasta nuestros días.

Cierto es que con el Código Civil (por otro lado muy bien acogido por los juristas foralistas aragoneses) se respetó la conservación de los derechos forales o especiales, pero ello tendría que hacerse a través de los denominados Apéndices, de ahí nuestro **Apéndice 1925**, que curiosamente derogaba los Fueros de Aragón, posteriormente derogado por la **Compilación de Derecho Foral de Aragón de 1967**, y que por lo que se refiere a Cataluña tendríamos la Compilación de derecho civil especial de 1960, vigentes sin modificaciones hasta la Constitución de 1978. Dicho Cuerpo Legal en su art 149-1-8ª permitió a aquellas Comunidades con Derecho Foral o especial asumir las competencias en cuanto a su modificación, conservación y desarrollo, lo que efectivamente asumieron, ambas comunidades a través de sus respectivos Estatutos de

Autonomía, consecuencia de lo cual, se promulgaron en ambos territorios una serie de Leyes civiles especiales, que han desembocado, en los denominados **Código del Derecho Foral de Aragón**, o simplemente **Código civil de Cataluña**.

Llegados a este punto y a la hora de establecer una comparativa entre uno y otro derecho, lo primero que podría destacarse, es que mientras el legislador aragonés, por el momento se ha limitado a regular, si se quiere con mayor precisión y adaptando a la realidad actual en que debe aplicarse, aquellas instituciones que ya tenían asiento en la Compilación, sin pretender abarcar ni agotar toda la competencia legislativa asumida por el Estatuto, es decir sin querer ni mucho menos, promulgar un Código Civil completo aragonés, por el contrario la voluntad del legislador catalán es bien distinta, pues lo que se pretende y prácticamente se ha conseguido es crear un Código civil completo, en el que se produzca una autointegración y no tener que acudir a mecanismos externos del propio derecho catalán, no es que no reconozcan que el derecho civil, a diferencia de lo que sucedía en la época de la codificación, esté sujeto hoy día a un proceso de cambio más dinámico, sino que el mismo se producirá si es necesario a través de nuevas Leyes surgidas del Parlamento Catalán, sin tener que acudir a la aplicación supletoria del Código Civil español, lo que en la práctica se traduce en que la aplicación del derecho estatal (si no prohibida, sólo faltaría) será prácticamente nula. Es tal la voluntad de separarse de todo lo que signifique derecho civil común, que en el preámbulo de la Ley 29/2002 de 30 de diciembre relativa a la primera Ley del Código civil de Cataluña, que estructura el nuevo Código que se elaborará por Libros (en la actualidad existen promulgados cinco libros, pues aparte del anteriormente referido, tienen el relativo a los derechos reales, personas jurídicas, sucesiones y persona y familia) el sistema en que se han basado, dice su preámbulo, no es otro que el Código civil neerlandés, derecho civil de gran tradición jurídica en Cataluña, como todos sabemos.

Por lo tanto, mientras que el Código aragonés, en principio se ha de limitar a las instituciones forales, así se desprende del decreto legislativo de 22 de marzo de 2011 por el que se aprueba el Código del Derecho Foral de Aragón, el Código civil Catalán tiene como decíamos, el objetivo de regular todas las instituciones del derecho civil, evitando, a toda costa la aplicación supletoria del Código civil español.

Pero aun siendo ello cierto, la verdad es que, ni el Código foral aragonés, se ha limitado a regular las instituciones que ya tenían asiento en la Compilación (poco Derecho Foral podemos encontrar en la regulación de las parejas estables no casadas), ni por mucho que el político y legislador catalán lo pretendan evitar, el Código civil español, estará presente por muchos años en la mentalidad del jurista catalán, pues no debe olvidarse que la mayoría de ellos han estado formados por dicho cuerpo legal, y sin que igualmente deba olvidarse que las oposiciones a los distintos cuerpos del Estado, requerirán su estudio y conocimiento.

Cuestión diferente, sería el determinar, si en Aragón nos hemos de conformar con un Código que únicamente regule lo tradicional o foral, o debemos ir más allá e intentar la elaboración de un Código que regule todo el derecho civil, a semejanza de Cataluña. A mi juicio (soy consciente que lo que voy a exponer es prácticamente una quimera) salvo que nos pusiéramos todos de acuerdo para la elaboración de un Código civil unitario para el Estado español, en donde de verdad se recogiera todo lo bueno de los derechos civiles especiales o forales que sin duda lo hay, pero de verdad - no a través de apéndices ni compilaciones -, y en el que los partidarios a ultranza del derecho común cedieran también en algunas de sus posiciones, de lo contrario, mi posición personal es partidaria de una regulación completa de todo el derecho civil en nuestra Comunidad, y ello no sólo por el hecho de no ser menos frente a otras comunidades, de inferior o si se quiere igual tradición jurídica (que también), sino sobre todo porque resulta difícil regular pormenorizadamente, todo lo referente a la persona, familia, sucesiones sin que ello repercuta en una forma especial de regular el resto del derecho civil, (adaptándolo a nuestros tiempos y nuestra idiosincrasia), además que acudir para resolver determinadas cuestiones al Código aragonés, y para otras al Código civil, a mi juicio, es perjudicial para la claridad, la sistemática y la coherencia interna de nuestro derecho civil, y desde aquí animo a nuestro legislador a perseverar en este camino.

2. Aplicación personal y territorial. Vecindad civil

Dado que nos encontramos ante dos comunidades limítrofes, nos podemos topar con casos dudosos a la hora de determinar qué derecho, aragonés o catalán, debe aplicarse (no hay que olvidar la gran emigración que desde Aragón a lo largo de los años ha confluído en Cataluña), por ello creo que se hace necesario detenerse,

aun cuando sea brevemente, a examinar cual es el criterio para la sujeción a uno u otro derecho, así como las reglas que han de utilizarse para resolver el posible conflicto que pueda plantearse. A todo ello viene a dar respuesta el título preliminar del Código civil, pues esta materia es de las de competencia exclusiva del Estado (como así lo viene a reconocer el art. 149 de la Constitución).

Dispone el art.14 del Cc. que la sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determina por la **VECINDAD**, es pues esta vecindad el punto central para saber qué derecho debe aplicarse. Así el Estatuto de Autonomía de Aragón en su art.9, por un lado establece con carácter general, que las normas y disposiciones de la CCAA de Aragón tendrán una eficacia territorial, para a continuación señalar en su párrafo segundo, que el Derecho Foral DE ARAGON, tendrá eficacia personal y será de aplicación a todos los que ostenten la vecindad civil aragonesa independientemente del lugar de su residencia. Y por su parte el Estatuto Catalán en su art. 14 destaca la eficacia territorial de las normas respecto al derecho civil de Cataluña. Puede observarse que mientras nuestro estatuto, respecto al Derecho Foral resalta la eficacia personal, en Cataluña parecen decantarse por la territorialidad, lo cual tiene su lógica, pues mientras Aragón ha sido tierra de emigrantes, Cataluña haya sido la comunidad que más emigración ha recibido.

Sin duda, no es el momento ni el lugar de realizar un estudio pormenorizado de la vecindad civil, pero no me resisto a señalar lo injusto que, a mi modo de entender, resulta su regulación actual, sobre todo para las gentes de las Comunidades como la de Aragón que se han visto obligadas a desplazarse, fundamentalmente a Cataluña. Y digo ello por cuanto la vecindad civil adquirida por nacimiento (la regla general es que los hijos adquieren la vecindad de sus padres) actualmente se ve modificada (es decir perdida) por el simple transcurso del tiempo, eso sí salvo manifestación en contrario ante el registro civil (ya me dirán ustedes cuantos emigrantes tienen conocimiento de la posibilidad de esta manifestación).

Yo entiendo que lo realmente justo sería conservar la vecindad civil, salvo manifestación de querer adquirir otra, y no comprendo por qué, en este caso a los aragoneses, se nos tiene que imponer la necesidad de una manifestación expresa ante el Registro Civil para no dejar de ser aragoneses (a modo de ejemplo y

salvando las distancias, es como si a un español residente en Francia, perdiera su nacionalidad por residir un determinado tiempo, si no manifiesta que no quiere dejar de ser español).

Con la actual regulación puede darse la paradójica situación de que una persona, con todos sus bisabuelos, abuelos, padres e hijos aragoneses (como es mi caso) deja de ser aragonés porque circunstancialmente ha vivido unos años en Cataluña y no ha tenido la precaución de declarar que no quería dejar de ser aragonés, es decir, por no manifestar que no quería deja de ser lo que realmente es. En poblaciones relativamente pequeñas, tal manifestación te hace significarte, con todas las consecuencias negativas que ello puede producir. A este hecho hemos de añadir que como actualmente no es obligatoria la inscripción de la vecindad civil en el registro civil (parece que esto va a cambiar con la nueva ley que entra en vigor en el 2014) y ya hemos visto que cambia por el sólo transcurso del tiempo, en muchos casos la prueba de esta vecindad se convierte en una auténtica “probatio diabólica”, que nos obliga a los profesionales a movernos en un terreno muy resbaladizo, basándonos en simples manifestaciones, pero que las mismas tienen una gran transcendencia jurídica tanto para el propio interesado, como para los terceros que contraten con él.

Por todo lo expuesto creo que se impone una reforma, que por un lado obligue a la inscripción de la vecindad (lo que permitirá a los profesionales actuar con mayor seguridad, y a los terceros quedar protegidos por una presunción registral) y por otro que no se permita la pérdida de la misma por el simple transcurso del tiempo sino que para ello se requiera una manifestación en tal sentido, manifestación que a diferencia de la anterior, si que no tendrá mayores problemas, sino que muy al contrario será recibida con gran agrado por la comunidad donde resida.

3. Estudio comparativo de instituciones concretas

Creo, que la primera comparación que debemos realizar, antes de entrar a las instituciones concretas, es la relativa a las **fuentes de cada uno de los dos derechos** y comprobar si hay diferencias y similitudes. En principio tanto en el Código foral art.1 como en el Código civil catalán art 111-1, se vienen a señalar unas fuentes idénticas que son la ley, la costumbre y los principios generales

del derecho, pero la diferencia fundamental estriba en que mientras en derecho catalán, la costumbre, sólo rige en defecto de ley aplicable, en derecho aragonés, la costumbre tendrá fuerza de obligar cuando no sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas del derecho aragonés, (no hay que olvidar como ya quedó expuesto que el derecho aragonés no se limita a lo regulado por el Código). En cuanto a los principios generales, lógicamente han de ser referidos a los del derecho propio de cada comunidad.

En relación a dichos principios sin duda debe destacarse en Aragón el **principio “*standum est chartae*”,** recogido en el art 3 del Código foral, principio de larga tradición jurídica, y conforme al cual, se estará en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes. Y cabe preguntarnos si en derecho catalán nos encontramos con un precepto similar, a lo que debe responder que si, pues el art 111-6 del libro primero recoge el principio de libertad civil, por el que las disposiciones del código y de las demás leyes civiles catalanas pueden ser objeto de exclusión voluntaria, de renuncia o de pacto en contrario. Ahora bien en ambos casos, se pone como límite, el que no se vaya en contra de normas imperativas. Cabe resaltar como estos dos principios de libertad civil, tradicionalmente inspiradores de ambos ordenamientos, van mucho más allá del art. 1255 del Cc español, pues no se limitan a la autonomía contractual, sino que tienen carácter de principios generales y por tanto afectan a todo el ordenamiento jurídico.

De acuerdo con el sistema de fuentes de ambos derechos, se podría concluir que, en lo regulado por ellos, difícilmente será de aplicación como derecho supletorio el Cc español, lo que sucede es que en la práctica, mientras que en Aragón en defecto de ley, se tiende a acudir, con facilidad a dicho código (que como ya sabemos, siempre ha estado bien acogido por los foralistas aragoneses), en Cataluña, como también quedó indicado, la voluntad es aplicar a ultranza el sistema de fuentes, de manera que el derecho supletorio estatal quede en una cuestión puramente formal.

Centrándonos, ahora si, en el estudio comparativo de instituciones concretas de uno y otro ordenamiento, comenzaremos, con la persona, refiriéndonos fundamentalmente a las cuestiones de capacidad, para continuar con el régimen económico matrimonial y acabar con el derecho sucesorio.

A. CAPACIDAD DE LAS PERSONAS

En relación a la capacidad distinguiremos cuatro estadios:

1. **MENOR DE 14 AÑOS.** En el CCA, tiene su regulación en los art. 12 y siguientes, estará sujeto a la representación legal de quien ostente la **autoridad familiar**, (figura puramente aragonesa, hay que tener en cuenta que en Aragón no tuvo entrada la patria potestad romana). Esta etapa no se halla reconocida por el derecho catalán, y como menor de edad, estará sujeto a la representación legal de sus padres o progenitores, como titulares de la potestad, que ahora en el CCC se denomina **potestad parental**, art 236-1.

2. **MENOR MAYOR DE 14 AÑOS.** En el CCA encuentra su regulación en los art. 23 y siguientes, dicho menor deja de estar sujeto a la representación legal y alcanza **plena capacidad** para celebrar por si toda clase de actos y contratos, si bien, en la mayoría de los casos para la plena validez de los mismos requerirá la asistencia de uno cualquiera de sus padres. Nos indica el preámbulo del CCA, esta asistencia se configura no como una declaración de voluntad, sino como expresión de su criterio afirmativo sobre la conformidad del acto, para lo cual será necesario que conozca el contenido y circunstancias del acto, y es por ello por lo que no es factible que la asistencia pueda prestarse de manera genérica, si bien puede prestarse para una pluralidad de actos de la misma naturaleza art 27. Este estadio tampoco aparece recogido por el derecho catalán, para el cual seguirá siendo menor de edad, y por tanto sujeto a la representación legal de quien ostente la potestad parental a la que antes hemos hecho referencia. Lo que no significa que en este último derecho no se tenga en cuenta en ningún caso al menor de edad, así por ejemplo en aquellos en que el representante legal requiera de autorización judicial, la misma puede ser sustituida, por el consentimiento del menor, a partir de los 16 años, siempre que dicho consentimiento se manifieste en escritura pública, es decir bajo la fe del notario, art 236-30 del Libro Segundo relativo a la persona y familia del CCC.

3. **EMANCIPADO.-** Esta figura aparece recogida en ambos Códigos, art. 30 y siguientes del CCA, y 211 del CCC. Respecto al derecho aragonés, el propio preámbulo de nuestro Código se ha planteado la necesidad de su regulación, pues al ser un instituto procedente del derecho romano y vinculado

a la patria potestad, en cuanto que salida de la misma, parecía inadecuado su mantenimiento, además de que podría considerarse que su finalidad quedaría cumplida con la regulación que ya conocemos del menor mayor de catorce años. Sin embargo, como señala el propio preámbulo se optó por su continuidad por cuanto en la práctica nunca dejó de utilizarse, eso sí, adaptándola al sistema aragonés y además puede añadirse, porque sus efectos son diferentes al menor mayor de catorce años, no hay que olvidar que la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, así por ejemplo de acuerdo con el art 90 del CCA, será causa de extinción de la autoridad familiar, e igualmente se pueden producir importantes consecuencias fiscales, (declaración fiscal independiente). Simplemente con estos dos ejemplos podemos apreciar las diferencias importantes con el menor mayor de catorce años. Por todo ello parece acertado su mantenimiento, cuestión distinta, sería el considerar si una persona e catorce años, está realmente preparada para regir no sólo sus bienes sino también su persona como si fuera mayor de edad, pues mientras que en Cataluña, la emancipación por consentimiento requiere la edad de dieciséis años, en Aragón únicamente se requieren catorce años, a mi juicio es realmente discutible y probablemente dado las consecuencias que comporta a todos los niveles la emancipación y dado que tampoco es una institución típicamente aragonesa, que obligara a seguir una tradición quizás hubiera sido más prudente exigir la edad de los dieciséis años, siguiendo otros ordenamientos jurídicos españoles.

Para finalizar con la emancipación señalar que en Aragón, la misma se puede obtener por concesión de quienes ejerzan la autoridad familiar, por resolución judicial o por vida independiente, mientras que en Cataluña, se obtiene, por concesión de quienes tengan la potestad parental o tutela, por resolución judicial o por matrimonio. Y en ambas regulaciones se requiere para determinados actos, o bien la asistencia o bien el complemento de capacidad.

4. **MAYOR DE EDAD.**- La regla general en ambas legislaciones es que la mayoría de edad se alcance a los dieciocho años, si bien mientras que en el CCA también se obtiene por la celebración del matrimonio, en el CCC el matrimonio, como hemos visto únicamente da lugar a la emancipación.

De lo expuesto anteriormente, y teniendo en cuenta que de acuerdo con el art 9.1 del CC español conforme el cual, la ley personal es la que regula la capacidad, tendremos que concluir que si se trata de un acto de compra de un bien inmueble por parte de un menor de edad catalán, que se otorgue en Aragón, será necesario que el notario exija, el consentimiento de sus representantes legales, sin que sea necesario ni la presencia ni el consentimiento del menor y ello aun cuando tenga más de catorce años. Por el contrario, si se trata de un menor mayor de catorce años, aragonés, y el otorgamiento se produce en Cataluña, el notario deberá exigir la presencia y consentimiento del menor, sin que sea suficiente la sola presencia y consentimiento de sus padres.

Muy ligado a los actos de disposición de menores de edad (aunque no limitados a ellos) tenemos una institución, muy familiar en nuestro territorio y de frecuente aplicación, cual es **LA JUNTA DE PARIENTES**, art. 170 y siguientes del CCA. Nosotros nos vamos a referir a ella de manera sucinta, como decía, limitándome a los actos de disposición o gravamen de los menores (por otro lado, los supuestos más habituales de su utilización) y comparándola con otra figura más o menos similar en el derecho catalán.

La Junta de Parientes, de origen consuetudinario, tiene su primera regulación sistemática en la Compilación de 1967, y que con el Código ha sufrido aparentemente importantes modificaciones, a mi juicio manifiestamente mejorables. En la compilación, se preveían dos regímenes distintos según se constituyera judicial o notarialmente, y por lo que respecta a la notarial (no debe olvidarse que la Junta de Parientes ha sido y es, una institución casi exclusivamente notarial) si bien la literalidad del precepto parecía no dejar dudas en cuanto a quienes eran los parientes llamados a formar parte de ella (los dos más próximos parientes idóneos uno por cada línea o grupo familiar, prefiriendo en igualdad de grado al de más edad), lo cierto es que a través expresión **idoneidad**, se fue admitiendo pacíficamente en la doctrina, que el Notario atendidas las circunstancias pudiera no respetar estrictamente el orden establecido y constituir la con aquellos parientes que consideraba más adecuados al caso concreto, (lo que sin duda colaboró en hacer esta figura práctica, y cercana a la gente, pues se solucionaban numerosos problemas sin tener que acudir a la vía judicial). Lo que sucede es que actualmente la nueva regulación, a mi juicio, ha venido a complicar esta institución, al menos en cuanto a la

constitución notarial se refiere. Pues por un lado, **se ha suprimido la expresión idoneidad**, y por otro se ha unificado el régimen de su constitución, ya sea judicial o notarial, **permitiéndose únicamente al juez apartarse del orden establecido legalmente**, eso sí, mediante resolución que deberá ser motivada, art 175 CCA.

