

La renuncia al derecho expectante de viudedad aragonés

SUMARIO: I. *El derecho expectante.*—II. *La renuncia y el consentimiento.*—III. *Forma de la renuncia.*—IV. *La renuncia subsidiaria.*—V. *Renuncia genérica y renuncia por poder.*—VI. *Renuncia en bienes consorciales.*—VII. *Renuncia en caso de permuta.*—VIII. *Renuncia en caso de hipoteca.*—IX. *La reserva del derecho expectante.*—X. *La renuncia en la partición de herencia.*—XI. *La renuncia en la división de comunidad.*—XII. *La adjudicación en régimen de propiedad horizontal.*

I. EL DERECHO EXPECTANTE

No resulta fácil caracterizar jurídicamente a este derecho, de ya notable raigambre en el Ordenamiento positivo aragonés.

Institución realmente original en el Derecho español. Ni siquiera en Navarra, donde se prevé legislativamente el usufructo legal de viudedad en términos muy similares a la Compilación aragonesa, ni siquiera allí se menciona la existencia de este singular derecho expectante.

Su actual formulación positiva se encuentra en el artículo 76, 1, de la vigente Compilación de Derecho civil de Aragón. Según él, «los inmuebles por naturaleza, y los muebles como sitios del número 1 del artículo 39, quedan afectos al derecho expectante de viudedad en el momento de ingresar en el patrimonio común o en los privativos».

En términos semejantes se pronunciaba también el ya derogado Apéndice de Derecho Foral de Aragón de 1925. En su artículo 63, 1, se decía que «la celebración del matrimonio atribuye por ministerio de la ley a los cónyuges solamente respecto de los bienes raíces o inmuebles que hayan aportado a aquél o que con posterioridad adquieran, así a título lucrativo como a título oneroso, el derecho expectante y recíproco de usufructuar el uno los del otro...».

SANCHO REBULLIDA, en detenido y muy completo estudio al respecto,

se preocupa de analizar la posible naturaleza jurídica de este derecho expectante. Para este autor, lo fundamental es que se trata de *un derecho actual*; con ello hace que se diferencie netamente de las simples expectativas que aluden a titularidades futuras (1).

En efecto, en tanto las expectativas no son realmente titularidades jurídicas efectivas, en cuanto no recaen *actualmente* sobre ningún bien o derecho, por el contrario, el derecho expectante de viudedad aragonés es una real y efectiva titularidad actual, que gravita de modo inmediato sobre los bienes a los que afecta, aunque el disfrute y goce que puede llegar a suponer en su segunda fase de usufructo viudal no se manifieste sino hasta llegado el momento o cumplida la *condictio iuris* del fallecimiento del cónyuge del titular.

SANCHO REBULLIDA rechaza también las ideas conceptuales de «titularidad de adquisición» (como el derecho de retracto, por ejemplo) o de «derecho de formación jurídica» (2).

Termina afirmando que, a su juicio, y cuadrándole la definición que el profesor DE CASTRO da del derecho subjetivo, el derecho expectante de viudedad puede ser considerado como «derecho subjetivo secundario», en el sentido de «derecho subjetivo preventivo» (3).

Lo que, a nuestro juicio, más interesa destacar de este derecho expectante, como antes señalábamos, es que se trata de un derecho actual. La simple circunstancia de que uno de los medios más ordinarios de su extinción sea precisamente la propia renuncia de su titular aboga en favor de esta afirmación.

El derecho expectante está englobado dentro de lo que se denomina en la legislación aragonesa «viudedad legal» (expresamente utilizaba este término el antiguo Apéndice en su art. 63, 1), la cual está integrada como de dos grados o momentos de actuación: el primero, el aludido derecho expectante, de existencia necesaria por el hecho del matrimonio (salvo cierto supuesto especial, al que aludiremos más adelante), como señala el ya expuesto artículo 76, 1, de la vigente Compilación de Derecho civil de Aragón; el otro, el efectivo derecho de usufructo universal de viudedad, de existencia condicionada al hecho de la premoriencia del cónyuge del titular del expectante.

Sin embargo, y aunque ambas facetas integran el derecho llamado de «viudedad legal», las dos funcionan y actúan por separado y con absoluta independencia. En vida de ambos cónyuges, el derecho expectante desarrolla todo su contenido y actividad en favor de cada uno de los consor-

(1) FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, *La viudedad aragonesa*, en «Anuario de Derecho Aragonés», tomo VIII, 1955-1956, págs. 1 y ss.

(2) *Op. cit.*, págs. 64 y ss., nota 118 bis.

(3) *Idem.*

tes: ambos lo tienen con carácter recíproco sobre los bienes del otro y sobre los bienes consorciales o conyugales (que no gananciales). Fallecido uno de los esposos entra en juego el usufructo efectivo de viudedad, pero sólo a favor de uno de ellos, el supérstite; con el fallecimiento de uno de los cónyuges se extingue el derecho expectante que éste ostentaba en vida y no llega a nacer su posible derecho de usufructo.

Es por ello por lo que puede decirse que ambos, derecho expectante y derecho de usufructo viudal, aunque integrantes teóricamente dentro de un concepto superior (la «viudedad legal»), actúan y viven con absoluta independencia; cada uno de ellos tiene su propia virtualidad, que se manifiesta, además, en muy diferentes consecuencias jurídicas en relación con los bienes sobre los que recaen.

Del derecho expectante podría decirse que tiene un doble aspecto de personalidad y realidad. Con relación a la persona de su titular, se trata de un derecho personalísimo y, como tal, indisponible, imprescriptible e inembargable, estando sustraído totalmente al tráfico jurídico (4). Su titular no puede disponer de él sino a través del instrumento jurídico de la renuncia.

Por otro lado, y por lo que se refiere a los objetos sobre los que recae, el derecho expectante tiene también cierto matiz de realidad, de gravamen efectivo y actual.

A este respecto señala SANCHO REBULLIDA que «la virtualidad mayor del derecho expectante se manifiesta en su afección o adherencia a la cosa objeto del mismo, en su configuración de gravamen real, en su energía reipersecutoria» (5).

Precisamente, y en relación con este segundo aspecto de realidad, el citado autor se plantea el interesante problema de la constatación registral del derecho expectante. Comienza afirmando que «si se acepta que es un derecho real objeto de publicidad legal que se sobrepone a la registral y perjudica a terceros, evidentemente la inscripción es ociosa. Pero mientras no se admita esta tesis—continúa—, se impone la solución afirmativa para salvaguardar el derecho de la mujer de su posible frustramiento por fraude del marido» (6).

Hoy estas consideraciones alcanzan un redoblado interés a raíz de la publicación del nuevo Título Preliminar del Código civil. Su artículo 16, párrafo segundo, apartado 2, dispone textualmente que «el derecho expectante de viudedad no podrá oponerse al adquirente a título oneroso y de buena fe de los bienes que no radiquen en territorio donde se reconozca tal derecho, si el contrato se hubiera celebrado fuera de dicho

(4) SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, núm. 38, pág. 64.

(5) *Op. cit.*, núm. 39, pág. 65.

(6) *Op. cit.*, núm. 41, pág. 71.

territorio, sin haber hecho constar el régimen económico-matrimonial del transmitente». Del estudio de este precepto y de sus posibles y alarmantes consecuencias jurídicas nos hemos ocupado ya en trabajo especialmente publicado al respecto (7).

Digo, pues, que a raíz de este nuevo precepto legal, el problema de la registrabilidad del derecho expectante de viudedad aragonés alcanza un interés mucho mayor dentro del Ordenamiento y de la vida jurídica aragonesa.

Por mi parte, he pensado siempre que el derecho expectante gozaba de eso que da en llamarse «publicidad legal» y que su especial constatación registral no era precisa, ya que en toda transmisión de bienes de personas sometidas al Derecho foral aragonés era condición indispensable (y así se sigue entendiendo por parte de Notarios y Registradores de la Propiedad) la comparecencia del cónyuge del transmitente para renunciar al derecho expectante sobre los bienes transmitidos.

Sin embargo, a partir de ahora, y como consecuencia de la reciente normativa del Código, quizá haga falta pensar en una publicidad del derecho expectante más efectiva que la simple «publicidad legal», y con la finalidad primordial de intentar evitar los fraudes que en perjuicio de un cónyuge pueden ocasionarse en las transmisiones que se realicen fuera de Aragón y respecto de bienes radicantes también allende las fronteras forales aragonesas.

SANCHO REBULLIDA afirma que «aunque los textos legales no prevean la inscripción independiente, creemos que ésta cabe en el amplio marco de los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 y 8 de su Reglamento. La existencia del derecho expectante de viudedad habrá de hacerse constar por nota marginal, por aplicación analógica del artículo 93 del Reglamento; será título bastante la certificación de matrimonio junto con la prueba de la regionalidad aragonesa del marido en el momento de contraerlo» (8).

En favor de su tesis aduce el autor la importante sentencia de la Audiencia de Zaragoza de 31 de enero de 1919, según la cual, «pedido por la actora que se reconozca y reserve a su favor el aludido derecho de usufructo de viudedad foral y estando justificada esa petición no sólo por la observancia 26, *De iure dotium*, de la legislación aragonesa, sino porque no ha sido en realidad impugnado aquel derecho expectante y principalmente porque declarado en la sentencia del Juzgado no se ha inter-

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

(8) *Op. cit.* en nota 1, núm. 41, pág. 71.

puesto apelación contra la misma por los demandados, procede, a tenor de lo pedido por la actora y de lo dispuesto en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el reconocimiento del aludido derecho expectante de usufructo sobre los dos campos, sitios en Gallur, a que la demanda se refiere, y que se tome razón suficiente en el Registro de la Propiedad de Borja, por estimarse que así procede según lo solicitado y para dar garantía legal suficiente a ese derecho para el caso de que haya lugar a hacer efectivo el derecho de usufructo aludido».

Muy importante sentencia, en efecto, que admite plenamente la constatación registral del derecho expectante de viudedad aragonés.

El derecho expectante de viudedad no nace propiamente de ningún contrato (a no ser que a la celebración del matrimonio se le dé categoría de tal), sino más bien de un acto: el matrimonio. Ello por lo que se refiere al derecho expectante respecto de los bienes habidos ya por ambos cónyuges al tiempo de celebrar las nupcias. Porque respecto de los bienes adquiridos con posterioridad, el derecho expectante surge por consecuencia de una doble circunstancia: de una parte, el acto del matrimonio, que determina la afección a ese derecho de todos los bienes que en lo sucesivo se adquieran; de otra, el contrato de adquisición.

En consecuencia, y de conformidad con los artículos 7 y 8 del vigente Reglamento Hipotecario, parece que el derecho expectante de viudedad es perfectamente registrable. El artículo 7 habla de «cualquier acto o contrato de trascendencia real que... modifique *desde luego o en lo futuro* alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales».

Y el artículo 8 declara registrables «los actos y contratos que con diferentes nombres se conocen en las provincias en que rigen fueros especiales y producen respecto a los bienes inmuebles o derechos reales cualquiera de los efectos indicados en el artículo anterior».

La constatación registral del derecho expectante, insistimos, tiene hoy particular importancia respecto de los bienes inmuebles propiedad de personas sujetas al Derecho foral aragonés, cuyos bienes se encuentren sitios fuera de Aragón. Al afectar a esta clase de bienes, la discutida disposición del nuevo artículo 16, 2, del Título Preliminar del Código civil convendrá que la publicidad del derecho expectante sobre ellos sea más explícita que la simple «publicidad leal» para con ella evitar, como antes decíamos, los fraudes que puedan derivarse en lo sucesivo de la aplicación de ese nuevo precepto legal.

Será cuestión de que quienes nos dedicamos a la aplicación práctica del Derecho (Notarios, Registradores, Abogados, Jueces) tomemos conciencia de la importancia de este problema para en lo futuro adoptar las

medidas necesarias en orden a la salvaguardia de los legítimos intereses de las personas que, de una u otra forma, requieran nuestra actuación profesional.

II. LA RENUNCIA Y EL CONSENTIMIENTO

Prescindiendo ahora de otros muchos medios por los que el derecho expectante de viudedad aragonés puede extinguirse (o incluso no llegar a nacer por expresa exclusión), de los que con gran amplitud y maestría se ha ocupado ya el profesor SANCHO REBULLIDA (9), nos interesa aquí hacer especial mención y pasar al estudio detenido de uno de los expedientes más frecuentes en la práctica cotidiana, cual es el de la renuncia expresa por parte del cónyuge titular.

