

La viudedad en la Compilación del Derecho Civil de Aragón*

FRANCISCO DE ASIS SANCHO REBULLIDA
Catedrático de Derecho Civil

SUMARIO: I. *Antecedentes*: 1. Origen y evolución histórica.—2. 'El Apéndice de 1925.—II. *Sistema de la Compilación*: 3. Descripción.—4. Apreciación crítica general.—5. En particular, consecuencias de la ordenación sistemática.—III. *Régimen general*: 6. Fuentes e interpretación.—7. Origenación del derecho de viudedad.—8. Ambito objetivo.—9. Caracteres.—IV. *Régimen del derecho expectante*: 10. Bienes afectos al derecho expectante.—11. Circunstancias determinantes de la afección.—12. Eficacia del derecho expectante.—13. Responsabilidad de los bienes afectos.—14. Extinción del derecho expectante.—V. *Régimen del usufructo viudal*: 15. Compatibilidad del usufructo viudal con la comunidad continuada.—16. Iniciación.—17. Los requisitos de inventario y aseguramiento.—18. Otras medidas cautelares.—19. Alcance de la inalienabilidad en la fase de usufructo viudal.—20. Ejercicio del usufructo viudal.—21. Extinción.

* Con las indispensables referencias históricas y al Apéndice de 1925, y alguna alusión doctrinal concomitante, en este primer comentario a la nueva regulación de la viudedad aragonesa me he limitado a glosar los artículos 72-88 de la Compilación de 1967, a la luz, principalmente, de los trabajos prelegislativos.

Sobre la viudedad en todos sus aspectos institucionales se publicó, vigente el Apéndice, una monografía mía (*La viudedad aragonesa*, en el "Anuario de Derecho Aragonés", VIII, Zaragoza, 1955-1956, págs. 7 a 209); a ella —y a la doctrina y jurisprudencia allí citadas— me remito.

Con posterioridad publiqué un breve estudio relativo a una cuestión concreta (*Liquidación de los frutos naturales e industriales en la extinción del usufructo viudal*, en el "A. D. A.", X, Zaragoza, 1959-1960, págs. 457 a 469).

Después se han publicado pocos trabajos doctrinales; tengo vistos el de LORENTE SANZ, *Proyección de las instituciones forales en el Derecho de arrendamientos* (en el "A. D. A.", XI, Zaragoza, 1961-1962, principalmente páginas 13 y ss.); el de LACRUZ BERDEJO, *Revocabilidad del testamento mancomunado tras la muerte de un cónyuge y viudedad universal* (en el "A. D. A.", Zaragoza, 1963-1964, págs. 357 a 363), y el de DELGADO ECHEVERRÍA, *La comunidad conyugal continuada en el Apéndice aragonés* (en el mismo número del "A. D. A.", págs. 181 y ss.), cuyo Capítulo V trata de "comunidad continuada y viudedad" (págs. 222 a 233).

Publicado el Anteproyecto de Compilación, elaborado por la Comisión de juristas aragoneses, y durante el período de información pública convocada por ésta, pronuncié una conferencia en el Colegio de Abogados de Zaragoza el día

I. ANTECEDENTES

1. Origen y evolución histórica.

La viudedad aragonesa tiene origen paccional y consuetudinario; en los documentos anteriores a la Compilación de Huesca de 1247 puede observarse la práctica frecuente de ampliar los derechos que, por ley, competen al cónyuge viudo (primeramente a la viuda) mediante la concesión —junto a las arras, a la participación en el consorcio conyugal, o a la comunidad continuada con los herederos— del usufructo vitalicio de bienes determinados o de todo el patrimonio del premuerto.

Su formulación legal no aparece hasta 1247; en la Compilación oscense, el fuero 1 *de iure dotium* concede a la viuda el disfrute, en viudedad y en honestidad, de los bienes que hubo juntamente con el marido, tanto los consorciales como los privativos (*omnia quae simul habuerant*; cfr., también, los fueros 1 y 2 *de secundis nuptiis*).

6 de diciembre de 1962, publicada luego en el Boletín del Colegio (*La viudedad en el Anteproyecto de Compilación del Derecho civil de Aragón*, en el "Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza", núm. 8, de 1 de enero de 1963, págs. 19 a 34).

Promulgada la Compilación de 8 de abril de 1967, dentro de un ciclo de conferencias organizado por el mismo Colegio de Abogados, pronunció una conferencia sobre la viudedad el Prof. MARTÍN BALLESTEROS, la cual —junto con las restantes del ciclo, comprensivo del total contenido de la Compilación— ha sido publicada también en el órgano informativo del Colegio (*Derecho de la persona y de la familia: De la viudedad.—Artículos 72 a 88, inclusive, de la Compilación*, en el "B. del R. e I. C. de A. de Zaragoza", núm. 26, de 1 de julio de 1967, págs. 105 a 126).

En el ámbito jurisprudencial, las principales sentencias publicadas con posterioridad a mi primera monografía (no recogidas, pues, en ella) y hasta la derogación del Apéndice, son las siguientes: SS. T. S. 26 noviembre 1962 (Aranzadi, núm. 4.684); 3 marzo 1964 (Aranzadi, núm. 1.255); SS. A. Z. 20 octubre 1955 ("A. D. A.", VIII, pág. 338 y "Foro Aragonés", núm. 112), 15 diciembre 1955 ("A. D. A.", VIII, pág. 337, y "F. A.", núm. 147); 6 diciembre 1956 ("A. D. A.", VIII, pág. 338, y "F. A.", núm. 180); 17 diciembre 1958 ("A. D. A.", IX, pág. 336, y "F. A.", núm. 289); 8 julio 1958 ("A. D. A.", IX, pág. 335, y "F. A.", núm. 187); 16 octubre 1958 ("A. D. A.", IX, pág. 336, y "F. A.", núm. 229); 28 enero 1958 ("A. D. A.", IX, pág. 337, y "F. A.", número 17); 15 enero 1959 ("A. D. A.", XI, pág. 256, y "F. A.", núm. 6); 3 febrero 1959 ("A. D. A.", XI, pág. 255, y "F. A.", núm. 18); 14 febrero 1959 ("A. D. A.", XI, pág. 254, y "F. A.", núm. 27); 11 marzo 1959 ("A. D. A.", XI, pág. 255, y "F. A.", núm. 53); 1 diciembre 1959 ("A. D. A.", XI, pág. 256, y "F. A.", núm. 266); 23 enero 1961 ("A. D. A.", XI, pág. 279, y "F. A.", núm. 7); 12 junio 1961 ("A. D. A.", XI, pág. 278, y "F. A.", número 125); 6 junio 1962 ("A. D. A.", XI, pág. 279, y "F. A.", núm. 125); 7 julio 1962 ("A. D. A.", XI, pág. 279, y "F. A.", núm. 155); 5 marzo 1963 ("A. D. A.", XII, pág. 400, y "F. A.", núm. 84); 16 marzo 1963 ("A. D. A.", XII, pág. 400, y "F. A.", núm. 91); 2 octubre 1963 ("A. D. A.", XII, pág. 401, y "F. A.", núm. 211); 4 enero 1964 ("F. A.", núm. 15); 18 febrero 1964 ("A. D. A.", XII, pág. 401, y "F. A.", núm. 46).

También por pacto y costumbre debieron concedérsele beneficios viuales al marido, posiblemente después que a la mujer (y por eso el fuero 1 *de iure dotium* se fija sólo en ella); en las fuentes anteriores a la Compilación, el marido tenía derecho al usufructo del inmueble donado a la mujer por sus padres a manera de dote; por ello resulta verosímil que, al ampliarse los beneficios legales de la mujer para el caso de viudez, se extendieran en igual medida los del marido, según ocurre en otras fuentes; algún autor así lo deduce, de la misma Compilación (fueros 1 *de secundis nuptiis* y 8 *de communi dividundo*); y el texto de las observancias que transcribe el manuscrito de Londres (cuyo origen debe situarse en la segunda mitad del siglo XIII) demuestra que, cincuenta años después de publicado el fuero 1 *de iure dotium*, tenía el marido derechos idénticos a los de la mujer; lo cierto es que, en 1390, el fuero 1 *de alimentis* lo regula como derecho recíproco.

El fuero 1 *de iure dotium* se refería a todos los bienes (incluidos, pues, los muebles), lo cual debió conducir a mezclar, y acaso confundir, la viudedad con la comunidad continuada, por la dificultad de individualizar los muebles que constituían el capital del consorcio sobre el cual había de tener lugar el usufructo; téngase en cuenta, también, el escaso valor reconocido a los muebles y el hecho de que, en ellos, tenía ya participación el cónyuge viudo por ser comunes; es posible, por ello, que la limitación a los inmuebles fuese, en la práctica, coetánea a la vigencia del fuero. De cualquier modo, el fuero 1 *de alimentis*, de 1390, regula el derecho limitadamente a los bienes inmuebles, debiendo dividirse los muebles a la disolución del matrimonio si no se continuaba la comunidad con los herederos.

Las sucesivas disposiciones son, fundamentalmente, adiciones que tienden a fijar el régimen jurídico de la institución en puntos no decididos por la ley y resueltos por la costumbre o la jurisprudencia; así, los fueros 1 *de iure viduitatis* y 2 *de alimentis*, ambos de 1398; la mayor aportación, empero, corresponde a las observancias 6, 8, 11, 13, 14, 19, 26, 43, 45, 51, 52, 54, 55, 58 y 59 *de iure dotium*, 2 *de secundis nuptiis*, 13 *de privilegio generali*, y 2 *ne vir sine uxore*, principalmente. Los fueros, único *de usufructo et iure enphiteotico*, de 1436, 2 *de iure viduitatis*, de 1442, y único *de usufructo*, de 1461, abordan aspectos muy particulares de la viudedad. Todavía, en 1678, el fuero *que los que tuvierén viudedad*, completa la regulación histórica obligando al cónyuge viudo a formalizar inventario y prestar fianza de los bienes muebles usufructados en viudedad.

2. El Apéndice de 1925.

Los distintos proyectos de Apéndice regularon con detenimiento esta materia, "la más mimada de Aragón" al decir de la exposición de motivos del de 1904.

Del proyecto de 1924 pasó la regulación con ligeras enmiendas (en materia de inventario, principalmente) al Apéndice de 7 de diciembre de 1925, que rigió desde el 2 de enero de 1926 hasta la entrada en vigor, el 1 de mayo de 1967, de la ley 15/1967, de 8 de abril ("Boletín Oficial" del siguiente día 11), sobre Compilación del Derecho civil de Aragón.

El Apéndice de 1925 regulaba la viudedad en los artículos 63 a 75, ambos inclusive. Hay que reconocer que recogió, casi siempre fiel y cumplidamente, el Derecho histórico, recurriendo, para suplir las lagunas de éste, principalmente al Proyecto de 1904. Su regulación pecaba de excesivo casuismo; de acuerdo con el Derecho tradicional (en algunos preceptos se reproducía, casi con las mismas palabras, el correspondiente texto histórico) contenía pocas disposiciones generales y puntualizaba cuestiones que acaso debió ceder a la doctrina y jurisprudencia. Su ordenación sistemática resultaba imperfecta; pues, tras distinguir las dos fases de este derecho (expectante y usufructo actual), mezcló el régimen de una y otra, sin perjuicio de dejar, en cuanto a la primera, muchas lagunas. En el aspecto formal, el articulado era excesivamente extenso y farragoso, de redacción un tanto barroca y enrevesada; resultaba impropio de una norma legal contener, por ejemplo, concatenadas, una serie de oraciones gramaticales negativas y en subjuntivo (cfr. art. 71), o dos largas listas en un mismo artículo que hacían incómoda la referencia (cfr. arts. 66 y 72), etc.

II. SISTEMA DE LA COMPILACIÓN

3. Descripción.

La nueva Compilación del Derecho civil de Aragón regula la viudedad dentro del Libro primero (*Derecho de la persona y de la familia*), integrando el último de sus títulos, el título VI (*De la viudedad*), que está dividido en tres capítulos: el primero (*Disposiciones generales*) comprende los artículos 72 (*Origen y extensión*), 73 (*Limitaciones*), 74 (*Renuncia y privación*) y 75 (*Fuentes e interpretación*); el segundo (*Del derecho expectante de viudedad*) comprende los artículos 76 (*Régimen*), 77 (*Bienes excluidos*) y 78 (*extinción*); y el tercero (*Del usufructo viudal*), los artículos 79 (*Comienzo del usufructo*), 80 (*Inventario y fianza*), 81 (*Otras medidas cautelares*), 82 (*Sanción de la falta de inventario*), 83 (*Disponibilidad del derecho y de los bienes*), 84 (*Derechos y obligaciones*), 85 (*Intervención de los nudo-propietarios*), 86 (*Extinción del usufructo viudal*), 87 (*Transformación del usufructo*) y 88 (*Poseción de los propietarios*).

4. Apreciación crítica general.

De "afinada y certera" calificaba el informe del Colegio Notarial de Zaragoza y de los Registradores de las tres provincias aragonesas

a la regulación que de la viudedad hacía el primer Anteproyecto de la Comisión compiladora.

Su situación sistemática inequívoca, dentro del Derecho de Familia, y su estructuración interna, regulando en capítulos diferentes la fase del derecho expectante y la del usufructo viudal, sólo ventajas produce (*infra*, núm. 5).

Fiel al espíritu del Derecho histórico, la Compilación trata, sin embargo, de adaptar sus reglas a las cambiadas circunstancias temporales, adecuando la institución a la realidad social y a los planteamientos económicos de nuestros días. Por otra parte, se ha aprovechado la coyuntura legislativa para proveer a la enmienda de algunos inconvenientes —paralización en el tráfico de los bienes usufructuados; excesiva prolongación de la dependencia económica de los hijos; posibilidad de una administración defectuosa, al estar únicamente en manos de una persona de avanzada edad— que, si nunca superaron a las ventajas de la institución, admitían, además, un tratamiento corrector que no fuese contradictorio con la finalidad de aquélla: la prolongación de la unidad familiar. No otro significado —corrección de inconvenientes denunciados por la experiencia— tienen los artículos 73, 83, 85 y 87 de la nueva Compilación. También se ha tratado de reflejar lo más destacado de las aspiraciones manifestadas, por vía dispositiva, durante la última época de vivencia de la institución: viudedad universal (art. 72), dispensa de inventario (art. 80), etc.

En el aspecto técnico la nueva regulación goza de mayor densidad normativa; con una extensión análoga, o acaso inferior, a la del Apéndice, la Compilación contiene más Derecho que aquél; los artículos son breves o distribuidos en párrafos también breves y numerados. Hay abundantes remisiones que evitan la repetición, y las rúbricas que preceden a cada artículo suponen una mejora técnica notable para su manejo y para su interpretación y coordinación.

En el aspecto formal el lenguaje de la Compilación es claro y sencillo; si no alcanza la elegancia retórica o el casticismo histórico de algunas expresiones del Apéndice, le gana, en cambio, en rigor y precisión terminológica, dentro de una suficiente corrección y de una enconiable austeridad formal.

Ello no quiere decir que la regulación de la viudedad en la Compilación carezca de defectos; sin duda los tiene; a lo largo de este estudio iré señalando los que yo he advertido. Aquí quiero exponer solamente que el sistema de elaboración sucesiva por varios organismos, si no están muy relacionados y compenetrados, tiene el inconveniente de dejar desapercibidas —y desatendidas— las repercusiones concomitantes a una modificación concreta; también dentro de un mismo organismo puede ocurrir esto cuando se formulan dos versiones diferentes y, a mi juicio, esto es lo ocurrido con la remisión que el artículo 74 hace al 87 y lo ocurrido —en este caso agravado al sustituir la Comisión de Códigos la remisión numérica, equivocada, por el contenido— con la salvedad que hace el 76, 2, de lo establecido

sobre responsabilidad por deudas de gestión. Algo de esto sucede también con la subsistencia de normas pensadas para la viudedad inmobiliaria y no modificadas al formularla como universal (cfr. artículo 84, 1.^a).

Pero, en conjunto, el saldo es, a mi juicio, sin duda favorable; los defectos señalados —y los que se irán observando— son muy concretos; alguno, puramente material; perfectamente subsanables a través del procedimiento previsto en la disposición adicional de la misma Compilación.

5. *En particular, consecuencias de la ordenación sistemática.*

La ubicación y ordenación sistemática de la viudedad en la nueva Compilación sugiere las siguientes observaciones:

a) Se considera que la viudedad forma parte del Derecho de familia y no del de sucesiones; así lo destaca expresamente la Exposición de motivos, ratificando el anterior convencimiento doctrinal que se apoyaba en razones históricas y técnicas, a saber: en primer lugar, el origen de la institución, las arras y la continuación de la comunidad conyugal; en segundo lugar, el tratamiento y la interpretación doctrinal de nuestros clásicos, que nunca suplieron las lagunas con las normas que rigen la herencia; en tercer lugar, la conclusión de que el viudo usufructuario no es —tampoco en el Derecho del Apéndice— un heredero: su derecho, en principio, es superior al de los acreedores, preferente al de los legatarios, precede al de los legitimarios y no depende de la voluntad del causante; tampoco es un legatario, porque su derecho no constituye un crédito contra los herederos, sino un gravamen con el cual estos reciben los bienes; finalmente, su derecho no es sucesorio porque lo adquiere a título oneroso, no lucrativo, lo cual explica su preferencia al derecho de los acreedores.

Pero el tratamiento de la viudedad como institución de Derecho familiar deja subsistente el viejo problema —o los inconvenientes— de la ley aplicable en los casos de cambio de regionalidad; en tales casos puede suceder que se superponga el derecho —familiar— de viudedad (adquirido en el momento de contraer matrimonio siendo aragonés el marido; y no extinguido al perder la vecindad aragonesa, por ser inmutable el régimen económico familiar) como ventaja concedida al cónyuge viudo al disolverse la comunidad conyugal, y el derecho —sucesorio— a una cuota parte de la herencia del primero (por conceder legítima al cónyuge viudo el ordenamiento aplicable a la vecindad no aragonesa que tuviese el otro cónyuge al morir); puede suceder también que unos cónyuges no aragoneses (sin derecho de viudedad) adquieran después de celebrado el matrimonio la vecindad aragonesa; a la muerte de uno de ellos, el otro no gozará de viudedad (porque no se la concedía el ordenamiento apli-

cable al matrimonio, cuyo régimen es inmutable), ni de legítima (pues, por normalmente innecesaria, no la concede al viudo el Derecho aragonés, aplicable a la sucesión del otro cónyuge).

La Compilación no resuelve esta cuestión, ni era competencia suya resolverla; se trata de un conflicto de leyes que no debía solucionar una de las leyes en concurso; no es problema de Derecho aragonés, sino de Derecho interregional que, por tanto, deberá resolver la ley de esta naturaleza y finalidad que, con carácter de urgencia, demandaba el extremo *d*) de la conclusión 1.^a del Congreso Nacional de Derecho civil celebrado en Zaragoza el año 1946.

Entre tanto, también con referencia a la Compilación, creo que la solución más justa y viable consiste en conceder al cónyuge superviviente las ventajas de la ley aragonesa como más favorable. La solución, en los casos de superposición de ventajas viuales (viudedad aragonesa y legítima del C. c., por ejemplo), que consiste en eliminar la cuota del Código, se justifica por la improcedencia de acumular, en cualquier sistema, dos cuotas usufructuarias en favor de un mismo cónyuge viudo; va esto contra los principios generales que informan el sistema sucesorio del Código civil, y desde el momento en que la función de la legítima viual queda cumplida con el usufructo viual aragonés, juntamente con la división de la comunidad matrimonial legal, debe entenderse que dichos beneficios quedan calificados, con arreglo al propio Código civil, como derechos sucesorios, y que la legítima del Código es innecesaria. En los casos de inaplicación de ninguna de las dos instituciones (ni viudedad ni legítima), la solución de conceder al cónyuge superviviente el usufructo viual aragonés se justifica por la íntima relación que, en Derecho aragonés, tienen las instituciones familiares *post mortem* (en los Derechos forales el régimen de bienes no es del matrimonio, sino de la familia), y el Derecho de sucesiones, lo que permite entender que éste atrae a su órbita aquellos beneficios viuales cuando se trata de cónyuges que no han renunciado a ellos y no los tienen atribuidos por la ley del tiempo de su matrimonio.