Por lo tanto una interpretación rigurosamente literal de la nueva regulación, nos conduciría a no admitir en ningún caso que el notario pudiera desviarse del orden preestablecido. Pero lo cierto es que si profundizamos un poco más en los preceptos, cuando menos, hará que se nos generen numerosas dudas, pues si bien es verdad que ya no se utiliza la expresión idoneidad para referirse a los parientes, en la actualidad se habla de parientes capaces, es indudable que el notario no sólo puede sino que obligatoriamente deberá apreciar la capacidad de los llamados y en consecuencia si puede apreciar que un determinado pariente llamado por orden, no tiene capacidad para actuar (pensemos en una enfermedad mental, alzhéimer), indirectamente se nos está autorizando para que llegado este supuesto, podamos determinar quién es el siguiente en orden capaz, para constituir la junta, sin necesidad de acudir a la vía judicial. Es decir, si el primer llamado, imaginemos es el abuelo, y tiene una grave enfermedad mental apreciada por el Notario (que le impedirá admitirlo como pariente), una interpretación literal determinaría que el notario no pudiera admitir al siguiente en orden por ejemplo la abuela, puesto que sólo el juez puede alterar el orden, lo que inexorablemente nos conduciría, a que no fuera ya posible la constitución de la junta notarial, y tuviéramos que acudir a la vía judicial, resultado que parece encajar muy mal tanto con la finalidad de la norma, como con su tradición práctica. Lo que a la postre llevaría a esta institución a caer en desuso, pues si en estos casos debe constituirse judicialmente, difícilmente se realizará, pues para eso es más sencillo, más práctico, más rápido y menos costoso, solicitar una autorización judicial, que no constituir una junta.

Y lo mismo podría decirse en aquellos supuestos en que al notario le constare la existencia de un conflicto de intereses entre menor y el pariente llamado en primer lugar, lógicamente, no podrá aceptarlo, pero de nuevo surge la cuestión entre cerrar la vía notarial, (lo que a mi juicio como ya he expuesto parece de todo punto absurdo) o permitir al notario poder pasar al pariente siguiente en orden, que parece lo más razonable.

En cualquier caso, una cuestión de tanta trascendencia práctica, no parece que deba quedar a criterios puramente interpretativos, y pendientes de una posible impugnación judicial, por ello creo que se hace necesaria una reforma en los términos ya expuestos y que más adelante concretaré.

Nos preguntábamos si en el derecho catalán, existía una institución similar a la Junta de Parientes, en principio la respuesta es negativa, pero sí que podemos encontrar figuras que de algún modo se le aproximan, así en el Código de sucesiones catalán de 1991 (hoy ya derogado) se vino a recoger por primera vez en Cataluña la posibilidad de que para la disposición o gravamen de los bienes de los menores, adquiridos por título sucesorio, no se necesitaría autorización judicial, cuando además de consentirla el titular o titulares de la patria potestad, la autorizaren dos parientes, art 66. Dicha disposición no tenía tradición alguna en el derecho catalán, y sin duda fue introducida por influencia de nuestra Junta de Parientes, lo cierto es que desde su promulgación, han sido muchos los casos en que los notarios hemos hecho uso de la misma a fin de evitar la autorización judicial. Es más, su encaje y utilización práctica ha sido tal, que en la actualidad ha salido del derecho de sucesiones, para quedar regulado en el libro de persona y familia, de manera que ya no solo se limita a los bienes de los menores adquiridos por título sucesorio, si no que se extiende a todo tipo de bienes sin tenerse en cuenta el título de adquisición art 236-30.

En relación a los parientes, también el CCC, establece un orden y una preferencia, si bien a diferencia del CCA, en caso de ascendientes se prefiere al de mayor edad. E igualmente, nos encontramos con el problema, de si el notario podría en determinadas circunstancias, saltarse el orden preestablecido, nada dice al respecto el CCC, por lo que entiendo vale lo expuesto anteriormente respecto a la Junta de Parientes.

Otra cuestión relacionada con estas figuras es la de la posibilidad de utilización del poder o mandato, en el ámbito del derecho catalán no parece haber planteado mayor problema la utilización de dicha institución, pudiendo el pariente hacerse representar en el momento del otorgamiento de la escritura pública, e incluso se ha venido admitiendo la posibilidad de la ratificación posterior (lo que han convertido a dicha institución en evidentemente práctica), sin embargo en el derecho aragonés, parece ser mayoritaria la opinión de la no admisión del poder en la constitución de la Junta de Parientes, utilizándose el argumento de la literalidad del art 174 del CCA que reza: "... hallándose juntos sus miembros..", y

un argumento más finalista, conforme al cual, la necesidad de estar juntos, vendría dada por la importancia que se le da a que puedan deliberar entre ellos y adoptar la solución más adecuada para el menor, (incluso se ha planteado la posibilidad de utilización de técnicas como la videoconferencia). A mi juicio, y aun reconociendo que es una cuestión muy dudosa, me inclinaría por admitir la posibilidad de la representación, y frente al argumento de la importancia de la deliberación y por ende de la necesidad de estar juntos, se podría rebatir en el sentido, de que en la mayoría de los casos, por no decir en la totalidad, las deliberaciones se producen (es más, lo lógico es que se produzcan) con anterioridad a la constitución formal de la junta y que en este momento simplemente se plasme una declaración de voluntad ya formada. Pensemos por ejemplo en una compraventa o préstamo hipotecario, en donde en muchos casos, la constitución notarial de la junta va seguida, del acto del otorgamiento de la escritura, pues bien, si en este periodo corto de tiempo tienen que tomar una decisión de esta trascendencia, mal irían los intereses del menor. Así, el sentido común nos indica que son cuestiones previamente tratadas, a veces como es normal durante mucho tiempo, y que cuando se llega al notario, como decíamos, la decisión está totalmente formada, y es por ello por lo que considero aceptable la utilización del poder de representación, que lejos de menoscabar los intereses del menor, quedan mejor protegidos. Por todo ello no creo que nos encontremos ante un acto tan personalismo (a modo de testamento) que impida el uso de la representación.

Para finalizar con esta cuestión, simplemente señalar, que desde mi modesta opinión sería necesaria una reforma que recogiera lo apuntado anteriormente, en especial -dado que nos encontramos en lo que podríamos denominar jurisdicción voluntaria-, se facultara al notario a través de la correspondiente acta de notoriedad, para que atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto (falta de capacidad, conflicto de intereses, etc.) pudiera apartarse del orden establecido, por supuesto la notoriedad deberá estar motivada, y sujeta, como no, a impugnación judicial, eso sí, durante un plazo razonable, transcurrido el cual devendría firme dicha notoriedad, con lo que se conseguiría dotar de seguridad jurídica a una institución de gran calado práctico. De otra modo, me temo que esta figura que tan bien se ha entroncado con la sociedad aragonesa, dejará de aplicarse y ya sabemos que las figuras jurídicas que caen en desuso, al final acaban desapareciendo.

B. REGÍMENES ECONÓMICO MATRIMONIALES

La primera cuestión destacable es que ambos derechos, aragonés y catalán, permiten plena libertad de pacto, así el art 193 en relación con el art. 195 del CCA, el primero viene a establecer que el régimen económico del matrimonio se ordenará por las capitulaciones que otorguen los cónyuges y el segundo viene a sancionar que dichos capítulos pueden contener cualesquiera disposiciones, sin más límites que los genéricos del principio “standum est chartae”, y en forma similar lo viene a sancionar el art 231-19 del CCC, que además admite de manera expresa los pactos ante una posible ruptura matrimonial, eso si, como novedad, se impone al notario la obligación ineludible, de informar por separado a los comparecientes de las consecuencias que pueden derivarse de estos pactos.

Es pues tan amplia la libertad de pacto, que algunos autores consideran que el régimen consorcial, más que un régimen legal supletorio, es un régimen supletorio de la voluntad de los contrayentes.

Ahora bien, mientras en Cataluña rige como régimen legal supletorio el de separación de bienes, en Aragón por el contrario tenemos el ahora denominado consorcio conyugal (régimen de comunidad, de los denominados de comunidad germánica, caracterizados por la ausencia de cuotas).

No obstante esta distinta regulación, debe destacarse que ni el derecho aragonés es ajeno al régimen de separación de bienes -pues el mismo ha recibido una regulación completa, sin que exista necesidad de acudir al CC español, además de regir en el caso de exclusión o disolución del consorcio conyugal si otra cosa no se ha pactado art. 203 CCA-, ni los juristas catalanes son ajenos al régimen de gananciales, no debe olvidarse, que el régimen económico matrimonial a diferencia de la vecindad, no se modifica por el transcurso del tiempo aún cuando se cambie de vecindad. Son numerosos los matrimonios en Cataluña procedentes de otras comunidades, que desarrollan allí su vida y ostentan el régimen ganancial, lo que hace necesario tener un buen conocimiento del mismo, sobre todo en el caso de contratación con terceros.

Cuestión diferente, sería el preguntarnos, si en Aragón, se debe seguir manteniendo, como régimen legal supletorio el consorcial, o si por el contrario

debería ser sustituido por el de separación de bienes (como ha realizado alguna otra comunidad como la valenciana). En mi opinión, y aun cuando entiendo que no casa bien con nuestra tradición jurídica, probablemente, hoy día, el régimen que mejor se adecua las necesidades de la sociedad actual (en donde la mujer se ha integrado plenamente en el mundo profesional y empresarial) sea el de separación de bienes. Es posible que mi opinión esté influenciada tanto por mis años de estancia en Cataluña (es un régimen que es ágil para una sociedad económica avanzada), como por mi experiencia notarial, pues mientras que durante mis aproximadamente diecisiete años de ejercicio en Cataluña, se podrían contar con los dedos de una mano, los cónyuges, que capitularon un régimen ganancial (y más por motivos fiscales, que por convencimiento), en la actualidad no pasa una semana sin que firme uno o varios capítulos en donde no se pacte el régimen de separación, eso sí, el regulado en nuestro CCA. A ello habríamos de sumar que tan aragonés es el régimen consorcial como el de separación de bienes, pues ambos se regulan de manera exhaustiva en el CCA.

Cuestión eminentemente práctica es la relativa a la **VIVIENDA FAMILIAR**, que aparece regulada de forma similar en ambos ordenamientos (art 190 CCA y 231-9 CCC) y resulta independiente del régimen matrimonial por el que se rija el matrimonio, requiriendo consentimiento del cónyuge o autorización judicial para actos de disposición. Existen diferencias en tres cuestiones:

a. En primer lugar dispone el CCC que **el consentimiento no puede excluirse por pacto ni otorgarse con carácter general**, y cabe preguntarnos, si esta prohibición sería también aplicable a nuestro derecho. En principio, al no prohibirse de manera expresa, y atendiendo a la posibilidad de que los cónyuges puedan concederse toda clase de mandatos y poderes (por otro lado plenamente revocables en cualquier momento), además del principio “standum est chartae”, la respuesta habría de ser negativa en el sentido de ser válido un poder con carácter general. Sin embargo, a mi modo de entender la cuestión es realmente dudosa, pues si atendemos a la finalidad de la norma y a los intereses que se pretenden proteger, probablemente sea más correcto el exigir, un poder mas específico, en donde al menos se concretara cual es la vivienda familiar sobre la cual se concede el poder, sin que fueran válidas expresiones tales como “cualquiera que fuere la vivienda familiar”.

b. La segunda diferencia estribaría en el hecho, de que el derecho catalán hace extensible el régimen del consentimiento o en su caso autorización, a las **parejas estables no casadas**, sin que haya una regulación similar en el derecho aragonés. De manera que siempre que venda una persona con vecindad civil catalana, los notarios deberemos puntualizar si esta casada o tiene constituida pareja estable, y en caso afirmativo manifestar que no constituye su vivienda familiar, pues en otro caso será necesario el consentimiento del otro miembro de la pareja o de la autoridad judicial (a los efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad).

c. Y la tercera y última cuestión, gira en torno a la posibilidad de disposición de cuotas indivisas, que mientras la legislación catalana la prohíbe, el CCA, en su art 190 habla de los derechos que a cada uno correspondan, aunque a mi juicio por “derechos”, se está refiriendo a propiedad, usufructo, arrendamiento, etc., sin que se haga extensible a los casos de transmisión de cuotas indivisas, y este es el criterio de la DGRN en resolución de 27 de junio de 1994, en donde no considera necesaria para la inscripción, la manifestación de que no constituye la vivienda familiar, cuando lo que es objeto de transmisión es una cuota indivisa, sobre la base de que si nadie está obligado a permanecer en la indivisión, y cualquiera de los comuneros puede obligar a su extinción (acción de división) ello no puede verse condicionado al consentimiento de los cónyuges de los titulares, ni a la autorización judicial, pues ello supondría establecer un plus de condicionamiento favorecido o estimulado por el legislador. En cualquier caso los notarios deberemos de estar atentos cuando se trate de actos dispositivos o de gravamen y queden afectos a la legislación catalana.

No podemos finalizar el régimen económico, sin referirnos a una figura totalmente consolidada en nuestro derecho, cual es **LA VIUEDAD ARAGONESA**, regulada en los art 271 y siguientes del CCA, y preguntarnos, como lo venimos haciendo, si tiene su correlación en el derecho catalán. Dispone el mencionado art 271 que la celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge el **usufructo de viudedad** sobre todos los bienes del que primero fallezca, derecho que es compatible con cualquier régimen económico matrimonial, manifestándose como expectante durante el matrimonio. Podemos hablar de dos estados de un mismo derecho, de ahí que pueda renunciarse en todo o en parte al derecho expectante, manteniendo el de viudedad, o bien

limitar e incluso excluir el derecho de viudedad. En la doctrina es mayoritaria la opinión de que nos encontramos ante una institución de derecho de familia, por lo que entiendo que es diferente al usufructo universal recogido por el derecho catalán para el cónyuge viudo (a él nos refiriéremos más adelante), pues este derecho si que es puramente sucesorio.

Así pues, una institución de tal calado no la encontramos en el derecho catalán, aunque si que se recogen algunas figuras mas limitadas, relativas a derechos viduales, de carácter familiar, como el derecho al ajuar de la vivienda art 231-30 CCC, que no tiene que computarse en su haber hereditario, o el año de viudedad, que permite usar de la vivienda conyugal durante ese tiempo y ser alimentado con el patrimonio del premuerto, siempre que no sea usufructuario universal art 231-31 CCC.

Por último, y sin querer ser excesivamente beligerante, con el derecho expectante de viudedad, (soy consciente que en la última regulación se discutió sobre su mantenimiento o derogación) lo cierto es que hoy día resulta difícilmente justificable su existencia y ello a un cuando se le quiera revestir de toda una tradición, y se argumente que los aragoneses sabemos de su existencia. Lo cierto es que ni toda tradición por si sola es buena, ni el hecho de que sea conocida su existencia implica que la institución sea entendida o aceptada de buen grado por la sociedad aragonesa, y es que no resulta fácil comprender ni aceptar en el siglo XXI que tu consorte deba prestar consentimiento a la venta de un bien que sólo tú has heredado.

C. REGÍMENES SUCESORIOS

En ambos ordenamientos, de forma casi similar, se viene a sancionar que la sucesión se difiere por pacto sucesorio (heredamiento), por testamento o por disposición de ley art 317 CCA y art 411-3 CCC.

En cuanto a los **pactos sucesorios**, nos limitaremos a comentar, que si bien son de larga tradición histórica y jurídica en ambas Comunidades (a diferencia del derecho común), lo cierto es que sus manifestaciones han tenido lugar en partes muy concretas de los territorios aragonés y catalán, sin que hayan calado de forma importante en los grandes núcleos urbanos. Nosotros por razones lógicas

de tiempo, nos limitaremos, a la sucesión testada, dentro de ella a la legítima, y a la sucesión intestada, centrándonos exclusivamente en el orden sucesorio, y todo ello como siempre comparando una y otra legislación.

1. Sucesión testada

La regla general, en ambas legislaciones, es que la sucesión testada se rige por la voluntad del causante manifestada en testamento otorgado con arreglo a la ley, reconociéndose en los dos ordenamientos un principio amplísimo de libertad de testar, art 405 CCA y 421-1 CCC. En cuanto a sus formas, en los dos derechos se reconocen, el testamento notarial, abierto y cerrado (a partir de los 14 años) y el testamento ológrafo, si bien con respecto a este último mientras que en el derecho catalán se puede otorgar no sólo por los mayores de edad sino también por los menores emancipados, en derecho aragonés solo lo puede ser otorgado por los mayores de edad.

Lo que si ha dejado de regularse en los dos Códigos es el testamento ante el capellán o rector, y cuyo fundamento de la supresión entiendo es similar para las dos comunidades, por un lado hay tener en cuenta que era una forma ordinaria, es decir, no era necesario que el testador estuviera en peligro de muerte, (y si bien podía tener alguna justificación, en tiempos pasados, por la dificultad del notario para acceder a ciertas localidades, hoy día ya superada) y por otra era difícil mantener – sin chocar abiertamente con la Constitución- el hecho de que sólo personas que formen parte de una determinada religión pudieran ejercer una función pública.

No obstante lo anterior, la verdadera especialidad en esta materia en el derecho aragonés, y que lo diferencia de buena parte del resto de ordenamientos jurídicos españoles, no es otra que la posibilidad de que dos personas en un mismo instrumento puedan ordenar su sucesión, a través de lo que se conoce como **TESTAMENTO MANCOMUNADO**, el cual puede revestir cualquiera de las formas del testamento unilateral. Así dispone el art 417 del CCA, que los aragoneses, sean o no cónyuges o parientes, pueden testar de mancomún, aun fuera de Aragón. Si uno de los testadores es aragonés y el otro no lo tiene prohibido por su ley personal, pueden testar mancomunadamente, incluso fuera de Aragón.

De acuerdo con ello la pregunta que debemos hacernos, es la de si sería posible, el testamento mancomunado entre un aragonés y un catalán.