Digo que es uno de los modos más frecuentes, por cuanto en toda enajenación de bienes afectos al derecho expectante (y ello integra el tráfico jurídico ordinario en Aragón) exigimos la presencia del cónyuge del titular de los bienes para que proceda a esa renuncia, como procedimiento adecuado a la libre transmisibilidad de los bienes en cuestión.

Señala a este respecto el artículo 76, 2, de la vigente Compilación de Derecho civil de Aragón, que «este derecho (el expectante) no se extingue o menoscaba por la ulterior enajenación de los bienes mencionados en el número anterior, *a menos que se renuncie expresamente*».

Son varias las cuestiones que este precepto suscita, de las cuales vamos a ir ocupándonos en el presente trabajo.

Previamente conviene poner de manifiesto los diferentes criterios legislativos que han ido imperando con el tiempo en esta materia.

Todas las alternativas de solución en esta materia han girado en torno a dos puntos concretos: renuncia o consentimiento a la enajenación.

En efecto, como apunta SANCHO REBULLIDA, de la observancia 26, *De iure dotium*, parece deducirse el criterio del consentimiento. En ella se establecía la posibilidad de que el marido enajenase los inmuebles en que la mujer tuviese derecho de viudedad (en la misma no se hablaba de derecho expectante; es ésta una formulación doctrinal y legal muy posterior), pero quedando a salvo este derecho, a no ser que la enajenación se hubiese hecho *de voluntate uxoris*, es decir, con el consentimiento de la mujer. Consentimiento que parece equivalía a la renuncia, como evidencia la autoridad de MOLINO, que lo refiere como «práctica y costumbre del reino» (10).

(9) *Vid. in extenso* el trabajo citado en nota 1.

(10) *Op. cit.*, núm. 39, pág. 66.

Siguiendo siempre en este punto a SANCHO REBULLIDA, podemos apuntar los siguientes hitos legislativos:

El Proyecto de Apéndice de 1899, al establecer la disposición conjunta de marido y mujer de todos los bienes inmuebles, hacía innecesario el consentimiento y la renuncia al derecho expectante.

En el Proyecto de 1904 se seguía criterio idéntico al de la observancia 26, por cuanto en las enajenaciones del marido quedaba a salvo el derecho expectante de la mujer si ésta no consentía tales actos (11).

Con el Apéndice de 1925 la situación parece cambiar radicalmente. En su artículo 73, al señalar las causas por las que el derecho de viudedad cesa o se extingue, en su número 2.º, dice: «Por la expresa renuncia que éste (el titular) otorgue en escritura pública.»

Criterio que ratifica en el artículo 63, 2: «Para que tenga eficacia la renuncia... se requiere estipulación explícita en las capitulaciones u otros documentos públicos.»

En la elaboración de los sucesivos Proyectos y Anteproyectos, que dieron lugar al nacimiento de la vigente Compilación, parece que volvió a suscitarse de nuevo esta cuestión planteando dudas al respecto.

Así, en el primer Anteproyecto, redactado por el Seminario de la Comisión de Jurisconsultos Aragoneses, de 1961, en su artículo 143, 1, se dice que «este derecho (el expectante) no se extingue por la ulterior enajenación del inmueble si no concurren a ella ambos cónyuges». Es decir, se volvía al sistema del Proyecto de Apéndice de 1899.

En parecido sentido, el Anteproyecto de julio de 1962 de esa misma Comisión de Jurisconsultos Aragoneses. Su artículo 148 señalaba que «este derecho (el expectante) no se extingue por la ulterior enajenación del inmueble si no concurren a ella ambos cónyuges, con aplicación, en su caso, de lo dispuesto en el artículo 119». Aquí había una novedad: el artículo 119 del mismo Anteproyecto señalaba que «la disposición de bienes comunes requiere el acuerdo de marido y mujer, y *la de bienes propios de cada cónyuge, el asentimiento del otro*».

Es decir, que la renuncia al derecho expectante quedaba sustituida bien por la disposición conjunta al tratarse de bienes consorciales o comunes, bien por el asentimiento del cónyuge titular del expectante al tratarse de bienes propios del otro consorte.

Una vuelta al criterio de 1961 representa el siguiente Anteproyecto de la citada Comisión de julio de 1963, al establecer expresamente en su artículo 144 que el derecho expectante de viudedad «no se extingue por la ulterior enajenación del inmueble si no la consienten ambos cónyuges».

Como inciso he de indicar en este punto que es quizá con base en

(11) *Idem*, pág. 66.

tales antecedentes prelegislativos como algunos autores defienden actualmente la extinción del derecho expectante cuando ambos cónyuges consienten el negocio de enajenación del bien sobre el que aquél recae.

Muy importante es el criterio seguido en el primer Anteproyecto de Compilación redactado por la Sección Especial de la Comisión General de Codificación de julio de 1965. En su artículo 76, 2, se decía expresamente: «Este derecho no extingue o menoscaba por la ulterior enajenación de los inmuebles, a menos que fuere consentida por el otro cónyuge o, subsidiariamente, por la Junta de Parientes y, en su defecto, por la autoridad judicial, en los casos de incapacidad, ausencia o negativa infundada.»

En primer lugar, seguía manteniendo el criterio ya apuntado del consentimiento, en sustitución de la renuncia expresa del Apéndice de 1925.

De otra parte, admitía la posibilidad para ciertos casos de que el consentimiento fuese prestado supletoriamente por personas o entidades distintas del cónyuge titular. Sobre este punto volveremos más adelante.

Por fin, el texto definitivo, que fue aprobado en Cortes como integrante de la vigente Compilación de Derecho civil de Aragón, es el ya transcrito anteriormente (art. 76, 2), que exige la expresa renuncia como medio de extinción o menoscabo del derecho expectante.

Y éste parece que debe ser el criterio por el que en lo sucesivo hemos de regirnos en la práctica en Aragón.

El consentimiento de otros tiempos ha dado paso a la renuncia expresa y personal del cónyuge titular del expectante.

Según explica LORENTE SANZ, el texto antes transcrito del Anteproyecto de Compilación redactado por la Sección Especial de la Comisión General de Codificación de 1965 pasó íntegro al Pleno y al Proyecto de Ley remitido a las Cortes. Fue en éstas donde sufrió la notable alteración, en el sentido que lo recoge actualmente el artículo 76, 2, de la vigente Compilación (12).

Parece que esta sustancial modificación se inició con la enmienda al Proyecto presentada en la sesión de la Comisión de Justicia por el Procurador señor BALLARÍN, quien solicitó que después de la expresión «consentida», con referencia a la enajenación por uno de los cónyuges, se introdujera el inciso «con expresa renuncia de su derecho» (13).

Y parece que la fórmula propuesta por el señor BALLARÍN es la que

(12) JOSÉ LORENTE SANZ, *El Anteproyecto de Compilación y el Proyecto de Ley en la Comisión General de Codificación y en las Cortes Españolas*, en «A.D.A.», tomo XIII, 1965-1967, pág. 373.

(13) Idem. *Vid.* también en el mismo «Anuario de Derecho Aragonés», citado en la nota anterior, las enmiendas presentadas por ALBERTO BALLARÍN MARCIAL, páginas 400 y ss.

ha prosperado en definitiva, si bien con la modificación de no ser necesario también, y además de la renuncia, el consentimiento a la enajenación.

Así, pues, hoy deben entenderse disipadas todas las dudas sobre el particular. En base al propio texto legal, pero en base también a estos antecedentes de orden precodificador que hemos expuesto, está muy claro que lo que el legislador quiere es que para que en caso de enajenación de bienes sujetos al derecho expectante éste desaparezca, medie el acto expreso de renuncia al mismo por parte de su titular, sin que baste ni sea suficiente con que éste preste su consentimiento a la enajenación.

Expresamente señalaba BERGUA CAMON que en la venta de bienes afectos al derecho expectante de viudedad, a raíz de la vigente Compilación aragonesa, «concurrirá uno de los cónyuges, según proceda, como vendedor; el otro, consintiendo si son bienes comunes y renunciando al derecho expectante de viudedad en todo caso» (14).

Esta expresión resume con gran claridad el criterio imperante hoy en nuestro Ordenamiento foral.

La renuncia al derecho expectante de viudedad es necesaria, como medio de liberación del gravamen que supone, en todo caso de enajenación de bienes afectos al mismo. Y ello ya se trate de bienes propios de cualquiera de los cónyuges, como de bienes comunes o consorciales. Sobre este particular volveremos más adelante dentro del presente trabajo.

III. FORMA DE LA RENUNCIA

En el derogado Apéndice de 1925 se exigía, como requisito de solemnidad para la formulación de la renuncia al derecho expectante de viudedad, el documento público.

Así se expresaba en el artículo 63, 2, en el que se disponía que «para que tenga eficacia la renuncia... se requiere estipulación explícita en las capitulaciones matrimoniales u otros documentos públicos».

Criterio que reiteraba en el artículo 73, donde al enumerar las causas de extinción del derecho de viudedad, en su número 2.º indicaba: «Por expresa renuncia que éste (el cónyuge titular) otorgue en escritura pública.»

Se suscitaron dudas acerca del alcance que debería tener la exigencia del documento público para efectuar la renunciar y, consecuentemente, el valor de la que se formulara en documento privado.

(14) JESÚS BERGUA CAMÓN, *La viudedad en nuestro Derecho foral*, publicado en el diario de Zaragoza «Heraldo de Aragón» del día 7 de mayo de 1967.

La solución jurisprudencial a esta cuestión puede hallarse en sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 14 de febrero de 1959. En ella se trataba de resolver el valor de un documento privado de compraventa, en el que el titular de un derecho de usufructo viudal se obligaba, con respecto a los nudopropietarios de los bienes, a cederles el usufructo de viudedad que sobre tales bienes le correspondía. Se pretendió en juicio negar la validez de tal documento privado, en base a que el Apéndice entonces vigente exigía la escritura pública para realizar la renuncia.

La Audiencia falló en favor de los nudopropietarios adquirentes con los siguientes argumentos:

«Que es doctrina reiteradísima del Tribunal Supremo... aquella de dar paso al sistema espiritualista del Ordenamiento de Alcalá de que 'cualquiera que sea la forma en que uno quiera obligarse ha quedado obligado', recogido expresamente en nuestro Código civil en el invocado artículo 1.278. Y si la ley exigiera una determinada forma, compelerse las partes a cumplirla, conforme ordena el artículo 1.279. Es decir—continúa la sentencia—, que si el caso pactado se encontrase en alguno de los supuestos del artículo 1.280, el contrato en sí es válido y vinculatorio para las partes, y al no haberlo extendido en escritura pública, no es motivo de invalidación y tan sólo da acción a los contratantes a exigirse el cumplimiento de tal requisito, conforme preceptúa el artículo 1.279. Esta es la doctrina general, salvo muy contadas excepciones, con motivo de los supuestos del artículo 633, para las donaciones de bienes inmuebles; el 1.628, sobre constitución de censo enfiteútico; el 1.875, sobre la hipoteca, en que el mismo Tribunal Supremo, por tratarse de contratos a inscribir en el Registro de la Propiedad, por la naturaleza del negocio y por los efectos que deben producir contra terceros, ha creído necesario sentar que se trataba de contratos eminentemente formales, que si no se pactaban en escritura pública faltaría en ellos el requisito esencial para su validez, la forma, y que si no se cumplía el contrato era nulo de pleno derecho. Veamos si la renuncia de usufructo hecho por la demandada se encuentra enclavada en alguno de los casos de excepción.»

La Audiencia, después de aducir los criterios de las Observancias 55, 19 y 58 del Derecho aragonés anterior, terminaba afirmando: «No podemos sostener que se trate de un caso de excepción, de un requisito esencial del contrato...; se exige la escritura pública, como prueba de autenticidad, para mayor publicidad, para conocimiento de terceros, pero no como requisito fundamental del contrato, que ni por su origen ni por su fin era necesario... Hay que encuadrar estas renunciaciones en los supuestos

del artículo 1.280 del Código, al igual que las capitulaciones matrimoniales, que las sociedades cuando se aporten bienes inmuebles...»

Y concluía: «Que declarado válido el contrato de..., la demandada viene obligada a cumplirlo y a elevar a escritura pública, cual se le pide y como lo pactó...»

Muy acertada nos parece la interpretación que la Audiencia de Zaragoza dio en esta sentencia de los preceptos del Apéndice que exigían la formulación de la renuncia al expectante en escritura o documento público.

En efecto, no parece que la exigencia de la antigua legislación aragonesa pueda equipararse a la que determinados artículos del Código civil hacen de la escritura para ciertos negocios.

Fijémonos que cuando el Código civil exige la forma de escritura, y según el Tribunal Supremo, como requisito *ab substantiam*, lo hace en unos términos que no dejan lugar a dudas en su interpretación.

