

EL USUFRUCTO LEGAL DE FIDELIDAD EN NAVARRA: NATURALEZA JURÍDICA, REQUISITOS, CAUSAS DE EXCLUSIÓN, OBJETO Y EXTINCIÓN DEL MISMO

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN. NOCIÓN BÁSICA DEL USUFRUCTO DE FIDELIDAD**
- II. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL USUFRUCTO LEGAL DE FIDELIDAD**
 1. Preámbulo
 2. El reflejo de la naturaleza jurídica en la elección de la Ley personal aplicable
- III. REQUISITOS DEL USUFRUCTO LEGAL DE FIDELIDAD**
 1. Introducción
 2. Exclusión del usufructo en la separación de hecho
 - 2.1. La separación de hecho de mutuo acuerdo
 - 2.2. La separación de hecho consentida
 - 2.3. La separación de hecho por infidelidad conyugal
 - 2.4. La separación de hecho por incumplimiento grave de los deberes familiares
 - 2.5. La separación de hecho por atentar contra la vida del otro
 - 2.6. La separación de hecho por periodo superior a un año en el caso de las parejas estables
 3. Exclusión del usufructo en la separación judicial
 - 3.1. La separación judicial consentida o de mutuo acuerdo
 - 3.2. La separación judicial por abandono del hogar familiar
 - 3.3. La separación judicial por infidelidad conyugal
 - 3.4. La separación judicial por incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales o familiares
 - 3.5. La separación judicial por atentado contra la vida del cónyuge
 - 3.6. La separación judicial en los supuestos de separación de hecho no consentida por el otro cónyuge
 - 3.7. La separación judicial en los demás supuestos
 - 3.7.1. La condena a pena privativa de libertad por tiempo superior a seis años
 - 3.7.2. El alcoholismo, la toxicomanía y la perturbación mental
 - 3.7.3. Otras causas

- a) El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges
- b) La condena en sentencia firme por atentar contra la vida de los ascendientes o descendientes del cónyuge
- 4. La condena ejecutoria por haber atentado contra la vida del cónyuge
- 5. La privación de la patria potestad sobre los hijos comunes por sentencia firme
- 6. La renuncia anticipada del usufructo de fidelidad
- 7. La privación del usufructo de fidelidad por voluntad del cónyuge
- 8. Las causas de indignidad como excluyentes del usufructo de fidelidad
 - 8.1. El abandono a los hijos, la prostitución de las hijas o el atentado a su pudor
 - 8.2. La condena por atentar contra la vida del cónyuge, de sus descendientes o ascendientes
 - 8.3. La acusación calumniosa contra el cónyuge imputándole un delito castigado con pena no inferior a los tres años
 - 8.4. La ausencia de denuncia a la justicia de la muerte violenta del cónyuge
 - 8.5. La coacción al cónyuge para que otorgue testamento o lo modifique
 - 8.6. La coacción al testador para impedirle testar, forzarle a revocar el testamento o la suplantación, ocultación o alteración del mismo
- 9. La no realización del inventario
- IV. EL PERDÓN Y LA RECONCILIACIÓN DE LAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN DEL USUFRUCTO DE FIDELIDAD
- V. OBJETO DEL USUFRUCTO DE FIDELIDAD
 - 1. Introducción
 - 2. Matizaciones generales al principio de la universalidad del usufructo
 - 2.1. Los bienes sujetos a sustitución fideicomisaria
 - 2.2. Los derechos de usufructo, uso, habitación u otros de carácter vitalicio y personal
 - 2.3. Los bienes recibidos a título lucrativo con prohibición de fidelidad
 - 2.4. Los bienes objeto de donación *mortis causa*
 - 2.5. Los que hubieran sido objeto de legados piadosos o para entierro y funerales
 - 2.6. Los bienes objeto de legado para dotar a hijos u otros parientes
 - 2.7. Los bienes objeto de legados remuneratorios
 - 2.8. Los bienes excluidos en caso de segundas o ulteriores nupcias
 - 2.8.1. Los bienes reservados a favor de hijos o descendientes del anterior matrimonio
 - 2.8.2. Los bienes que deban dejarse a favor de los hijos y descendientes de matrimonio anterior con preferencia respecto a los del matrimonio posterior
 - 2.8.3. Los bienes que el cónyuge bínubo hubiera adquirido a título lucrativo con llamamiento sucesorio a favor de los hijos o descendientes del anterior matrimonio
- VI. EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO DE FIDELIDAD
 - 1. Introducción
 - 2. Las causas de extinción de la Ley 261

- 2.1. La muerte del usufructuario
 - 2.2. La renuncia
 - 2.3. Las nuevas nupcias
 3. Las causas de extinción de la Ley 262
 - 3.1. La convivencia marital
 - 3.2. La llevanza de vida notoriamente licenciosa
 - 3.3. La corrupción de los hijos
 - 3.4. La enajenación o gravamen de los bienes
 - 3.5. El incumplimiento de las obligaciones como usufructuario
 - 3.6. El incumplimiento general y negligente de las obligaciones inherentes al usufructo de fidelidad
 4. Las causas de extinción del usufructo ordinario
 - 4.1. La falta de ejercicio del usufructo
 - 4.2. El vencimiento del término o el cumplimiento de la condición resolutoria
 - 4.3. La consolidación con la nuda propiedad
 - 4.4. La pérdida de la cosa usufructuada
 5. Las causas de indignidad como determinantes de la extinción del usufructo de fidelidad
 - 5.1. El abandono a los hijos, la prostitución de las hijas o el atentado a su pudor
 - 5.2. La condena en juicio por atentar contra la vida del cónyuge, descendientes o ascendientes
 - 5.3. La condena por acusación calumniosa contra el premuerto
 - 5.4. La falta de denuncia de la muerte violenta del cónyuge
 - 5.5. La coacción al cónyuge para que otorgue testamento o lo modifique
 - 5.6. La coacción al testador para impedirle testar, forzarle a revocar el testamento o la suplantación, ocultación o alteración del mismo
 6. Un supuesto diferente: la transformación
- VII. BIBLIOGRAFÍA**

I. INTRODUCCIÓN. NOCIÓN BÁSICA DEL USUFRUCTO DE FIDELIDAD EN LA COMPILACIÓN

Antes de comenzar el examen sobre esta institución, tan enraizada en Navarra, quiero poner de relieve que el objetivo de este artículo no es el de abordar un estudio en profundidad de todas las Leyes que la Compilación dedica al usufructo de fidelidad. He querido centrarme en este trabajo en lo que he considerado el núcleo central de la institución, o dicho de otra manera, en aquellos elementos de la misma que le otorgan su especial naturaleza, le atribuyen su carácter esencialmente universal y determinan, por otro lado, su nacimiento y extinción. Es por ello que he dejado al margen un análisis en profundidad de los derechos y obligaciones plasmados en las Leyes 258 y 259, o un estudio detallado de la obligación de hacer inventario, al que se refiere la Ley 257, pues dichos extremos sólo me han interesado, en este momento, en cuanto pudieran influir en la extinción de usufructo. De la misma manera, he prescindido del examen sobre las cuestiones procesales ligadas al derecho, temas sin duda de gran interés, pero que desbordan el objetivo que -como he dicho- persigue este trabajo. Dicho lo cual, paso a entrar en materia.

Dispone el primer apartado de la Ley 253 de la Compilación de Navarra que "*el cónyuge viudo tiene el usufructo de fidelidad sobre todos los bienes y derechos que al premuerto pertenecían en el momento del fallecimiento.// Se considera equiparada a*

estos efectos a la situación del cónyuge viudo el miembro sobreviviente en caso de fallecimiento del otro miembro de una pareja estable reconocida por la Ley."

Se recoge, así, legalmente, una institución cuyos rasgos generales son comunes a otros derechos forales¹ pero que en el caso navarro goza de especial arraigo². Se trata de un derecho otorgado por la Ley al cónyuge viudo para usufructuar la totalidad de los bienes dejados por su consorte al fallecer³.

Muy probablemente, este usufructo de fidelidad tendría inicialmente un carácter voluntario, convirtiéndose posteriormente en costumbre, y siendo finalmente asumido por la propia Ley en un proceso cuya generalización normativa podemos remontar al siglo XIII⁴. Su finalidad fundamental era la de permitir a la mujer viuda el mantenimiento de la autoridad dentro de la familia, de forma que se consiguiera afianzar su unidad y permanencia, mediante la atribución de un usufructo vitalicio sobre todos los bienes que los herederos adquirían de su causante en nuda propiedad. Siguiendo una evolución paralela a la del derecho aragonés, a partir del siglo XV se acaba extendiendo el derecho no sólo a la mujer, sino también al hombre viudo, sin distinción entre clases sociales, abarcando tanto a los bienes muebles como a los inmuebles y tanto para los matrimonios con descendencia como para aquellos que carecían de ella.

El primer párrafo de la Ley nos da un concepto general que después vendrá a ser puntualizado por el resto de los preceptos dedicados al usufructo legal de fidelidad. Nos dice que es el cónyuge viudo quien tiene ese derecho, idea que más adelante deberá ser matizada pues no todos los consortes gozarán de él. Como en su momento veremos, la Ley 254 excluye legalmente del usufructo de fidelidad a determinados cónyuges en los casos de separación, atentado contra la vida del cónyuge y privación por sentencia de la patria potestad, y abre la posibilidad a la renuncia y a que, por determinadas causas, pueda también excluirse al consorte del derecho aun cuando no haya separación⁵. Pero, además, no es sólo que no todos los viudos tienen el usufructo de fidelidad, sino que -como el propio segundo párrafo de la Ley 253 dispone- también lo ostentan los miembros sobrevivientes de una pareja estable reconocida por la Ley, con independencia de su orientación sexual. Esta importante ampliación fue introducida por la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, e implica la necesidad de realizar esfuerzos interpretativos con el objeto de adaptar el contenido de los demás preceptos de la Compilación dedicados al usufructo de fide-

1. Inicialmente este derecho legal se da en Cataluña, Aragón y Navarra. Con el tiempo, sin embargo, acaba desapareciendo en la primera de estas regiones como institución de carácter legal.

2. SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís en el prólogo a "*La fidelidad viudal en el Derecho privado de Navarra*" de ARREGUI GIL, José. "*La fidelidad viudal en el Derecho privado de Navarra*". Biblioteca de Derecho Foral. Diputación Foral de Navarra. Institución Príncipe de Viana. Pamplona, 1.968, págs. 15 y 16.

3. Vid. FERNÁNDEZ DE ASIAIN, Eugenio, "El usufructo de viudedad" en "*Estudios de Derecho foral navarro*", Pamplona, 1.952, pág. 52, citado por ARREGUI GIL, José en "Comentarios al capítulo I del Título X de la Compilación navarra" en "*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*", dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, T XXXVII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 2.001), pág. 5.

4. Podríamos, incluso, retroceder hasta el Fuero de Estella del siglo XII, como primer reconocimiento de la viudedad como derecho de usufructo establecido legalmente a favor del cónyuge sobreviviente, pero la obligatoriedad de la institución para todo el Reino de Navarra no se da hasta el Fuero General de la segunda mitad del siglo XIII. En la formación de este derecho vemos un proceso igual al aragonés pero, probablemente, diverso al catalán donde desde su origen voluntario se pasó a su fijación legal para volver, de nuevo, -en un camino de ida y vuelta- a su otorgamiento voluntario a través del usufructo universal capitular.

5. Incluso cierto sector doctrinal aboga por una mayor reducción subjetiva del usufructo de fidelidad que la prevista por la ley. Así, ARREGUI GIL, José en "Comentarios a la Ley 253" en "*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*", dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, T XXXVII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 2.001), págs. 33 y 34, se muestra partidario de que el usufructo de fidelidad lo tengan sólo los cónyuges de primer o único matrimonio para mantenerlo "*en su pureza histórica tradicional*".

dad -inicialmente pensados para los cónyuges- a esa nueva fórmula de unión de hecho legalmente reconocida⁶.

También nos dice la propia Ley 253 en su primer párrafo que ese usufructo de fidelidad recae sobre "*todos los bienes y derechos*" del premuerto; afirmación que debe ser igualmente matizada puesto que pueden existir bienes o derechos pertenecientes al cónyuge premuerto que queden excluidos por sus propias características, o en atención al consorte a quien corresponda el usufructo, tal y como se desprende de las Leyes 255 y 256.

En definitiva, el primer párrafo de la Ley 253 da un concepto básico que más adelante es retocado por el contenido del resto de las Leyes del capítulo I, del Título X, del Libro II de la Compilación navarra.

II. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL USUFRUCTO LEGAL DE FIDELIDAD

1. Preámbulo.

La determinación de la naturaleza jurídica de los derechos atribuidos por las legislaciones civiles a los cónyuges viudos es una cuestión que siempre ha resultado polémica. Además, no se trata de un tema carente de efectos prácticos. Durante mucho tiempo, que nos encontramos ante un derecho sucesorio o ante un derecho familiar podía provocar o la acumulación de beneficios viuales o la carencia absoluta de ellos⁷. Incluso hoy en día, la determinación de esa naturaleza puede provocar la aplicación supletoria de unas u otras normas.

La Compilación navarra ha optado por ubicar la regulación del usufructo de fidelidad dentro del Capítulo I, Título X, Libro II. Y esta ubicación, precisamente, nos da ya la idea de que el legislador ha considerado que la naturaleza de esta institución es sucesoria, puesto que el Libro II es el dedicado a las donaciones y sucesiones y su Título X es el que aborda el examen de las limitaciones a la libertad de disponer en esa

6. Ni que decir tiene que la novedad ha merecido la crítica de importantes sectores de la doctrina. Por ejemplo, ARREGUI GIL, José en "Adendum de Comentarios a la Compilación navarra" en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, T XXXVII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 2.001), págs 1.640 y stes. ha dicho de esta norma, entre otras cosas, que ocasiona una "*grave perturbación para el Derecho civil de Navarra*", y que, el que por Ley se produzca tal equiparación, resulta "*ilógico (...), antijurídico y, por supuesto, antiforal*." Esta postura resulta comprensible si tenemos en cuenta que este mismo autor se muestra partidario -como hemos dicho en nota anterior- de no admitir la extensión del derecho a los cónyuges de segundas nupcias. Igualmente crítico con la reforma se ha mostrado TORRES LANA, José Ángel, en "Comentarios a las Leyes 253 a 266", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dirigidos por RUBIO TORRANO, Enrique (Ed. Aranzadi, 2.002), págs. 749 y 750, quien manifiesta que con la Ley Foral 6/2000 ha quedado "*desvirtuado profundamente el sentido originario y tradicional de la institución*" señalando, además que, en su opinión, con la equiparación de las parejas estables a los matrimonios en este punto se ha facilitado enormemente defraudar a los herederos dada la facilidad con que aquéllas pueden configurarse.

7. Vid. LACRUZ BERDEJO, José Luis, "Cuestiones fundamentales de viudedad foral navarra" en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año XL, septiembre-octubre 1.964, núm. 436-437, págs. 569 y 570; Vid. también DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, "La viudedad aragonesa en el Derecho interregional", *Anuario de Derecho Aragonés*, XVII, 1.974-76, págs. 61 a 102. En relación a este tema -y sin perjuicio de que en su momento valoremos la vigencia de esta norma- el párrafo tercero de la Ley 253 de la Compilación navarra establece que "*el usufructo de fidelidad se dará a favor del cónyuge sobreviviente cuando el premuerto tuviera la condición foral de navarro al tiempo de su fallecimiento*". En virtud de ello, podríamos encontrarnos con que en un matrimonio formado entre un navarro y otra persona de diferente vecindad, conforme a este precepto, el de vecindad distinta adquiriera el usufructo de fidelidad, mientras que el navarro no gozaría de ese mismo derecho: en definitiva, la configuración legal de la fidelidad como un derecho de naturaleza sucesoria determinaría -de acuerdo a ese precepto- que fuera el derecho que rige la sucesión del premuerto el que debiera aplicarse para determinar los derechos del viudo; mientras que si se hubiera optado por su configuración familiar debiera haberse acudido a la norma que rige los efectos del matrimonio.

materia. En concreto, se examinan en él -junto con el usufructo de fidelidad- la legítima y otros derechos de naturaleza sucesoria correspondientes a los hijos de anteriores matrimonios, la reserva del bínubo y la reversión de bienes.

Pero esa decisión no nos debe impedir afrontar un examen que justifique el porqué de esa naturaleza ni nos debe hacer olvidar que muchos han sido, a lo largo de los tiempos, los que han defendido su carácter familiar. Para respaldar esta última postura se ha aludido a su origen histórico, afirmándose que nunca a la viudedad se le habían atribuido consecuencias de carácter sucesorio. Se ha dicho también que en la fidelidad no existe un sucesor a título de heredero puesto que no se confiere al viudo la asunción "*in complexa*" de las posiciones jurídicas del causante, a las cuales continúa ajeno en todo lo que no ataña al usufructo. Igualmente se ha afirmado que el usufructo viudal no puede calificarse de legado puesto que ni es ordenado por el causante ni es una deuda de los herederos, sino que es un gravamen con el que reciben éstos los bienes. Y por último se ha alegado que, pese a cierta finalidad de carácter alimenticio, la institución opera independientemente de que el cónyuge posea bienes suficientes para su sustento⁸.

En relación a todas estas razones deben hacerse algunas precisiones:

1. Sobre el carácter familiar de la institución a lo largo de su historia.

Cierto es que desde su inicio la *fealdat* o *viudedad* persiguió el mantenimiento de la unidad familiar, concediendo a la viuda la autoridad necesaria para regirla. Buscó la conservación del patrimonio de la familia intentando fortalecer su cohesión a través de las facultades de dirección atribuidas al supérstite. Todo lo cual incide en las evidentes conexiones familiares de este derecho, sobre las cuales nadie duda. Y en esa misma línea se encuentran los requisitos que, históricamente, se han exigido al viudo para poder mantener el derecho, tales como la permanencia en la situación de viudedad o la no llevanza de vida deshonesto, entre otras. Pero también es verdad que la misma institución no se perdía por el hecho de carecer de descendencia -y no existir, por tanto, la necesidad de mantener la cohesión y la unidad familiar- y que una parte indudable de su finalidad conectaba con el deseo de fortalecer la posición económica del viudo, de manera que éste pudiera continuar con el mismo nivel de vida que había mantenido vigente el matrimonio. Es decir, que junto a una finalidad familiar de la institución apreciamos también otra de raíz sucesoria que persigue la mejora -o, al menos, la conservación- de la posición patrimonial del supérstite. En definitiva, no encontramos en derecho histórico una razón fundamental que impida la configuración de la fidelidad como un derecho de naturaleza sucesoria. La existencia de elementos de raigambre familiar fuertemente presentes en la viudedad, no impiden esa naturaleza. De hecho, la actual redacción de la Compilación opta por configurar esta institución de acuerdo a su marcado carácter sucesorio⁹.

2. Sobre que el viudo no asume una posición de sucesor a título de heredero.

Tampoco este argumento me parece definitivo. Los legatarios no asumen esa condición y, sin embargo, nadie duda del carácter sucesorio del legado.

8. Vid., en este sentido, LACRUZ BERDEJO, José Luis, "Cuestiones fundamentales de viudedad foral navarra" en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año XL, septiembre-octubre 1.964, núm. 436-437, págs. 567 y stes.

9. Vid. "*Recopilación Privada del Derecho privado foral de Navarra*", Libros Primero y Segundo, XI. Biblioteca de Derecho Foral. Institución Príncipe de Viana. Diputación Foral de Navarra. Pamplona 1.967, ley 212 en pág. 84 y nota a la misma en pág. 155 donde dice que "*el estatuto personal se establece atendiendo al matiz sucesorio acusadísimo del usufructo foral navarro en contraposición al criterio que suelen mantener los foralistas aragoneses respecto al usufructo de viudedad en aquella región.*"

3. Sobre que el usufructo de fidelidad tampoco es un legado.

Obviamente, la argumentación anterior se halla conectada con el tercero de los argumentos empleados para defender su naturaleza familiar: la de que el usufructo de fidelidad tampoco es un legado. Pero esta afirmación no supone - a nuestro modo de entender- la negación del carácter sucesorio de la viudedad. De hecho, existen otras instituciones de carácter sucesorio además del legado. Así lo ha entendido el legislador navarro cuando, dentro del Libro correspondiente a las donaciones y sucesiones en la *Compilación*, ha tratado diversas figuras que limitan al causante en su libertad de disposición *mortis causa*. No se pone en tela de juicio que la legítima tenga naturaleza sucesoria; ni que la fijación de un límite en la potestad de testar del causante en caso de segundo u ulterior matrimonio, o el establecimiento de reservas, a fin de proteger los derechos de los hijos habidos en el primero de los enlaces, formen parte también del derecho sucesorio. Ni tampoco que el establecimiento del derecho de reversión de los bienes donados por el ascendiente al descendiente cuando éste le hubiera premuerto, goce de esa misma naturaleza. En definitiva, que el viudo no sea heredero o legatario no impide que el usufructo legal de fidelidad pueda compartir la misma naturaleza sucesoria que otras instituciones como las indicadas.

4. Sobre que la fidelidad no persigue una finalidad alimenticia.

En relación al último de los argumentos que se emplearon para defender su naturaleza familiar, debemos destacar que aunque la fidelidad no persiga únicamente una finalidad de carácter alimenticio -puesto que su concesión es independiente de la situación económica del viudo, incluso del régimen económico matrimonial- no por ello su naturaleza deja de ser sucesoria. No se puede negar que con esta institución se mejora la posición patrimonial del supérstite, igual que con el legado se mejora la posición del legatario o con la herencia la del heredero. En realidad, podemos decir que con la fidelidad se persiguen dos objetivos fundamentales: uno, el de proteger las necesidades económicas del supérstite de manera que pueda mantener el mismo nivel de vida que ostentaba antes del fallecimiento del consorte; el otro, el que busca la unidad del patrimonio familiar, al menos durante la vida del sobreviviente, permitiendo que éste siga ejerciendo la autoridad sobre los restantes miembros de la familia a fin de asegurar su cohesión. Incluso podríamos llegar a admitir que esta segunda finalidad se pueda sobreponer -en ocasiones- a la primera, lo que justificaría que el derecho se extinga, en principio, por contraer nuevas nupcias, o pueda perderse por vivir maritalmente con otra persona, llevar vida licenciosa, corromper a los hijos o enajenar o gravar los bienes que recibe el viudo en contradicción con el objetivo de mantener unido el patrimonio familiar. Pero, en mi opinión, esas evidentes resonancias familiares del usufructo de fidelidad no contradicen su naturaleza sucesoria¹⁰ porque lo fundamental, lo relevante para afirmar ésta, es el origen del derecho y éste no se encuentra en ningún otro hecho distinto de la muerte del cónyuge.

En efecto, a mi entender, el elemento auténticamente determinante para decidir sobre la naturaleza de esta institución es el de su origen. A diferencia de lo que ocurre en derecho aragonés, en Navarra no existe -ni parece que nunca haya existido¹¹- un

10. TORRES LANA, José Ángel, en "Comentarios a la Ley 253", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dirigidos por RUBIO TORRANO, Enrique (Ed. Aranzadi, 2.002), pág. 748, habla de la naturaleza familiar-sucesoria del derecho, o de su matiz sucesorio acusadísimo, señalando que el usufructo de fidelidad es la versión para el Derecho navarro de la legítima del cónyuge viudo. Por su parte, ARREGUI GIL, José en "Comentarios a la Ley 253" en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*", dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, T XXXVII, vol. 2º (Ederesa, Madrid, 2.001), pág. 37, dice que por la confluencia de los elementos sucesorios y familiares en el usufructo de fidelidad "*se puede seguir manteniendo que (...) es una institución familiar post mortem, familiar sucesoria*". En mi opinión, la reunión de todos esos caracteres lo que determina, más bien, es que nos encontremos ante una institución sucesoria con caracteres familiares.

11. ARREGUI GIL, José, "*La fidelidad viudal en el Derecho privado de Navarra*". Biblioteca de Derecho Foral. Diputación Foral de Navarra. Institución Príncipe de Viana. Pamplona, 1.968, pág. 73.

derecho expectante de viudedad desde el momento de la celebración del matrimonio. El derecho no surge, por tanto, desde las nupcias sino que hay que esperar al fallecimiento del consorte para que nazca. En este sentido es clara la dicción de la Ley 253 en su primer párrafo: es el cónyuge viudo el que tiene el derecho, puesto que hasta que no se produce la muerte del consorte -hasta que no se convierte en viudo- no surge la fidelidad. Y, además, hay que atender a los bienes y derechos que tiene el premuerto en el momento de su fallecimiento -y no a los que se detentan en el momento de la celebración del matrimonio o se adquieren a partir de ese instante-. Todo ello nos lleva a afirmar que es la defunción del consorte lo que determina el nacimiento de la fidelidad, y define su carácter sucesorio.

Y es precisamente esta naturaleza sucesoria la que permite la extensión del derecho a los miembros de las parejas estables reconocidas por la Ley con ciertas garantías. Si el derecho se extendiera a todos los bienes que poseen los cónyuges en el momento de su unión y a los que adquieren a partir de entonces, se podrían originar situaciones de indefinición e inseguridad jurídica para gran parte de las "parejas estables" a las que se refiere el segundo párrafo de la Ley 253.

Porque, ¿cuándo podríamos considerar que sus miembros iniciaron su camino como tal pareja? Esa determinación se fija, en la mayoría de los casos regidos por la norma navarra, *a posteriori*, una vez transcurrido el plazo ininterrumpido de un año de convivencia marital a que se refiere el apartado 2 del artículo 2 de la Ley foral 6/2000. Además, ¿tendrán la consideración de pareja sólo a partir del transcurso de ese año, o esa condición debe atribuirseles desde el inicio de su convivencia? En el caso navarro, solamente en aquellos supuestos en los que se haya decidido constituirse como tal en documento público conforme a las previsiones del inciso final de ese artículo, el origen de la pareja podrá concretarse con absoluta certeza. En el resto de los casos la indefinición del origen de la pareja podría llevar a problemas de difícil resolución si el derecho de fidelidad se planteara como un derecho expectante que naciera con las nupcias¹².

Por no comentar la problemática que podría surgir, si consideráramos que el derecho nace con la celebración del matrimonio o con la constitución de la pareja estable, en los casos en los que se compagina la subsistencia de una relación conyugal con la convivencia con otra persona de acuerdo con lo previsto en el segundo párrafo del apartado 2 antes mencionado cuando dice que "*en el caso de que un miembro de la pareja o ambos estén ligados por vínculo matrimonial, el tiempo de convivencia transcurrido hasta el momento en que el último de ellos obtenga la disolución o, en su caso, la nulidad, se tendrá en cuenta en el cómputo del periodo indicado de un año.*" En tal supuesto -de nacer el usufructo de fidelidad con la celebración del matrimonio o con la constitución de la pareja- podríamos llegar a pensar que sobre determinados bienes existiría usufructo viudal a favor de dos personas: el cónyuge superviviente y el compañero de la pareja estable.¹³

El hecho de que la extensión del usufructo de fidelidad se centre en "*los bienes y derechos que al premuerto pertenecían en el momento del fallecimiento*", es lo que va a

12. El problema aún sería mayor si el derecho naciera con la celebración del matrimonio si tenemos en cuenta, como apunta TORRES LANA, José Ángel, en "Comentarios a la Ley 253" en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dirigidos por RUBIO TORRANO, Enrique (Ed. Aranzadi, 2.002), pág. 750, que la nueva redacción de la Ley 253 concede el usufructo de fidelidad al otro miembro de la pareja estable reconocida por "la Ley", sin referirse expresamente a la propia Ley Foral 6/2000 sobre parejas estables, razón por la cual pueden quedar amparados por este derecho los miembros de parejas estables constituidas al amparo de otras leyes autonómicas sin otro límite que el de la necesidad de que el premuerto tenga la condición foral de navarro.

13. No obstante, en mi opinión, deberemos considerar que la pareja estable se inicia, como tal, una vez transcurrido el plazo de un año a que se refiere la norma, en el primero de los casos, o una vez disuelto el matrimonio -si además se cumple el periodo de un año antes dicho- en el supuesto de haberse compaginado ambos tipos de relación.

permitir funcionar la institución con cierta seguridad jurídica para las parejas estables. Lo que, sin duda, se encuentra relacionado con la naturaleza sucesoria de la fidelidad.

Por otro lado, el tercer párrafo de la Ley 253 -el referido a la Ley personal- recoge una regla para la solución de conflictos de derecho interregional, adoptando una solución propia del derecho de sucesiones. En concreto, indica que *"el usufructo de fidelidad se dará en favor del cónyuge sobreviviente cuando el premuerto tuviera la condición foral de navarro al tiempo de su fallecimiento."*¹⁴ Es decir, que si hubiera que atender a este precepto, el derecho del viudo no se determinaría con arreglo a lo establecido en el artículo 9.2 del Código civil, sino siguiendo la regla del 9.1 del mismo cuerpo legal¹⁵. Si el derecho regulado por la Compilación hubiera sido un efecto del matrimonio, el conjunto normativo por el que debiera haberse regido esta institución sería el que, conforme al Código civil, debe resolver los conflictos en estas materias. Sin embargo, el legislador ha preferido acoger la solución que en nuestro ordenamiento se da para los conflictos en materia sucesoria: una muestra más de lo que el legislador opina sobre su naturaleza jurídica.

Otra consecuencia derivada de que el derecho no nazca con la celebración del matrimonio sino con la muerte del consorte es la existencia -conforme a la Ley 254- de causas de "exclusión" del usufructo de fidelidad, es decir, causas que impiden que el derecho vea la luz. Si el derecho hubiera nacido al contraer nupcias no podrían existir estas causas, sino únicamente causas de "extinción" del derecho que ya habría nacido. El carácter sucesorio de la institución provoca que esto sea así. Y ello con independencia que las causas que se recogen en ese precepto tengan como base la familia y el matrimonio y la defensa de su cohesión y estabilidad. La existencia de esos elementos familiares no contradice la remarcada naturaleza sucesoria del usufructo de fidelidad.

2. El reflejo de la naturaleza jurídica en la elección de la Ley personal aplicable.

Dijimos anteriormente que la redacción del tercer párrafo de la Ley 253 -el intitolado "*Ley personal*"- era el resultado, o la manifestación, de que el legislador navarro había optado por la configuración del usufructo de fidelidad como derecho de carácter sucesorio. En concreto, el precepto dispone que *"el usufructo de fidelidad se dará en favor del cónyuge sobreviviente cuando el premuerto tuviera la condición foral navarra al tiempo de su fallecimiento."*

Esa redacción del precepto se remonta a 1.987, pues, hasta esa fecha, la Compilación vinculaba la existencia del derecho a la vecindad foral del marido. Condicionados por la vigencia del artículo 14 de la Constitución -que determina la igualdad de los españoles sin que pueda prevalecer discriminación por razón de sexo-, los redactores de la reforma procedieron a sustituir esa preferencia del estatuto personal del marido por la de la ley personal de aquel que falleciera primero.

La modificación, sin embargo, provoca consecuencias que van más allá de la simple equiparación de hombre y mujer a estos efectos. En concreto, con la reforma se rompe con la aplicación de un único ordenamiento para ambos cónyuges -lo que ocurría ineludiblemente con la anterior redacción puesto que obligatoriamente se aplicaba el derecho navarro a marido y mujer si el varón era de condición foral- y se abre la

14. Sobre las críticas que merece este precepto hablaremos más adelante.

15. Dice el artículo 9.2 Cc que *"los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio". Y el 9.1 señala que "la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte"*.

posibilidad de que se apliquen distintas regulaciones civiles a marido y mujer en caso de que cada uno de ellos tenga su propia vecindad. Más aún, aplicando el precepto, el cónyuge de vecindad navarra casado con persona que no lo fuera, no tendría el usufructo de fidelidad navarro y, sin embargo, el consorte no navarro gozaría de tal derecho puesto que la regulación aplicable al caso sería la correspondiente a la ley personal del cónyuge que si lo era.

En mi opinión, sin embargo, la cuestión fundamental es determinar si este párrafo se encuentra actualmente en vigor. La Ley 253 asume la regulación de unos extremos que no son competencia del legislador autonómico y ello porque el artículo 149.1.8º de la Constitución española dispone que es competencia exclusiva del Estado el dictado de las normas de derecho interregional, objeto que es el perseguido por el tercer párrafo de la Ley 253 cuando fija el criterio que debe seguirse para determinar la norma aplicable al caso¹⁶. En consecuencia, el contenido del precepto -tanto antes como después de la reforma de 1.987- debe considerarse inconstitucional al invadir competencias del Estado¹⁷. Lo que sucedió es que, cuando la nueva redacción de la norma entró en vigor, el criterio adoptado por el legislador autonómico era coincidente con el que establecía el Código civil: tratándose de una cuestión de derecho sucesorio, era la ley personal del causante la que debía regir los derechos sobre su patrimonio. La naturaleza sucesoria de la institución era la que determinaba que fuera el derecho propio del difunto el que rigiera el derecho al usufructo de fidelidad sobre sus bienes si es que era de foralidad navarra. Y existiendo tal coincidencia entre Estado y Comunidad Autónoma la invasión competencial no fue objeto de grandes contiendas.

Sin embargo, la Ley 11/1990, de 15 de octubre, introdujo una importante modificación en el número 8 del artículo 9 del Código civil, de tal forma que su inciso final pasó a disponer que "*los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes.*" El criterio, por tanto, ha cambiado radicalmente: lo que antes era una solución coincidente, pasa a ser una contraposición; así, mientras que la Compilación aboga por atender a la ley personal del difunto para regular los derechos del viudo, el Código civil establece que es el ordenamiento que rige los efectos del matrimonio el que debe aplicarse al caso. Y no olvidemos que, de acuerdo con el artículo 149.1.8º de la Constitución, es el legislador estatal el competente para resolver los conflictos de derecho interregional, por lo que debe ser la solución que éste ha adoptado la que deba aplicarse al caso.