En contra podría argumentarse que este testamento, no se encuentra recogido en el derecho catalán ni forma parte de su tradición jurídica, que el Código cuando habla de la sucesión testamentaria señala que se rige por la voluntad del causante (a título singular), mientras que en derecho aragonés al hablar de lo mismo se refiere a disponente o disponentes (con carácter plural).

Sin embargo, y aun siendo consciente de las dudas que la cuestión genera, me inclino por defender su validez, en base a los siguientes argumentos:

a. Que a diferencia del derecho común (art 669 del CCE), en donde se prohíbe expresamente, tal prohibición expresa no existe en el derecho catalán.

b. Que cuando el CCC, declara nulo el testamento que no se corresponde con ninguno de los tipos del art 421-5 (que ya conocemos) o sin cumplir los requisitos de forma, a mi juicio se está refiriendo a los testamentos que salvo el ológrafo, no se otorgan ante notario, pues al ser el testamento un acto formal y solemne, se exige la presencia de un notario, que será garantía de la expresión libre y formada del disponente, lo que sin duda se ofrece por igual tanto en el testamento unilateral como mancomunado.

c. Que al derecho catalán, a diferencia del derecho común, no le es ajena la circunstancia de que una pluralidad de personas ordenen la sucesión (pactos sucesorios).

d. Y que si además se otorga en Aragón, jugaría a nuestro favor el art 11.1 del CCE, al señalar que las formas y solemnidades de los testamentos se regirán por la ley del país en que se otorguen, e indudablemente en este caso tendríamos dos puntos de conexión, a favor del derecho aragonés.

Y en cualquier caso, se admita o no esta posibilidad, lo que si creo que sería factible es defender su validez si, con posterioridad al otorgamiento, el testador catalán adquiere la vecindad civil aragonesa y su sucesión se abre con arreglo a la legislación aragonesa (principio del favor negotii).

2. La legítima

Íntimamente ligada a la sucesión testada se encuentra la figura de la legítima, institución que si bien es recogida en la totalidad de los ordenamientos jurídicos españoles (en mayor o menor cuantía), parece no encajar bien con el principio consagrado en el derecho aragonés y catalán de libertad de testar. Sin duda en esta materia, siempre nos encontramos con intereses digamos enfrentados, por una lado la libertad individual de las personas, por otro el intento de protección familiar, que parece hacer justo, que al menos una parte del patrimonio familiar vaya a parar a determinadas personas, principalmente los hijos. Es casi seguro que en todos los trabajos previos a las últimas leyes sucesorias tanto en Aragón, como en Cataluña ha sido objeto de una fuerte polémica. Al final los legisladores, tanto de una como de otra Comunidad, optaron por su mantenimiento, si bien respecto a **Aragón de dos tercios** recogidos en la compilación se pasó a la mitad, y respecto a **Cataluña** si bien se sigue manteniendo **la cuantía de la cuarta parte**, se ha establecido en la última reforma, una causa nueva de desheredación, cual es la ausencia manifiesta y continuada de la relación familiar (eso si por causas imputables al legitimario) que a mi juicio, puede tener una gran transcendencia práctica, pues resulta sangrante el mantenimiento de este derecho respecto de personas de las que no se tiene relación por ejemplo en cincuenta años. Causa que no estaría de más incorporar a nuestro ordenamiento aragonés, pues la considero realmente justa.

Pasando ya al derecho positivo, cabe destacar que, mientras que en **Aragón son legitimarios únicamente los descendientes**, art 486 CCA, en Cataluña son legitimarios los descendientes, y en defecto de estos los progenitores del causante 451-3-4 CCC. La cuantía ya quedó apuntada, la mitad en Aragón y una cuarta parte en Cataluña, y al margen de lo anterior las diferencias fundamentales se encontrarían por un lado en que mientras que en Cataluña se ha de distribuir por partes iguales entre los legitimarios, **en Aragón la legítima es colectiva**, por tanto puede distribuirse igual o desigualmente entre todos los descendientes e incluso atribuirle a uno sólo, y por otro que mientras la legítima catalana es “pars valoris”, representa un valor que no tiene por que pagarse con bienes de la herencia, en Aragón es “pars bonorum” es decir se debe satisfacer con bienes relictos.

Vistas y comparadas ambas regulaciones, quizás la única cuestión en la que creo es mejorable nuestra legislación, en comparación con el derecho catalán, es sin duda la cuantía de la legítima, que en mi opinión, si no se es lo suficientemente valiente para suprimirla, (que sin duda es a lo que se tiende, pues cada vez resulta más difícil a los notarios hacer comprender a los testadores, que no pueden disponer libremente de lo que es suyo y que una parte obligatoriamente tienen que dejarla en principio a sus hijos) si se hace necesario limitar su cuantía, y si se quiere, convertirla en realización de valor. Por el contrario, estimo mas avanzada la regulación normativa aragonesa, tanto en el hecho de que únicamente sean legitimarios los descendientes, como en que la legítima sea colectiva, y por supuesto en la posibilidad de renunciar a la legítima tanto antes como después de la delación de la sucesión, pues en principio el derecho catalán es contrario a la renuncia anticipada.

3. Sucesión legal o intestada

La regla general viene a determinar que cuando una persona fallece sin testamento o pacto sucesorio, se abrirá la sucesión intestada. En relación a la misma, simplemente me remitiré a señalar el orden sucesorio en uno y otro derecho, centrándome únicamente en aquellos puntos en que se distancian.

En Aragón, en primer lugar la sucesión se deferirá, a la línea recta descendiente, a continuación se aplicarán las **reglas de recobros y sucesión troncal** de los art. 524 y siguientes del CCA, posteriormente irán los ascendientes, luego el cónyuge, parientes colaterales hasta el cuarto grado y por último la Comunidad Autónoma, con el privilegio del hospital de Nuestra Señora de Gracia. Lógicamente no podemos olvidar, el usufructo del cónyuge viudo.

En Cataluña, tendremos en primer lugar a la línea recta descendiente, (sin perjuicio del usufructo del cónyuge viudo o del conviviente en unión estable de pareja, que es el usufructo universal), en segundo lugar, corresponderá la herencia, al cónyuge viudo o al conviviente (en este caso los padres del causante conservan su derecho a la legítima), en tercer lugar los ascendientes, colaterales hasta el cuarto grado y por último, la Generalitat de Cataluña.

Si comparamos ambos ordenamientos, resaltan a mi juicio dos cuestiones fundamentales:

1. **El derecho catalán antepone el cónyuge a los ascendientes**, a diferencia de Aragón.

2. **En el derecho catalán se da entrada en los derechos sucesorios, al conviviente en unión estable de pareja**, en la misma posición que la del cónyuge vivo.

Respecto de la primera cuestión, la verdad es que en la actual sociedad la pareja respondería al estereotipo de un matrimonio que al final de sus días han alcanzado a adquirir la vivienda familiar, unos pequeños ahorros, y con suerte un apartamento en la playa, y todo ello con un gran esfuerzo por parte de ambos, por ello me parece lo más justo que, si no hay descendientes, el cónyuge se anteponga a los ascendientes, máxime cuando en Aragón las posibles injusticias que pudieran derivarse (bienes no ganados por el matrimonio, sino procedentes de la familia) ya vienen salvadas por el recobro de liberalidades y la sucesión troncal, que como ya hemos visto, a falta de descendientes se antepone a cualesquiera otras personas. De hecho, si estadísticamente se comprueban las disposiciones testamentarias, podrá observarse que cuando juega la voluntad libremente manifestada de los testadores, estos anteponen sus cónyuges a sus ascendientes, con carácter casi general.

Y en cuanto a la segunda cuestión, es evidente que existen posiciones doctrinales encontradas entre quienes ven al matrimonio como el núcleo central de la familia, y único generador de derechos y deberes, y quienes por el contrario, consideran que hoy día lo que debe determinar el estatus generador de dichos derechos y deberes, entre los cuales están los sucesorios, no es el matrimonio, si no la convivencia, última postura por la que sin ningún género de dudas se ha decantado el CCC., y guste o no, me parece que esta va a ser la tendencia hacia la que se va a encaminar el resto de ordenamientos en futuras reformas.

En cualquier caso, resultaría deseable que, si Aragón sigue por este camino, se mantenga la obligatoriedad de la inscripción de la pareja estable no casada, pues dado que en Cataluña el art 234-1 y siguientes de su CC, no exige inscripción

alguna, la necesidad de declarar la notoriedad -tanto de la existencia de la convivencia, como de sus derechos, que entiendo podrá hacerse en un mismo instrumento- se ha convertido para los notarios, en una auténtica prueba de saltos de obstáculos, en donde toda la prudencia será poca, y en la que a pesar de dicha prudencia siempre nos moveremos en terreno muy resbaladizo (no hay que olvidar que se puede perjudicar a otras personas, con la gran responsabilidad que ello supone).



REFLEXIONES Y ANÁLISIS COMPARATIVO DEL DERECHO ARAGONÉS EN RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL Y OTROS DERECHOS FORALES

Javier Sancho-Arroyo López-Riaboo

1. A menudo, quienes nos hemos dedicado en mayor o menor medida a la práctica o estudio del Derecho aragonés hemos tenido que responder a la pregunta de qué es mejor, si el Derecho aragonés o el que se dio en llamar Derecho común del Estado, representado básicamente por el Código civil.

Y la respuesta viene siendo siempre la misma: No se puede afirmar, en principio y en términos absolutos, que un sistema u otro sea mejor o peor: simplemente son sistemas distintos, que obedecen a principios diferentes y funcionan también de distinto modo. Pero algunas reflexiones nos pueden ayudar a dar una contestación más concreta.

En todo caso, cabe afirmar que el derecho aragonés constituye un sistema completo en aquellas materias que regula, y la expresión más clara de que es así es que ahora disponemos de un cuerpo legal que, hasta en su concreta formulación, recibe el nombre de código: El Código del Derecho Foral de Aragón, aprobado por el Decreto Legislativo 112011, de 22 de marzo.

Ya bajo la vigencia de la Compilación se ha venido afirmando, con razón, que el Derecho aragonés constituía, al igual que en el derecho histórico, un sistema completo, que era derecho codificado, aunque la reunión de sus normas no hubiera recibido el nombre de “código” sino el más modesto de “compilación”.

Con mayor motivo se puede afirmar ahora, cuando el Derecho aragonés no sólo se ha conservado, sino también desarrollado porque los aragoneses, por medio de sus instituciones, han decidido y llevado a cabo una completa revisión de su sistema jurídico, tras el cambio fundamental que supuso la aprobación de nuestra Constitución.

2. Para entender la situación actual de nuestro derecho conviene repasar, aunque sea someramente, su historia.

Desde el nacimiento del Reino de Aragón, este tuvo, como correspondía a toda entidad política independiente, su propio derecho, cuyos orígenes son discutidos, aunque parece que debía predominar el carácter consuetudinario, completado con decisiones aisladas del poder público. Es ya a partir del Fuero de Jaca, dado por Sancho Ramírez en el siglo XI, y en especial desde el siglo XIII con los Fueros de Aragón, promulgados por el rey Jaime I en 1247, cuando Aragón emprende la tarea de creación de su derecho, dotándose también en lo sucesivo de las correspondientes instituciones.

El Derecho aragonés gozó ya desde entonces de un notable prestigio, hasta el punto de que, como es sabido, desde otros territorios se traían a Jaca las apelaciones de sus pleitos (Pamplona, San Sebastián y Fuenterrabía). Así se mantuvo la situación hasta los Decretos de Nueva Planta, dados en los albores del siglo XVIII, por los que los territorios que no tomaron partido por el pretendiente Borbón en la guerra de sucesión, entre ellos y muy señaladamente los aragoneses, fueron “castigados” por Felipe IV. Aunque el Derecho aragonés no quedó totalmente abolido, quedaron cegadas sus fuentes de producción y, desde luego, se suprimieron las instituciones propias.

Quedó abolido y derogado lo que hoy llamaríamos derecho público aragonés, incluyendo el derecho penal y el procesal, pero el Decreto de 3 de abril de 1711 decidió la subsistencia de nuestro derecho civil, al establecer que la Sala de lo Civil de la Audiencia habría de juzgar los casos, “*en lo que sea entre particular y particular*”, -aunque con la exclusión de los contratos y de las causas en las que interviniera el poder real-*según las Leyes Municipales de este Reyno de Aragón*”. Esa es la razón de que el derecho civil aragonés haya podido pervivir hasta nuestros días.

Se llegó así al movimiento codificador, ya en el siglo XIX, presidido por el criterio de uniformidad de las leyes para toda la nación, conforme a los postulados liberales que se vinieron recogiendo ya desde la Constitución de Cádiz de 1812. En su preámbulo -o discurso preliminar, como en ella se le denomina- aparecen diversas referencias a Aragón, a su Derecho y a sus instituciones, en tono siempre laudatorio. No obstante, para los legisladores que emprendieron la tarea de la codificación civil la existencia de los derechos civiles forales o especiales constituyeron un problema, porque lo que se pretendía con la elaboración de un

Código civil era la aplicación de un derecho unitario en toda la Monarquía.

En 1821 comenzó el proceso modificador, elaborándose un primer proyecto, que fue seguido por otros privados, como el de Gorosabel de 1832 u oficiales, como el de 1833, que no tuvieron éxito. Llegó luego el proyecto de García Goyena de 1851, que en su último artículo derogaba en su totalidad el Derecho Foral en cuanto se opusiera al contenido del Código proyectado. Como es bien sabido, este proyecto tampoco alcanzó su culminación, en buena parte por la fuerte oposición de los foralistas, aunque sirvió de base para el que fue definitivamente aprobado.

A continuación se promulgaron distintas leyes especiales en función de la materia que regulaban, que eran de aplicación general en toda la nación, como la Ley Hipotecaria de 1861, la del Notariado de 1862, las Leyes de Aguas de 1866 y 1879 y las Leyes de Matrimonio Civil y Registro Civil de 1870.

Finalmente, se llegó a la promulgación del Código civil de 1889, elaborado de conformidad con la Ley de Bases de 1888. La cuestión de la foralidad se salvó con la previsión contenida en el artículo 5º, que era del siguiente tenor literal:

“5.-Las provincias y territorios en que subsiste Derecho Foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación del Código, que regirá tan solo como supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquellas por sus leyes especiales. El título preliminar del Código, en cuanto establezca los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, será obligatorio para todas las provincias del Reino. También lo serán las disposiciones que se dicten para el desarrollo de la base 3ª relativa a las formas de matrimonio”.

Esta norma pasó a constituir el artículo 12 del Código civil cuando éste se promulgó, previéndose la elaboración de *“apéndices del Código civil, en los que se contengan las instituciones forales que conviene conservar en cada una de las provincias o territorios donde hoy existen”.*

Como es bien sabido, el único apéndice que se elaboró fue el aragonés de 1925, tras la elaboración de diversos proyectos, se creó una comisión a tal efecto

que comenzó a trabajar en el mismo año 1889, sobre la base de la importante tarea desarrollada por el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses convocado en 1880. Fruto de las conclusiones de la comisión fue el proyecto publicado en 1899, conocido, como “Proyecto Ripollés”, por ser éste entonces el Presidente de la Comisión. A éste le siguió el “Proyecto Gil Berges”, de 1904, que es el antecedente remoto del anteproyecto de apéndice aragonés, cuya redacción se inició en 1922 por la Comisión de Códigos, aprobándose el “Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón” por Decreto de 7 de diciembre de 1925, ratificado por ley de 30 de diciembre de 1931.

El Apéndice fue desde el primer momento muy criticado, pues no se ajustó a las propuestas aragonesas de codificación civil.

Pronto comenzaron los movimientos tendentes a la revisión del Apéndice, que cristalizaron ya después de la guerra civil en el Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado en Zaragoza en el año 1946, en el que se adoptaron unas conclusiones que habrían de servir de soporte para la elaboración de todas las Compilaciones de los derechos civiles forales o especiales que acabaron publicándose entre los años 1959 y 1973. Concurrieron al Congreso foralistas de toda España, estando todos de acuerdo en que cada territorio recogiera su derecho privado en cuerpos denominados *Compilaciones*, tras la cual se habría de ver si existía un sustrato común a todas ellas y al Derecho castellano, toda vez que el objetivo final era la elaboración de un Código civil único -esta vez sí- para toda España, al que quedasen incorporadas las especialidades forales pertinentes. Este era el panorama legislativo en aquel tiempo y de acuerdo con este designio se elaboraron las Compilaciones, entre ellas la Aragonesa de 1967, precedida por las de Vizcaya-Alava de 1959, de Cataluña de 1960, de Baleares de 1961 y de Galicia de 1963, y seguida por la de Navarra de 1973.

La Compilación Aragonesa recibió numerosos plácemes, pues en su mayor parte su contenido se correspondía con el anteproyecto elaborado por la Comisión de Juristas Aragoneses que, a su vez, se basó en los trabajos del Seminario presidido por el recordado maestro Lacruz Berdejo, que tan honda huella dejó por la enorme altura intelectual y su intensa dedicación al estudio y, en definitiva, a la conservación y desarrollo de nuestro Derecho.

No obstante, hay que tener en cuenta que el texto que se había elaborado en Aragón tenía que ser sometido a la Comisión de Codificación y, en definitiva, a las Cortes Generales, y ello supondría la necesidad de que la propia Comisión hubiera de auto limitarse en ocasiones porque el fin último del legislador era, como he señalado antes, la elaboración de un único Código civil para toda España. Pese a los condicionantes políticos y jurídicos, la aprobación de la Compilación supuso un importantísimo hito para el Derecho Aragonés.

La situación, en cuanto a la evolución de nuestro Derecho, experimentó un cambio radical con la entrada en vigor de la Constitución y con el nuevo esquema de estado de las Autonomías. Desde ese momento, el ideal unificador se dejó de lado, y el artículo 149.1.8 de la Constitución que, en principio, atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de legislación civil, lo hace sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. El apartado 3 del mismo artículo 149 preveía que *“las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El Derecho estatal será, en todo caso, supletorio del Derecho de las Comunidades Autónomas”*.

De acuerdo con esta previsión, ya el primer Estatuto de Autonomía de Aragón en su artículo 35.1.4 estableció la competencia exclusiva de la Comunidad en orden a la *“conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés, sin perjuicio de las competencias exclusivas del Estado, así como del procesal civil derivado de las peculiaridades de su Derecho sustantivo”*. En el vigente Estatuto, esta competencia aparece recogida en el artículo 71, cuyo apartado 2 dispone que será competencia exclusiva de la Comunidad aragonesa *“la conservación, modificación y desarrollo del Derecho Foral aragonés, con respeto a su sistema de fites”* y el apartado 3 contempla también como competencia exclusiva el *“Derecho procesal derivado de las particularidades del derecho sustantivo aragonés”*.