Por lo demás, la naturaleza familiar de la institución —ahora firmemente refrendada por la sistemática de la Compilación— tiene importantes consecuencias prácticas: la inaplicabilidad de las normas sucesorias sobre incapacidad, indignidad, desheredación (sin perjuicio de la conveniente remisión: cfr. art. 86-1), aceptación, renuncia, responsabilidad, etc.

b) La sistemática del título VI del libro I de la Compilación diferencia y regula las dos fases de la institución, derecho expectante y usufructo viual.

Propiamente no son dos derechos distintos, ni la clasificación en dos especies de un derecho como categoría genérica, sino dos fases o momentos de una misma institución, evolutiva conforme al cambio —constante matrimonio, disolución por muerte de un cónyuge— del supuesto de hecho. A cada una de estas fases corresponde, sobre un

tratamiento común, distinto tratamiento doctrinal y práctico, aunque recíprocamente coherente. Normativo también; el Apéndice de 1925 distinguió perfectamente, según he dicho, las dos fases (cfr. art. 63); pero después mezcló el régimen de ambas, haciéndose necesario discriminar qué normas tenían alcance o eficacia común y cuáles otras se referían al derecho expectante o al usufructo legal; la enumeración de las causas de extinción que contenía el artículo 73 es, entre otros, un claro exponente de esta promiscuidad. Por otra parte, ello ocasionaba algunas lagunas en el régimen, quizá más delicado, del derecho expectante. La clarificación sistemática permite relacionar el derecho expectante con la responsabilidad de los bienes sobre que recae (art. 76, 2), así como determinar las respectivas causas de extinción (arts. 78 y 86), etc. Y ha permitido resolver los problemas prácticos que pudiera plantear la "universalización" de la viudedad (cfr. art. 76, 3).

Pero la integración, como simples capítulos, del respectivo régimen jurídico, en un mismo título, así como la dedicación de un capítulo a las disposiciones generales, expresan la unidad institucional y la coherencia de las dos fases entre sí; ni el derecho expectante es una simple expectativa de derecho, equivalente a la del legitimario en vida del causante, ni el usufructo viudal es un simple usufructo; la viudedad es un derecho de naturaleza familiar que tiene un régimen y unas manifestaciones distintos constante matrimonio y tras la muerte de uno de los cónyuges.

III. RÉGIMEN GENERAL

6. Fuentes e interpretación.

Bajo esta misma rúbrica, al final del Capítulo primero, el artículo 75 dispone en sus dos primeros párrafos:

Fuentes e interpretación.

Artículo setenta y cinco.—Uno. El derecho de viudedad se rige, en orden de prelación, por el pacto, la costumbre, las disposiciones de este título y las del Código civil.

Dos. Las cláusulas contractuales y testamentarias relativas a la viudedad se entenderán siempre, en sentido favorable a la misma.

La prelación de fuentes establecida en el primer párrafo, con tal carácter de ordenación preferente, supone una alteración, para la viudedad, del orden general establecido en el artículo 1 de la Compilación; en tema de viudedad, así, la costumbre no sólo viene a integrar la Compilación misma, sino que se antepone a ella; anteposición que sólo puede significar una de estas dos cosas: o que toda la regulación legal de la viudedad es *ius dispositivum*, o que en tema de viudedad

queda legalmente admitida la costumbre *contra legem*; propiamente, un tratamiento técnico del precepto conduce a esta segunda solución porque la primera —*ius dispositivum*— se aviene mal con alguno de sus pronunciamientos (cfr. art. 74,2) y, por otra parte, es más referible a la anteposición del pacto que de la costumbre; además, ni la anteposición del pacto ni de la costumbre a las disposiciones legales de Derecho dispositivo tendría que formularse con carácter particular en el título de la viudedad; ello ya resulta así, para la totalidad del ordenamiento, de los artículos 2 y 3 de la Compilación.

* * *

En el párrafo segundo del artículo 75 se formula como mejor regla de interpretación el principio del *favor viduitatis*. La norma viene a coincidir con la formulada al final del párrafo primero del artículo 64 del Apéndice, pero en la Compilación tiene —incluso sistemáticamente— mayor amplitud: en el Apéndice suponía la aplicación del principio a la extensión universal, por pacto, del objeto de la viudedad, si bien de la norma podía inducirse el principio para aplicarlo analógicamente a otras cuestiones; en la Compilación se formula, en tema de interpretación, el principio mismo.

7. *Originación del derecho de viudedad.*

El primer artículo del Capítulo I de la viudedad está formulado en los siguientes términos:

Origen y extensión.

Artículo setenta y dos.—Uno. La celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge, el usufructo de viudedad sobre todos los bienes del que primero fallezca, a salvo lo pactado en instrumento público o lo dispuesto de mancomún por ambos cónyuges.

Dos. Por voluntad de uno de los cónyuges expresada en testamento o instrumento público podrá reducirse el derecho de viudedad del otro a los inmuebles por naturaleza y a los sitios comprendidos en el número primero del artículo treinta y nueve. Si el valor de unos y otros no representa la mitad del caudal hereditario se extenderá la viudedad a otros bienes hasta completar dicha mitad.

El derecho de viudedad nace, pues, con la celebración del matrimonio; la problemática de originación —matrimonio no inscrito, matrimonio secreto, etc.; en cuanto al matrimonio nulo, *infra*, núm. 14— queda implicada en la relativa a la eficacia del matrimonio.

La propuesta del Seminario (art. 139) y los Anteproyectos de la Comisión compiladora (arts. 144 del provisional y 140 del definitivo)

especificaban que esta originación automática por la celebración del matrimonio se producía cuando el marido era aragonés en el momento de contraerlo. La Comisión de codificación eliminó del Proyecto tal precisión, que tampoco ha pasado al texto legal seguramente por entender que, aclarada la naturaleza familiar de la institución, tal resultado venía dado por los artículos 9 y 15 del Código civil.

* * *

Según el artículo 72,1 de la Compilación, lo que la celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge es “el usufructo de viudedad sobre todos los bienes del que primero fallezca”. Este modo de describir la viudedad se asemeja más al artículo 63 del Apéndice que al correspondiente de los proyectos pre-legislativos; pero se diferencia de aquél en que el Apéndice refería la atribución *ope legis* al “derecho expectante de usufructuar”, mientras la Compilación lo refiere al “usufructo de viudedad”; realmente, con esta redacción, la inteligencia del artículo 72 en sí mismo podría resultar oscura; podría parecer que, con la celebración del matrimonio, y desde ella, cada cónyuge adquiere el usufructo de los bienes del otro, o que lo adquiere uno (el que sobreviva) sobre los del que primero fallezca, pero desde la celebración del matrimonio, lo cual es imposible... o que el derecho de usufructo sea originado desde la muerte de un cónyuge, pero por el matrimonio, como una expectativa jurídica semejante a la que la filiación atribuye en cuanto a la legítima...; sin embargo, el contexto de la regulación (en especial los arts. 76 y 79) demuestra que la nueva formulación tiene el mismo alcance que la acogida en sus precedentes y que la adoptada por el Apéndice; el derecho nace con la celebración del matrimonio, pero nace en su fase expectante, fase que consiste en afectar unos bienes a un posible y futuro usufructo.

* * *

En cuanto a la originación del derecho, el párrafo uno del artículo 72 se completa con la norma contenida bajo la rúbrica *fuentes e interpretación*, en el párrafo tres del artículo 75:

Tres. La viudedad es compatible con el pacto de hermandad llana.

Es lógico que el régimen matrimonial de *germandad* o comunidad universal no obste a la originación de la viudedad, puesto que la división por mitad de todos los bienes de los cónyuges no impide que el sobreviviente usufructúe los que se asignen a los herederos del premuerto, como sucede con la parte correspondiente a estos en la comunidad, limitada, del régimen legal.

La compatibilidad, por lo demás, estaba ya proclamada en la ob-

servancia 19 *de iure dotium* y, respecto de la viudedad legal, en el artículo 63 del Apéndice. La novedad estriba en que el Apéndice regulaba como legal la viudedad inmobiliaria, y al disponer en el artículo 63, párrafo 1.º, al final, que este derecho que se denomina “viudedad legal” no se altera por la estipulación llamada de “hermandad llana”, podría pensarse que sí se alteraba cuando no era viudedad legal, sino universal, paccionada o concedida. Como, por otra parte, el párrafo 2.º del artículo 64 declaraba la posibilidad de coexistencia del disfrute de la viudedad legal por el sobreviviente, con la comunidad continuada entre éste y los herederos del premuerto, negando expresamente esta posibilidad cuando se tratase de viudedad universal, parece que, por simetría, la compatibilidad entre viudedad legal y hermandad llana llevaba consigo la incompatibilidad entre ésta y la universal. Sin embargo, este resultado interpretativo no resultaba necesario; más bien conducía al contrario observar que el artículo 64 expresamente proclamaba la incompatibilidad entre la viudedad universal y la comunidad continuada, después de haber proclamado la compatibilidad con la legal, mientras que, en cuanto a la hermandad llana, faltaba la declaración expresa de incompatibilidad con la viudedad universal. Por otra parte, la *ratio* era completamente distinta: la hermandad llana es un pacto y también lo era —pacto o disposición— la viudedad universal: si coexistían ambos pactos, a ellos habría que estar, conforme al principio *standum est chartae* sin necesidad de que la ley proclamase su compatibilidad, compatibilidad que, en cambio, consideraba oportuno proclamar cuando una institución (la hermandad llana) procede del pacto y la otra (la viudedad inmobiliaria) de la ley.

Como el Seminario y la Comisión habían configurado la viudedad con notable amplitud, pero no universal, salvo que se pactase o concediese, repitió el contenido de la norma del Apéndice en forma más amplia al concederlo “cualquiera que sea el régimen de bienes de un matrimonio” (cfr. art. 144 del Anteproyecto provisional): pero después de la información pública, cuando la Comisión compiladora configuró ya la viudedad como universal, es cuando se incluyó la norma que actualmente forma el párrafo 3 del artículo 75 de la Compilación: la compatibilidad entre la viudedad (ya universal por ley) y el pacto de hermandad llana (cfr. art. 143 del Anteproyecto definitivo): no cabe pensar, pues, que la Comisión entendiase de otro modo el Apéndice, que quisiera hacer compatible con el pacto de hermandad llana y la viudedad legal inmobiliaria y que, al hacerla universal olvidase modificar la norma que había formulado pensando en una viudedad legal restringida. A mayor abundamiento, nótese que en la Compilación —a diferencia del Apéndice— la declaración de compatibilidad de la viudedad con el pacto de hermandad llana está situada, bajo la rúbrica *interpretación*, tras la regla de interpretación favorable a la viudedad de las cláusulas contractuales y testamentarias.

En suma, el alcance *consciente* que la Compilación parece dar a

esta regla es el siguiente: como la viudedad por ley es universal, pero por voluntad puede reducirse, cuando se haya pactado el régimen de hermandad llana, sin más, este simple pacto —entendido en sentido favorable a la viudedad— no significa, de suyo, voluntad de los cónyuges de limitar el objeto de la viudedad.

Por lo demás, la viudedad es también compatible en principio con los regímenes legales o convencionales de separación de bienes.

La compatibilidad entre la viudedad universal y la comunidad continuada —en lo que sí hay un cambio de criterio respecto del Apéndice— es problema distinto, y se expone en otro lugar (*infra*, núm. 14).

8. *Ambito objetivo.*

En los documentos anteriores a la Compilación oscense la viudedad se concede, unas veces, sobre todos los bienes del cónyuge que premuera, y otras sobre bienes determinados. En el fuero 1 *de iure dotium*, y en los fueros 1 y 2 *de secundis nuptiis*, se concede a la viuda el disfrute de *omnia quae simul habuerant*; la limitación a los inmuebles bien pudo generalizarse, por pacto, durante la vigencia de estos fueros, pero no adquirió carácter legal hasta 1390 en que el fuero 1 *de alimentis* lo limitó a los inmuebles.

Así se perpetuó en el Derecho aragonés y así pasó al Apéndice de 1925, sin perjuicio de poder hacerse extensiva a los muebles por disposición voluntaria, incluso presunta (cfr. art. 64 del Apéndice), denominándose entonces viudedad universal.

Sin embargo, ya en el siglo pasado, existió un sector doctrinal que, con variedad de argumentos, propugnaba *de lege ferenda* la viudedad legal de ámbito universal; exponente de esta corriente son la Memoria elevada al Gobierno y los proyectos de Apéndice de FRANCO y LÓPEZ y las conclusiones del Congreso de juristas aragoneses de 1880.

Se objetó a esta tesis que el argumento histórico poco suponía, desde el momento en que la misma práctica limitó pronto la viudedad a los inmuebles; que su extensión quedaba siempre permitida en un régimen de amplia autonomía de la voluntad; que la revalorización de la propiedad mobiliaria no era referible a toda clase de bienes, sino a los que la vida moderna había situado como posible fundamento de la economía familiar; y que la afección de los muebles, en vía expectante, ofrecía los inconvenientes técnicos inherentes a su naturaleza de gravamen real.

Por ello, otros autores propugnaron la extensión objetiva de la viudedad sin que llegase a ser universal, la afección de algunos bienes muebles (establecimientos mercantiles o industriales, títulos de la deuda pública o representativos de la participación en empresas, etc.); en este sentido, las directrices señaladas por la correspondiente ponencia de la Comisión de 1947 señalaban que la viudedad debía recaer, además

de sobre los inmuebles por naturaleza, sobre las explotaciones agrícolas o pecuarias, los negocios mercantiles o industriales y la propiedad intelectual e industrial, así como sobre los títulos valores que representasen participación del cónyuge premuerto en negocio directamente llevado por uno de los dos, y, por último, sobre el ajuar doméstico (no constituyéndose, en cambio, ventajas).

A la hora de enjuiciar este problema y de fijar su punto de partida, es necesario precisar que, en el Derecho histórico y en el Apéndice, la limitación a los inmuebles era sólo relativa; la temprana evolución que supone, por lo menos, el fuero 1 *de alimentis* —y ya he dicho que la práctica de reducción objetiva debió ser inmediata al 1 *de iure dotium*— se explica por cuanto, abarcando la comunidad legal aragonesa todos los bienes muebles de ambos cónyuges, el supérstite participaba en ellos a la disolución del matrimonio por muerte del otro cónyuge, es decir, que el usufructo vidual ya no tenía una razón de ser esencial en cuanto a ellos; en cambio, en el Derecho navarro en que la comunidad se restringe pronto a las ganancias, el disfrute vidual se mantiene extendido a los muebles. Por ello, en el Derecho histórico aragonés, la exclusión de los muebles lo es en cuanto comunes: los que mantienen carácter privativo son objeto de viudedad (cfr. observancia 9 *de secundis nuptiis* y las SS.A.Z. 6 julio 1866 y 22 junio 1878, entre otras). En realidad, el Apéndice, sin decirlo, seguía este mismo criterio: referir la viudedad, además de a todos los bienes inmuebles, a los muebles privativos, sea *in natura* sea en valor; así, el artículo 66 enumeraba una serie de bienes muebles que, “al efecto de comprenderlos en la viudedad legal, se reputarán bienes inmuebles” y que son, o créditos de la masa privativa contra terceros (núms. 1.º y 2.º), o un crédito privativo, efecto de una transmisión de propiedad a la masa común (num. 3.º), o un crédito privativo contra la comunidad, nacido simultáneamente a ésta, pero pagadero a su disolución (número 4.º); en cierto modo, respondía también a este principio —tácito, pero efectivo en la regulación del Apéndice— la regla 1.ª de su artículo 72.

Las primeras formulaciones prelegislativas de la Compilación siguieron este mismo sistema, pero invirtiendo su presentación: en lugar de referir la viudedad a los bienes inmuebles y añadir después —considerados como tales a efectos de viudedad— una serie casuística de bienes muebles (que resultan ser los privativos, *in natura* o en valor), la propuesta del Seminario (art. 139) y el Anteproyecto provisional de la Comisión compiladora (art. 144) declaraban objeto de viudedad todos los bienes privativos del cónyuge premuerto y los inmuebles comunes. Pero, además, estos preceptos añadían —por vía de remisión al régimen matrimonial— que, a los efectos de viudedad, tendrían consideración de inmuebles las explotaciones agrícolas o ganaderas y los negocios mercantiles e industriales, con cuantos elementos estuviesen afectos a unos y otros, los vehículos, máquinas y artefactos cuya propiedad deba acreditarse mediante documentación intervenida

por oficina pública, y los títulos-valores, las participaciones en sociedades y cuentas de asociación, los capitales colocados en negocios y los créditos consignados en documento público.

Sin embargo, tras la información pública del Anteproyecto, la Comisión rectificó la formulación del precepto, y en el artículo 140 del definitivo aparece la viudedad legal referida a todos los bienes del premuerto. Sin duda influyó en este giro el informe emitido por el Colegio Notarial de Zaragoza y los Registradores de las tres provincias aragonesas, el cual consideraba que en el Anteproyecto la viudedad se hacía casi universal y que hacerla universal era aspiración de, prácticamente, la totalidad de los cónyuges aragoneses; por ello propugnaba este informe que se le diese francamente tal carácter: viudedad universal, como regla, dejando a salvo la posibilidad de restringirla por testamento o por pacto a los bienes inmuebles; de esta forma —concluía el informe— se invertirían, con relación al Anteproyecto, los términos del problema, haciendo su regulación más acorde con el sentir general.

La Comisión de Códigos formuló el precepto en los términos que han quedado en el transcrito artículo 72 de la Compilación: la viudedad legal recae sobre todos los bienes del que primero fallezca. Y esta extensión universal del derecho de viudedad es también aplicable, conforme a la disposición transitoria cuarta de la misma Compilación, a los matrimonios ya contraídos y subsistentes al tiempo de su entrada en vigor; en cambio, no se regirán por sus normas los usufructos viuales anteriormente causados (*ibidem*), ni se aplicarán a los matrimonios, ya contraídos, de viudo o viuda que tuviera descendencia de anteriores nupcias (disposición transitoria quinta).

La Exposición de motivos justifica la extensión universal con argumentos semejantes a los del informe de los Notarios y Registradores aragoneses: la conveniencia de atribuir carácter de sitios a un considerable número de bienes muebles por naturaleza; y la frecuencia de extensión por voluntad a todos los bienes; incluso alude la Exposición de motivos a la creencia, muy generalizada, que así lo ordenaba la ley.

Tiene el nuevo sistema la ventaja de su sencillez, puesta de relieve por MARTÍN BALLESTERO; de su historicidad puede hablarse en ambos sentidos, pues en su origen legal aparece como universal, aunque pronto se reduce; y los inconvenientes técnicos inherentes al tratamiento de un gravamen real sobre muebles de toda clase (consumibles, fungibles) han sido obviados por la Compilación excluyéndolos, en los términos que luego analizaré, del derecho expectante (cfr. art. 76, 1 y 3).

* * *

Por lo demás, la reforma legislativa no supone una innovación muy profunda si se tiene en cuenta, de una parte, el verdadero alcance objetivo de la viudedad, tanto en el Derecho histórico cuanto en el Apén-

dice; y, de otra parte, que la disposición general del artículo 72, 1, adquiere, en la misma Compilación, las siguientes matizaciones:

a) Convencionalmente la viudedad puede reducirse a los inmuebles y aun a sólo parte de ellos: "A salvo lo pactado en instrumento público o lo dispuesto de mancomún por ambos cónyuges", dice, al final, el párrafo 1 del artículo 72.