En definitiva, el párrafo tercero de la Ley 253, titulado "*Ley personal*" debe considerarse inconstitucional y, además, ha sido tácitamente derogado por la posterior Ley 11/90 de reforma del Código civil y la nueva redacción que la misma ha introducido en el número 8 del artículo 9 de ese cuerpo legal. Pero, con independencia de ello, la letra

16. Sobre la "notoria incompetencia" del legislador navarro en esta materia, vid. SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, "Comentarios de los artículos 72 a 88 (la viudedad)", en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, dirigidos por DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, DGA, volumen II, Zaragoza, 1.993, en la nota 82 de la pág. 650.

17. Vid. las críticas a la reforma de ARREGUI GIL, José en "Comentarios al Código civil y Compilaciones forales", dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, T XXXVII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 2.001), págs. 41 y stes. Aun cuando comparto con él la no vigencia del precepto en la medida que la norma invade competencias estatales, discrepo de él en algunas de sus críticas. Así, y en contra de lo expresado por este autor, en mi opinión -de no haber sido por su clara incompetencia- el legislador navarro sí que se hubiera visto obligado a modificar la redacción del precepto dada la vigencia de la Constitución española. El hecho de que no se hubieran acometido las correspondientes reformas en el Código civil para adecuarlo al principio de no discriminación por razón de sexo no convertía en innecesaria la llevada a cabo en Navarra. Muy al contrario, la anticipación del legislador foral es de alabar. Por otro lado, a mi parecer, y en oposición a lo manifestado por Arregui, la reforma no desvirtuaba la naturaleza del usufructo de fidelidad sino que la apoyaba: siendo una institución de naturaleza sucesoria eran las normas aplicables a la sucesión las que se eligieron para regular este derecho.

de aquel precepto derogado es una manifestación rotunda de la naturaleza sucesoria que el legislador navarro ha atribuido al usufructo de fidelidad.

III. REQUISITOS DEL USUFRUCTO DE FIDELIDAD

1. Introducción.

Ya hemos visto como la Ley 253 establece que es el cónyuge viudo quien tiene el usufructo de fidelidad. Pero añade a ello, en su segundo párrafo, que tal derecho también lo tendrá el miembro sobreviviente, en caso de fallecimiento del otro miembro de una pareja estable reconocida por la Ley.

Como resultado de ello, nos hallamos ante una ampliación del concepto de viudedad ya que a partir de la reforma operada por la Ley foral 6/2000, de 3 de julio, la condición de viudo, a los efectos que aquí nos interesan, debe extenderse a supuestos ajenos al propio matrimonio. La posibilidad de que el usufructo de fidelidad sea reconocido también para las parejas de hecho -incluidas las formadas por personas del mismo sexo- ha provocado una importante conmoción en la concepción tradicional de la institución y va a obligar a realizar adaptaciones interpretativas de los preceptos recogidos en el Capítulo I del Título X. Debemos también poner de relieve que esa conmoción ha sido culminada, más tarde, con la Ley 13/2005, de 1 de julio que ha reformado profundamente la institución del matrimonio al permitir que éste pueda ser celebrado, conforme a lo recogido en la actual redacción del artículo 44 del Cc, por contrayentes del mismo sexo.

Ese esfuerzo interpretativo también lo vamos a tener que efectuar a la hora de señalar los requisitos que deben darse en el "viudo" para que pueda ser titular del usufructo. Porque no hemos de olvidar que, a pesar de la afirmación genérica inicial que efectúa la Ley 253, no todo viudo va a tener acceso a la fidelidad. Además de la renuncia anticipada a que se refiere el último párrafo de ese precepto, la Ley 254 recoge determinados supuestos que determinan la exclusión del derecho. Y esas causas estaban pensadas para una relación matrimonial. La aplicación de las mismas a supuestos para los que no fueron inicialmente concebidas, va a necesitar de la interpretación judicial y de la consolidación de ésta con el transcurso del tiempo.

A continuación vamos a examinar las distintas causas de exclusión del derecho recogidas en la Compilación y aquellas otras que, a nuestro entender, deban también tener aplicación atendida la naturaleza jurídica sucesoria del usufructo de fidelidad.

2. Exclusión del usufructo en la separación de hecho.

Partimos de que el primer requisito que debe reunir una persona para poder ser titular del derecho es la premoriencia, o la declaración de fallecimiento¹⁸, del cónyuge o del otro miembro de la pareja estable reconocida por la Ley. Es decir, debe existir una previa relación matrimonial, -o una previa relación afectiva equiparada al matrimonio- que subsista en el momento de producirse la muerte, o la declaración de fallecimiento,

18. A pesar del tenor literal de la Ley 253, que únicamente se refiere al fallecimiento del premuerto como determinante del nacimiento del derecho para el cónyuge o miembro superviviente de la pareja estable, como afirma TORRES LANA, José Ángel, en "Comentarios a las Leyes 253 y 257", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dirigidos por RUBIO TORRANO, Enrique (Ed. Aranzadi, 2.002), págs. 749 y 750, el usufructo de fidelidad también debe entenderse atribuido como consecuencia de la declaración de fallecimiento, por los efectos que a la misma le atribuye el artículo 196 del Cc equiparando dicha declaración a la propia muerte en temas tales como la apertura de la sucesión. Corrobora esa idea, como dice el mismo autor en *op. cit.*, pág. 761, el hecho de que la Ley 257 se refiere también a la declaración de fallecimiento como *dies a quo* para cumplir con la obligación de formar inventario.

del consorte¹⁹. En tal caso, el supérstite será -en principio- titular del usufructo de fidelidad.

Pero esa regla general tiene importantes matizaciones. Aun subsistiendo el matrimonio, la separación de los cónyuges dará lugar a la exclusión del derecho en determinados casos.

2.1. La separación de hecho de mutuo acuerdo.

En el caso de la separación de hecho, dispone la Ley 254 que no tendrá el usufructo legal de fidelidad "*a) ninguno de los cónyuges si la hubieron convenido (...).*" Nos encontramos, por tanto, con que existiendo un acuerdo de los cónyuges o de los miembros de la pareja estable de separarse por la vía de los hechos, ninguno de los dos será titular del usufructo en caso de sobrevivir al otro. En el caso del matrimonio porque así expresamente lo dispone la Ley 254 1 a), y en el de las parejas estables porque, conforme al artículo 4 de la Ley Foral 6/2000, el mutuo acuerdo es de por sí una causa de disolución de la pareja estable y, en consecuencia, debe provocar que el derecho no llegue a nacer.

Existiendo un convenio por escrito firmado por ambas partes, no se planteará problema alguno a la hora de demostrar la carencia del requisito necesario para acceder al derecho. Distinto será el caso en que el acuerdo sea verbal y el supérstite niegue su existencia. En tales supuestos los herederos interesados deberán utilizar los medios adecuados de prueba para demostrar la concurrencia de esta causa de exclusión.

2.2. La separación de hecho consentida.

La Ley 254, en su número 1 letra a), sigue afirmando que en la separación de hecho ninguno de los cónyuges tendrá el usufructo legal de fidelidad si la hubieron consentido. Y dado que la existencia o la falta de consentimiento plantea más dificultades de prueba que el convenio, continua diciendo que "*no se entenderá consentida por el cónyuge abandonado, aunque éste no denuncie el abandono ni inste la separación judicial, salvo que, requerido fehacientemente por el otro, dentro del término de seis meses no manifieste su voluntad contraria a la separación.*"²⁰ Tenemos, por tanto, que, en los casos en los que la separación no es de mutuo acuerdo la exclusión del derecho se produce para aquel que tomó la iniciativa y abandonó al otro cónyuge, pues es evidente que quien adopta una postura activa en la separación, además de hacer algo más, también la consiente. El que fue abandonado si denunció el abandono o instó la separación judicial mantendrá el derecho²¹.

19. Deberá tenerse en cuenta, a tal efecto, que la pareja estable se considerará disuelta con arreglo a las causas contempladas en el artículo 4 de la Ley foral 6/2000, de 3 de julio. Es decir: por la muerte o declaración de fallecimiento de uno de sus integrantes; por matrimonio de uno de sus miembros; por mutuo acuerdo; por voluntad unilateral de uno de los miembros notificada fehacientemente al otro; por cese efectivo de la convivencia por un periodo superior a un año; o por los supuestos que las partes hubieran pactado en escritura pública.

20. Coincide en gran medida, en este punto, la presunción sobre la existencia del consentimiento en caso de requerimiento fehaciente, con la referencia que también se recoge en la causa de separación judicial consistente en el cese efectivo de la convivencia conyugal durante seis meses, libremente consentida -que recogía el número 5º del derogado artículo 82 del Cc-, cuando decía que "*se entenderá libremente prestado este consentimiento cuando un cónyuge requiriese fehacientemente al otro para prestarlo, apercibiéndole expresamente de las consecuencias de ello, y éste no mostrase su voluntad en contra por cualquier medio admitido en derecho o pidiese la separación o las medidas provisionales a que se refiere el artículo 103, en el plazo de seis meses a partir del citado requerimiento.*"

21. Obviamente esto será así siempre que no concurriera en él otra causa de separación como la infidelidad conyugal, el incumplimiento grave de los deberes familiares o el atentado contra la vida del otro.

Y también mantendrá el derecho aunque no hubiera procedido a la denuncia o a instar la separación judicial si, requerido fehacientemente²² por el otro, manifestó dentro del término de seis meses su voluntad contraria a la separación. Podemos encontrarlos, por lo tanto, ante dos posibilidades:

a) Que no se hubiera producido el requerimiento o que éste no hubiera sido fehaciente, en cuyo caso el cónyuge abandonado mantendrá el derecho.

Y b) Que hubiera existido requerimiento fehaciente. En este supuesto pudo producirse la oposición por parte del cónyuge abandonado dentro de los seis primeros meses, conservándose en consecuencia el usufructo de fidelidad. Si no hubo oposición o ésta se manifestó más allá de los seis meses, el supérstite no accederá al derecho.

No obstante lo dicho, hay que tener en cuenta que en el caso de las parejas estables reguladas por la Ley Foral 6/2000, la exclusión del derecho se produce para los dos miembros de la pareja estable, en un supuesto de abandono por parte de uno de los cónyuges, siempre que se notifique fehacientemente al otro, tal y como dispone el apartado d) del artículo 4 de dicha Ley. Es decir, en este caso el cónyuge abandonado no podría ampararse en una falta de consentimiento a la separación para conservar el derecho. ¿Pero que sucede en el abandono sin haberlo notificado fehacientemente y en el momento del fallecimiento del que activamente llevó a cabo el abandono aún no se ha superado el año de cese efectivo que el apartado e) del artículo 4 de la mencionada Ley señala también como determinante de la disolución de la pareja estable? ¿Adquiriría en tal supuesto el abandonado el usufructo de fidelidad? El problema que se plantea es consecuencia inequívoca de la extensión de la institución a una realidad jurídica para la que inicialmente no estaba configurada sin que se procediera, en su momento, a la correspondiente modificación de todas las Leyes de la Compilación afectadas por tal ampliación. Quizá la solución consista en intentar aplicar analógicamente, en la medida que la institución lo permita, las causas de exclusión previstas en la Ley 254 al supuesto de las parejas estables y en este caso entender que, no habiéndose consentido la separación, si ésta no ha superado el plazo del año, ni ha habido notificación fehaciente de la voluntad unilateral de disolver la pareja, el miembro abandonado adquirirá el usufructo²³.

2.3. La separación de hecho por infidelidad conyugal.

Sigue diciendo la Ley 254 que no tendrá el usufructo legal de fidelidad en la separación de hecho "*b) el cónyuge que motivó la separación por infidelidad conyugal (...)*". En este apartado se viene a recoger el criterio de la culpabilidad: si el cónyuge es "culpable" de la separación por incurrir en infidelidad, quedará excluido del derecho. Evidentemente, si negara tal culpabilidad, se necesitará la aportación de la correspondiente prueba y habrá que estar a la decisión judicial sobre este particular.

Podemos encontrarlos ante el supuesto de que uno de los cónyuges fuera culpable de la separación por haber incurrido en infidelidad y que, como consecuencia de dicha infidelidad, el otro decidiera abandonarlo. En tal caso deberemos entender que ninguno de los dos mantendrá el derecho: el uno por ser quien motivó la separación y el otro por haberla consentido adoptando la postura activa del abandono. No obstante, si conforme a lo dispuesto en el artículo 105 del Código civil, el segundo presentara la demanda de separación dentro de los treinta días siguientes a dejar el domicilio conyu-

22. Entiendo que por medio de fedatario público.

23. Resultan muy interesantes las observaciones de TORRES LANA, José Ángel, en "Comentarios a la Ley 254", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dirigidos por RÚBIO TORRANO, Enrique (Ed. Aranzadi, 2.002), págs. 754 y stes., sobre los problemas que plantea la aplicación de todas estas causas de exclusión del usufructo legal de fidelidad a las parejas estables.

gal²⁴ deberá entenderse que no incumple con sus obligaciones de convivencia y, por tanto, no perdería el usufructo.

Cierto sector de la doctrina se ha manifestado contrario a la aplicación de la infidelidad como causa de la exclusión de este usufructo vidual en el ámbito de las parejas estables basándose en la idea de que la fidelidad no es presupuesto ni exigencia de las mismas²⁵. En mi opinión, sin embargo, mantener ese criterio llevaría al absurdo de conceder un usufructo de fidelidad con requisitos más laxos en aquellos supuestos para los que inicialmente no se previó (caso de las parejas de hecho), que en el de aquellos otros para los que históricamente fue concebida (caso de los matrimonios), puesto que en estos últimos la separación por infidelidad provocará la exclusión del derecho para el infiel, mientras que en los primeros no sucederá así hasta que haya transcurrido más de un año desde la separación. Por otro lado, la pretensión de la Ley Foral 6/2000, como su propia nomenclatura indica, es la de suprimir las desigualdades entre los distintos "modelos de familia" que puedan existir al amparo del artículo 39 de la Constitución. Y admitir que estas causas de exclusión del usufructo de fidelidad no tienen aplicación para las parejas estables y sí para las relaciones matrimoniales, supondría introducir desigualdades, discriminar -aunque fuera positivamente-, de forma, a mi parecer contraria, a lo que se pretende con la norma. A mayor abundamiento, y al margen de que, a mi juicio, la idea fundamental de pareja estable, precisamente por su carácter *more uxorio*, no es ajena al concepto de fidelidad, la propia esencia de este usufructo -como su propio nombre indica- se fundamenta en ella. Por esta razón, aplicando analógicamente lo previsto en la Ley 254, debe entenderse que en aquellos casos en los que exista separación de la pareja estable provocada por la infidelidad de uno de los miembros, el infiel no podrá acceder al derecho y, sin embargo, sí lo hará aquel que hubiera sufrido la infidelidad si el cese efectivo de la convivencia no ha superado el año y no ha habido notificación fehaciente de la ruptura por parte de cualquiera de los miembros de dicha pareja.

2.4. La separación de hecho por incumplimiento grave de los deberes familiares.

La misma letra b) del apartado 1, de la Ley 254, continúa diciendo que también queda excluido del usufructo legal de fidelidad el cónyuge -a lo que habrá que añadir, en mi opinión, el miembro de la pareja estable reconocida por la Ley- que motivó la separación de hecho por incumplimiento grave de los deberes familiares²⁶.

Debemos entender, fundamentalmente, como deberes familiares, los recogidos en los artículos 142 y sts. del Código civil. Estos preceptos tendrán que ser completados, para el caso de las parejas estables, con lo dispuesto en el capítulo II de la Ley foral 6/2000. Para la valoración de la gravedad del incumplimiento se deberá estar a la jurisprudencia relativa a dichos artículos. Y, en caso de que el supérstite negase su incumplimiento, tendrá que probarse el mismo y estar a la decisión judicial.

24. Esto, como es lógico, únicamente es posible en los supuestos de relación matrimonial y no en los casos de parejas estables legalmente reconocidas, pues sólo en el primer caso cabe pensar en la separación judicial.

25. Vid. TORRES LANA, José Ángel, en "Comentarios a la Ley 254", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dirigidos por RUBIO TORRANO, Enrique (Ed. Aranzadi, 2.002), pág. 755.

26. Con arreglo a la Exposición de Motivos de la Ley foral 6/2000, el concepto de familia debe extenderse también al de las parejas estables, por lo que los deberes familiares establecidos por la Ley deben también regir para este nuevo modelo familiar. En concreto dice la mencionada Exposición de Motivos que "el artículo 39 de la Constitución Española indica la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. En dicho artículo no existe un modelo de familia determinado ni predominante, lo que hace necesaria una interpretación amplia de lo que debe entenderse por tal, consecuente con la realidad social actual (...)". En este sentido, no comparto la opinión de TORRES LANA, José Ángel en "Comentarios a la Ley 254" en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dirigidos por RUBIO TORRANO, Enrique (Ed. Aranzadi, 2.002), pág. 755, contrario a la aplicación de esta causa como excluyente del derecho en las parejas estables.

Al igual que en el caso anterior, también aquí recoge la Compilación el criterio de culpabilidad: será el cónyuge -o miembro de la pareja- culpable por incumplir gravemente sus obligaciones familiares el que quede excluido del usufructo viudal. Cabe efectuar también las mismas valoraciones respecto al abandono provocado por dicho incumplimiento.

No obstante, debemos considerar en relación a este punto que determinados incumplimientos de los deberes familiares no exigirán necesariamente la existencia de separación. En primer lugar, porque algunos casos de infracción de esas obligaciones se encuentran específicamente recogidas como excluyentes del usufructo de fidelidad. Recordemos, por ejemplo, que, conforme al apartado 4 de la Ley 254, es determinante de la exclusión de ese derecho la privación de la patria potestad sobre los hijos comunes en virtud de sentencia firme y que dicha privación, conforme al artículo 170 del Código civil, puede estar fundada en el incumplimiento de los deberes familiares. Y en segundo lugar porque, aun no estando expresamente recogidos, en nuestra opinión -como más adelante expondremos-, encontrándonos ante una institución de naturaleza sucesoria con importantes tintes familiares, resultan plenamente aplicables las causa de indignidad para excluir del derecho. Por ello, determinados incumplimientos de los deberes familiares contemplados como motivos de indignidad -tales como el abandono, prostitución o atentado al pudor de los hijos-, deben determinar, igualmente, la exclusión.

2.5. La separación de hecho por atentar contra la vida del otro.

Termina la letra b) del apartado 1, de la Ley 254, señalando que no tendrá el usufructo legal de fidelidad quien hubiera motivado la separación por haber atentado contra la vida del otro. Este supuesto de exclusión del usufructo habrá que ponerlo en relación con lo dispuesto en el número 3 de esta misma Ley que dispone con carácter general -es decir, sin necesidad de que exista separación de ningún tipo entre los cónyuges- que no tendrá el usufructo legal de fidelidad "*el cónyuge que hubiera sido ejecutoriamente condenado por haber atentado contra la vida del otro.*"

Del contraste entre ambos apartados parece desprenderse que en el primero de ellos no se requiere la existencia de una sentencia firme de condena para originar la exclusión del derecho: bastará con que la separación sea motivada por un atentado contra la vida del cónyuge, para que el que llevó a cabo tal acción -sin necesidad de sentencia condenatoria- se vea privado del usufructo de fidelidad. En mi opinión, lo más normal es que, tratándose de un delito perseguible de oficio, para que un atentado contra la vida tenga algún tipo de repercusión deba existir una sentencia judicial penal que valore su punibilidad. Como única alternativa a ello, cabría pensar, tal vez, en un reconocimiento por parte del autor de que ha sido él quien ha llevado a cabo el atentado, o en una prueba irrefutable de su comisión, una vez transcurridos los plazos de prescripción del delito establecidos en el artículo 131 del Código penal.

Otro posible caso que diferenciaría los atentados del apartado 1. b) y del apartado 3, también podría darse en el supuesto de que se hubiera dictado sentencia judicial penal -que será lo más lógico-, si el Juez declara la existencia de los hechos pero también determina la ausencia de responsabilidad del autor de los mismos por incurrir en una de las causa eximentes de responsabilidad criminal recogidas en los artículos 19 y siguientes del Código penal. En tal supuesto, nos encontraremos ante un atentado contra la vida del otro que dará lugar a la exclusión del usufructo legal de fidelidad si esa actuación hubiera provocado la separación de hecho. Sin embargo, de no haber determinado tal separación, esa misma sentencia firme no daría lugar a la mencionada exclusión, puesto que reconociéndose en la resolución judicial la existencia del atentado, su contenido no habrá sido de condena para el autor.

Vemos recogido en este supuesto el mismo criterio de valoración de la culpabilidad en la separación que en los dos casos anteriores. E, igualmente que en ellos, también aquí procede hacer las mismas apreciaciones en relación al posible abandono provocado como consecuencia del atentado contra la vida: el que abandona también se verá excluido del derecho, salvo que presente la demanda dentro de los treinta días siguientes al abandono, conforme a lo dispuesto en el artículo 105 del Código civil, posibilidad no abierta a las parejas estables por ser su realidad ajena a la separación judicial. No obstante, con relación a ellas, debe tenerse en cuenta que si la separación no ha superado el año, ni ha habido notificación fehaciente de la voluntad de disolver la pareja, aunque se haya producido ese abandono, se podrá acceder al derecho.

En todos los demás supuestos de separación de hecho, no existiendo acuerdo o consentimiento a la misma, no se perderá el usufructo legal de fidelidad²⁷. Queda a salvo, no obstante, lo que recojo a continuación en relación a las parejas estables y que, de alguna manera, ya ha sido avanzado.

2.6. La separación de hecho por periodo superior a un año en el caso de las parejas estables.

El artículo 4 de la Ley foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, establece como causa de disolución de la pareja, en su apartado e), el cese efectivo de la convivencia por un periodo superior a un año.

Por lo tanto, al margen de que la separación de hecho convenida o consentida pueda dar lugar a la exclusión del usufructo de fidelidad para las parejas estables cuando todavía no ha transcurrido un año desde que se cesó en la convivencia; y al margen también de que el miembro de la pareja que incumplió gravemente los deberes familiares, o atentó contra la vida del otro, o le fue infiel, se vea también excluido del derecho si dichos comportamientos o incumplimientos provocaron la separación -aunque no hubiera transcurrido un año desde que ésta tuvo lugar-, también, el mero paso del tiempo en situación de separación -sin que sea exigible la existencia de un convenio o de un consentimiento- provocará que ninguno de los miembros de la pareja pueda acceder al usufructo de fidelidad. Si el cese efectivo de la convivencia durante el plazo de un año provoca la disolución de la pareja estable, una vez transcurrido ese plazo no se cumplirá con el principal requisito para que el derecho pueda nacer: que la relación subsista en el momento en el que se produce el fallecimiento de uno de los miembros de esa pareja. Lo que en definitiva determina que, en los casos de pareja estable, la separación de hecho provocará, en la mayoría de supuestos, que no exista usufructo de fidelidad, puesto que transcurrido un año a contar desde que cesó la convivencia, la pareja se entiende disuelta, deja de existir y, por tanto, no puede dar lugar al nacimiento del derecho.

3. Exclusión del usufructo en la separación judicial

En relación a los supuestos de exclusión recogidos en el número 2 de la Ley 254, debemos advertir que, en nuestra opinión, no cabe su aplicación a las parejas estables, puesto que la separación judicial está pensada única y exclusivamente para la institución matrimonial. En concreto, el artículo 81 del Código civil dispone que "*se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del*

27. Aun tratándose de las causas de separación judicial, nos puede servir de orientación la relación que recogía el derogado artículo 82 del Código civil, en la redacción vigente a la fecha de entrada en vigor de la Ley Foral 5/1987, que fue la que aprobó el actual texto de la Ley 254. Por ejemplo, no provocará la extinción del usufructo la separación de hecho por haber sido el cónyuge condenado a una pena privativa de libertad. O la separación -también sólo de hecho- provocada por el alcoholismo, toxicomanía o perturbación mental del consorte.

matrimonio (...)." Es decir, que la separación judicial sólo procede en los casos de existencia de vínculo matrimonial, razón por la cual no parece viable aplicar las causas de exclusión de las que a continuación vamos a hablar, a otro tipo de relación diferente.

Tenemos también que advertir que el artículo 82 del Código civil, que era el que recogía hasta la fecha las causas de separación judicial, fue derogado por la Ley 15/2005 por lo que, en la actualidad, la separación ha perdido su carácter causal y, en consecuencia, no es necesario que se alegue el abandono del hogar familiar, la infidelidad conyugal, el incumplimiento grave o reiterado de los deberes familiares o conyugales o el atentado contra la vida, para que, a petición de uno de los consortes, transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio, se decrete judicialmente la separación. No obstante, lo anterior no impide que si la separación judicial ha sido provocada, *de facto*, por algún comportamiento de uno de los cónyuges de los que anteriormente eran previstos como causas de aquélla y que quedan, aún hoy, recogidos en la Ley 254. 2), las mismas deban considerarse a los efectos de valorar la extinción del usufructo de fidelidad. Sirve de apoyo a esta conclusión la relación estática que, conforme a lo señalado en la Disposición Adicional añadida a la Compilación por la Ley Foral 5/1987, rige las conexiones de la norma navarra con el Código civil. En base a ello debemos concluir que las causas de separación judicial previstas a la fecha de entrada en vigor de dicha Ley Foral siguen vigentes a estos efectos.

3.1. La separación judicial consentida o de mutuo acuerdo.

Dispone la letra a) del apartado 2, de la Ley 254, de la Compilación navarra, que no tendrán el usufructo legal de fidelidad en la separación de derecho "*ninguno de los cónyuges si la hubieren convenido o consentido*." La existencia de un procedimiento judicial específico para la tramitación de las separaciones judiciales cuando hay acuerdo o consentimiento -regulado en el artículo 777 de la Ley Enjuiciamiento Civil-, determina que no exista ningún problema a la hora de probar el convenio o el consentimiento de las partes. Habiéndose procedido a la tramitación de la separación con arreglo a ese cauce y dictada la correspondiente resolución aprobándola, se dará el presupuesto previsto por la Ley 254 para excluir del derecho a ambos cónyuges.

3.2. La separación judicial por abandono del hogar familiar.

Dispone la letra b) del apartado 2, de la Ley 254, que no tendrá el usufructo legal de fidelidad en la separación de derecho "*el cónyuge que incurrió en causa de separación por abandono del hogar familiar*."

Esta causa no está expresamente recogida en el apartado 1 referido a la separación de hecho. No obstante, podemos entenderla implícitamente incluida también en aquel caso cuando se dice que no se entiende consentida la separación por el cónyuge *abandonado* en los supuestos que allí se señalan. Si se hace referencia a ello es porque el que abandona se entiende excluido del derecho, entre otras cosas, porque la propia postura activa de abandonar va más allá incluso del consentimiento a la separación que, de por sí, ya provoca dicha exclusión.

Por lo tanto, acordada la separación judicial, si ésta no es de mutuo acuerdo o consentida, quedará sin el usufructo de fidelidad el cónyuge que, conforme a la sentencia, hubiera podido motivar, con el abandono del hogar, que la separación judicial se haya instado. Por supuesto, si la separación fuera de mutuo acuerdo o consentida -como ya hemos avanzado- la exclusión será para ambos cónyuges. Hemos de tener en cuenta también que ese abandono del hogar debe ser injustificado pues sólo aquel que merece tal catalogación era, a la fecha de entrada en vigor de la Ley Foral 5/1987, determinante de la separación conforme a lo dispuesto en el artículo 82.1ª del Código civil.

3.3. La separación judicial por infidelidad conyugal.

Esta causa de exclusión del usufructo de fidelidad es común a la separación de hecho. En el supuesto de que la separación judicial no sea consentida o de común acuerdo (caso en que ambos quedarán sin derecho), el cónyuge que la hubiera podido provocar con su infidelidad, deberá quedar excluido del usufructo.

3.4. La separación judicial por incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales o familiares.

La Ley 254 en su apartado 2 a) también establece que no tendrá el usufructo legal de fidelidad en la separación de derecho el cónyuge que incurrió en "*incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales o familiares (...)*."

Comparando esa dicción con la apuntada en el apartado 1 b) de esa misma Ley en relación a la separación de hecho, observamos que aquí se añade, con respecto a aquélla, la reiteración en el incumplimiento, así como la referencia a los deberes conyugales.

Es decir que, mientras que en el caso de la separación de hecho los incumplimientos relevantes eran los relativos a los deberes familiares -básicamente los recogidos en los Títulos VI y VII del Código civil- y, además, únicamente eran tenidos en cuenta los que tuvieran la consideración de graves²⁸, en la separación de derecho no sólo esas causas en las que incurrió el cónyuge "culpable" de la separación judicial son determinantes de la exclusión del usufructo de fidelidad para él, sino que también producen ese mismo resultado los incumplimientos de los deberes familiares que, sin ser graves, son reiterados; y esa misma consecuencia provocarán los incumplimientos de los deberes conyugales -fundamentalmente los establecidos en los artículos 66 a 71 del Código civil- que sean graves o, que no siéndolos, se produzcan con reiteración²⁹.

Deberemos también tener en cuenta que si la infidelidad conyugal, el abandono del hogar familiar o el incumplimiento grave o reiterado de los deberes familiares producen la exclusión del usufructo para aquel que provocó la separación judicial por estas conductas, tal castigo no debe recaer sobre aquel que las sufrió y decidió instar por ello la actuación de los Tribunales. Tiene, además, que añadirse que, conforme al artículo 105 del Código civil, su salida del domicilio conyugal no se considerará, en tal caso, como incumplimiento del deber de convivencia siempre que presente la correspondiente demanda de separación o solicite las correspondientes medidas provisionales. También en estos casos conservará su derecho al usufructo de fidelidad.

Asimismo, tenemos que insistir aquí -como ya lo hicimos al hablar de la separación de hecho- que determinados incumplimientos de los deberes familiares no exigen la existencia de una separación para provocar la exclusión del derecho. En unos casos

28. Conforme ya avanzamos en su momento, y siguiendo a ARREGUI GIL, José, "Comentarios a la Ley 254" en "*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*", dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, T XXXVII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 2.001), pág. 63, "*el incumplimiento grave es un término que debe entenderse de acuerdo con la normativa del Código civil y la doctrina jurisprudencial sobre esos deberes, normativa y doctrina (...)*"

29. Debemos tener en cuenta que el artículo 82 del Código civil, antes de quedar vacío de contenido tras la reforma llevada a cabo por la Ley 15/2005 de 8 de julio, establecía que eran causas de separación judicial "*el abandono injustificado del hogar, la infidelidad conyugal, la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales.*" Por tanto, el legislador común consideraba que todas estas conductas representaban violación de los deberes conyugales -también la infidelidad o el abandono injustificado del hogar que más arriba hemos analizado -lo que nos daba una idea del concepto de deber conyugal barajado desde la ley. Por ello, podemos entender que no hubiera sido necesario que en la Compilación se desgajaran de ese concepto amplio de deberes conyugales las dos causas que hemos tratado previamente. Por otra parte, también el artículo 82 entendía que era causa de separación "*cualquier violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o respecto de los de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar*", causa que conecta con el incumplimiento grave o reiterado de los deberes familiares a que se refiere la Ley 254 de la Compilación.

porque la propia Ley, expresamente, prevé tal resultado (p. ej. en el supuesto del apartado 4 de la Ley 254) y, en otros, porque la naturaleza sucesoria del usufructo, y sus caracteres familiares, deben determinar que las causas de indignidad tengan su repercusión sobre la frustración del nacimiento del usufructo de fidelidad. En este sentido, incumplimientos de los deberes familiares tales como el abandono, prostitución o atentado al pudor de los hijos, deben provocar -como causa de indignidad que son- la exclusión del derecho, con independencia de que exista o no separación.

3.5. La separación judicial por atentado contra la vida del cónyuge.

El inciso final de la letra b) del apartado 2 de la Ley 254 establece que no tendrá el usufructo legal de fidelidad el cónyuge que incurrió en causa de separación de derecho "*por haber atentado contra la vida del otro*".

Como vimos al hablar de las causas de exclusión en la separación de hecho, también allí venía enumerado este motivo y con las mismas palabras.

Por su parte, el artículo 82 del Código civil señalaba como séptima causa de separación judicial, antes de ser derogado por la Ley 15/2005, de 8 de julio, "*cualquiera de las causas de divorcio en los términos previstos en los números 3º, 4º y 5º del artículo 86.*" Y el artículo 86 contemplaba, como motivo de divorcio, antes de su modificación por la mencionada Ley, entre otros, "*la condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes y descendientes.*"

Cuando comentamos las causas de exclusión del usufructo de fidelidad por separación de hecho por haber atentado contra la vida del cónyuge, hacíamos una comparación de lo allí contemplado, con lo previsto en el apartado 4 de la propia Ley 254 que es el que prevé la exclusión de ese derecho -con independencia de que exista o no separación- para el cónyuge que hubiera sido ejecutoriamente condenado por haber atentado contra la vida del otro. De esa comparación dedujimos que el apartado 1 a), al contrario de lo que hace el 4, no exigía la existencia de una sentencia firme de condena para que el atentado contra la vida del cónyuge provocara la carencia del usufructo para aquel que lo llevó a cabo. Y entonces señalamos que podían existir algunos supuestos en los que esto pudiera darse, como podrían ser los del reconocimiento por parte del autor del atentado una vez el delito hubiera prescrito, los casos de existencia de una prueba irrefutable de su comisión una vez transcurridos los plazos de prescripción establecidos en el artículo 131 del Código penal, o aquellos otros en los que se daban en el autor las causas eximentes de responsabilidad criminal recogidas en los artículos 19 y stes. del Código penal. En esos casos pudiera ocurrir o bien que no se dictara sentencia o que la misma no fuera condenatoria. Y puesto que, obviamente, el Código civil no indicaba unas causas que puedan justificar la separación de hecho -sino que sólo se refería a aquéllas que podían provocar la separación judicial antes de la Ley 15/2005- concluimos que en esos casos el atentado contra la vida -aun cuando no existiera sentencia firme de condena- podía justificar la separación de hecho y privar al autor del usufructo de fidelidad.

Pues bien, hablando ahora de la separación de derecho nos encontramos -como hemos dicho- con que el inciso final del apartado 2 a) de la Ley 254 reitera el contenido del inciso final del apartado 1 b) de la misma Ley que se refiere a la separación de hecho. En base a ello podríamos pensar en una repetición de los mismos argumentos antes esgrimidos para entender que no es necesaria la existencia de una sentencia firme de condena por atentar contra la vida del otro para que tal actuación pueda originar la exclusión del usufructo de fidelidad³⁰.