En ejercicio de esa competencia, se consideró conveniente que la ley civil que regulaba las relaciones de los aragoneses debía ser precisamente una ley también aragonesa, por lo que mediante Ley 3/1985, de 21 de mayo, Aragón adoptó e integró en el ordenamiento jurídico aragonés el texto normativo de la Compilación, introduciendo al propio tiempo algunas modificaciones dirigidas, fundamentalmente, a adecuarla a los principios contenidos en la Constitución, señaladamente los de igualdad entre los cónyuges y de no discriminación entre los hijos por razón de su filiación.

Siguieron luego otras leyes parciales, como la Ley 3/1988, de 25 de abril, de Equiparación de los Hijos Adoptivos, y la de 29 de marzo de 1995 para regular la sucesión ab intestato de la Comunidad Autónoma en defecto de otros llamados a la herencia, en lugar del Estado.

El Gobierno de Aragón se planteó la revisión completa del ordenamiento jurídico aragonés, y a tal efecto mediante el Decreto 10/1996, de 20 de febrero, creó la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, con funciones de *“asesoramiento, estudio y propuesta a la Diputación General en Materia de Derecho Civil Aragonés y especialidades procesales derivadas de aquel Derecho sustantivo”*.

La Comisión comenzó sus tareas elaborando, en primer lugar, una ponencia general sobre cómo abordar las opciones de política legislativa que se presentaban, que tiene una notable utilidad para comprender la evolución de la actividad legislativa tendente a la conservación, modificación y desarrollo de nuestro Derecho.

En esta ponencia se analizaba en el punto de partida, la Compilación, poniendo de relieve sus méritos y, consiguientemente, que la tarea de revisión de nuestro Derecho no significaba rechazo de la legalidad entonces vigente. Es significativo el siguiente párrafo:

“El texto de la Compilación de 1967 es un texto de origen aragonés, elaborado reflexivamente durante decenios por nuestro mejores jurisconsultos (con intervención de cuantas instituciones y particulares quisieron en fase de información pública), que acertó a recoger con excelente técnica y adecuar a la realidad social de la época lo más importante de las instituciones de Derecho civil de

que los aragoneses se habían ido dotando desde los orígenes del Reino”.

Se analizaba también la situación existente y los límites que tenía la Compilación. Vuelvo a leer unos párrafos de la ponencia porque explican la cuestión de manera, a mi modo de ver, inmejorable:

“La Compilación, fruto excelente de la mejor civilística de la época y Cuerpo legal del que podemos sentirnos orgullosos los aragoneses, padece también, como es natural, imperfecciones e insuficiencias. Ante todo, tiene unos límites de origen que son lo que impone una situación política, un contexto jurídico y la mentalidad de una época. Dicho de otro modo, la Compilación no podía ir más allá de cierto límites, propios del tiempo en que se formó y que hoy han desaparecido.

No quiere decirse con esto que hubiera un conflicto explícito con las autoridades del Estado -en el caso de la Compilación aragonesa, puede hablarse de una negociación oficiosa con las instancias madrileñas-, sino hacer referencia a una situación en que las propuestas que se hicieran desde Aragón habían de estar pensadas desde el principio para convencer en otras instancias, a personas con mentalidad jurídica muy diferente, de su necesidad o muy alta conveniencia. Se produce así una autocensura previa, que evita la formulación de toda idea que no tenga de antemano posibilidad de aceptación por las instancias exteriores y superiores.

Esta actitud de prudente auto/imitación, que cercena en su raíz las posibilidades de evolución del Derecho aragonés, es la que han tenido que adoptar los juristas aragoneses, no sólo en la etapa de formación de la Compilación, sino desde hace más de un siglo”, por mor de la anterior redacción del artículo 12 del Código civil, que afirmaba la pervivencia de los derechos forales “por ahora”, expresión que dejaba clara la tendencia a la total unificación de la legislación civil española imperante entonces.

Como continuaba diciendo la ponencia, *“una de las consecuencias de la idea de unificación del Derecho civil español era la conceptualización del Código civil existente como centro y pieza principal del sistema de Derecho civil, respecto del que la Compilación habría de tener un papel secundario y tan limitado como fuera posible.*

En particular, se tendía a excluir del texto compilado toda norma que, por su parecido con otra del Código -mucho más si había de coincidir literalmente-, pudiera ser excusada por la aplicación de éste; se multiplicaban las remisiones más o menos precisas al articulado del Código y se confiaba en que sus normas, en concepto de Derecho supletorio, complementarían de manera adecuada las de la Compilación, formando entre las de una y otra procedencia un conjunto de sentido armónico. Estas premisas han tenido consecuencias perturbadoras en la aplicación práctica del Derecho civil aragonés.

Un ejemplo especialmente llamativo de la aludida forma de ver las relaciones entre la Compilación y el Código, y de sus posibles desconcertantes consecuencias, lo proporciona la regulación -casi meras referencias aisladas- de la dote: bastó con que el legislador del Código prescindiera de la institución de la dote en 1981 para que la dote quedara en el Derecho aragonés sin regulación legal conocida, pues la Compilación descansaba plenamente en el Código.

El caso es que el proceso de revisión y actualización de nuestro derecho dio comienzo con la aprobación de la ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, que incluía la reformulación de los tres artículos que integraban el título preliminar de la Compilación, y que obedecía al proyecto presentado por asunción del anteproyecto preparado por la Comisión.

Continuó con la ley 6/1999, de 26 de marzo, de parejas estables no casadas, que fue fruto de una proposición de ley presentada en las Cortes de Aragón.

Posteriormente se aprobó la ley 2/2003, de régimen económico matrimonial y viudedad, consecuencia también del anteproyecto elaborado por la Comisión.

La siguiente ley fue la 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona.

Luego se aprobó la ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, nacida también de una proposición de ley presentada directamente ante las Cortes de Aragón, sin previo paso por el Gobierno de la Comunidad.

Poco después, se promulgó la ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho Civil Patrimonial. La disposición final primera de esta ley contenía la autorización al Gobierno de Aragón para que, en el plazo de un año desde su entrada en vigor, aprobará un decreto legislativo que refundiera todas las leyes civiles aragonesas que se acaban de citar, con expresa inclusión del título preliminar de la Compilación, incluyendo la autorización la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales a refundir.

Así se llegó a la aprobación del decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón por el que se aprobaba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el texto refundido de las leyes civiles aragonesas, que al propio tiempo se derogaban.

3. El Derecho aragonés tiene relación y concomitancias con los demás sistemas jurídico-civiles existentes en España, pero de forma muy especial con las demás leyes civiles del Estado y, muy en particular, con el Código civil. Y ello por varias razones.

En primer lugar, porque la competencia legislativa aragonesa sobre Derecho civil no es absoluta, no abarca todo el Derecho civil. Por el contrario, el artículo 149.1.8 de la Constitución comienza estableciendo el principio de que la legislación civil es competencia exclusiva del Estado, aunque sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles forales o especiales por las Comunidades Autónomas allá donde existan. Y el artículo 149.3 sienta también los principios de que las normas estatales prevalecerán sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas; y la de que el derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho autonómico.

Nos encontramos también con el hecho de que la Compilación contenía abundantes remisiones al articulado del Código civil, lo que planteaba la duda sobre el carácter estático o dinámico de las mismas, es decir, si la remisión había que entenderla referida al texto vigente en aquel momento o si las eventuales modificaciones del Código civil modificaban también a su vez el derecho compilado. La duda quedó resuelta por la disposición final de la ley aragonesa 3/1985, al declarar estáticas las remisiones, y ello porque se entendió que en virtud de

la remisión las normas del Código pasaban a ser Derecho de Aragón, que sólo podía ser modificado por el legislador aragonés.

Así lo expresaba la ponencia de la comisión al decir que “... *el futuro Cuerpo legal ha de contener todos los preceptos que, encontrándose hoy su texto en el Código civil, son ya Derecho aragonés en virtud de las remisiones hechas por la ley aragonesa, además de todas aquellos que, coincidan o no con los que el Código dicta para su ámbito de aplicación, sean necesarios o convenientes para la completa regulación de las instituciones civiles comprendidas en la Ley aragonesa.*

En realidad, una legislación autonómica basada en las remisiones a normas de otro legislador o apoyada sustancialmente en la función supletoria del Derecho estatal...sólo es comprensible durante un corto período de tiempo, mientras el legislador autonómico prepara leyes propias que comprendan todas las normas que ésta quiera tener en vigor en el ámbito de sus competencias.

En las materias en que un legislador es competente, debe tender a regularlas en su integridad, sin remisiones a ordenamientos extraños, de tal manera el destinatario de la norma pueda leerla en una sola publicación oficial... de otro modo padece el principio de publicidad de las normas y el de seguridad jurídica.”

En esos párrafos encontramos la razón de la técnica legislativa utilizada para la elaboración de las leyes que, una vez refundidas, conforman el vigente Código del Derecho Foral de Aragón. No encontraremos en ellas remisiones sino que, directamente, se han incorporado cuando ha sido preciso preceptos del Código civil, incluso en su propia formulación literal. Ello es consecuencia de que, por una parte, se partía de la convicción de que la redacción del Código es cuidada y no había razón para modificarla por un puro prurito estilístico, que podría muy bien no ser compartido. Y, por otra, para dejar claro que en cada caso se estaba diciendo precisamente lo que se quería decir, incorporando al Derecho aragonés aquellas normas que encajaban perfectamente en sus principios y evitando las perturbaciones que siempre produce el tener que acudir al Derecho supletorio.

Podemos continuar con el examen de lo que este particular decía la Ponencia General a que nos venimos refiriendo, que explicaba la relación del Derecho aragonés con el Código civil en los siguientes términos:

“Naturalmente, el código civil seguirá siendo aplicable en Aragón en todas aquellas materias que corresponden a la competencia exclusiva del Estado y también, en concepto de supletorio, en aquellas relativas a instituciones que, no estando hoy representadas en la Compilación, tampoco parezca oportuno por el momento regular mediante ley aragonesa.

No se trata, por tanto, de sustituir el Código civil español por otro aragonés -lo que, constitucionalmente, sólo sería posible de manera limitada-, ni de apartarnos del contenido del mismo por un prurito de diferenciación. El Código no ha sido nunca considerado en Aragón como un cuerpo extraño, impuesto o contrario a nuestras concepciones jurídicas. La finalidad no es arrumbarlo o expulsarlo de la vida jurídica aragonesa, sino conseguir, en la forma dicha, que las normas legales de Derecho civil aragonés se encuentren exclusivamente en la Ley aragonesa.”

Junto a la cuestión de las remisiones, hoy en día incorporaciones de preceptos del Código civil a la legislación aragonesa, se encuentra la condición de derecho supletorio que tiene el Código civil. Para centrar el problema hay que tener en cuenta el sistema de fuentes contenido en los tres primeros artículos del Código del Derecho Foral de Aragón.

El primero de ellos nos dice que las fuentes del Derecho civil de Aragón son la ley, la costumbre y los principios generales en los que tradicionalmente se inspira el ordenamiento jurídico. Continúa diciendo que el Derecho civil general del Estado se aplicará como supletorio, sólo en defecto de normas aragonesas y de acuerdo con los principios que las informan.

El artículo segundo se refiere a la costumbre, que tendrá fuerza de obligar cuando no sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés.

Por último, el artículo tercero contempla el principio *Standum est chartae*, piedra angular de nuestro derecho en cuanto que consagra el principio de libertad

civil, estableciendo la primacía del pacto o disposición, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contrario a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés.

Este principio sienta la presunción de supletoriedad de las leyes, que sólo serán aplicables en defecto de pacto en aquellas materias susceptibles de regularse mediante la voluntad manifestada por los particulares.

De esta manera, el derecho supletorio, es decir, el Código civil, sólo se podrá aplicar en defecto de norma aragonesa, incluyendo tanto las legales como las consuetudinarias, y también en defecto de pacto, porque aunque la voluntad de los particulares no es fuente de derecho, si lo son los principios aragoneses, singularmente el principio *Standum est chartae*.

Además, en la aplicación del Derecho supletorio se habrá de ponderar siempre su encaje en relación con la totalidad del ordenamiento aragonés, y por tanto no sólo en relación con la ley aragonesa sino también con la costumbre y los principios generales en los que tradicionalmente se inspira. Por eso en la elaboración de las leyes que conforman el Código del Derecho Foral de Aragón se ha procurado dejar el menor campo posible a la supletoriedad.

En consecuencia, el Código civil será de plena y directa aplicación en Aragón en todas las materias no reguladas por el Derecho aragonés. En la elaboración de las normas aragonesas no se ha pretendido apurar y llevar al máximo el ejercicio de la competencia legislativa de nuestra Comunidad, habiéndose limitado a aquellas materias contempladas en la Compilación, aunque desarrollándolas de la manera que ha parecido más acorde a la evolución social y, sobre todo, a la existencia del nuevo marco constitucional.

A diferencia de lo que ocurre en otros territorios, no se ha sentido en Aragón la necesidad de arrumbar el Código civil, que nunca se ha considerado aquí como un cuerpo extraño. No quiere eso decir que las competencias legislativas de nuestra Comunidad se hayan agotado con la promulgación de las leyes refundidas en el Código del Derecho Foral. Por el contrario, el Tribunal Constitucional ha reconocido en su sentencia 88/1993, de 12 de marzo, que las competencias de la Comunidad, en aplicación del requisito contenido en el artículo 149.1.8 de la

Constitución relativo a los derechos civiles forales o especiales “allí donde existan”, no deben entenderse como limitadas a aquellas instituciones reguladas por la legislación foral o especial a la entrada en vigor de la Constitución.

Dicha sentencia fue dictada para resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Abogacía del Estado contra la ley 3/1988 de las Cortes de Aragón sobre equiparación de los hijos adoptivos, y dice en su tercer fundamento jurídico:

“Sin duda que la noción constitucional de «desarrollo» permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibile identificación de tal concepto con el más restringido de «modificación». El «desarrollo» de los Derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores propios del Derecho Foral”.

Todavía más amplio es el criterio sostenido en los votos particulares formulados por los Magistrados Sres. Viver Pi-Sunyer y González Campos.

Quedan, por lo tanto, ámbitos en los que se podría legislar si los poderes públicos aragoneses así lo decidieran.

La cuestión del Derecho supletorio ha sido estudiada por los juristas aragoneses, de entre los que destaca el Profesor Delgado Echeverría, que la explica en los siguientes términos:

“Como es sabido, para los juristas aragoneses de la época de la codificación (al menos, su inmensa mayoría, expresada a través de las Corporaciones profesionales) el único Derecho supletorio del Derecho aragonés había de ser el Código civil, hasta el punto de que el art. 13 Cc. (derogado en 1974) que así lo estableció procede de una enmienda aragonesa de la Ley de Bases del Código civil formulada en el Congreso por GIL BERGES. Esta postura es consecuencia

del rechazo secular a la recepción del Derecho romano, cuando las circunstancias históricas llevan al convencimiento de que la remisión que en 1247 se había hecho al sentido natural y a la equidad resultaba poco útil para resolver con seguridad los muchos asuntos que los Fueros y Observancias, congelados desde hacía más de un siglo y medio, no abordaron.

Consecuentemente, la Compilación estableció en 1967 que “en defecto de tales normas (es decir la Compilación, integrada con la costumbre y los principios generales tradicionales), regirán el Código civil y las demás disposiciones constitutivas del Derecho general español”. En su momento, esta fue la norma fundamental respecto de las relaciones entre Derecho civil aragonés y el Derecho general español, Código civil incluido. Desde 1974, estas relaciones, respecto del Código civil (no respecto de las demás disposiciones del Derecho general español), venían determinadas también por el art. 13 Cc., que no alteraba en nada la situación fijada por el art. 1º Comp. (ni lo pretendió: vid. art. 2º D. 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se reconoce fuerza de ley al texto articulado del Título Preliminar del Código civil).

El posterior cambio radical no lo opera la reforma del art. 1º Comp. En 1999, sino la Constitución de 1978, que constituye la raíz o fundamento de las relaciones entre un Derecho civil ya competencia de la Comunidad Autónoma y el Derecho estatal. Ahora la norma básica no está (no podría estar) ni en el Código ni en la Compilación (leyes ordinarias de ordenamientos distintos, entre las que no hay relaciones jerárquicas), sino en la Constitución y en el Estatuto de Autonomía, a la vez éste Ley Orgánica del Estado y Norma Institucional básica de la Comunidad Autónoma de Aragón. En la Constitución, es norma clave la expresada al final de su art. 149.3: “El Derecho estatal será, en todo caso, supletorio del Derecho de las Comunidades Autónomas”. En el Estatuto, el ap. 2 del art. 41: “En defecto de Derecho propio, será de aplicación, como supletorio, el Derecho general del Estado.

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

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

En todo caso, el Derecho supletorio se ha de aplicar de acuerdo con los principios que informan las normas aragonesas. Ello es consecuencia del propio sistema de fuentes, y es el criterio que debe aplicarse siempre para conseguir un orden armónico, para que la aplicación del Derecho supletorio no desvirtúe lo que es el verdadero Derecho aragonés.

4. Existen otros aspectos que considerar en las relaciones entre el Código civil y el Derecho aragonés, como es el de la interrelación que se ha dado entre ambos sistemas. Ya hemos visto como ha habido preceptos del Código civil que se han incorporado, muchas veces literalmente, a nuestro Derecho. Pero también el Derecho aragonés ha influido en el Código civil, concretamente en las últimas reformas del mismo. Así, desde 1975 se incorporó la libertad de otorgar capitulaciones matrimoniales antes o después del matrimonio; la posibilidad de los cónyuges de contratar entre sí; la regulación que se hizo en la reforma de 1981 del activo y pasivo de la comunidad conyugal, de la que se ha llegado a decir que probablemente procedía de cabeza y pluma aragonesas; la consideración del mayor de 14 años y la técnica de la asistencia, que ahora se contempla tanto en el propio Código civil como en la Ley de Protección del Menor.

Lo mismo ocurre con otras legislaciones forales.

Desde luego, en los trabajos de la Comisión siempre se ha tenido muy en cuenta la regulación que se había dado en otros territorios, ya que uno de los propósitos de la revisión de los distintos cuerpos legales civiles ha sido su adaptación a la situación social y jurídica existente en la actualidad, señaladamente su concordancia con la Constitución.