Incluso la voluntad unilateral de uno de los cónyuges, expresada en forma, puede reducir el objeto del derecho del otro a los inmuebles por naturaleza y a las explotaciones agrícolas, ganaderas, mercantiles e industriales, con cuantos elementos estén afectos a unos y otras, completado, en su caso, con otros bienes, hasta alcanzar el valor de la mitad del caudal hereditario (cfr. art. 72, 2).

En el Derecho del Apéndice la viudedad legal podía hacerse universal por voluntad del otro cónyuge, y existía tal serie de presunciones en este sentido (cfr. art. 63) que bien podía descubrirse, como principio inspirador, el *favor viduitatis*. En la Compilación la viudedad legal es universal, pero puede reducirse mediante pacto o disposición mancomunada, y, dentro de los límites legales, por voluntad unilateral. La diferencia, como se ve, no es grande; incluso, constatada en el Derecho anterior la frecuencia del pacto de viudedad universal, el nuevo Derecho no supone sino una adaptación a esta realidad de la vida jurídica.

b) En supuestos particulares, el objeto de la viudedad queda también legalmente reducido; he aquí cómo lo dispone la nueva Compilación:

Limitaciones:

Artículo setenta y tres.—En el supuesto de matrimonio de viudo o viuda que tuviere descendencia de anteriores nupcias, el derecho de viudedad a favor del otro cónyuge no podrá extenderse a bienes, porción o cuota de ellos, cuyo valor exceda de la mitad del caudal hereditario. Esta limitación quedará sin efecto si al fallecimiento del binubo no sobrevivieren descendientes de aquella procedencia.

El fundamento de esta limitación objetiva —y nótese que puede ser más enérgica que la limitación a inmobiliaria— parece claro: se trata de hacer compatible, en cierta medida, el disfrute viudal del cónyuge supérstite con la efectividad actual de los derechos sucesorios de los hijos que, siéndolo del premuerto, no lo son del usufructuario; por ello el precepto requiere que el primer matrimonio fuese fecundo y, además, heredado.

Este artículo no tiene precedente en el Apéndice de 1925; tampoco en los Proyectos de 1899 y 1904. En el Derecho histórico la observancia 10 de *secundis nuptiis* dispuso que la viuda en el segundo matrimonio del marido tenía viudedad en la mitad de los bienes consorciales del primer matrimonio y primera sociedad continuada que le correspondiera al marido, siendo la nuda propiedad a dividir por ca-

bezas entre los hijos de la primera y de la segunda mujer; y que no tenía viudedad en la otra mitad del primer consorcio. El segundo Apéndice de FRANCO disponía que la persona que casase con viudo o viuda con hijos de anterior matrimonio, sólo tendría viudedad en los bienes que éste adquiriese en lo sucesivo y en la parte de que pudiese disponer libremente por última voluntad en favor de extraños, de los que a la sazón le pertenecieran (art. 121). El Congreso de juriscultos de 1880 aprobó que el que casase con viudo o viuda no tuviera viudedad en la parte de bienes que éste aportase correspondiente a los hijos del primer matrimonio.

Más por consideración a razones prácticas y de experiencia que por fidelidad a estos precedentes (en el fondo, alguno de ellos poca relación tiene con la limitación por viudez de cónyuge binubo), el Seminario y la Comisión compiladora establecieron la reducción del derecho de cada cónyuge a la mitad (de los bienes privativos del premuerto y de los inmuebles comunes), cuando un viudo o viuda con descendencia casare con persona veinte o más años menor que él (cfr. art. 144, § 2.º, del Anteproyecto provisional); igualmente, a la posibilidad de extender el derecho de viudedad en documento público o testamento a los bienes muebles consorciales, impusieron como limitación el que no se podría conceder viudedad universal en el caso de ulteriores nupcias con supervivencia de hijos de anteriores matrimonios (cfr. art. 145). Tras la información pública estas limitaciones se modificaron; en su informe decía el Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza que el § 2.º del artículo 144 parecía una suspicacia innecesaria y que, además, la solución era totalmente casuística —igual que veinte años se podía haber puesto quince o veinticinco—; entendía así, este informe, que si se quería proteger los derechos de la descendencia era inocua la diferencia de edad entre los nuevos cónyuges; y si lo que se quería era reducir el interés económico que pudiera tener el matrimonio para el contrayente más joven, era indiferente que el otro contrayente fuera viudo o soltero y que tuviera o no descendientes. Atendida esta observación, el artículo 141 del Anteproyecto definitivo (que ya había formulado como universal la viudedad legal) se limitó a disponer que, en caso de ulteriores nupcias con supervivencia de hijos de anterior o anteriores matrimonios, el derecho de viudedad se reduciría a los inmuebles por naturaleza y a las explotaciones agrícolas o ganaderas y a los negocios mercantiles e industriales; y que, si su valor no representara la mitad del caudal hereditario, se completaría este mínimo con los bienes muebles necesarios; es decir, en tales supuestos (ulteriores nupcias con supervivencia de hijos del matrimonio anterior), la viudedad se reducía a los límites en que la legal (universal) podía ser reducida, en supuestos normales, por voluntad de cada cónyuge declarada en testamento o instrumento público; y en los casos de ulteriores nupcias con supervivencia de hijos, si la persona que casaba con viudo o viuda era veinte o más años menor que él, todavía el derecho se reducía a la tercera parte del caudal.

La Comisión de Códigos modificó de nuevo el sistema (cfr. art. 73 del Proyecto) en la forma que ha pasado al artículo 73 de la Compilación: reducción del derecho viudal a bienes cuyo valor no exceda de la mitad del caudal hereditario, quedando sin efecto la limitación si al fallecimiento del viudo no sobrevivieran los hijos de anterior matrimonio; y ha desaparecido toda suerte de reducción por desigualdad de edad.

Es posible que los argumentos expresados en el informe del Colegio de Abogados —y que, en definitiva, han prevalecido— sean del todo ciertos; pero yo creo que la propuesta del Seminario trataba de evitar *dos* inconvenientes distintos, aunque muy relacionados y unificados en la vulneración del fundamento de la institución: ya he dicho que la viudedad tiene su explicación sociológica y su principal justificación ética en la prolongación de la unidad familiar; al dejar en manos del cónyuge viudo la dirección económica de la familia, favorece su cohesión y la educación de los hijos, a la vez que mantiene su autoridad sobre ellos, y —haya o no hijos— le asegura un tenor de vida igual que en vida de su consorte; pero, junto a estas ventajas, tiene, sin duda, algún inconveniente que no las supera ni anula, pero que, aun así, el Seminario y la Comisión trataron de paliar: uno de estos inconvenientes es que, en caso de ulteriores nupcias existiendo hijos del matrimonio anterior, éstos quedan con un simple derecho de alimentos, mientras su padrastro o madrastra disfrutan de todo el patrimonio conyugal; otro inconveniente es que si, además, el matrimonio es desigual de edad —existiendo cierta presunción de “interesado”—, normalmente, la situación de desmembración de dominio y dependencia económica del padrastro o madrastra se prolonga durante mucho tiempo. El Seminario y el primer Anteproyecto proveyeron a los dos inconvenientes: al primero, prohibiendo el pacto de viudedad universal, y al segundo, además, con la reducción objetiva. Hoy queda el sistema unificado; sólo se atiende al primer inconveniente estableciendo, para él, la reducción del objeto de la viudedad a la mitad del valor del caudal hereditario.

* * *

La exposición que antecede supone una descripción del ámbito objetivo de la viudedad en su nueva regulación, y la observación de que, en el fondo, el sistema no supone una innovación tan radical sobre el Derecho del Apéndice como a primer examen puede parecer. Pero, en este punto, acaso sea también interesante señalar algunos problemas y hacer algunas puntualizaciones en orden a la vigente determinación del ámbito objetivo de la viudedad:

a) La viudedad legal es universal, abarca “todos los bienes del que primero fallezca”; pero puede pactarse o disponerse de mancomún otra cosa; el pacto deberá constar en instrumento público y la disposición en testamento mancomunado (cfr. art. 72, 1); aunque el pre-

cepto no lo diga expresamente respecto del pacto —si que lo dice respecto de la disposición mancomunada—, parece lógica la conclusión de que deberán convenir la reducción ambos cónyuges; su voluntad convenida es necesaria y suficiente (además de la forma). La puntualización puede tener interés cuando se haya pactado en capitulaciones matrimoniales, con intervención de otras personas (cfr. art. 25).

b) La posibilidad de reducción paccionada no tiene límites: puede reducirse a los inmuebles por naturaleza y a los establecimientos agrícolas, etc., o sólo a aquéllos, o a parte de ellos, o a sólo los muebles o algunos muebles, etc. Si un cónyuge puede renunciar incluso a la totalidad del derecho (cfr. art. 74, 1), con mayor razón podrá convenir cualquier suerte de reducción. Tampoco parece necesario, por la misma razón, que la reducción sea recíproca ni recíprocamente coincidente. Esta segunda puntualización puede ser interesante en orden a la determinación de si la reducción convenida en testamento mancomunado es o no disposición correspectiva (cfr. art. 97), y en orden a la naturaleza onerosa o gratuita de la viudedad (*infra*, núm. 9).

En la interpretación de estos pactos, empero, deberá tenerse en cuenta el principio del *favor viduitatis* formulado en el artículo 75, 2 (*supra*, núm. 6).

Esta norma, que según he dicho viene a coincidir con el artículo 64 del Apéndice, funcionará, sin embargo, en sentido opuesto: como en el Apéndice la viudedad legal no era universal, sino restringida, pudiendo hacerse universal por declaración de voluntad, el *favor viduitatis* se manifestaba en la interpretación extensiva de los pactos y disposiciones; en cambio, en la Compilación, siendo universal la viudedad legal, aunque limitable por la voluntad, el mismo principio del *favor viduitatis* conducirá, en la generalidad de los casos, a una interpretación estricta, restrictiva, de las declaraciones de voluntad.

c) Mayor problema puede suscitar la reducción por voluntad unilateral a que se refiere el párrafo dos del artículo 72, cuando el valor de los inmuebles por naturaleza y de las explotaciones agrícolas, etc., no represente la mitad del caudal hereditario; para esta hipótesis —que, en economías actuales, puede ser más frecuente de lo que parece— dispone el precepto que “se extenderá la viudedad a otros bienes hasta completar dicha mitad”; pero, ¿quién tasa ese valor? ¿Quién decide a qué otros bienes debe extenderse el derecho?... Aquí será de aplicación lo dispuesto, en cuanto a prelación de fuentes, por el párrafo uno del mismo artículo 75 (*supra*, núm. 6): en su virtud, si la disposición del premuerto que limitó la viudedad del supérstite señalase en qué bienes ha de concretarse el usufructo mobiliario para alcanzar el valor de la mitad del caudal hereditario, a ella deberá estarse, siempre que alcance, efectivamente, esa mitad.

También el pacto, el acuerdo entre el viudo usufructuario y los herederos del premuerto —aunque no sea a este pacto al que se refiere el art. 75, 1, su aplicación resulta del art. 3—, será preferente para decidir esta cuestión.

Si nada hubiese dispuesto ni acordado, se estará a la costumbre; mas ninguna costumbre existe de momento respecto de una modalidad *ex novo* de la institución; si con el tiempo surge, a ella deberá estarse.

Entre tanto, tampoco resuelve la cuestión el título VI del libro I de la Compilación; creo, sin embargo, que en donde conforme al artículo 20 exista Junta de parientes, a ésta corresponderá decidir sobre la valoración y sobre los bienes en que haya de recaer el resto del usufructo viudal.

En otro caso, decidirá la autoridad judicial con amplio arbitrio en cuanto al señalamiento de bienes; no en cuanto a la valoración, que deberá hacerse pericialmente conforme a las normas procesales; sería defendible la aplicación analógica del artículo 1.167 C. c., como si se tratase de una obligación con género limitado, o simplemente por razones de equidad.

d) Parecidos criterios deberán seguirse en la hipótesis de limitación legal a que se refiere al artículo 73. Ahora bien, nótese que este precepto no coincide con el párrafo dos del anterior: cuando uno de los cónyuges quiere reducir el objeto de la viudedad del otro, puede hacerlo a los inmuebles y establecimientos agrícolas, etc.; y si su valor no alcanza la mitad del valor del caudal hereditario se completará este valor con otros bienes que quedarán también sometidos al usufructo viudal (art. 72, 2); cuando el cónyuge premuerto fuese viudo con descendencia que le sobreviva, la viudedad del otro cónyuge “no podrá extenderse a bienes, porción o cuota de ellos, cuyo valor exceda de la mitad del caudal hereditario” (art. 73); esta limitación, según se interprete, puede, por su parte, cercenar incluso el patrimonio inmobiliario (si representa más de la mitad del valor del caudal hereditario), cosa que no sucede con la anterior limitación; y, por otra parte, el objeto del usufructo puede señalarse por quien corresponda con gran amplitud: sobre bienes muebles aun existiendo inmuebles libres del usufructo, etc.; el precepto no señala otro límite ni orden que el del valor; y no parece que sea aplicable por analogía el párrafo segundo del artículo anterior.

* * *

Otra norma relativa al objeto de la viudedad es la formulada —respondiendo a la rúbrica *privación* (*infra*, núm. 9)— en el párrafo dos del artículo 74:

Dos. Los ascendientes no pueden prohibir o impedir que el cónyuge de su descendiente tenga viudedad en los bienes que transmitan a éste por donación o sucesión.

Pero este precepto encuentra su complemento en el Capítulo II, dentro del régimen del derecho expectante:

Bienes excluidos

Artículo setenta y siete.—El derecho expectante de viudedad no comprende los bienes que los cónyuges reciban a título gratuito con prohibición de viudedad o lo sujeto (aquí, en el “B. O.” hay, seguramente, una errata: debe decir “o sujetos”) a sustitución fideicomisaria, salvo lo dispuesto en el artículo setenta y cuatro.

La ordenación sistemática de este último precepto es discutible; los bienes a que se refiere no están excluidos “sólo” del derecho expectante (como los muebles enumerados como sitios en el art. 39, 1.º), lo cual significaría que el derecho de viudedad versaría únicamente sobre los existentes al fallecimiento del cónyuge propietario (cfr. artículo 76, 3); ya se comprende que no es este el sentido de la ley, sino el excluirlos de la viudedad en su conjunto, también del usufructo viudal.

Por otra parte, está tan relacionado (al menos en su historia doctrinal) con el artículo 74, 2, que no ha podido evitar remitirse a aquél.

Efectivamente, en la regulación del Apéndice la materia no quedaba clara; en particular la interpretación de la regla 1.ª del artículo 67 en relación con el artículo 63 no era nada pacífica, aunque la solución que parece más correcta coincidía con la expresamente adoptada en los artículos 74 y 77 de la Compilación.

En ella, pues, quedan claramente excluidos los bienes que los cónyuges reciban a título gratuito de personas que no sean los padres del adquirente y que por voluntad del transmitente, expresa o tácita, deban quedar excluidos.

Con referencia al artículo 74, 2, conviene recordar lo dicho respecto del artículo 75, 1, ya que parece tratarse de norma imperativa (prohibitiva); de cualquier modo, ello no impide que el cónyuge del descendiente donatario o sucesor renuncie en documento público a su derecho sobre tales bienes (cfr. art. 74, 1). Por otra parte, es de notar que la invalidez se refiere y contrae a la viudedad del cónyuge del descendiente: luego, *a contrario sensu*, valdrá la prohibición o impedimento de viudedad al hijo (nieta, etc.) sobre los bienes donados o transmitidos *mortis causa* a la nuera (cónyuge del descendiente, en general). Por último, es también de notar que en la invalidez entra toda suerte de impedimentos (sustitución fideicomisaria) mientras viva el cónyuge viudo, y también toda suerte de gravámenes que, de alguna manera, impidan o limiten el derecho de viudedad.

Durante la información pública del primer Anteproyecto, el Colegio de Abogados de Zaragoza manifestó su disconformidad con esta norma; a su juicio, había que distinguir entre los bienes que constituyen legítima forzosa (en los cuales encontraba lógica la invalidez de la prohibición) de aquellos de libre disposición, respecto de los cuales la norma de invalidez significaba colocar al ascendiente en peor situación que la de cualquier tercero y en coyuntura de buscar subterfu-

gios (como la intervención de terceras personas) o tener que renunciar a una transmisión que hubiese deseado. Pero la Comisión, atendida la especial significación en nuestro Derecho de la legítima, y sopesando los argumentos previamente expuestos por la doctrina en un sentido y otro, no recogió en el Anteproyecto definitivo esta opinión y reprodujo el mismo precepto. De él pasó al Proyecto y, finalmente, a la Compilación.

La exclusión de viudedad conforme al artículo 77 requiere, según se deduce del mismo: 1.º, que el cónyuge o los cónyuges los reciban de persona que no sea ascendiente del destinatario; 2.º, que los adquiera a título gratuito; y 3.º, que el transmitente prohíba la viudedad o los transmita sujetos a sustitución fideicomisaria. El primer Anteproyecto hablaba sólo de “sustitución”; pero ante la observación contenida en el informe del Colegio de Abogados, en el sentido de la equivocidad del término (cfr. art. 774 C. c.), se incluyó la especificación “sustitución fideicomisaria”. En cambio, no se añadió el nuevo párrafo que el informe solicitaba para especificar que en caso de legado de residuo el cónyuge del heredero primeramente instituido disfrutará del derecho expectante de viudedad; la Comisión debió entender que el caso quedaba satisfactoriamente resuelto en el régimen general y en el del derecho expectante, y que, en todo caso, era cuestión más adecuada para la elaboración doctrinal y para la aplicación jurisprudencial.

9. *Caracteres.*

En la Compilación la viudedad se formula como un derecho inalienable, pero renunciable:

Renuncia y privación

Artículo setenta y cuatro.—Uno. Salvo lo dispuesto en el artículo ochenta y siete, el derecho de viudedad es inalienable; pero podrá ser objeto de renuncia total o parcial, que deberá constar en documento público.

Por tratarse de un derecho familiar, y no de un mero lucro sucesorio, y por su finalidad específica —mantener la cohesión y autoridad familiar y la consideración social del cónyuge tras su viudez—, el derecho de viudedad es inalienable; la doctrina siempre le había reconocido este carácter. Sin embargo, la aceptación a ultranza de las consecuencias dogmáticas del mismo supondría evidentes perjuicios para todos, sobre todo en su fase de usufructo viudal y aun por encima de la conveniencia y voluntad unánime del viudo usufructuario y de los herederos nudopropietarios; ya el Apéndice había abierto una brecha al admitir, en la regla 2.ª del artículo 72, la enajenación del “ejercicio” del usufructo; con todo, la doctrina y los prácticos habían señalado la conveniencia de que, puestos de acuerdo el viudo

usufructuario y los nudopropietarios, pudiesen enajenar bienes determinados; incluso, en este sentido, se hicieron, también con referencia al Apéndice, brillantes alegaciones exegeticas.

Haciéndose eco de tan justificada corriente doctrinal y práctica, el Seminario, primero, y la Comisión compiladora, después, al proclamar en la regulación genérica del derecho de viudedad su inalienabilidad, salvaron expresamente, por remisión a la regulación específica del usufructo viudal, la posibilidad de que, concurriendo el viudo con los nudopropietarios, enajenasen el pleno dominio de bienes determinados (arts. 146 del Anteproyecto provisional y 142 del definitivo). La norma ha pasado al artículo 74, 1, de la Compilación. Creo que, independientemente de si en el Apéndice se podía o no llegar a una solución semejante por vía de interpretación, el haber formulado expresamente el alcance y los límites o salvedades del carácter irrenunciable de la viudedad, merece juicio favorable.