30. Esta parece ser la opinión de ARREGUI GIL, José en "Comentarios a la Ley 254" en "Comentarios al Código civil y Compilaciones forales", dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, T XXXVII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 2.001), pág. 67, cuando dice que "*si el atentado contra la vida de uno de los cónyuges efectuado por el otro, lleva ya en sí, aunque no haya habido condena para el que lo ha realizado, la pérdida del derecho en la separación de hecho o judicial (...)*"

Sin embargo, la Compilación es muy clara al afirmar que no tendrá este derecho el cónyuge que *incurrió en causa de separación judicial* por atentar contra la vida del otro. Es decir, debemos estar ante un atentado contra la vida que estuviera previsto legalmente como causa de separación a la fecha de entrada en vigor de la Ley Foral 5/1987. Y el Código civil disponía entonces que había causa de separación cuando existiera *condena en sentencia firme*. En consecuencia, no vemos diferencia entre la condena contra el cónyuge "culpable" -exista o no separación- a que se refiere el apartado 3 de la Ley 254 como determinante de la exclusión del usufructo de fidelidad, y la referida en el inciso final de la letra b) del apartado 2 de esta misma Ley -referida a los casos en que exista separación judicial-: en ambos casos se requiere la existencia de sentencia firme, razón por la cual consideramos nociva la referencia efectuada en este apartado 2. No será necesario que exista separación judicial para que quien hubiera sido condenado por sentencia firme por atentar contra la vida del otro se vea privado del usufructo de fidelidad.

3.6. La separación judicial en los supuestos de separación de hecho no consentida por el otro cónyuge.

Dispone la Ley 254 en la letra c) de su apartado 2 que no tendrá el usufructo legal de fidelidad en la separación de derecho "*el cónyuge que la haya pedido en razón a la separación de hecho no consentida por el otro.*"

Al hablar de la separación de hecho ya dijimos que, en nuestra opinión, el cónyuge que abandona a su pareja, debe quedar excluido del usufructo de fidelidad. Si aquel que consiente en el abandono que da lugar a la separación de hecho debe quedar privado del derecho conforme a lo previsto en el apartado 1 a) de la Ley 254, con más motivo debe quedar excluido el que va más allá del mero consentimiento y adopta la postura activa de cesar en la convivencia conyugal.

Es por ello por lo que, a mi entender, carece de sentido el apartado que ahora examinamos: si existe separación de hecho provocada por el abandono del domicilio conyugal del que ahora solicita la separación judicial, ya en el momento en que tuvo lugar aquella situación de hecho quedó excluido del usufructo el que ahora acude a la vía judicial³¹.

3.7. La separación judicial en los demás supuestos.

Establece la Ley 254, apartado 2, letra d) que no tendrá el usufructo legal de fidelidad en la separación de derecho "*ninguno de los cónyuges en los demás casos de separación*" diferentes a los hasta ahora relacionados.

Del examen de lo que disponía el artículo 82 del Código civil en la fecha en la que se efectúa la remisión por parte de la Compilación, es decir, en la fecha de entrada en vigor de la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, extraemos que los restantes casos de separación no relacionados hasta ahora son los siguientes:

3.7.1. La condena a pena privativa de libertad por tiempo superior a seis años.

La 3ª de las causas de separación judicial que relacionaba ese artículo era "*la condena a pena privativa de libertad por tiempo superior a seis años.*" En virtud de lo

31. Como dice ARREGUI GIL, José, en "Comentarios a la Ley 254" en "*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*", dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, T XXXVII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 2.001), pág. 64, "*si el cónyuge que ha motivado una separación de hecho (...) no querida ni consentida por el otro, queda excluido del usufructo de fidelidad, entonces también debe quedarlo del usufructo en la separación de derecho decretada a su petición (...)*"

dispuesto en la Compilación si cualquiera de los cónyuges insta la separación judicial por haber sido condenado uno de ellos, o ambos, a una pena como la descrita, los dos quedarán excluidos del usufructo viudal. Incluido aquél que no la consienta. Podríamos encontrarnos, por ejemplo, con un supuesto en el que sea el condenado a la pena privativa de libertad el que inste la separación; pues bien, en este supuesto -y conforme al tenor literal de la Compilación- su cónyuge también se verá excluido del usufructo.

3.7.2. El alcoholismo, la toxicomanía y la perturbación mental.

El artículo 82 del Código civil recogía también como causa 4ª de separación judicial "*el alcoholismo, la toxicomanía, o las perturbaciones mentales, siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia.*"³² Al igual que sucedía en el caso anterior, en aquellos supuestos en los que se acuerde la separación judicial a instancias de cualquiera de los cónyuges por los motivos aquí señalados, ambos consortes quedarán privados del usufructo. Y ello con independencia de que uno de ellos no hubiere consentido esa separación: también él quedará privado del derecho³³.

3.7.3. Otras causas.

La causa séptima del mencionado artículo derogado del Código civil recogía como causas de separación las que se referían entonces como causas de divorcio en los números 3º, 4º y 5º del artículo 86. De éstas, podían tener algún tipo de aplicación como determinantes de la separación judicial las siguientes:

a) El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges.

En relación a este supuesto debemos tener en cuenta que el único que podrá pedir la separación judicial es, evidentemente, el cónyuge del ausente. Conforme al artículo 183 del Código civil, para pedir la declaración de ausencia del desaparecido debe haber pasado, al menos, un año desde las últimas noticias del mismo o, a falta de éstas, desde su desaparición. Y, en el caso de que hubiera dejado apoderado con facultades para la administración de sus bienes, el plazo será de tres años.

Lo anterior supone que desde la desaparición del cónyuge hasta que se podía solicitar la separación judicial debían haber transcurrido, como mínimo, tres años, exi-

32. El Proyecto de la Comisión Compiladora de 1.983 proponía que no tuviera el usufructo legal de fidelidad en la separación de derecho "*el cónyuge que pida la separación por causa de perturbación mental o declaración de ausencia del otro (...)*". Es decir, que en dichos supuestos entendía que el ausente o el perturbado mental no debían quedar excluidos del derecho.

33. En opinión de ARREGUI GIL, José en "Reflexiones sobre la fidelidad viudal navarra (fealdat)" en *Revista Jurídica de Navarra*, nº 15, Pamplona, enero-junio 1.993, págs. 22 y 23, y en "Comentarios a la Ley 254" en "*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*", dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, T XXXVII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 2.001), pág. 66, "*tal privación para ambos cónyuges parece injusta respecto al cónyuge que tiene la desgracia de padecer una enfermedad mental totalmente ajena a su voluntad (...)*". Y, por ello, se muestra partidario de la redacción que propuso la Comisión Compiladora de 1.983 y que en nota anterior hemos transcrito. Creo yo, sin embargo, que la decisión adoptada por el legislador no es desacertada si partimos de que el usufructo de fidelidad es una institución sucesoria pero con importantes implicaciones familiares. Si el Juez ha entendido que por el interés de la familia -o del otro cónyuge- debía concederse la separación judicial, deberemos acordar que tampoco puede quedar en manos de quien es un riesgo para aquéllos, la dirección de una institución que pretende reforzar la autoridad del superviviente y mantener la cohesión familiar y la unidad de su patrimonio. La Ley no puede dejar en manos de quien puede atacar los intereses familiares, la dirección de esos propios intereses. Más injusta me parece, en todo caso, la exclusión del usufructo de fidelidad para el otro cónyuge, en caso de que hubiera sido el propio perturbado -o el alcohólico o toxicómano- quien hubiera instado la separación pese a su oposición.

gencia temporal que ha desaparecido con la actual redacción del artículo 81 del Código civil. En caso de que finalmente se solicite la separación judicial por el cónyuge del ausente, ambos quedarán excluidos del usufructo de fidelidad.

Si el ausente reapareciera en vida de su consorte, podrían reconciliarse si es su deseo y, conforme a lo dispuesto en el artículo 84 del Código civil, lo resuelto en el procedimiento de separación quedaría sin efecto, desapareciendo, de la misma manera, la causa de exclusión del usufructo de fidelidad.

En el supuesto de que el ausente reapareciera tras acordarse la separación judicial, y una vez fallecido su cónyuge, deberá entenderse que no puede recuperar el usufructo de fidelidad a pesar de lo dispuesto en los artículos 191 y 192 del Código civil, pues la Ley 254, con su remisión a "*los demás casos de separación*", excluye del derecho en este caso a ambos cónyuges³⁴.

Asimismo, hemos de tener en cuenta que, conforme al artículo 86 del Cc, el cónyuge no ausente podría también solicitar el divorcio. Además, la Ley 87 de la Compilación recoge como causa de disolución de la sociedad conyugal de conquistas "5. *la resolución judicial que la decreta, a petición de uno de los cónyuges (...)// si el otro cónyuge hubiera sido (...) declarado ausente (...)*." Por tanto, el consorte tiene dos opciones diferentes a la de pedir la separación judicial: si su objeto es únicamente de tipo patrimonial, lo normal es que inste la disolución de la sociedad de conquistas, aplicándosele la correspondiente separación de bienes y conservándose el usufructo de fidelidad; si lo que quiere es romper los vínculos conyugales con el ausente por razones afectivas, lo lógico será solicitar el divorcio, consiguiéndose con ello disolver el matrimonio y eliminar, en consecuencia, la posibilidad de cualquier usufructo de fidelidad. En definitiva, en caso de ausencia, la opción de pedir la separación judicial no parece ser la más adecuada de entre las tres que tiene el cónyuge del ausente.

b) La condena en sentencia firme por atentar contra la vida de los ascendientes o descendientes del cónyuge³⁵.

Ya hemos hecho referencia a que la condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, además de recogerse en el inciso final del apartado 2 b) de la Ley 254, se encuentra prevista en el apartado 3 de la propia Ley 254 como una de las causas de exclusión del usufructo de fidelidad, con independencia de que exista o no separación. Obviamente, ese precepto prevé la exclusión para el cónyuge que es condenado, no para el que no lo es.

Por contra, atendiendo a la dicción literal del apartado 2 d) de la Ley 254 deberíamos llegar a la absurda conclusión de que, en el caso de que se produjera la separación judicial provocada por existir una condena en sentencia firme contra uno de los cónyuges por atentar contra la vida de los ascendientes o descendientes del otro,

34. Recordemos que en el Proyecto de la Comisión Compiladora de 1.983, sólo quedaba excluido el cónyuge del ausente que instaba la separación judicial, pero no el propio ausente. Por su parte, ARREGUI GIL, José en "Reflexiones sobre la fidelidad vidual navarra (fealdat)" en *Revista Jurídica de Navarra*, nº 15, Pamplona, enero-junio 1.993, pág. 23, considera que, para aquel que hubiera sido declarado en esa situación, resulta injusta la exclusión del usufructo vidual -al menos hasta la declaración de fallecimiento-, sobre todo si la ausencia no es provocada voluntariamente por él. Por ello, considera que la redacción que de la Ley 254 hacía el Proyecto de 1.983 era más acertada.

35. ARREGUI GIL, José en "Comentarios a la Ley 254" en "*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*", dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, T XXXVII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 2.001), pág. 65, considera que en este supuesto quedaría incluido "*el caso de una mujer que, procurando su propio aborto, fuera de los límites de la impunidad, priva al marido de un descendiente, siempre que haya sido judicialmente condenada por el hecho.*"

ambos -tanto el que es condenado como el que es familiar de las víctimas- deberían quedar excluidos del usufructo de fidelidad. Y ello por la siguiente razón:

El mencionado apartado 2 d) establece que no tendrán el usufructo legal de fidelidad en la separación de derecho "*ninguno de los dos cónyuges en los demás casos de separación*", debiendo entenderse como "los demás casos de separación" aquellos otros que venían recogidos en el artículo 82 del Cc, vigente a la fecha de entrada en vigor de la Ley Foral 5/1987. Y entre los casos de separación que preceden a este apartado 2 d) no se mencionan los atentados contra la vida de ascendientes o descendientes del cónyuge. Por ello, literalmente, la Ley 254 nos sorprende excluyendo del usufructo de fidelidad en estos supuestos a *los dos cónyuges*; es decir, no sólo al que fue condenado por la comisión del delito, sino también al familiar de las víctimas.

Lógicamente, la redacción de la Ley, en este caso, debiera haberse dirigido a excluir del derecho al cónyuge condenado y no al que nada tuvo que ver con el delito. A falta de un tenor literal apropiado, tenemos que entender -por lógica jurídica- que esa es la interpretación que deberá hacerse del precepto, a pesar de la claridad de su letra.³⁶

4. La condena ejecutoria por haber atentado contra la vida del cónyuge.

Esta causa de exclusión queda recogida en el apartado 3 de la Ley 254 cuando dice que no tendrá el usufructo legal de fidelidad "*el cónyuge que hubiera sido ejecutoriamente condenado por haber atentado contra la vida del otro*."

A pesar de la redacción del artículo -que se refiere al *cónyuge*- debemos entender plenamente aplicable esta causa de exclusión del usufructo de fidelidad a las parejas estables reconocidas legalmente, puesto que la equiparación a que se refiere la Ley 253 es absolutamente posible en este supuesto, bastando, a tal efecto, sustituir el término cónyuge por el de *miembro de la pareja estable*³⁷.

En otros apartados anteriores ya hemos hecho referencia a esta causa, poniendo de relieve cómo no resulta necesario, ni que exista separación de hecho, ni judicial, para que produzca la exclusión del usufructo.

También hemos destacado la conexión de ésta con las causas previstas, para el caso de separación de hecho, en el inciso final del apartado 1 b) y, para el caso de la separación judicial, en el inciso final apartado 2 b) de la propia Ley 254. Del examen de las tres referencias a este comportamiento delictivo y de su conexión con la causa de separación judicial que recogía la anterior redacción del artículo 86. 5ª, por remisión del derogado artículo 82. 7ª del Código civil, hemos concluido lo siguiente:

- Es posible pensar en algunos supuestos de separación de hecho con causa en el atentado contra la vida del cónyuge, pese a no existir sentencia firme condenatoria. Esta posibilidad es la que puede diferenciar el atentado contra la vida recogido en la Ley 254. 1 b), del contemplado en el apartado 3 de esa misma Ley, puesto que, para este segundo caso, aplicable a la generalidad de los supuestos, -y no tan sólo a aquéllos en que exista separación- se exige la existencia de sentencia firme condenatoria.

- Para los casos de separación judicial con fundamento en el atentado contra la vida del cónyuge, el Código civil exigía para concederla en el derogado artículo 82 "*la condena en sentencia firme*". Por ello, en nuestra opinión, es estéril la referencia al

36. No obstante, debemos tener en cuenta que, la condena en juicio por haber atentado contra la vida del cónyuge, descendientes o ascendientes, queda contemplada en el artículo 756.2º del Código civil como una causa de indignidad. Y por aplicación directa de las mismas como determinantes de la exclusión del usufructo de fidelidad -como más adelante pondremos de relieve- no resulta necesaria la existencia de separación para que su concurrencia dé lugar al no nacimiento del usufructo para el cónyuge condenado.

37. No obstante, hubiera sido de desear que, con ocasión de la aprobación de la Ley 6/2000, el legislador hubiera procedido a realizar las correcciones necesarias en este Capítulo de la Compilación, a fin de aclarar la aplicación de cada precepto al supuesto específico de las parejas estables.

"*atentado contra la vida del otro*", recogida en el apartado 2 b) de la Ley 254 como motivo de exclusión del usufructo de fidelidad para el caso en que exista separación judicial: si el Código civil exigía en el hoy derogado artículo 82 (vigente, no obstante, en lo que aquí nos interesa para determinar las causas de exclusión del usufructo de fidelidad) la existencia de sentencia firme de condena para que existiera motivo de separación, esa previsión coincide con la referencia a la condena ejecutoria contra el cónyuge del apartado 3 de esa misma Ley como causa de exclusión de ese usufructo. Por lo tanto, la referencia de la Ley 254. 2 b) no añade nada nuevo: exista separación judicial o no, el atentado, para provocar la exclusión del derecho, debe dar lugar a la condena firme.

En todo caso, me remito a lo dicho más arriba al analizar las causas de exclusión en los casos de separación de hecho y judicial³⁸.

5. La privación de la patria potestad sobre los hijos comunes por sentencia firme.

El apartado 4 de la Ley 254 dispone que no tendrá el usufructo legal de fidelidad "*el que, por sentencia firme, hubiere sido privado de la patria potestad sobre los hijos comunes.*"

La primera reflexión que merece este apartado es que su aplicación puede extenderse tanto a los supuestos de relaciones matrimoniales como a los de parejas estables reconocidas por la Ley, pues en ambos casos los cónyuges, o los miembros de la pareja, pueden tener hijos comunes sobre los que ejerzan la patria potestad. Por tanto -a diferencia de lo que ocurría con respecto a las causas de exclusión recogidas en el apartado 2 de la Ley 254- no existe duda alguna de la virtualidad de esta causa para excluir el derecho en ambos supuestos.

Conforme a lo establecido en el artículo 170 del Código civil "*el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.*" Por su parte, los artículos 154 y stes. del mismo cuerpo legal regulan, entre otros aspectos, las obligaciones de los padres con respecto a sus hijos, cuyo incumplimiento puede originar aquella privación de patria potestad. Como igualmente dará lugar a dicha medida la existencia de sentencia de condena penal firme contra el progenitor derivada de la relación sexual que ocasionó el nacimiento del hijo o cuando la filiación haya sido determinada judicialmente con su oposición, tal y como dispone el artículo 111 del mismo texto.

De entre las causas criminales que pueden dar lugar a la privación de la patria potestad -a las que se refiere el mencionado artículo 170 del Código civil- pueden citarse aquellas que se refieren a los delitos de agresión, abuso o acoso sexual, exhibicionismo o provocación sexual, prostitución o corrupción de menores y el abandono de familia, menores o incapaces.³⁹ Y en cuanto a las causas matrimoniales en las que puedan adoptarse medidas de privación de la patria potestad -mencionadas también en dicho artículo- hay que considerar la posibilidad de que, conforme al artículo 92.3 del Código civil, el Juez las acuerde cuando exista razón para ello en las causas de separación, nulidad o divorcio⁴⁰.

De acuerdo con la letra de la Ley 254, la privación de la patria potestad que da lugar a la exclusión del usufructo de fidelidad es aquella que se refiere a los hijos comu-

38. Vid. apdos. III. 2.5 y III. 3.5 de este trabajo.

39. Vid., a este respecto, los artículos 189, 192, 226 y 233 del Código penal.

40. A pesar de ello, hay que tener en cuenta que la existencia de nulidad o divorcio determinarán la carencia del usufructo de fidelidad; y, si existe una sentencia de separación judicial privando de la patria potestad lo será, muy probablemente, por haber incurrido en alguno de los supuestos que la Compilación recoge ya como excluyentes del usufructo en el apartado 2 de la Ley 254.

nes. Por tanto, no provocaría, por sí misma, este efecto una sentencia que privara de la patria potestad en relación a hijos provenientes de un anterior matrimonio o de una relación extramatrimonial, aunque dichos hijos vivan bajo el mismo techo que los comunes⁴¹.

Debe tratarse, además, de una sentencia firme que condene a la privación total de la patria potestad⁴². Ya hemos visto como el artículo 170 del Código civil prevé que la privación para el padre o la madre pueda ser total o parcial en atención al grado de incumplimiento de los deberes familiares. La Ley 254, sin embargo, no hace tal distinción y únicamente indica que no tendrá el usufructo de fidelidad el que, por sentencia firme, hubiere sido privado de la patria potestad. En mi opinión, esa ausencia de aclaración debe conducirnos a que se necesita de una condena de privación total y ello por dos razones:

- Primera, porque el concepto de privación es por sí mismo un concepto de carácter absoluto, al menos que sea matizado por medio de adjetivos⁴³. De hecho, podrían haberse empleado términos menos contundente que el de la privación -como el de limitación o atenuación- si la idea del legislador navarro hubiera sido la de que una condena a una privación tan sólo parcial hubiera producido el resultado excluyente del usufructo⁴⁴.

- Segunda, porque la propia Compilación recoge la vía de la separación de hecho o judicial para privar al cónyuge que ha incumplido grave o reiteradamente, según los supuestos, de sus deberes familiares. Una privación tan sólo parcial, que no vaya acompañada de la correspondiente separación conyugal, debe responder a motivaciones de tan poca envergadura, en opinión del consorte del infractor, que no merezcan para éste el castigo de la exclusión del usufructo de fidelidad.

El artículo 170 del Código civil prevé que "*los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación.*" Si esta recuperación se produce en vida del consorte deberá entenderse que desaparece el motivo de la exclusión del usufructo de fidelidad, puesto que en el momento de generarse éste -el del fallecimiento del cónyuge o del otro miembro de la pareja estable- no existirá la privación exigida por el apartado 4 de la Ley 254. Sin embargo, si la resolución judicial de los Tribunales, devolviendo la patria potestad, se produce tras la defunción del consorte, el derecho no habrá llegado a nacer puesto que, en el momento en que éste debió generarse, no se cumplían los requisitos exigidos por la Ley.

6. La renuncia anticipada del usufructo de fidelidad.

Otro de los requisitos que deben darse en el viudo para poder acceder al usufructo de fidelidad es el de no haber renunciado a su derecho con carácter previo al fallecimiento de su consorte o del otro miembro de la pareja estable.

41. La Recopilación Privada, sin embargo, no hacía tal distinción por lo que conforme a su texto podía haberse defendido que cualquier privación de la patria potestad -fuera o no el hijo común- debía determinar la exclusión del derecho para el condenado. Esta solución, en mi opinión, era, en determinados casos -como el de hijos de anteriores relaciones que convivan con los comunes-, más acorde con la visión de la fidelidad como institución de conexiones familiares, entroncadas con el tradicional concepto foral de "*casa*". Vid. "*Recopilación Privada del Derecho privado foral de Navarra*" Libros Primero y Segundo, XI. Biblioteca de Derecho Foral. Institución Príncipe de Viana. Diputación Foral de Navarra. Pamplona 1.967, ley 213. 3ª, en pág. 85. Se admitía, no obstante, en ésta -como en las demás causas de exclusión-, el perdón por parte del causante en testamento o escritura pública.

42. Coincido en este punto con ARREGUI GIL, José en "Comentarios a la Ley 254" en "*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*", dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, T XXXVII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 2.001), pág. 67.

43. Como los de total o parcial.

44. En el *Diccionario de uso del español* de María Moliner, Ed. Gredos, 2ª ed. 1.998, se define "privación" como: "*1 f. Acción de privar (quitar, vedar o suspender) (...)*" y "privar" como "*(...) dejar algo o a alguien sin cierta cosa (...)* despojar o quitar (...)". Y en el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española, 22ª ed. 2.001, se define "privación" (del lat. *privatio* -onis) f. como "*acción de despojar, impedir o privar (...)*", y "*privar*" (del lat. *privare*) tr. como "*despojar a alguien de algo que poseía (...)*". Por tanto, no se trata de limitar parcialmente un derecho o parte de una cosa, sino de despojar por completo de ello.

El último párrafo de la Ley 253 establece que "*es válida la renuncia anticipada del usufructo de fidelidad otorgada en escritura pública, antes o después del matrimonio.*" A pesar de que el párrafo únicamente haga referencia al matrimonio debemos entender que, también en las parejas estables reconocidas por la Ley, cabe la posibilidad de esa renuncia anterior o posterior a su constitución como pareja estable⁴⁵.

Puesto que estamos hablando de los requisitos para poder acceder al usufructo de fidelidad, la Ley 253 no se dedica a examinar si es viable la renuncia posterior al fallecimiento del cónyuge. Esa materia corresponde analizarla al hablar de las causas de extinción del usufructo de fidelidad. Baste aquí con adelantar que sí que cabe esa renuncia posterior al óbito y que a ella se refiere la Ley 261 en su número 2 cuando dispone que el usufructo de fidelidad se extingue "*por renuncia expresa en escritura pública*". Pero, su estudio, lo abordaremos con más profundidad en el lugar correspondiente.

De la misma manera que la Ley 78 de la Compilación permite que las capitulaciones matrimoniales puedan otorgarse antes o después de celebradas las nupcias, la Ley 253 autoriza a que la renuncia al usufructo de fidelidad pueda hacerse también antes o después de ese momento. Y de la misma forma que aquel artículo determina la ineficacia de los capítulos si el matrimonio no llega a celebrarse, tampoco la renuncia anticipada al usufructo tendrá virtualidad alguna si no va seguida de las nupcias, o de la existencia de una pareja estable reconocida por la Ley, puesto que faltara el requisito *sine qua non* para que el derecho llegue a nacer.

También en paralelo con lo que exige la Ley 79 respecto a las capitulaciones, el legislador navarro ha establecido como requisito *ad solemnitatem*⁴⁶ que la renuncia al usufructo de fidelidad se otorgue en escritura pública, lo que ineludiblemente presupone que dicha renuncia sea expresa⁴⁷. Por lo tanto, no cabe presumir la renuncia de determinadas actuaciones o afirmaciones; ni siquiera podrá admitirse una renuncia, aunque

45. Sin perjuicio de las dudas que puedan existir sobre cuándo se entienda constituida la pareja. En todo caso, si la pareja estable existe como tal antes del fallecimiento de uno de sus miembros y también antes de ese fallecimiento existe una renuncia al derecho en escritura pública, la misma debe provocar que el usufructo no llegue a nacer.

46. Y ello, como pone de relieve TORRES LANA, José Ángel, en "Comentarios a la Ley 253", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dirigidos por RUBIO TORRANO, Enrique (Ed. Aranzadi, 2.002), pág. 751, aunque la Ley 253 no utilice el término "exigir" para referirse a la necesidad de que la renuncia conste en escritura pública, tal como parece debiera hacerse conforme al último párrafo de la Ley 18 cuando señala que "*en los casos en los que esta Compilación exija cierta forma, se considerará de solemnidad.*" A pesar de ello, la Ley 253 parece hacer depender la validez de la renuncia a que se emplee escritura pública. Y, en ese sentido, dice RUBIO TORRANO, Enrique, en "Comentarios a la Ley 18", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dirigidos por el mismo (Ed. Aranzadi, 2.002), pág. 54, que la sanción correspondiente a no utilizar la forma de solemnidad exigida será la nulidad. Como pone de relieve este autor, el Derecho navarro presenta gran rigor en muchos de sus actos, contratos e instituciones, que contrasta con la supremacía del principio de autonomía privada que preside todo el sistema.

47. No opina lo mismo TORRES LANA, José Ángel, en "Comentarios a la Ley 261", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dirigidos por RUBIO TORRANO, Enrique (Ed. Aranzadi, 2.002), pág. 774, al señalar que el sistema jurídico navarro admite la renuncia tácita y afirmando que, precisamente, en ello se diferencia la renuncia anticipada contemplada en la Ley 253 que podrá ser tácita, de la renuncia al derecho una vez ingresado en el patrimonio pues, en este último caso, la Ley 261 exige no sólo que conste en escritura pública sino que, además, sea expresa. A mi juicio, no obstante, la previsión de que la renuncia anticipada debe plasmarse en escritura pública equivale a exigir una posición activa por parte del renunciante, no valiendo a tal efecto la realización de otro tipo de actuaciones de las que pueda implícitamente deducirse una condescendencia a la exclusión del derecho; aun más si tenemos en cuenta que estamos hablando de una renuncia al usufructo de fidelidad en su conjunto y no al que pudiera recaer sobre bienes determinados, donde una intervención en su concreta enajenación podría llegar a justificar que la Ley presumiera que se renuncia tácitamente al usufructo que sobre el bien concreto transmitido pudiera recaer. Por ello, en mi opinión, aun faltando la mención en la Ley al carácter expreso de la renuncia, debe concluirse tal exigencia atendiendo al tipo de renuncia de la que estamos hablando y a la propia previsión de que la misma debe constar en escritura pública. Además hay que tener en cuenta, como pone de relieve la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra núm. 14/1997, de 20 de septiembre, que el Tribunal Supremo es especialmente renuente a admitir la renuncia tácita en los supuestos donde se exige el otorgamiento en escritura pública, línea que parece admitir el propio Tribunal navarro.

sea expresa, que no esté otorgada en la forma que la Ley exige: única y exclusivamente la renuncia otorgada en escritura pública puede admitirse como válida.

La renuncia, como tal, es una declaración unilateral de voluntad de carácter no recepticio, lo cual determina que no es necesaria su aceptación por parte de aquel de quien procede el derecho. Además, es absolutamente personal, por lo que únicamente pueda ser otorgada por el propio titular del derecho o, en caso de que lo fuera a través de poder, éste debe ser muy claro en sus términos y especificar con exactitud cuál es su contenido. Prestada la renuncia, el renunciante no puede revocarla⁴⁸.

Ahora bien, a mi juicio, el carácter no recepticio de la renuncia, o la condición personalísima del derecho, no son obstáculo para la existencia de una contraprestación entregada para que la misma se otorgue, sea cual sea la denominación que se dé a dicha contraprestación⁴⁹.

7. La privación del usufructo de fidelidad por voluntad del cónyuge.

El último párrafo de la Ley 254 dispone que "*en testamento o contrato sucesorio, un cónyuge podrá privar del usufructo de fidelidad al otro, si éste hubiere incurrido en cualquiera de las causas previstas en el apartado 2 b) de esta Ley, aunque no haya separación.*"

La actual redacción de este párrafo se debe a la Ley foral 5/1987, de 1 de abril. En su primitiva versión, la posibilidad de privar de tal derecho se concedía para los casos en que el cónyuge incurriera en las causas de desheredación del artículo 855 del Código civil⁵⁰.

Las causas contempladas en el apartado 2 b) de la Ley 254 coinciden en gran medida con parte de las reflejadas en el artículo 855 de aquel cuerpo legal, pero se dejan fuera aquellas otras a las que este último se refiere por remisión a las causas de indignidad del artículo 756 del mismo texto. A nuestro entender, esa falta de referencia actual a las causas de indignidad como posibles motivos por los que un cónyuge podía privar -o mejor, excluir- al otro del usufructo de fidelidad, sólo puede entenderse si consideramos que nos encontramos ante una institución de carácter sucesorio y que aquellas causas provocarán la exclusión del derecho aunque el consorte no proceda a la privación. Es decir, no será necesaria la manifestación de su voluntad para entender que, si su consorte incurrió en causa de indignidad, quedará excluido del derecho. De esta manera, la libertad de disposición de los cónyuges se manifiesta en sentido inverso

48. Vid. en ese sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1.978, marginal 2755, en "*Repertorio de jurisprudencia*", Aranzadi T. XLV-II, 1.978, citada por ZULETA DE REALES ANSALDO, Leticia y CANO POLO, Belén, "El usufructo de fidelidad navarro" en "*Derechos Civiles de España*", VV.AA., Volumen VII, Ed. Aranzadi. 2.000, pág. 4.504. O las sentencias de la Audiencia Territorial de 16 de enero de 1.968 y de 10 de diciembre de 1.971 en "*Jurisprudencia Civil de Navarra*", números 742 y 759 ter.

49. SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, "Comentarios de los artículos 72 a 88 (la viudedad)", en "*Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*", dirigidos por DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, DGA, volumen II, Zaragoza, 1.993, pág. 692 rechazan la existencia de contraprestación a la renuncia, aunque admiten la existencia de una remuneración independiente a aquélla. A mi juicio, sin embargo, es difícil hablar de una remuneración otorgada al renunciante que no guarde relación con esa renuncia. Pero, en definitiva, no veo obstáculo jurídico alguno a que pueda existir tal retribución a la renuncia.

50. También la "*Recopilación Privada del Derecho privado foral de Navarra*" Libros Primero y Segundo, XI. Biblioteca de Derecho Foral. Institución Príncipe de Viana. Diputación Foral de Navarra. Pamplona 1.967, ley 213, último párrafo, decía que "*tampoco tendrá derecho de usufructo el cónyuge al que el otro hubiese privado de su derecho por cualquiera de las causas del artículo 855 del Código Civil.*" Y el artículo 855 del Código civil señala como justas causas para desheredar, el haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales, el haber incurrido en causa de pérdida de la patria potestad, el haber negado alimentos a los hijos o al otro cónyuge, el haber atentado contra la vida del cónyuge si no hay reconciliación, así como las causas de indignidad previstas en los números 2, 3, 5 y 6 del artículo 756, a las que más adelante me referiré.

a la anterior redacción del precepto: si antes ésta se mostraba en la posibilidad de excluir al indigno de su derecho, ahora se plasmará en la opción del perdón o la reconciliación para que las causas de indignidad no produzcan la exclusión del usufructo de fidelidad⁵¹.

En consecuencia, actualmente la posibilidad de excluir del usufructo de fidelidad al otro cónyuge, se reconduce a los siguientes supuestos:

1. Por abandono injustificado del hogar familiar.
2. Por infidelidad conyugal.
3. Por incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales.
4. Por incumplimiento grave o reiterado de los deberes familiares.
5. Por haber atentado contra su vida.

Tanto el abandono injustificado del hogar familiar como la infidelidad conyugal pueden considerarse incumplimientos graves de los deberes conyugales⁵², razón por la cual estas tres causas podíamos también entenderlas amparadas en la redacción del 855. 1ª del Código civil. Por su parte, las causas que dan lugar a la pérdida de la patria potestad o la negación de alimentos a los hijos -a las que se refieren los números 2º y 3º de dicho artículo- quedan incluidas, a mi entender, dentro del incumplimiento grave o reiterado de los deberes familiares referido en la Ley 254; de la misma manera que la negación de alimentos al cónyuge también supone un grave incumplimiento de los deberes conyugales. Y en cuanto al atentado contra la vida del otro cónyuge su inclusión es común en el artículo 855 del Código civil y en la Ley 254 de la Compilación⁵³. Razón por la cual, en todo ello, existe una práctica identidad entre el contenido del último párrafo de la Ley 254 anterior y posterior a 1.987. La diferencia, como ya he dicho, se encuentra en lo relativo a las causas de indignidad puesto que mientras que con el anterior sistema podían originar la privación del derecho, con el actual, en mi opinión, provocan la exclusión del mismo sin necesidad de que medie la voluntad del cónyuge.