El Derecho aragonés tiene relaciones, ya desde antiguo, con el Derecho navarro. No en vano comparten su origen histórico, dado que el fuero de Jaca fue concedido a Estella, Sangüesa y Pamplona, el de Sobrarbe lo concedió Alfonso el Batallador a Tudela. Además, en uno y otro Derecho se observan similitudes, como la regulación del testamento navarro de hermandad, coincidente con el mancomunado aragonés, el usufructo de fidelidad que se asemeja a nuestro Derecho de Viudedad; la mayor libertad de testar; la peculiar configuración de la legítima en uno y otro sistema; etc.

También el Derecho aragonés ha influido en otros territorios, como ha sucedido con la Ley del Derecho Civil Foral Vasco de 1 de julio de 1992 que ha introducido el testamento mancomunado. También Galicia, por Ley del Parlamento Gallego de 24 de mayo de 1995 ha regulado los pactos sucesorios, el testamento mancomunado y el testamento por comisario, emparentado con la fiducia sucesoria.

En sentido inverso, siguiendo la vía abierta por la Comunidad gallega al aprobar la ley sobre recurso de casación foral, haciendo uso de la habilitación competencial que brindaba el último inciso del artículo 149.1.6ª de la Constitución, nos dotamos en Aragón de la Ley 4/2005, de 14 de junio, de Casación Foral Aragonesa, que sin duda está facilitando y habrá de facilitar en el futuro la creación de un sólido cuerpo de doctrina jurisprudencial que facilite la interpretación y aplicación de nuestro Derecho.



LA GUARDA Y CUSTODIA TRAS LA RUPTURA DE LA CONVIVENCIA DE LOS PADRES EN EL DERECHO FORAL ARAGONÉS

Emilio Molins García-Atance

SUMARIO: 1-Presentación. 2- La regulación en el Código Civil y en los restantes derechos civiles españoles. 3- Objeto y finalidad de la regulación. 4- Deber de crianza y autoridad familiar. 5-La adopción preferente, en defecto de pacto, de la custodia compartida. 6- La revisión de las medidas adoptadas con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma. 7- La prevalencia del superior interés del menor o “favor filii”; la adopción de lo que “sea más conveniente” para el menor. 8- La importancia de la “opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años” -art. 80.2.c) CDFFA-. 9- La objeción a la custodia compartida. El problema de la conflictividad entre los progenitores. 10- El previo reparto de funciones como criterio para la atribución de la custodia. 11- La primera infancia-“los años tiernos”- y la interpretación del art. 80.2.a) CDFFA. 12- Primeras conclusiones a los dos años de vigencia de la ley de custodia compartida.

1. Presentación

Ayer, 8 de abril, cumplimos ya dos años y siete meses de vigencia de una de las últimas y más ambiciosas reformas del Derecho civil aragonés¹, la introducida por la Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres de 26 de mayo de 2010, esto es, la llamada ley de custodia compartida, cuyos artículos 1 a 10 aparecen hoy refundidos en el Código del Derecho Foral de Aragón (CDFFA) aprobado por el Decreto

¹ La última de las leyes aprobadas fue la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial.

Legislativo 1/2011, de 22 de mayo, en concreto en los artículos 75 a 84 del Código.

Como es sabido, la aprobación de la ley ha supuesto “configurar la custodia compartida frente a la individual como norma preferente en los supuestos de ruptura de la convivencia entre los padres y en ausencia de pacto de relaciones familiares”².

La regulación ha sido ya objeto de varios estudios doctrinales que constituyen un complemento ineludible del necesariamente limitado alcance de este trabajo.

En todo caso, pretendo exponer los criterios principales en que se asienta la atribución de la guarda y custodia de los menores, y cuál ha sido la interpretación de la ley en estos 31 meses de vigencia, tanto en procedimientos contenciosos como consensuales. Es destacable que en este lapso la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha dictado un total de 33 sentencias sobre custodia de menores hasta el día de hoy³.

En una materia tan controvertida como la custodia compartida el paso del tiempo nos ha ayudado a todos a interiorizar la novedad propuesta por el legislador y a contemplar la custodia compartida con otro prisma, como una medida que va siendo objeto, progresivamente, de una mayor aceptación, y que permite advertir el grado de aplicación de este régimen de convivencia en una situación de ruptura, matrimonial o no matrimonial, en la que la existencia de los hijos supone un vínculo indisoluble, que no va a permitir un definitivo y total distanciamiento de los progenitores⁴. En todos los demás aspectos –patrimoniales– la separación, divorcio o ruptura de convivencia tendrá un punto final, un momento a partir del cual se ponga fin a la relación mantenida. Si hay hijos, eso no será del todo posible. Con razón se ha advertido de la relevancia legal de la procreación y las

² Apartado 10 del preámbulo del Código del Derecho Foral de Aragón

³ En este momento tramitar la apelación y la casación de un asunto se sustancia en un plazo aproximado de un año. Además, se trata ahora mismo de la materia sobre la que versa un mayor número de recursos de casación foral.

⁴ Así lo ha puesto de relieve la psicóloga María Luisa Maestro Perdices en el curso “Consecuencias en los/las menores de la custodia compartida impuesta. Protocolos para la elaboración de los informes periciales en los procesos de familia”, organizado por la Asociación de Juristas Mujeres Themis, Zaragoza, 29 de noviembre de 2012.

consecuencias jurídicas que la nueva regulación anuda a la existencia de hijos a cargo⁵.

2. La regulación en el Código Civil y en los restantes Derechos civiles españoles

La ley de igualdad aragonesa, también llamada ley de custodia compartida supone un relevante avance respecto a la normativa vigente en el Derecho común del Código Civil (CC).

Recordemos que en este texto legal para la determinación del modelo de custodia compartida se precisa, conforme al art. 92.5 CC, el acuerdo de ambos progenitores -el precepto alude a la solicitud de los dos en tal sentido en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a ese acuerdo a lo largo del procedimiento-; y solo “excepcionalmente”⁶, aun sin dicho acuerdo, podrá acordarse esa forma de custodia, pero supeditada a la concurrencia de los siguientes presupuestos: la previa solicitud de uno de los padres, que solo de esa forma se proteja adecuadamente el interés superior del menor y, hasta la STC de 17 de octubre de 2012, que el Ministerio Fiscal emita un informe favorable a dicho tipo de custodia -art. 92.8 CC-.

El Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional y nulo el inciso “favorable” contenido en el art. 92.8 del CC, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, y en los razonamientos de la sentencia expone que “no se puede dudar de que el número 8 del art. 92 del CC es una norma de carácter excepcional, como expresamente lo advierte el precepto, porque la custodia compartida descansa en el principio general de existencia de acuerdo entre los progenitores (número 5 de ese mismo art. 92), de modo que cuando no exista dicho consenso únicamente podrá imponerse si concurren los presupuestos normativos.” En el mismo sentido, en dicha sentencia se alude también al hecho de que en la regulación del CC “una custodia compartida impuesta judicialmente debe ser excepcional conforme a la normativa vigente o, lo que es igual, [...] debe

⁵ Carlos Martínez de Aguirre, “La regulación de la custodia compartida en la Ley de Igualdad”, Foro de Derecho Aragonés, Ed. El Justicia de Aragón, 2011, págs. 171 y 172.

⁶ El sentido de la expresión “excepcionalmente” como medida a adoptar en defecto de acuerdo, y no como criterio excepcional de guarda, se encuentra en la STS de 25 de mayo de 2012.

obligarse a los progenitores [en defecto de pacto] a ejercerla conjuntamente sólo cuando quede demostrado que es beneficiosa para el menor”.

Vemos así que la regulación contenida en el Código Civil resulta más restrictiva que la introducida en Aragón por la ley de igualdad.

La diferencia de regulación aparece analizada en la STSJA de 9 de abril de 2012, en la que se expresa que «son dispares los principios inspiradores del Código Civil y de la Ley de Aragón 2/2010, de 26 de mayo, “de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres”. El Código Civil (artículo 92) parte de entender como más conveniente, con carácter general, el establecimiento de la guarda y custodia a cargo de uno solo de los progenitores, de modo que la posibilidad de establecer la custodia de manera compartida por ambos progenitores exige el acuerdo de ellos, o la concurrencia de circunstancias excepcionales que evidencien que sólo con el establecimiento de la custodia compartida se protege adecuadamente el interés superior del menor⁷.»

Otra singularidad del Derecho civil común, frente a la relación de factores enumerado en el art. 80.2 CDFA, es la ausencia en el Código Civil de un listado de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué

⁷ En esta misma sentencia de 9 de abril de 2012 se indica: “*en materia de guarda y custodia de los hijos en supuestos de crisis de la convivencia de los progenitores, son dispares los principios inspiradores del Código Civil y de la Ley de Aragón 2/2010, de 26 de mayo, “de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres”. El Código Civil (artículo 92) parte de entender como más conveniente, con carácter general, el establecimiento de la guarda y custodia a cargo de uno solo de los progenitores, de modo que la posibilidad de establecer la custodia de manera compartida por ambos progenitores exige el acuerdo de ellos, o la concurrencia de circunstancias excepcionales que evidencien que sólo con el establecimiento de la custodia compartida se protege adecuadamente el interés superior del menor.*

En cambio, el artículo 6 de la citada Ley de Aragón 2/2010, luego literalmente transpuesto en el artículo 80 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA en adelante) ordena que, en interés de los hijos menores, el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta, aparte de otras circunstancias de especial relevancia que puedan concurrir, los factores de edad, arraigo social y familiar de los hijos, y su opinión; así como la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos y sus posibilidades de conciliación de la vida familiar laboral de los padres. Factores para cuya valoración, los mismos artículos 6 de la Ley y 80 del CDFA prevén que, antes de adoptar su decisión, el Juez podrá, de oficio o a instancia de parte, recabar informes médicos, sociales o psicológicos de especialistas relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de los menores.”

circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores⁸.

La STS de 11 de marzo de 2010 menciona, con cita de la del mismo Tribunal de la de 8 de octubre de 2009 los siguientes criterios a tomar en consideración: «la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven».

Respecto a estos criterios, la STSJA de 1 de febrero de 2012, después de enumerarlos con cita de las SSTS de 10 y 11 de marzo y 7 de julio de 2011, indica que “*se traen a colación a efectos de conocimiento de la forma de resolver el conflicto en la comunidad jurídica, y que solo resultan aplicables en derecho aragonés conforme a los parámetros sustantivos y procesales antes expuestos.*”

En Cataluña la regulación vigente se halla en la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código civil de Cataluña⁹, relativo a la persona y a

⁸ Así lo pone de manifiesto Cristina Guilarte Martín-Calero, “Criterios de atribución de la custodia compartida”, Revista para el análisis del derecho Indret, Barcelona, julio de 2010, págs. 11 y ss.

⁹ En la Exposición de motivos de dicho libro que entró en vigor el 1-1-2011, se destacaba como una de las principales novedades el abandono del «... principio general según el cual la ruptura de la convivencia entre los progenitores significa automáticamente que los hijos deben apartarse de uno para encomendarlos individualmente al otro. Por contra, se introduce como norma que la nulidad, el divorcio o la separación no alteran las responsabilidades de los progenitores sobre los hijos. En consecuencia, estas responsabilidades mantienen, después de la ruptura, el carácter compartido y corresponde a la autoridad judicial determinar, si no existe acuerdo sobre el plan de parentalidad o si este no se ha aprobado, cómo deben ejercerse las responsabilidades parentales y, en particular, la guarda del menor, ateniéndose al carácter conjunto de estas y al interés superior del menor.

Se estima que, en general, la coparentalidad y el mantenimiento de las responsabilidades parentales compartidas reflejan materialmente el interés del hijo por continuar manteniendo una relación estable con los dos progenitores. La igualdad de derechos y deberes entre los progenitores elimina las dinámicas de ganadores y perdedores, y favorece la colaboración en los aspectos afectivos, educativos y económicos».

la familia. En él, el artículo 233.10, referente al *Ejercicio de la guarda* dispone en sus dos primeros números:

- 1. La guarda debe ejercerse de la forma convenida por los cónyuges en el plan de parentalidad, salvo que resulte perjudicial para los hijos.*
- 2. La autoridad judicial, si no existe acuerdo o si este no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el art. 233-8.1. Sin embargo, la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo.*

Por su parte, el art. 233.8, sobre *Responsabilidad parental* establece:

- 1. La nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos de acuerdo con el art. 236-17.1. En consecuencia, estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente.*
- 2. Los cónyuges, para determinar como deben ejercerse las responsabilidades parentales, deben presentar sus propuestas de plan de parentalidad, con el contenido establecido por el art. 233-9.*
- 3. La autoridad judicial, en el momento de decidir sobre las responsabilidades parentales de los progenitores, debe atender de forma prioritaria al interés del menor.*

La normativa catalana no resulta tan explícita como la aragonesa acerca de la preferencia como modelo de la custodia compartida. En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña mantiene en su sentencia de 26 de julio de 2012, con cita de su sentencia 13/2012 de 6-2-2012, que: “En efecto, son diversas las resoluciones en las que nos hemos hecho eco de los indudables beneficios para la evolución y desarrollo del niño en las situaciones de conflicto familiar producido por la ruptura matrimonial que, frente a la custodia monoparental, tiene el sistema comúnmente conocido como custodia compartida, desde la primera en

la abordamos específicamente el tema (STSJC 29/2008, a la que siguieron en la misma línea las SSTSJC 31/2008 y 24/2009).

No obstante, ya desde el principio dijimos que no puede afirmarse que la custodia compartida constituya una solución única que valga para todos, sin perjuicio de que ‘de lege ferenda’ pudiera construirse como una solución preferencial (STSJC 29/2008 FJ5), y más adelante tuvimos ocasión de precisar -siempre bajo la vigencia del CF- que el único criterio a tener en cuenta es el del interés del menor en cada caso, de manera que ni la custodia compartida puede ser considerada “una situación excepcional enfront de la custodia monoparental” ni tampoco puede primar sobre ésta (SSTSJC 10/2010 FJ2, 44/2010 FJ3 y 27/2011 FJ8), o, como de forma más clara expusimos en nuestro ATSJC 131/2011 (FJ4) con cita de otros (ATSJC 3 oct. 2011 y 10 nov. 2011, a los que debe añadirse ahora la del ATSJC 22 dic. 2011 FJ3) para inadmitir sendos recursos de casación, “es incierto que en la situación legal que se contempla (la del CF) pueda establecerse una preferencia de la custodia compartida sobre la custodia monoparental por razón del interés del menor”.

Por otra parte en la SAP Barcelona, Sección 12, de 28 de septiembre de 2012, se razona: «El artículo 233-8 del CCCat recoge como criterio prevalente que el divorcio no altera, por sí mismo, el régimen de ejercicio de las responsabilidades parentales que, por su propia esencia y naturaleza, son compartidos por los progenitores».

En Navarra la materia se reguló por Ley foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en caso de ruptura de la convivencia de los padres, en la que no se establece una preferencia concreta por uno u otro modelo. Así, el art. 3.3 de la Ley dispone que *El Juez decidirá sobre la modalidad de custodia más conveniente para el interés de los hijos menores, teniendo en cuenta la solicitud que haya presentado cada uno de los padres, y atendiendo, además de a lo dispuesto en esta Ley Foral, a los siguientes factores:*

- a) *La edad de los hijos.*
- b) *La relación existente entre los padres y, en especial, la actitud de cada uno de los progenitores para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro y, en especial, cooperar entre sí y garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores y sus familias extensas.*

-
- c) *El arraigo social y familiar de los hijos.*
 - d) *La opinión de los hijos, siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años.*
 - e) *La aptitud y voluntad de los padres para asegurar la estabilidad de los hijos.*
 - f) *Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.*
 - g) *Los acuerdos y convenios previos que pudieran existir entre los padres y que estos le hayan justificado.*
 - h) *Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.*

El Tribunal Superior de Justicia de Navarra en su sentencia de 23 de octubre de 2012 razona que «la Ley Foral 3/2011 sobre custodia de los hijos en casos de ruptura de la convivencia de los padres, [...] continúa confiando a la apreciación del juez la elección de la modalidad (compartida o individual) más conveniente para el interés de los hijos, por más que explicita los factores a ponderar en esa decisión y posibilite la atribución de la custodia compartida a petición de uno solo de los padres sin el informe favorable del Ministerio Fiscal [...]».

En la Comunidad Autónoma de Valencia se aprobó la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, y en su art. 5.2 se establece: *Como regla general, atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos.*

El Tribunal Superior de Justicia de Valencia ha señalado en su sentencia de 24 de enero de 2012 que « Dicha regulación, que se encuentra en la línea de adoptar como criterio general, si bien no exclusivo, el de la custodia compartida frente a la individual de los hijos menores y que ha sido adoptada por otros legisladores autonómicos (Ley de las Cortes de Aragón de 2/2010 de 26 de mayo de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres; Ley Foral del Parlamento de Navarra 3/2011, de 17 de marzo sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres;

Ley del Parlamento Catalán num. 25/2010 de 29 de julio del Libro 2ª del Código Civil de Cataluña relativo a la persona y la familia, art. 233.8 y 233.10) es por tanto diferenciada de la establecida en la legislación común, donde en principio se parte, del otorgamiento de la guarda y custodia compartida cuando lo soliciten los padres de común acuerdo, o cuando de modo excepcional, lo solicite una parte y exista informe favorable del Ministerio Fiscal y se fundamente en que únicamente de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor (art. 92.5 ° y 8º del Código Civil).»

3. Objeto y finalidad de la regulación

El objeto figura mencionado en el art. 75.1 del CDFA, y consiste en regular las relaciones familiares en los casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo, incluidos los supuestos de separación, nulidad y divorcio y los procesos que versen sobre la guarda y custodia de los hijos menores.

Se ha destacado en la doctrina¹⁰ que esta normativa supone la plasmación de dos opciones de política legislativa; en primer lugar, hacer depender la aplicación de la regulación a la existencia de hijos comunes a cargo de la pareja; y la segunda opción consistente en unificar el tratamiento de tres situaciones legalmente diferentes: matrimonios, parejas estables no casadas y parejas de mero hecho, de forma que dentro de cada una de ellas la regulación se aplicará si existen hijos a cargo. Así, en los procedimientos de nulidad, separación o divorcio de matrimonios sin dichos hijos, se aplicarán las reglas sobre efectos comunes de la nulidad, separación y divorcio contenidas en el Código Civil¹¹; si de una pareja estable no casada sin hijos a cargo se trata, se aplicarán las normas sobre parejas estables no casadas de los artículos 303 a 315 CDFA; y si es una pareja de mero hecho sin hijos, en ausencia de reglas específicas, se aplicarán las generales.