* * *

Pero la remisión o salvedad que este párrafo 1 del artículo 74 hace al artículo 87, merece una explicación, porque está equivocada: En el Anteproyecto provisional, el artículo 146 decía: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 155 respecto de los bienes objeto del usufructo viudal, el derecho de viudedad es inalienable"; en él, el artículo 155, bajo la rúbrica *disponibilidad de los bienes y del derecho*, reiteraba la inalienabilidad del derecho de viudedad, pero autorizaba la enajenación conjunta por el viudo y el nudo propietario de la plena propiedad de bienes determinados. Tras la información pública, el Anteproyecto definitivo mantuvo este artículo 146, que pasó a ser 142, y tan lo mantuvo que, olvidando el corrimiento numérico determinado por otros retoques, siguió referido al artículo 155, el cual en el Anteproyecto definitivo ya no era el relativo a la "disponibilidad de los bienes y del derecho" (el cual llevaba el número 151), sino el que, bajo la rúbrica *transformación del usufructo*, se refiere a cosa distinta de la disposición conjunta de bienes determinados. La Comisión de Códigos hizo, en el Proyecto, el corrimiento numérico determinado por su nueva sistemática y por las modificaciones introducidas, pero lo hizo en relación al Anteproyecto definitivo, consagrando el *lapsus calami* padecido por la Comisión compiladora al redactar el Anteproyecto definitivo. Y así ha pasado a la Compilación, en la que, por tanto, la referencia que el artículo 74, 1, hace al artículo 87 deberá ser subsanada entendiendo que se refiere, en realidad, al 83.

* * *

El artículo 74, 1, de la Compilación lo considera susceptible de renuncia total o parcial, siempre formal; la exigencia de forma puede

considerarse como cautela legal en que se manifiesta, una vez más, el principio del *favor viduitatis*.

En los antecedentes prelegislativos se añadía a estos calificativos de la renuncia, el de "abdicativa"; al suprimirlo la Comisión de Códigos en la redacción del Proyecto, no creo que pretendiese admitir la renuncia traslativa del derecho en su conjunto (lo cual iría contra su proclamada inalienabilidad), sino considerar tal suerte de renuncia en el régimen mismo de las enajenaciones de bienes determinados en la fase de usufructo viudal.

* * *

En la misma medida en que se considera inalienable el derecho de viudedad, deberá considerarse insusceptible de gravamen.

* * *

En cuanto a los restantes caracteres, creo que la viudedad mantiene hoy, en su nuevo ámbito objetivo, el carácter oneroso —o mejor, "no gratuito"— que, en el Derecho del Apéndice, se predicaba de la viudedad legal. Porque, siendo un derecho recíproco atribuido por la ley como parte de los que competen a causa del régimen de bienes del matrimonio, su adquisición no debe considerarse hecha a título gratuito; no supone donación, sino "ventaja matrimonial", que, si a la hora del efectivo disfrute es unilateral, esta desigualdad depende de circunstancias —supervivencia— que lo justifican plenamente y que no eran previsibles a la hora del sometimiento *recíproco* al derecho expectante.

La doctrina más autorizada reconocía este carácter oneroso a la viudedad legal; en cuanto a la universal, su carácter oneroso o gratuito se hacía depender, en primer lugar, de su relación, mayor o menor, con el régimen de bienes del matrimonio; y, en segundo lugar, de su reciprocidad.

Hoy, con la viudedad legal universal, habrá que reconocer su carácter oneroso que, sin embargo, podrá hacerse en parte lucrativo si uno de los cónyuges, sin relación alguna con el régimen de bienes paccionado, y sin reciprocidad por parte del otro, reduce el derecho de viudedad de éste en la medida del artículo 72. No creo, en cambio, que tenga esta consecuencia la limitación legal del artículo 73, por cuanto su *ratio* es diferente: no hay, en él, como en el 72, una reducción voluntaria hecha por un cónyuge del derecho del otro que, sin embargo, pudiendo hacerlo, no reduce correlativamente el derecho de aquél. En el artículo 73 no hay el menor atisbo de liberalidad tácita, sino una reducción objetiva tan inimputable como puede ser la que, de hecho, produce la desigual fortuna de los cónyuges.

IV. RÉGIMEN DEL DERECHO EXPECTANTE.

10. *Bienes afectos al derecho expectante.*

En su fase de derecho expectante, la viudedad tiene un ámbito objetivo más limitado; así se deduce de lo dispuesto en los párrafos 1 y 3 del artículo 76 de la Compilación:

Régimen.

Artículo setenta y seis.—Uno. Los inmuebles por naturaleza y los muebles como sitios del número uno del artículo treinta y nueve quedan afectos al derecho expectante de viudedad en el momento de ingresar en el patrimonio común o en los privativos.

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

Esta discriminación de régimen tiene una justificación práctica evidente: de una parte, el derecho expectante supone una suerte de gravamen real que no se compagina bien con el frecuente comercio y la difícil identificabilidad de muchos bienes muebles (acaso por ello no existió, o desapareció pronto, en la viudedad navarra que ha conservado su originario carácter universal); pero, de otra parte, determinados bienes muebles —o conjunto de ellos— desempeñan en la vida moderna la función económico-familiar que históricamente desempeñaban sólo los inmuebles; y pueden resultar fácilmente identificables; estas consideraciones llevaron al Seminario, primero, y a la Comisión compiladora, después, a incluir —como ya he dicho— en la viudedad, sin llegar a hacerla universal, determinados bienes muebles: las explotaciones agrícolas o ganaderas y los negocios mercantiles e industriales, con cuantos elementos estuvieran afectos a unas y otros, los vehículos, máquinas y artefactos cuya propiedad deba acreditarse mediante documentación intervenida por oficina pública, y los títulos-valores, las participaciones en sociedades y cuentas de asociación, los capitales colocados en negocios y los créditos consignados en documento público (cfr. art. 144, en relación con el 108, 1.º, 2.º y 3.º del Anteproyecto provisional); pero, luego, al regular por separado la fase del derecho expectante, la discriminación se hacía, sin más, entre bienes inmuebles y bienes muebles (cfr. art. 148); durante la información pública tuve ocasión de expresar una duda que me había surgido después de mi intervención en la ponencia del Seminario: la de si la salvedad se refería a los bienes muebles incluidos por declaración de voluntad (viudedad universal, que en tal Anteproyecto era voluntaria)

o también a los muebles por sitios, objeto de la legal. En el Anteproyecto definitivo —que hizo universal la viudedad legal— se especificó que quedaban afectos al derecho expectante “los bienes inmuebles por naturaleza y los comprendidos en el número 1.º del artículo 105” (explotaciones agrícolas o ganaderas y los negocios mercantiles e industriales, con cuantos elementos estuviesen afectos a unos y otros); tratándose de los restantes muebles por sitios del artículo 105 (vehículos, títulos valores, propiedad intelectual e industrial, etcétera) y de los muebles en régimen normal, el derecho de viudedad versaba “exclusivamente sobre los que existan al fallecer el cónyuge premuerto o hayan sido enajenados en fraude de tal derecho” (art. 144). Y este ha sido el criterio en que se han inspirado el Proyecto y la Compilación.

Quedan, pues, afectos al derecho expectante los inmuebles por naturaleza (art. 76, 1) y las explotaciones agrícolas, ganaderas, mercantiles e industriales, con cuantos elementos estén afectos a unas y otras (art. 39, 1.º).

* * *

¿Cuál es el alcance del párrafo tercero de este artículo 76?... En principio parece que si tratándose de los demás bienes muebles el derecho de viudedad —*in complexu*, como institución— afecta exclusivamente a aquellos que existan en el momento del fallecimiento, tales bienes sólo están afectos al usufructo viudal, no al derecho expectante; respecto de ellos existirá una expectativa de derecho, pero no un derecho expectante.

Sin embargo, cabe otra explicación: si se tiene en cuenta el párrafo 2.º del mismo artículo (*infra*, núm. 11) y la excepción de este párrafo 3.º (“o hayan sido enajenados en fraude de tal derecho”), cabe entender que *todos* los bienes de un cónyuge están afectos al derecho expectante del otro: que, tratándose de inmuebles por naturaleza y de los muebles por sitios del artículo 39, 1, este derecho no se extingue o menoscaba por la ulterior enajenación (§ 2); y que, tratándose de los demás bienes muebles, el derecho expectante se extingue o menoscaba a no ser que la enajenación sea fraudulenta (§ 3).

A mi modo de ver, a esta interpretación se oponen, por lo menos, un argumento gramatical y sistemático y otro argumento lógico:

a) El § 1 es el que declara los bienes afectos; y es él mismo quien refiere que lo están los inmuebles por naturaleza y los muebles del artículo 39, 1; después, el § 2 describe la eficacia del derecho expectante. En cambio, para que pudiera prevalecer esta segunda interpretación, haría falta que el § 1 se hubiera referido a todos los bienes, y que fuese el § 2 el que se limitase a los inmuebles por naturaleza y a los muebles del artículo 39, 1.

b) La eficacia del derecho expectante consiste, precisamente, en el contenido del § 2.º Parece que, en principio, de nada serviría declarar que también los demás bienes muebles están afectos al derecho

expectante si, a continuación, se estableciera que tal derecho se extinguía, sin renuncia ni intervención de su titular, por la enajenación de tales bienes; parece que todo quedaría en una declaración platónica, sin contenido ni eficacia jurídica.

Por ello, parece preferible la primera interpretación: los demás bienes muebles no están afectos al derecho expectante y sí, en su caso, al usufructo vidual; sobre ellos los cónyuges tienen una expectativa de derecho y no un derecho expectante.

* * *

Pero, entonces, ¿qué significado y alcance tiene la salvedad “o hayan sido enajenados en fraude de tal derecho”?...: porque si no están afectos al derecho expectante, parece que pueden ser enajenados libremente, sin consentimiento ni renuncia del otro cónyuge; y si pueden ser enajenados libremente, ¿cómo puede ser la enajenación fraudulenta?...

Téngase en cuenta, para responder a esta pregunta, que “enajenados en fraude de tal derecho” va referido no al derecho expectante de viudedad, sino al derecho de viudedad y, por tanto, a su simple expectativa; la situación es semejante a la que, constante matrimonio, tienen los cónyuges navarros y, en Derecho navarro, evidentemente, cabe la impugnación por fraude o la declaración de prodigalidad; en otro orden de cosas, tampoco los legitimarios tienen un derecho expectante y, sin embargo, existen actos en fraude de su derecho y sanción por los mismos; se dirá que aquí hay una previa determinación legal de la cuantía, pero en otras expectativas en que no existe, también la ley concede expresamente la indemnidad de los actos fraudulentos (cfr. art. 1.413, § 3.º, C. c.).

A mi juicio, pues, estos bienes muebles no están afectos al derecho expectante; el cónyuge que tenga facultades de disposición sobre ellos puede enajenarlos sin consecuencias cuando su enajenación quede integrada en el uso normal de sus facultades; si hay contraprestación, por subrogación o reemplazo habrá otros bienes que suplirán el hueco de aquéllos en la expectativa del otro cónyuge y, en su caso, en su usufructo; si no hay contraprestación, será necesario ponderar —dentro de un amplio margen de arbitrio judicial— si la liberalidad está justificada y entra dentro de los usos sociales comúnmente admitidos o si, por el contrario, no tiene otra justificación que el disminuir el caudal en su día usufructuable, en beneficio de personas o intereses menos atendibles jurídicamente que los que determinan la institución de la viudedad; para esta apreciación deberá atenderse también a su cuantía en relación con el caudal del disponente.

Así, los requisitos que la enajenación debe reunir para ser calificada de fraudulenta pueden ser los siguientes:

- a) Que, en todo o en parte, sea lucrativa.
- b) Que por su cuantía, beneficiario y demás circunstancias no

entre dentro del concepto social de normal administración y disposición de bienes por persona casada.

c) Que el interés del beneficiario sea menos atendible que el fundamento de la viudedad.

En cuanto a su tratamiento, creo que puede aplicarse por analogía el que la doctrina refiere a la acción por fraude del artículo 1.413 C. c. Al decir la Compilación que el derecho de viudedad afecta a los demás bienes muebles que hayan sido enajenados en fraude de su derecho, parece que, ya constante matrimonio, se le concede al cónyuge una acción de lesión que puede comportar la nulidad de la enajenación (si el adquirente fuera cómplice en el fraude) o, en otro caso, una medida cautelar compensatoria; y en el momento de iniciarse la fase de usufructo, podrá el viudo defraudado recabar del adquirente cómplice el disfrute de lo enajenado o instar del cónyuge o sus herederos otra medida compensatoria.

El artículo 76 es también aplicable a los matrimonios ya contraidos y subsistentes al tiempo de entrar en vigor la Compilación (disposición transitoria cuarta).

11. *Circunstancias determinantes de la afección.*

Según el artículo 76, 1, los inmuebles por naturaleza y los muebles como sitios del artículo 39, 1, quedan afectos al derecho expectante "en el momento de ingresar en el patrimonio común o en los privativos".

Pero, entonces, cabe preguntar: ¿cuándo se puede decir que un bien ingresa en un patrimonio? ¿Solamente cuando el sujeto del mismo adquiere su titularidad dominical plena? ¿Basta la nuda propiedad? ¿Basta la posesión? ¿O una titularidad real de uso y disfrute del mismo?

Nótese que el precepto se refiere a "bienes" en sentido material (inmuebles por *naturaleza*, explotaciones agrícolas, etc., con cuantos *elementos*, etc.); y es natural que así sea tratándose de la fase de "derecho expectante" que opera como un gravamen real. Atendido esto, realmente los bienes materiales ingresan en un patrimonio cuando el sujeto del mismo adquiere su pleno dominio y no, en principio, en otro caso; en los casos de adquisición mediante título y modo, se requerirá la conjunción de los dos elementos: el derecho a la entrega de la cosa vendida, por ejemplo, podrá ser objeto del usufructo viudal, pero no del derecho expectante, al que tampoco parece viable sujetar la cosa misma antes de su tradición; no parece, en cambio, que sea necesaria la posesión de la cosa (cfr. observancias 33 y 59 de *iure dotum*, los proyectos de Apéndice, la doctrina y jurisprudencia, abundante y concorde, y el art. 65 del Apéndice).

El problema que sigo considerando más difícil y dudoso es el relativo a la nuda propiedad; puede, por tanto, plantearse en el seno

mismo de la institución: durante la fase de usufructo viudal, ¿tiene el cónyuge del heredero nudo propietario derecho expectante?... A la vista del artículo 83, 2, creo que, en el Derecho de la Compilación, la respuesta debe ser negativa; parece que si concurriendo el viudo usufructuario con el nudo propietario puede enajenarse la “plena propiedad” de bienes determinados es porque no tiene en ellos derecho expectante el cónyuge del nudo propietario; este resultado está, a su vez, compensado —y es un argumento más en qué apoyar esta solución— por la subrogación o el reemplazo que en el mismo precepto se dispone.

Y si se deduce esta solución para la nuda propiedad resultante del usufructo viudal, no se ve razón para adoptar la contraria en otras situaciones de nuda propiedad.

* * *

Sobre esta materia, en general; las fuentes históricas ofrecen un casuismo bastante complicado y copioso; para organizarlo, los autores del siglo XIX solían hacer una cuádruple enumeración de los bienes del marido y de los bienes de la mujer sujetos y no sujetos a viudedad; el mismo método adoptaron los proyectos de Apéndice y el Apéndice de 1925, tras la fórmula general del artículo 63, en sus artículos 65-67. Pero en estas enumeraciones —exclusión o inclusión de casos dudosos— se mezclaba, por de pronto, la problemática relativa a la naturaleza mueble o inmueble (determinante de su exclusión o inclusión) de ciertos bienes o derechos de naturaleza dudosa; se resolvían, en segundo lugar, cuestiones de licitud en la exclusión dispositiva de determinados bienes; en tercer lugar, se establecían reglas de subrogación; y, finalmente, la clasificación se establecía, unas veces, con referencia a la viudedad institucional; otras, al derecho expectante, y otras, con forzosa aplicación exclusiva al usufructo viudal.

Con el principio del *favor viduitatis*, enunciado al final del primer párrafo del artículo 64 del Apéndice; con la regla general del 65, y con al analogía respecto del 66 y del 67, la doctrina resolvía los demás casos dudosos que pudieran plantearse.

Hoy, en tema de derecho expectante y conforme al artículo 76, 1, de la Compilación, el procedimiento será, en cierto sentido, más sencillo; no cabe ya obtener del casuismo legal unos principios orientadores con los que resolver los restantes casos; el precepto legal formula un principio que la doctrina y la jurisprudencia deberá aplicar al casuismo real, orientada también por el principio del *favor viduitatis*; hoy, en este punto, todo queda reducido a determinar si un bien es inmueble por naturaleza (o explotación agrícola, etc., o elemento de la misma) y a dictaminar si ha ingresado o no en el patrimonio común o en los privativos.

12. Eficacia del derecho expectante.

Está formulada en el párrafo 2 del artículo 76:

Dos. Este derecho no se extingue o menoscaba por la ulterior enajenación de cualquiera de los bienes mencionados en el número anterior, a menos que se renuncie, expresamente. Queda a salvo lo establecido sobre la responsabilidad por deudas de gestión frente a tercero de buena fe.

Esta formulación resulta más directa y sistemática que en el Apéndice derogado: en él se establecía el principio en el apartado de la sociedad conyugal tácita, como límite o salvedad a las facultades del marido administrador, enunciándose después la regla de reciprocidad en las enajenaciones que hiciese la mujer (cfr. art. 49); después, en las "listas" de bienes incluidos en la viudedad, se enumeran los inmuebles que, sin consentimiento de la mujer, hubiese enajenado el marido (art. 66, 4.º, de la segunda lista).

La eficacia del derecho expectante como gravamen legal debió darse desde época temprana: frente al sistema de disposición conjunta del fuero *ne vir sine uxore* de 1247, la observancia *26 de iure dotium*, concordante con la *2 ne vir sine uxore*, permite al marido la enajenación de inmuebles sobre los que corresponda viudedad a la mujer, pero quedando a salvo este derecho a no ser que la enajenación se hubiese hecho *de voluntate uxoris*, caso al que la doctrina más autorizada equiparaba la renuncia.

* * *

Pero, en la nueva Compilación, la regulación de las facultades dispositivas, en relación con la eficacia del derecho expectante, no deja de suscitar algunas cuestiones:

a) Cuando, por cualquier causa, en la enajenación de bienes afectos al derecho expectante deba consentir el cónyuge titular del mismo, ¿deberá, además de consentir el acto de disposición del otro cónyuge, renunciar a su derecho expectante para que éste quede extinguido?

El artículo 76, 2, exige renuncia expresa: en principio no cabe, pues, considerarla implícita en el consentimiento requerido por el artículo 51 para los actos de disposición voluntaria sobre inmuebles y establecimientos mercantiles comunes, realizados por el cónyuge administrador; en este sentido dice MARTÍN BALLESTERO que se superponen dos intervenciones o dos consentimientos distintos de la esposa: un consentimiento para que se enajenen esos bienes de la comunidad doméstica, y otro consentimiento u otra renuncia acerca del derecho expectante de viudedad que tenía sobre los que se enajenan.

Pero, por otra parte, considerar subsistente el derecho expectante

porque el cónyuge titular, que ha consentido la enajenación, no ha renunciado expresamente a su derecho, puede resultar contrario a la voluntad e intención de las partes y ocasionar fraudes para los adquirentes. Podría entenderse que el consentimiento *expreso* al acto de *disposición*, mientras no se diga lo contrario, supone también renuncia válida, pues la "expresión" requerida por el artículo 76, 2, no es del *término* renuncia, sino de la voluntad de renunciar, y esta *voluntad* se evidencia como expresa en el consentimiento expreso para una disposición sin reservas.