Como dice la Ley, la privación puede hacerse en testamento o contrato sucesorio. Ambos términos deben entenderse en sentido amplio, incluyendo dentro de ellos la posibilidad de que se pueda hacer por medio de cualquier escritura pública otorgada

51. De forma errónea, a mi entender, ZULETA DE REALES ANSALDO, Leticia y CANO POLO, Belén, "El usufructo de fidelidad navarro" en *Derechos Civiles de España*, VV.AA., Volumen VII, Ed. Aranzadi. 2.000, pág. 4.495, consideran que, con respecto a la anterior redacción, "la ley 254 amplía los supuestos de privación de usufructo recogiendo situaciones de separación de hecho e incluso permitiendo la posibilidad de que en testamento un cónyuge prive de usufructo aunque no haya separación al cónyuge que hubiera incurrido en causa de ésta por determinados motivos (...)". A nuestro entender, muy al contrario de lo dicho por estas autoras, con la nueva redacción se reducen los supuestos en los que el cónyuge tiene la facultad de privar al otro de su derecho, al no recogerse las causas de indignidad a las que se refiere el artículo 855 del Código civil. Estas dejan de ser, tras la reforma de 1.987, motivos para privar del usufructo de fidelidad y se convierten en supuestos que ocasionan directamente la exclusión del mismo, pasando a manifestarse la libertad de disposición, no en la capacidad de privar del derecho, sino en la de perdonar o reconciliarse con el consorte que hubiera incurrido en indignidad.

52. Así puede desprenderse de la redacción del derogado artículo 82 1ª del Cc cuando decía que el abandono injustificado del hogar, la infidelidad conyugal (...) y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales son causas de separación. Si hablaba de cualquier otra violación de los deberes conyugales es porque entendía que las primeras también eran infracciones de esos deberes. Por otro lado, así debe desprenderse también del artículo 68 del mismo cuerpo legal que es el que establece la obligación de vivir juntos y guardarse fidelidad.

53. No obstante, ya he puesto antes de manifiesto que, en mi opinión, el atentado contra la vida del otro, referido en la Ley 254. 2 b), requiere la existencia de una sentencia firme de condena, pues sin tal resolución no existiría la causa de separación judicial que recogía el derogado artículo 82. 7ª del Cc. Y que, por esa razón, ese atentado contra la vida del cónyuge es directamente determinante de la exclusión del derecho, con causa en el apartado 4 de la Ley 254. Por tanto, la mencionada sentencia firme no es que sea causa que pueda dar lugar a la privación por voluntad del consorte, sino que directamente origina la exclusión del derecho.

con motivo de ordenar una disposición *mortis causa*⁵⁴. Además, en la disposición deberá manifestarse de forma expresa la causa en que se funda⁵⁵.

Por último, quiero dejar constancia de que la posibilidad de privación a que se refiere el último párrafo de la Ley 254 es, en mi opinión, perfectamente viable para los casos de parejas estables. Este párrafo se refiere a las causas que, en los supuestos de separación judicial -que obviamente no es posible en los casos de parejas estables-, dan lugar a la exclusión del usufructo de fidelidad, pero les otorga absoluta autonomía con respecto a la existencia de la separación. Es decir, lo que determina el precepto es que, si se dan las causas que se recogen en el apartado 2 b) (abandono injustificado, infidelidad, o incumplimiento grave o reiterado de los deberes familiares), el otro cónyuge -o miembro de la pareja estable- podrá privar al responsable de ellas de su derecho. O dicho de otra manera, lo que afirma la norma es que las mismas causas que son determinantes de la exclusión del derecho en los casos de matrimonios en los que se acuerde separación judicial, son también causas de exclusión del derecho por voluntad del otro cónyuge -o miembro de la pareja estable- en los casos en los que no exista separación judicial, bien porque no se haya producido la misma aun pudiendo haberse acordado -caso del matrimonio-, bien por ser *per se* imposible su producción por la propia esencia de la relación existente -caso de las parejas estables reconocidas por la Ley-⁵⁶.

8. Las causas de indignidad como excluyentes del usufructo de fidelidad.

Al hablar de la naturaleza jurídica del usufructo de fidelidad, aun reconociendo sus evidentes componentes familiares, hemos concluido en favor de su naturaleza sucesoria. Y es esta naturaleza la que, en mi opinión, da lugar a que consideremos que las causas de indignidad recogidas en el artículo 756 del Código civil⁵⁷ -al que remite la Ley 153.3 de la Compilación- sean plenamente aplicables como excluyentes del derecho, pese a no venir recogidas expresamente en la Ley 254. Si el usufructo de fidelidad es un derecho a suceder sobre el patrimonio de otro, es evidente que aquel en el que

54. Vid. ZULETA DE REALES ANSALDO, Leticia y CANO POLO, Belén, "El usufructo de fidelidad navarro" en "Derechos Civiles de España", VV.AA., Volumen VII, Ed. Aranzadi, 2.000, pág. 4.496 y ARREGUI GIL, José en "Comentarios a la Ley 253", en "Comentarios al Código civil y Compilaciones forales", dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, T XXXVII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 2.001), pág. 70 y la sentencia de la Audiencia Provincial de 22 de octubre de 1.984, citada por ambos, -que con fundamento en la anterior redacción de la ley 254- se refiere a la obligación de que la causa de privación "debe estar señalada precisa y suficientemente individualizada, y no de forma dudosa y ambigua (...)."

55. Vid. ARREGUI GIL, José en "Comentarios a la Ley 254", en "Comentarios al Código civil y Compilaciones forales", dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, T XXXVII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 2.001), pág. 70. Vid. también TORRES LANA, José Ángel, en "Comentarios a la Ley 254" en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dirigidos por RUBIO TORRANO, Enrique (Ed. Aranzadi, 2.002), págs. 755 y 756, quien señala, además, que si son más de una causa se podrá invocar todas, varias o solamente una.

56. De diferente opinión es TORRES LANA, José Ángel, en "Comentarios a la Ley 254" en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dirigidos por RUBIO TORRANO, Enrique (Ed. Aranzadi, 2.002), pág. 756, quien afirma que sólo puede ejercitarse la facultad de exclusión en los casos de atentado contra la vida del otro, puesto que opina que los demás motivos recogidos en la Ley 254, 2 b) se refieren a incumplimientos de deberes conyugales o familiares impropios de la relación existente en una pareja estable. A mi juicio esto no es así por las mismas razones alegadas al hablar de la separación de hecho en los apartados III. 2.3 y III.2.4 de este trabajo.

57. En su redacción a la fecha de entrada en vigor de la Ley Foral 5/1987, por la previsión de remisión estática de la Disposición Adicional de la Compilación añadida por dicha Ley. Precisamente, como consecuencia de esta Disposición Adicional, no tendremos que considerar la causa de indignidad contemplada en el nº 7 del artículo 756, añadida por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, apartado que afirma que es incapaz de suceder por causa de indignidad "tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieran prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil." Y en cuanto al nº 1 de ese mismo artículo tendremos que atenarnos, no a la actual redacción, introducida por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, que habla del abandono, prostitución o corrupción de los hijos, sino a la que se hallaba vigente en el mencionado año 1.987, que establece la incapacidad de suceder por causa de indignidad de "los padres que abandonaren a sus hijos o prostituyeren a sus hijas o atentaren a su pudor".

concurran las causas de indignidad que le incapacitan para esa sucesión, queda excluido de tal posibilidad. Pero aún más, en nuestra opinión, -y atendidos los especiales elementos familiares que alían la institución- esas causas de indignidad deben entenderse en un sentido amplio puesto que la indignidad no va referida tan sólo hacia un causante sino también hacia una comunidad: será indigno de ostentar el usufructo de fidelidad aquel que haya evidenciado determinadas conductas -las recogidas en el artículo 756 del Cc que se encontraba vigente en 1.987- que lo hacen incapaz de suceder al consorte -o compañero de pareja- en su patrimonio, pero también aquellas otras que no referidas específicamente a él -sino a otros componentes de la familia como los hijos, ascendientes o descendientes del cónyuge o pareja⁵⁸-, y con independencia del beneficio económico que su conducta pueda reportarle⁵⁹, lo convierten en inadecuado para regir los intereses familiares con la autoridad con la que lo hacía el fallecido.

Al comentar el último párrafo de la Ley 254 decíamos que su actual redacción procede de la reforma operada por la Ley foral 5/1987, de 1 de abril. Hasta esa fecha un cónyuge podía excluir al otro del usufructo con fundamento en las causas de desheredación recogidas en el artículo 855 del Código civil. Y entre éstas se hallaban la mayor parte de las de indignidad reflejadas en el artículo 756 del mismo cuerpo legal. Con fundamento en ese cambio de dicción ya hemos afirmado que, en nuestra opinión, el funcionamiento de las causas de indignidad como determinantes de la exclusión del usufructo de fidelidad ha sufrido una importante transformación: mientras que antes de la reforma la existencia de una causa de indignidad en el consorte podía ser utilizada por el otro para excluirle del derecho, ahora produce el resultado de esa exclusión sin necesidad de tal manifestación. Es decir que, con el anterior sistema, si el cónyuge no hacía uso de la potestad de privación que la Ley le atribuía, el consorte en el que se daban las causas de indignidad mantenía el usufructo de fidelidad pues esa era la especialidad que la Compilación establecía, en esta materia, con respecto al funcionamiento general de dichas causas en la sucesión conforme a los artículos 756 y stes. del Cc. Por el contrario, ahora, no señalándose nada que modifique su normal aplicación, serán los preceptos de la regulación estatal a los que se remite la Ley 153, los que determinen cómo tendremos que considerarlas, teniendo también en cuenta el principio general de libertad de disposición de la Ley 149. Por tanto, un cónyuge -o compañero en la pareja estable- en el que se den los presupuestos del artículo 756 será incapaz de adquirir el usufructo de fidelidad, como ocurre con cualquier otro derecho sucesorio, y sólo si el otro conocía la existencia de esas causas y las perdonó, podrá inhibir su influencia⁶⁰.

De lo dicho hasta el momento, se desprende que, en nuestra opinión, las causas de indignidad son perfectamente trasladables a las parejas estables reconocidas por la Ley, como determinantes de la exclusión del usufructo de fidelidad del otro miembro. Por ello, aunque no utilicemos en todos los casos la expresión correspondiente, debe

58. Vid., en este sentido, los supuestos recogidos en los números 1 y 2 del art. 756 del Código civil. El primero de ellos se refiere a una conducta en relación a los hijos y el segundo habla de los descendientes o ascendientes.

59. Vid. los comentarios que más adelante se realizan en relación a los números 4 y 5 del art. 756 del Código civil.

60. En efecto, pese a que MEZQUITA DEL CACHO, José Luis, en "Comentarios a la Ley 153", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dirigidos por RUBIO TORRANO, Enrique (Ed. Aranzadi, 2.002), pág. 455, considera no aplicable al caso navarro el artículo 757 del Código civil por entenderlo corregido por la Ley 153, en mi opinión, en base a los principios de libre disposición de la Ley 149 y, sobre todo, en base a la posibilidad ofrecida por la Ley 264.5 de que por voluntad del disponente consentida o aceptada por el cónyuge usufructuario se pueda modificar de cualquier modo la extinción del derecho, entiendo totalmente viable la opción del perdón. Aun más si tenemos en cuenta que en la sucesión intestada, y de no permitirse esta vía, no podría de ningún modo quedar rehabilitado el indigno pese al deseo del causante, en contraposición a lo que ocurriría en la sucesión testada donde podría conseguirse ese resultado por el simple hecho de disponer el testador a favor del indigno conociendo la existencia de la causa de indignidad.

entenderse que, cuando nos referimos a cónyuges o consortes, estamos aludiendo también a esos miembros de las parejas estables legalmente reconocidas.

8.1. El abandono a los hijos, la prostitución de las hijas o el atentado a su pudor.

Dice la Disposición Adicional de la Compilación, añadida por la Ley Foral 5/1987 de 1 de abril, que "*las remisiones que esta Compilación hace al articulado del Código Civil se entenderán efectuadas a la redacción que el mismo tiene en el momento de entrada en vigor de esta Ley Foral.*" Por su parte, la Ley 153 dice que pueden adquirir a título lucrativo, *inter vivos* o *mortis causa*, todas las personas sin más prohibiciones que las siguientes:// "*3º las personas incapaces para suceder por las causas previstas en el artículo 756 del Código Civil (...)*". En consecuencia, deberemos acudir a la redacción del artículo 756 del Código civil a la fecha señalada para determinar que personas son incapaces de suceder. Y, la letra del artículo 756. 1º del Código civil a la entrada en vigor de la Ley Foral 5/1987 señalaba que "*son incapaces de suceder por causa de indignidad: // 1º los padres que abandonaren a sus hijos o prostituyeren a sus hijas o atentaren a su pudor.*"

En términos de sucesión general el artículo 756 está pensando en la capacidad de suceder de un padre con respecto a su hijo: será indigno de sucederle si lo abandonó, lo prostituyó o atentó a su pudor. Pero en el campo del usufructo de fidelidad el ámbito de aplicación de este precepto debe ser más amplio. Es aquí donde entra en juego lo ya anticipado sobre la extensión de las causas de indignidad: puesto que nos encontramos ante una institución con importantes implicaciones familiares, que pretende dotar al supérstite de los medios necesarios para mantener la cohesión de la familia, canalizando adecuadamente los intereses comunes de sus miembros, la indignidad aquí recogida para suceder a los hijos debe reputarse aplicable, a mi entender, como excluyente del derecho a adquirir aquel usufructo, habida cuenta de la falta de capacidad del viudo para la defensa de esa comunidad.

Recordemos, por otro lado, que la Ley 254 de la Compilación recogía el incumplimiento grave de los deberes familiares como determinantes de la exclusión del usufructo de fidelidad si iba acompañado de la separación de hecho o de derecho; y que, igualmente, sin necesidad de ir acompañado de ellas, la existencia de una sentencia firme de privación de la patria potestad sobre los hijos comunes provocaba también la exclusión de ese derecho.

La causa de indignidad recogida en el número 1 del artículo 756 -referida a unos concretos incumplimientos graves de los deberes familiares- no requiere para entrar en funcionamiento ni la existencia de una separación judicial o de hecho entre los cónyuges, ni la existencia de una sentencia firme privativa de la patria potestad, pues perfectamente podría darse el caso de que parte de esas conductas vinieran referidas a hijos ya no sujetos a la misma.

Además, en mi opinión, las conductas de abandono, prostitución o atentado al pudor deben referirse a los hijos del otro cónyuge. Es decir, resultará indigno de adquirir el usufructo de fidelidad el cónyuge que lleve a cabo dichas conductas en relación a los hijos de su consorte sean los mismos comunes o no lo sean, puesto que un comportamiento de esa envergadura -aun no refiriéndose a un hijo común- refleja el poco merecimiento del viudo a la confianza del fallecido. En este sentido, hay que considerar que el usufructo de fidelidad debe ejercitarse también con arreglo a los intereses de los hijos del cónyuge premuerto pues éstos también podrían quedar afectados por la gestión del supérstite. Y difícilmente podrá defender dichos intereses quien ha mostrado un comportamiento de tal indignidad.

8.2. La condena por atentarse contra la vida del cónyuge, de sus descendientes o ascendientes.

Dice el número 2º del artículo 756 del Código civil que es incapaz de suceder por indignidad *"el que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador; de su cónyuge, descendientes o ascendientes."*

En lo que aquí nos afecta, la condición de testador o causante coincide con la de consorte del que tiene que suceder, razón por la cual ambas referencias -la referencia a "testador" y la referencia a "su cónyuge"- deben ser reconducidas únicamente a la de consorte o a la de compañero de pareja estable.

En otros apartados hemos hecho referencia a una parte de esta causa de indignidad como determinante de la exclusión del usufructo de fidelidad. Recordemos a este respecto que la Ley 254 se refiere al *"atentado contra la vida del otro"* como provocador de la inexistencia del derecho, siempre que tal comportamiento haya motivado la separación de hecho. Y que, aun faltando dicha separación, la existencia de una sentencia firme de condena por ese motivo era contemplada como excluyente del usufructo.

Lo que añade la causa de indignidad contemplada en el artículo 756. 2ª del Cc, es la referencia a los descendientes o ascendientes del cónyuge. A ello nos hemos referido también al hablar de la causa residual de exclusión en la separación de derecho, recogida en la letra d), del apartado 2, de la Ley 254. Entonces criticamos el absurdo, derivado del tenor literal de ese precepto, de que en caso de atentado contra la vida de ascendientes o descendientes del cónyuge no sólo el autor sino también el cónyuge familiar de las víctimas se debía ver privado del derecho cuando tales atentados eran los causantes de la separación judicial. Propusimos una interpretación lógica que hiciera recaer ese resultado únicamente en el cónyuge condenado y aludimos, en nota al pie de página, a que no era necesaria la existencia de separación judicial -ni tampoco de hecho- para que se produjera tal resultado, puesto que dicho atentado -cuando hubiera dado lugar a una sentencia firme de condena- ya lo ocasionaba por la vía de las causas de indignidad.

Y así es. El artículo 756, además de reiterar lo que también afirma la Ley 254, apartado 3 de la Compilación, también determina la incapacidad para adquirir, en este caso, el usufructo de fidelidad, para aquel que hubiera atentado contra la vida de los ascendientes o descendientes del cónyuge -o compañero de la pareja estable-. Poniendo en conexión el precepto estatal y el foral, deberemos concluir que también la sentencia de condena por el atentado contra la vida de éstos, debe ser firme. Por lo tanto, si existe una sentencia firme de condena contra el supérstite en este sentido, quedará excluido del usufructo de fidelidad.

8.3. La acusación calumniosa contra el cónyuge imputándole un delito castigado con pena no inferior a los tres años.

Establece el artículo 756. 3ª del Código civil que es incapaz de suceder por causa de indignidad *"el que hubiese acusado al testador de delito al que la ley señale pena no inferior a la de presidio o prisión mayor; cuando la acusación sea declarada calumniosa."*

El actual Código penal ha hecho desaparecer la anterior calificación, por lo que en la actualidad no podemos hablar de penas de presidio o prisión mayor, sino de penas graves, menos graves y leves. Y, de conformidad con lo establecido en la Disposición Transitoria Séptima del vigente Código penal, la pena de prisión mayor -que es la de menor gravedad de entre las señaladas por el artículo 756.3ª del Cc- se entiende sustituida por la de prisión de tres a ocho años. Por lo tanto, deberemos entender que será

indigno de suceder el que hubiese acusado calumniosamente al testador de un delito al que la Ley señale una pena grave de prisión de, al menos, tres años.

Para que podamos hallarnos ante este supuesto de exclusión del usufructo de fidelidad deberá existir una sentencia de condena contra el supérstite por calumnias al premuerto que sea firme. Interpuesta por el cónyuge calumniado -o por su representante legal, en caso de ser menor de edad o estar incapacitado- la correspondiente querrela, si falleciera antes de que hubiera recaído sentencia firme, deberemos esperar conforme al artículo 758 del Código civil a esa firmeza para calificar la capacidad del viudo. Mientras tanto el derecho de éste quedará en suspenso. Si la sentencia firme es finalmente de condena, la incapacidad del supérstite se entiende existente desde el mismo momento de la delación.

8.4. La ausencia de denuncia a la justicia de la muerte violenta del cónyuge.

Señala el artículo 756. 4º que es incapaz de suceder por causa de indignidad *"el heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia, cuando ésta no hubiera procedido ya de oficio."*

Dadas las especiales características del derecho que aquí estamos estudiando, deberemos entender que la conducta reprochable es la del consorte -o miembro de la pareja estable- que sobrevive al causante. Es decir, la expresión de *"heredero mayor de edad"* deberá ser sustituida, en este caso, por la de cónyuge o compañero en la pareja estable reconocida por la Ley.

Para que entre en juego el precepto, deben darse dos presupuestos en el supérstite: que conozca que el premuerto falleció por causa violenta y que, además, no lo hubiera denunciado dentro del mes siguiente⁶¹ a la autoridad judicial, a menos que, antes de ese plazo, ésta ya hubiera procedido de oficio.

Como vemos, la causa de exclusión del usufructo de fidelidad, en este supuesto, se pondrá en evidencia tras el fallecimiento del causante. El artículo 758 del Código civil determina que en estos casos deberemos esperar a que transcurra el mes señalado para la denuncia para valorar la capacidad del supérstite para suceder. Podría darse la circunstancia de que el conocimiento que éste tuvo de los hechos con anterioridad no se ponga de relieve sino después de que hubiera entrado en el disfrute de los bienes. En este supuesto deberá atenderse al artículo 760 del Código civil que impone la obligación de restituir los bienes con los frutos y rentas que hubiera percibido.

Pero el problema puede darse cuando el conocimiento del viudo de que el fallecimiento del premuerto fue por causa violenta se produzca con posterioridad a haber entrado en el usufructo. En dicho caso, la indignidad para suceder no existirá en el momento de origen del derecho, por lo que tal vez podríamos pensar que, en esas circunstancias, no estaríamos ante una causa de exclusión, sino de extinción del usufructo de fidelidad que ya habría nacido por haberse dado en el momento del fallecimiento todos los requisitos exigibles para ello⁶².

8.5. La coacción al cónyuge para que otorgue testamento o lo modifique.

Dice el apartado 5º del artículo 756 del Código civil que es incapaz de suceder por causa de indignidad *"el que con amenaza, fraude o violencia, obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo"*.

61. En mi opinión, ese plazo de un mes debe contar no desde la muerte violenta sino desde que el supérstite tenga conocimiento de ella.

62. A la posibilidad de que las causas de indignidad funcionen como extintivas del derecho ya nacido, tanto en éste como en los demás supuestos, nos referiremos más adelante al hablar de la extinción del usufructo de fidelidad.

En términos generales de derecho sucesorio, esta causa de indignidad está pensada, en principio, para excluir del derecho a suceder a aquellos que utilizan artimañas con el causante -en este caso con el cónyuge o con el otro miembro de la pareja estable- a fin de obtener un beneficio de carácter sucesorio. Podríamos por ello razonar que, puesto que el usufructo de fidelidad es un derecho concedido por la Ley, la actitud coercitiva empleada por el supérstite para forzar la voluntad del premuerto no puede obtener ningún resultado provechoso. Y siendo esto así, podríamos concluir que esta causa de indignidad no tiene aplicación como excluyente de este derecho. Sin embargo, hay que recordar que el último párrafo de la Ley 254 concede al cónyuge ciertas facultades de privación si el otro incurrió en causa de separación por abandono injustificado del hogar familiar, infidelidad conyugal e incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales o familiares. También conviene poner de manifiesto que la Ley 264, permite al causante autorizar a que el consorte supérstite conserve el usufructo pese a contraer nuevas nupcias o imponer plazos, condiciones y cargas, o modificar de cualquier modo la adquisición, ejercicio o extinción del derecho. Si, con base en esas facultades que la Ley concede a los cónyuges, el causante otorgara una disposición de última voluntad privando al consorte del usufructo de fidelidad o disponiendo las alteraciones que la Compilación le permite, y éste utilizara artimañas como la violencia, la intimidación o el fraude para que aquél cambiara lo dispuesto a fin de no verse perjudicado, podríamos deducir una motivación económica en la presión ejercida.

Pero, en nuestra opinión, aun cuando esto no sucediera -aun cuando no se buscara ese beneficio particular- la utilización de estos medios reflejaría la poca confianza que merece el supérstite para dirigir los intereses familiares: quien es capaz de defraudar al que junto con él rige los destinos del grupo, no debe merecer ser titular de un derecho que busca el mantenimiento, la cohesión y la defensa de los intereses de la familia. Por ello, a mi entender, aun cuando el supérstite no persiguiera con su actitud beneficios particulares, su conducta debe reprobarse con el castigo de la exclusión del derecho. El tenor literal del precepto no impide esta interpretación.

8.6. La coacción al testador para impedirle testar, forzarle a revocar el testamento o la suplantación, ocultación o alteración del mismo.

Dispone el apartado 6º del artículo 756 del Código civil que es incapaz de suceder por causa de indignidad "*el que por iguales medios -se refiere a la amenaza, fraude o violencia referida en el número anterior- impidiere a otro hacer testamento, o revocar el que tuviese hecho, o suplantare, ocultare o alterar otro posterior.*"

Nos encontramos ante un supuesto que, en derecho sucesorio general, persigue la misma finalidad que la expresada en el número anterior: no podrán suceder al causante aquellas personas que, utilizando las estratagemas referidas, pretenden, en este caso, modificar la voluntad expresada en su testamento con el objetivo de obtener un beneficio sucesorio.

También en este caso podemos pensar en la existencia de una disposición de última voluntad del causante, con fundamento en el último párrafo de la Ley 254 -o en la Ley 264-, que privara o alterara el contenido del usufructo de fidelidad que corresponde al consorte -o al otro miembro de la pareja estable-, y en la utilización por parte de éste de distintas artimañas para que se revoque dicha disposición. O también podríamos pensar en la existencia de una intención del premuerto de otorgar una disposición de ese tipo y en el empleo de los mismos medios por parte del consorte para impedirse-lo. Incluso, podemos concebir la existencia de un testamento del premuerto, en la misma línea, que es alterado, sustituido por otro u ocultado por el viudo, todo ello buscando el mantenimiento del usufructo de fidelidad que por Ley le corresponda. En ese sentido, deberíamos entender plenamente aplicable el supuesto de indignidad al caso que aquí analizamos si exigiéramos la búsqueda de un provecho económico para que fuera aplicable el precepto.

Pero como ya avancé en relación al número anterior, en mi opinión no es necesaria la concurrencia de esa motivación. Quien se ha comportado de tal manera con respecto al cónyuge no merece la confianza que la Ley pueda otorgarle para la dirección de la familia. Si el superviviente ha sido capaz de traicionar la voluntad y los intereses del propio premuerto, puede igualmente repetir dicha traición en relación a los demás miembros del grupo, lo que lo convierte en inapropiado para regir el patrimonio y los intereses familiares.

9. La no realización del inventario.

Dice la Ley 257 que "*el cónyuge viudo no adquirirá el usufructo de fidelidad si no hiciera inventario de todos los bienes a que conocidamente se extienda el usufructo.*" Nos encontramos, por tanto, ante un requisito que debe cumplir el cónyuge viudo para adquirir el usufructo de fidelidad⁶³. Precisamente a esta condición de requisito responde el que su regulación se haya extraído de la enumeración de las obligaciones que la Ley 261 establece para el cónyuge usufructuario: nos encontramos en un momento previo a la adquisición del derecho y no ante una obligación del viudo que ya lo ha adquirido.

La propia Ley determina que el inventario debe realizarse en escritura pública, requisito *ad solemnitatem* que se fundamenta en la necesidad de acreditar adecuadamente su realización dentro de los plazos que la propia Ley señala. En concreto, sobre estos plazos, la norma dice que debe iniciarse dentro de los cincuenta días siguientes a la fecha de la muerte o declaración de fallecimiento del consorte y se terminará dentro de otros cincuenta días. No obstante, si hay causa de fuerza mayor, esos plazos podrán suspenderse mientras perdure la causa⁶⁴.

Ahora bien, no siempre la no realización del inventario lleva consigo la exclusión del usufructo de fidelidad puesto que la Ley 264 permite que por voluntad del disponente o por pacto se pueda "*dispensar de la obligación de hacer inventario, salvo el caso de segundas o posteriores nupcias habiendo hijos o descendientes de anterior matrimonio.*" Por tanto, existiendo tal dispensa, no efectuar el inventario no llevará aparejado que el derecho no nazca.

En aquellos casos en los que no exista dispensa, las consecuencias del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso de la obligación serán las siguientes⁶⁵:

- Si no se comenzara el inventario dentro del plazo señalado, el cónyuge viudo no adquirirá el derecho.

63. Como indica ARREGUI GIL, José, en "Comentarios a la Ley 257" en "*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*", dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, T XXXVII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 2.001), pág. 94, "*no es una obligación del cónyuge viudo ya usufructuario, como quizá erróneamente pudiera entenderse de la simple lectura de los precedentes legales (...)*".

64. También se añaden otras salvedades para los casos en los que el usufructo no hubiera de empezar hasta que se extinguiera otro usufructo otorgado a favor de otras personas, o para los supuestos de nulidad de testamento, contrato sucesorio o institución de heredero. Siguiendo a TORRES LANA, José Ángel, en "Comentarios a la Ley 257", en "*Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*", dirigidos por RUBIO TORRANO, Enrique (Ed. Aranzadi, 2.002), pág. 763, parece lógico pensar, aunque la Ley no lo contemple, que en el supuesto de que se desconociera la existencia de determinados bienes, el plazo deberá comenzar a correr desde el momento en que se tuvo conocimiento por parte del usufructuario de la aparición de dichos bienes. Es interesante, además, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra núm. 11/2004, de 1 de abril, que recoge un supuesto de fuerza mayor en el que la esposa, como consecuencia del accidente padecido junto con su marido y en el que falleció éste, sufrió graves dolencias físicas y psiquiátricas que afectaron gravemente a su voluntad y libertad de criterio. En virtud de ello, aunque el inventario se realizó en escritura pública fuera del término legal de 50 días, se considera que cumple los requisitos legales por entenderse que concurre fuerza mayor. Se indica que el término perentorio que la Ley impone al cónyuge superviviente para la realización del inventario se justifica por el peligro de defraudación de los herederos del cónyuge premuerto y que, en el caso analizado, el retraso no podía vincularse de ningún modo con una hipotética intención de ocultar bienes.

- Si lo hubiera empezado adecuadamente pero no lo hubiera concluido dentro del plazo legal, el usufructo de fidelidad sólo alcanzará a lo inventariado dentro del plazo.

- Si se hubiera empezado y terminado en plazo pero existieran errores y omisiones, tendrá que subsanarlos en escritura pública si así se lo requiere el nudo propietario.

IV. EL PERDÓN Y LA RECONCILIACIÓN DE LAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN DEL USUFRUCTO DE FIDELIDAD

Ya hemos visto que la eliminación de las referencias que la Compilación navarra efectuaba a las causas de indignidad como motivos para privar del usufructo de fidelidad al otro cónyuge, nos ha servido de fundamento para entenderlas aplicables como determinantes de la exclusión del derecho sin necesidad de su alegación.

A nuestro entender, con el actual sistema dibujado por la Ley 254, las causas de indignidad deben funcionar de la misma manera que lo hacen en el régimen general de sucesiones, con las adaptaciones necesarias a las que ya hemos hecho referencia al examinar una por una esas causas. Su existencia debe implicar la prohibición para adquirir el usufructo de fidelidad y solamente si el causante las conocía y, pese a ello, dispuso a favor de su cónyuge, o lo perdonó en escritura pública, haciendo uso en ambos casos de la libertad de disposición de la Ley 149 y de las posibilidades de modificación voluntaria que ampara la Ley 264.5, esa prohibición desaparecerá.

Por tanto, la aplicación de las causas de indignidad como determinantes de la exclusión del derecho al usufructo implica también la traslación de la posibilidad de reconciliarse o de perdonar su concurrencia que se recoge en el Código civil. Y ello no porque se recoja en dicho texto, sino porque la Ley 153.3 salva de la prohibición para suceder a aquéllos a favor de los cuales ha dispuesto el causante pese a conocer la causa de indignidad, y también porque la posibilidad de perdonar en documento público la concurrencia de indignidad de un sucesor es un resultado basado en la libertad de disposición, que no se opone a las propias normas navarras que tratan el usufructo de fidelidad, sino que se encuentra amparado en ellas. De hecho esta posibilidad de perdón sería la única opción que, en la sucesión intestada, podría tener el causante que quiere rehabilitar al indigno.

En relación con las restantes causas de exclusión contempladas en la Ley 254, el problema es diferente. En el texto original de la Ley se hacía referencia al perdón o reconciliación como excepciones a la exclusión o pérdida del derecho: aun cuando se dieran las causas que impedían acceder al derecho, se añadía que "(...) *el cónyuge sobreviviente tendrá el usufructo de fidelidad siempre que el causante así lo hubiere*

65. Vid. ARREGUI GIL, José, en "Comentarios a la Ley 257" en "Comentarios al Código civil y Compilaciones forales", dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, T XXXVII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 2.001), págs. 98 y 99. Vid. también TORRES LANA, José Ángel, en "Comentarios a la Ley 257", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dirigidos por RUBIO TORRANO, Enrique (Ed. Aranzadi, 2.002), pág. 762, para quien la formación de inventario opera más como un presupuesto para la puesta en posesión de los bienes que como requisito para la adquisición de un derecho, puesto que realmente el usufructo se constituye desde el mismo momento del fallecimiento del premuerto. En consecuencia, el único efecto derivado de la infracción será impedir que el viudo entre en posesión de los bienes usufructuados. En relación al tipo de incumplimiento que da lugar a la pérdida del usufructo dice la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra núm. 24/2000, de 5 de octubre, que la sanción extrema de la pérdida del usufructo de fidelidad exige el incumplimiento del deber de inventario que supone la falta total de inventario. También se pierde el usufructo, con arreglo a esta sentencia, por una ocultación maliciosa de bienes significativamente decisivos del caudal relicto del cónyuge. Pero no hay sanción de pérdida del usufructo de fidelidad cuando la inexactitud del inventario se deba a desconocimiento, olvido o error subsanable, u otra causa de fuerza mayor, omisión que puede subsanarse bien por el propio usufructuario o a requerimiento de los herederos.

dispuesto expresamente en testamento o en escritura pública."⁶⁶ Este párrafo, sin embargo, desapareció en la redacción que la reforma de 1.987 introdujo en la Ley 254, por lo que, en la actualidad, podríamos llegar a entender que no cabe la posibilidad de la reconciliación o el perdón. De otra forma -podríamos pensar- sería difícil entender el sentido de esa eliminación.

De todo ello deberíamos concluir que el legislador navarro ha restringido las facultades de los cónyuges en este ámbito. Su libertad de disposición se manifestará en la posibilidad de privar al otro por los motivos recogidos en el apartado 2 b) de la Ley 254, al que hace referencia el último párrafo de ésta. Y, en todo caso, en la posibilidad del perdón o la reconciliación restringida al ámbito de las causas de indignidad, por la interpretación que hemos defendido de la aplicación de las mismas al ámbito del usufructo de fidelidad al ser ésta una institución de derecho sucesorio. En el resto de los supuestos de exclusión esa posibilidad no se daría.