¹⁰ Carlos Martínez de Aguirre, “La regulación de la custodia compartida en la Ley de Igualdad”, Foro de Derecho Aragonés, Ed. El Justicia de Aragón, 2011, págs. 140 y 141.

¹¹ Por su parte, J. A. Serrano considera que la regulación aragonesa también desplaza las correspondientes normas del Código Civil para los matrimonios regidos por ley aragonesa sin hijos a cargo, y que no es correcto afirmar, sin ningún matiz, que se aplican es tales casos las normas del Código Civil –José Antonio Serrano García, “La custodia compartida aragonesa en la primera jurisprudencia”, Foro de Derecho Aragonés, 2012, ponencia pendiente de publicación–.

El Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha sostenido, al examinar la asignación compensatoria prevista en el art. 83 CDFA que la misma “no tiene, en lo sustancial, una naturaleza y finalidad diferente a la señalada por el artículo 97 del Código civil a la pensión compensatoria, salvo que esta última viene encuadrada entre los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio del matrimonio, en tanto que la asignación aragonesa se aplicará, si se dan los requisitos para ello, en los casos de ruptura de cualquier tipo de convivencia de los padres” –STSJA de 30 de diciembre de 2011, citada también por la STSJA de 11 de abril de 2012–. Sin embargo, en ambos casos se trataba de matrimonios con hijos a cargo, siendo esa circunstancia un presupuesto de aplicación de la normativa aragonesa.

En la materia que nos ocupa, de la custodia compartida y la preferencia legal prevista en el art. 80.2 CDFA, conviene también examinar si es precisa la previa convivencia de los progenitores. En este sentido, y a favor de una posible aplicación a las relaciones de los hijos con padres no convivientes, se ha señalado¹² que el art. 1.1 de la ley –actual 75.1– menciona literalmente, dentro del objeto de la normativa, la regulación de las relaciones familiares, entre otros casos, en los procesos que versen sobre guarda y custodia de los hijos menores; y que el art. 57 de la Ley 13/2006 –art. 60 CDFA–, de carácter general, situado dentro de los efectos generales de la filiación, reconoce el derecho del hijo a relacionarse con ambos padres, aunque vivan separados, debiendo el Juez adoptar las medidas necesarias con vistas a la efectividad de la relación personal, especialmente cuando los padres vivan separados. Y en esta situación, hay que distinguir entre aquellas reglas de la ley de igualdad cuya *ratio iuris* es la relación entre padres e hijos, de aquellas otras en las que la *ratio iuris* sea la situación de convivencia, de forma que solo las primeras serían de aplicación al caso de padres no convivientes con hijos a cargo¹³.

¹² Carlos Martínez de Aguirre, “La regulación de la custodia compartida en la Ley de Igualdad”, Foro de Derecho Aragonés, Ed. El Justicia de Aragón, 2011, págs. 136 y 137.

¹³ Por su parte, Manuel Ferrer Andrés se muestra también partidario de aplicar la Ley a los supuestos en que no exista previa convivencia, en “Algunas ideas procesales y sustantivas de las sentencias de primera instancia de Zaragoza, en los dos primeros años de preferencia en la custodia compartida”, co Ponencia pendiente de publicación de la sesión del Foro del Derecho aragonés sobre “Custodia compartida en Aragón”, 12 de noviembre de 2012.

Finalmente, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha tenido ya oportunidad de examinar si los preceptos contenidos en la Sección que ahora analizamos son o no de aplicación a los supuestos en los que no ha habido convivencia de los progenitores, razonando que las expresiones literales contenidas en la denominación de la Ley 2/2010, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, las del preámbulo en el mismo expresado sentido¹⁴ y el objeto previsto en el art. 75.1 de *regular las relaciones familiares en los casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo*, [...] «permitirían sostener que quedan fuera del ámbito de aplicación de dichos preceptos tales situaciones de falta de convivencia previa. Ahora bien, si no parece dudoso que ello vale para determinadas reglas, como la del artículo 83 (asignación compensatoria) no se aprecia fundamento para excluir, *a priori*, la aplicabilidad de otras que atienden al derecho de los hijos a relacionarse con los padres y el de éstos a la igualdad en sus relaciones con sus hijos. En estas otras normas, no hay razón que abone la consideración de la previa convivencia como presupuesto necesario. Ello no significa que esa ausencia de convivencia entre los padres y de éstos conjuntamente con sus hijos, no pueda tenerse en cuenta a la hora de determinar qué es lo más conveniente al interés del menor¹⁵.» -STSJA de 25 de marzo de 2013-.

Además, será necesario que el menor sea de vecindad civil aragonesa, a tenor de lo dispuesto en el art. 9.4 CC, conforme al cual las relaciones paterno filiales se regirán por la ley personal del hijo. En este sentido cabe citar las sentencias del TSJA de 13 de julio de 2011 y 21 de diciembre de 2012. En esta última se resolvió sobre una modificación de medidas en la que en las dos instancias se había acordado conceder al padre la guarda y custodia del hijo menor de edad, y la madre recurrente invocó la inaplicación al caso de la regulación aragonesa porque ambos progenitores no ostentaban la vecindad civil aragonesa¹⁶. A ello

¹⁴ «[...]recoge y refuerza el principio del interés superior de los menores en relación con las consecuencias de la ruptura de convivencia de sus progenitores.»

¹⁵ Conviene precisar, no obstante, que la sentencia confirmó la custodia individual a favor de la madre que había sido acordada en la instancia, pero la *ratio decidendi* de dicha resolución no fue que no se consideraran aplicables las normas aragonesas sobre custodia compartida por falta de convivencia de los progenitores, sino que el resultado de la prueba había aconsejado en ese caso adoptar en interés de la menor la custodia individual frente a la compartida solicitada por el recurrente.

¹⁶ La recurrente argumentó que el litigio había de resolverse conforme al derecho común al que

se contestó, en primer lugar, que lo relevante para la adopción de la medida de custodia no es la vecindad civil de los padres, sino la del hijo por tratarse de un efecto propio de las relaciones paterno-filiales –art. 9.4 CC–, y se razonó también que la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida trascendía de la concreta cita de los preceptos del CDFA, porque se sustentaba en un principio, el interés superior del menor o *favor filii*, que informa todo el ordenamiento, tiene carácter de orden público y debe guiar la adopción de cualquier medida en una situación de ruptura de la convivencia de los progenitores, con independencia del derecho personal que resulte de aplicación conforme a las normas de conflicto.

Conviene precisar no obstante¹⁷ que no cabe descartar casos en los que, por ser los hijos de vecindad civil aragonesa, haya que aplicar a la guarda y custodia y cuestiones conexas la ley aragonesa, mientras que las relaciones entre los miembros de la pareja rota pueden estar regidas por una ley distinta, por aplicación de las normas de conflicto del Derecho interregional privado.

Por otra parte, la finalidad perseguida por la nueva regulación aparece mencionada en el actual art. 75.2 del Código: *La finalidad de esta Sección [Sección 3ª del Capítulo II, Libro II, del CDFA] es promover, en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, unas relaciones continuadas de éstos con sus hijos, mediante una participación responsable, compartida e igualitaria de ambos en su crianza y educación en el ejercicio de su autoridad familiar. Asimismo, pretende que los hijos mantengan la relación con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas.*

4. Deber de crianza y autoridad familiar

El deber de crianza y educación de los hijos menores no emancipados, así como la adecuada autoridad familiar para cumplirlo, corresponde a ambos padres –art. 63.1 CDFA–. Respecto a ellos se ha considerado que el deber de crianza “es una función previa a la autoridad familiar, que sirve a ésta como fundamento y medida. La autoridad familiar se configura como el poder adecuado, como

remite, como norma de conflicto, el art. 16.1, en relación con el 9.1 del CC.

¹⁷ En este sentido se pronuncia José Antonio Serrano García, “La custodia compartida aragonesa en la primera jurisprudencia”, Foro de Derecho Aragonés, 2012, ponencia pendiente de publicación.

un medio para el cumplimiento del deber de crianza y educación del menor. La autoridad familiar no es un derecho subjetivo sino *una función inexcusable que se ejerce personalmente, sin excluir la colaboración de otras personas, y siempre en interés del hijo* (art. 64).¹⁸

En cuanto al contenido, el art. 65.1 CDFa dispone: *La crianza y educación de los hijos comprende para quienes ejercen la autoridad familiar los siguientes deberes y derechos:*

- a) Tenerlos en su compañía. El hijo no puede abandonar el domicilio familiar o el de la persona o institución a que haya sido confiado, ni ser retirado de él por otras personas.*
- b) Proveer a su sustento, habitación, vestido y asistencia médica, de acuerdo con sus posibilidades.*
- c) Educarlos y procurarles una formación integral. Corresponde a los padres decidir sobre la educación religiosa de los hijos menores de catorce años.*
- d) Corregirles de forma proporcionada, razonable y moderada, con pleno respeto a su dignidad y sin imponerles nunca sanciones humillantes, ni que atenten contra sus derechos.*

En una situación de ruptura de la convivencia de los padres, el art. 76 CDFa contempla una serie de derechos y principios. Entre estos últimos destacan los principios de libertad de pacto, de información recíproca y de lealtad en beneficio del menor. El art. 76.4 menciona el derecho del hijo menor de edad a ser oído antes de adoptar cualquier decisión que afecte a su persona, siempre que tenga suficiente juicio, y en todo caso si es mayor de doce años –arts. 76.5 y 6 CDFa–.

Por otra parte, la ruptura no afectará a los derechos y obligaciones propios de la autoridad familiar –art. 76.1–; el beneficio o interés del menor es el criterio que rige para adoptar cualquier decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad –art. 76.2–; y en las relaciones familiares derivadas de la ruptura de la convivencia de los padres se respetarán los siguientes derechos –art. 76.3–:

- a) Los hijos menores de edad tendrán derecho a un contacto directo con*

¹⁸ Así la define María Ángeles Parra Lucán, en “Manual de Derecho civil aragonés”, (dir. Delgado), El Justicia de Aragón, 2012, pág. 171.

sus padres de modo regular y a que ambos participen en la toma de decisiones que afecten a sus intereses como consecuencia del ejercicio de la autoridad familiar.

b) Los padres, respecto de sus hijos menores de edad, tienen derecho a la igualdad en sus relaciones familiares.

Este último derecho, de igualdad de los padres, tiene su plasmación más clara en la preferencia atribuida por la ley a la custodia compartida, a tenor de lo dispuesto por el art. 80.2 CDFA¹⁹.

Por otra parte, en la STSJA de 25 de marzo de 2013 se indica que «El art. 76.3 del CDFA concreta en el derecho aragonés de la persona el principio de igualdad del artículo 14 CE. Se pretende con ello impedir un trato desigual ante situaciones idénticas, que no sea razonable ni esté razonado. Es decir, no se trata de establecer una igualdad a ultranza, pues a ella se superpone siempre el interés del menor cuya atención puede exigir un trato desigual de los progenitores. En el preámbulo del Código se señala como una de las razones de la opción legal, la de permitir una mejor aceptación, por parte de los hijos, de la nueva situación familiar, lo que parece partir de la base (inexistente en el caso que nos ocupa) de que ha habido una situación familiar anterior en la que los hijos gozaban de la convivencia con sus padres conjuntamente. Y ello se alcanza a través de la previsión del artículo 80.2, que incorpora un cambio en el sistema tradicional de custodia individual, normalmente a favor de la madre.»

5. La adopción preferente, en defecto de pacto, de la custodia compartida

Se trata de una clara preferencia legal²⁰ que se regula en el art. 80.2, dentro de la Subsección referente a las medidas de aplicación en defecto del pacto de relaciones familiares.

Es un mandato dirigido al Juez y opera en defecto de acuerdo –sujeto en este ámbito, no obstante, a la aprobación del Juez, previa audiencia del Ministerio

¹⁹ Véase, en este sentido, María Ángeles Parra Lucán, en “Manual de Derecho civil aragonés”, (dir. Delgado), El Justicia de Aragón, 2012, pág. 180.

²⁰ Carlos Martínez de Aguirre, op. Cit., pág. 149; María Ángeles Parra, op. Cit., pág. 182; y también José Antonio Serrano, op. Cit.,

Fiscal, en garantía de los derechos y principios recogidos en el art. 76 (art. 77.4 CDFA).

Pese a ello, la relevancia de esta opción del legislador es enorme por el doble efecto de las normas dispositivas que se ha puesto ya de manifiesto por parte de la doctrina²¹; como supletorias de la voluntad de las partes, pero también como determinantes de la posición negociadora de los progenitores –*negociación a la sombra de la ley*–.

Los criterios fundamentales sentados por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para interpretar dicha preferencia legal están sistematizados en la sentencia de 1 de febrero de 2012, que ha sido citada en numerosas resoluciones posteriores: “En sentencias de esta Sala dictadas en aplicación de la Ley 2/2010, cuyos preceptos han sido incorporados al Código de Derecho Foral de Aragón, se han establecido los siguientes criterios exegéticos acerca de dichas normas:

- a) *La custodia compartida por parte de ambos progenitores es el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su personalidad, de modo que se aplicará esta forma de custodia siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin (Sentencia de 30 de septiembre de 2011);*
- b) *El sistema no es rígido, salvo en un mandato que dirige al juez: el superior interés del menor (Sentencia de 13 de julio de 2011);*
- c) *Podrá establecerse un sistema de custodia individual, cuando éste resulte más conveniente para dicho interés, a cuyo efecto habrá de evaluar los parámetros establecidos en el art. 80.2 del Código (Sentencias citadas y la de 15 de diciembre de 2011);*

Conforme al art. 80.2 CDFA estos factores son los siguientes:

El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores:

²¹ En este sentido, de manera muy esclarecedora, y previendo lo que ha supuesto la aplicación práctica de la ley, Carlos Martínez de Aguirre, op. Cit., pág. 146.

-
- a) *La edad de los hijos.*
 - b) *El arraigo social y familiar de los hijos.*
 - c) *La opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años.*
 - d) *La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos.*
 - e) *Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.*
 - f) *Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.*
 - d) *La adopción de la custodia individual exigirá una atenta valoración de la prueba que así lo acredite -la conveniencia para el menor- frente al criterio preferente de la custodia compartida, al que el precepto legal otorga tal preferencia en interés de los hijos menores (Sentencia de 15 de diciembre de 2011).*

Para adoptar la decisión, en cada caso, será relevante la prueba practicada, especialmente los informes psicosociales -art. 80.3 CDFA- obrantes en autos, y la opinión de los hijos menores, cuando tengan suficiente juicio -art. 80.2 c) CDFA-. Por último, el Tribunal que acuerde apartarse del sistema preferentemente establecido por el legislador debe razonar suficientemente la decisión adoptada”.

Además, se ha expresado: “siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias, la prueba deberá ser dirigida a acreditar que la custodia individual es la más conveniente y sólo entonces se otorgará” – sentencia de 18 de abril de 2012, nº 17/2012, (recurso 31/2011), y sentencia de 27 de noviembre de 2012–.

Finalmente, los apartados 4, 5 y 6 del art. 80 CDFA disponen:

- 4. *Salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos.*
- 5. *La objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor.*
- 6. *No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un*

proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

6. La revisión de las medidas adoptadas con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma

En este punto la ley de igualdad contempló algunas previsiones de derecho transitorio que se han demostrado muy acertadas y figuran en este momento en la disposición transitoria sexta del CDFA: *Revisión de convenios reguladores y de medidas judiciales*

- 1. Las normas de la Sección 3ª del Capítulo II del Título II son de aplicación a la revisión judicial de los convenios reguladores y de las medidas judiciales adoptadas con anterioridad al 8 de septiembre de 2010, fecha de entrada en vigor de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres.*
- 2. La solicitud de custodia compartida por uno de los progenitores es causa de revisión de los convenios reguladores y de las medidas judiciales adoptadas bajo la legislación anterior durante un año a contar desde el 8 de septiembre de 2010.*

En aplicación de las mismas el TSJA ha expresado en sentencia de 18 de abril de 2012 que ante la innovación que introdujo en Aragón la Ley 2/2010 que establecía como preferente la custodia compartida respecto del régimen preferencial del Código Civil, antes aplicable en Aragón, «la propia norma aragonesa, en la Disposición Transitoria Primera, otorgó a la petición de aplicación de su régimen el rango de causa de revisión de las medidas previamente adoptadas respecto de la guarda y custodia, y ordenó que las revisiones que se hicieran de los convenios reguladores o de las medidas judiciales adoptadas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley se sujetaran a las disposiciones contenidas en ella.

La posibilidad ofrecida por la Disposición transitoria primera se configura así como un cauce de revisión que, evidentemente, no supone una causa de

revisión automática y obligatoria, como también reconoce el recurrente, pero permitía solicitarla en el plazo de un año para todas las medidas adoptadas antes de la entrada en vigor de la ley sin necesidad de que se hubiera producido una alteración sustancial en las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción. El legislador aragonés parte, implícitamente, de que en el régimen vigente con anterioridad la custodia compartida era excepcional y no se contemplaba como la más beneficiosa para los hijos menores, a diferencia de la regulación actual, razón por la que se permitía que fueran sometidas a revisión aquellas medidas con sujeción, naturalmente, a la adecuada valoración de las circunstancias por parte de los tribunales.»

Y pasado el año de vigencia de la nueva regulación, deja de ser causa de revisión de las medidas acordadas la mera solicitud de custodia compartida, de forma que a dicha revisión, como a la de cualquier otra medida, le es de aplicación el precepto del art. 79.5 CDFA. Por tanto «la norma contenida en la Disposición Transitoria no establece un plazo preclusivo para ejercitar la pretensión de custodia compartida, [...] sino que opera en el único sentido de excluir, en ese período de tiempo, la exigencia de que se acredite un cambio relevante de circunstancias.» -STSJA de 13 de marzo de 2013 que examinó un supuesto en el que el hecho de haber pasado la menor de niña (10 años) a adolescente (14 años) constituía un cambio de circunstancias que justificaba la adopción de la custodia compartida, aun deducida esta solicitud después de transcurrido el año de la entrada en vigor de la ley de igualdad-.

7. La prevalencia del superior interés del menor o *favor filii*; la adopción de lo que sea “más conveniente” para el menor

En este punto, el criterio último de decisión es, o debe ser, en realidad el mismo con independencia de la vecindad civil del menor.