Los antecedentes prelegislativos pueden utilizarse como argumento en pro o en contra de cualquiera de estas dos soluciones. En efecto, el Seminario y la Comisión compiladora exceptuaban de la subsistencia del derecho expectante en las enajenaciones de inmuebles los supuestos de concurrencia a tal enajenación de ambos cónyuges (art. 148 del Anteproyecto provisional y 144 del definitivo). La Comisión de codificación exceptuaba no sólo el caso de consentir el cónyuge titular del derecho expectante la enajenación del bien afecto, realizada por el otro cónyuge, sino los casos de consentimiento subsidiario (por incapacidad, ausencia o negativa infundada) de la Junta de parientes o de la autoridad judicial (art. 76, 2). El suprimir, las Cortes, como excepción a la subsistencia del derecho expectante el supuesto de concurrir el consentimiento del otro cónyuge para la enajenación, y requerir siempre renuncia expresa, tanto puede interpretarse como un cambio de criterio y sistema, cuanto como una formulación distinta (pues lo que se cambiaba —*infra*, b— era la eficacia del consentimiento subsidiario de los parientes o el juez) del mismo sistema, entendiéndose que la renuncia expresa se da en los casos de consentimiento expreso, por el cónyuge titular del derecho expectante, a la enajenación realizada por el otro cónyuge.

Por supuesto que, en la práctica, será más prudente hacer constar en el instrumento de enajenación, además del consentimiento, la renuncia al derecho expectante; pero si así no se hiciera, puede mantenerse también, a lo que entiendo, esta segunda interpretación. En otro caso, me parece también sumamente aconsejable que si se consiente la enajenación sin renunciar al derecho expectante, se haga constar así en el acto de disposición.

b). Conforme al mismo artículo 51 se requiere, en defecto del consentimiento del otro cónyuge, la aprobación de la Junta de parientes y, en otro caso, autorización judicial.

No procede entrar aquí en la delicada interpretación del "en su defecto"; pero sí opinar que, a efectos de viudedad, nunca esta aprobación parental o judicial podrá ser interpretada como renuncia del derecho expectante por parte del cónyuge que no pudo o no quiso consentir el acto de disposición.

Tal parece ser, al menos, el resultado de la última modificación del precepto. El Seminario y la Comisión aragonesa lo habían redactado, según he dicho, en esta forma: "Este derecho no se extingue

por la ulterior enajenación del inmueble, si no concurren a ella ambos cónyuges" (cfr. art. 148 del Anteproyecto provisional y 144 del definitivo). En el Proyecto, la Comisión de Códigos añadió, *también a efectos de extinguirse el derecho expectante*, el consentimiento supletorio de la Junta de parientes o de la autoridad judicial: "Este derecho —decía el art. 76, 2, del Proyecto— no se extingue o menoscaba por la ulterior enajenación de cualquiera de los bienes mencionados en el número anterior, a menos que fuese consentida por el otro cónyuge o, subsidiariamente, por la Junta de parientes, y, en su defecto, por la autoridad judicial, en los casos de incapacidad, ausencia o negativa injustificada..." Y fue en el seno de las Cortes donde se suprimió del artículo 76, 2 —dejándolo, en cambio, en el 51 a efectos de consentir los actos de disposición—, la llamada a la Junta de parientes y donde se substituyó el consentimiento dispositivo por la renuncia expresa.

c) El Seminario y la Comisión aragonesa habían establecido una excepción a la subsistencia del derecho expectante que, aunque luego no prevaleció, puede tener interés aludirla.

El artículo 148 del Anteproyecto provisional terminaba diciendo "... con aplicación, en su caso, de lo dispuesto en el artículo 119". Lo dispuesto en el artículo 119 era que, no obstante requerir la disposición de bienes comunes el acuerdo de marido y mujer, y la de bienes propios de cada cónyuge el asentimiento del otro, sería válida la disposición del cónyuge administrador sobre bienes comunes, y la de cada cónyuge sobre los que le son propios, cuando fuera a título oneroso y versase sobre bienes aparentemente destinados a la especulación o no afectos de modo permanente al uso y provecho familiares.

Es decir, que, sin perjuicio de la subrogación real, por el juego de estos dos preceptos, en el tráfico profesional de un agente de la propiedad inmobiliaria, por ejemplo, no se requería consentimiento o asentimiento de su mujer, ni existía derecho expectante para ella en concepto de gravamen real.

Pero, tras la información pública, aquel artículo 119 desapareció del Anteproyecto definitivo; en éste, el artículo 116 se limitó a declarar válida la enajenación de bienes comunes por el cónyuge administrador, salvo si el tercer adquirente conoció o debió conocer que tal enajenación se realizaba con intención de perjudicar a la comunidad o con grave descuido de los intereses de esta. Y del artículo 144, en tema de derecho expectante, desapareció toda referencia al supuesto recogido por el 148 del Anteproyecto provisional, que tampoco aparece en el sistema del Proyecto ni en el de la Compilación.

13. Responsabilidad de los bienes afectos.

El artículo 76, 2, deja a salvo "lo establecido sobre responsabilidad por deudas de gestión frente a tercero de buena fe".

Los inmuebles por naturaleza y las explotaciones agrícolas, gana-

deras, mercantiles e industriales, con cuantos elementos estén afectos a unas y otras, tan pronto como ingresan en el patrimonio común o en los privativos, quedan afectos al derecho expectante de viudedad (arts. 76, 1, y 39, 1). Ahora bien, estos bienes, comunes o privativos, se hallan también afectos al pasivo de la comunidad y a las deudas privativas, en la forma que regulan los artículos 41 a 47 de la *Compilación*; pero estos preceptos, ni el 76, 2, salvo el inciso final aludido, no regulan expresamente la subsistencia o no del derecho expectante en caso de hacerse efectivas en aquellos bienes las responsabilidades a que también —además de al derecho expectante— están afectos.

Atendido por el Seminario y por la Comisión aragonesa el estado doctrinal y jurisprudencial de esta materia, delicada, conflictual, tanto en el Derecho histórico cuanto en el Apéndice, el artículo 148 del Anteproyecto provisional —equiparable al 76 de la *Compilación*— disponía en su § 2.º: “Cuando los bienes afectos al derecho expectante de viudedad deban responder conforme a lo dispuesto en la Sección 3.ª del Capítulo IV del Título IV —equiparable a la Sección 3.ª del Capítulo III del Título IV del Libro I: pasivo de la comunidad en el régimen matrimonial legal—, sólo subsistirá tal derecho en los supuestos del artículo 114” ; el artículo 114 —equiparable al art. 46 de la *Compilación*: deudas postmatrimoniales privativas— afectaba a estas deudas el patrimonio privativo del cónyuge deudor y, siendo insuficiente, el patrimonio común, pero respetando siempre el valor que en él corresponde al otro cónyuge y los derechos de los acreedores por deudas comunes.

El sistema era claro y sencillo: por causa de las restantes responsabilidades (delictuales ante o postmatrimoniales, contractuales y cuasi contractuales anteriores al matrimonio, o posteriores a él, por deudas comunes, y por deudas de gestión) podía quedar menoscabado el derecho expectante: éste sólo subsistía para el cónyuge no deudor, en las enajenaciones de bienes privativos del cónyuge deudor, y en la futura mitad de los comunes, hechas para solventar las deudas privativas de un cónyuge.

En Anteproyecto definitivo reprodujo el sistema, pero con una variante: El § 2.º del artículo 144 (correspondiente al 148 del provisional) ya no se refiere al artículo 111 (equivalente al 114 anterior: responsabilidad por deudas privativas), sino al 108 (equivalente al 111 anterior: responsabilidad por deudas de gestión).

¿Significó esto un cambio de criterio?... No puedo, si es así, comprender cuál se adoptó ni por qué. Y nada de ello se barrunta en los informes emitidos durante la información pública —entre las dos versiones del Anteproyecto— que he podido manejar.

Y si no supone cambio de criterio, la única explicación que se me ocurre es que se trata de un error material de redacción, de un *lapsus calami* consistente en bailar los números y colocar el 108 en lugar del 111.

Ahora bien, si se trata de un simple error de números, semejante

lapsus tiene consecuencias bastante notables; porque la Comisión de Códigos reprodujo, en § 2.º del artículo 76, el contenido del § 2.º del artículo 144 del Anteproyecto definitivo, *pero sustituyendo el número del artículo presumiblemente equivocado, por su contenido*, es decir —en tal hipótesis—, por el contenido del equivocado: “queda a salvo lo establecido sobre responsabilidad por deudas de gestión frente a tercero de buena fe”...

Y así ha quedado en el artículo 76, 2, de la Compilación vigente; incluso su Exposición de motivos recoge esta salvedad de la responsabilidad por deudas de gestión frente a tercero de buena fe.

Es decir: lo que bien puede ser interpretado como un error material de numeración ha pasado a ser un error de concepto.

¿Cómo interpretar, ahora, el vigente artículo 76?... Temo que, si se quiere mantener su dicción, su contenido resulta de muy difícil interpretación y que cualquiera de sus posibles consecuencias sea injusta y, alguna, pintoresca.

Por ello estimo que, reconocida como causa de esta norma un previo y simple error numérico, debe ser subsanado en su interpretación y entender, con el Anteproyecto provisional, que el derecho expectante sólo subsiste sobre los bienes privativos y comunes salidos del patrimonio respectivo, cuando lo hayan sido en virtud de su responsabilidad por deudas privativas del otro cónyuge y no en los restantes casos en que la salida sea motivada por otro tipo de responsabilidad. Es decir, que donde el precepto dice “queda a salvo lo establecido sobre responsabilidad por deudas de gestión frente a tercero de buena fe”, debe entenderse que dice “Cuando estos bienes deban responder conforme a lo dispuesto en esta Compilación, sólo subsistirá el derecho expectante en los casos de responsabilidad por deudas privativas posteriores al matrimonio”.

14. *Extinción del derecho expectante.*

Está regulada en el artículo 78, último de los que integran el Capítulo II, en la forma siguiente:

Extinción

Artículo setenta y ocho.—Uno. El derecho expectante se extingue, en cuanto le sean aplicables, por las causas establecidas para el usufructo por el Código civil, por las de indignidad para suceder y por la declaración de nulidad del matrimonio.

Dos. En los casos de separación judicial pierde el derecho expectante el cónyuge declarado culpable, en tanto no medie reconciliación.

En el Derecho histórico no aparece un elenco de causas extintivas de la viudedad, pero sí el establecimiento de alguna, sin especificar si

lo era del usufructo viual o del derecho expectante; sin embargo, alguna de ellas, como la renuncia expresa (observancias 19 y 58 de *iure dotium*), resultaba perfectamente referible a éste.

El Apéndice de 1925 —apartándose del precedente de 1899 y del de 1904, que separaban en dos listas las causas extintivas del derecho expectante y las del usufructo— enumeró en su artículo 73 las causas de extinción del derecho de viudedad sin distinguir las que lo eran del derecho expectante, del usufructo viual, o comunes.

La Compilación vigente, conforme a la sistemática adoptada por el Título VI del Libro I, enumera por separado unas y otras: en el transcrito artículo 78, las del derecho expectante; y en el 86, las del usufructo.

* * *

El artículo 78 establece varios tipos de causas extintivas, a saber:

a) Las establecidas para el usufructo en el C. c., en cuanto le sean aplicables.

Incumbe, pues, al intérprete determinar qué causas de las enumeradas en los artículos 513 a 521 C. c. son aplicables al derecho expectante.

Le es referible, sin duda, la causa 1.^a del artículo 513 C. c. La muerte de un cónyuge determina la extinción del derecho expectante del mismo y del sobreviviente, que se transforma en usufructo viual.

Puede serlo, también, la 2.^a: expiración del plazo o cumplimiento de la condición resolutoria. Seguramente, los cónyuges han podido pactar en instrumento público o disponer de mancomún la inclusión de estas determinaciones accesorias de la voluntad, conforme al artículo 72, 1, de la Compilación, cuya doctrina no parece haya de ser aplicable solamente a la exclusión. El término o la condición puede proceder, en cuanto a los bienes recibidos por los cónyuges a título gratuito, de la voluntad de quien los transmitió, pues quien puede lo más puede lo menos (arg. art. 77). En cambio, el término o la condición resolutoria no puede tener válida procedencia de la voluntad unilateral de un cónyuge (arg. art. 72, 2) ni de los ascendientes del cónyuge adquirente (arg. art. 74, 2).

Le es también aplicable la causa 3.^a (la llamada consolidación), si se diese el supuesto de hecho, ya que, por definición, el derecho expectante no grava los propios bienes privativos (art. 72, a *contrario sensu* y, en relación con él, art. 76, 1).

También le es referible la causa 4.^a: la renuncia está admitida, con carácter general, por el artículo 74, 1, siempre que conste en documento público, y con carácter específico en cuanto a los bienes enajenados, en el artículo 76, 2. La renunciabilidad es uno de los caracteres de la viudedad.

La causa 5.^a, pérdida del objeto, es referible a la extinción del derecho expectante sobre bienes determinados (los destruidos); no creo

quepa hablar de subrogación real, pues si el bien subrogado es susceptible de derecho expectante, quedará gravado por efecto inmediato del artículo 76, 1; y si no lo es, queda excluido, seguramente, por el 76, 3; lo mismo cabe decir del reemplazo. Cabría, empero, especular sobre la aplicación analógica de los artículos 518 y 519 C. c., en caso de destrucción por siniestro asegurado o de expropiación forzosa, en orden a una reinversión gravable; y cabe también sostener la aplicación analógica del último inciso del artículo 76, 3 —“o hayan sido enajenados en fraude de tal derecho”—, cuando la destrucción del objeto haya sido culpable por parte del otro cónyuge, y el subrogado directamente o por reemplazo no quede, de suyo, gravado conforme al artículo 76, 3.

Si la destrucción es parcial, subsistirá el derecho expectante sobre la parte restante (cfr. art. 514 C. c.).

También la causa 6.^a es aplicable al derecho expectante, según se desprende de lo dicho al analizar el art. 76, 1. Si para que un bien se considere ingresado en el patrimonio común o en los privativos se requiere la titularidad dominical sobre el mismo, la resolución del dominio lo excluirá del patrimonio y del derecho expectante.

La causa 7.^a no es, en principio, referible al derecho expectante en cuanto tal, que es imprescriptible (su propia naturaleza expectante lo hace insusceptible de prescripción). ¿Y la prescripción adquisitiva, por parte de un tercero, de bienes afectos al derecho expectante?... Por aplicación analógica del art. 76, 1 (según la interpretación correctora ya sugerida *supra* núm. 13) se puede mantener, a mi juicio, la subsistencia del derecho expectante, al menos del cónyuge que no tenía facultades de gestión sobre los bienes.

b) Las causas de indignidad para suceder, enumeradas en el artículo 756 C. c., son casi todas aplicables a la extinción del derecho expectante, sin más que cambiar los términos de referencia (cónyuge premuerto por testador); y así:

El núm. 1.^o, aplicado al cónyuge titular, respecto de los hijos del otro cónyuge, sean o no comunes.

El 2.^o, cambiando la referencia del testador por el otro cónyuge, y dejando incluidos los descendientes y ascendientes; no el cónyuge (el intento de suicidio no es causa de indignidad sucesoria), pues referirlo a un matrimonio anterior resulta hipótesis demasiado artificial.

Los núms. 3.^o y 4.^o, sustituyendo testador por cónyuge.

El núm. 5.^o no parece directamente aplicable ni aún sustituyendo cónyuge premuerto por testador; pero sugiere la duda de si ofrece base suficiente para considerar el adulterio de un cónyuge como causa extintiva de su derecho expectante. Si ha motivado separación judicial, la hipótesis queda subsumida en el párrafo 2 del mismo art. 78. Si no ha motivado separación por haber sido conocido o demostrado después de disuelto el matrimonio, podrá ser causa ex-

tintiva del usufructo vidual, pero no del derecho expectante (aunque, en este aspecto, la admisión traerá consecuencias en orden a la retroactividad de la extinción). Queda, entonces, la hipótesis de cónyuge ofendido que no quiera la separación y si la pérdida del derecho expectante del ofensor; hipótesis, en verdad, bastante extraña.

Creo que tampoco son aplicables los núms. 6.º y 7.º del artículo 756 Cc., por su propio fundamento y especial relación entre la conducta indigna y la relación sucesoria; cabría, a lo sumo, relacionarlos con el art. 72, 2, de la Compilación, también en una hipótesis límite.

c) La declaración de nulidad del matrimonio plantea el problema del matrimonio putativo. En la propuesta del Seminario y en los anteproyectos de la Comisión compiladora, se decía "sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 69 de dicho Código" (cfr. art. 150 del provisional y 146 del definitivo); pero la Comisión de codificación suprimió tal salvedad en el Proyecto y suprimida ha quedado en la Compilación, con lo cual, como se trata de un derecho de naturaleza expectante, resulta que, en cuanto a viudedad, el matrimonio putativo no produce efectos tampoco respecto del cónyuge de buena fe.

La diferencia es, a lo que entiendo, notable; en el sistema del Anteproyecto la norma debía interpretarse en el sentido de que la declaración de nulidad del matrimonio impedía que los sucesivos bienes que ingresaran en los respectivos patrimonios quedasen gravados; y que, en cuanto a los anteriores (los ya gravados) la extinción era la regla general sobre la que incidía, como excepción basada en la buena fe, el artículo 69 C. c. En cambio, en el sistema de la Compilación, el derecho se extingue, a todos los efectos, retroactivamente —pues no puede subsistir derecho expectante si no va a haber usufructo—, también para los cónyuges de buena fe.

En su vertiente crítica la cuestión es muy discutible; y muy discutida fue en el Congreso de jurisconsultos de 1880, en que el pleno —en contra de la sección— terminó adoptando la solución hoy acogida en la Compilación.

d) La separación judicial es causa extintiva del derecho expectante, en tanto no medie reconciliación.

La Compilación ha variado la terminología del Apéndice que, en su art. 73, 9.º, hablaba de "separación de bienes" y si bien presuponia culpabilidad, en el 47 involucraba —en tema también de derecho expectante— la ausencia, la interdicción civil, y el divorcio, lo cual planteaba algunos problemas de exégesis.

Hoy la causa extintiva es la "separación judicial"; pero también esta locución admite la duda de si se refiere sólo a la "separación personal de los cónyuges", regulada en el artículo 73 C. c., o también a la interdicción civil y a la ausencia.

Para resolver esta cuestión es imprescindible tornar a los antecedentes prelegislativos.

En la propuesta del Seminario y en los dos Anteproyectos de la

Comisión aragonesa, el título relativo a los regímenes matrimoniales, se iniciaba con un precepto bajo la rúbrica “iniciación y cesación”, cuyo segundo párrafo disponía: “La separación judicial de bienes producirá las consecuencias previstas en los arts. 123 (119) y 150 (146) de esta Compilación y 1.432 y siguientes del Código civil”. El art. 123 (119) se refería a la administración provisional de la comunidad legal cuando ésta se extinguía por causa distinta de la muerte; y el 150 (146) a la extinción del derecho expectante de viudedad: “En los casos de separación judicial —decía el segundo párrafo de aquél artículo— pierde el derecho expectante de viudedad el cónyuge declarado culpable, *mientras no cesen las causas de separación* o se reconcilien los cónyuges” (cfr. art. 93 del Anteproyecto provisional y 90 del definitivo).

En el Anteproyecto, así, como en el Apéndice derogado, parece que la causa extintiva era la llamada separación judicial de bienes, es decir, la separación personal de los cónyuges, la interdicción civil y —dudosamente— la ausencia; y ello en base, principalmente, de los siguientes argumentos:

1.º El art. 93 (90) del Anteproyecto hablaba expresamente de “separación judicial de bienes”; y, como decía —también expresamente—, que producirá las consecuencias previstas en el art. 150 (146), cuando éste hablaba de “separación judicial” resulta evidente que se refería a la de bienes.

2.º El mismo art. 93 (90) homologaba, en cierto sentido, el artículo 150 (146) con los arts. 1.432 y siguientes del Código civil; pues bien, el 1.433 enumera expresamente los tres casos que pueden dar lugar a la separación de bienes: condena a una pena que lleve consigo la interdicción civil, declaración de ausencia, y haber dado causa a la separación personal.