Lo que sí es viable, sin embargo, es la existencia de una disposición, consentida o aceptada por el cónyuge usufructuario, o pacto de última voluntad de los cónyuges modificando "*de cualquier modo la adquisición, ejercicio y extinción del derecho*", conforme a lo recogido en la Ley 264.5 de la Compilación. Con base en ello podemos pensar en la existencia de una disposición del cónyuge -aceptada, por supuesto, por el superviviente- que determine que ciertas causas de exclusión no operen para el usufructo de fidelidad que pueda corresponder al cónyuge en caso de sobrevivirle. Por esta vía se podría conseguir el mismo resultado de perdón que antiguamente se obtenía a través de la Ley 254. Lo que la eliminación de este precepto parecía impedir, se consigue a través de la posibilidad de pactar o disponer libremente sobre la extinción del derecho conforme al principio de "*paramiento fuero vienze o ley vienze*" que, en este punto, permite la Ley 264⁶⁷.

En relación a la renuncia anticipada del usufructo de fidelidad, debe manifestarse -como ya hicimos en su lugar- que la misma es irrevocable por lo que, una vez prestada, el derecho queda excluido sin posibilidad de recuperación. Y en cuanto a la realización del inventario ya hemos comentado la posibilidad concedida por la propia Ley 264 de dispensar su realización.

66. Vid., también, el penúltimo párrafo de la Ley 213 en "*Recopilación Privada del Derecho privado foral de Navarra*", Libros Primero y Segundo, XI. Biblioteca de Derecho Foral. Institución Príncipe de Viana. Diputación Foral de Navarra. Pamplona 1.967.

67. ARREGUI GIL, José, en "*Comentarios a la Ley 254*" en "*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*", dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, T XXXVII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 2.001), págs. 68 y 69, considera que aun hoy puede entenderse que subsiste esa posibilidad de perdón y reconciliación en base al principio de "*paramiento fuero vienze o ley vienze*", recogido en la Ley 7 de la Compilación, que permite que la voluntad unilateral o contractual prevalezca sobre cualquier fuente de Derecho, salvo que sea contraria a la moral o al orden público, vaya en perjuicio de tercero o se oponga a un precepto prohibitivo de la Compilación con sanción de nulidad. Utiliza igualmente como argumento en defensa de esta posibilidad, el principio de libertad civil de la Ley 8 en virtud del cual las leyes se presumen dispositivas, así como el principio de libertad de disposición que debe regir en materia de sucesiones conforme a la Ley 149, según la cual los navarros pueden disponer libremente de sus bienes sin más restricciones que las establecidas en el Título X. No obstante, en mi opinión, estos argumentos no son los que nos permiten llegar a esta conclusión, pues no hay que olvidar que el perdón o la reconciliación ocasionarían un indudable perjuicio a los herederos que en lugar de recibir los bienes en plena propiedad los verían gravados con el usufructo de fidelidad por la decisión adoptada por el causante. En consecuencia, existiendo un perjuicio de tercero no resultaría directamente aplicable el principio de *paramiento fuero vienze* en la formulación que recoge la Ley 7. Por otro lado, la libertad dispositiva en materia de sucesiones y donaciones se encuentra limitada por lo dispuesto en el Título X del Libro II y es ahí, precisamente, donde se encuentra ubicada la determinación de las causas de exclusión que restringe esa libertad para disponer. En mi opinión, el argumento decisivo para permitir un resultado similar es la posibilidad que la Ley 264 concede a la voluntad de los cónyuges de modificar de cualquier modo la adquisición o la extinción del derecho. Puesto que la norma expresamente lo permite, es posible aplicar el principio de *paramiento fuero vienze* en estos supuestos.

V. OBJETO DEL USUFRUCTO DE FIDELIDAD

1. Introducción.

Al inicio del trabajo sobre esta institución ya dijimos que el primer párrafo de la Ley 253 nos da un concepto general de lo que es el usufructo de fidelidad. Y dentro de ese concepto básico nos dice cuál es, en principio, su objeto. En concreto, nos dice que recae "*sobre todos los bienes y derechos que al premuerto pertenecían en el momento del fallecimiento.*"

Esa expresión del objeto vuelve a repetirse en el primer párrafo de la Ley 255 cuando se afirma que "*el usufructo se extiende a los bienes y derechos pertenecientes al cónyuge premuerto, aunque estén afectos a llamamiento, reversión o restitución (...).*" Sin embargo, esa gran extensión objetiva que se desprende de los dos preceptos mencionados, es matizada a continuación por el resto de la Ley 255 y por la subsiguiente Ley 256. La primera, para indicar aquellos bienes que, en todo caso, deberán quedar excluidos del usufructo de fidelidad y la segunda, para señalar los que no entran dentro del alcance de la institución en los supuestos de segundas o ulteriores nupcias.

Lo primero a lo que debe hacerse referencia en relación a la Ley 255 es que la referencia al *cónyuge premuerto* debe verse ampliada -conforme a lo dispuesto por la Ley foral 6/2000, de 3 de julio- al miembro premuerto de la pareja estable.

El principio general establecido por el precepto es el del carácter universal del usufructo⁶⁸; es decir, de partida, la fidelidad alcanza a todos los bienes y derechos que pertenecían al premuerto en el momento de su fallecimiento. Tal es así, que incluso llega a puntualizarse que esa extensión universal los abarca aun cuando estén afectos a "*llamamiento, reversión o restitución*". Deberá tenerse en cuenta que, en los casos de donación *propter nupcias* en los que procediera conforme a la Ley 116 la reversión a favor del donante -o, en su caso sus parientes más próximos-, salvo pacto de exclusión, debe respetarse la preferencia del usufructo de fidelidad del viudo del donante sobre el que pueda corresponder al viudo del donatario en caso de concurrencia de ambos usufructos. Y que lo mismo habrá que tener en cuenta en relación a la reversión en los casos de dote o dotación conforme a lo establecido en las Leyes 123 y 135 de la Compilación⁶⁹.

2. Matizaciones generales al principio de la universalidad del usufructo.

Tras el planteamiento del principio general de universalidad, la Ley 255 procede a matizarlo, determinando los bienes y derechos que quedan excluidos, en cualquier caso, de ese usufructo de fidelidad. Esta relación, por su carácter excepcional, debe considerarse *numerus clausus* e interpretarse restrictivamente. Pasamos a continuación a relacionar cuáles son esos bienes y derechos excluidos.

68. A esa universalidad hace referencia, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1.956 cuando dice que "*el sobreviviente de un matrimonio (...) puede usufructuar en viduaje no sólo los bienes donados en contratos matrimoniales, sino universalmente todos cualesquiera que fueran muebles, raíces, derechos y acciones, y cuantos dejare el difunto al tiempo de su muerte (...)*", citada por ZULETA DE REALES ANSALDO, Leticia y CANO POLO, Belén, "El usufructo de fidelidad navarro" en "*Derechos Civiles de España*", VV.AA., Volumen VII, Ed. Aranzadi. 2.000, pág. 4.496. Como pone de relieve TORRES LANA, José Ángel, en "Comentarios a la Ley 255", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dirigidos por RUBIO TORRANO, Enrique (Ed. Aranzadi, 2.002), pág. 757, en principio se extiende a todos los bienes, incluso aunque no sean productivos; también a aquellos sobre los que el causante tuviera sólo la nuda propiedad, en cuyo caso la virtualización del derecho se conseguiría una vez extinguido el usufructo que la gravaba.

69. Vid. ARREGUI GIL, José, en "Comentarios a las Leyes 255 y 256" en "*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*", dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, T XXXVII, vol. 2º (Ederesa, Madrid, 2.001), pág. 78.

2.1. Los bienes sujetos a sustitución fideicomisaria.

Dice, en concreto, la Ley 255 que quedan excluidos "*los bienes sujetos a sustitución fideicomisaria, salvo que el disponente establezca lo contrario.*"

El supuesto que recoge este número es aquel en el que el cónyuge premuerto había recibido a título de fiduciario determinados bienes del disponente. Con su fallecimiento, esos bienes que ostentaba en tal concepto deben pasar al fideicomisario. Es lógico que, siendo la posición del consorte premuerto la de un simple sustituto, y siendo que los bienes deban pasar a quien propiamente era destinatario de la transmisión por parte del disponente -es decir, al fideicomisario- el supérstite carezca de usufructo de fidelidad sobre dichos bienes⁷⁰.

Se deja, no obstante, a salvo de lo anterior, el caso de que el disponente -en ejercicio del principio de libertad de disposición recogido en la Ley 149- hubiera decidido que la transmisión al fideicomisario lo fuera con la carga del usufructo de fidelidad a favor del cónyuge del fiduciario.

2.2. Los derechos de usufructo, uso, habitación u otros de carácter vitalicio y personal.

La razón de la exclusión del usufructo de fidelidad sobre estos derechos es evidente: todos ellos se extinguen con el fallecimiento de su titular -en este caso el cónyuge, o miembro de la pareja estable, premuerto-, y, en consecuencia, no podrá el supérstite extender su disfrute sobre ellos. Así, la Ley 421 dice que "*el derecho de usufructo se extingue por muerte del usufructuario (...)*", y, en relación a los derechos de habitación, uso y otros similares, dispone la Ley 423 en su párrafo 4º que "*se extinguirán por las mismas causas que el usufructo (...)*." Por tanto, no formando parte esos derechos de los que integran el patrimonio del cónyuge premuerto, no cabe la extensión del derecho sobre ellos⁷¹.

2.3. Los bienes recibidos a título lucrativo con prohibición de fidelidad.

Dice el número 3 de la Ley 255 que quedan excluidos del derecho "*los bienes que el cónyuge premuerto hubiese recibido por título lucrativo y con expresa exclusión del usufructo de fidelidad.*"

De nuevo, en este número, se recoge el principio de libertad de disposición de la Ley 149: el donante, o causante, puede disponer que los bienes que transmita no puedan ser disfrutados en fidelidad por el consorte del donatario o sucesor⁷².

Coincide esta exclusión con la limitación a la viudedad recogida en el artículo 95.1 de la Ley aragonesa 2/2003 de régimen económico matrimonial y viudedad que establece que "*el derecho de viudedad no comprende los bienes que los cónyuges recibían a título gratuito con prohibición de viudedad (...)*." No obstante, en el caso ara-

70. Vid. la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1.963, en marginal 786, de "*Repertorio de jurisprudencia*", T. XXX-1, Aranzadi, 1.963, que dice que el usufructo no recae sobre aquellos bienes sobre los que el premuerto "*sólo tuvo en vida un mero disfrute por estar designadas otras personas, ya por contrato, ya por testamento otorgado por un tercero, para gozarlos a la muerte de aquél.*" Esta exclusión tiene su paralelo en Derecho aragonés en el artículo 95 de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad, cuando establece que "*el derecho de viudedad no comprende los bienes que los cónyuges reciban (...) para que a su fallecimiento pasen a otra persona.*"

71. Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Pamplona de 24 de junio de 1.986, o las más antiguas del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1.963, 29 de diciembre de 1.956 y 22 de diciembre de 1.920.

72. A ese principio de libertad de disposición se refiere la nota al apartado 3 de la Ley 215 en "*Recopilación Privada del Derecho privado foral de Navarra*", Libros Primero y Segundo, XI. Biblioteca de Derecho Foral. Institución Príncipe de Viana. Diputación Foral de Navarra. Pamplona 1.967, pág. 156.

gonés la prohibición de viudedad no puede señalarse por el donante o causante cuando éstos sean ascendientes del cónyuge que va a generar el derecho a favor de su viudo.

2.4. Los bienes objeto de donación *mortis causa*.

Si la Ley 170 dispone que "*los bienes donados mortis causa no forman parte de la herencia, y el donatario podrá tomar posesión de ellos sin intervención de los herederos o albaceas del donante*", en buena lógica jurídica no podrá el supérstite del donante exigir que se le conceda el usufructo de fidelidad sobre ellos. Si esos bienes no forman parte del patrimonio del premuerto no pueden ser objeto del derecho.

2.5. Los que hubieran sido objeto de legados piadosos o para entierro y funerales.

Estos legados se encuentran relacionados con los gastos de última enfermedad, entierro, funerales y sufragios del cónyuge premuerto, los cuales -conforme a lo dispuesto en la Ley 259- deben correr de cuenta del supérstite. Muy probablemente esos legados reducirán o excluirán la necesidad de que el cónyuge usufructuario deba abonar los gastos mencionados pues su destino es, precisamente, el de cubrirlos.

Si no existiendo esos legados el supérstite debe hacer frente, en su totalidad, al pago de los gastos que se derivan del entierro, funerales y sufragios, es absolutamente normal que existiendo los mismos, el usufructo de fidelidad no deba alcanzarlos.

Como especialidad en relación a estos legados señala la Ley 245 que los frutos e intereses que de ellos se derivan, se deberán desde la muerte del testador.

2.6. Los bienes objeto de legado para dotar a hijos u otros parientes.

Señala el número 6 de la Ley 255 que quedan excluidos del usufructo de fidelidad "*los legados para dotación de hijos u otros parientes a los que el testador se halla-re obligado a dotar*".

Existiendo una obligación por parte del causante de efectuar determinadas dotaciones, es lógico que -vencida dicha obligación con su fallecimiento- deba procederse a su satisfacción con carácter preferente al ejercicio del derecho por parte del cónyuge usufructuario⁷³.

El precepto nos está remitiendo a la regulación que, con respecto a las dotaciones, se recogen en la Compilación. En relación a ellas, dice la Ley 133 que son dotaciones las cantidades, bienes o derechos asignados libremente en capitulaciones matrimoniales, testamento u otras disposiciones, a persona distinta del instituido heredero, donatario o legatario de la casa. Pues bien, establecida de ese modo la obligación de efectuar una dotación a favor de hijos u otros parientes, los legados que a ello se destinan deben quedar fuera del alcance del usufructo vidual porque expresamente así lo establece la Ley 255.

2.7. Los bienes objeto de legados remuneratorios.

En concreto, reza el número 7, y último, de la Ley 255 que quedan excluidos del usufructo de fidelidad "*los legados remuneratorios, siempre que conste la existencia del servicio remunerado*".

La razón de ser de esta exclusión tampoco plantea ningún problema en su explicación. El objetivo de estos legados es el de pagar unos servicios prestados, razón por

73. Vid. ARREGUI GIL, José, en "Comentarios a las Leyes 255 y 256" en "*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*", dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, T XXXVII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 2.001), pág. 88.

la cual, constando la existencia del servicio, lo pagado a cambio del mismo debe quedar fuera del alcance del usufructo, por cuanto no debiera tampoco formar parte del patrimonio hereditario. Aquello con lo que se pagan las deudas vencidas -como ocurría también en el caso de los legados para la dotación de hijos u otros parientes- no debe, por tanto, formar parte del patrimonio usufructuado. Para la prueba de la existencia del servicio remunerado, el legatario puede servirse de cualquier medio legal.

2.8. Los bienes excluidos en caso de segundas o ulteriores nupcias.

Tras la relación que la Ley 255 de la Compilación hace de los bienes que quedan excluidos del usufructo de fidelidad con carácter general, la Ley 256 recoge la referencia de aquellos que solamente quedan fuera en caso de segundas o ulteriores nupcias.

El texto de esta Ley repite casi idénticamente los términos de la Recopilación Privada y, tal y como en ésta se afirma, la razón de ser de estas exclusiones hay que buscarla en *"la doctrina general del Derecho Navarro sobre derechos de los hijos de anterior matrimonio (ley 48 de Cortes de Pamplona 1765-1766) que limita implícitamente el alcance del usufructo de fidelidad del F.G.)"*⁷⁴

A continuación examinaremos los tres supuestos recogidos en la Ley 256:

2.8.1. Los bienes reservados a favor de hijos o descendientes de anterior matrimonio.

El primer párrafo de esta Ley dice que *"del usufructo del cónyuge viudo de segundas o ulteriores nupcias del premuerto quedan excluidos los bienes siguientes: //1. Los que deben reservarse a favor de los hijos o descendientes de matrimonio anterior conforme a lo establecido en las Leyes 274 y 275."*

Lo primero que debemos abordar al estudiar esta Ley es cuándo debemos entender que existen segundas o ulteriores nupcias del premuerto.

En primer lugar, obviamente, debemos comprender dentro de esos segundos matrimonios el supuesto más arraigado históricamente: el del segundo o ulterior vínculo del que había enviudado de su primer o subsiguientes cónyuges. Pero el concepto incluye, además, los casos de segundo o posterior matrimonio por haberse disuelto el inicial -o, en su caso, los subsiguientes- por divorcio, pues los términos de la Ley no distinguen entre las causas que dieron lugar a la disolución del vínculo. La Ley lo que hace es regular la exclusión de bienes del usufructo de fidelidad que corresponde al cónyuge de aquel que contrajo segundas o ulteriores nupcias y el objetivo de esa exclusión es proteger los derechos de los hijos que el premuerto tuvo en anteriores relaciones⁷⁵.

74. Las únicas diferencias -al margen de aquellas que vienen determinadas por la distinta numeración del articulado- se encuentran en el último número de esta Ley y son de pura corrección formal: en lugar de *"salvo que (...)"*, la Compilación prefiere decir *"se exceptúa el caso de que"*, y en lugar de hablar de *"el consentimiento de todas las personas, o sobrevivientes de ellas, que ordenaron el llamamiento"*, se refiere a *"el consentimiento de todas las personas que ordenaron el llamamiento, o de los sobrevivientes"*. Vid. Ley 216, *"Recopilación Privada del Derecho privado foral de Navarra"*, Libros Primero y Segundo, XI. Biblioteca de Derecho Foral. Institución Príncipe de Viana. Diputación Foral de Navarra. Pamplona 1.967, págs. 85 y 86; y, en cuanto a la nota a esa Ley vid. pág. 256.

75. Vid. TORRES LANA, José Ángel, en *"Comentarios a la Ley 256"*, en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dirigidos por RUBIO TORRANO, Enrique (Ed. Aranzadi, 2.002), pág. 759. Para este autor, tanto en este supuesto, como en el recogido en el siguiente párrafo de la misma Ley 256, la protección se debe extender a todo los hijos del premuerto, también a los extramatrimoniales a quienes, en consecuencia deberán reservarse los bienes a que se refiere la Ley 274 en la misma medida en que deben reservarse a los matrimoniales. Por tanto, para este autor, no se plantea problema alguno en los casos de nulidad de la anterior relación o en los casos de las parejas estables a los que luego me referiré. Para él, a pesar de no existir matrimonio en esos casos, los hijos surgidos de esas relaciones tendrán derecho a la reserva y los bienes reservados a ellos quedarán fuera del usufructo de fidelidad.

Existen, sin embargo dos supuestos en los que se pueden plantear dudas interpretativas sobre el posible alcance de la expresión "*segundas o ulteriores nupcias*" o del concepto de "*matrimonio anterior*". Como sabemos, del significado de esos términos se derivará la obligación de reserva dispuesta en las Leyes 274 y 275 y, en consecuencia, quedará establecido también si, en el caso analizado, los bienes recibidos a título lucrativo por el ahora fallecido deben quedar fuera del usufructo de fidelidad del viudo. Estos dos supuestos dudosos son el de la nulidad matrimonial del anterior o anteriores vínculos y el de las parejas estables.

En relación al primero de estos dos casos, es decir, el de nulidad matrimonial, en mi opinión, es difícil sostener, con el tenor literal del precepto, que queden amparados. Y ello por dos razones. En primer lugar, porque la resolución judicial en esos procedimientos lo que determinará es que el matrimonio no ha llegado a existir; por lo cual, en rigor, no podemos hablar de un "*matrimonio anterior*". Y, en segundo lugar, porque la no invalidación de los efectos con respecto a los hijos, a la que se refiere el artículo 79 del Código civil, afecta únicamente a los ya producidos en el momento de la declaración de nulidad; y el efecto consistente en la obligación de reserva a favor de los hijos, y descendientes de éstos, se produce una vez contraídas las nuevas nupcias⁷⁶, es decir, posteriormente a la declaración de nulidad del primer -o, en su caso, subsiguiente matrimonio-. Por tanto, no siendo un efecto ya producido respecto a los hijos en el momento de la declaración de nulidad, no es aplicable el deber de reserva de la Ley 274, al que alude la 256. A mi juicio, sólo una dudosa aplicación analógica fundada en criterios de protección de los hijos habidos en el matrimonio declarado nulo, permitirá llegar a una solución distinta que facilite la reserva de los bienes en favor de esos descendientes y que, por tanto, excluya los mismos del usufructo de fidelidad del consorte del segundo o posterior "vínculo"⁷⁷.

Y en cuanto al segundo de los supuestos dudosos, es decir, el de las parejas estables, a mi entender tampoco una interpretación literal permite incluirlo dentro de la limitación. Y ello porque, aun cuando la Ley 253 ha equiparado en la titularidad del derecho del usufructo de fidelidad a los cónyuges viudos y a los miembros supervivientes de las parejas estables legalmente reconocidas, la aplicación de la Ley 256 a estos últimos plantea serios problemas. Las únicas novedades introducidas por la Ley 6/2000, de 3 de julio, en el marco del derecho sucesorio, fueron las de esa equiparación en cuanto a la titularidad del usufructo de fidelidad a la que se refiere la Ley 253, -es decir, el conceder dicha titularidad también a los miembros de las parejas estables-, y la de reconocer la misma situación a los miembros de las parejas estables y a los cónyuges en la sucesión legal sobre bienes no troncales, conforme a la Ley 304. No modificó, sin embargo, otros preceptos de derecho sucesorio, como los relativos a las reservas del bínubo, razón por la cual una interpretación fiel al texto de la Compilación debería llevarnos a abogar por la idea de que la aplicación de las Leyes referidas a las limitacio-

76. Comparto la opinión de NANCLARES VALLE, Javier, en "Comentarios a la Ley 274", en "*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*", dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, T XXXVII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 2.001), pág. 246 y stes. de que la reserva no supone un gravamen para siempre de la adquisición a título de liberalidad, sino sólo para el caso de que el viudo se hubiera convertido en bínubo.

77. NANCLARES VALLE, Javier, en "Comentarios a la Ley 274", en "*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*", dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, T XXXVII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 2.001), pág. 259, parece equiparar los supuestos de nulidad matrimonial a los de divorcio y, por tanto, entiende, por esta vía, que la obligación de reserva -y, por ende, la limitación a la extensión del usufructo de fidelidad- juega también en esos casos. Trata la nulidad matrimonial como una de "*las disoluciones matrimoniales ajenas a la muerte de uno de los cónyuges*" que dan lugar a la reserva. En mi opinión, sin embargo, la nulidad matrimonial no es un supuesto de disolución y, por tanto, no queda literalmente incluida dentro del ámbito de esta norma. Sólo un criterio de justicia material -pero sin fundamento en el texto de la Ley- puede permitirnos extender su alcance a los casos de nulidad matrimonial. En todo caso, a mi juicio, sería conveniente modificar la redacción del precepto de manera que tales supuestos quedaran expresamente contemplados.

nes a la libertad de disposición en caso de existencia de hijos de anteriores matrimonios, únicamente procederá en caso de existencia de vínculo conyugal. Y si esto es así, también la aplicación de la Ley 256 debe, literalmente, circunscribirse al caso del usufructo de fidelidad perteneciente al cónyuge superviviente de segundo o posterior matrimonio, dejando de lado los supuestos en los que, por no haber matrimonio anterior sino relación de pareja estable reconocida por la Ley, no puede hablarse de ese segundo o posterior matrimonio. No obstante, hay que reconocer que esta solución pegada a la letra de la norma, puede parecer contraria a los propios principios inspiradores de la Ley 6/2000 que se recogen en su misma nomenclatura -pues no hay que olvidar que lleva por título el de "Ley para la igualdad jurídica de las parejas estables"- . En efecto, la pretensión de la norma parece ser la de suprimir las desigualdades entre los distintos "modelos de familia" que pueden existir al amparo del artículo 39 de la Constitución Española. Y, entre otras cosas, si admitiéramos que no existe obligación de reserva cuando nos hallamos, no ante un matrimonio, sino ante una pareja de hecho -y que, por lo tanto, no existen bienes reservables que queden al margen tampoco del usufructo de fidelidad del miembro superviviente en este segundo caso- estaríamos introduciendo una discriminación positiva a favor de esas relaciones extramatrimoniales⁷⁸. En definitiva, se estaría estimulando la constitución de estas parejas, en sustitución del vínculo conyugal, si los interesados pretenden evitar la limitación de la capacidad dispositiva del causante y, al mismo tiempo, de la extensión del usufructo de fidelidad del superviviente. Es por ello por lo que se ha defendido la aplicación analógica de la obligación de reserva a estos supuestos, si bien se es plenamente consciente de las grandes dudas que dicha analogía puede plantear⁷⁹. En todo caso, habrá que esperar a la jurisprudencia que pueda recaer sobre la materia.

En definitiva, en mi opinión, el supuesto de hecho a que se refiere la Ley 256, en su apartado 1, es el del viudo de un premuerto para el que el matrimonio vigente en el momento de su fallecimiento era el segundo o posterior por haberse disuelto el primero o los subsiguientes ya sea por muerte, ya sea por divorcio. En tales casos, habiendo tenido, el ahora fallecido, hijos de esos matrimonios previos, el usufructo del viudo no alcanzará a los bienes que deban reservarse a favor de esos hijos o de los descendientes de esos hijos. Pero, tanto en el caso de haber tenido vástagos en un matrimonio previo declarado nulo, como en el caso de que los mismos sean fruto de una relación de pareja estable reconocida por la Ley, parece dudosa la existencia del derecho de reserva a favor de esos hijos o sus descendientes y, por tanto, el ahora viudo no verá excluidos de su usufructo de fidelidad bien alguno por este concepto. Todo ello salvo que forcemos el tenor literal de los preceptos en aras de una pretendida justicia material. En todo caso, sería aconsejable proceder a una modificación del texto de las Leyes 256, 274 y 275, si es intención del legislador el que todos los supuestos -también el de la nulidad y el de las parejas estables- queden incluidos en la obligación de reserva y en la exclusión del usufructo de fidelidad⁸⁰.

a) 1º Contenido de las Leyes 274 y 275 que inciden en el usufructo de fidelidad.

Si acudimos a las Leyes mencionadas en la 256 observamos que la Ley 274 obliga al padre o madre que contrae nuevas nupcias a reservar para los hijos del anterior matrimonio, o para sus descendientes, *"la propiedad de todos los bienes que por cual-*

78. Hay que poner de relieve, sin embargo, que la equiparación llevada a cabo por el legislador entre pareja estable y matrimonio no ha sido absoluta en el campo del usufructo de fidelidad. Recuérdese, por ejemplo, que conforme a la Ley 261 contraer nuevas nupcias por el usufructuario determina la extinción "per se" del derecho, mientras que la convivencia marital con otra persona, según la Ley 262 provoca la privación el usufructo *"a petición de los nudo propietarios"*. Podemos observar, por tanto, también aquí una discriminación positiva a favor de la pareja estable.

79. NANCLARES VALLE, Javier, en "Comentarios a la Ley 274", en *"Comentarios al Código civil y Compilaciones forales"*, dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, T XXXVII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 2.001), págs. 265 y 266.

quier título lucrativo, a excepción de las arras, hubiera recibido de su anterior cónyuge, de los hijos que de él hubiera tenido, o de los descendientes de éstos."

La referencia del párrafo siguiente de este precepto no es de tanto interés en relación al tema que ahora estamos examinando, puesto que aborda la cuestión del mantenimiento de esa obligación a pesar de que el bínubo enviude y muera en tal estado de viudedad. La situación que centra nuestro estudio es la de aquel caso en que el bínubo fallece dejando viudo, pues solamente en tal supuesto existirá un titular del usufructo de fidelidad que verá excluidos ciertos bienes de su derecho.

Los demás párrafos de la Ley 274 inciden en el carácter imperativo de la norma de manera que no cabe que los cónyuges se dispensen de la obligación de reservar ni que dispongan o pacten nada que contravenga lo dispuesto en el precepto. Lo que si podrá el bínubo es disponer con entera libertad de los bienes reservables entre los hijos o descendientes reservatarios.

Como hemos visto, también la Ley 256 se refiere a la 275. Sin embargo, tal referencia -que era válida en el momento que se redactó ese primer precepto- ha perdido sentido con la reforma de la Compilación llevada a cabo en 1.987. En aquel momento ese artículo hacía referencia a la reserva troncal⁸¹ pero tal referencia desapareció del artículo y su trascendencia se convirtió en una cuestión de derecho transitorio de prácticamente nula importancia en la actualidad, razón por la cual no voy a profundizar sobre este tema⁸².

No obstante, cabe referirnos a lo dispuesto en la Disposición Transitoria Tercera de la Compilación que establece que "*no se aplicará lo dispuesto en la Ley 256 respecto del usufructo de fidelidad a favor del cónyuge viudo de segundas o ulteriores nupcias si, con anterioridad a esta Compilación -1 de marzo de 1.973- se hubiere formalizado*

80. Por su parte, TORRES LANA, José Ángel, en "Comentarios a la Ley 256", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dirigidos por RUBIO TORRANO, Enrique (Ed. Aranzadi, 2.002), pág. 759, entiende que, tanto en este supuesto como en el que recoge la misma Ley en el párrafo siguiente, deben quedar protegidos también los hijos extramatrimoniales de una relación anterior. Aunque no lo dice expresamente, entiendo que dicha conclusión deriva del principio de igualdad jurídica del artículo 14 de la Constitución española que prohíbe al legislador establecer desigualdades por razón del nacimiento. Sin embargo, el legislador navarro no pareció entender que existiera tal desigualdad puesto que fue él quien, al modificar la Compilación en 1.987 para adaptarla a la Carta Magna, estableció la redacción en estos términos. Para este autor deberán reservarse para estos hijos los bienes a los que se refiere la Ley 274 en la misma medida que debe hacerse para los que son matrimoniales. Damos por sentado que, en su opinión, por el mismo motivo, la limitación de la Ley 256 al usufructo de fidelidad se dará también en los casos de hijos de matrimonio declarado nulo o de aquellos que son el fruto de una pareja estable. De opinión similar parece ser HUALDE MANSO, Teresa, "Comentarios a la Ley 272", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dirigidos por RUBIO TORRANO, Enrique (Ed. Aranzadi, 2.002), págs. 808, 809 y 810, quien considera que en la Ley 272 existe discriminación de los hijos extramatrimoniales, difícil de compaginar con el principio de igualdad jurídica de los hijos. En su opinión, en dicha Ley, hay una latente (o evidente) falta de sintonía con el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución y también con la propia Ley 68. A su juicio, la aprobación de la Ley Foral 6/2000 no ha alterado esta situación aunque quizá a través del artículo 1 de dicha Ley -que establece que en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico navarro nadie puede ser discriminado por razón del grupo familiar al que pertenezca- se establezca un factor de corrección cuya eficacia y vinculación, no obstante, no es mayor que el que impone la propia Constitución. Por su parte, COLÍN RODRÍGUEZ, Aladino, "Comentarios a la Ley 274", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dirigidos por RUBIO TORRANO, Enrique (Ed. Aranzadi, 2.002), págs. 815 y 818, aunque proponga soluciones legales al problema, afirma que en la Ley 274 no surge la obligación de reservar en el caso de las parejas estables por falta de su presupuesto. En su opinión, por tanto, hay que estar al tenor literal de la Ley 274, sin que exista obligación de reservar en el caso de que los hijos sean extramatrimoniales.

81. Su contenido venía a coincidir con el de la Ley 236 de la "*Recopilación Privada del Derecho privado foral de Navarra*", Libros Primero y Segundo, XI. Biblioteca de Derecho Foral. Institución Príncipe de Viana. Diputación Foral de Navarra. Pamplona 1.967, pág. 91.

82. Vid. ARREGUI GIL, José, en "Comentarios a las Leyes 255 y 256" en "*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*", dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, T XXXVII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 2.001), pág. 83, quien aborda el estudio de la cuestión.

inventario sin oposición de los nudo propietarios". En ese caso, por tanto, el viudo no verá excluidos de su usufructo los bienes que, en principio, debieran haberse reservado a favor de los hijos de los anteriores matrimonios o de los descendientes de éstos.

2.8.2. Los bienes que deban dejarse a favor de los hijos y descendientes de matrimonio anterior con preferencia respecto a los del matrimonio posterior.

Afirma el número 2 de la Ley 256 que, del usufructo del cónyuge viudo de segundas o ulteriores nupcias del premuerto, quedan excluidos los bienes "*que el cónyuge bínubo deba dejar a favor de los mismos hijos y descendientes con preferencia respecto a los del matrimonio posterior, según lo establecido en la Ley 272.*" Por "*los mismos hijos y descendientes*" debe entenderse "*los hijos o descendientes de matrimonio anterior*", señalados en el número 1 de esta misma Ley 256.

La Ley 272 señala que "*los hijos de anterior matrimonio no deberán recibir de sus padres menos que el más favorecido de los hijos o cónyuge de ulterior matrimonio. Si los hijos de cualquier matrimonio premurieran se dará en todo caso el derecho de representación a favor de sus respectivos descendientes.*"

Si analizamos detenidamente ambos preceptos, observaremos que los presupuestos de uno y otro difieren. La Ley 256.2 parece requerir para su aplicación la existencia de, al menos, dos matrimonios del premuerto que hayan resultado con descendencia, puesto que habla de lo que deba dejarse a los hijos y descendientes de matrimonio anterior con respecto "*a los del matrimonio posterior.*" Por el contrario, la Ley 272 no parece requerir que en el matrimonio posterior exista descendencia ya que los elementos comparativos empleados son "*los hijos del anterior matrimonio*" y "*el más favorecido de los hijos o cónyuge de ulterior matrimonio.*" Podríamos pensar, por ello, en la posibilidad de que el ulterior matrimonio no haya resultado fecundo: en tal caso, el límite mínimo de lo que deban recibir los hijos estará marcado por lo recibido por el cónyuge de ese matrimonio posterior.