Así, y para la donación de bienes inmuebles, el artículo 633 dice: «*Para que sea válida*, la donación de cosa inmueble ha de hacerse en escritura pública...»

Con respecto al censo enfiteútico, el artículo 1.628 dispone que «el censo enfiteútico *sólo puede establecerse* sobre bienes inmuebles y en escritura pública».

El artículo 1.875, respecto de la hipoteca, dispone: «... *Es indispensable*, para que la hipoteca *quede válidamente constituida*, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad.»

A éstos cabe añadir todavía algún supuesto más, como es, por ejemplo, el de traspasos de locales de negocio. El artículo 32 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos dice que «serán *requisitos necesarios para la existencia legal* del traspaso los siguientes: ... 5.º Otorgarse el traspaso por escritura pública...».

Diferentes formas de expresar una misma exigencia: la de la formalidad con valor *ab substantiam* de la escritura pública.

Sin embargo, y frente al concepto «validez» o «existencia» de estos preceptos legales, el Apéndice aragonés hablaba de «eficacia». Ambos, validez o existencia y eficacia, son conceptos de alcance jurídico muy diferente. El primero determina la nulidad del negocio jurídico que no cumple el requisito legal de la escritura pública; por el contrario, el segundo presupone la validez del negocio que no llena dicha formalidad, como decía la transcrita sentencia de la Audiencia de Zaragoza, si bien no puede hacer efecto frente a terceros sino hasta el instante del otorgamiento de la escritura.

Es el juego normal de los artículos 1.278 a 1.280 del Código civil, reiteradamente interpretados por el Tribunal Supremo en este sentido.

Entonces, si bien la renuncia no es «eficaz», es decir, no produce «efectos» respecto de terceros sino hasta el instante en que consta formalmente en escritura pública, ello no quiere decir que semejante renuncia formulada en documento privado no sea «válida». La renuncia al expectante de viudedad formalizada en documento privado es perfectamente válida. Lógica consecuencia de ello es que tal renuncia obliga al que así la ha verificado. Y todavía más importante consecuencia es que, como quiera que tal renuncia es válida y existente, aunque ineficaz, en caso de resistencia del que la formuló (el titular del expectante) a elevarla a escritura pública, estimo que la autoridad judicial puede proceder a documentarla auténticamente, como en cualquier otro supuesto de rebeldía a la formalización de la escritura pública.

En este caso no es que el Juez supla la voluntad de renunciar del cónyuge titular del expectante, sino que se limita simplemente a documentar públicamente lo hecho ya en privado. Y ello es perfectamente lícito.

Con respecto a la legislación actual, el artículo 74 de la vigente Compilación de Derecho civil de Aragón de 1967, incluido dentro de las disposiciones generales relativas al derecho de viudedad, comprensivo tanto del derecho expectante como del usufructo viudal, dispone que ese derecho «podrá ser objeto de renuncia total o parcial, que *deberá constar en documento público*».

Antes de entrar en estudio del sentido que esta exigencia tenga hoy en la legislación aragonesa conviene poner de manifiesto una interesante diferencia con respecto al texto del Apéndice anterior. En éste, y aunque incidentalmente se hablaba en algún precepto de documento público, la referencia más usual era al término «escritura pública», concepto mucho más restringido que el primero.

La vigente Compilación habla en todo momento de «documento público».

Ello determina una mayor amplitud de posibilidades formales, y en un doble sentido: de una parte, en cuanto con el término «documento público» se está haciendo referencia a cualquier otro documento de esta índole que no sea el estrictamente notarial (por tanto, también el judicial o el administrativo); de otra, y aún dentro del campo notarial, la expresión de referencia determina la comprensión no sólo de la escritura propiamente dicha, sino también del acta.

Esto último puede llegar a tener en la práctica una gran importancia, como medio agilizador del tráfico jurídico en ciertos casos concretos. Piénsese en aquellos en los que por imposibilidad, ausencia, negativa injustificada o cualquier otro similar el cónyuge del transmitente de bienes afectos al derecho expectante se niega a la renuncia de éste en el

momento de la enajenación y, no obstante ello, ésta se efectúa. Si después dicho cónyuge pretende renunciar al derecho expectante, si tal renuncia se documenta en escritura pública, parece imprescindible que ésta pase por Hacienda con la finalidad no de liquidar impuestos (pues esta renuncia al derecho expectante de viudedad no es acto sujeto), sino de poner la preceptiva nota de exención. Por el contrario, si la renuncia se efectúa en acta, estimo que con ella el trámite fiscal puede excluirse perfectamente y ser aportada la misma, con la escritura de transmisión, al Registro de la Propiedad.

En el otro aspecto también tiene una gran importancia la ampliación de referencia. Así, será perfectamente válida y eficaz la renuncia al expectante que conste en cualquiera de los posibles documentos judiciales o administrativos, por ejemplo: en un sumario judicial; en un acta de expropiación de fincas; en un expediente gubernativo, ya sea de la Administración local, provincial o estatal, etc.

Ahora bien, volviendo al tema del alcance que hoy puede tener la exigencia del documento público para la realización de la renuncia, estimo que el nuevo texto de la Compilación no ha variado el sentido que a tal exigencia daba antes el Apéndice. La expresión «deberá» del artículo 74 de la Compilación de 1967 no parece que pueda equipararse a las usadas por los antes citados preceptos del Código civil o de la Ley de Arrendamientos Urbanos. En el texto legal aragonés vigente no se emplea la expresión «validez» o «existencia». La usada por él es similar a la del artículo 1.667, en donde, y con respecto a la sociedad civil, después de admitir cualquier forma de constitución, añade: «... salvo que se aportaren a ella bienes inmuebles o derechos reales, en cuyo caso *será necesaria* la escritura pública».

Este «ser necesaria» y aquel «deberá» son términos sinónimos. Y siendo así que la interpretación jurisprudencial del primero está clara, en el sentido de ser un supuesto de los encuadrables en los artículos 1.278 a 1.280 del Código civil, parece que la interpretación que deba darse al artículo 74 de la vigente Compilación aragonesa ha de ser el mismo.

Así, pues, a nuestro juicio, la solución a este problema en el nuevo texto de la Compilación parece que ha de ser la misma expuesta antes para el derogado Apéndice de 1925.

Dentro de este mismo apartado conviene hacer referencia a ciertas cuestiones que suponen determinadas variantes en la realización efectiva de la renuncia de que tratamos.

La primera de ellas alude a la posible onerosidad en la efectuación de dicha renuncia.

Normalmente, ésta se hace sin condición ni reserva alguna, pura

y simplemente, como algo naturalmente integrante de la propia transmisión que el cónyuge propietario de los bienes realiza.

En el sentir general de la gente parece existir el criterio en Aragón de que ambos consortes, el propietario de los bienes y el titular del derecho expectante, son en alguna medida cotitulares de los objetos a transmitir o, al menos, que este último tiene alguna participación en dichos objetos (que efectivamente la tiene, pues el derecho expectante ya hemos dicho que obra como una suerte de gravamen sobre los bienes a los que afecta). Pero se piensa también que en el precio convenido para la enajenación va ya incluida la renuncia al derecho expectante; es como una especie de precio global que abarca ambos derechos: el de propiedad del transmitente y el de la titularidad del expectante de su cónyuge.

Sin embargo, ello no quita para que puedan existir algunos casos, y de hecho existen (de ellos he podido ser testigo presencial en mi despacho), en los que el cónyuge titular del expectante se niega a firmar la renuncia a su derecho si no media en su beneficio alguna cierta compensación dineraria. Compensación que tanto puede provenir por parte de su consorte, el transmitente, como por parte del adquirente, al que se le grava así el precio de su adquisición con un «plus» con el que normalmente no contaba.

ARNANZ DELGADO admite la posibilidad de este convenio, que daría un matiz de onerosidad a la renuncia. Dice este autor que, a su juicio, «es lícita la renuncia (al derecho expectante) a cambio de una cantidad alzada o por unos bienes». Y cita en apoyo de su aserto una sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 7 de febrero de 1942 (15).

Ciertamente, y aun cuando esa sentencia está referida no propiamente al derecho expectante, sino al consolidado derecho de usufructo viudal, resulta de gran interés en esta materia, por lo significativa. En ella se resolvía un supuesto en que el cónyuge supérstite, titular de un usufructo viudal, formalizaba la renuncia al mismo para que los herederos nudo-propietarios pudieran pasar a la libre venta de los bienes, pero a cambio de ciertos objetos que en pleno dominio le habían de entregar dichos herederos (16). La Audiencia admitió en aquella sentencia la validez de semejante acuerdo.

Esta cuestión roza muy de cerca con la relativa a si la renuncia a la viudedad ha de ser siempre de tipo abdicativo o cabe también la trasla-

(15) RAFAEL ARNANZ DELGADO, *Causas de extinción de la viudedad*, en «A.D.A.», tomo VI, 1951-1952, pág. 93.

(16) Esta cuestión, que, aunque no muy frecuente en la práctica, suele presentarse en alguna ocasión, es un portillo muy interesante a través del cual podría llegar a admitirse en la legislación aragonesa la conmutación del usufructo de viudedad en términos análogos a los previstos para el Derecho común en el vigente Código civil (art. 839).

tiva (17). Digo que roza de cerca, aunque ambos supuestos no pueden identificarse. Pienso que en la renuncia traslativa del efectivo derecho de usufructo viudal, prescindiendo de que quepa o no su admisibilidad (la inalienabilidad dogmática de ese derecho hace dudar de la validez de ese tipo de renuncia), lo que existiría sería la transmisión de un derecho a favor de una determinada persona, bien el titular de la nuda propiedad, bien el adquirente de los bienes, transmitidos precisamente por los nudo-propietarios. Y un derecho que se materializa en algo concreto y tangible: el usufructo de los bienes en cuestión, con las facultades propias de todo derecho de usufructo.

Sin embargo, pensar que el derecho expectante de viudedad pueda ser transmitido a un tercero no parece posible, por la propia naturaleza y contextura del derecho expectante. Ya hemos dicho que éste, aunque derecho subjetivo real, que pesa sobre los bienes sobre que recae como una suerte de gravamen real, no tiene una efectiva consistencia hasta que llega a convertirse en el usufructo viudal. Hasta entonces es, como su propio nombre indica, un derecho expectante de posible realización, pero no de realización actual.

Parece que por su propia naturaleza (derecho personalísimo), el derecho expectante de viudedad no puede pertenecer sino al cónyuge inicialmente titular del mismo, pero no a terceras personas. Si la renuncia al mismo se efectúa previamente a la enajenación de los bienes, lo que sucede es que se produce una liberación de éstos, al desaparecer de ellos el gravamen que el expectante supone, pero el cónyuge titular de los mismos no adquiere realmente nada. Y lo mismo puede decirse si la renuncia se realiza con posterioridad a la transmisión: los bienes, de haber sido adquiridos con el peso de un gravamen (aunque actual, no realizable), pasan a ser libres y desprovistos de toda carga, presente ni futura, pero su propietario no adquiere especialmente nada con ello (como no sea una enorme satisfacción y tranquilidad: entidades metajurídicas).

En definitiva, no es que pueda hablarse en estos casos de renuncia traslativa, pero sí que el cónyuge titular del expectante puede condicionar su renuncia a la percepción de una real ventaja, bien en dinero, bien en cosas, bien en cualquier otra forma de beneficio.

Nada creo que se oponga a ello. Al contrario, si el derecho expectante de viudedad es, según lo dicho, un derecho subjetivo actual, integrante del patrimonio de su titular, puede estimarse que tiene cierto matiz patrimonial y, por consiguiente, al suponer su renuncia una merma en el pecu-

(17) Del problema de la renuncia abdicativa y traslativa se ocupan especialmente ARNANZ DELGADO y SANCHO REBULLIDA en las *op. cit.*

lio de su titular, puede éste condicionar dicha renuncia a la obtención de algún beneficio que le compense.

De hecho, en la práctica estas compensaciones vienen a solucionar no pocos casos de resistencia del cónyuge titular a la renuncia de su derecho expectante.

Por lo mismo, no parece que nada se oponga a que la renuncia pueda someterse a condición en sentido propio. El caso más normal sería el del titular del expectante que renuncia a su derecho con anterioridad a la transmisión de los bienes. En esos casos puede dicho cónyuge, lógicamente, condicionar su renuncia a la efectiva realización de la transmisión por parte de su consorte.

Y quien dice ello, cualquier otro supuesto similar (18).