3.º El art. 150 (146) del Anteproyecto exceptuaba a la eficacia extintiva de la separación judicial dos situaciones distintas, separadas por la disjuntiva “o”; “mientras no cesen las causas de separación o se reconcilien los cónyuges”; parecía indicar que “renace” el derecho expectante cuando se extingue la pena de interdicción o reaparece el ausente (primera excepción) y cuando se reconcilian los cónyuges separados (segunda excepción). A tal conclusión conduce también el art. 1.439 Cc.

Verdad es que, en el mismo Anteproyecto, el art. 150 (146) determinaba la extinción del derecho expectante sólo para “el cónyuge declarado culpable”, con lo cual parece excluirse la extinción del declarado ausente (no del supuesto genérico de hecho: la separación de bienes, sino del específico: la declaración de culpabilidad); en cambio parece que subsistía incluido el caso de interdicción.

Este planteamiento cambia en el Proyecto; en él, el título que trata del régimen económico conyugal ya no contiene un precepto equivalente al art. 93,2 (90,2), del Anteproyecto. Se mantiene, en cambio, el contenido del art. 123 (119) relativo a la administración

provisional tras la extinción de la comunidad por causa distinta de la muerte (cfr. art. 54). Y en el art. 78.2 se elimina la alusión al cese de la causa que motivó la separación quedando únicamente la reconciliación.

En esta misma forma ha quedado la materia en la Compilación.

¿Cómo interpretar esta modificación hecha por la Comisión codificadora al texto del Anteproyecto?

Parece que existen razones suficientes para valorarla como un cambio de criterio y entender que en la Compilación sólo es causa extintiva del derecho expectante la separación personal de los cónyuges mientras no medie reconciliación. Que no lo es, de suyo, la ausencia ni la interdicción civil. Nótese que la modificación del Anteproyecto consiste, precisamente, en la supresión de cuanto basaba, en él, la interpretación contraria.

Por lo demás entiendo que la reconciliación de los cónyuges no supone excepción retroactiva a la extinción del derecho expectante por separación personal, sino un nuevo nacimiento del mismo; los bienes enajenados durante la separación no quedan, así, gravados con el derecho expectante al reconciliarse los cónyuges. La reconciliación produce, conforme al artículo 1.439 C. c., la aplicación *ex novo* del artículo 76, 1, de la Compilación.

V. RÉGIMEN DEL USUFRUCTO VIDUAL

15. *Compatibilidad del usufructo vidual con la comunidad continuada.*

Fuera del Título VI, en el V —que regula la comunidad conyugal continuada—, el art. 70, 2, proclama expresamente que “la comunidad continuada es compatible con la viudedad universal”. La norma no sólo es nueva sino contradictoria con el Apéndice, cuyo art. 64, § 2.º, tras declarar compatible con la comunidad continuada a la viudedad legal (cfr. también, art. 72, 1, 4.º), añadía: “pero la viudedad universal, al contrario, determina la inmediata disolución de la sociedad conyugal por muerte de uno de los consortes”. Este era también, seguramente, el sentido de la observancia 2 *de iure dotium*; pero téngase en cuenta que la compatibilidad de la viudedad inmobiliaria e incompatibilidad de la universal, respondía, históricamente, a que la comunidad continuada versaba sólo sobre los muebles indivisos. Por otra parte, la incompatibilidad, en el Apéndice, de la viudedad universal con la comunidad continuada podía responder al carácter voluntario que en él tenía la viudedad universal (DELGADO ECHEVERRÍA).

La declaración de compatibilidad no plantea problema propiamente institucional ni tampoco en el régimen del derecho expectante: porque éste actúa como gravamen legal y expectativa jurídica y porque

la comunidad continuada no ha nacido. El problema surge en la fase del usufructo viudal porque, evidentemente, la compatibilidad no puede significar que unos mismos frutos pertenezcan, a la vez, al viudo usufructuario y al patrimonio consorcial; nótese que esta incompatibilidad se da también, aunque más limitada, en la viudedad inmobiliaria.

¿Qué significado y alcance tiene, entonces, la compatibilidad?

A mi modo de ver la declaración expresa de compatibilidad tiene, en primer lugar, una significación de principio; declarar ambas instituciones incompatibles en cuanto tales instituciones podía parecer que eran autitéticas o, por lo menos, alternativas, desvinculadas: o la una o la otra; en cambio la declaración de compatibilidad sitúa, como muy bien ha observado LORENTE SANZ, a la comunidad continuada, más bien como una modalidad de la viudedad, en la cual los riesgos de la explotación son compartidos con los herederos nudo-propietarios, mientras estos pasan también a ser asociados en los beneficios y reservas de la empresa. Compatibilidad, en este sentido, significa coherencia, confluencia en los fines y en la función de ambas instituciones, principalmente la conservación del patrimonio y el mantenimiento de la cohesión familiar.

En segundo lugar significa que el usufructo viudal se origina, en potencia, por el hecho y desde el momento del fallecimiento de un cónyuge; originación potencial que se traducirá en interesantes consecuencias prácticas, principalmente:

a) Producción inmediata de los efectos o manifestaciones del usufructo que sean material y actualmente compatibles con el régimen de la comunidad continuada; así sucederá con la posesión civilísima de los bienes, con la titularidad usufructuaria de los mismos y, en general, con todos los derechos y deberes inherentes a la viudedad que no sean percepciones consorciales conforme al art. 73 (piénsese en los frutos y rendimientos que no sean "de explotación"), ni cargas comunes conforme al 74, ni facultades de disposición, etc.; en este sentido ha dicho también LORENTE que las cargas y deberes de la viudedad se refuerzan en provecho de la conservación e incremento del patrimonio familiar.

b) Integración, en lo que sea posible, de una institución con la otra: así, cuando un bien sometido a derecho expectante haya sido enajenado constante matrimonio sin que el titular lo renuncie, en fase de usufructo viudal podrá éste recuperar el uso y disfrute, pero, obtenido, se integrará en el patrimonio consorcial.

c) Restablecimiento automático, *ope legis*, del usufructo en su total manifestación, tan pronto se disuelva la comunidad por causa que no lo sea también de extinción de la viudedad.

En suma, la compatibilidad consiste en una coexistencia del régimen de la comunidad continuada y la existencia virtual y potencial del usufructo viudal, cuyo régimen queda como comprimido, limitada y provisionalmente excluido, pero con toda su flexibilidad y capaci-

dad de expansión; en aquéllas manifestaciones que no encuentren obstáculos constante la comunidad, se manifestará actual y realmente; en las demás, se manifestará, por su propio impulso y sin necesidad de acto alguno, tan pronto desaparezca el obstáculo.

16. *Iniciación.*

El Capítulo III del Título VI, regula el usufructo viudal; su primer precepto se refiere a la iniciación:

Comienzo del usufructo.

Artículo setenta y nueve.—El fallecimiento de un cónyuge atribuye al sobreviviente con derecho expectante el de usufructo sobre los bienes afectos y, desde ese momento, su posesión.

Señala suficientemente este precepto que, por ministerio de la ley, el hecho y en el momento del fallecimiento de un cónyuge “transforma” el derecho expectante del otro en usufructo viudal (“el derecho expectante del superstite —decían los Anteproyectos— se convierte en el usufructo regulado en este Capítulo”); señala también la adquisición *ope legis* de su posesión, la llamada —también por los Anteproyectos— “posesión civilísima”.

Pero, en un aspecto, resulta impropio el modo de expresarse este art. 79: en el relativo al objeto de su derecho; según él, se atribuye el usufructo “sobre los bienes afectos”, y por su referencia parece indicar que son los afectos al derecho expectante (“atribuye al cónyuge con derecho expectante el de usufructo sobre los bienes afectos”). Sin embargo, conforme al art. 76, los bienes muebles no aludidos en el 39, 1, no están afectos al derecho expectante; el derecho de viudedad “afecta exclusivamente a aquéllos que existan al fallecimiento o hayan sido enajenados en fraude de tal derecho”. Pese, pues, al posible resultado de la interpretación gramatical, debe prevalecer la interpretación lógica y sistemática: el usufructo que la muerte de un cónyuge atribuye al otro se refiere a todos los bienes afectos al derecho de viudedad y no sólo a los gravados con el derecho expectante.

Aunque recae sobre bienes individualizados, el título de adquisición es universal.

17. *Los requisitos de inventario y aseguramiento.*

El usufructo que la muerte de un cónyuge atribuye al otro, no podía, en el Derecho del Apéndice, hacerse efectivo antes de cumplir dos requisitos: el inventario y la fianza, que operaban como una suerte de *conditio iuris*: mientras tales requisitos no estaban cumplidos, no

podía el viudo percibir los frutos; mas, cumplidos en tiempo y forma, el cónyuge percibirá los frutos y productos desde la muerte de su cónyuge.

La regulación de estos requisitos en la Compilación responde a un dispositivo en cierto sentido inverso al del Apéndice derogado; es como sigue:

Inventario y fianza.

Artículo ochenta.—Uno. El cónyuge viudo solamente estará obligado a formalizar inventario de los bienes usufructuados y a prestar fianza:

Primero.—Cuando se hubieren establecido por el causante tales obligaciones en testamento u otro instrumento público.

Segundo.—Cuando lo exijan los herederos nudo-propietarios, salvo disposición contraria del causante.

Tercero.—Cuando, aun mediando tal disposición, lo pida el Ministerio Fiscal para salvaguardar la legítima.

Dos. El inventario deberá formalizarse en el plazo de cincuenta días, contados desde el fallecimiento en, el caso del número primero, y desde que se haga el oportuno requerimiento en los otros dos.

Tres. Para su práctica deberán ser citados los herederos nudo-propietarios que fueren vecinos del lugar y en todo caso, quien hubiere pedido el inventario. Sin embargo, podrán asistir, por sí o por medio de representante, todos los herederos nudo-propietarios. Por los que no asistan, cualquiera que sea su número, deberán concurrir dos testigos capaces, también vecinos y de buena fama.

Sanción de la falta de inventario.

Artículo ochenta y dos.—El viudo obligado a formalizar inventario que no lo concluya dentro de plazo perderá, entre tanto, los disfrutes de viudedad, que corresponderán a los herederos desde el día del requerimiento hasta la terminación del inventario.

En contraste con el Derecho romano, en el aragonés tardaron mucho en aparecer los requisitos de inventario y caución para el usufructo viudal. La obligación de inventario debió ser introducida por la costumbre —y acaso por influencia de los legistas eruditos, tan aparente en la romanización del Derecho aragonés, que tendían a aplicar a la viudedad los principios reguladores de la constitución del usufructo— limitada a los bienes muebles; en la Compilación de 1247, no hay fuero alguno que se refiera a tal obligación; en el Derecho de observancias, si bien la 2 y 22 de *iure dotium* tratan del inventario es, en realidad, con relación a la comunidad continuada, como expresión de la voluntad de no proseguir en ella; y el inventario aludido en las 62-65 del mismo título se refiere también a la liquidación de

la sociedad conyugal. Al tratarse sólo del inventario de los bienes muebles se relaciona, únicamente, con la viudedad universal (cfr., también, el fuero 1 *de alimentis de*, 1390) que era incompatible con la comunidad continuada y cuyo efecto era, precisamente, determinar la división (cfr. S. A. Z., 28 junio 1864).

De caución en el usufructo de viudedad tampoco trata la Compilación de Huesca. Sí, pero en forma desvaída y contradictoria, la observancia 11 *de iure dotium*. La costumbre de afianzar el usufructo viudal de bienes muebles debió introducirse ya en el siglo XVI, favorecida también por los legistas.

Es el fuero *que los que tuvieren viudedad*, de 1678, —cuyo mismo proemio evidencia que, hasta él, no existieron tales obligaciones, por extendida que estuviese su práctica— el que expresamente impuso al viudo usufructuario de bienes muebles la doble obligación de inventario y caución.

En suma, cabe sintetizar la situación del Derecho inmediatamente anterior al Apéndice en los siguientes puntos: 1.º Las obligaciones de inventario y caución se limitaban a los bienes muebles objeto de usufructo viudal; no afectaba a los inmuebles. 2.º No existía plazo legal para la práctica de inventario, ni se establecía sanción por su omisión. 3.º Aún en estas condiciones, la obligación se consideraba de Derecho dispositivo, derogable por la autonomía de la voluntad, conforme al apotecma *standum est chartae*; de hecho, parece que era frecuente, al conceder un cónyuge al otro viudedad universal en capitulaciones o testamento, relevarle de aquéllas obligaciones.

El Apéndice de 1925 reguló la obligación de inventario, en el artículo 68, con carácter general: para todo viudo usufructuario y respecto de todos los bienes objeto de su derecho.

El sistema aparece influido, aunque con notables atenuaciones, por el Derecho navarro (muy riguroso en esta materia), a través del Congreso de jurisconsultos aragoneses de 1880 y de los proyectos de Apéndice.

No obstante, el inventario tuvo en la práctica una vida precaria; las encuestas realizadas constataron que muchas veces se omitía; que los que se hacían lo era fuera de plazo, sin que pasase nada y como cumplimiento puramente formal para la liquidación del impuesto y la inscripción. Los viudos y viudas aragoneses, salvo contadísimas excepciones de enemistad con los herederos del premuerto, dejaban pasar, a despecho del art. 68, los cincuenta días sin comenzar un inventario que nadie reclamaba y sin temor a perder unos disfrutes que nadie denegaba. En el plano doctrinal, se afirmó que la pérdida de los disfrutes y la suspensión del ejercicio de los derechos de viudedad como sanción al incumplimiento de esta obligación, era incompatible con el espíritu del ordenamiento jurídico aragonés, pues en él, la viudedad no es propiamente un derecho, sino una función familiar, y era contrario a la consecución de sus fines el privar de medios para cumplirla a quien por la ley estaba llamado a desempeñarla; con el designio

de mantener unas formalidades que no respondían a fundamentos racionales se provocaban situaciones de interinidad, de crisis de la función, con posible perjuicio del levantamiento de las cargas que lleva aparejadas su disfrute: y ya es triste cosa que se hable de disfrutes con referencia a la viudez...; etc.

Por otra parte, pese a los términos categóricos del art. 68, la doctrina, la práctica y la jurisprudencia territorial, consideraron que la obligación era dispensable por el cónyuge premuerto. Es particularmente interesante, a este respecto, la S. A. Z., 21 enero 1950, que basaba la dispensabilidad en argumentos de analogía (arts. 470 y 493 Cc. y 72 Ap.), en la costumbre del territorio aforado, y en que no cabe deducir perjuicios de la dispensa dada la libertad de testar en Aragón, sin que tampoco sea contraria a la ley, a la moral o al orden público.

El art. 70 del Apéndice concedía a los herederos voluntarios (siempre que el finado consorte no hubiese relevado de fianza o caución al sobreviviente por disposición testamentaria, por capitulación o por otro otorgamiento) y a los forzosos que alegasen y probasen la existencia de determinado peligro para sus legítimas el derecho de exigir al cónyuge sobreviviente fianza de usufructuario con respecto a los bienes a que se refiriese el riesgo de incumplimiento de las obligaciones inherentes al derecho de viudedad.

Atendido este diferente tratamiento legal entre la caución y el inventario, y, sobre todo, estudiado el Derecho histórico, y el estado de la práctica, de la doctrina y de la jurisprudencia, relativas a la obligación de inventario, ya la Ponencia de 1947 opinó que debía desaparecer el art. 68 del Apéndice; si el cónyuge premuerto no había impuesto al superstite la obligación de formalizar inventario en un plazo fijo, debía entenderse, a juicio de la ponencia, que estaba relevado de tal requisito, porque "ni cincuenta días ni seis meses son garantía de conservación de los bienes fácilmente trasladables u ocultables y, en cambio, para todos los demás bienes, el inventario puede reconstruirse a base de contabilidad, datos bancarios, Registros, etcétera". Por ello entendía que "salvo pacto en contrario, el cónyuge viudo debía quedar relevado de la obligación de formalizar inventario en un plazo determinado, sin perjuicio del derecho de los herederos nudo-propietarios a la constancia de lo que constituye la herencia".

Efectivamente, el Seminario de la Comisión compiladora invirtió el sistema del Apéndice tal como se venía interpretando: en lugar de considerar el inventario como una obligación legal dispensable por la voluntad privada, lo estableció, junto con la fianza, como obligación del viudo usufructuario solamente en los siguientes casos: 1.º Cuando los cónyuges lo hubiesen así convenido. 2.º Cuando lo hubiese dispuesto el cónyuge premuerto en testamento o documento público, y 3.º Cuando lo exigieran los herederos nudo-propietarios, salvo, en este caso, disposición contraria del causante. La Comisión compiladora añadió un cuarto supuesto de obligación de inventario: cuando, aun

habiendo disposición contraria, lo pidiera el Ministerio fiscal para salvaguardar la legítima (cfr. art. 152 del Anteproyecto provisional y 148 del definitivo). La comisión de codificación, acaso por considerar el primer supuesto (que el cónyuge viudo lo hubiera convenido así con el premuerto) subsumible en el segundo (que el premuerto hubiera impuesto tales obligaciones en testamento o documento público), o acaso por considerarlo inseguro al no exigirse forma, lo suprimió del Proyecto; y así han quedado los tres números del párrafo uno del artículo 80 de la Compilación.

* * *

La exégesis concreta de los artículos 80 y 82 sugiere las siguientes observaciones:

a) El número 1.º del párrafo 1 del artículo 80 habla del “causante”; quizá hubiera quedado mejor respetada la naturaleza de la viudedad denominándole —como en la propuesta del Seminario y en el Anteproyecto de la Comisión aragonesa— “cónyuge premuerto”, máxime en un precepto en que se alude a “herederos” nudopropietarios y a “legítimas”.

b) En el mismo apartado se dice “en testamento u *otro* instrumento público”, con lo que puede parecer que todo testamento es documento público, o que solamente se puede imponer esta obligación en los testamentos otorgados mediante instrumento público. También aquí parece preferible la terminología utilizada por el Seminario y la Comisión aragonesa: “en testamento o instrumento público”; la Compilación, por lo demás, ha mantenido este modo de expresarse en otros preceptos (cfr. arts. 72, 2; 111; etc.).

c) La supresión en la Compilación del primer supuesto de obligación de inventario formulado en los Anteproyectos (cuando el viudo lo hubiera convenido así con el premuerto) excluye la posibilidad de que la obligación nazca de convenio entre cónyuges otorgado sin escritura pública; puede ser ventajosa esta innovación, a efectos de seguridad, pero hay que señalar que el número 1.º del texto del Anteproyecto no queda totalmente subsumido en el número 2.º

d) La obligación de formalizar inventario y la de prestar caución no parece que tengan que seguir, necesariamente, la misma suerte; cabe, por ejemplo, que el cónyuge premuerto haya dispuesto en testamento la obligación de inventario y no la de prestar fianza.

e) A la práctica del inventario deberán ser citados, cualquiera que fuese su vecindad, los que hubiesen instado su formalización y los herederos nudopropietarios “que fuesen vecinos del lugar”: habrá que entender del lugar donde tuviere su domicilio el matrimonio en el momento de su disolución por muerte de un cónyuge; pero pueden asistir también los herederos nudopropietarios que no fuesen vecinos de aquel lugar; la posibilidad de asistir mediante representación parece referida a todos los herederos que, por ser vecinos del lugar, han

sido citados y aquellos para quienes, no siendo vecinos de aquel lugar, no se requiere citación, pero están facultados para asistir. Los incapaces podrán asistir mediante su representante legal. Pero cuando el representante legal tenga intereses contrapuestos con los herederos nudopropietarios (conyuge viudo respecto de los hijos comunes menores) procederá, seguramente, la concurrencia de los dos testigos supletorios.

f) En cuanto a la sanción, no resulta del todo clara la redacción del artículo 82.