De esa divergencia entre ambos textos se desprende, literalmente, que, en los casos de segundas o ulteriores nupcias del premuerto que hubieran resultado sin descendencia, el cónyuge viudo mantendrá el usufructo de fidelidad sobre aquellos bienes recibidos por los hijos o descendientes del matrimonio anterior como consecuencia del deber de entrega impuesto por la Ley 272. Y, sin embargo, si existieran hijos o descendientes de esas segundas o ulteriores nupcias, el viudo no conservará ese derecho sobre aquello que deba entregarse a los vástagos de la unión anterior en virtud de la mencionada Ley⁸³. En mi opinión, la única solución para evitar esa diferencia de trato en la extensión del usufructo de fidelidad según existan o no hijos del matrimonio posterior, pasa por modificar el apartado 2 de la Ley 256, de tal forma que en él se recoja la preferencia no sólo con respecto a los hijos y descendientes de ese matrimonio, sino también con respecto al cónyuge de esa unión⁸⁴.

83. Así ha considerado el Tribunal Supremo que debe entenderse esta diferencia de presupuestos entre la Ley 256.2 y la 272, en sentencia de 7 de julio de 1.978, marginal 2755, en "*Repertorio de jurisprudencia*", Aranzadi T. XLV-II, 1.978, al señalar que la primera de estas Leyes "*no se remite a todas las hipótesis contempladas en la ley 272, sino estrictamente a la conflictiva que se origina por la concurrencia de hijos o descendientes de ambas uniones, requisito que no concurre en el supuesto debatido ya que las segundas nupcias del causante no resultan fértiles.*" ARREGUI GIL, José, en "*Comentarios a las Leyes 255 y 256*", en "*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*", dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, T XXXVII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 2.001), pág. 85 y stes., critica esa solución por discriminatoria para los hijos o descendientes del primer o anterior matrimonio y para el cónyuge viudo del segundo o posterior matrimonio, y se manifiesta a favor de una interpretación analógica que permita extender los presupuestos de la Ley 272 a la Ley 256.2, de tal forma que juegue el límite para el usufructo de fidelidad también en los casos en los que no exista descendencia del segundo o ulterior matrimonio. Como apoyo a su postura cita la Sentencia de la Audiencia Territorial de Pamplona de 10 de diciembre de 1.971 de la que él fue ponente.

84. Una posible redacción del apartado 2 de la Ley 256 sería: "*2. Los hijos que el cónyuge bínubo deba dejar a favor de los mismos hijos y descendientes con preferencia respecto a los hijos o descendientes, o al cónyuge, del matrimonio posterior, según lo establecido en la Ley 272.*"

Al igual que ocurría en el supuesto del apartado anterior, considero que la aplicación literal de la Ley 256.2 requiere la existencia de más de un matrimonio del premuerto, ya se hubieran disuelto los previos por muerte o por divorcio. Entiendo, por lo tanto, que de esa misma interpretación ajustada a la letra del precepto se desprende que no procede extender la obligación -por las razones alegadas al hablar del deber de reserva a favor de los hijos o descendientes del matrimonio anterior⁸⁵- a los casos de declaración de nulidad del matrimonio o de parejas estables reconocidas legalmente, salvo que forcemos el texto de la norma mediante el recurso a la aplicación de la analogía⁸⁶. En mi opinión, y al igual que ocurre en el caso de que la segunda o posterior relación matrimonial resulten sin descendencia, es aconsejable también aquí que se proceda a la modificación de los preceptos afectados si es que el legislador pretende que la limitación impuesta por la Ley 256 se extienda a todos los supuestos.

2.8.3. Los bienes que el cónyuge bínubo hubiera adquirido a título lucrativo con llamamiento sucesorio a favor de hijos o descendientes del anterior matrimonio.

Dice la Ley 256. 3 que quedan excluidos del usufructo del cónyuge viudo de segundas o ulteriores nupcias del premuerto los bienes que "*el cónyuge bínubo hubiera adquirido por título lucrativo con llamamiento sucesorio en favor de hijos o descendientes de anterior, si éstos sobrevivieren. Se exceptúa el caso de que para las segundas o posteriores nupcias se hubiese obtenido el consentimiento de todas las personas que ordenaron el llamamiento, o de los sobrevivientes.*"

Conforme al contenido de este precepto vemos que, también en este caso, se requiere la existencia de, al menos, dos matrimonios contraídos por el premuerto ya se hubieran disuelto los anteriores por muerte o por divorcio. Por ello, en principio, el número 3 del artículo 256 no determina por sí mismo la exclusión del usufructo de fidelidad del viudo en los casos de que el matrimonio o matrimonios anteriores del premuerto se hubieran declarado nulos, o que esas relaciones previas hubieran consistido en la constitución de una o varias parejas estables reconocidas legalmente. Sin embargo, nada impide que, conforme al principio de *paramiento fuero vienze* de la Ley 7 y con respaldo más directo en la Ley 255.3 que determina la exclusión del usufructo de aquellos bienes y derechos que el premuerto hubiere recibido a título lucrativo con expresa exclusión de la fidelidad, pueda establecerse por voluntad del causante o donante que los bienes transmitidos queden fuera del usufructo de fidelidad del cónyuge del donatario, heredero o legatario por existir un llamamiento sucesorio en favor de hijos o descendientes de la anterior relación de pareja estable o del anterior matrimonio que fue declarado nulo. En definitiva, en estos casos deberemos estar a la voluntad del causante o donante pues puede establecerse por él una prohibición del usufructo de fidelidad -del tipo de la prevista en la Ley 256.3- aun cuando la relación anterior no fuera matrimonial o, pese a haber existido nupcias, la relación conyugal hubiera sido declarada nula. Todo ello tiene, a mi juicio, respaldo suficiente en este caso en la posibilidad de exclusión de bienes recogida en el número 3 de la Ley 255. La única diferencia consistirá en que, en estos casos se habrá de prever expresamente la exclusión del usufructo de fidelidad sobre esos bienes, mientras que en el caso de que la relación anterior fuera matrimonial, bastará con que lo adquirido a título lucrativo lo fuera con llamamiento sucesorio en favor de los hijos y descendientes del anterior matrimonio, sin necesidad de expresa previsión de exclusión de la fidelidad.

Para que entre en juego la exclusión de los bienes a que se refiere este apartado 3 de la Ley 256, se exige, por tanto, que el premuerto los hubiera recibido a título lucrati-

85. Vid. apdo. V. 2.8 de este trabajo.

86. En esta línea favorable a la aplicación analógica se manifiesta ARREGUI GIL, José, en "Comentarios a la Ley 272" en "*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*", dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, T XXXVII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 2.001), pág. 219 y sts.

vo y que, además, esa recepción lo hubiera sido con un llamamiento sucesorio a favor de hijos o descendientes del anterior matrimonio, distinto a aquel al que hace referencia la Ley 255 en su primer párrafo, pues no hemos de olvidar que esta Ley recoge como principio general que el usufructo de fidelidad se extiende también a los bienes y derechos aunque estén afectados a llamamiento, reversión o restitución, salvo expresa exclusión del mismo. Por tanto, lo previsto en este número 3 de la Ley 256 es una excepción a aquel principio. Eso sí, si las personas que ordenaron el llamamiento a favor de los hijos o descendientes del anterior matrimonio dan el consentimiento a esas segundas o ulteriores nupcias, no se producirá tal exclusión y el usufructo de fidelidad alcanzará también a esos bienes. En el caso de que el llamamiento lo hubieran efectuado varias personas conjuntamente y alguna de ellas hubiera fallecido, será válido, a estos efectos, el consentimiento al segundo o ulterior matrimonio prestado por las que sobrevivan⁸⁷.

VI. EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO DE FIDELIDAD

1. Introducción.

En el apartado relativo a los requisitos que debía reunir el viudo para acceder al usufructo de fidelidad, procedimos a examinar aquellos factores que podían determinar que el derecho no llegara a nacer si se daban en el cónyuge antes del fallecimiento del causante. Ahora, vamos a tratar de analizar aquellas causas que, por producirse una vez el viudo ha adquirido el usufructo, determinan que se produzca su extinción. De alguna manera, se trata de una cuestión temporal: los motivos que determinan que el derecho no llegue a nacer se producen antes del fallecimiento del causante -o, al menos, antes de que el posible titular pueda, legítimamente, entrar en posesión de los bienes que pretende disfrutar-; mientras que aquellos que producen su extinción se darán siempre una vez el usufructo de fidelidad haya nacido.

Dentro de lo que hemos titulado "extinción", vamos a incluir no sólo el estudio de aquellas causas que no necesitan ser alegadas para producir la pérdida del derecho, sino también el de aquellas otras que requieren la actuación de los interesados para que sean tenidas en cuenta. A estas segundas, la Compilación las califica como causas de "privación", pero en cuanto su concurrencia, una vez alegadas y probadas, produce el mismo resultado que en el primer supuesto, consideramos que resulta procedente su estudio conjunto⁸⁸.

87. Vid. ARREGUI GIL, José, en "Comentarios a las Leyes 255 y 256" en "Comentarios al Código civil y Compilaciones forales", dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, T XXXVII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 2.001), págs. 87 y 88.

88. DE PABLO CONTRERAS, Pedro, "Nuevas nupcias y vida marital como causa de extinción del usufructo de fidelidad navarro", en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 1, Pamplona, enero-junio 1.986, pág. 137, entiende que *lege ferenda* sería aconsejable prescindir de la distinción y crear una única lista de causas que dan lugar a la extinción del derecho. Este autor considera *-op. cit.*, págs. 134 y stes.- con buen criterio, a mi parecer, que llevar vida notoriamente licenciosa (dentro de cuyo concepto, entonces, se entendía incluido "vivir maritalmente con otra persona") y romper a los hijos, son comportamientos que implican el incumplimiento de la *conditio iuris* de fidelidad para poder mantener el usufructo, y que, por tanto, deben entenderse como causas absolutas de extinción que no se hagan depender de la voluntad de los nudo propietarios. Por ello, aboga por su inclusión en la Ley 261, aun siendo consciente que las separan de las comprendidas en esta Ley, el inconveniente de su prueba. En cuanto al resto de las causas contempladas en la Ley 262 entiende inadecuada la limitación a los nudo propietarios de la legitimación para hacer valerlas por los resultados injustos a los que dicha restricción puede conducir. Uniendo todas las causas de extinción en una única relación se permitiría eliminar la limitación para el ejercicio de la acción declarativa de la existencia de la causa. ARREGUI GIL, José, "Reflexiones sobre la fidelidad viudal navarra", en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 15, Pamplona, enero-junio 1.993, pág. 24 y stes., considera, sin embargo, que el hacer una única relación de causas no debe implicar darles un tratamiento unitario puesto que unas actúan sin más, y las otras requieren ser puestas de manifiesto, ser demostradas, y actuarlas. En cuanto a la restricción del ejercicio de la acción a los nudo propietarios conforme a lo establecido en la Ley 262, manifiesta su criterio favorable a su mantenimiento.

La Compilación emplea dos Leyes para tratar las causas que originan la extinción del derecho: la Ley 261, dedicada a analizar la extinción *strictu sensu*, y la Ley 262 que aborda el examen de lo que denomina "privación", término que -como hemos dicho- es el empleado para hacer referencia a las causas que requieren de la petición de los interesados para que sean tenidas en cuenta. Pero además de los supuestos recogidos en estos dos preceptos, deberemos también tener en cuenta que, conforme a lo que dispone la Ley 266, "*en lo no establecido por este capítulo, el usufructo de fidelidad se entenderá sometido a las disposiciones generales sobre el usufructo del capítulo I del Título IV del Libro III*", disposiciones que son las que regulan el usufructo ordinario. Y, en concreto, en lo que aquí nos interesa, la Ley 421 se refiere a las causas que originan la extinción de ese derecho, y la Ley 422 se refiere a su transformación. Ambos preceptos deberán ser tomados en consideración en este apartado, como también deberán serlo, en mi opinión, las causas de indignidad que, conforme al momento en que tengan lugar, puedan provocar que el derecho que ya ha nacido se extinga⁸⁹.

Por último haremos una referencia a la transformación del usufructo de conformidad con lo previsto en la Ley 260, puesto que, aunque la misma no supone la extinción del usufructo de fidelidad en su conjunto, sí que determina la del usufructo concreto sobre aquellos bienes afectados por la decisión judicial. Creemos interesante examinarla a los efectos de resaltar las diferencias que la separan de la extinción en sentido propio.

2. Las causas de extinción de la Ley 261.

2.1. La muerte del usufructuario.

Dispone la Ley 261 que el usufructo de fidelidad se extingue "*por muerte del usufructuario*."

Esta causa se encuentra ya recogida en la Ley 421 que es la que regula la extinción del usufructo ordinario, razón por la cual -en mi opinión- es redundante su mención por la Ley 261⁹⁰.

Encontrándonos ante un derecho de carácter personalísimo, que es intransmisible y que únicamente puede ser ostentado por el propio viudo, es ineludible que su muerte origine su extinción.

Una cuestión ligada a esta causa de extinción es la de la declaración de fallecimiento. A este respecto, hay que considerar que el párrafo segundo del artículo 195 del Código civil dispone que "*toda declaración de fallecimiento expresará la fecha a partir de la cual se entienda sucedida la muerte*". Y, por su parte, el artículo 196 del mismo texto establece que "*firme la declaración de fallecimiento del ausente, se abrirá la sucesión de los bienes del mismo (...)*". En definitiva el Código civil equipara la declaración de fallecimiento a la muerte, haciendo que la misma provoque efectos tan propios de ésta, como puede ser la apertura de la propia sucesión. Por ello debemos entender que, producida la firmeza de esa declaración, el usufructo de fidelidad, que hasta el momento ostentaba el declarado fallecido, quedará extinguido.

No obstante, hay que tener en cuenta que si posteriormente reapareciera el ausente sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 197 del propio Código civil,

89. No hemos de olvidar que nos encontramos ante un derecho de naturaleza sucesoria con indudables implicaciones familiares.

90. Vid. TORRES LANA, José Ángel en "Comentarios a la Ley 261", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dirigidos por RÚBIO TORRANO, Enrique (Ed. Aranzadi, 2.002), pág. 772. No parece ser de la misma opinión ARREGUI GIL, José, en "Comentarios a las Leyes 261 y 262", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, T XXXVII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 2.001), pág. 137.

razón por la cual recobraría el usufructo de los bienes de su causante en el estado en que los mismos se hallaren, si es que los mantienen sus herederos. Si los bienes hubieran sido enajenados mantendrá el usufructo sobre lo recibido a cambio, ya se trate de dinero o de otros bienes. Conforme al artículo 187, lo que no podrá es exigir los frutos obtenidos de los bienes de su causante durante el tiempo en el que permaneció en situación de ausencia, salvo lo que pueda corresponderle -en caso de mala fe- por el tiempo transcurrido desde la declaración judicial de aquélla hasta la de fallecimiento.

2.2. La renuncia.

Sigue la Ley 261 afirmando que el usufructo de fidelidad se extingue "*por renuncia expresa en escritura pública*." También esta causa de extinción viene recogida en la Ley 421 cuando dice que "*el derecho de usufructo se extingue (...) por renuncia de éste (...)*", en referencia al usufructuario. Pero, frente a la indefinición de este último precepto en relación a la forma en la que la renuncia debe prestarse, la Ley 261 exige su carácter expreso y su plasmación en escritura pública.

Cuando comentamos las causas que podían determinar la exclusión del derecho, hicimos referencia al último párrafo de la Ley 253 que es el que prevé la renuncia anticipada del usufructo de fidelidad. En él se permitía que esa renuncia fuera tanto anterior como posterior al matrimonio - y se exigía -como también lo hace la Ley 261- que se otorgara en escritura pública. La diferencia entre ambas renunciaciones radica fundamentalmente en el momento en que se prestan: mientras que la de la Ley 253 debe ser anterior al fallecimiento del cónyuge (para que implique que el usufructo no llegue a nacer), la de la Ley 261 es posterior a ese acontecimiento pues tratándose de una causa de extinción debe previamente existir el derecho que con ella se pierde. En mi opinión, las dos renunciaciones coinciden en el resto de sus características: son unilaterales en cuanto son declaraciones de voluntad de carácter no recepticio y, por tanto, no necesitarán de aceptación para que produzcan efectos⁹¹; pueden ser gratuitas u onerosas, sea cual sea la denominación que se dé a la retribución de lo que se obtenga a cambio⁹²; asimismo, deben ser expresas y otorgadas en escritura pública, lo que implica que la renuncia no se presume, no se desprende tácitamente de determinadas actuaciones llevadas a cabo por el titular del derecho, sino que debe manifestarse explícitamente y, además, en escritura pública⁹³. La exigencia de esta forma es "*ad solemnitatem*" pues, como dice el

91. Sin embargo, ARREGUI GIL, José, en "Comentarios a las Leyes 261 y 262" en "*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*", dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, T XXXVII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 2.001), pág. 138, parece defender la posibilidad de una renuncia bilateral, aun cuando después de esa afirmación manifieste que "*para la validez y eficacia de la renuncia no hace falta la aceptación de los nudo propietarios*".

92. Como ya he puesto de manifiesto en otro lugar -y en relación al Derecho aragonés-, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, "Comentarios de los artículos 72 a 88 (la viudedad)", en "*Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*", dirigidos por DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, DGA, volumen II, Zaragoza, 1.993, pág. 692, aunque admiten la existencia de una remuneración independiente de la renuncia, discrepan de la opinión de que ésta pueda ser onerosa. A mi juicio, sin embargo, que nos encontremos ante un derecho personalísimo y ante una declaración unilateral de carácter no recepticio -como fundamentan estos autores- no es obstáculo para la existencia de una contraprestación, sea cual sea el nombre que a ésta se le dé. Afirmar que puede existir una remuneración a la renuncia pero negar que la misma sea una consecuencia de esa renuncia, parece un contrasentido. Comparto la opinión sobre su posible carácter oneroso, ARREGUI GIL, José, en "Comentarios a las Leyes 261 y 262" en "*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*", dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, T XXXVII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 2.001), pág. 138.

93. TORRES LANA, José Ángel en "Comentarios a la Ley 261" en "*Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*", dirigidos por RUBIO TORRANO, Enrique (Ed. Aranzadi, 2.002), págs. 772 a 774, aunque discute el acierto de la opción acogida por la Ley, discrepa sobre la exigencia de que la renuncia anticipada deba formularse expresamente, puesto que la Ley 253 sólo se refiere a su otorgamiento en escritura pública pero no a su carácter expreso. Sin embargo, en mi opinión, por los argumentos expuestos en nota al pie 47, también en aquel caso debe exigirse que la renuncia se formule expresamente.

último párrafo de la Ley 18, "*en los casos que esta Compilación exija cierta forma, se considerará de solemnidad*"; por tanto, carecerá de eficacia cualquier renuncia que, aun siendo expresa, no se exteriorice en la forma exigida⁹⁴. Además, son irrevocables, por lo que una vez otorgadas no puede rehabilitarse el derecho extinguido.

Una vez la renuncia se ha efectuado con los requisitos formales exigidos por la Ley, produce *ipso iure* la extinción del usufructo de fidelidad⁹⁵.

2.3. Las nuevas nupcias.

En su último apartado la Ley 261 dispone que el usufructo de fidelidad se extingue "*por contraer el usufructuario nuevas nupcias, salvo pacto o disposición en contrario del cónyuge premuerto*."

Esta causa si que la podemos considerar absolutamente específica del derecho que estamos analizando. Tratándose de una institución con importantes fundamentos familiares, resulta lógica su inclusión. El usufructo de fidelidad busca conceder al viudo medios económicos -como hace toda institución de naturaleza sucesoria con los sucesores- pero, al mismo tiempo, lo hace con la finalidad de que ese supérstite mantenga la cohesión y la unidad familiar. Si esa unidad se resquebraja por la propia voluntad del beneficiario de pasar a constituir un nuevo núcleo familiar, el derecho se extinguirá. Se trata en realidad de la causa que más directamente conecta con el origen histórico de la institución, como manifestación de la "fidelidad" que los cónyuges deben mantenerse incluso más allá de la muerte.

La Ley concede, no obstante, la posibilidad de que esta causa de extinción no entre en juego si esa es la voluntad del causante o así lo han pactado los cónyuges. Se atribuye esta libertad de disposición para aquellos casos en los que la confianza del premuerto en el supérstite le haga suponer que, pese a las nuevas nupcias, éste desarrollará adecuadamente su labor como regente de los intereses de la familia que en su día formaron. Se trata, en realidad, de dejar campo abierto al libre albedrío de las partes permitiendo que entre en juego el principio de *paramiento fuero vienze* que, en el campo de las sucesiones, viene recogido en la Ley 149. Esta salvedad al efecto de la extinción se encuentra también reflejada en el apartado 3 de la Ley 264 referido a la posibilidad de introducir modificaciones voluntarias al régimen legal de este usufructo⁹⁶. En concreto, en lo relativo al tema que aquí tratamos se establece que, por voluntad del disponente o por pacto, se podrá "*autorizar la conservación del usufructo aunque el usufructuario contraiga nuevas nupcias*." El precepto vuelve a insistir en lo ya adelantado por la Ley 261 y deja la duda de si la posibilidad de la excepción cabe también para los

94. Como dice TORRES LANA, José Ángel en "Comentarios a la Ley 256" en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dirigidos por RUBIO TORRANO, Enrique (Ed. Aranzadi, 2.002), pág. 774, propiamente la Ley no emplea el término "exigir" para referirse a la forma que debe adoptar la renuncia, pero su carácter *ad solemnitatem* tiene el respaldo de la Ley 18, párrafo 3º y de la comparación de la regulación de la renuncia en el usufructo de fidelidad con la recogida por la Ley 421 para el usufructo voluntario, Ley que no determina forma alguna para que la misma se lleve a cabo.

95. Vid., en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1.978, marginal 2755, en "*Repertorio de jurisprudencia*", Aranzadi T. XLV-II, 1.978.

96. En mi opinión, la Ley 264 está fijando el ámbito dentro del cual debe moverse la voluntad de las partes para introducir modificaciones al régimen legal del usufructo de fidelidad: si las partes lo han pactado -o el causante lo ha permitido- la no realización del inventario no producirá el resultado a que se refiere la Ley 257; si así lo han convenido la enajenación o gravamen de los bienes, no podrá motivar la privación del derecho conforme a la Ley 262.3; si así se ha querido, las nuevas nupcias no excluirán el usufructo de fidelidad. Y precisamente porque este artículo hace referencia, en su apartado 5, a la posibilidad de "*modificar de cualquier modo la adquisición, ejercicio y extinción del derecho*", podemos encontrar fundamento a un posible pacto o disposición, con aceptación del cónyuge usufructuario, por el que las partes o el causante acuerden que, pese a incurrir alguno de ellos en determinadas causas de exclusión o extinción del derecho, se adquiera o se mantenga el usufructo.

casos de convivencia marital con otra persona. Pero de ello hablaremos en el siguiente apartado.

La cuestión que puede plantearse en relación a esta causa de extinción es cuándo la misma debe entrar en juego. O dicho de otra manera, cuándo se contraen nuevas nupcias para entender que las mismas dan lugar a la pérdida del usufructo de fidelidad. En mi opinión, la respuesta debemos encontrarla en el propio carácter de las causas contempladas en la Ley 261, y en lo que las diferencia de las previstas en el precepto que le sigue. Frente a la necesidad de que en los supuestos de la Ley 262 se tenga que esperar a la iniciativa de los nudo propietarios, en los casos de las del 261, la mera reunión en el usufructuario de sus presupuestos determinará que el derecho se extinga. Es decir, la extinción se produce *ipso iure* por el mero hecho de la concurrencia de la muerte del titular de la fidelidad, su renuncia expresa en escritura o por la celebración de nuevo matrimonio⁹⁷. Este carácter automático de las causas hay que ponerlo en conexión con los términos empleados en el apartado 3. Dice este número que el usufructo se extingue por *contraer* nuevas nupcias. A mi juicio, esa expresión nos está indicando que lo realmente relevante es el hecho de la celebración del matrimonio; el momento determinante es aquel en el que se inicia el matrimonio, pues desde ese mismo instante, el titular del usufructo de fidelidad debe ver su derecho extinguido, salvo pacto o disposición en contrario del cónyuge premuerto. Los posibles acontecimientos que se manifiesten a lo largo de la vida de la pareja y que puedan afectar a la subsistencia del vínculo o que, incluso, determinen su nulidad, no resultan relevantes para determinar la extinción del usufructo. En efecto, la celebración de las nupcias producirá como resultado la pérdida de la fidelidad aunque se declare la nulidad del nuevo matrimonio contraído. En otro caso, deberíamos entender que la causa no funciona *ipso iure*, sino que quedaríamos siempre expuestos al posterior pronunciamiento judicial, de forma tal que no sería la celebración del matrimonio la que diera como resultado la extinción, sino el mantenimiento del nuevo vínculo de acuerdo a los pronunciamientos judiciales. Llegaríamos, así, al extraño resultado de que la existencia de nuevas nupcias por parte del viudo no determinarían *per se* la extinción de su usufructo, quedando los nudo propietarios amenazados en todo momento por la expectativa de que el matrimonio finalmente fuese declarado nulo y, en consecuencia, el viudo no hubiera perdido su derecho⁹⁸.

En mi opinión, lo importante es la celebración del matrimonio, el acto por el que se contraen las nuevas nupcias. Producido ese hecho el usufructo de fidelidad debe verse extinguido, sin que importen los avatares que, posteriormente, puedan poner en cuestión la propia existencia de ese nuevo vínculo. Y por esa misma razón, es indiferente la forma en que el matrimonio se contraiga, bastará con que se celebre para que produzca el resultado extintivo. Por ello, también el matrimonio secreto origina esa consecuencia, aun cuando debamos esperar a su inscripción para hacerla actuar; pero una vez inscrito, sus efectos se retrotraerán al momento de la celebra-

97. Comparto el criterio de DE PABLO CONTRERAS, Pedro, "Nuevas nupcias y vida marital como causa de extinción del usufructo de fidelidad navarro" en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 1, Pamplona, enero-junio 1.986, pág. 134, de que tanto vivir maritalmente con otra persona, como llevar vida licenciosa o corromper a los hijos deben ser causas de extinción de carácter absoluto, cuya eficacia no debiera hacerse depender de la voluntad de los nudo propietarios. Este autor, además, *-op. cit.* págs. 137 y stes.- se manifiesta también en sentido contrario a restringir la legitimación a los nudo propietarios en los demás supuestos de la Ley 262.

98. DE PABLO CONTRERAS, Pedro, "Nuevas nupcias y vida marital como causa de extinción del usufructo de fidelidad navarro" en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 1, Pamplona, enero-junio 1.986, págs. 127 y 128, también considera que la declaración de nulidad del segundo o ulterior matrimonio no impide la extinción del derecho. Entiende, además, que esa consecuencia se produce tanto en el caso de que el contraente sea de buena, como de mala fe, idea que comparto.

ción⁹⁹. Si esto no fuera así, estaríamos permitiendo que la mala fe pudiera jugar a favor del cónyuge viudo: éste podría continuar disfrutando del derecho aun habiendo celebrado un matrimonio secreto y la posible posterior inscripción del mismo no afectaría al derecho disfrutado fraudulentamente desde el momento de las nuevas nupcias, hasta la inscripción.

Por otro lado, conviene poner de relieve que esta causa extintiva juega también para el "viudo" de una pareja estable reconocida por la Ley que sea titular del derecho. Donde la Ley no distingue no debemos nosotros distinguir -sobre todo si tenemos en cuenta la equiparación efectuada por la Ley 6/2000 entre el matrimonio y la pareja estable, a estos efectos-. Por ello, si ese "viudo" de pareja estable celebra matrimonio posterior a la situación de viudedad que ostentaba en relación al que fue su compañero, perderá el derecho que venía disfrutando¹⁰⁰.

Por contra -y dado que la vida marital queda ya recogida como una causa de privación en la Ley 262- debemos entender que no queda amparada dentro de esta causa extintiva, la nueva unión de dos personas en pareja reconocida legalmente. Como informa ese precepto, se necesitará petición de los interesados para que se produzca la extinción del derecho por tal motivo¹⁰¹. De ello hablaremos a continuación.

99. De igual opinión es ARREGUI GIL, José, en "Comentarios a las Leyes 261 y 262", en *"Comentarios al Código civil y Compilaciones forales"*, dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, T XXX-VII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 2.001), pág. 139 y stes. DE PABLO CONTRERAS, Pedro, "Nuevas nupcias y vida marital como causa de extinción del usufructo de fidelidad navarro", en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 1, Pamplona, enero-junio 1.986, pág. 130, sin embargo, considera que "hasta que el matrimonio no se inscriba en el libro especial del Registro civil central no se extingue el usufructo de fidelidad para el cónyuge viudo que lo disfruta ni para los terceros, sean de buena o mala fe." Y afirma a continuación que "los efectos que en el matrimonio ordinario se producen por la celebración, tienen lugar en el matrimonio secreto por dicha inscripción en el Registro Central". No comparto yo dicha afirmación pues ya he manifestado que, a mi juicio, lo determinante es la celebración del nuevo matrimonio, independientemente de la forma en que se lleve a cabo: el cónyuge viudo debe saber que su derecho se extingue por el acto de contraer nuevas nupcias y desde ese momento. Los únicos que podrían hacer valer la falta de eficacia del matrimonio hasta que se produzca su inscripción son los terceros que pudieran verse perjudicados por la extinción del derecho. Y cómo ésta, propiamente, sólo daña al viudo del anterior matrimonio, y éste debe saber que el usufructo se extingue por las nuevas nupcias, nadie podrá hacer valer esa ineficacia a los efectos de mantener la subsistencia de la fidelidad. En este sentido el artículo 61 del Cc afirma que el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración y el 64 del mismo texto viene a señalar que el mismo no podrá hacerse valer, para el caso de los matrimonios secretos, hasta su inscripción en el Registro civil central, pero una vez inscrito sus efectos se retrotraen hasta el momento de su inscripción. En definitiva, a mi entender, los terceros no deben perjudicarse por el hecho de que el nuevo matrimonio sea secreto. Este mismo argumento es válido, en mi opinión, para contestar el punto de vista de TORRES LANA, José Ángel en "Comentarios a la Ley 261" en *Comentarios al Furo Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dirigidos por RUBIO TORRANO, Enrique (Ed. Aranzadi, 2.002), págs. 774 y 775, quien en base al mismo texto del art. 61 del Cc, entiende que la extinción del usufructo de fidelidad no podrá oponerse a los terceros. Este autor salva el inconveniente que puede derivarse del no reconocimiento de determinados matrimonios a los efectos de la extinción del usufructo de fidelidad, atribuyendo a ellos el carácter extintivo *ope legis* que, en su opinión, tiene ya -pese al tenor literal de la Ley 262, que exige petición de los nudo propietarios- el establecimiento de una relación estable de pareja.

100. Entiendo que, aunque el apartado 3 de la Ley 261 habla de nuevas nupcias, y en el caso del que ahora nos ocupamos no exista propiamente una previa relación matrimonial, la equiparación hecha por la Ley 253 entre ambas realidades debe hacernos interpretar el precepto en este sentido. En otro caso, nos encontraríamos ante un trato preferencial de las relaciones extramatrimoniales: existiendo un vínculo conyugal se perdería el usufructo por contraer otro nuevo una vez enviudado; y, sin embargo, no se produciría ese resultado si el vínculo que unía al viudo con el premuerto fuera de pareja estable pues, en tal caso, no cabría catalogar a la nueva unión de "nuevas nupcias", sino de "primeras nupcias". En mi opinión, es posible extender el alcance del precepto a los casos en los que la relación que dio lugar al usufructo de fidelidad no fue matrimonial sin con ello contrariar el texto de la Ley. Bastará para ello considerar que cuando el artículo habla de "nuevas nupcias" se está refiriendo a que son contraídas tras la situación de "viudedad".

101. Comparto la opinión de DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.*, pág. 134, en el sentido de que la fidelidad es una *conditio iuris* de la existencia del derecho y, por tanto, la vida marital estable debiera funcionar como causa de extinción de carácter absoluto, sin hacerla depender de la voluntad de los nudo propietarios. Pero que esto, *lege ferenda*, debiera ser así, no significa que, en mi opinión, lo sea actualmente con arreglo al texto vigente.

3. Las causas de extinción de la Ley 262.

Una de las razones por las que se ha defendido la diferenciación de las causas que dan lugar a la extinción del usufructo de fidelidad en dos preceptos distintos es la de su diverso comportamiento como determinantes de la pérdida del derecho. Así, mientras que las causas contempladas en la Ley 261 funcionan de forma automática -producen *ipso iure* el resultado extintivo-, no sucede lo mismo con las recogidas en el artículo siguiente. Por ello -se ha dicho- la muerte, la renuncia del titular del derecho, y las nuevas nupcias -salvo que en este caso se hubiera pactado o dispuesto otra cosa-, producen *per se* la extinción, y sin más, hacen imposible la continuación del usufructo de viudedad¹⁰². Sin embargo -se dice- en el caso de las causas contempladas en la Ley 262 necesitan ser apreciadas por alguien que decida sobre la certeza de su existencia y precisen ser actuadas por alguien que se encuentre legitimado para ello¹⁰³.

En esa línea de distinción, la Ley 262 recoge, efectivamente, una serie de supuestos en los cuales el viudo puede perder el derecho "*a petición de los nudo propietarios*".

En ocasiones, sin embargo, la determinación de quién es el nudo propietario de los bienes de la herencia no es sencilla. En el caso de que sean varios los nudo propietarios, resultará suficiente con que actúe uno de ellos en interés de los demás¹⁰⁴. En otros supuestos más complejos, deberemos encontrar alguna solución que permita la defensa de esa masa hereditaria pese a tal indeterminación. Hablamos de los casos en los que se haya procedido a nombrar herederos de confianza conforme a lo prevenido en la Ley 289, o fiduciarios-comisarios de acuerdo a lo permitido por la Ley 281. En el primero de ellos, si no se hubiera revelado la confianza -teniendo en cuenta el tenor de la Ley 291- será el denominado heredero de confianza quien podrá pedir que se prive al viudo del usufructo. Una vez la confianza ya se hubiera revelado, serán los nudo propietarios designados quienes podrán realizar la petición. Y en el segundo de los supuestos, mientras el fiduciario comisario no haya realizado la designación será él quien pueda solicitar la privación; una vez hecha, corresponderá a los designados¹⁰⁵.