Por lo mismo también parece que ha de admitirse igualmente la renuncia sometida a plazo. A plazo inicial o suspensivo o a plazo preclusivo. Puede renunciarse al derecho expectante, pero para que la renuncia surta efecto desde cierto día o momento, o, al contrario, puede renunciarse hasta cierto momento (19).

No parece que ninguna disposición de la Compilación aragonesa se oponga a ello.

IV. LA RENUNCIA SUBSIDIARIA

Ya hemos indicado antes cómo en el Anteproyecto de julio de 1965 de la Sección Especial de la Comisión General de Codificación, estableciendo que para la extinción del derecho expectante de viudedad era necesario el consentimiento del cónyuge titular, se admitía la posibilidad de que por la Junta de Parientes o autoridad judicial pudiera prestarse

(18) *Vid.* lo que se dice más adelante en el epígrafe VIII de este mismo trabajo.

(19) Concretamente, la renuncia al expectante de viudedad verificada bajo plazo suspensivo (para que surta efecto desde cierto día) puede tener una gran importancia en un supuesto concreto, cual es de la permuta de solar por piso a construir. En efecto, si uno de los cónyuges transmite mediante este tipo de negocio un solar de su propiedad, interesa mucho a su consorte que la renuncia que a su derecho expectante haga en el cambio quede supeditada al momento en que por parte del adquirente del solar (generalmente, un constructor) se cumpla con la fundamental obligación de hacer entrega del o de los elementos nuevamente contruidos, por cuyo cambio se recibió el solar.

En cuanto a la renuncia bajo plazo preclusivo (hasta cierto día o momento), puede desempeñar un importante papel, por ejemplo, en el caso de cesión por parte de uno de los cónyuges del derecho de superficie sobre una finca de su propiedad. La temporalidad con que se otorga—este derecho debe ser favorable también a una temporalidad—en la renuncia del derecho expectante de viudedad sobre esa finca.

subsidiariamente ese consentimiento en los casos de ausencia, incapacidad o negativa injustificada del cónyuge titular.

El primer texto del Anteproyecto experimentó una serie de enmiendas en la Comisión de Justicia de las Cortes.

La primera de ellas, proveniente del señor BALLARÍN, proponía sustituir la expresión del artículo 76, 2, «subsidiariamente por la Junta de Parientes y, en su defecto, por la autoridad judicial», por la más flexible de «subsidiariamente por la Junta de Parientes o por la autoridad judicial» (20).

Con ello se pretendía agilizar más el expediente de renuncia subsidiaria, pues éste podría solicitarse tanto de una como de otra entidad, tanto de la Junta de Parientes como de la autoridad judicial. Mientras que en el texto del Anteproyecto se exigía acudir siempre primero a la Junta de Parientes, y sólo en defecto de ésta (21), a la autoridad judicial.

Suponía también una mayor garantía para el cónyuge propietario de los bienes, quien no se veía así sometido inexcusablemente a la Junta de Parientes, integrada al fin por miembros de ambas familias—la suya y la de su consorte—, en quienes los sentimientos personales podían influir grandemente. Poder acudir al órgano judicial daba las garantías de una mayor objetividad e imparcialidad.

Fue, sin embargo, el mismo señor BALLARÍN quien, según lo ya dicho más arriba, en la propia Comisión de Justicia propuso oralmente que se estableciera en el texto el criterio de que *en todo caso* de enajenación de bienes sería precisa la efectiva renuncia del cónyuge titular del expectante para que este derecho pudiera extinguirse. Y así pasó, en definitiva, al texto de la Compilación, con supresión de toda referencia a la renuncia ni consentimiento (éste había desaparecido ya) subsidiarios por parte de entidad alguna en los casos propuestos de ausencia, incapacidad o negativa injustificada.

Y como acertadamente dice LORENTE SANZ, «aunque no se dijo explícitamente, quedó suprimida la suplencia de la renuncia en casos de incapacidad, ausencia o negativa infundada» (22).

En definitiva: la vigente Compilación aragonesa no admite que la renuncia al derecho expectante de viudedad por parte del cónyuge titular del mismo pueda ser suplida por entidad o persona distinta del mismo. Se estima la renuncia como acto personalísimo, que de no ser efectuado precisamente por dicho cónyuge, los bienes, si se transmiten, pasan al nuevo adquirente con el peso del expectante.

A mi modo de ver, no fue precisamente un acierto la admisión de

(20) Vid. JOSÉ LORENTE SANZ, *op. cit.*, pág. 373.

(21) Vid. lo dicho en el epígrafe II de este mismo trabajo.

(22) *Op. cit.*, pág. 374.

aquella enmienda, que modificó tan sustancialmente el texto del Anteproyecto de 1965. En la actualidad, la imposibilidad de acudir a la renuncia subsidiaria está planteando no pocos problemas en la práctica, problemas que en algunos casos están llegando incluso a determinar una verdadera amortización de los bienes en manos de su propietario, con todo lo que de antieconómico lleva ello consigo.

Porque basta con que el cónyuge del propietario, por desavenencias familiares o por cualquier otro motivo, niegue la renuncia a su derecho expectante para que la transmisión de los bienes no pueda llevarse a cabo. Pues no habrá ningún posible adquirente de los mismos que se arriesgue a su adquisición con el peso del expectante y con la amenaza de su posible conversión, en un futuro más o menos próximo, en un efectivo derecho de usufructo.

Y lo que se dice de la negativa infundada puede afirmarse también, pero con el problema mucho más acrecentado, de los supuestos de ausencia o incapacidad (23).

Hubiera sido preferible admitir aquella renuncia subsidiaria, quizá dando más relevancia o exclusiva intervención a la autoridad judicial. Esta, a la vista ponderada de las circunstancias, podría decidir sobre la renuncia, especialmente en aquellos casos en los que se advirtiera que la negativa del cónyuge titular del expectante estaba basada esencialmente en la mala fe y en el ánimo de perjudicar a su consorte (que suelen ser los casos más frecuentes, muchos de los cuales he podido presenciar ya, con un gran sentimiento de impotencia, en mi propio despacho profesional).

Porque, por otra parte, considero que la inflexibilidad en este punto de la Compilación aragonesa, al suscitar los graves problemas que en la práctica está provocando, no es sino un medio de autodestrucción. Y buena prueba de ello es la reciente reforma del Título Preliminar del Código civil, a la que antes hacíamos referencia.

Por lo impopular de la postura en que la Compilación se coloca en el tema concreto que tratamos, así como por los graves inconvenientes que decíamos está provocando, estimo que sería ésta una cuestión para ser objeto de profunda reflexión por parte del legislador y de los artífices de la norma positiva aragonesa y pensar en una futura revisión, quizá

(23) Pues siendo la renuncia al expectante de viudedad un acto de carácter estrictamente personal por parte de su titular, no puede ser sustituido ni por el representante del ausente ni por el tutor del incapaz. Y así como en el supuesto de negativa infundada el cónyuge titular del expectante puede cambiar de parecer y efectuar la renuncia, por el contrario, en los casos de ausencia o incapacidad no se ve manera de solventar el problema, que puede subsistir por tiempo indefinido, al menos mientras el ausente no retorne o sea declarado fallecido, o el incapaz recobre la razón o fallezca.

dentro de ésta que para el año 1977 debe efectuarse, de la propia Compilación aragonesa (24).

V. RENUNCIA GENERICA Y RENUNCIA POR PODER

Se nos suscita ahora la cuestión de si la renuncia al derecho expectante de viudedad puede efectuarse de un modo genérico, referida a todos los bienes del cónyuge propietario de los mismos, o, por el contrario, esa renuncia ha de estar referida a cada caso concreto y a cada bien u objeto determinado.

Dice a este respecto ARNAZ DELGADO que «no creemos que esta renuncia (la del derecho expectante) se refiera a un solo bien, como señala algún autor, pues que esta renuncia, repetimos, se refiere al derecho expectante y puede comprender desde la renuncia total a la de un solo bien...» (25).

En la actualidad, la Compilación es explícita en este punto, saliendo quizá al paso de ciertas dudosas interpretaciones del Apéndice anterior. En su artículo 74, 1, después de establecer que el derecho de viudedad (se refiere al doble derecho expectante y de usufructo) es inalienable, dispone que «podrá ser objeto de *renuncia total o parcial*...».

Así, pues, no cabe ninguna duda de que el derecho expectante de viudedad puede ser renunciado respecto de un solo bien, de varios o de todos sobre los que recae.

Ahora bien, llegados a este punto cabe suscitarse (y ello tiene gran importancia en la práctica, según se dirá) la cuestión de si esa renuncia genérica puede efectuarse también respecto de los bienes aún no existentes en el patrimonio del otro cónyuge. Es decir, si cabe o no la renuncia sobre los bienes futuros, o mejor, sobre el derecho expectante en bienes a adquirir en el futuro.

La solución parece que ha de ser negativa. Y ello por pura lógica: no se puede renunciar a lo que todavía no se tiene; podrá haber quizá una promesa de renuncia, pero no una efectiva renuncia actual.

Y como quiera que, según el artículo 76, 1, de la Compilación aragonesa, el derecho expectante se adquiere en el «momento de ingresar en el patrimonio común o en los privativos» los bienes sobre los que recae, resulta que si al momento de efectuar la renuncia determinados bienes todavía no han ingresado en ninguno de esos patrimonios, difí-

(24) El legislador previó al promulgar la Compilación la posibilidad de verificar revisiones de la misma, periódicamente, cada diez años.

(25) *Op. cit.*, pág. 93.

cilmente podrá ninguno de los cónyuges efectuar una renuncia sobre ellos.

En este sentido puede decirse que la renuncia al expectante de viudedad ha de ser actual, es decir, sobre bienes realmente existentes en el patrimonio de cualquiera de los cónyuges o en el consorcial (26).

Esta cuestión tiene particular importancia en relación con un tema de viva actualidad en nuestros días. Me refiero a la escritura de capitulaciones matrimoniales, en las que se conviene el sistema de separación de bienes.

Especialmente cuando esta separación de bienes responde a una efectiva separación conyugal de hecho (convenios amistosos de separación), la cuestión alcanza un redoblado interés. Pues si se trata de desligar a un cónyuge de los intereses de todo orden, y en especial patrimoniales, del otro, y a la inversa, el derecho expectante juega un papel primordial en las futuras actuaciones jurídicas de cada uno de los cónyuges separados.

Por ello suele tenderse en la redacción de esa clase de capitulaciones a dejar sentadas lo mejor posible todas las circunstancias de índole patrimonial de cada uno de los cónyuges. Y suele existir, consecuentemente, una tendencia a incluir una cláusula por la que cada uno de los capitulantes renuncia genéricamente a su derecho expectante de viudedad respecto de los bienes del otro.

Pues bien, considero que esa estipulación es perfectamente válida en cuanto haga referencia exclusiva a los bienes que en la actualidad existen en el patrimonio de cada uno de los cónyuges que se separan.

Mucho más dudosa, sin embargo, por lo expuesto más arriba, es en cuanto se pretenda extender también a los bienes que en lo futuro pueda adquirir cada uno de ellos.

De ahí que como solución a este problema se pueda acudir a la idea del poder. Es decir, al formular las capitulaciones renuncian de forma genérica al derecho expectante, recíprocamente, cada uno de los interesados respecto de todos los bienes que el otro tenga actualmente, y en cuanto a posibles futuros objetos, se facultan ambos, también recíprocamente, para que el propietario de los mismos, al enajenar cada uno de ellos, pueda, como mandatario, hacer la efectiva renuncia al expectante de viudedad.

Esta es una fórmula bastante generalizada en las escrituras notariales

(26) Acerca del interesante problema de si el derecho expectante de viudedad puede recaer sobre bienes tenidos sólo en nuda propiedad por el otro cónyuge, puede consultarse nuestro trabajo *Extensión del derecho de viudedad aragonés*, en «Revista de Derecho Notarial», LXXIX, enero-marzo 1973.

de capitulaciones matrimoniales de separación de bienes que se otorgan en Aragón.

Y nada parece que pueda oponerse a ello.

El hecho mismo de que el derecho expectante sea una derecho personalísimo, y la renuncia expresa al mismo, un acto estrictamente personal de su titular, no impide que, como en cualquier otro caso semejante, dicho acto pueda ser realizado a través de un mandatario con poder expreso para ello.

Tampoco es obstáculo el hecho de que algún bien de los que se enajenen haya sido adquirido con posterioridad al otorgamiento de la escritura de poder, pues mientras éste se encuentre vigente por no haber sido revocado, sus facultades abarcan cualesquiera bienes, como ocurriría en un mandato normal de venta de todos los bienes del mandatario, presentes o futuros; poder éste que será perfectamente válido y ortodoxo.