En el Derecho navarro la omisión de inventario se sanciona —con excesiva severidad en apreciación de la doctrina— con la pérdida de la viudedad (pese a que la ley de 1586 parece apuntar a la solución aragonesa, las de 1624 y 1766 son terminantes en aquél sentido). El Derecho aragonés histórico, que no señalaba plazo para la formalización del inventario, tampoco establecía sanciones determinadas por su omisión o retraso. Influido por el Derecho navarro, a través del Congreso de jurisconsultos aragoneses de 1880 y de los proyectos de Apéndice, el art. 68 del Apéndice aportó una solución “ecclética y vacilante entre la posición tradicional contraria a sancionar con pérdida de derechos la omisión del inventario y la posición, más rigurosa, del Derecho navarro y de algún proyecto, de privación o pérdida del derecho de viudedad” (LORENTE SANZ). Consistía esta sanción en que “pasado el plazo legal sin que esté concluido el inventario, perderá el viudo todos los disfrutes de la viudedad, los cuales quedarán de Derecho incorporados al caudal de la misma, hasta que se acabe de formalizar el inventario”. Propiamente, los disfrutes no pasaban a los nudopropietarios, sino que —al menos, con referencia al art. 68— se “capitalizaban” con el objeto mismo del usufructo viudal; sin embargo, la inobservancia fáctica de la obligación de inventario y la inaplicación de la sanción, impidieron que en la práctica se planteasen los problemas a que esta solución podía dar lugar.

El art. 82 de la Compilación limita la sanción por incumplimiento, como es lógico, al viudo que estuviese obligado a formalizar inventario, es decir, cuando se dé alguno de los tres supuestos del art. 80, 1.

La causa de la sanción es no haber concluido —independientemente de que haya comenzado o no— el inventario dentro de plazo: dentro de los cincuenta días siguientes al del fallecimiento del cónyuge, si la obligación derivase de haberse establecido por él en testamento o instrumento público, y al del requerimiento de los nudopropietarios o del Ministerio fiscal, si deriva de la exigencia de aquéllos no contradicha por el causante, o de la petición fiscal, pese a tal contradicción, si se trata de salvaguardar las legítimas.

La sanción consiste en la pérdida de los disfrutes de viudedad; es decir, de todos los derechos, facultades, y ventajas en general que su titularidad le atribuye, en especial la percepción de frutos.

Estos disfrutes de los que queda privado el viudo usufructuario corresponden a los herederos; la solución, como se ve, es distinta —y

menos problemática— que la que se deducía de la letra del art. 68 del Apéndice; es posible, con todo, que éste quisiese decir, en este punto, lo que hoy dice claramente el art. 82 de la Compilación (cfr., también, el art. 73, a.f. del Apéndice).

Pero, conforme a este art. 82, la pérdida de disfrutes se da “entre tanto”, y su correspondencia a los herederos “desde el día del requerimiento” y “hasta la terminación del inventario”... ¿Qué significado tiene esta fijación temporal de la sanción?

El “entre tanto” parece referirse a los dos extremos aludidos en el mismo art. 82: desde la no conclusión del inventario dentro de plazo —es decir, desde la expiración del plazo de cincuenta días, pues antes no se puede saber si lo va a concluir o no dentro de plazo— hasta que se concluya. Conforme a esta interpretación, perderá los disfrutes desde el día cincuenta y uno, a contar del fallecimiento o del requerimiento, hasta el día cincuenta y uno más equis, día de la terminación del inventario.

Pero esta interpretación —que, en cierto modo, encuentra apoyo en la Exposición de motivos— se contradice con la letra del mismo precepto, que, al atribuir los disfrutes a los herederos, dice más adelante “desde el día del requerimiento hasta la terminación del inventario”. Si la privación de disfrutes ha de arrancar del requerimiento, ¿qué hacer durante los cincuenta días siguientes? Los disfrutes no corresponden, de momento, al viudo, porque si a los cincuenta días no termina el inventario corresponderán, desde el primero, a los herederos del premuerto; pero tampoco corresponden, de momento, a éstos, porque si aquél lo termina dentro de los cincuenta días le van a corresponder a él, ya que la sanción del art. 82 se refiere sólo “al viudo obligado que no lo concluya dentro de plazo”.

La duda y posible contradicción no se daba —al menos con esta intensidad— en el Anteproyecto; en primer lugar, porque al atribuir al superstite la posesión civilísima de los bienes objeto de usufructo, decía expresamente “sin perjuicio de lo dispuesto en los dos artículos siguientes” sobre inventario, fianza y otras medidas cautelares (cfr. art. 151, 2 del provisional y 147, 2 del definitivo). Por otra parte, al establecerse la sanción de la falta de inventario no se decía “entre tanto”; en el Anteproyecto se disponía que “el viudo obligado a formalizar inventario que dejase transcurrir el plazo establecido sin haberlo concluido, perderá los disfrutes de la viudedad, que corresponderán a los herederos desde el día del requerimiento hasta que dicho inventario se concluya en forma” (cfr. arts. 154 del provisional y 150 del definitivo).

Parece, por tanto, que el sistema del Anteproyecto consistía en que la obligación de inventario, cuando existía, condicionaba el efectivo disfrute del usufructo viudal; el viudo obligado a formalizar inventario no adquiriría por el hecho de la muerte de su consorte y desde ese momento la posesión de los bienes objeto de usufructo ni, por tanto, el ejercicio efectivo de este derecho; nacía una especie de si-

tuación de pendencia: si lo concluía dentro de plazo, adquiría con efecto retroactivo la posesión y se le atribuían los disfrutes devengados; si no lo concluía, se atribuían, también con cierta retroactividad y hasta su conclusión, a los herederos nudopropietarios.

Pero la Compilación no hace esta salvedad al atribuir la posesión al sobreviviente (cfr. art. 79), y añade al precepto sancionador el inciso "entre tanto". Sin embargo, con estos antecedentes, es posible que, también con referencia al texto de la Compilación, pueda ser éste el sistema querido: no iniciación del usufructo y atribución retroactiva al viudo (si termina dentro de plazo el inventario) o a los herederos (si no lo termina en el plazo).

¿*Quid iuris* cuando la obligación de inventario derive de disposición del cónyuge premuerto? Evidentemente los herederos pueden, también en este supuesto, requerir al cónyuge viudo y, en tal caso, no habrá problema; pero si no lo requieren, y prevalece la segunda interpretación, la pérdida de disfrutes decretada por el art. 82 no va acompañada de su atribución a los nudopropietarios, porque falta el momento inicial de atribución, el requerimiento, lo cual desemboca a una especie de derecho potestativo atribuido a éstos: el viudo perderá los disfrutes si, transcurrido el plazo sin haberlo concluido, es requerido por los herederos, no ya para que haga el inventario —cuya obligación deriva de la disposición del premuerto—, sino para que les transfiera temporalmente —hasta que lo concluya— los disfrutes.

Es, precisamente, la solución aventurada para esta última cuestión, la que sugiere una tercera interpretación al art. 82 que acaso evitaría la contradicción causante de las dos anteriores. Consistiría esta interpretación en entender que la pérdida se produce el día siguiente al de la terminación del plazo; y que es entonces cuando los herederos nudopropietarios pueden requerir (independientemente de que la obligación derive de la voluntad del premuerto y que, por consiguiente, el plazo se cuente desde su fallecimiento, o que derive de la exigencia de los nudopropietarios o de la petición del fiscal y que, por tanto, el plazo se cuente desde que se formuló tal exigencia o petición) al viudo usufructuario para que les transfiera, desde ese momento, los disfrutes. Dudo mucho, con todo, que esta interpretación pueda prevalecer, porque el art. 82, 2, habla precisamente de "requerimiento" al tratar del cómputo inicial del plazo en los casos 2.º y 3.º del párrafo 1, como contrapuesto al momento inicial, "fallecimiento", en el caso 1.º.

Para que el inventario se considere concluido, a los efectos de este artículo, deberá estar completo; la omisión maliciosa o negligente de bienes equivale a la no conclusión (cfr. la S. A. Z., de 12 de junio de 1954). En cambio, parece que la fuerza mayor podrá ser excusa, en todo caso, para el obligado contraventor.

g) Nada más dispone la Compilación en cuanto a inventario y fianza. Lo demás —forma del inventario, naturaleza y cuantía del aseguramiento, etc.— se regirá, conforme al art. 75, por la disposición

del cónyuge premuerto en que hubiese impuesto al superstite estas obligaciones; y, en su defecto (primariamente en los restantes casos del art. 80, 1), por la costumbre si la hubiere y, si no, por las disposiciones del Código civil; pero, en realidad, de los arts. 491 a 496 C. c. nada o casi nada es aplicable aquí como no previsto por la Compilación; quedará, así, un amplio margen al arbitrio judicial.

18. *Otras medidas cautelares.*

Bajo esta misma rúbrica, e intercalado entre la regulación del inventario y fianza y de la sanción por la falta de inventario, dispone la Compilación:

Artículo ochenta y uno.—Cuando proceda el inventario y hasta tanto éste se formalice, y, en su caso, se constituya la fianza, los herederos podrán instar del Juzgado Municipal o Comarcal del lugar donde se hallen los bienes la adopción, respecto a ellos, de medidas de aseguramiento.

El supuesto de hecho es el mismo que en la obligación de inventario, los tres números del artículo 80, 1, más la instancia específica de estas medidas por parte de los herederos.

El precepto no dicta, como se ve, más reglas que la relativa a competencia territorial y funcional: el Juzgado municipal o comarcal del lugar donde se hallen los bienes (es decir, que cabe la instancia ante varios Juzgados municipales o comarcales), y a legitimación activa, que la propuesta del Seminario, como el artículo 69 del Apéndice, atribuía a los herederos del cónyuge difunto que no fueran descendientes legítimos del viudo, pero que ya la Comisión compiladora refirió a los casos en que, conforme al artículo anterior, procediera la formalización de inventario.

De ello se deduce que la consistencia de las medidas de aseguramiento quedan al arbitrio judicial. A lo sumo cabría sostener, en base al artículo 75, 1, la prevalencia de las medidas pactadas por los cónyuges o las establecidas por costumbre... pero es más que dudosa la referencia del artículo 75, 1, a una cuestión procesal. En cambio, parece razonable la aplicación supletoria del Código civil, por vía de analogía y en la medida de ésta, en aquellas reglas de finalidad cautelar como pueden ser las de los artículos 73, 6.º; 1.355; 1.020; etc., y sobre todo, el 494.

Tampoco se contienen normas de procesamiento; el Seminario de la Comisión compiladora había encargado un estudio crítico del artículo 69 del Apéndice y *de lege ferenda* al profesor FAIRÉN GUILLÉN, quien lo hizo a la vista del resultado de una meticulosa encuesta por el mismo organizada, y teniendo en cuenta los proyectos de Apéndice. Sobre la base de este estudio, el Seminario hizo su propuesta, y en

el precepto correspondiente del Anteproyecto de la Comisión aragonesa se disponía que “el Juzgado, constituido en seguida en el lugar, y apreciando la naturaleza de los bienes y todas las circunstancias del caso, acordará las medidas que estime procedentes, levantándose acta de las que se practiquen. Estas actuaciones serán remitidas seguidamente al Juzgado de primera instancia para su aprobación o rectificación. Mientras duren las actuaciones quedará en suspenso el plazo para practicar inventario. El juez señalará en su resolución el momento en que han de cesar las medidas cautelares. No haciéndolo, se entenderá que, para cada uno de los bienes, cesan cuando se incluyan en el inventario, si se ha prestado ya fianza bastante. Son aplicables supletoriamente a este proceso cautelar las normas de la Ley de enjuiciamiento civil sobre abintestato y testamentaria” (art. 153 del provisional y 149 del definitivo). Pero la Comisión de Códigos simplificó el precepto correspondiente y lo redactó en la forma con que ha pasado a constituir al artículo 81 de la Compilación.

19. *Alcance de la inalienabilidad en la fase de usufructo viudal.*

Dentro de la regulación genérica de la viudedad, el artículo 74 declara inalienable el derecho de viudedad; pero ya allí anuncia una limitación: “salvo lo dispuesto en el artículo 87”; ya he explicado (*supra*, núm. 9) la causa del error numérico padecido: debe entenderse “salvo lo dispuesto en el artículo 83”.

Efectivamente, al regular específicamente la fase usufructuaria del derecho de viudedad, y tras reiterar la inalienabilidad institucional, se describen las excepciones o limitaciones, es decir, la posible disposición del usufructo y la posible enajenación de los bienes usufructuados, en la forma que sigue:

Disponibilidad del derecho y de los bienes.

Artículo ochenta y tres.—Uno. El derecho de viudedad es inalienable. No obstante, cuando no haya descendencia del cónyuge fallecido, el viudo o viuda pueden pactar con los herederos de aquél lo que se estime oportuno, respetando las cargas establecidas por el mismo.

Dos. Haya o no descendencia, puede enajenarse la plena propiedad de bienes determinados, concurriendo el viudo usufructuario con el nudo-propietario, pero, salvo pacto en contrario, quedarán subrogados el precio o la cosa adquirida en lugar de lo enajenado.

Sin más precedentes que la cedibilidad, por parte del viudo, de la percepción de frutos de los bienes inmuebles usufructuados (art. 72, 2.º, del Apéndice), y atendiendo justificadas aspiraciones doctrinales y prácticas, el Seminario propuso un precepto en el que se concedía al viudo la facultad de ceder el ejercicio de su derecho sobre bienes deter-

minados, así como la de enajenar la plena propiedad de tales bienes conjuntamente con los nudopropietarios, disponiendo la automática subrogación o reemplazo. La Comisión reprodujo esta norma (cfr. art. 155 del Anteproyecto provisional) y, después de la información pública, añadió a ella la posibilidad de libre pacto con los herederos, sin perjuicio de las cargas, cuando no hubiese descendencia del cónyuge premuerto (cfr. art. 151 del Anteproyecto definitivo). La Comisión de Códigos, por aplicación acaso del principio de que lo más comprende lo menos, suprimió en el proyecto la cedibilidad del ejercicio; y, en cuanto a la subrogación o reemplazo, dejó a salvo —con buen criterio, a mi juicio, pues aunque quizá se llegase a la misma conclusión a través de la renunciabilidad, el automatismo establecido daba cierta apariencia de imperativo al precepto— el pacto en contrario.

* * *

Los pactos autorizados en el primer párrafo del artículo 83 para cuando no haya descendencia del cónyuge fallecido, no tendrán más límite que los generales de todo pacto (art. 3 de la Compilación) y el respeto a las cargas establecidas por el cónyuge premuerto; podrán, pues, ser en beneficio de tercero y comportar la enajenación del usufructo.

¿A qué cargas se refiere el precepto? Evidentemente, a las impuestas por el cónyuge premuerto sobre el usufructo; pero, conforme a la doctrina del artículo 72, 1, tendrán que haber sido pactadas en instrumento público con el otro cónyuge (ahora disponente) o dispuesto con él de mancomún, o bien, si proceden de su voluntad unilateral, desenvolverse dentro de los límites del artículo 72, 2.

* * *

El párrafo segundo del este artículo 83 puede dar lugar a una cuestión interesante; porque, a diferencia de otros preceptos que en el mismo capítulo tratan de “herederos nudopropietarios” (art. 80) o, simplemente, de “herederos” (arts. 81 y 82; también 83, 1), este párrafo trata sólo de “nudopropietarios”, de forma que la enajenación del pleno dominio de bienes determinados está también autorizada cuando concurra el viudo usufructuario con el adquirente de la propiedad “gravada” por el derecho expectante, transformado después en usufructo.

* * *

El pacto contrario al efecto de la subrogación o reemplazo, cuando se enajenen bienes determinados, será entre el viudo usufructuario y los herederos nudopropietarios; no parece deber requerirse un previo

pacto autoritativo entre los cónyuges, ni tampoco una intervención consensual del adquirente de los bienes que se enajenan.

20. *Ejercicio del usufructo viudal.*

En su fase *post mortem* la viudedad se manifiesta o consiste en un derecho real de goce semejante al usufructo; pero, a causa de la finalidad que persigue, su ejercicio está sometido a ciertos preceptos de índole familiar que, de una parte, imponen al cónyuge viudo mayores limitaciones que a un usufructuario corriente, con objeto de servir al destino de tal usufructo, y de otra, le confieren poderes más extensos que los del titular de un usufructo ordinario.

* * *

Conforme al artículo 75, 1, de la Compilación, este ejercicio se regula, en orden de prelación, por el pacto, la costumbre, el Título VI del Libro I de la misma Compilación y el Código civil.

El pacto, fuente primaria, puede ser el establecido en vida de ambos cónyuges, por ellos (arg. art. 72, 1), o bien el establecido por el viudo usufructuario y los nudopropietarios, en fase de usufructo viudal; pero este segundo no podrá entrañar disposición del derecho de usufructo si los herederos nudopropietarios son descendientes del premuerto o los hubiere; no obstante, el ejercicio sobre bienes determinados puede entrañar disposición del pleno dominio sobre los mismos si concurren los nudopropietarios, y quedando a salvo la subrogación real o el reemplazo (arg. art. 83).

* * *

Las disposiciones de la Compilación en orden al ejercicio del usufructo viudal son, fundamentalmente, las contenidas en los artículos 84, 85 y 87.

Derechos y obligaciones.

Artículo ochenta y cuatro.—Serán aplicables al usufructo viudal las normas siguientes:

Primera.—A la constitución o extinción del usufructo, la liquidación de los frutos naturales e industriales obtenidos durante el año agrícola o el correspondiente período productivo se hará en proporción a la duración en él del respectivo derecho. La misma regla regirá en cuanto a los gastos de producción.

Sabido es que en el Código civil la liquidación inicial y final del usufructo responde a distinto criterio o sistema según se trate de frutos

civiles o de frutos naturales e industriales. Para los frutos civiles, el artículo 474 establece la regla *pro ratio tempore*, referible tanto a la liquidación inicial como a la final; diversamente, en cuanto a los frutos naturales e industriales, el artículo 472 atribuye al usufructuario todos los pendientes al tiempo de comenzar el usufructo, sin obligación de abonar al propietario ninguno de los gastos hechos para su producción, y al propietario todos los pendientes al tiempo de extinguirse el usufructo, pero debiendo abonar al usufructuario los gastos de producción.

Sabido es, también, que esta regla de liquidación de los frutos naturales e industriales ha sido criticada por la doctrina en tema de usufructo ordinario, patrimonial; se alabó su sencillez y su seguridad, pues se confiaba que evitaría litigios; y se trató de justificar por la reciprocidad del *alea*; pero se redarguyó que la simplicidad y seguridad se lograba, en ocasiones, a costa de la justicia; y que la pretendida compensación de ganancias y pérdidas no existe, pues cada usufructo se abre y se cierra una sola vez, en la cual difícilmente coincidirá la ganancia inicial con la pérdida final. En suma, se consideraban más justas las reglas del artículo 452 C. c. en materia de posesión de buena fe.

En este ambiente doctrinal y crítico, el Seminario de la Comisión compiladora analizó el sistema histórico aragonés: la observancia 6.^a *de iure dotium* refería como *usus in Aragonia* que, a la terminación de la viudedad, aquellos a quienes perteneciese la propiedad de las cosas, pudieran ocuparlas con sus frutos y sin necesidad de abonar expensas; y la 54 del mismo título disponía que, a la muerte del usufructuario, o cuando éste contrajese nuevas nupcias, o la viuda tuviese *manifestum fornicatorem*, todos los frutos cediesen al suelo, salvo el caso de segundo matrimonio del viudo quedando hijos habidos con la primera mujer, pues éstos habían de dividir con aquél los frutos aparentes.

El Apéndice estableció, en los primeros párrafos de su artículo 74, reglas de liquidación final, no muy claras, pero que, en general, respondían al sistema histórico: atribución de los frutos naturales e industriales pendientes al extinguirse el usufructo a los nudopropietarios sin necesidad de abonar expensas, salvo los casos de extinción por renuncia y por nuevas nupcias con atribución del pleno dominio a los hijos; en estos casos, los frutos aparentes debían dividirse y también los gastos de producción.