Así, en la sentencia de la Sala de 21 de diciembre de 2012 se destaca la importancia del interés superior del menor o *favor filii*, que informa todo el ordenamiento, recordando conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional que opera, precisamente, como «contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor. Cuando el ejercicio de

alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de éste –STC nº 176/2008, de 22 de diciembre de 2008; y en igual sentido, la reciente STC, Pleno, de 17 de octubre de 2012 que declara inconstitucional el inciso “favorable” contenido en el art. 92.8 del Código Civil -.

Ello es consecuencia de lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, recomendación 14 de la Carta Europea de los Derechos de la Infancia de 21 de septiembre de 1992 , en el artículo 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el artículo 11.2 de la Ley Orgánica de Protección del Menor de 15 de enero de 1996 –además de los preceptos del Derecho aragonés mencionados por las sentencias de instancia y de los arts. 3.3.a) y c), 4, 13, 21 y 46.i) de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón–.

En definitiva, se trata de un principio general que tiene carácter de orden público –por todas, STS de 12 de mayo de 2012– y que debe guiar la adopción de cualquier medida en una situación de ruptura de la convivencia de los progenitores, con independencia del derecho personal que resulte de aplicación conforme a las normas de conflicto.»

8. La importancia de la “opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años” –art. 80.2.c) CDFa–

8.1. Forma en que debe ser oído el menor

Una primera cuestión que se ha planteado es la forma en que debe ser oído el menor –necesariamente por el Juez o la Sala de apelación, o bien por otro cauce distinto–.

En la sentencia del TSJA de 19 de octubre de 2012 se examinó una solicitud de declaración de nulidad de la sentencia de segunda instancia, y que se retrotrajeran las actuaciones a fin de que la Audiencia oyera a una menor que contaba diez años y nueve meses en el momento de dictarse sentencia de apelación.

En fundamento de esta petición se citaron el artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño, el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor y el artículo 6 del Código del Derecho Foral de Aragón (C DFA). Y asimismo, en el acto de la vista del recurso, se aludió al artículo 20 C DFA.

Dichos preceptos, se argumentó, garantizan «el derecho del niño a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, teniendo en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez, para lo que se le dará la oportunidad de ser escuchado.»

Sin embargo, el Tribunal entendió que «No se exige que se practique la exploración judicial del menor mediante audiencia directa por el juez, pues se prevé que exprese su opinión directamente o por medio de representante, conforme a las normas del procedimiento de la ley nacional.» Y asimismo se razonó que «El artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor enuncia el derecho del menor “a ser oído...en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social”. Se especifica que “en los procedimientos judiciales las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación..., cuidando de preservar su intimidad”. Se expresa, por lo tanto, el derecho del menor a ser oído, pero tampoco se exige que se practique mediante audiencia directa por el juez pues en el apartado 2 se prevé que pueda ejercitar este derecho por sí mismo, o a través de representante u otras personas que por su profesión o especial relación de confianza puedan transmitir su opinión objetivamente. En el apartado 3 se exige que cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de representante, la denegación de la audiencia será motivada.»

En conclusión, se indicó que «de los preceptos citados se desprende la necesidad de que en los casos que se indican los menores sean oídos y que su opinión sea tenida en cuenta siempre que tengan suficiente juicio, lo que ha sido debidamente cumplido mediante la intervención de los profesionales citados. Por el contrario, no cabe elevar a la categoría de derecho fundamental del niño la necesidad de ser explorado de forma directa por los tribunales en todos los casos, con la consecuencia de entenderse infringido el derecho a la

tutela judicial efectiva en el supuesto de no hacerse así, pues no se deduce tal derecho absoluto de los indicados preceptos.»

En el caso allí examinado se trataba de una menor cuya opinión fue escuchada en cuatro ocasiones por profesionales que trasladaron al tribunal su criterio, que fue expresamente valorado en ambas sentencias.

Por otra parte, en otro supuesto en el que se discutía si la Sala de apelación debía haber practicado de oficio, ex art. 80.3 CDFA, la exploración de un menor de 10 años de edad, se argumentó que debía rechazarse tal interpretación «pues los tribunales, atendiendo a las circunstancias específicas de cada caso, podrán acordar lo que estimen más oportuno en orden al mejor conocimiento de tales circunstancias, debiendo interpretarse que si no lo hacen así es porque tienen los suficientes elementos de juicio para adoptar la resolución que corresponda. Se trata, pues, de una facultad que los tribunales habrán de utilizar a su mejor arbitrio y sin perjuicio de las posibilidades de petición de prueba de todas las partes.»

8.2. Relevancia de la opinión del menor

Una segunda cuestión a examinar es la importancia y alcance que se le debe dar a esa opinión.

Se trata de un criterio que va adquiriendo progresivamente una mayor relevancia. Sin llegar a ser necesariamente determinante de la decisión del Juez, será un factor que siempre habrá que ponderar para decidir el tipo de custodia o, con mayor amplitud, el tipo y forma de comunicación entre progenitor e hijo.

Dependerá, por supuesto, de la edad y madurez de los menores.

En este sentido, en sentencia de 25 de marzo de 2013 del TSJA se expresó que «la preferencia manifestada por una niña de once años de edad siempre ha de ser tomada con prudencia, pero es al juzgador de instancia a quien corresponde ponderar su capacidad y grado de discernimiento, que es lo que se ha hecho en el supuesto que examinamos. Sucede, además, que la decisión finalmente adoptada no solo se apoya en el manifestado deseo de la niña, sino también en el informe pericial, que recomienda que aquella permanezca con su madre [...] En suma, ha primado el interés de la menor, que en el caso coincide con el mantenimiento del

statu quo; con su estabilidad.»

Y también se ha razonado que : « La opinión de los menores resulta relevante a la hora de decidir sobre su forma de vida futura, aunque habrá de ser valorada juntamente con los demás factores que expresa el precepto citado. No es la voluntad que decide el litigio, ya que se trata de personas en formación, que conforme al art. 5 del CDFA no tienen plena capacidad de obrar, pero esta expresión es un factor de relieve a la hora de adoptar la decisión.» –STSJA de 24 de julio de 2012–.

En otro supuesto se dijo: «La opinión de las menores, recogida a través de los informes periciales, ha sido valorada en la sentencia de apelación como uno de los factores indicados en el artículo 80.2 del CDFA, que no lo señala como preferente sino como uno más de los que deben ser tenidos en cuenta ponderadamente por los tribunales para la adopción del régimen de custodia.» –STSJA de 19 de octubre de 2012–.

Y en otro caso en el que se había realizado la exploración de la menor, de 10 años de edad, se indicó: «De ella deduce que se trata de una niña madura, reflexiva y sensible, que ha mostrado una clara preferencia a la estancia con su madre, opinión que el Tribunal de segunda instancia considera como un dato a tener en cuenta, juntamente con el resto de las pruebas.» –STSJA de 1 de febrero de 2012–.

Por otra parte se deberán analizar las razones expuestas por el menor para justificar su preferencia o los motivos de rechazo de un tipo de custodia.

Así, en la sentencia ya citada de 19 de octubre de 2012 el hecho de que la menor, de diez años de edad, no hubiese aceptado la nueva familia creada por su padre con otra pareja y la hija de esta, aunque intentara adaptarse a la nueva situación, no se consideró en la sentencia recurrida «como un capricho de la menor sino una toma de postura personal que responde a sus propios sentimientos, y que parece que las niñas están más unidas sentimentalmente a la madre por lo que se considera que la custodia compartida supondría imponer a la hija mayor, alcanzando el mismo régimen a la menor, un nuevo factor de sufrimiento personal que no le conviene para el desarrollo de su personalidad, por lo que choca con el interés de las menores de acuerdo con los factores señalados al efecto por el artículo 80.2 –la opinión de los hijos, el arraigo familiar y cualquier otra

circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia-»

Finalmente, a mayor madurez, mayor relevancia de la opinión expresada por el menor. Así, en la sentencia de 12 de marzo de 2013 la Sala argumentó que «La situación de un menor de más de doce años de edad –con la relevancia que a ello otorga el art. 6 CDFa-, e incluso mayor de catorce años, es bien distinta de la de un menor de corta edad que no tiene capacidad suficiente para organizar y decidir por sí solo la forma de comunicarse, visitar y relacionarse con sus progenitores.

En efecto, en este último caso puede ser preciso concretar los cauces para facilitar el contacto paternofamiliar, aunque no necesariamente convendrá establecer, en todos los supuestos, un régimen mínimo de comunicaciones telefónicas –así se entendió por esta Sala en sentencia de 13 de julio de 2012, en la que se consideró que del texto del art. 79.2.a) CDFa no se deriva la necesidad de que el juzgador determine el modo y frecuencia con la que han de verificarse las llamadas; en el caso allí enjuiciado se alegaba por el padre que la madre no atendía las llamadas que realizaba el padre desde el extranjero e impedía la comunicación de este con sus hijos, y aunque se entendió que esa circunstancia no había quedado acreditada, no se accedió a una determinación del modo y frecuencia con que habían de verificarse las llamadas–.

Sin embargo, la valoración es diferente si nos hallamos ante un mayor de catorce años. Así, en la sentencia de este Tribunal de 16 de octubre de 2012, en un supuesto en el que se había acordado que el régimen de visitas del padre con sus hijas gemelas de quince años de edad fuese el que libremente decidieran de común acuerdo entre ellos, se razonó que no debía imponerse un sistema rígido de visitas en contra de la voluntad de unas menores que contaban ya quince años, y que este acuerdo adoptado en la instancia no infringía los artículos 59 y 60 CDFa.»

9. La objeción a la custodia compartida. El problema de la conflictividad entre los progenitores

Se ha discutido si la conflictividad es o no, legalmente, un factor a considerar para la concesión o no de la custodia compartida.

Se trata de una circunstancia que se presenta con cierta frecuencia y que suscita si debe ser o no un factor a considerar para la concesión de la forma de custodia. Desde luego, la mera objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual no es base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor -art. 80.5 CDFA-.

Con carácter general se ha razonado que « la conflictividad existente entre los progenitores [...] en absoluto infrecuente en las rupturas de convivencia, puede dificultar el normal desarrollo de las relaciones familiares, pero este inconveniente se puede producir no solo en los casos de custodia compartida, sino también en los de custodia individual a favor de uno de los progenitores con fijación de un régimen accesorio –y preceptivo- de visitas con el progenitor no custodio –art. 80.1, párrafo tercero CDFA-. Por ello el enfrentamiento entre los padres no constituye un argumento que permita rechazar por sí solo la custodia compartida, como ya argumentamos en nuestra sentencia de 9 de febrero de 2012, salvo que se den circunstancias excepcionales que en este caso no concurren, porque dicha dificultad se dará en uno y otro caso, al constituir siempre un obstáculo para el normal desarrollo de las relaciones familiares que la norma pretende promover y regular –art. 75 CDFA-.» –STSJA de 28 de septiembre de 2012–.

En la sentencia de 18 de enero de 2013 se examinó un caso en el que se había denegado la custodia compartida y se discutía la relevancia de la conflictividad entre los progenitores. Pues bien, se razonó que existía « una situación de conflictividad causada fundamentalmente por el comportamiento del padre. Y en la medida en que la conflictividad es de tal intensidad que puede tener una relevante influencia negativa en el interés del menor, puede y debe ponderarse como un factor más a tener en cuenta en punto a la decisión sobre el régimen de custodia. Aunque se prescindiera de la evidente situación de enfrentamiento como parámetro a tener en cuenta para denegar la custodia compartida, la Sentencia se ha apoyado también en otras pruebas, básicamente en el informe psicológico donde a su vez se ha recogido la opinión de la niña.»

Sobre esta cuestión, en un supuesto en el que, según los informes periciales ambos progenitores se hallaban igualmente capacitados para asumir la guarda y custodia de los menores, la sentencia de primera instancia había denegado

la guarda y custodia por la edad de las menores, la conflictividad entre los progenitores y la judicialización de sus relaciones; sin embargo, la Audiencia, respecto a este concreto factor –el recurso de apelación fue, no obstante, desestimado– consideró que «la mala relación entre los cónyuges no puede ser, por sí misma, un obstáculo para adoptar la custodia compartida, porque también lo sería para el régimen de visitas, y lo más beneficioso para las menores es que se relacionen con ambos progenitores aunque los adultos se lleven mal personalmente; que en el supuesto enjuiciado el mal entendimiento personal y su animadversión, e incluso enemistad, no llega a un grado de conflictividad tal que imposibilite la custodia compartida, como tampoco impide el régimen de visitas»; finalmente, la Sala no consideró la valoración de la prueba arbitraria o ilógica –STSJA de 19 de octubre de 2012–.

En otro caso en el que se otorgó la custodia de las menores a la madre, la Audiencia razonó que «según el informe de la psicóloga adscrita al juzgado de familia, al que la Sala estará por su independencia y objetividad, las niñas se encuentran bien adaptadas a su entorno y circunstancias actuales, teniendo adecuadamente satisfechas sus necesidades, tanto de tipo emocional como a nivel educativo y de crianza, salvo en lo que respecta al conflicto parental, pues a nivel familiar se ven inmersas en la continua conflictividad y tensión existente entre los progenitores, situación que ha generado en ellas, especialmente en C., sentimiento de insatisfacción y malestar, con repercusión negativa en el mantenimiento de un satisfactorio vínculo paterno-filial, aconsejando la psicóloga una intervención terapéutica con esa menor»; «ambas hijas refieren un cierto deterioro y distanciamiento con su padre, señalando que no les resultan gratificantes los periodos de tiempo y actividades que comparten con éste y su entorno familiar, quejándose de la actitud mantenida por su padre de transmisión de informaciones relacionadas con el procedimiento judicial, así como de verbalizaciones negativas sobre su madre»; «las dos están especialmente unidas a ella, quien representa para las mismas la principal figura de su mundo afectivo, recogiendo la psicóloga su desacuerdo con la solicitud paterna de una guarda y custodia compartida y su deseo de permanecer con su madre».

Pues bien, la Sala de Casación entendió que «tales argumentaciones no resultan arbitrarias ni contrarias a criterios de lógica, sino que son el fruto del análisis ponderado de la prueba practicada, cuya valoración corresponde a

los tribunales de instancia. De esta forma, habiendo explicitado la sentencia recurrida las razones que conducen a mantener la custodia individual de las menores a favor de la madre, queda justificado el abandono del criterio general respecto a la decisión adoptada, en beneficio e interés de las menores de edad.» –STSJA de 27 de febrero de 2013–.

Se analiza también el problema de la conflictividad en las sentencias de 9 de febrero de 2012, 24 de septiembre de 2012, 4 de enero de 2013.

El Tribunal Superior de Justicia de Navarra en su sentencia de 23 de octubre de 2012 razona que « Es cierto que la fluidez de las relaciones personales de los progenitores no es un presupuesto legal del régimen de custodia compartida , ni siquiera una rígida e inflexible exigencia jurisprudencial o doctrinal para su adopción, como también lo es que no toda conflictividad representa un impedimento para adoptarla. El Tribunal Supremo tiene declarado (ss. 22 julio 2011 y 9 marzo 2012) que “ las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida “. Pero también ha dicho que esas relaciones “ se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor “, que es lo que sucede en casos de extrema o grave conflictividad entre progenitores o de nula o muy difícil comunicación entre ellos (cfr. ss. 25 junio y 31 julio 2009, 3 y 8 marzo y 20 diciembre 2010, 16 junio 2011 y 6 febrero 2012, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña), en que la aplicación del sistema de custodia compartida puede comprometer la estabilidad y el desarrollo psicoafectivo y emocional de la menor, que es lo que en el supuesto de autos temen los informes periciales emitidos».

10. El previo reparto de funciones como criterio para la atribución de la custodia

La distinta -y frecuente- asignación de tareas dentro del matrimonio o relación de pareja, en que la madre asume en muchos casos la función de cuidado de los hijos y el padre la de sustento, plantea en ocasiones si la misma debe condicionar o no, tras la ruptura, la decisión sobre el tipo de custodia de los menores.

Sobre esta cuestión el TSJA, en sentencia de 15 de diciembre de 2011, ha descartado que si durante el tiempo de convivencia no ha habido una distribución tendencialmente igualitaria del tiempo de dedicación a los hijos, solo uno de los padres pueda estar en condiciones de hacerse cargo de su custodia; y se ha razonado que de lo contrario «incluso en aquellos supuestos en que, trabajando ambos progenitores fuera del hogar y con colaboración de ambos en las tareas domésticas y de cuidado de los hijos, uno de ellos (en muchos casos la madre) haya dispuesto de más tiempo al cuidado de los hijos, se concluirá siempre que el otro progenitor no podrá optar nunca a asumir un régimen de custodia compartida. Tal idea resulta un prejuicio y, al mismo tiempo, una contradicción con el régimen de cuidado de los hijos asumido por la pareja durante el tiempo de convivencia: lo que ha sido admitido en ese período, asumiendo cada miembro roles sociales habituales en cada época, resultaría un antecedente negativo. Al contrario, deberá ser la prueba demostrativa de la falta de aptitud, capacidad y disposición, la que podrá determinar la atribución de la custodia individual, sin que quepa presumir incapacidad para el futuro. Sólo la ausencia de atención que derive en perjuicio para el hijo debe hacer decaer la custodia compartida.»

En otro caso se había valorado en la instancia la escasa concreción del padre para determinar la organización cotidiana del cuidado del menor, sin delegar en terceras personas. Y el Tribunal argumentó que «Tampoco esta circunstancia debe resultar concluyente en una situación de disolución del matrimonio y consiguiente cese de la convivencia, en que ordinariamente quiebra el reparto de funciones de los padres anterior a la ruptura. Tras ella, los dos progenitores deben asumir las responsabilidades que les incumben en la crianza y educación del menor, sin que conste incapacidad alguna del recurrente para afrontar, en un régimen de custodia compartida, las necesidades derivadas de la crianza de su hijo.» -STSJA de 28 de septiembre de 2012-.

11. La primera infancia -los años tiernos- y la interpretación del art. 80.2.a) CDFA

Otro factor de relevancia, que es objeto de ponderación al resolver sobre la modalidad de custodia es la corta edad de algunos menores.

Sobre esta cuestión lo primero que hay que destacar es que la edad de

los hijos es el primero de los factores mencionados en el artículo 80.2 CDFA. Y respecto a la primera infancia y el peso que dicha circunstancia puede tener en la decisión sobre el tipo de custodia del menor, se ha afirmado que «[...] la corta edad del menor no resulta por sí sola determinante para rechazar la custodia compartida por los dos progenitores, sin otros factores adicionales que impongan una especial atención por parte de la madre y que en este caso no concurren. Así lo ha entendido esta Sala en su sentencia de 25 de septiembre de 2012 en un supuesto de un menor de tres años al tiempo de dictarse la sentencia de primera instancia, y así debe ser reiterado en una situación, como la enjuiciada [se trataba de un menor de tres años], en la que el niño acude ya a la guardería y tiene por tanto un amplio horario de estancia fuera del domicilio familiar que facilita su cuidado por parte de cualquiera de los progenitores. Los horarios laborales de los padres tampoco resultan concluyentes para descartar la custodia compartida.» -STSJA de 28 de septiembre de 2012-.