VI. RENUNCIA EN BIENES CONSORCIALES

Lo cierto es que con arreglo a la vigente normativa de la Compilación aragonesa no sería necesario tratar aquí especialmente este tema.

Sin embargo, lo hacemos brevemente por haber advertido en la práctica no pocas escrituras notariales en las que parece seguirse un criterio, a mi juicio, erróneo a este respecto, consistente en no hacer renunciar a ambos cónyuges a sus derechos expectantes de viudedad, cuando de enajenación de bienes consorciales o comunes se trata.

A mi modo de ver, esta deficiente actuación tiene un doble fundamento.

De una parte, el criterio de la legislación anterior, de la que no resultaba enteramente claro si el expectante existía solamente sobre los bienes propios de cada uno de los cónyuges o también sobre los consorciales. El artículo 63 del viejo Apéndice de 1925 decía textualmente que «la celebración del matrimonio atribuye por ministerio de la ley a los cónyuges, solamente respecto de los bienes raíces o inmuebles que hayan aportado a aquél o que con posterioridad adquirieran, así a título lucrativo como a título oneroso, el derecho expectante y recíproco de usufructuar el uno los del otro» (27).

Por tres aspectos en la forma de expresarse el precepto podía caer la duda planteada: uno, por no mencionar expresamente los bienes

(27) Dudas de que también se hacía eco SANCHO REBULLIDA en *op. cit.*

consorciales adquiridos como sujetos al derecho expectante de viudedad; otro, por no precisar a qué bienes adquiridos con posterioridad a la celebración del matrimonio se refería, si sólo a los adquiridos por cada uno de los cónyuges como propios o también a los consorciales, y, por fin, porque al decir al final del párrafo transcrito «usufructuar *el uno los del otro*», parecía dar a entender un derecho de expectante, primero, y de usufructo, en su caso, después, a favor de un cónyuge respecto de los bienes propios del otro, pero no de su participación en los consorciales.

Hoy, la Compilación de 1967 es mucho más clara y explícita. Según ya hemos visto, su artículo 76, 1, determina que quedan afectos al derecho expectante de viudedad los bienes que señala «en el momento de *ingresar en el patrimonio común o en los privativos*».

Con el presente texto legal no cabe ya ninguna duda acerca de la cuestión planteada: el derecho expectante de viudedad existe también a favor de cada uno de los cónyuges sobre los llamados bienes consorciales.

El otro motivo de duda parece provenir de la evolución experimentada en relación con esta materia, a través de la legislación anterior, los Anteproyectos que prepararon la actual y la vigente Compilación. A ella nos hemos referido en el epígrafe II de este trabajo.

Ya hemos visto cómo en numerosos Anteproyectos previos a la Compilación vigente, el acto de la renuncia fue sustituido por el consentimiento del cónyuge titular del expectante.

Entonces, y como quiera que en toda transmisión de bienes consorciales, efectuada por el marido en aras de las normales facultades de dirección conyugal predominantes en nuestro Ordenamiento, debe comparecer la mujer para consentir dicha enajenación, se entiende por algunos que implícito en este consentimiento uxorio va ya la renuncia al expectante de viudedad.

Por mi parte, sin embargo, me atrevería a formular en contra de este criterio las siguientes objeciones:

En primer lugar, si se dice que con el consentimiento va implícita la renuncia, si ello se afirma de los bienes consorciales nada se opondría a su extensión aplicativa a los bienes privativos de cualesquiera de los cónyuges. Entonces, y como quiera que, antes de la reciente reforma del Código civil, cuando enajenaba la mujer, el marido debía intervenir en el acto para consentir dicha enajenación, en tales negocios tampoco sería necesaria la expresa renuncia a su derecho expectante de viudedad por parte del marido. Y, sin embargo, los mismos que defienden el criterio expuesto de que el consentimiento equivale a renuncia, eran los primeros que en este otro tipo de negocios jurídicos hacían constar expresa-

mente la renuncia del marido a su derecho expectante sobre los bienes enajenados por su mujer, además del consentimiento (27 bis).

Y es que el texto del artículo 76, 2, de la vigente Compilación aragonesa es suficientemente explícito. Para que el derecho expectante desaparezca en caso de enajenación, ya de bienes propios, ya de bienes conyugales, es precisa la expresa renuncia de su titular.

Ya se piense, según los criterios, que sobre los bienes conyugales existe por parte de ambos esposos una suerte de titularidad compartida, ya una especie de titularidad por cuotas, ya incluso que el marido es el único titular constante del matrimonio, lo cierto es que ambos cónyuges gozan de un derecho expectante de viudedad sobre los bienes consorciales, sobre cada uno por entero o sobre participaciones indivisas del mismo, el cual precisa ser renunciado por ambos cuando se trata de enajenación de bienes consorciales.

Y esa renuncia estimo que será necesaria no sólo por parte del cónyuge del transmitente—ordinariamente, la mujer—, sino incluso por parte de éste mismo. Porque del mismo modo que consentir una enajenación no parece que equivalga también a renuncia del expectante, tampoco realizar directamente el acto traslativo parece que deba equivaler a la conjunta e implícita renuncia a ese derecho.

Por mi parte, y con la finalidad de evitar discusiones de índole dogmática referentes a la naturaleza de la titularidad sobre los bienes consorciales, suelo utilizar una fórmula similar a ésta: «Ambos cónyuges renuncian expresamente a sus respectivos derechos expectantes de viudedad sobre la finca transmitida en esta escritura.»

(27 bis) Precisamente, y a raíz de la reciente reforma del Código civil autorizando la libre enajenación por la mujer casada de sus propios bienes, resulta curioso cómo mientras en la mayor parte de las regiones españolas, y especialmente las sujetas al Derecho Común, para la enajenación de tales bienes no es necesario la intervención ni consentimiento del marido, por el contrario, en Aragón, país que siempre ha hecho gala en materia jurídica de una mayor libertad civil, por consecuencia del derecho expectante de viudedad, en las enajenaciones de bienes por mujer casada seguirá siendo necesaria la intervención en el acto por parte del marido, ya no para consentir la transmisión, sino precisamente para renunciar al derecho expectante que ostenta sobre los bienes que se transmiten. Con lo que la situación práctica viene a ser la misma que la existente con anterioridad a la reforma del Código, y hace que en estos actos de enajenación la mujer casada aragonesa sea ahora de peor condición que las casadas sujetas al Derecho común.

VII. RENUNCIA EN CASO DE PERMUTA

Otro supuesto planteado en no pocas escrituras, defectuosamente, a nuestro juicio, es el de la permuta de bienes, ya privativos, ya consorciales, pero sobre los cuales pesa un derecho expectante de viudedad.

Hay muchos Notarios que en dicho tipo de escrituras no exigen del cónyuge del permutante la renuncia expresa a su derecho expectante de viudedad sobre los bienes que se enajenan.

El criterio sobre el que parece estar basada esta actitud es el de la subrogación real que en todo supuesto de permuta se produce respecto de los bienes intercambiados y con relación a los respectivos patrimonios de sus propietarios.

En efecto, el negocio jurídico de permuta es normalmente el más adecuado para provocar el fenómeno subrogatorio.

La subrogación real que se produce entonces consiste en que el bien adquirido en el cambio entra a ocupar en el patrimonio de su adquirente la misma posición jurídica que tenía el transmitido. La subrogación real tiene así una misión que podríamos calificar de clasificatoria en el sentido de determinar a qué patrimonio, y dentro de él, en qué situación jurídica, va a entrar el nuevo objeto adquirido. Así, si el transmitido a cambio era ganancial, propio del marido o privativo de la mujer, el nuevamente adquirido en permuta será también ganancial, propio del marido o de la mujer.

Es lo que en otro lugar hemos dado en llamar «subrogación real de dominio» (28).

Frente a ella existe también la llamada «subrogación real de gravámenes», consistente en que las cargas afectantes al bien que se transmite pasan inalteradas a afectar al nuevo bien adquirido en cambio. Cargas y derechos reales en general. Así, si el objeto transmitido en trueque estaba, por ejemplo, hipotecado, la hipoteca desaparece del mismo para pasar a gravar al objeto adquirido en su sustitución.

Sin embargo, esta subrogación real de gravámenes sólo existe en nuestro Ordenamiento positivo en un caso concreto y determinado: el previsto en la vigente Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973, a propósito de la concentración parcelaria, en la que su artículo 230 dispone expresamente que «el dominio y los demás derechos reales y situaciones jurídicas que tengan por base las parcelas sujetas a concen-

(28) JOSÉ LUIS MERINO Y HERNÁNDEZ, *Contribución al estudio de la Ley de Permutas Forzosas*, en «Revista de Derecho Agrario», tomo I, Zaragoza, 1964.

tración pasarán a recaer inalterados sobre las fincas de .emplazo del modo y con las circunstancias que establece la presente ley. No obstante, las servidumbres prediales se extinguirán, serán conservadas, modificadas o creadas de acuerdo con las exigencias de la nueva ordenación de la propiedad».

Pues bien, sólo en este supuesto concreto y muy específico está admitida en nuestro Ordenamiento jurídico la subrogación real de gravámenes. En el resto, de los principios que emanan del propio Ordenamiento se deduce con bastante claridad la no admisibilidad de esta especial subrogación.

En consecuencia, y es lo lógico y ordinario, cuando, por ejemplo, se vende una finca hipotecada, el gravamen se mantiene inalterado sobre el inmueble, a menos que sea cancelado expresamente. Y lo mismo cuando la transmisión se realiza no por venta, sino por permuta.

Pues bien, lo mismo sucede con el derecho expectante de viudedad, que también actúa sobre los bienes, según lo expuesto más arriba, como una especie de carga o gravamen, aunque *sui generis*.

Pensar que al transmitir en permuta una finca afecta al derecho expectante, éste desaparece de ella, sin renuncia expresa de su titular, para pasar a afectar al nuevo bien adquirido, es un contrasentido que va contra todo principio de nuestro Ordenamiento jurídico.

Porque si bien es cierto que sobre el nuevo bien adquirido en la permuta se dará también el derecho expectante, ello no será como consecuencia de esa pretendida subrogación real, sino más bien como lógica aplicación de la normativa de la Compilación, cuyo artículo 76, 1, determina la existencia del derecho expectante sobre los bienes desde el momento de ingresar en el patrimonio de su titular.

Entonces, si al otorgamiento de la escritura de permuta, el cónyuge del propietario de los bienes a intercambiar no comparece para expresamente renunciar a su derecho expectante sobre los bienes a transmitir, éstos pasarán a manos del nuevo adquirente con el peso del expectante y la amenaza de un futuro posible usufructo.

La permuta es un negocio de enajenación de los que el artículo 76, 2, de la Compilación habla, sin que nada tenga de especial en relación con cualquier otro negocio similar, como pueda ser la compraventa.

VIII. RENUNCIA EN CASO DE HIPOTECA

Ya hemos dicho o, al menos, insinuado que la renuncia al derecho expectante de viudedad puede hacerse en cualquier momento, total o parcialmente. Que no es necesario la existencia de un especial acto de enajenación para que la renuncia se efectúe, pues esa renuncia cabe efectuarla anticipadamente e *in genere*.

Y que la Compilación aragonesa, cuando en su artículo 76, 2, dispone que «este derecho no se extingue o menoscaba por la ulterior enajenación de cualquiera de los bienes mencionados en el número anterior, a menos que se renuncie expresamente», no quiere decir que la renuncia haya de hacerse sólo y siempre que se trate de la enajenación de algún objeto afecto al expectante; lo único que quiere significar es que en caso de enajenación, si previamente (y esto puede ser en el acto mismo de la enajenación o mucho antes) no se ha renunciado al derecho expectante, los bienes transmitidos pasarán a su nuevo adquirente con el peso del expectante.

Sin embargo, lo usual en la práctica es que al derecho expectante de viudedad se renuncie en cada caso de enajenación y con carácter parcial, referida la renuncia sólo al bien que se transmite en ese acto.

Pues bien, en este punto resulta de sumo interés analizar el sentido que la Compilación ha querido dar al término enajenación usado en el artículo 76, 2.

Porque el concepto *enajenación* alude a algo restringido, englobado jurídicamente dentro del término más amplio de *disposición*. Toda enajenación es una disposición, pero no a la inversa.

Como acertadamente pone de manifiesto a este respecto AGUILERA DE LA CIERVA, «el concepto de los actos de disposición no se restringe a los actos de enajenación, como ha pretendido alguna teoría jurídica. Se trata de una noción mucho más amplia, que comprende toda modificación jurídica de un bien o derecho. Mediante el acto de disposición se transfiere, se grava, se extingue un bien o derecho o, de modo general, se produce respecto del mismo cualquier modificación jurídica» (29).