102. Vid. ARREGUI GIL, José, en "Comentarios a las Leyes 261 y 262" en "*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*", dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, T XXXVII, vol 2º (Edersa, Madrid, 2001), pag. 147.

103. El autor citado en la nota anterior, en pág. 148, op. cit., considera que en los casos de la Ley 262, se trata de que quien pueda exigir al viudo la pérdida del usufructo de fidelidad por el incumplimiento de sus obligaciones, o por la realización de determinada conducta, lo exija. A mi juicio, siendo esto así, carece de sentido, sin embargo, fundamentar la diferencia de trato de las dos primeras causas de la Ley 262, con respecto a las de la Ley 261, en que la renuncia de los nudo propietarios a exigir la extinción del derecho no va contra el orden público -como afirma dicho autor-. Me resulta difícil entender que no excluir al viudo del usufructo de fidelidad cuando corrompe a los hijos no vaya en contra de ese orden público. Por otro lado, en mi opinión, la misma razón de ser tiene la extinción del derecho por contraer nuevas nupcias que por convivir maritalmente con otra persona. La diferencia entre ambas realidades es una simple imposición legal que parece más bien estar fundada en una cuestión probatoria (como más adelante pongo de relieve), pero que no tendría porqué obligatoriamente influir en su catalogación. A mi entender, de la misma manera que en el primero de los casos puede seguirse en el disfrute de los bienes del causante pese a darse la causa de extinción (aunque sea en contra de lo dispuesto legalmente), podría haberse dispuesto que la convivencia marital determinara por su misma existencia la extinción del derecho, con independencia de que, negándose en tal caso el viudo a dejar de usufructuar, debiera probarse que existía tal convivencia y la fecha desde la que, al menos, se daba; así puede suceder en el caso de las nuevas nupcias: si el viudo sigue ilegalmente disfrutando la fidelidad, deberá probarse por los interesados la existencia del matrimonio. En este sentido, comparto la opinión de DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.*, pág. 134.

104. Vid. TORRES LANA, José Ángel en "Comentarios a la Ley 262", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dirigidos por RUBIO TORRANO, Enrique (Ed. Aranzadi, 2.002), pág. 779.

105. Para más detalle sobre este particular -y para los supuestos de fiducia continuada de la Ley 293- vid. ARREGUI GIL, José, en "Comentarios a las Leyes 261 y 262" en "*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*", dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, T XXXVII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 2.001), pág. 143 y stes. Por su parte, TORRES LANA, José Ángel en "Comentarios a la Ley 262" en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dirigidos por RUBIO TORRANO, Enrique (Ed. Aranzadi, 2.002), pág. 779, considera que la Ley no permite atribuir la legitimación a esas personas, aunque entiende que *lege ferenda* sería conveniente revisar la situación.

3.1. La convivencia marital.

Siguiendo la estela de la reforma llevada a cabo en la Compilación aragonesa¹⁰⁶, la Ley foral 5/1987, de 1 de abril, introdujo esta causa entre las previstas en la Ley 262. Hasta entonces, la doctrina venía entendiendo que dicho comportamiento ya se encontraba amparado en el tenor del número 2 de la actual Ley que es el que determina la posibilidad de privación del derecho si el viudo "*llevare vida notoriamente licenciosa*". Si el usufructo que aquí estamos estudiando es una institución que persigue, entre otras cosas, mantener la unidad y la cohesión familiar, se entendía que la fidelidad al cónyuge -aun después de su muerte- era un requisito que, de incumplirse, podía dar lugar a la privación del derecho.

Pero lo cierto es que la sociedad ha ido evolucionando en la fijación de sus parámetros morales y, lo que en un pasado podía concebirse como un comportamiento inmoral, ha acabado asumiéndose y aceptándose por el conjunto. Fruto necesario de esa evolución es precisamente la incorporación de la causa consistente en vivir maritalmente con otra persona entre las enumeradas en la Ley 262: puesto que hoy en día esa convivencia no es rechazada por la moral media, era necesario recogerla entre los motivos de extinción si se quería que tal conducta fuera relevante a estos efectos. Lógicamente, si el nuevo matrimonio produce efectos extintivos, es razonable que la vida marital estable también pueda ocasionarlos.

Sin embargo, a mi juicio, la equiparación no es total. Mientras que la celebración del matrimonio produce *per se* la extinción del derecho, la convivencia marital con otra persona necesita de la petición de los nudo propietarios para que produzca ese resultado. El fundamento de este diferente trato parece encontrarse en las mayores dificultades de prueba en estos supuestos, pues no hay que olvidar que, si en el caso del matrimonio existe -o debe existir- una constancia registral pública de su celebración, no sucede lo mismo con respecto a una gran parte de las parejas estables¹⁰⁷. En virtud de ello, además, la fijación del momento en que queda constituido el matrimonio es evidente, pues bastará con saber cuándo se celebraron las nupcias, mientras que dicha determinación temporal resulta complicada en el caso de convivencia marital salvo que, con arreglo a la previsión del artículo 2.2 de la Ley Foral 6/2000 para la igualdad jurídica de las parejas estables, los miembros de la pareja hubieran decidido expresar su voluntad de constituirse como tal en documento público¹⁰⁸.

106. La reforma operada en 1.985 en la Compilación aragonesa introdujo en el artículo 86.1, entre las causas que daban lugar a la extinción del usufructo viudal la de "llevar el cónyuge viudo vida marital estable".

107. No obstante, comparto la opinión de DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.*, pág. 134, en el sentido de que tanto la convivencia marital, como la corrupción de los hijos debieran haber quedado incluidas dentro de la Ley 261, pues son comportamientos que determinan el incumplimiento de la *conditio iuris* de fidelidad que es exigible en este derecho. Por tanto, su virtualidad extintiva no debiera haberse hecho depender de la voluntad de los nudo propietarios. Como afirma dicho autor en la pág. 137 de la obra citada, una simple cuestión probatoria no debe determinar un criterio inadecuado para la catalogación de las causas extintivas contrario a la naturaleza misma de la institución.

108. Esta dificultad en la determinación del momento en el que se entiende constituida la pareja estable es la que ha llevado a algún autor a considerar que otra diferencia fundamental entre el matrimonio y la convivencia marital, como determinantes de la extinción del usufructo de fidelidad, es que en este segundo caso, una vez declarada la existencia de la relación de hecho, el efecto privativo no se retrotrae al momento de inicio de la vida marital, sino que sus efectos extintivos se producirán desde el momento en que se declare la certeza de la existencia de la convivencia. Vid. ARREGUI GIL, José, en "Comentarios a las Leyes 261 y 262" en "*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*", dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, T XXXVII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 2.001), pág. 146. En mi opinión, sin embargo, si que cabrá retrotraer los efectos de la declaración al momento en que se prueba que existía la relación, lo que puede resultar sencillo para los casos en los que exista un documento público que exprese la voluntad de constituir la pareja. En los demás supuestos si se prueba que existe convivencia marital, podrá también demostrarse una fecha a partir de la cual la pareja funcionaba de manera análoga a como lo hace un matrimonio. En ese caso, los efectos deben retrotraerse, al menos, a ese momento.

Hay quien ha dicho, sin embargo, que tras la reforma de la Ley 253 por la Ley Foral 6/2000, se ha procedido a la equiparación de la situación del miembro superviviente de la pareja estable tras el fallecimiento del otro miembro con la del cónyuge viudo. Y, en base a dicha equiparación, han concluido que la nueva relación estable debe producir los mismos efectos extintivos que el nuevo matrimonio, sin necesidad de que se inste la privación. Entienden, por ello que el número 1 de la Ley 262 ha quedado derogado y que debe considerarse introducido un nuevo número en la Ley 261. A mi juicio, el resultado obtenido con dicha interpretación es conforme a un principio general de justicia puesto que la conducta, en ambos casos, lleva aparejada el mismo incumplimiento del requisito de fidelidad que va unido a este derecho. No obstante, la mencionada norma foral, aun pudiendo hacerlo, no ha modificado el texto de las Leyes 261 y 262 -lo que, en mi opinión, debiera urgentemente hacerse para evitar interpretaciones tan dispares como las que pueden llegar a obtenerse ante la indefinición legal-, y, por tanto, resulta algo aventurado extraer esas consecuencias sobre todo si tenemos en cuenta que aquellos que han defendido tal equiparación, no entienden que se dé la misma, por ejemplo, en algunos de los supuestos que la Compilación considera como extintivos del usufructo de fidelidad. Tal es el caso de la separación de hecho por infidelidad o por incumplimiento grave de los deberes familiares que, en opinión de aquéllos provocan la extinción del derecho en el supuesto de que el vínculo fuera matrimonial pero no en el caso de que nos hallemos ante una pareja estable¹⁰⁹.

Pero existe, además, a mi juicio, otra importantísima diferencia en la configuración de ambas realidades que hubiera podido ocasionar un resultado que, a mi entender, hubiera resultado injusto. La Ley 261.2 determina que el usufructo de fidelidad se extingue por contraer el usufructuario nuevas nupcias "*salvo pacto o disposición en contrario del cónyuge premuerto*", y esta opción, sin embargo, no queda recogida para el supuesto de la convivencia marital en la Ley 262.1. Es decir, que expresamente se prevé la posibilidad de que los cónyuges pacten -o que el premuerto lo permita mediante disposición de última voluntad- que el superviviente pueda seguir en el goce del usufructo de fidelidad pese a contraer nuevas nupcias y, sin embargo, esa posibilidad no se recoge de manera específica para el caso de que el viudo decida mantener una relación de convivencia al margen de los cauces matrimoniales¹¹⁰. Incluso esa diferencia de trato se reitera, además, en la forma en que la Ley 264 relaciona las modificaciones voluntarias que pueden introducirse sobre el régimen del usufructo de fidelidad. En su número 3 esta Ley señala que por voluntad del disponente o por pacto se podrá "*autorizar la conservación del usufructo aunque el usufructuario contraiga nuevas nupcias*". Y, sin embargo, esa excepción no se incluye expresamente para los supuestos de convivencia marital. La única opción para entender que también será posible disponer o pactar la conservación del derecho, pese a que los nudo propietarios insten su privación, es considerar que esa posibilidad queda amparada en el número 5 de la Ley 264 que es el que permite que por voluntad del disponente, con consentimiento o aceptación del cónyuge usufructuario, o por pacto se pueda "*(...) modificar de cualquier modo la adquisición, ejercicio y extinción del derecho*." Esta interpretación, con amparo en los textos legales vigentes, permite el juego del principio de libertad civil y facilita, en este punto, la

109. Vid. TORRES LANA, José Ángel en "Comentarios a las Leyes 254, 261 y 262" en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dirigidos por RUBIO TORRANO, Enrique (Ed. Aranzadi, 2.002), págs. 754, 755, 773, 779 y 780, fundamentalmente.

110. Esta diferencia de trato se produjo también con la reforma operada en 1.985 en la Compilación aragonesa y fue objeto de diversas críticas, como la de MERINO HERNÁNDEZ, José Luis en "Limitaciones al Derecho de Viudedad Aragonés" (discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación), "*Anuario de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación*", Zaragoza, 1.997, pág. 129. La nueva Ley aragonesa de régimen económico matrimonial y viudedad resuelve esas críticas al establecer en su artículo 119.1 c) que se extingue el usufructo de viudedad "*por nuevo matrimonio o por llevar el cónyuge viudo vida marital estable, salvo pacto de los cónyuges o disposición del premuerto en contrario*". Con ello, se consigue -en mi opinión- un resultado de justicia.

equiparación que parece pretender la Ley foral 6/2000, de 3 de julio, entre pareja estable y matrimonio.

3.2. La llevanza de vida notoriamente licenciosa.

La introducción por la reforma de la Compilación de 1.987 de la vida marital con otra persona como motivo de posible pérdida del usufructo de fidelidad para el viudo, junto con la promulgación de la Ley foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, ha reducido en gran medida el ámbito de la llevanza de vida notoriamente licenciosa como posible causante de la pérdida del derecho. No hay que olvidar, a este respecto, que la Ley 6/2000, incluye dentro del concepto de pareja estable a aquéllas formadas por personas del mismo sexo, razón por la cual, una convivencia de este tipo podría dar lugar ya a la extinción del derecho por la vía del número 1 de la Ley 262¹¹¹.

En mi opinión, la laxitud actual de los conceptos morales y el carácter excesivamente abstracto del concepto de "llevanza de vida licenciosa", junto al carácter subjetivo de la notoriedad que debe acompañar a la conducta, aconsejan la eliminación de esta referencia. Tal desaparición ya se operó en 1.985 en Derecho aragonés y ha sido confirmada posteriormente por la Ley de régimen económico matrimonial de esa Comunidad Autónoma de 24 de febrero de 2.003. A mi entender, su mantenimiento produce más distorsiones que beneficios pues si bien puede permitir la inclusión de conductas no comprendidas en otros preceptos de la Compilación -fundamentalmente los supuestos de promiscuidad¹¹²- su relatividad introduce un elemento de inseguridad jurídica no justificable en una sociedad que, como la nuestra, no se rige por unas pautas éticas claramente definidas. Determinar, y probar, qué comportamientos pueden hoy en día calificarse por la sociedad como licenciosos resulta casi imposible¹¹³.

3.3. La corrupción de los hijos.

El inciso final del apartado 2 de la Ley 262 determina que el viudo perderá el usufructo de fidelidad a petición de los nudo-propietarios si "(...) *corrompiera a los hijos*".

En relación a esta causa de privación conviene realizar, en primer lugar, dos precisiones. La primera relativa al alcance de la corrupción a que se refiere el precepto. Hasta la reforma de 1.987, la Compilación concretaba algo más los términos de la conducta que podía dar lugar a la extinción del usufructo al referirse a la corrupción *de la honestidad* de los hijos. Esta expresión aludía a conductas como la prostitución o los abusos deshonestos por parte de los padres, es decir, a comportamientos que incidían,

111. En su día, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, "Comentarios de los artículos 72 a 88 (La viudedad)" en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, dirigidos por DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, DGA, vol II, Zaragoza 1.993, pág. 852, en relación con el Derecho aragonés se mostraron contrarios a la eliminación de la llevanza de vida licenciosa como causante de la extinción del usufructo de viudedad, puesto que permitía incluir, por ejemplo, la convivencia homosexual estable, que entendían no comprendida dentro del concepto general de vida marital. De la misma opinión para el Derecho navarro era DE PABLO CONTRERAS, Pedro, "Nuevas nupcias y vida marital como causa de extinción del usufructo de fidelidad navarro", en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 1, Pamplona, enero-junio 1.986, pág. 133.

112. TORRES LANA, José Ángel en "Comentarios a la Ley 262" en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dirigidos por RUBIO TORRANO, Enrique (Ed. Aranzadi, 2.002), pág.780, aboga por incluir dentro del concepto de vida licenciosa, conductas desordenadas como adicciones o toxicomanías, entre otras.

113. De opinión contraria son SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, "Comentarios de los artículos 72 a 88 (La viudedad)", en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, dirigidos por DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, DGA, vol II, Zaragoza 1.993, pág. 852, tal y como he dicho en nota anterior.

sobre todo, en el ámbito de la libertad sexual. Habiéndose eliminado ese matiz del texto actualmente en vigor, el concepto se amplía pudiéndose incluir dentro de él otro tipo de actuaciones contrarias a la obligación de los padres de velar por los hijos, educarlos y procurarles una correcta formación. En este sentido, la iniciación a la drogadicción o a la delincuencia, la presión sobre el menor para silenciar su conocimiento sobre comportamientos delictivos del padre, entre otras conductas, podrían ser abarcadas por el término corrupción¹¹⁴.

En segundo lugar, hemos de tener en cuenta que nos hallamos ante una institución que, desde su origen, exigía un comportamiento fiel del viudo con respecto al premuerto, incluso una vez éste hubiera fallecido. Esa fidelidad se manifestaba también -y se sigue manifestando hoy en día- en la obligación de cumplir adecuadamente con los deberes que al muerto correspondían con respecto a sus hijos. Por ello, no sólo la corrupción de los hijos propios debe dar lugar a la privación del usufructo sino también la de los hijos del premuerto, aun cuando los mismos no fueran comunes. Lo contrario sería incongruente con las implicaciones tanto familiares como sucesorias que tiene esta institución.

Por último, quisiera destacar que el artículo 756 del Código civil, en su primer apartado -en la redacción existente a la fecha de entrada en vigor de la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, (que es la que hemos de considerar, conforme a lo señalado por la Disposición Adicional de la Compilación)- recogía, entre las causas de indignidad para los padres, el abandono a los hijos, la prostitución de las hijas o el atentado a su pudor. En mi opinión, estas conductas -aun cuando pueda entenderse que, en parte, no se encuentran recogidas explícitamente en la Ley 262- deberían llevar aparejadas no sólo la exclusión del usufructo de fidelidad para aquel que las llevó a cabo con anterioridad a entrar en el goce de los bienes, sino también la extinción del derecho si los comportamientos se manifestaron con posterioridad a ese momento. Los caracteres de la propia institución así lo requieren: no basta con que el viudo sea digno en el momento del fallecimiento de su consorte, sino que, puesto que lo que se pretende con esta institución es el mantenimiento de la cohesión familiar y la defensa de los intereses de todos sus miembros, esa dignidad debe mantenerse durante toda la vida del supérstite¹¹⁵. Al análisis de la aplicación de las causas de indignidad como posibles determinantes de la extinción del usufructo de fidelidad, me referiré más adelante.

3.4. La enajenación o gravamen de los bienes.

Dice el apartado 3 de la Ley 262 que el viudo, a petición de los nudo-propietarios, perderá el usufructo de fidelidad "*si enajenare o gravare bienes, salvo los casos previstos en las Leyes 253 y 259, número 4, y a no ser que se hallare debidamente autorizado para ello por pacto o disposición del cónyuge premuerto.*"

114. Comparto la opinión de ARREGUI GIL, José, en "Comentarios a las Leyes 261 y 262", en "Comentarios al Código civil y Compilaciones forales", dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, T XXXVII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 2.001), pág. 147, y la de TORRES LANA, José Ángel en "Comentarios a la Ley 262", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dirigidos por RUBIO TORRANO, Enrique (Ed. Aranzadi, 2.002), pág. 781.

115. Por ello, en el caso presente podríamos llegar a defender que, además del abandono, la corrupción de los hijos -si la entendemos como prostitución de las hijas o atentado al pudor de los hijos-, produce, por su propia existencia, la extinción del usufructo de fidelidad, sin necesidad de que sean los nudo propietarios quienes pongan de manifiesto la conducta. Otra cuestión será que, si el viudo niega la conducta y se mantiene en el usufructo, deban los nudo propietarios ejercitar la acción si quieren que se declare su indignidad, probablemente, conforme a la Ley 39, dentro del plazo de treinta años desde que aquél entró en la posesión de los bienes de la herencia, si entendemos que nos hallamos ante una acción personal. De esta manera, podríamos llegar a tratar este supuesto como una causa de extinción de carácter absoluto, que no se hiciera depender de la voluntad de los nudo propietarios, consiguiendo, por esta vía, dar para ella el tratamiento defendido por DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *op. cit.*, pág. 134.

Partiendo de que el usufructo ordinario, conforme a la Ley 408, concede a su titular las facultades dominicales "*con exclusión de la de disponer de la cosa objeto del usufructo*", es lógico que quien incumpla dicha limitación se vea privado del derecho si así lo insta el nudo propietario.

En mi opinión, la privación a que se refiere el precepto es una privación total del usufructo de fidelidad; y ello porque las excepciones que recoge a la regla general se refieren a supuestos de enajenaciones permitidas que, de hecho, provocan la extinción del usufructo en relación a los concretos bienes enajenados. Es decir, si la Ley afirma que el viudo podrá ser privado del usufructo de fidelidad por la enajenación o gravamen de los bienes sobre los que recae el derecho, salvo en los casos de enajenación que la misma norma exceptiona -supuestos que, de hecho producen la extinción del usufructo sobre los bienes transmitidos- es porque esa pérdida a la que alude implica una extinción más amplia que la que provocan las enajenaciones que se encuentran exceptuadas. Y esa extinción más amplia no puede ser más que una pérdida total.

En concreto, el apartado 3 de la Ley 262 salva determinados casos en los que considera que la enajenación o gravamen no puede determinar la privación. El primero de esos casos es el contemplado en el párrafo 4º de la Ley 253 -intitulado "*inalienabilidad*"- que se refiere a la posibilidad de que, conjuntamente con el nudo propietario, pueda enajenarse o gravarse el pleno dominio de los bienes sobre los que recae el usufructo. A pesar de la dicción de este apartado -como hemos avanzado-, deberemos entender que también en este caso, se producirá la extinción del usufructo de fidelidad sobre los bienes concretos transmitidos. En realidad, en estos supuestos, la intervención del viudo en la enajenación equivaldría a una renuncia a su derecho sobre el bien y a su transmisión -si bien con el carácter de usufructo ordinario¹¹⁶- al adquirente.

La segunda excepción a que se refiere la Ley 262 es la de la enajenación de bienes de la herencia -previo acuerdo con los nudo propietarios, o, si no existe acuerdo con ellos, son desconocidos o están ausentes, con la correspondiente autorización judicial- para pagar las deudas del cónyuge premuerto que fueran exigibles. Dicha posibilidad viene recogida en el apartado 4 de la enumeración de obligaciones que efectúa la Ley 259. En el caso de que se produzca la enajenación con la finalidad a que se refiere este precepto, también se extinguiría la fidelidad respecto a los concretos bienes enajenados puesto que, junto con ella, el viudo transmite el derecho al usufructo que tenía sobre los mismos. El disfrute que obtiene el adquirente -por idénticas razones que en el caso anterior- no estará sometido a las reglas propias del usufructo de fidelidad sino a las genéricas que corresponden a un propietario o, en su caso, a un usufructuario regido por las Leyes 408 y siguientes de la Compilación.

El apartado 3 de la Ley 262 recoge además la posibilidad de que, por pacto o por disposición del premuerto, se permita también la enajenación de los bienes usufructuados por el viudo. En tal caso, tampoco la enajenación llevada a cabo podría determinar la pérdida del usufructo de fidelidad en su conjunto. Entiendo que el pacto a que se refiere este precepto es tanto el pacto o contrato sucesorio, como el testamento de hermandad, o cualquier otra fórmula de disposición conjunta *mortis causa* que formalice un acuerdo entre los cónyuges. También la referencia podría alcanzar al pacto que puedan alcanzar los nudo propietarios y el viudo, si bien dicho pacto ya encuentra respaldo suficiente en la salvedad que este precepto realiza en relación al caso de la Ley 253.

Tanto en el caso de la existencia de un pacto, como en los supuestos de disposición *mortis causa* del premuerto, deberemos estar a su contenido a fin de determinar en qué supuestos la enajenación no implica la extinción total del usufructo de fidelidad; pero teniendo en cuenta que la transmisión que se lleve a cabo conforme a lo permitido

116. Pues no hemos de olvidar que el usufructo de fidelidad, como tal, es inalienable e inembargable.

por el pacto o la disposición determinará la extinción del usufructo de fidelidad con respecto a los bienes concretos enajenados. En todo caso, la existencia de ese pacto o disposición supondrá la concesión de unos derechos superiores a los que ordinariamente corresponden al supérstite usufructuario.

3.5. El incumplimiento de las obligaciones como usufructuario.

Dice el número 4 de la Ley 262 que el viudo perderá el usufructo de fidelidad a petición de los nudo propietarios "*si incumpliére sus obligaciones con dolo o negligencia grave.*"

Este apartado no aclara a qué obligaciones se está refiriendo, motivo por el cual - en mi opinión- debemos entender que la referencia alcanza a cualquier tipo de deber que le corresponda como usufructuario, ya se derive de las disposiciones relativas al usufructo ordinario recogidas en los artículos 408 y stes. de la Compilación, ya se refiera a las propias del usufructo de fidelidad establecidas en la Ley 259¹¹⁷.

Lo que exige el precepto es que en el incumplimiento exista dolo o negligencia grave. No se requiere, sin embargo, que el incumplimiento sea general -cosa que si se hace en el siguiente apartado- sino que bastará que afecte a una o a varias de las obligaciones que, dada su importancia, puedan justificar la pérdida del usufructo.

3.6. El incumplimiento general y negligente de las obligaciones inherentes al usufructo de fidelidad.

El apartado 5 de la Ley 262 señala que se perderá el usufructo de fidelidad a petición de los nudo propietarios "*si durante año y día hubiere incumplido de modo general, con negligencia, las obligaciones inherentes al usufructo de fidelidad conforme a la Ley 259.*"

La redacción de este apartado es la que nos permite concluir que, en el número anterior, el legislador no se estaba refiriendo únicamente a las obligaciones específicas del usufructo de fidelidad: si antes no limitó su alcance a las obligaciones recogidas en la Ley 259, es porque existen otros deberes, al margen de los allí descritos; y estos otros deberes no pueden ser más que los que puedan derivarse del Título IV, del Libro III, relativo al usufructo ordinario. Ahora, al contrario, el precepto alude únicamente a las obligaciones de administrar y explotar los bienes con la diligencia de un buen padre de familia, pagar los gastos de última enfermedad del cónyuge premuerto, prestar alimentos a los hijos y descendientes de éste, pagar sus deudas con bienes de la herencia y a las demás que vienen descritas en la mencionada Ley 259. Pero sólo a ellas.

Frente a la exigencia de dolo o negligencia grave del apartado anterior, en éste bastará con una simple negligencia. Eso sí, se requiere permanencia en el comportamiento pues es necesario el transcurso de un año y un día de incumplimientos para

117. ARREGUI GIL, José, en "Comentarios a las Leyes 261 y 262", en "*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*", dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, T XXXVII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 2.001), pág. 149, entiende que este apartado no se está refiriendo a las obligaciones específicas de la fidelidad, sino "*a cualesquiera de las obligaciones que el cónyuge viudo debe cumplir como usufructuario*", y cita la Sentencia de la Audiencia Provincial de 28-11-89 (vid. *Revista Jurídica de Navarra*, nº 9, Pamplona, enero-junio 1.990, págs. 263 y 264) como fundamento de su posición, pues dicha resolución judicial distingue entre la negligencia *grave* a que se refiere el número 4 y la negligencia del número 5 de la misma Ley, la cual no va acompañada del atributo de la gravedad. Sin embargo, ZULETA DE REALES ANSALDO, Leticia y CANO POLO, Belén, "El usufructo de fidelidad navarro", en "*Derechos Civiles de España*", VV.AA., Volumen VII, Ed. Aranzadi. 2.000, pág. 4.505, parecen entender que las obligaciones a que se refiere el apartado 4 son las mismas que las referidas en el 5. De la misma opinión que estas autoras es TORRES LANA, José Ángel en "Comentarios a la Ley 262", en "*Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*,

entender que existe esa negligencia. En el fondo, por tanto, se requiere una reiteración cualificada: no será suficiente una simple reiteración consistente en repetir, al menos una vez, la vulneración del deber sino que la negligencia debe mantenerse durante año y día¹¹⁸.

Por último, conviene resaltar que frente a la falta de mención del apartado anterior, el número 5 se refiere a un incumplimiento "*de modo general*". Esa ausencia de referencias en el apartado 4 nos hizo suponer que, entonces, bastaba con un incumplimiento de una o varias de las obligaciones allí referidas que, dada su importancia, pudieran justificar la pérdida del usufructo. Ahora la Ley alude al incumplimiento de las obligaciones de modo general, lo que, en mi opinión, no supone que necesariamente deban infringirse todos y cada uno de los deberes reflejados en la Ley 259 sino, al menos, la mayoría de ellos¹¹⁹.

4. Las causas de extinción del usufructo ordinario.

Dice la Ley 266 que "*en lo no establecido por este capítulo, el usufructo de fidelidad se entenderá sometido a las disposiciones generales sobre el usufructo del capítulo I del Título IV del Libro III.*" Basándonos en ello deberemos entender que, al margen de las causas de extinción que específicamente se recogen en las Leyes 261 y 262, también pueden resultar aplicables las reflejadas en la Ley 421. Este precepto dice que "*el derecho de usufructo se extingue por muerte del usufructuario o renuncia de éste, por la falta de ejercicio durante el plazo ordinario de la usucapación de la propiedad, por vencimiento del término o el cumplimiento de la condición resolutoria, por la consolidación con la nuda propiedad o la pérdida de la cosa usufructuada.*"

De su contenido podemos deducir que las dos primeras causas de extinción -la muerte del usufructuario y la renuncia- ya vienen recogidas en la Ley 261, si bien, en este segundo caso, con la especialidad de que debe ser expresa y constar en escritura pública. A ellas ya nos hemos referido anteriormente, por lo que prescindiremos de reiterar los comentarios entonces efectuados. Pasaremos, por ello, a continuación a analizar la posible aplicación del resto de las causas al usufructo que estamos analizando: el de fidelidad.

4.1. La falta de ejercicio del usufructo.

Dice la Ley 421 que el derecho de usufructo se extingue "*por la falta de ejercicio durante el plazo ordinario de la usucapación de la propiedad*". Y la 356 afirma que "*la usucapación de los bienes muebles es de tres años. La de los inmuebles es de veinte años si el propietario desposeído se halla domiciliado en Navarra, y de treinta años en otro caso. En la usucapación de veinte años no se computará el tiempo de ausencia.*"

La Ley 421 viene a ocupar, en este punto, la posición que, en el artículo 513.7º del Código civil, se atribuye a la prescripción; pero la Compilación elude emplear dicha expresión y prefiere hacer referencia a la falta de ejercicio del derecho, remitiéndose, en lo relativo a los plazos cuyo transcurso se requiere para que se produzca el resultado extintivo, a lo establecido para la usucapación¹²⁰.

118. En la práctica, sin embargo, como dice TORRES LANA, José Ángel en "Comentarios a la Ley 262", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dirigidos por RUBIO TORRANO, Enrique (Ed. Aranzadi, 2.002), pág. 782, es difícil pensar que, en las prestaciones pecuniarias de tracto único recogidas en la Ley 259, pueda pensarse en un incumplimiento de un año y un día.

119. Comparto la opinión de ARREGUI GIL, José, en "Comentarios a las Leyes 261 y 262", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, T XXXVII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 2.001), pág. 150.

120. También denominada prescripción adquisitiva.

Hemos de recordar aquí que el usufructo legal de fidelidad es inalienable, por mandato de la propia Ley 253. Esa inalienabilidad viene determinada por su carácter personalísimo: por su propia naturaleza este derecho únicamente puede ser disfrutado por el viudo, lo que implica que no pueda ser transmitido. Si se transmite junto con la nuda propiedad lo que se estará efectuando es una transmisión del pleno dominio y, en todo caso, el derecho de uso y disfrute que se atribuya al adquirente se encontrará sometido a las reglas generales del usufructo ordinario y no a las específicas de la fidelidad pues éstas únicamente rigen para el viudo. Y han sido, precisamente, su inalienabilidad y su faceta personalísima, las que han determinado que, en aquellos ordenamientos jurídicos en los que resulta aplicable el artículo 1.936 del Código civil, los derechos viduales en ellos reconocidos, sean considerados imprescriptibles¹²¹.

Pero este no es el caso navarro, pues su Compilación asume una regulación específica de la prescripción en la que no se incluye una norma de análogo contenido al 1.936 del Cc. La Ley 266 determina claramente que, en lo no establecido en el capítulo correspondiente al usufructo de fidelidad, éste "*se entenderá sometido a las disposiciones generales sobre el usufructo (...)*". Y resultando que entre estas disposiciones generales se encuentra la causa de extinción consistente en la falta de ejercicio del derecho (prescripción extintiva), a ella deberemos atender¹²². Por lo tanto, tratándose de bienes muebles, transcurridos tres años desde que se constituyó el derecho o desde que tuvo lugar el último acto de disfrute, sin haber hecho uso del usufructo, éste se podrá entender extinguido en relación a dichos bienes. Y tratándose de bienes inmuebles, ese plazo será de veinte o treinta años -a contar desde los mismos momentos señalados- dependiendo de si el usufructuario se halla domiciliado en Navarra o fuera del territorio foral, respectivamente¹²³. En base a esto, deberemos entender que la extinción a la que aquí nos estamos refiriendo afecta al usufructo de fidelidad sobre los bienes concretos en relación a los cuales no se ha ejercitado el derecho en los plazos señalados, y no implica, por tanto, una extinción total del usufructo de fidelidad como institución.

4.2. El vencimiento del término o el cumplimiento de la condición resolutoria.

Dice la Ley 421 que el derecho de usufructo se extingue "*(...) por vencimiento del término o el cumplimiento de la condición resolutoria.*"

El usufructo legal de fidelidad es, en principio, un derecho de carácter vitalicio que corresponde al viudo hasta su muerte. Solamente en aquellos casos en los que se incurre en las causas de extinción o de privación que la propia ley prevé puede producirse su pérdida. Sin embargo, la Ley 264, en su número 5, permite que por voluntad del disponente, con consentimiento o aceptación del cónyuge usufructuario, o por pacto, se puedan "*imponer plazos, condiciones y cargas, o modificar de cualquier*

121. Dice el artículo 1.936 del Código civil que "*son susceptibles de prescripción todas las cosas que están en el comercio de los hombres*". Por tanto, a *sensu contrario*, en aquellos casos en los que proceda la aplicación de este precepto, resultarán imprescriptibles los derechos del viudo que sean inalienables. Vid. en este sentido -y en relación al derecho de viudedad aragonés- SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, "Comentarios de los artículos 72 a 88 (La viudedad)", en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, dirigidos por DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, DGA, vol II, Zaragoza 1.993, pág. 858.

122. En mi opinión, de ser otra la intención del legislador debería haberse excluido específicamente la aplicación de esta causa en la propia Ley 266, pues ningún precepto de la Compilación impide la viabilidad de la prescripción extintiva de este derecho. También ARREGUI GIL, José, "*La fidelidad vidual en el Derecho privado de Navarra*". Biblioteca de Derecho Foral. Diputación Foral de Navarra. Institución Príncipe de Viana. Pamplona, 1.968, págs. 169 y 170, y TORRES LANA, José Ángel en "Comentarios a la Ley 261" en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dirigidos por RUBIO TORRANO, Enrique (Ed. Aranzadi, 2.002), pág. 772, consideran aplicable la prescripción extintiva a esta institución.