Indudablemente se trata de una interpretación que avanza respecto a lo que había sido el criterio legal y jurisprudencial seguido en España. Recordemos que el punto de partida se hallaba muy alejado hasta hace relativamente poco tiempo, porque hasta la Ley 11/1990, de 15 de octubre, de reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, se presumía que la madre, por el hecho de serlo, se hallaba mejor capacitada para el cuidado de los menores, de forma que se le atribuía la guarda de los hijos menores de 7 años -art. 159 en la redacción entonces vigente²². En este momento la ley es neutra y se presume que ambos progenitores están igualmente capacitados por el hecho de serlo, y no existe un criterio legal de atribución preferente a favor de uno de ellos, sino que debe atenderse al superior interés del menor.

12. Primeras conclusiones a los dos años de vigencia de la ley de custodia compartida

En este apartado me voy a servir, muy sintéticamente, solo de algunas de las reflexiones que preparamos el profesor José Antonio Serrano García, el abogado Manuel Ferrer Andrés y yo para el Foro de Derecho aragonés de 2012²³.

²² Sobre esta cuestión puede consultarse el estudio realizado por Cristina Guilarte Martín-Calero, op. cit. Pág. 5.

²³ La información completa corresponde a la sesión sobre “Custodia compartida en Aragón” que

Para valorar correctamente el trabajo desarrollado por los Juzgados, Manuel Ferrer y yo consultamos todas las sentencias dictadas por los Juzgados de Familia y de Violencia sobre la Mujer de Zaragoza capital, pensando que era la única forma de comprobar cómo había sido acogida la ley no solo en los procedimientos contenciosos, con efectiva controversia, sino también en los consensuales, en que las partes alcanzaron un acuerdo que presentaron en el Juzgado para su aprobación, pero en el que plasmaron libremente los pactos y forma de custodia que consideraron preferibles para regular la *posruptura*.

En definitiva, era tan importante analizar las soluciones y criterios de interpretación impuestos judicialmente en caso de desacuerdo, como las alcanzadas mediante autocomposición de las partes, *a la sombra de la ley*, esto es, con el nuevo marco legislativo que les obliga a repensar las formas de relación con los hijos desde un prisma que ya no está necesariamente condicionado por la tradicional custodia a favor de la madre, aunque este tipo de custodia siga siendo aún claramente dominante. Conviene profundizar en la obtención de soluciones consensuadas, propias de la autonomía de la voluntad, en una materia tan necesitada de acuerdos como esta.

Expondré, muy sintéticamente, algunas de las conclusiones que extrajimos del estudio de las resoluciones de los Juzgados de Zaragoza²⁴.

A. El porcentaje de los procedimientos contenciosos

- Con carácter general, los procedimientos de familia se tramitan con un grado elevado de seguridad jurídica, con una razonable previsibilidad del resultado, fruto de diversos factores²⁵, que facilita la autocomposición,

se celebró el 12 de noviembre de 2012, y de la que se van a publicar los trabajos siguientes: “La custodia compartida aragonesa en la primera jurisprudencia” de José Antonio Serrano García; “Algunas ideas procesales y sustantivas de las sentencias de primera instancia de Zaragoza, en los dos primeros años de preferencia en la custodia compartida” de Manuel Ferrer Andrés; “La regulación de la atribución del uso de la vivienda en el artículo 81 del Código del Derecho Foral de Aragón” de Emilio Molins García-Atance y “Dos años de custodia compartida en Aragón” de Emilio Molins García-Atance y Manuel Ferrer Andrés.

²⁴ Los datos completos y su análisis detallado se pueden consultar en las Actas del Foro de Derecho aragonés.

²⁵ Sin duda alguna, y en primer lugar, la buena disposición de los profesionales, con una práctica que responde a las exigencias deontológicas de la Abogacía. Y también, entre otros, la existencia de “tablas” para la fijación de alimentos a los hijos ha facilitado la solución de muchas controversias sin tramitar un procedimiento contencioso.

esto es, la solución del conflicto por acuerdo de las partes, sin la imposición de una solución por un tercero -el Juez-

- Existe una correcta práctica profesional por parte de los letrados que intervienen en este tipo de procedimientos, porque en su mayoría buscan y alcanzan acuerdos satisfactorios con la parte contraria, sin someter a sus clientes al sobrecoste personal, emocional y económico de un procedimiento sustanciado con oposición.

- En este sentido, el trabajo de los profesionales aragoneses resulta muy satisfactorio en comparación con el resto de España. Salvo las modificaciones contenciosas de medidas del año 2010, que resultan en porcentaje ligeramente más altas en Aragón, el resto de la estadística consultada nos muestra unos índices de litigiosidad inferiores en Aragón a la media del país²⁶.

- Fruto del buen hacer de los abogados de familia es el elevado número de procedimientos consensuales que se tramitan conforme al artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o bien el significativo número de procesos iniciados con oposición –artículo 770- que concluyen luego de común acuerdo tras haber acercado posturas los cónyuges durante

²⁶ -Año 2009:

1- Aragón: 1.009 – 34,13 %- (nulidades, divorcios y separaciones contenciosas)

2- Aragón: 1.947 – 65,87 %- (divorcios y separaciones de común acuerdo).

3- Total de España: 1- 50.689 – 40,68%- (nulidades, divorcios y separaciones contenciosas).

4.- Total de España: 1- 73.905 –59,32%- (divorcios y separaciones de mutuo acuerdo).

- Año 2010: Nulidades, separaciones y divorcios:

1- Aragón, contenciosos: 1.019 – 35,19%- (nulidades, divorcios y separaciones contenciosas).

2- Aragón, mutuo acuerdo: 1.877 – 64,81 %- (divorcios y separaciones de común acuerdo).

3- España, contenciosos: 51.517 – 40,35 %- (nulidades, divorcios y separaciones contenciosas).

4- España, mutuo acuerdo: 76.165 – 59,65 %- (divorcios y separaciones de mutuo acuerdo).

Modificaciones de medidas matrimoniales y de guarda, custodia y alimentos:

1- Aragón, contenciosos: 750 – 73,60%-

2- Aragón, mutuo acuerdo: 269 – 26,40 %-

3- Total España, contenciosos: 33.881 – 71,29 %-

4- Total España, mutuo acuerdo: 13.647 – 28,71 %-

- Año 2011: Nulidades, separaciones y divorcios:

1- Aragón, contenciosos: 999 – 35,41 %-

2- Aragón, mutuo acuerdo: 1.822 –64,59 %-

3- Total España: 50.979 – 40,88 %-

5- Total España: 73.723 – 59,12 %-

Modificaciones de medidas matrimoniales y de guarda, custodia y alimentos:

1- Aragón, contenciosos: 1.071 – 70,70%-

2- Aragón, mutuo acuerdo: 444 – 29,30 %-

3- Total España, contenciosos: 39.030 –71,22%-

4- Total España, mutuo acuerdo: 15.769 –28,78%-

la tramitación de la causa. Esto confirma que los ciudadanos, debidamente asesorados, entienden más favorable para sus hijos y para ellos mismos pactar las condiciones de la ruptura familiar.

- En lo que constituye propiamente la aplicación de la Ley 2/2010 el análisis del año 2011 nos muestra que su entrada en vigor ha supuesto un mínimo incremento del porcentaje de litigiosidad²⁷, de algo más de un punto –entendida la litigiosidad en este caso como aumento del porcentaje de procedimientos seguidos con efectiva contradicción– respecto a la situación anterior a su vigencia.

- Sin embargo, desde luego en Aragón, aunque también en el resto de España²⁸, se puede constatar que la mediación no está funcionando como cabía esperar. Son, en definitiva, los propios abogados quienes están cumpliendo la función de evitar – o limitar al menos– que sea el Juez quien resuelva la controversia familiar.

B. La función -por el momento- accesoria de la mediación familiar

Las mediaciones familiares judiciales y extrajudiciales que han concluido con acuerdo total o parcial son muy escasas -12 mediaciones judiciales por año con acuerdo total o parcial en Zaragoza capital, y 55 mediaciones extrajudiciales con acuerdo en toda la provincia de Zaragoza en el año 2011²⁹-.

El tipo de acuerdos alcanzados suele ser, en general, repartos de tiempos complementarios con preferencia a periodos alternos, es decir ampliación de pernoctas entre semana. Aunque se deciden por periodos alternos cuando llevan turnos diferentes y entonces alternan las semanas. Cuando las partes llegan a acuerdos parciales suelen hacerlo en el tema de custodia y en este caso el

²⁷ Nos referimos en este momento a la mera comparación porcentual entre procedimientos tramitados con oposición y los sustanciados de mutuo acuerdo. Por supuesto, en términos cuantitativos la litigiosidad se incrementó porque en 2011 aumentaron casi un 50 % las modificaciones de medidas.

²⁸ En este sentido Isaac Tena destaca que no falta quienes aluden llanamente al fracaso de la mediación familiar, y concluye que la mediación no ha tenido oportunidad de manifestarse en toda su utilidad –Isaac Tena Piazuelo, “Crisis de pareja, mediación familiar y reconciliación: reseña de una oportunidad perdida”, Rev. Actualidad Civil, nº 13-14, julio de 2012, págs. 1484 y 1490.

²⁹ He obtenido esta información gracias a la colaboración de la psicóloga de los Juzgados de Familia Lidia Rodríguez Benito y del Decano de los Jueces de Zaragoza Ángel Dolado Pérez.

informe psicosocial ya no es necesario. Cuesta mucho más llegar a acuerdos en temas económicos o de vivienda.

Una de las dificultades que se han puesto de manifiesto es la falta de encaje del asesoramiento jurídico dentro del proceso de mediación; por ello en ocasiones las partes firman los acuerdos, pero al consultarlos posteriormente con sus abogados finalmente no los presentan a aprobación judicial, porque los letrados consideran que no benefician a los clientes.

Si queremos que la mediación no resulte ineficaz será necesario mejorar la coordinación de los dos planos, el de los mecanismos para buscar soluciones a una situación de conflicto, propio de la mediación, y el imprescindible asesoramiento jurídico que tenga presente y asesore acerca del marco normativo que va a regular esa separación, divorcio o ruptura de relación de la pareja.

En este momento el mayor porcentaje de acuerdos que evitan la judicialización del conflicto, entendida como necesidad de una solución heterónoma, impuesta por un tercero, el Juez, es fruto del buen trabajo de los abogados de familia.

C. El importante incremento del porcentaje de custodias compartidas tras la aprobación de la ley de igualdad

Los promedios de custodias compartidas en Aragón en los años anteriores a la reforma, según los datos obtenidos del Instituto Nacional de Estadística, eran los siguientes:

- En 2007, hubo un 10,63 % de custodias compartidas en Aragón.
- En 2008, hubo un 8,27 % de custodias compartidas en Aragón.
- En 2009, hubo un 9,9 % de custodias compartidas en Aragón.
- En 2010 -año de entrada en vigor de la Ley-, hubo un 14,77 % de custodias compartidas en Aragón.
- En 2011 -primer año completo de vigencia de la Ley-, un 19,07% de custodias compartidas en Aragón.

Estos datos estadísticos, que se obtienen con una aplicación informática

del programa de los Juzgados que se cumplimenta en algo más del 50 % de los asuntos, según la información suministrada por el INE, coincide bastante aproximadamente con los datos tomados por Manuel Ferrer y yo de la lectura que hicimos de las sentencias de los Juzgados de Familia y Violencia sobre la Mujer de Zaragoza.

En concreto, esta es la estadística global que obtuvimos Manuel y yo de los primeros años de vigencia de la ley de igualdad:

Porcentaje total custodias (dos años)		
	Total	%
Madre	1738	71
Padre	167	7
Compartida	520	21
Otras	31	1

En conclusión, se ha duplicado el número de custodias compartidas respecto a las que se alcanzaban –por acuerdo de las partes- antes de la aprobación de la Ley 2/2010.

Aun así, sigue siendo muy mayoritaria la custodia de los menores e incapacitados a favor de la madre.

Otro elemento de interés es la clara diferencia que se aprecia entre las sentencias dictadas con acuerdo de las partes, y las contenciosas en las que el Juez tiene que decidir la controversia³⁰:

Porcentaje con acuerdo (8-9-2011 al 7-9-2012):

Madre	69
Padre	6
Compartida	25

³⁰ La fuente es también el trabajo de campo realizado para la sesión del Foro de Derecho aragonés de 12 de noviembre de 2012, en cuyas actas se publicará toda la información sistematizada que obtuvimos en los Juzgados de Familia y Violencia sobre la Mujer de la ciudad de Zaragoza.

Porcentaje sin acuerdo (8-9-2011 al 7-9-2012):

Madre	72,8
Padre	8,8
Compartida	18,4

Se observa que existe una diferencia de casi 7 puntos entre una y otra, pero ello no obedece a un incumplimiento de la ley o a una interpretación restrictiva por parte de los Jueces que resuelven los procedimientos de familia, sino al hecho incuestionable de que en los procedimientos contenciosos se ventilan las controversias más difíciles, de una mayor conflictividad entre los progenitores, en las que consecuentemente resulta más compleja la adopción de la custodia compartida de los menores.

Otra información de interés es la referente a los porcentajes de los distintos tipos de custodia compartida de los dos años examinados:

Compartida	Total	%
por días	10	1,9
por semanas alternas	137	26,4
por quincenas o 2 semanas	57	11,0
por meses	66	12,7
por bimestres	19	3,7
por trimestres naturales	11	2,1
por trimestres escolares	2	0,4
por semestres	27	5,2
por cursos escolares	6	1,2
por años	8	1,5

Vemos que los periodos de alternancia cortos están siendo los más numerosos. Una de cada cuatro custodias compartidas son semanales. Se rompe así, señala Manuel Ferrer, el tópico que empezaba a asentarse en algunos ámbitos de que las alternancias cortas de tiempo en la custodia compartida no

serían convenientes. A menor edad, quizá es preferible una mayor brevedad de la alternancia.

D. Reflexiones finales

Aragón ha sido la primera Comunidad en establecer de forma preferente la custodia compartida, que ha tenido una aceptación cada vez mayor, lo que se evidencia en el incremento progresivo de custodias compartidas acordadas, de común acuerdo o judicialmente. La entrada en vigor el 8-9-10 de la ley 2/2010, hoy integrada en el CDFa, ha hecho subir el número de custodias compartidas en Aragón, pasando del 9,9% en 2009 a algo más del 22 % en Zaragoza capital, en este momento y según nuestro estudio. No podía ser de otro modo ante la claridad del mandato contenido en el art. 80.2 del CDFa: “El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente”, máxime si lo comparamos con el art. 92.8 del C.C. que era el precepto vigente anteriormente, y que hasta la sentencia del Tribunal Constitucional de 17-10-2012 exigía un informe “favorable” del Ministerio Fiscal para acordar la custodia compartida, entre otros requisitos. Lo extraño hubiese sido que no se incrementase la cifra de custodias compartidas con el cambio legal producido.

Sin embargo, tampoco podemos dejar de lado que la atribución de custodias sigue siendo mayoritariamente para la madre, tanto en procedimientos consensuales, como en los que han terminado con pronunciamiento acordado por el Juez. Evidentemente, la huella de las casi tres décadas en que la guarda y custodia era concedida a la mujer de forma abrumadoramente mayoritaria se sigue dejando notar. Seguramente en los próximos años aumentará el número de custodias compartidas, no sólo por la legislación actual, sino porque van cambiando los papeles de padres y madres en relación con sus hijos.

En definitiva, tanto la custodia compartida, como también esta ampliación del régimen de visitas constituyen pasos que encaminan a una progresiva y mayor asunción de responsabilidad de los padres en el cuidado y educación de los hijos.

En cuanto a la forma de afrontar y resolver la situación de ruptura, Manuel Ferrer³¹ expone acertadamente que el interés de los hijos es el bien a proteger, y en esa situación el mostrarse partidario o detractor de la custodia compartida supone desenfocar el problema. Junto al lógico incremento de las custodias compartidas se ha producido un fenómeno menos llamativo, pero de gran importancia, la significativa ampliación en las custodias individuales del régimen de visitas a favor del progenitor no custodio³². Es decir, el efecto de la ley ha sido doble y positivo en lo que supone avance en la sensibilización y asunción de responsabilidad de los dos progenitores en el cuidado de los hijos menores tras la ruptura de la relación: el incremento de custodias compartidas y el aumento del tiempo de estancia con el progenitor no custodio.

La consecuencia de esta ampliación del régimen de visitas es la aproximación real -no meramente nominal- entre ambos tipos de custodia.

Otro factor importante, que también destaca Manuel Ferrer, es que el principio de no separación de hermanos -art. 80.4³³ CDFA- no ha sido óbice para que en algunos casos se haya pactado la custodia repartida, entendiendo por tal la de atribuir la custodia de unos hijos a un progenitor y de otros al otro, e incluso en algún asunto se ha acordado así en procedimiento contencioso. En los Juzgados se ha sido, en general, muy respetuosos con la decisión de los padres de pactar una custodia repartida. Creo, sin embargo, que en alguna ocasión convendrá plantearse si la misma resulta siempre la mejor opción para garantizar la continuidad de las relaciones, tanto de los hijos entre sí, como de estos con sus padres.

No obstante, junto a estos efectos positivos y a la expresada visión de futuro, conviene concluir recordando también lo que debe ser el objetivo fundamental en la tramitación de cualquier supuesto de ruptura de la

³¹ Manuel Ferrer Andrés, “Algunas ideas procesales y sustantivas de las sentencias de primera instancia de Zaragoza, en los dos primeros años de preferencia en la custodia compartida”

³² Estancia con el no custodio del viernes tarde a la mañana del lunes, y ampliación también de las pernoctas intersemanales.

³³ “Salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos”.

convivencia de los padres con hijos a cargo –con la actual regulación aragonesa, o con cualquier otra–, y es que, exceptuando las situaciones patológicas del art. 80.6 CDFA, la actitud de los progenitores y el trabajo de los profesionales deben estar siempre orientados a evitar que ningún menor llegue a perder la relación con su padre o con su madre. Este es el mínimo que debemos intentar alcanzar en todo caso.