Y cita a ENNECCERUS, quien contrapone la pérdida y la modificación del derecho: en la segunda no se altera la esencia del derecho; ambas suponen disposición (30).

De forma parecida, DÍEZ PICAZO afirma que «en un sentido muy general puede decirse que son actos o negocios jurídicos de disposición

(29) TOMÁS AGUILERA DE LA CIERVA, *Actos de administración, de disposición y de conservación*, Edit. Montecorvo, Madrid, 1973, pág. 111.

(30) *Op. cit.*, pág. 111, nota 85.

aquellos actos y negocios jurídicos por medio de los cuales un derecho subjetivo actualmente existente es inmediatamente transformado, modificado o extinguido. Partiendo de esta idea—continúa el autor—pueden contraponerse claramente, dentro del concepto general de los negocios de disposición, los siguientes: 1.º Los negocios de enajenación o negocios traslativos, por medio de los cuales el titular de un derecho transmite de manera inmediata dicho derecho a otra persona. 2.º Los negocios dirigidos a la constitución de un gravamen o de un derecho real sobre una cosa. 3.º La renuncia abdicativa, por medio de la cual el titular de un derecho hace voluntaria dejación de éste extinguiéndolo» (31).

Interpretando la doble dicción del artículo 1.413 del Código civil, en cuanto habla de actos de enajenación y de disposición, LACRUZ BERDEJO sigue el mismo criterio expuesto, calificando a los actos de enajenación como aquellos que provocan una «transferencia de derechos» (32).

De acuerdo, pues, con estas afirmaciones, en cuanto resumen de un criterio jurídico que parece generalmente admitido en nuestra doctrina, el acto de enajenación puede configurarse como aquel que provoca estrictamente una transmisión inmediata de derechos de una persona a otra, frente al acto de disposición en cuanto concepto más general y amplio, que abarca no sólo al acto propio de enajenación, sino también a aquellos otros que suponen cualquier otra modificación jurídica de los derechos (gravamen y renuncia abdicativa).

Así las cosas, parece que el término *enajenación* del artículo 76 de la Compilación de Derecho civil de Aragón debe entenderse, como decimos, en sentido estricto, en cuanto comprensivo solamente de los actos que determinan una efectiva y actual transmisión de derechos de una persona a otra.

Y, además, ello es lógico, por cuanto la renuncia al derecho expectante no tiene otra finalidad que conseguir que los bienes transmitidos lo sean en la más completa libertad de cargas y gravámenes. Luego donde no hay transmisión huelga toda renuncia a derecho expectante.

Pues bien, en relación con ello alcanza particular importancia el supuesto en que cualquiera de los cónyuges se propone hipotecar algún bien de su propiedad o se hipotecan por el marido, con consentimiento de la mujer, los consorciales.

Entonces, y en dichos casos, se plantea la interesante cuestión de si es o no necesario que el cónyuge del hipotecante comparezca en la

(31) LUIS DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Edit. Tecnos, Madrid, 1972, vol. I, págs. 69 y 70.

(32) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, Librería Bosch, Barcelona, 1963, pág. 534.

correspondiente escritura para renunciar a su derecho expectante sobre los bienes hipotecados.

De todo lo dicho hasta aquí parece que la solución más apropiada habría de ser la negativa.

En efecto, si el negocio jurídico de constitución de hipoteca no es un acto estricto de enajenación, sino más bien de disposición, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 76, 2, de la Compilación aragonesa, el cónyuge del hipotecante no tiene por qué intervenir en el acto en que se crea el gravamen, ya que ninguna transferencia patrimonial se está entonces efectuando.

Porque si el cónyuge titular del expectante renuncia a éste en el instante de la hipoteca y luego, como consecuencia de ser pagado el crédito que la hipoteca garantiza, ésta no se lleva a su ejecución, resulta que aquél ha perdido irremisiblemente su derecho expectante renunciado, recobrando su consorte el bien liberado del gravamen hipotecario y liberado también del gravamen que el expectante representa.

Pero en el caso contrario, si no se efectúa esa renuncia al constituirse la hipoteca y luego, por impago de la deuda, se llega a la ejecución, con el consiguiente embargo, subasta judicial y adjudicación de la finca hipotecada a un tercero, resulta que si entonces el titular del expectante no renuncia voluntariamente al mismo, el adquirente de los bienes los obtendrá con el gravamen de la expectativa de viudedad.

Porque, según ya hemos visto más arriba, en el momento de la ejecución, la autoridad judicial no podría suplir la renuncia del cónyuge que no quiere efectuarla. Y ello dados los propios términos en que la Compilación está actualmente concebida.

La cuestión aparentemente parece conducirnos a un callejón sin salida.

No ha de ser, sin embargo, así realmente. Por mi parte, encuentro dos vías o caminos de solución. Veámoslos:

Una primera vía adecuada de solución sería, a mi juicio, la de la renuncia condicionada, formulada en el instante de la constitución de la garantía hipotecaria.

En el epígrafe IV de este mismo trabajo hemos defendido la posibilidad de esta renuncia condicionada. Nada se opone a ella. El cónyuge titular renuncia a su derecho expectante, pero manifestando que su renuncia queda supeditada a la condición suspensiva del hecho de la ejecución hipotecaria.

La expresión formal escriturada podría ser más o menos la siguiente: «Para caso de ejecución hipotecaria, el cónyuge del deudor (o del hipotecante) renuncia expresamente a su derecho expectante de viudedad sobre la finca hipotecada.»

Esta renuncia no puede decirse que sea actual, ya que queda supeditada a un hecho posterior incierto, cual es la efectiva ejecución de la hipoteca.

Si esta ejecución llega, la renuncia formulada por el titular del expectante en el momento de la constitución hipotecaria surtirá plenos efectos jurídicos, pero desde el momento mismo de dicha ejecución y no antes.

Por el contrario, si no se llega a la ejecución, la renuncia al expectante carecerá de todo valor y eficacia. Habrá desaparecido la causa que podría haber determinado su nacimiento.

Esta es, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, la solución que, a mi juicio, ofrece mayores garantías, y por creerlo así la vengo utilizando normalmente en mi despacho en la autorización de escrituras de constitución de hipotecas sobre bienes de personas sujetas al Derecho foral aragonés y sobre los que exista derecho expectante de viudedad.

Una segunda vía utilizaría la promesa de renuncia como medio de atajar el conflicto. En el momento de la constitución de la hipoteca comparecería el titular del expectante para prometer su renuncia a éste, caso de llegarse a la ejecución.

En principio, esta promesa sería perfectamente válida y acomodada a Derecho. Sin embargo, su futura realización práctica chocaría con el grave problema del cumplimiento forzoso de la promesa, caso de resistencia al cumplimiento por parte del titular del expectante.

Ya hemos aludido antes a este problema, y hemos llegado a la conclusión de que la autoridad judicial no podría de ninguna manera acudir al cumplimiento efectivo por sustitución, pues esta renuncia subsidiaria ha desaparecido de nuestro Ordenamiento jurídico, considerándose el hecho de la renuncia al expectante como un acto de carácter estrictamente personal por parte de su titular.

Por ello, insisto, me parece que la primera solución propuesta es la más adecuada y la que mayores garantías ofrece.

Y no creo que el hecho de que la constitución de la hipoteca sea simultánea al negocio de adquisición de los bienes desvirtúe en modo alguno los criterios expuestos.

Y digo ello con especial referencia a la nueva doctrina dictada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en sus Resoluciones de 13 de mayo y 4 de noviembre de 1968.

En ambas se trataba de supuestos en los que el marido adquiriría determinados inmuebles para la sociedad conyugal, y al mismo tiempo constituía hipoteca sobre ellos en garantía del precio aplazado de la compra.

Ante la negativa del Registrador de la Propiedad a inscribir estas escrituras si no mediaba previamente el consentimiento de la mujer del

comprador en lo concerniente a la constitución del gravamen, el Centro Directivo en ambas ocasiones rectificó la nota del Registrador afirmando que en estos casos no es necesario el consentimiento de la mujer «dado que el negocio concluido entra dentro de la categoría de los negocios complejos de naturaleza unitaria, porque entre los elementos heterogéneos que lo constituyen hay una íntima soldadura al parecer, fundidas en una síntesis las diversas declaraciones emitidas, que confluyen en un único negocio, que es resultado de las variadas causas que en él concurren, lo que trae como consecuencia que no pueda escindirse en los dos negocios que lo forman y aplicar a cada uno las normas propias del contrato tipo, sino que, por el contrario, la causa compleja que le sirve de base ha absorbido las concurrentes y determina la primacía de uno de ellos, que es la compraventa».

Con ello, la Dirección General venía a sancionar el criterio ya defendido por CÁMARA y LACRUZ BERDEJO. Decía éste textualmente que «por faltar el elemento económico de la *disposición* deben entenderse exentas de la exigencia del artículo 1.413, 1.º, las constituciones de hipoteca sobre un inmueble en el acto de adquirirlo por compra y en garantía del precio aplazado..., porque económicamente la operación equivale a la adquisición del inmueble con el correspondiente gravamen» (32 bis).

Criterio éste que, aunque no del todo pacífico y exento de crítica, parece que va siendo admitido en la mayor parte de las Notarías.

Y como lógica consecuencia, la no exigencia del consentimiento de la mujer cuando el marido compra un inmueble ya hipotecado, subrogándose en el gravamen, con el correspondiente descuento de su principal como parte del precio de la compra.

Pues bien, en ambos supuestos he podido advertir que en la mayor parte de los despachos notariales aragoneses, donde ha cuajado plenamente este criterio doctrinal y jurisprudencial, no se exige la comparecencia de la mujer de quien compra un inmueble ya hipotecado o que lo hipoteca en el mismo acto de la adquisición.

Partiendo de la base de admitir como válida la doctrina recientemente emanada de la Dirección General, en el sentido expuesto, la postura de estos compañeros parece correcta, pero sólo en cuanto concierne a la normativa de los actos dispositivos del marido y en relación con los artículos 1.413 del Código civil y 51 de la vigente Compilación de Derecho civil de Aragón.

Sin embargo, al actuar así algunos Notarios en Aragón presiento que

(32 bis) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO y MANUEL ALBALADEJO, *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, Edit. Bosch, Barcelona, 1963, pág. 536.

están obrando con criterios exclusivos de Derecho común, olvidando la específica normativa de Derecho privado vigente en esta región.

En efecto, y como venimos insistiendo a lo largo del presente epígrafe, al ser la renuncia al derecho expectante un acto personalísimo de su titular, no susceptible de sustitución por la autoridad judicial, si en el momento de la posible ejecución hipotecaria alguno de los cónyuges niega la renuncia a su derecho expectante sobre los bienes embargados, éstos, no me cabe la menor duda, pasarán al nuevo adquirente con la carga del expectante y, en su caso, con la del efectivo derecho de usufructo viudal.

Y ello es válido no sólo para los actos de simple constitución hipotecaria por parte de uno de los cónyuges, sino también para aquellos otros actos complejos de compra y gravamen a que se referían las antes citadas resoluciones, e igualmente, por la misma razón, para los casos de adquisición de inmuebles con subrogación de la hipoteca que los grave.

A los efectos del derecho expectante de viudedad no veo ninguna diferencia entre unos y otros supuestos.

Por ello, insisto, para todos estos casos, ya se trate de simple constitución hipotecaria, de negocio complejo de compra y gravamen o de adquisición con aceptación de la hipoteca, si queremos que en el hipotético momento de la ejecución hipotecaria el rematante de los bienes no los adquiera con la carga del expectante, debemos acudir *en origen* a la renuncia condicionada de este derecho por parte de su titular (o de ambos cónyuges cuando se trate de bienes consorciales), en la forma a que ya me refería más arriba.

IX. LA RESERVA DEL DERECHO EXPECTANTE

Ligado con la cuestión tratada en el epígrafe anterior, pero válido también para cualquier otro supuesto de disposición o enajenación de bienes afectos al derecho expectante de viudedad, está el tema de la reserva del mismo.

Se trata de los supuestos en que enajenando un cónyuge un bien de su propiedad, no comparece en la escritura su consorte para renunciar al derecho expectante. Se duda de si es o no necesario que en el documento público se haga constar esa circunstancia de la no comparecencia del titular del expectante, y si la no mención de ello supone o no pérdida de éste, especialmente cuando se trata de documentos que tienen acceso al Registro de la Propiedad.

Existen dos Resoluciones de la Dirección General de los Registros

y del Notariado en las que el citado Centro Directivo determinó el criterio de la necesidad de la reserva expresa como medio de conservar el expectante no renunciado.