123. Conviene resaltar que la Ley 356 se refiere al domicilio del "*propietario desposeído*" pues, en principio, está pensando en la usucapión de la propiedad. En el caso que nos ocupa puesto que quien va a verse "*desposeído*" del derecho es el usufructuario, el domicilio que interesa es el de éste.

modo la (...) extinción del derecho." Es decir, que es posible que el premuerto hubiera establecido por disposición de última voluntad consentida o aceptada por el cónyuge usufructuario -o por pacto con el consorte en contrato sucesorio o en testamento de hermandad- una condición resolutoria o un término a los que quedara sujeto el usufructo. En tal caso, cumplida la condición o el término, el usufructo se considerará extinguido. Habrá que atender al contenido de ese pacto o disposición para determinar el alcance de la extinción.

4.3. La consolidación con la nuda propiedad.

Por las propias características de esta causa extintiva entendemos que la misma afecta a los bienes concretos en los que se produce la consolidación. Sólo en aquellos casos en los que se produzca la reunión de la nuda propiedad y del usufructo en unas mismas manos respecto a la totalidad de los bienes objeto de la fidelidad, podemos contemplar esta causa como extintiva del usufructo en su conjunto¹²⁴.

Ubicados en esa extinción referida a bienes concretos, podríamos pensar en una consolidación de la propiedad en manos de los herederos nudo-propietarios o en las de los terceros adquirentes de los bienes que transmiten conjuntamente el viudo y los nudo propietarios. Pero, en el primer caso, la extinción del usufructo de fidelidad se produce ya en virtud de otras causas que también quedan recogidas en la Compilación, como puede ser la renuncia del titular del derecho, su muerte, las nuevas nupcias o, en definitiva, cualquier otra cuya consecuencia inmediata sea la reunión del usufructo y la nuda propiedad en la misma persona. En cuanto al segundo caso, es la Ley 253 la que permite, en su párrafo 4º, que viudo y nudo propietario puedan enajenar "*el pleno dominio*" de los bienes sobre los que recae el usufructo. Y, evidentemente, para que se produzca esa transmisión del pleno dominio, el supérstite tiene que ver extinguido su derecho¹²⁵. Digamos, por tanto, que, en este caso, la extinción se produce también como consecuencia misma de la enajenación que viene establecida en otros preceptos de la Compilación.

Podemos también pensar en otros supuestos en los que se produce la consolidación de la propiedad como resultado de la transmisión de bienes llevada a cabo por el viudo sin la intervención del propietario. Me refiero a la enajenación de bienes con base en la Ley 259.4, o a aquella que tiene fundamento en el pacto o disposición del cónyuge premuerto, a la que se refiere la Ley 262 en su punto tercero. También en ambos casos la enajenación supone la transmisión de la plena propiedad, incluido el correspondiente derecho de uso y disfrute de los bienes. Con dicha transmisión se producirá también la extinción del usufructo de fidelidad con respecto a los bienes concretos enajenados. Y como resultado de la enajenación se producirá la consolidación del pleno dominio en el adquirente.

Por último, también podemos imaginar que la consolidación se produzca en la persona del viudo. Si éste adquiere la nuda propiedad de alguno de los bienes que está usufructuando, dicha adquisición implicará la extinción del usufructo de fidelidad sobre los mismos, puesto que dicho derecho se verá absorbido por el más amplio del pleno dominio.

No obstante, hemos de insistir en que, en todos estos supuestos, lo que se extingue es el usufructo de fidelidad sobre los bienes concretos que son objeto de la consolidación, pero no implican, en principio, la extinción del usufructo en su conjunto.

124. Hecho difícil de imaginar salvo que el patrimonio del premuerto fuera de escasa envergadura o estuviera concentrado en pocos bienes.

125. Esa transmisión equivaldría a una renuncia tácita de su derecho con efectos extintivos.

4.4. La pérdida de la cosa usufructuada.

Por la misma razón que en el caso anterior, también aquí nos hallamos ante una causa de extinción del usufructo de fidelidad sobre bienes concretos. Solamente cuando el bien o bienes afectados sean los únicos que componen el patrimonio del premuerto que es usufructuado, podremos entender que el derecho se extingue en su conjunto (si bien como resultado de la extinción de los usufructos sobre cada uno de los bienes). Si como resultado de la pérdida se recibe una indemnización, el usufructo de fidelidad se extenderá a ella.

5. Las causas de indignidad como determinantes de la extinción del usufructo de fidelidad.

Al abordar el tema de la naturaleza jurídica de esta institución, aun reconociendo sus importantes componentes familiares, hemos concluido que es sucesoria. Y partiendo de esa afirmación, hemos defendido que, dándose en vida del causante los supuestos a que se refiere el artículo 756 del Código civil -en la redacción del mismo a la fecha de entrada en vigor de la Ley Foral 5/1987, en virtud de la remisión estática recogida en la Disposición Adicional de la Compilación- las causas de indignidad producen la exclusión del supérstite del usufructo de fidelidad.

Otra cuestión diferente es qué sucede si esas causas no se producen antes del fallecimiento del consorte, sino una vez que el supérstite ya ha entrado en el disfrute de los bienes. En mi opinión, en la medida que sea posible que esas causas se den con posterioridad a esa muerte, deberemos concluir que ocasionarán la pérdida del derecho: si el cónyuge es indigno para adquirir el usufructo de fidelidad por darse en él algunos de los supuestos de indignidad antes del fallecimiento de su consorte, también será indigno de mantener ese derecho si las causas se producen tras dicho óbito.

Pasamos a continuación a analizar cada una de las causas de indignidad y su papel como determinantes de la extinción del usufructo de fidelidad, dejando claro, en primer lugar, como ya hicimos al hablar de las causas de indignidad como excluyentes del usufructo de fidelidad, que aquéllas que debemos considerar son las recogidas en la redacción del artículo 756 del Código civil vigente en 1.987 quedando, por tanto, fuera de nuestro análisis la causa de indignidad contemplada en el nº 7 del artículo 756, añadida por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, consistente en la incapacidad de suceder de quien no presta las atenciones debidas al cónyuge o compañero discapacitado. Y teniendo en cuenta, además, la redacción del nº 1 de ese mismo artículo anterior a la Ley 11/1990, de 15 de octubre, que fue la que determinó, en el ámbito del Derecho común, la incapacidad del que abandona, prostituye o corrompe a los hijos. Nosotros, sin embargo, deberemos atenernos al texto vigente en el año 1.987, que establece la incapacidad de suceder por causa de indignidad de "*los padres que abandonaren a sus hijos o prostituyeren a sus hijas o atentaren a su pudor*".

5.1. El abandono a los hijos, la prostitución de las hijas o el atentado a su pudor.

El primer apartado del artículo 756 del Código civil, en la redacción vigente en 1.987, se refería a esta causa de indignidad. A un supuesto similar se refiere la Compilación en la Ley 262 cuando afirma, en el inciso final de su número 2, que el viudo, a petición de los nudo-propietarios, perderá el usufructo de fidelidad si "*corrompiera a los hijos*".

El concepto de corrupción es de tal amplitud que, obviamente, al margen de otras conductas, incluye también las de la prostitución o el atentado al pudor. En ese sentido podemos afirmar que con la expresión empleada por la Compilación se abarcan

los dos últimos términos utilizados por el artículo 756.1 del Cc, pero, sin embargo, queda fuera el del abandono de los hijos.

Sin embargo, ésta no es la única diferencia que, a mi juicio, se observa entre ambas regulaciones. La Ley 262 requiere la petición de los nudo propietarios para que la corrupción de los hijos pueda provocar la pérdida del usufructo de fidelidad, lo que ha llevado a cierto sector de la doctrina a considerar que, en estos casos -como en los demás supuestos de la Ley 262-, declarada la certeza de la existencia de la causa de privación, ésta debe producir sus efectos desde el momento en que se produzca tal declaración, no retrotrayéndose los mismos a aquel en que la causa existía¹²⁶. En mi opinión, sin embargo, las causas de indignidad deben producir sus efectos desde el mismo momento en que se demuestre que se daban, tal y como se desprende del artículo 760 del Código civil cuando afirma que el que hubiera entrado en la posesión de los bienes hereditarios pese a ser incapaz de suceder por incurrir en causa de indignidad, está obligado a restituirlos con sus accesiones y con todos los frutos y rentas que haya percibido.

A mi entender, la naturaleza sucesoria del usufructo de fidelidad determina que sean aplicables a éste las causas de indignidad del artículo 756 del Código civil. Pero, además, su más que evidente componente familiar justifica que deban tenerse en consideración esas causas una vez fallecido el cónyuge, sobre todo cuando las conductas reprobables del supérstite titular del derecho se refieren a los miembros de la familia a los que la institución quiere proteger, como es el caso de los hijos. Es por ello por lo que, a mi juicio, el abandono, además de la prostitución o el atentado al pudor de éstos, lleva también aparejada la extinción del derecho, produciéndose los efectos de la pérdida desde el momento en que se pruebe que existía la causa de indignidad. De esta forma debe adaptarse el contenido del artículo 760 del Código civil al funcionamiento de las causas de indignidad como extintivas del usufructo de fidelidad.

Por último -tal y como ya hice al hablar de la causa de privación recogida en el inciso final del número 2 de la Ley 262- quiero recordar que, no sólo estos comportamientos en relación a los hijos propios debe dar lugar a la extinción del usufructo, sino también aquellos que se refieren a los hijos del premuerto aun cuando los mismos no fueran comunes. Lo contrario sería incongruente con las implicaciones tanto familiares como sucesorias que tiene esta institución. A lo dicho entonces -y a lo que corresponda de lo afirmado al hablar de esta causa de indignidad como excluyente del usufructo de fidelidad- me remito para completar lo ahora afirmado.

5.2. La condena en juicio por atentar contra la vida del cónyuge, descendientes o ascendientes.

El número 2 del artículo 756 del Código civil considera que es indigno de suceder "*el que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes o ascendientes.*" Ya hemos repetido en otros lugares que, en el caso que nos ocupa, la figura del causante -a la que hemos de entender aquí que se refiere el Código al hablar de "*testador*"- coincide con la del cónyuge. Por tanto, la indignidad para ser titular del usufructo de fidelidad abarca a todo aquel que es condenado en sentencia firme¹²⁷ por atentar contra la vida del cónyuge premuerto-o compañero premuerto en la pareja estable-, descendientes o ascendientes.

126. En concreto, dice ARREGUI GIL, José, "*La fidelidad vidual en el Derecho privado de Navarra*". Biblioteca de Derecho Foral. Diputación Foral de Navarra. Institución Príncipe de Viana. Pamplona, 1.968, pág. 146, que "*ésta es la principal diferencia con las otras causas que ipso iure extinguen el usufructo de fidelidad: no puede producir el efecto retroactivamente (...)*"

127. Recordemos que, según el artículo 758 del Código civil, en este supuesto deberemos esperar para calificar la capacidad para suceder a que se dicte la sentencia firme.

El precepto está pensando, en principio, en aquellos atentados que se producen en vida del causante y que dan lugar a un inmediato proceso judicial que finaliza en sentencia firme condenatoria. En el caso del atentado contra la vida del causante, éste puede que no hubiera ocasionado su muerte. En ese supuesto, el procedimiento iniciado, probablemente finalizará con una sentencia condenatoria firme dictada antes del fallecimiento de la víctima. Pero, aun cuando no fuera así, si se hubiera iniciado el litigio en vida del causante, el derecho del supérstite quedará en suspenso hasta que adquiera firmeza la sentencia condenatoria, momento en el cual se apreciará la existencia de incapacidad para suceder. Así se desprende del artículo 758 del Código civil que afirma que, en los casos de atentado contra la vida del causante, o de sus ascendientes o descendientes, para calificar su capacidad, "*se esperará a que se dicte la sentencia firme*". Por tanto, en esos casos, siempre nos encontraremos ante una causa que determina que el derecho no llegue a nacer.

Incluso, combinando la interpretación del artículo 756.2º del Código civil -que exige la existencia de una sentencia firme de condena- con el 758 y con el 760¹²⁸, podríamos pensar lo mismo en relación con los atentados contra la vida del causante -originen o no su muerte-, que dan lugar a un procedimiento que se inicia tras su fallecimiento: la incapacidad está latente en aquel que atentó contra el causante y permanecerá en ese estado de latencia, mientras no recaiga sentencia firme. Una vez ésta se dicte quedará aclarado si era incapaz o no lo era. Y, si lo era y entró indebidamente en posesión de los bienes, deberá devolverlos con todos sus frutos, rentas y acciones. En ese sentido, podríamos pensar que el que atentó contra la vida del causante, era incapaz de suceder desde el mismo momento en que llevó a cabo su acción. Y esto es lo que provoca que, si finalmente acaba recayendo sentencia firme condenatoria, deba restituir todo lo percibido.

Y lo mismo podríamos pensar en los supuestos de atentados contra ascendientes o descendientes del cónyuge llevados a cabo en vida de éste: también la incapacidad de suceder existiría desde que se produjo el atentado, aunque la sentencia firme recayera posteriormente a su fallecimiento, incluso aun cuando el procedimiento se hubiera iniciado con posterioridad a ese fallecimiento.

A mi juicio, el único supuesto que funcionaría propiamente como una causa de extinción es el de los atentados contra la vida de los ascendientes o descendientes del cónyuge llevados a cabo tras el fallecimiento del mismo. Hemos de partir de que el derecho que estamos analizando, siendo de naturaleza sucesoria, tiene, además, importantísimas implicaciones familiares, no sólo por su finalidad de mantener la cohesión familiar y procurar el interés y la unidad de ese patrimonio conjunto, sino también por el componente de "fidelidad" incluido en su propia denominación. El supérstite tiene que ser fiel -en un sentido amplio del término- al premuerto aun después de su fallecimiento. Y un comportamiento suyo de tal gravedad como el de atentar contra la vida de sus ascendientes o descendientes irá en contra de la propia esencia de la institución, debiendo provocar la extinción del derecho que, en este caso, ya habría nacido. Es por ello que la aplicación de las causas de indignidad al usufructo de fidelidad desborda el campo puramente sucesorio para atender también a su faceta familiar. Por lo tanto, en mi opinión, estamos ante una institución de naturaleza sucesoria en la que el derecho del viudo queda siempre sometido a la condición resolutoria de que incurra en una de las causas de indignidad contempladas en la ley, aun cuando las mismas tengan lugar tras el fallecimiento de su consorte. Pero, en todo caso, aun considerando tan sólo su carácter sucesorio, resultaría poco razonable que el viudo conservara el derecho a pesar

128. El artículo 760 del Cc es el que determina que aquel que, pese a ser incapaz, entra en posesión de los bienes de la herencia, estará obligado a restituirlos con sus acciones, frutos y rentas.

de llevar a cabo conductas que, en principio, merecen tanta reprobación como si las hubiera efectuado en vida del causante¹²⁹.

5.3. La condena por acusación calumniosa contra el premuerto.

Dice el número 3 del artículo 756 del Código civil que es incapaz de suceder "*el que hubiese acusado al testador de delito al que la Ley señale pena no inferior a la de presidio o prisión mayor, cuando la acusación sea declarada calumniosa.*"

Las penas de presidio y prisión mayor no existen en el vigente Código penal. De conformidad con lo establecido en su Disposición Transitoria Séptima la pena de prisión mayor se entiende sustituida por la de prisión de tres a ocho años. En virtud de ello, deberemos entender que será indigno de suceder el que hubiese acusado calumniosamente al testador de un delito al que la Ley señale una pena grave de prisión de, al menos, tres años.

En mi opinión, esta causa de indignidad operará, fundamentalmente, como excluyente del derecho de usufructo, es decir como determinante de que el derecho no llegue a nacer. Las calumnias contra el premuerto deberán haberse producido en vida de éste, y deberán haber provocado el ejercicio de las consiguientes acciones penales por parte del calumniado. Únicamente el afectado -o su representante legal- se encuentran legitimados para entablar un procedimiento de esta naturaleza. Por tanto, fallecido el cónyuge nadie puede emprender las acciones pertinentes para que se declare la existencia de tales calumnias.

Recordemos que, conforme al artículo 758 del Código civil, existiendo un procedimiento judicial por calumnias pendiente a la muerte del causante, deberemos esperar a que se dicte la sentencia firme para calificar la capacidad del supérstite. Por tanto, habiéndose emprendido en su momento las acciones penales correspondientes por el calumniado, y habiendo éste fallecido antes de que hubiera recaído resolución firme, el usufructo de fidelidad del supérstite quedará en suspenso. Y si finalmente se declara la existencia de las calumnias, esto supondrá que el supérstite era incapaz de suceder desde el inicio.

Por todo ello, la existencia de esta causa de indignidad implica la incapacidad para adquirir el usufructo de fidelidad. Y no existiendo la posibilidad de que la acción penal para que se declaren las calumnias se emprenda con posterioridad al fallecimiento del causante, en mi opinión, nunca podrá contemplarse como causa de extinción sino, únicamente, como causa impeditiva de que el derecho llegue a nacer.

5.4. La falta de denuncia de la muerte violenta del cónyuge.

Del apartado 4º del artículo 756 podemos deducir que es incapaz de suceder el supérstite que conociendo la muerte violenta de su cónyuge, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia, cuando ésta no hubiera ya procedido de oficio. Nos

129. Comparto la opinión de ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, "*Curso de Derecho Civil. V Derecho de Sucesiones*", Ed. Bosch, Barcelona, 1.982, pág. 88, de que, "*aunque se produzca el atentado bastante después de la muerte del testador, la razón moral contra quien lo comete es del mismo peso para echar sobre él la indignidad, aun en ese caso.*" Eso sí, a diferencia de este autor, en mi opinión, el derecho debe extinguirse a partir del momento en que se produce el atentado, pero sus efectos no deben afectar al disfrute ostentado mientras el viudo era plenamente capaz. DIEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, en "La delación de la herencia", *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV; (Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones)*, Ed. Tecnos, Madrid, 8ª Ed., 2.003, pág. 311, y LACRUZ BERDEJO, José Luis, "Indignidad e incapacidad", *Elementos de Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones*, Ed. Bosch, Barcelona, 1.988, pág. 84, también parecen insinuar la posibilidad de que incurrir en las causas de indignidad con posterioridad al fallecimiento del causante, pueda ser relevante en la exclusión de los derechos de quien realiza tales acciones.

encontramos, por tanto, ante un comportamiento que siempre se producirá tras el fallecimiento del causante.

A fin de que esa actitud omisiva pueda tener relevancia a la hora de fijar la capacidad sucesoria del viudo, el artículo 758 del Cc determina que, en estos casos, tendremos que esperar a que transcurra el mes señalado¹³⁰. Es decir, conforme al texto del Código civil, fallecido el causante por muerte violenta, deberá esperarse a que transcurra un mes y, si en ese mes ni se ha procedido de oficio ni el viudo, conociéndola, ha denunciado la muerte, deberá declararse su incapacidad para suceder. Hasta que ese mes haya transcurrido su derecho estará en suspenso.

Si el supérstite hubiera entrado en el disfrute de los bienes, pese a no haber denunciado la muerte violenta del consorte de la que era conocedor, deberá -conforme al artículo 760 del Código civil- restituir los bienes con los frutos y rentas que hubiera percibido. Se trataría de un supuesto de ejercicio de un derecho realmente no adquirido: el viudo era indigno por conocer y no denunciar el hecho y, por tanto, no tenía capacidad para adquirir el usufructo de fidelidad. Habiendo entrado en posesión de los bienes, deberá devolver aquello que obtuvo indebidamente.

Pero un supuesto absolutamente diferenciado será aquel en el que el conocimiento del viudo de que el fallecimiento del premuerto fue por causa violenta se produce con posterioridad a haber entrado en el usufructo. En este caso, la indignidad para suceder no existirá en el momento de origen del derecho -como ocurre en el supuesto anterior-, sino que se produce en una fase posterior, por lo que podemos afirmar que en dichas circunstancias lo que existirá es una causa de extinción del usufructo de fidelidad puesto que el derecho ya habría surgido, al darse en el momento del fallecimiento del cónyuge todos los requisitos exigibles para ello. Este será el único caso en el que esta causa de indignidad podría funcionar como causa de extinción. Y ya hemos afirmado como, a nuestro modo de entender, encontrándonos ante un derecho de naturaleza sucesoria y, a mayor abundamiento, fundándose el mismo en la fidelidad debida por el viudo a su consorte aún después de su muerte, una conducta capaz de considerarse indigna si tiene lugar antes de entrar el viudo en el usufructo, debe tener la correspondiente repercusión si se produce con posterioridad a ese momento.

5.5. La coacción al cónyuge para que otorgue testamento o lo modifique.

Dice el artículo 756. 5º del Código civil que es incapaz de suceder por causa de indignidad *"el que, con amenaza, fraude o violencia, obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo."*

La utilización de estos ardidés sólo puede darse en vida del causante, pues se requiere que la artimaña empleada lo sea para obligar al testador a hacer testamento o a cambiarlo. En consecuencia, sólo podemos pensar en esta causa como desencadenante de la exclusión del derecho, es decir, como determinante del que el usufructo de fidelidad no llegue a nacer. No podrá provocar en ningún caso la extinción del derecho ya

130. Para fijar el momento hasta el que hemos de esperar para calificar la capacidad del viudo conforme al artículo 758 del Código civil, hemos de esperar a que transcurra un mes desde el fallecimiento de su cónyuge, puesto que es necesario fijar un punto concreto de partida si no queremos que el usufructo de fidelidad pueda permanecer indefinidamente en suspenso. Y ello, aunque para decidir sobre si el supérstite ha cumplido con su obligación de denunciar dentro del plazo del mes, a los efectos del artículo 756 del Cc debemos atender al momento en que aquél conoció la causa violenta de la muerte. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, "Comentarios al artículo 758 del Código civil", en *"Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales"* dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, T. X, vol. 1, Edersa, Madrid, 1.987, pág. 250, también acude a este punto de referencia cuando afirma que, en este supuesto, *"(...) la indignidad sólo se consume cuando después de la muerte del causante transcurre un mes sin que la haya denunciado el llamado a la sucesión sabedor del caso."*

nacido puesto que la coacción empleada lo es sobre el cónyuge que aún vive, y siendo que el derecho nace con la muerte de éste, su producción posterior a este momento es imposible.

5.6. La coacción al testador para impedirle testar, forzarle a revocar el testamento o la suplantación, ocultación o alteración del mismo.

El número 6 del artículo 756, recoge la indignidad del que utilizando amenaza, fraude o violencia "*impidiere a otro hacer testamento, o revocar el que tuviese hecho o suplantare, ocultare o alterar otro posterior*".

Del contenido de este artículo, solamente lo referente a su parte final puede tener algún tipo de repercusión en la extinción del usufructo de fidelidad. Es evidente que impedir al causante hacer testamento o forzarle a revocar el que tuviera hecho sólo puede ocurrir con anterioridad a su fallecimiento, lo que impide la consideración de esas maquinaciones como determinantes de la extinción del derecho. Serán, en todo caso, causas que lo excluyan, que impidan que llegue a nacer.

Sin embargo, si que cabe pensar en la suplantación, ocultación o alteración del testamento del causante, llevada a cabo con posterioridad a su muerte, y tras la entrada del viudo en el usufructo. En tal caso deberemos entender que estas causas operarán como causas de extinción del derecho que ya ha nacido, pues no hay que olvidar que en el momento de la muerte del cónyuge el supérstite tendría capacidad para sucederle. Y es a ese momento de la muerte al que hay que atender conforme previene el primer párrafo del artículo 758 del Código civil.

Como ya avancé al hablar de los requisitos del usufructo de fidelidad¹³¹, es posible pensar en una motivación económica por parte del consorte para llevar a cabo estas acciones fraudulentas de ocultación, suplantación o alteración de las disposiciones de última voluntad del causante. Pero aun cuando no existiera tal motivación, en mi opinión, la utilización de esos medios reflejaría la poca confianza que merece el supérstite para dirigir los intereses familiares. Y siendo que esta institución es de naturaleza sucesoria y, además, se fundamenta en la "fidelidad" debida por el supérstite al premuerto, incluso más allá de la muerte de éste, independientemente de si está motivada o no por la existencia de intereses económicos particulares del viudo, debe provocar o la exclusión del derecho -si se producen con anterioridad al fallecimiento del causante- o su extinción -si tienen lugar con posterioridad-. Si el supérstite no es capaz para adquirir el derecho por su comportamiento indigno, tampoco debe mantenerlo cuando esas causas se dan en él una vez su consorte ha fallecido. La misma reprobación moral merece la suplantación, ocultación o alteración del testamento con independencia del momento en que se produzca¹³².

6. Un supuesto diferente: La transformación.

Dice la Ley 260 que "*si el usufructuario desatendiera las indicaciones o advertencias que respecto a la administración y explotación de los bienes le hicieron los nudo propietarios, éstos podrán acudir al Juez.// Si el viudo usufructuario no pudiere o no se aviniere a cumplir la decisión judicial, los nudo propietarios podrán pedir*¹³³ la

131. Vid. apdo. III.8.6 de este trabajo.

132. Vid. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, "*Curso de Derecho Civil. V Derecho de Sucesiones*", Ed. Bosch, Barcelona, 1.982, pág. 88.

133. En el texto de Leyes Civiles Forales editado por el Boletín Oficial del Estado, Madrid 2.002, pág. 938 dice "*impedir*", en lugar de "*pedir*". Entiendo que lo correcto es esto último máxime si tenemos en cuenta que el antecedente inmediato de la inclusión de esta Ley, son los artículos 85 y 87 de la Compilación aragonesa y éste último hace referencia también a la facultad de los nudo-propietarios de "*pedir*" la entrega de los bienes.

entrega de bienes y la sustitución del usufructo por una renta a su cargo no inferior al rendimiento medio obtenido en los cinco últimos años y revisable cuando varíen las circunstancias objetivas."

Como se observa, para que se den los presupuestos de la norma se exige que los nudo-propietarios del bien concreto, susceptible de ser administrado o explotado, hayan realizado indicaciones al viudo en aras a mejorar dicha administración. La obligación de seguir estas indicaciones no es, probablemente, una obligación autónoma, sino una plasmación de aquella otra recogida en la Ley 259 de "*administrar y explotar los bienes con la diligencia de un buen padre de familia*", y su finalidad es la de proteger los intereses de los nudo-propietarios para evitar que estos resulten perjudicados por una gestión deficiente o dolosa¹³⁴. En el caso de que se desatendieran las indicaciones, se podrá acudir al Juez quien podrá acceder a lo solicitado o denegararlo. Si se accediera a ello, el supérstite deberá cumplir lo acordado por el Juez, pero en el caso de que no se cumpla, es cuando el nudo-propietario se encontrará facultado para pedir la entrega del bien usufructuado y su sustitución por una renta calculada conforme a lo dispuesto en el precepto.

Por lo tanto, nos tenemos que encontrar ante dos desatenciones por parte del viudo: una primera a las indicaciones del nudo-propietario; y una segunda, a cumplir la resolución judicial. Será entonces cuando pueda solicitarse la entrega de los bienes y la sustitución del objeto del usufructo por una cuantía que sea, al menos, igual al rendimiento medio obtenido con ese bien usufructuado durante los últimos cinco años.

Se trata, en realidad, de una extinción del usufructo sobre los bienes concretos a los que afecta, pero no de una extinción del derecho a la fidelidad vidual: la renta obtenida a cambio del usufructo, de hecho, se someterá al régimen jurídico propio del usufructo de fidelidad, manteniéndose, respecto de ella, el conjunto de derechos y obligaciones del supérstite¹³⁵. Digamos, por tanto, que el usufructo de fidelidad sigue vigente y que, con esta transformación, lo único que ocurre es que se sustituye su objeto: deja de ser un bien susceptible de ser administrado y explotado y pasa a serlo una renta. Es por ello, por lo que la transformación recogida en este precepto no es una extinción del usufructo de fidelidad sino únicamente una sustitución del objeto sobre el que recae. Y las causas de extinción y privación que se recogen en los artículos 261 y 262 -y las que, sin recogerse, puedan tener aplicación, por la remisión de la Ley 265 a las causas de extinción del usufructo ordinario, o por lo afirmado respecto a la posible consideración de las causas de indignidad- podrán dar lugar a la pérdida del derecho a esa renta. Es decir que, en cuanto esa renta pasa a ser el objeto del usufructo de fidelidad, se podrá extinguir por los mismos motivos por los que se puede perder el derecho con carácter general.

134. TORRES LANA, José Ángel, en "Comentarios a la Ley 260", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dirigidos por RUBIO TORRANO, Enrique (Ed. Aranzadi, 2.002), pág. 769, critica este artículo por entender que las conductas abusivas y contrarias a la buena fe ya podían ser corregidas con base a las Leyes 17 y 22, y propone una reinterpretación de la norma de forma que se exija a los nudo-propietarios acreditar y justificar que la gestión del usufructuario es deficiente y que además es perjudicial para sus intereses y que sus indicaciones o advertencias la mejorarían.

135. Como afirma ARREGUI GIL, José, en "Comentarios a la Ley 260", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, T XXXVII, vol. 2º (Eder-sa, Madrid, 2.001), págs. 130 y 131, no podrá, sin embargo, cumplirse -respecto a la renta obtenida en sustitución del usufructo sobre el bien-, con la obligación incluida en el número 1 de la Ley 259, puesto que la renta ya no será un bien que pueda ser administrado o explotado. Y, en cuanto a las obligaciones recogidas en los números 2, 4 y 5 de esa misma Ley habrá que estar a lo acordado con los nudo-propietarios y a la decisión judicial.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, "*Curso de Derecho Civil. V Derecho de Sucesiones*", Ed. Bosch, Barcelona, 1.982, págs. 82 a 88.

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, "Comentarios a los artículos 756, 757 y 758 del Código civil" en "*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*" dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, T. X, vol. 1, Edersa, Madrid, 1.987, págs. 196 a 254.

- ARREGUI GIL, José en "Comentarios a las Ley 253 a 262 y 272 de la Compilación navarra" y "Adendum de Comentarios a la Compilación navarra" en "*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*", dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, T XXXVII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 2.001), págs. 1 a 150, págs. 214 a 232 y págs. 16.23 a 1.645.

- ARREGUI GIL, José, "*La fidelidad viudal en el Derecho privado de Navarra*". Biblioteca de Derecho Foral. Diputación Foral de Navarra. Institución Príncipe de Viana. Pamplona, 1.968.

- ARREGUI GIL, José, "Reflexiones sobre la fidelidad viudal navarra", en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 15, Pamplona, enero-junio 1.993, págs. 15 a 26.

- COLÍN RODRÍGUEZ, Aladino, "Comentarios a la Ley 274", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dirigidos por RUBIO TORRANO, Enrique (Ed. Aranzadi, 2.002), págs. 812 a 818.

- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, "La viudedad aragonesa en el Derecho interregional", *Anuario de Derecho Aragonés*, XVII, 1.974-76, págs. 61 a 102

- DE PABLO CONTRERAS, Pedro, "Nuevas nupcias y vida marital como causa de extinción del usufructo de fidelidad navarro" en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 1, Pamplona, enero-junio 1.986, págs. 121 a 139.

- DIEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, en "La delación de la herencia", *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, (Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones)*, Ed. Tecnos, Madrid, 8ª Ed., 2.003, págs. 303 a 319.

- FERNÁNDEZ DE ASIAIN, Eugenio, "El usufructo de viudedad" en "*Estudios de Derecho foral navarro*", Pamplona, 1.952, citado por ARREGUI GIL, José en "Comentarios al capítulo I del Título X de la Compilación navarra" en "*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*", dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, T XXXVII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 2.001).

- HUALDE MANSO, Teresa, "Comentarios a la Ley 272", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dirigidos por RUBIO TORRANO, Enrique (Ed. Aranzadi, 2.002), págs. 805 a 810.

- LACRUZ BERDEJO, José Luis, "Cuestiones fundamentales de viudedad foral navarra" en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año XL, septiembre-octubre 1.964, núm. 436-437, págs. 553 a 584.

- LACRUZ BERDEJO, José Luis, "Indignidad e incapacidad", *Elementos de Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones*, Ed. Bosch, Barcelona, 1.988, págs. 78 a 85.

- MERINO HERNÁNDEZ, José Luis en "Limitaciones al Derecho de Viudedad Aragonés" (discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación), "*Anuario de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación*", Zaragoza, 1.997, págs. 117 a 150.

- MEZQUITA DEL CACHO, José Luis, en "Comentarios a la Ley 153", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dirigidos por RUBIO TORRANO, Enrique (Ed. Aranzadi, 2.002), págs. 453 a 456.

- NANCLARES VALLE, Javier en "Comentarios a la Ley 274" en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*", dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, T XXXVII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 2.001), págs. 235 a 269.

- RUBIO TORRANO, Enrique en "Comentarios a la Ley 18", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dirigidos por él mismo (Ed. Aranzadi, 2.002), págs. 53 a 55.

- SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís en el prólogo a "*La fidelidad vidual en el Derecho privado de Navarra*" de ARREGUI GIL, José, "*La fidelidad vidual en el Derecho privado de Navarra*". Biblioteca de Derecho Foral. Diputación Foral de Navarra. Institución Príncipe de Viana. Pamplona, 1.968, págs. 11 a 16.

- SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, "Comentarios de los artículos 72 a 88 (la viudedad)", en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, dirigidos por DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, DGA, volumen II, Zaragoza, 1.993.

- TORRES LANA, José Ángel, en "Comentarios a las Leyes 253 a 266", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dirigidos por RUBIO TORRANO, Enrique (Ed. Aranzadi, 2.002), págs. 746 a 791.

- ZULETA DE REALES ANSALDO, Leticia y CANO POLO, Belén, "El usufructo de fidelidad navarro" en "*Derechos Civiles de España*", VV.AA., Volumen VII, Ed. Aranzadi. 2.000, págs. 4.487 a 4.507.