La primera, de 25 de septiembre de 1925, dice en sus considerandos:

«... Ha de tratarse en el presente caso de buscar una solución que armonice la reserva del derecho eventual correspondiente a la mujer (*remanet jus uxoris salvum*) con la publicidad hipotecaria y la necesidad de liberar a los terceros adquirentes de una fatigosa investigación de antecedentes, que sobre resultar mal reflejados en los Registros, siempre se prestarían a dudas y confusiones por la incertidumbre de la vecindad civil de los cónyuges.»

Y continúa: «... La solución más adecuada del problema se encuentra en una interpretación correcta del artículo 272 del Reglamento Notarial, cuyo segundo párrafo ordena a los Notarios que consignen en el documento aquellas advertencias que requieran contestación inmediata de uno de los comparecientes, y aquellas otras de importancia que, a su juicio, deban detallarse expresamente, bien para mejor y más permanente instrucción de las partes, bien para salvaguardia de la responsabilidad del propio Notario.»

Y terminaba confirmando el Auto de la Audiencia, el cual, a su vez, era confirmatorio de la nota del Registrador, y ésta denegaba la inscripción de una escritura de venta de un bien del marido sin comparecencia de la mujer para renunciar al derecho expectante, nota que concluía diciendo: «... Ni en ella (en la escritura) se hace la debida reserva de aquel derecho expectante a su favor, como es procedente si ha de tener eficacia lo que sobre el particular se establece en algunos de los Fueros y Observancias para garantía del mismo, única forma de que la reserva pueda mencionarse en la inscripción y producir efecto con respecto a terceros adquirentes de la finca.»

La segunda de dichas Resoluciones, de 11 de julio de 1929, resolvía un supuesto precisamente de hipoteca de bienes sujetos al derecho expectante sin haber comparecido en la escritura de gravamen el cónyuge del hipotecante. Declaraba la no inscribibilidad de esta escritura por no haberse hecho expresa reserva del derecho expectante, afirmando que «la *salvaguardia explícita* del derecho de viudedad correspondiente a la mujer no significa constitución y reconocimiento de tal situación jurídica, sino una mera consignación de la posible existencia de un derecho y una advertencia hecha a los terceros adquirentes para que no puedan apoyarse en el principio de publicidad hipotecaria y negarse a sufrir la repercusión legal de la prevista viudedad sobre su propio patrimonio».

De soluciones arbitrarias califica SANCHO REBULLIDA a las dadas por estas dos Resoluciones (33).

Cita este autor a PELAYO HORE, quien distingue entre la *publicidad registral* y la *publicidad legal*. Esta última se sobrepone—dice—a la primera. Y afirma del derecho expectante de viudedad que goza de una cierta publicidad legal, en el sentido de que puede ser opuesto a terceros, aun sin mención ni reserva expresa del mismo. Por lo significativo en esta materia, y en especial por su relación con modernas disposiciones de corte similar en sus principios, transcribimos seguidamente las conclusiones a que dicho autor llega, estableciendo el siguiente cuadro de presunciones:

«1.^a En las enajenaciones o gravámenes de bienes realizados por un cónyuge sin renuncia ni consentimiento del otro, hay lugar a presunción favorable a la viudedad foral en cualquiera de las siguientes hipótesis:

«a) Cuando la finca está sita en Aragón.

«b) Independientemente de la situación de las fincas, cuando el cónyuge disponente comparezca ostentando la condición de aragonés o la de vecino de cualquier localidad aragonesa.

«c) Cuando expresamente se reserve tal derecho o conste en el documento la advertencia de su posibilidad.

«Contra la presunción se admitirá la prueba de que el cónyuge favorecido por la viudedad no era aragonés al tiempo del acto dispositivo.

«2.^a La enajenación o gravamen de inmueble en el Registro de la Propiedad hecha por cónyuge aragonés da lugar a la presunción contraria al usufructo foral cuando se trate de finca sita fuera de Aragón, el cónyuge disponente no haya comparecido ostentando condición de aragonés ni de avecindado en localidad aragonesa y no conste en el documento reserva o advertencia favorable al usufructo.

«Contra dicha presunción no cabe más prueba que la de que el adquirente conocía la condición de aragonés del cónyuge del disponente.

«En último término—concluía el autor—, parece indudable que el cónyuge que por aplicación de la anterior presunción se vea privado de su viudedad foral tendrá derecho a entablar contra el otro cónyuge o contra sus herederos la oportuna reclamación de daños y perjuicios, por aplicación del principio general del artículo 1.902 del Código» (34).

Es curioso advertir cómo treinta y un años después de expresadas las transcritas opiniones, el legislador de nuestros días ha recogido y plasmado los criterios que las sustentan, casi de forma idéntica, en la nueva redacción del Título Preliminar del Código civil.

(33) *Op. cit.*, pág. 68.

(34) *Vid.* SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, págs. 69 y ss.

Prescindiendo ahora de esta cuestión, me interesa destacar especialmente aquí el criterio general existente en el Ordenamiento aragonés favorable a admitir cierta *publicidad legal*, oponible incluso a la registral, respecto del derecho expectante de viudedad.

Publicidad que, como veíamos apuntaba SANCHO REBULLIDA, hace que no sea necesario una expresa reserva del mismo en la escritura de enajenación para que el cónyuge titular del expectante lo conserve en toda su integridad.

Cierto que, como decía la Resolución primeramente transcrita, de 25 de septiembre de 1925, lo mejor en esta materia es que, a la vista de una transmisión de bienes de personas sujetas al Derecho foral aragonés, si el Notario considera necesaria la comparecencia del cónyuge del transmitente para renunciar a su derecho expectante, si no comparece lo advierta así al adquirente, haciéndole saber las consecuencias que la no renuncia puede acarrearle. Y si, no obstante, las partes insisten en el otorgamiento, autorizar la escritura una vez hecha explícitamente dicha reserva, o mejor, advertencia.

No obstante, si en algún caso el Notario no hiciese dicha advertencia, estimo que lo único que sucedería es que el fedatario habría incurrido en una falta reglamentaria, pero no por ello debería considerarse extinguido el derecho expectante.

La publicidad legal de que el mismo goza determina su no desaparición, pese a no ser expresamente reservado en la escritura de transmisión.

Existen varios argumentos de índole legal que apoyan este aserto.

El primero de ellos, el derivado de la propia dicción del artículo 76, 2, de la vigente Compilación de Aragón («el derecho no se extingue o menoscaba...»). En ella no se distingue si en la enajenación se hace o no especial reserva del expectante. Lo único que dice, y es texto de ley, que si en la transmisión no se hace expresa renuncia, el derecho expectante ni se extingue ni se menoscaba.

Otro argumento muy interesante lo encontramos hoy en el artículo 16, 2, del nuevo Título Preliminar del Código, al que ya hemos hecho alguna referencia a lo largo de este trabajo.

En él, al recogerse, como también decíamos, la tesis de PELAYO HORE, se afirma que «el derecho expectante de viudedad no podrá oponerse al adquirente a título oneroso y de buena fe de los bienes que no radiquen en territorio donde se reconozca tal derecho, si el contrato se hubiera celebrado fuera de dicho territorio, sin haber hecho constar el régimen económico matrimonial del transmitente».

De lo que se deduce, a *sensu contrario*, que si alguna de dichas circunstancias no se dan, el derecho expectante sí que podrá oponerse al nuevo

adquirente de los bienes y aun sin haberse hecho expresa reserva en la escritura.

Tales supuestos de oponibilidad serán, pues, sintetizados, los siguientes:

1.º Si la transmisión es lucrativa o gratuita, cualquiera que sea el lugar donde radiquen los bienes o aquel en que se celebre el contrato.

2.º Si por parte del adquirente a título oneroso no existe la buena fe. Buena fe consistente en desconocer absolutamente la condición civil del transmitente o de su cónyuge y la posibilidad de que exista el derecho expectante de viudedad.

3.º Que los bienes radiquen en territorio de Aragón, cualquiera que sea el lugar donde el contrato se celebre.

4.º Que el contrato se celebre en territorio aragonés, aunque los bienes radiquen fuera de éste.

5.º Que se haga constar en la escritura el régimen económico matrimonial del transmitente. Constatación que tanto podrá ser hecha por el propio transmitente, por el adquirente o por el mismo Notario si lo conoce. Pienso que la advertencia notarial de la posibilidad de existencia de derecho expectante de viudedad equivale a esa constatación del régimen matrimonial.

Concluyendo: si en los casos citados por el nuevo artículo 16, 2, del Código civil el derecho expectante no puede oponerse al nuevo adquirente, a *sensu contrario*, como decimos, sí que podrá oponerse ese derecho en los demás supuestos, aun cuando en la escritura de transmisión no se haga especial reserva o advertencia. Y ello por consecuencia de esa publicidad legal de que goza, y a la que antes nos referíamos.

X. LA RENUNCIA EN LA PARTICION DE HERENCIA

Volviendo al tema de los dudosos negocios jurídicos, en los que es o no necesaria renuncia expresa al derecho expectante de viudedad, nos enfrentamos ahora con la partición de herencia, especialmente la practicada por los propios herederos.

En dichos supuestos, ¿es necesaria la renuncia al derecho expectante de viudedad por parte del cónyuge de cada uno de los herederos y respecto de los bienes no adjudicados a su consorte en la división efectuada?

Estimo que la solución a este problema debe encontrarse en la misma naturaleza jurídica del acto de partición de herencia.

Conocidos son los diferentes criterios que en este punto han imperado a lo largo de la historia en los distintos Ordenamientos jurídicos.

En el Derecho romano, la partición de herencia tenía un carácter eminentemente traslativo. Los herederos traían causa directamente del causante en lo concerniente a la herencia en general, a las cuotas indivisas que sobre los bienes hereditarios tenían. Sin embargo, practicada la división, se entendía como si cada uno de los herederos hubiera transmitido a los demás sus cuotas sobre los bienes que en la partición no le hubieran correspondido.

En el Código civil napoleónico se atribuye al acto de partición de herencia carácter exclusivamente declarativo. Los herederos traen causa directamente del causante, sin que nada reciban de los demás partícipes al realizarse la división de la herencia.

En nuestro Derecho se han defendido ambos criterios, al no existir un precepto legislativo claro y determinante que viniera a resolver el problema y sí algunos que, por el contrario, tendían a oscurecerlo.

Prescindiendo de otras consideraciones al respecto, parece hoy predominante la tesis de MARTÍN LÓPEZ, en el sentido de dar a la partición de herencia carácter predominantemente especificativo. A su juicio, la partición hereditaria no es traslativa ni declarativa, pues se limita a disolver un estado de comunidad reemplazándole por otro de absoluta precisión, en cuanto al objeto, y de absoluta libertad, en cuanto al ejercicio del derecho, siendo, en consecuencia, la partición de herencia, tanto por su carácter como por sus efectos, determinativa o especificativa de derechos (35).

El profesor LACRUZ BERDEJO concreta y puntualiza más esta doctrina distinguiendo entre la función de la partición en el total proceso sucesorio (los herederos respecto al causante) y en la comunidad hereditaria (cada coheredero respecto a los demás). «En el primer aspecto—dice—, como acto complementario de la delación, cumple, juntamente con ella—completándola—, función traslativa. Y sólo en este sentido le asigna tal naturaleza la jurisprudencia. Pero en el segundo aspecto, en sí misma considerada, como negocio jurídico que pone fin a la comunidad, su naturaleza determinativa parece evidente por las razones que expone MARTÍN LÓPEZ (36).

De esta suerte, y de acuerdo con tales posturas doctrinales, a las que me adhiero plenamente, parece deducirse algo con meridiana claridad: el hecho de que en toda partición de herencia, entre los herederos intervinientes no se produce acto alguno de enajenación. Los herederos reciben del causante una titularidad indivisa sobre los bienes que integran el as

(35) *Carácter y efectos de la partición de herencia*, en «Revista de Derecho Privado», 1936, págs. 81 y ss.

(36) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones. Parte general*, Librería Bosch, Barcelona, 1961, pág. 465.

hereditario. Si se quiere, esta titularidad es una suerte de comunidad romana o por cuotas. Cada uno de los herederos dispone a su favor de una cuota indivisa sobre los bienes hereditarios. Sin embargo, cuando la partición es realizada no se produce ninguna recíproca transmisión de cuotas de unos herederos a otros. Lo que hay solamente es una especificación, concretando la antes indeterminada titularidad hereditaria, sobre unos bienes concretos.

Es como si su titularidad no hubiera existido nunca sobre los demás bienes de la herencia, sino sólo sobre aquel o aquellos que le han correspondido en la partición verificada.

En consecuencia, como quiera que el derecho expectante está y va siempre subordinado al de propiedad del otro cónyuge, resulta que si éste, el heredero, no ha tenido nunca titularidad dominical alguna sobre los otros bienes que han sido adjudicados a los demás herederos, ni en todo ni en parte, ni siquiera por cuotas, tampoco su consorte ha podido tener derecho expectante de viudedad sobre esos bienes de que su cónyuge no ha resultado adjudicatario en la partición.

Y si nada ha tenido, nada tiene que renunciar.

Cierto apoyo a todo lo que aquí se está diciendo lo podemos encontrar en las propias normas fiscales. Estas son, en general, sumamente orientadoras en muchos puntos dudosos del Derecho sustantivo no porque influyan sobre éste, sino, al contrario, porque tales normas suelen ser un fiel reflejo de los principios sustantivos que rigen los actos y negocios que ellas están llamadas a fiscalizar tributariamente.

Pues bien, si en la partición hereditaria hubiera recíprocas transmisiones de unos herederos para con otros, no cabe la menor duda de que Hacienda liquidaría tales transferencias por el tipo correspondiente, bien como transmisiones onerosas, bien como transmisiones lucrativas. Si no lo hace es porque, consecuentemente con los principios en que está basado nuestro Ordenamiento jurídico, entiende que en la partición de herencia se trata solamente de especificar titularidades sobre bienes concretos con una única causa de adquisición, que es la derivada del fallecimiento del causante.

Un caso especial puede surgir cuando en esas particiones hereditarias existen excesos de adjudicación a favor de unos y en contra de otros de los herederos interesados.

Volviendo a las normas fiscales, vemos claramente cómo en estos casos Hacienda suele cobrar un impuesto suplementario al de herencia, el de exceso de adjudicación, con aplicación del tipo impositivo correspondiente a las transmisiones onerosas *inter vivos*.

En efecto, desde el punto de vista civil puede pensarse también que cuando un heredero recibe más de lo que corresponde a su cuota heredi-

taria es que ha verificado una adquisición de los demás herederos en cuanto a ese «plus», bien sea onerosa (si ha habido efectivamente compensación dineraria entre ellos), bien sea lucrativa (si tal compensación no existe).

En estos casos sí que cabría pensar que el cónyuge del heredero que no recibe todo ha llegado a ostentar cierto derecho expectante sobre la porción que de menos recibe su consorte, el cual debe ser entonces renunciado si se quiere que la porción que de más recibe el otro heredero la obtenga libre del gravamen que representa el derecho expectante de viudedad.

En la práctica no será fácil, desde luego, para el Notario averiguar y saber con entera certeza si esos excesos de adjudicación se están produciendo o, por el contrario, la partición es igualitaria, o mejor dicho, proporcional a las cuotas de cada uno de los herederos, recibidas directamente de su causante.

Quizá sólo en aquellos casos en que la herencia consista en una sola finca, y ésta se divida en partes igualmente proporcionales a las cuotas de los herederos, podrá pensarse que la partición ha mantenido esa igualdad o proporcionalidad. Y aun en estos casos puede haber dudas.

Por eso estimo que, aun cuando en buenos principios jurídicos, la renuncia al derecho expectante por parte de cada uno de los cónyuges de los herederos no debe exigirse, sin embargo, como cuestión práctica, siempre que el Notario tenga la mínima duda acerca de un posible exceso de adjudicación deberá exigir que comparezcan tales cónyuges para renunciar a sus respectivos derechos expectantes.

Hay algunos casos en donde lo que resulta verdaderamente claro es que existe exceso de adjudicación con mucha diferencia a favor de algunos herederos y en perjuicio de otros. En ellos estimo que lo ortodoxo será que se haga renunciar a sus derechos expectantes a los cónyuges de los herederos que reciben menos, pero no a los de los que reciben más.

Por otro lado, cuando la partición ha sido hecha ya por los causantes en su testamento y los herederos la respetan en su integridad, no es entonces necesaria renuncia alguna a derechos expectantes, por cuanto ningún exceso se puede producir, ya que el único título válido de adquisición es el testamento, aunque establezca desigualdades cuantitativas o cualitativas entre los causahabientes.

Lo mismo puede decirse cuando la partición es realizada por contador partidor con amplias facultades de actuación o con facultades estrictamente señaladas por el causante y las cumplen, porque en todos estos casos el contador actúa como si fuera una especie de delegado del o de los causantes.

E igualmente si la partición es verificada por la autoridad judicial, dadas las garantías de objetividad y legalidad que cabe presumir en toda actuación judicial.

Más dudoso, sin embargo, cuando es realizada por árbitros.

XI. LA RENUNCIA EN LA DIVISION DE COMUNIDAD

Prácticamente lo mismo dicho acerca de la partición hereditaria puede afirmarse también de la división de una comunidad ordinaria, romana o por cuotas, de las reguladas por los artículos 392 y siguientes del Código civil.

En ella puede decirse que el único título por el que cada uno de los comuneros recibe su parte en la división es el mismo por el que la comunidad adquirió en su día.

De las propias normas del Código civil reguladoras de la comunidad ordinaria parece deducirse este mismo criterio. Así, su artículo 450, al tratar de la división, determina que «cada uno de los partícipes de una cosa que se posea en común, se entenderá que ha poseído exclusivamente la parte que al dividirse le cupiere durante todo el tiempo que duró la indivisión».

Interpretando este precepto afirma PUIG BRUTAU que, «sin duda, hay que atribuir efectos retroactivos a las adjudicaciones resultantes de la partición, como si ésta se limitase a declarar el derecho de cada titular sobre una cosa separada y adquirido no al terminar, sino ya al comenzar la copropiedad» (37).

Parece lógico pensar que en toda división de comunidad no existe ninguna suerte de recíproca transmisión de cuotas entre los comuneros, sino, al igual que en la partición hereditaria, una especificación o determinación de la titularidad inicialmente abstracta, o mejor, inconcreta, sobre bienes ahora ya determinados.

Aquí puede darse por reproducido todo lo que en el epígrafe anterior decíamos acerca de la actuación de las normas fiscales y de los excesos de adjudicación.

(37) JOSÉ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo III, vol. II, Editorial Bosch, Barcelona, 1973, pág. 40.

XII. LA ADJUDICACION EN REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Nos queremos referir en este punto a un supuesto que empieza a ser bastante frecuente en el tráfico jurídico de nuestros días.

Es el caso de que varias personas adquieran conjuntamente y proindiviso (con cuotas iguales o distintas) un solar sobre el que levanten un edificio de viviendas, constituyéndose en régimen de propiedad horizontal tras la declaración conjunta de la obra nueva, y procedan después, como acto último, a adjudicarse los diferentes elementos privativos en proporción a sus respectivas cuotas.

Este es un supuesto que, a mi juicio, no varía esencialmente del supuesto en el apartado anterior, a propósito de la comunidad ordinaria.

La indivisión que los diferentes interesados tienen primero sobre el solar, y después sobre el edificio todo, es precisamente un claro supuesto de comunidad ordinaria o por cuotas.

La constitución del régimen de propiedad horizontal no parece que venga a alterar sustancialmente esta conceptualización.

Las posteriores adjudicaciones que de los diferentes departamentos hagan los copropietarios en proporción a sus respectivas cuotas, entiendo que no es sino un supuesto de disolución parcial de la comunidad previamente formada. Disolución parcial en cuanto afecta exclusivamente a los departamentos (viviendas o locales), manteniéndose inalterada la comunidad sobre los demás elementos aparte de los mencionados departamentos.

Entonces si tampoco aquí se produce ningún especial acto de enajenación (suponiendo que los departamentos adjudicados respondan por su valor a las cuotas de cada uno de los cotitulares), no veo la necesidad de que los cónyuges de los comuneros comparezcan en el acto divisorio para renunciar a unos derechos expectantes de viudedad que realmente no han llegado a existir (38).

(38) Precisamente en estos supuestos la ausencia de excesos de cabida y la realización de adjudicaciones proporcionales a las cuotas de los diferentes comuneros aparece con mucho mayor claridad. Porque, normalmente, cuando varias personas adquieren un solar conjuntamente suelen saber ya de antemano los elementos que en el nuevo edificio se adjudicará cada uno. Y por ello al determinar la proporción en que cada uno adquiere el solar, lo usual y prudente es que lo hagan con la misma proporcionalidad con que luego se adjudicarán los pisos o locales del edificio a construir. Y como éstos tendrán unas cuotas asignadas (normalmente en relación con su extensión y valor) en el régimen horizontal, tales cuotas coincidirán con aquéllas que en la adquisición del terreno se adjudicaron cada uno de los comuneros.

Y buena prueba de ello es que a la hora de liquidar de impuestos estas escri-

Hay otro supuesto todavía más interesante y que también está empezando a ser utilizado con frecuencia en la práctica jurídica de nuestro tiempo.

Varias personas, propietarias independientes de chalets o parcelas levantados sobre terrenos de su respectiva propiedad, pero todos ellos próximos y colindantes, dentro de una misma área (sin existencia previa de urbanización particular), desean constituirse en régimen de propiedad horizontal con la finalidad de orientar y resolver mejor sus relaciones comunitarias.

Incidentalmente podemos decir que es éste un supuesto que viene a demostrar el hecho de que la propiedad horizontal no tiene por qué partir siempre de una previa comunidad. La propiedad horizontal es una comunidad, pero su origen no surge siempre de una comunidad (como es el supuesto normal).

La forma de erigirse en propiedad horizontal en el caso propuesto sería el de aportar una serie de elementos que pasarían a tener la consideración entonces de comunes (todos los jardines o parte de ellos para hacer una zona de recreo común, vallas y tapias, caminos y servidumbres de todo tipo, etc.), manteniendo cada uno de los interesados su respectiva titularidad individual del chalet, vivienda o parcela.

Pero aun incluso cabe pensar en la formación de esa propiedad horizontal sin efectiva aportación de elemento alguno. Tal sería el caso en que cada uno de los interesados conservara con absoluta independencia la propiedad de toda su parcela, pero interesara la comunidad horizontal con la finalidad de atender a otros intereses, como, por ejemplo, nombramiento de un guarda o portero común, instalación futura de tendido eléctrico o telefónico, toma común de aguas de un mismo cauce. Todo ello determinaría una serie de elementos comunes, pero no en el momento de la constitución del régimen de propiedad horizontal, sino *a posteriori*.

Sin embargo, ni en uno ni en otro caso es necesaria la renuncia a sus expectantes de viudedad por parte de los cónyuges de los aportantes nuevos comuneros. En el segundo de los propuestos, porque no existe ninguna real transmisión en el instante de la constitución del nuevo régimen; en el primero, porque aun cuando existe, esa transferencia no tiene lugar con respecto a un tercero, sino que se trata simplemente de una transferencia patrimonial, de un patrimonio a otro, de cada uno de los patrimonios privativos de los interesados a un patrimonio común. Renunciar en este supuesto a los posibles derechos expectantes no tendría

turas. Hacienda suele admitir, sin mayores comprobaciones, esa proporcionalidad de adjudicaciones de los nuevos elementos, sin aplicar liquidación por excesos de adjudicación si las cuotas de los pisos o locales coinciden con las originariamente establecidas en la adquisición del solar.

sentido, por cuanto al formarse la comunidad se volvería a adquirir el derecho expectante. Por eso, en este caso, más que de una pérdida, extinción o renuncia del derecho expectante, de lo que se trata es de una *conversión* del mismo, en el sentido que de ser antes concreto, al afectar a un bien determinado, pasa ahora a volverse abstracto, por venir a afectar solamente a una cuota de participación indivisa en la comunidad.

Para terminar, hay otro supuesto muy interesante que últimamente he venido utilizando con éxito en mi Notaría, el cual guarda estrecha relación con el tema de que tratamos en el presente epígrafe.

Se trata del caso en que varias personas adquieren por separado diferentes y sucesivos derechos de vuelo sobre un mismo edificio—tanto en vertical como en horizontal—, declaran después sus respectivas obras nuevas y, por fin, se constituyen en régimen de propiedad horizontal.

En este supuesto, el tema de la renuncia a posibles derechos expectantes de viudedad tiene la misma solución que en el caso anteriormente planteado. No habrá necesidad de renuncia alguna porque o bien no existe transmisión a la comunidad de ningún elemento patrimonial o bien, si hay transferencia, se producirá la *conversión* de los derechos expectantes, a que antes hacíamos referencia.

JOSÉ LUIS MERINO Y HERNÁNDEZ

Doctor en Derecho
Notario