En cuanto a la liquidación inicial, nada se encuentra, en tema de viudedad, en el Derecho histórico; únicamente la observancia 61 *de iure dotium* consideró muebles, a efectos de división de la comunidad, los frutos aparentes. El Apéndice incluyó algunas reglas —tampoco muy claras— en el artículo 72. relegando la viudedad con la comunidad continuada que, normalmente, comprendía los frutos aparentes (cfr. art. 57).

El Seminario, como digo, influido por la crítica doctrinal relativa

a las reglas de liquidación del usufructo ordinario o patrimonial, unificó todos los supuestos de liquidación —inicial y final, y cualquiera que fuese la causa de ésta— del usufructo y les aplicó la regla que el Código establece sólo para la liquidación de los frutos civiles (art. 474), la regla del prorrateo, que aplicó también a los gastos.

Este sistema fue acogido en el Anteproyecto provisional, constituyendo la regla 1.^a de su artículo 156.

Durante el período de información pública me permití formular ante la Comisión compiladora una enmienda escrita; en rigor, la formulaba ante mí mismo, pues que en anteriores publicaciones había expuesto críticas al sistema del Código civil en tema de usufructo ordinario y, en tema de viudedad, tanto en trabajos doctrinales como en el seno del Seminario, había propuesto y mantenido la doctrina recogida después por el Anteproyecto.

Pero, con posterioridad, había pensado que si la crítica era válida para el usufructo ordinario, no lo era, quizá, para el usufructo viudal; y que, por tanto, el sistema que formulaba el Anteproyecto podía ser muy justo para las liquidaciones del usufructo ordinario, pero acaso no tanto para las del viudal.

Efectivamente, a la constitución del usufructo viudal no se trata de atribuir los frutos naturales e industriales repartiéndolos equitativamente entre el nudo propietario, constituyente del usufructo, o sus herederos, y un extraño a ellos, el usufructuario, con intereses normalmente contrapuestos (planteamiento en el cual, todavía, cabría analizar, para distinguir, el título constitutivo del usufructo), sino de distribuirlos entre los herederos del premuerto y el cónyuge viudo del mismo, cónyuge viudo al que la ley trata de mantener en situación preeminente respecto de aquéllos, aplazando los efectos prácticos de la sucesión *mortis causa*... ¿Es justo, en este planteamiento, prorratear entre ellos los frutos naturales e industriales pendientes? Y, con referencia a la extinción del usufructo, tampoco se trata de armonizar los intereses contrapuestos de los nudopropietarios y los herederos del usufructuario cuya muerte, según haya acaecido antes o después de la recolección, decide, de modo por completo aleatorio, si tales frutos pertenecen a la herencia del usufructuario o se atribuyen a los nudopropietarios... No; en el usufructo viudal se trata de señalar el momento efectivo, hasta entonces aplazado, de la eficacia práctica de la sucesión del premuerto: nada juegan, en esta pugna de intereses, los herederos del viudo usufructuario; y si la tensión se produce frente a él mismo (extinción por causa distinta de la muerte), parece que la solución no debe ser la misma si tal causa supone generosidad (renuncia a la viudedad) que si supone indignidad (vida licenciosa del viudo usufructuario).

Mi enmienda no prosperó; y el Anteproyecto definitivo reprodujo, como regla 1.^a de su artículo 152, la que yo había propuesto en el Seminario, antes de rectificar mi criterio.

A pesar, también, de que el Anteproyecto definitivo estructuraba

la viudedad como generalmente universal, lo cual hace más discutible la adecuación de la regla de prorrateo en la liquidación inicial del usufructo; porque, siendo universal, recae también sobre los bienes muebles; luego en una aplicación inexorable del sistema, también sobre los frutos que, en el prorrateo, corresponden al cónyuge premuerto y se atribuyen, por tanto, a sus herederos. Esta parte del prorrateo de frutos no corresponde percibirla al usufructuario, por disposición del artículo 84, 1.º; pero tampoco corresponde percibirla a los herederos, siendo universal la viudedad, salvo en nuda propiedad; procede, pues, “capitalizarla” como objeto de usufructo, lo cual, perfectamente viable en materia de frutos civiles, no parece adecuado a los frutos naturales e industriales a que esta regla se refiere.

Tampoco parece más indicada la regla del prorrateo para la liquidación final de un usufructo de naturaleza familiar; en este aspecto, con independencia del ámbito universal e inmobiliario que se le haya asignado. Según he dicho, los herederos del usufructuario (que no lo sean también del cónyuge premuerto) son completamente ajenos al reflejo patrimonial de la situación familiar que la viudedad describe. El Derecho aragonés no quiere que la familia se disuelva por la muerte de un cónyuge; en la medida de sus posibilidades, trata de evitar la dispersión familiar y el desamparo viudal y, como en tal ordenamiento más que un “contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio” (condenado a resolverse cuando el matrimonio se disuelve) hay una especie de “estatuto patrimonial al servicio de la familia”, la disolución del matrimonio no deroga este estatuto y, entre otras instituciones, la viudedad trata de mantenerlo, aplazando los efectos económicos de la sucesión *mortis causa* mientras vive el otro cónyuge; cuando muere ya no hay razón de aplazamiento, y la eficacia económica de la sucesión se produce, si no retroactivamente, al menos sin secuelas posteriores en beneficio de extraños respecto a la relación familiar de la viudedad: los frutos naturales e industriales pendientes a la muerte del viudo usufructuario deben ser para los nudopropietarios sin prorrateo con los herederos del viudo.

Si la extinción del usufructo es por causa distinta de la muerte, habría que distinguir la naturaleza de la causa y la situación familiar afectada; porque, como exponía en la mencionada enmienda, cuando la pérdida es por vía de sanción (no necesariamente a una conducta “mala”, sino incompatible con la fidelidad a la memoria del premuerto) se hace preciso que no se enturbie más de lo que la misma causa de extinción haya ya enturbiado las relaciones entre el cónyuge viudo y sus hijos del primer matrimonio.

En suma, pienso que hubiese sido más justo y adecuado —también, más fiel al Derecho histórico: mi cambio de criterio ha servido, si no para evitar que la Compilación reproduzca mi anterior punto de vista, sí para recordar con qué cautela se debe revisar y modificar el Derecho histórico— atribuir todos los frutos naturales e industriales pendientes al tiempo de constituirse el usufructo universal al cónyuge

viudo, sin obligación de abonar expensas; todos los pendientes al tiempo de extinguirse por muerte del usufructuario, a los herederos del premuerto, sin abono tampoco de expensas; y, en los casos de extinción por causa distinta de la muerte, seguir el sistema del prorrateo, tanto de frutos cuanto de expensas, cuando la causa extintiva no sea falta de fidelidad a la memoria del premuerto (renuncia) o cuando, siéndolo (segundas nupcias), no implique mala conducta y el pleno dominio recaiga en sus hijos; en los restantes supuestos, atribución a los nudopropietarios de todos los frutos naturales e industriales pendientes, con abono de expensas.

Para los frutos civiles regirá el artículo 474 C. c., con el cual se ha homologado el 84, 1.ª, de la Compilación.

Segunda.—El abono de expensas y mejoras hechas por el viudo usufructuario se gobernará por lo dispuesto en el Código civil con relación al poseedor de buena fe.

Se refiere esta regla segunda, no a los gastos hechos para la producción de los frutos (como la anterior), sino a los gastos —de conservación, reparación o mejora— de la cosa usufructuada; se refiere a la “sustancia” y no a la fructificación.

El Apéndice contenía, en esta materia, una regla semejante al artículo 487 C. c. (art. 72, 2, 2.ª). La doctrina estimaba que tal solución, justificada en el usufructo ordinario, casaba mal con la naturaleza familiar del usufructo viudal, y se llegó a propugnar, por esta razón, un régimen de mejoras semejante al de la dote; por ello, ya en la propuesta del Seminario, y después en el Anteproyecto de la Comisión, a semejanza del artículo 1.368 C. c., se resolvía la cuestión por remisión al poseedor de buena fe. Así aparece, también, en la regla 2.ª del artículo 84 de la Compilación.

Se aplican, pues, los artículos 453, 454, 456 y 458 C. c. con preferencia a los 487 y 488. Así, el usufructuario tiene derecho a los gastos necesarios y útiles; parece que con derecho de retención, lo cual supone una excepción a lo dispuesto con carácter general en el artículo 88 de la Compilación. No tiene derecho a los gastos de lujo o recreo, pero sí a retirarlos si la cosa no sufre deterioro y si los nudopropietarios no prefieren abonarlos; entiendo que también podrá, con ellos, compensar los desperfectos, pues la remisión específica de esta regla a los artículos reguladores de la posesión de buena fe no impide —salvo en lo que fuesen incompatibles— la remisión genérica (y, en ella, al art. 488) al Código, hecha en el artículo 75, 1, de la Compilación.

Tercera.—Cuando los nudo-proprietarios fueren descendientes legítimos del viudo usufructuario serán a cargo de éste las reparaciones, tanto ordinarias como extraordinarias.

El Apéndice de 1925, acaso influido por una interpretación poco cuidada, por parte de la doctrina del siglo XIX, del fuero 2.º *de iure viduitatis* y de la observancia 11 *de iure dotium* (en materia de reparaciones), impuso al viudo usufructuario la obligación de levantar las cargas a que los bienes estuviesen afectos, costear los seguros, las contribuciones y las reparaciones ordinarias o extraordinarias (cfr. artículo 73, 2, 1.ª).

El Seminario y la Comisión aragonesa adoptaron la solución, distinta de la del Código, de atribuir al usufructuario tanto los impuestos que gravan los frutos cuanto los que gravan el capital y tanto las reparaciones ordinarias cuanto las extraordinarias, solamente en el caso de que los nudopropietarios fuesen hijos o descendientes legítimos del viudo usufructuario (cfr. art. 156, 3.ª, del Anteproyecto provisional y 152, 2.ª, del definitivo).

La regla 3.ª del artículo 84 de la Compilación, retocada en la Comisión de Códigos, sigue limitando el supuesto de hecho en la misma forma: cuando los nudopropietarios sean descendientes legítimos del viudo usufructuario; por tanto, en los demás casos, y siempre que nada se haya establecido por pacto ni exista costumbre distinta, se aplicarán los artículos 500-502 C. c. (art. 75, 1, de la Compilación).

Pero nótese que en la Compilación, como en el Proyecto de la Comisión de Codificación, la regla va referida sólo a las reparaciones, no a los impuestos. El Seminario y la Comisión aragonesa, según he dicho, la habían referido también a éstos, atribuyendo al viudo, cuando los nudopropietarios fuesen hijos o descendientes legítimos suyos, los que gravan los frutos y el capital, y añadía que "no podrán entonces los nudopropietarios introducir mejoras sin el consentimiento del usufructuario" (arts. 156, 4.ª, del Anteproyecto provisional y 152, 4.ª, del definitivo; en cuanto a la última disposición, que desapareció también, como la de los impuestos, en el Proyecto, téngase en cuenta el artículo 503 C. c.). En la Compilación, por el contrario, no se dice nada de los impuestos, acaso por considerar implícita la regla en la de las reparaciones; pero, independientemente de la intención o móvil de la supresión, parece lo más probable la aplicabilidad de los artículos 504 y 505 C. c., sin que se acabe de comprender, entonces, el diferente trato en materia de reparaciones y de impuestos. También la supresión de la consecuencia en cuanto a mejoras supondrá la aplicación directa e íntegra del artículo 503 C. c.

Cuarta.—La obligación de alimentos, con las condiciones y el alcance con que la regula el Código civil, se extiende para el viudo usufructuario a los descendientes no comunes del cónyuge premuerto.

Este deber —compensatorio del aplazamiento que supone la viudedad para el efectivo disfrute de los bienes— tiene su precedente en el fuero 1 *de alimentis* de 1390 y, sobre todo, en su complemento, el

fueron 2 del mismo título, de 1398. El Apéndice la formulaba en el artículo 72, 2, 4.^a, con detalles que parecen innecesarios rigiendo supletoriamente el Código civil. El Seminario y la Comisión compiladora la excluían en los casos de limitación de la viudedad por diferencia de edad (cfr. arts. 156, 4.^a, del Anteproyecto provisional y 152, 4.^a, del definitivo); pero como la Comisión de Códigos suprimió tal limitación, la exclusión era improcedente y prescindió de ella en el Proyecto.

Parece que se trata de los alimentos que la doctrina denomina “amplios” o “civiles” y no de los denominados “estrictos” o “naturales” (cfr. arts. 143 y 146 C. c.). Y que la pensión no está limitada en su cuantía por la del caudal usufructuado, si bien cabrá siempre, a través de la renuncia, la liberación de este deber que la Compilación atribuye, precisamente, al viudo “usufructuario”.

* * *

Intervención de los nudo-propietarios

Artículo ochenta y cinco.—Desatendidas por el usufructuario las indicaciones o advertencias que le hicieren los nudo propietarios sobre administración y explotación de los bienes, podrán aquéllos acudir a la Junta de parientes o a la autoridad judicial, ante la cual también serán apelables los acuerdos de dicha Junta.

Este precepto carece de antecedentes en el Derecho histórico; tampoco contiene nada equivalente el Apéndice de 1925 ni los proyectos anteriores. Lo introdujo, en su propuesta, el Seminario, por consideraciones prácticas. Se trataba de poner al día la institución, de dar una versión actualizada del Derecho histórico, pero también de aprovechar la coyuntura legislativa para retocarla o modificarla, evitando los inconvenientes que la experiencia hubiese denunciado y que en nada afectan a la esencia de la institución; entendió el Seminario que este *modus operandi* no suponía infidelidad al espíritu y al método histórico, si la historicidad del Derecho se concibe como algo vivo y, por tanto, evolutivo en las determinaciones de una misma esencia a circunstancias cambiantes; concretamente, la viudedad evolucionó históricamente; nada de extraño, pues, que al reanudar su historia legal siguiera evolucionando.

Evidentemente la finalidad esencial de la viudedad subsiste en nuestro tiempo y por eso la institución se conserva; pero, sin duda también, con los actuales modos de vida se ha agudizado el problema planteado por la posible tensión de generaciones: la madre viuda, por ejemplo, con criterios conservadores y sin grandes estímulos para cambiar el régimen o la explotación del patrimonio, y los hijos, tal vez mayores de edad y padres de familia, nudopropietarios de aquél patrimonio cuya organización y métodos de explotación quisieran ac-

tualizar (mecanización del campo, obras de decoración en el establecimiento mercantil, publicidad, racionalización en la organización industrial, inversión en valores más rentables, etc.).

La norma prosperó y aparece en la Compilación pese a que, durante la información pública del primer Anteproyecto, el informe del Colegio Notarial de Zaragoza y de los Registradores de las tres provincias aragonesas se manifestó en sentido contrario; he aquí en que gallardos términos se expresaban los Notarios y Registradores de Aragón: “Los otros preceptos del Anteproyecto que se estiman necesarios de reforma son los arts. 175 y 159 que someten al cónyuge viudo a un control del Consejo de parientes que se juzga inadmisibile. Ciertamente que la mayor extensión de la viudedad con relación al régimen del vigente Apéndice, tiene como contrapartida la reducción de derechos para los herederos, privados, acaso durante largos años, de disfrute de los bienes; pero, así y todo, se estima que la innovación pretendida por el Anteproyecto debe ser desechada por depresiva de la posición del viudo, improcedente y peligrosa”.

* * *

El Anteproyecto concedía a los nudopropietarios recurso ante la Junta de parientes y apelación a la autoridad judicial cuando resultaren gravemente perjudiciales los acuerdos de la Junta (arts. 157 del provisional y 153 del definitivo). La Compilación, como en las demás actuaciones de la Junta de Parientes, ofrece alternatidad en el recurso: aun donde y cuando exista Junta de parientes, pueden los nudo-proprietarios, recurrir ante la autoridad judicial; congruentemente, la apelación a ésta contra el acuerdo de la Junta de parientes no quiere que sea gravemente perjudicial.

Los términos “recurso” y “apelación” no están empleados aquí en sentido técnico procesal; se trata de actuaciones de jurisdicción voluntaria, semejantes a otras en materia civil, que no impiden, por otra parte, la viabilidad contenciosa de un proceso declarativo.

* * *

El art. 85 se completa con el 87:

Transformación del usufructo.

Artículo ochenta y siete.—En el caso del artículo ochenta y cinco, si el viudo usufructuario no pudiera o no se aviniera a cumplir el acuerdo de la Junta de Parientes o la decisión judicial, podrán pedir los nudo-proprietarios la entrega de los 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 varien las circunstancias objetivas.

No debe confundirse esta norma con la del art. 520 Cc. ni con la del 73, 13, del Apéndice de 1925.

El art. 520 Cc. permite, en realidad, el mal uso de la cosa usufructuada; y sólo para el caso de que el abuso sea considerablemente perjudicial al propietario permite una especie de administración de la cosa por parte del mismo; pero aún en este caso, subsiste el disfrute (no la posesión ni el uso) por parte del usufructuario. El art. 73, 13, del Apéndice de 1925 sanciona con la pérdida del usufructo viudal el incumplimiento general y doloso o negligente, de las obligaciones del viudo usufructuario en cuanto tal. Frente a estos preceptos, la Compilación:

a) Fiel al fundamento y teleología del instituto y a su naturaleza familiar, no permite el no uso ni el uso diríase anticuado o antieconómico del patrimonio usufructuado; tampoco lo prohíbe directamente ni lo sanciona automáticamente, pues en rigor no se trata de una especie de castigo impuesto a la mala conducta del viudo usufructuario; se trata de compaginar los intereses de todos en el seno de una misma familia y de arbitrar, para ello, una transformación del usufructo. El viudo que rechaza la concentración parcelaria, o se niega a incorporarse a una cooperativa, o que no quiere reformar unos escaparates o realizar unos títulos para mejor invertir su importe, propiamente no obra mal; sencillamente, tiene unos criterios distintos —que, sin malicia ni negligencia, pueden ser perjudiciales— de los nudo-propietarios; por eso el art. 85 permite a estos llevar el caso a la Junta de parientes o a la autoridad judicial; si estos órganos entienden que las advertencias o indicaciones de los propietarios desatendidos por el viudo usufructuario, son, efectivamente, beneficiosos para la familia en su presente y en su futuro, se los impone al viudo; y si éste no puede o no quiere seguirlos, el art. 87 armoniza los intereses: dejando, por una parte, al viudo usufructuario en la misma situación económica que le suponía el usufructo y, por otra parte, entregando el patrimonio a los nudopropietarios para su explotación adecuada.

b) En cambio, si el viudo usufructuario incumple con negligencia grave o con malicia las obligaciones inherentes al disfrute de viudedad, como esto sí que es una falta, mala conducta, el art. 86, 1, 5.º, la sanciona —pues esta norma sí tiene signo punitivo— con la extinción o pérdida del usufructo viudal.

Por lo demás, el art. 87 de la Compilación ha dado una versión más moderna y más cómoda que la del art. 520 Cc. a la transformación del usufructo; de una parte, no se trata de abonar al viudo usufructuario el importe de la fructificación sucesiva del patrimonio usufructuado, sino una renta no inferior a la fructificación media anterior; y, de otra parte, la cuantía de esta renta es revisable al variar las circunstancias objetivas (disminución del poder adquisitivo de la moneda, etc.).

21. *Extinción.*

Las causas vienen enumeradas en el art. 86:

Extinción del usufructo viudal:

Artículo ochenta y seis.—Uno. Se extingue el usufructo viudal:

Primero.—Por renuncia explícita que conste en documento público.

Además, pues, de poderse renunciar la viudedad antes de su iniciación y durante la fase de derecho expectante, después de haberse iniciado el usufructo —o en el momento de iniciarse— es también renunciabile.

Segundo.—Por nuevo matrimonio, salvo pacto en contrario.

Es una causa extintiva típica, originaria y constante, en la regulación de la viudedad (fuero 1 *de iure dotium* de 1247, fuero 1 *de iure viduitatis* de 1398, observancias 52 y 54 *de iure dotium*, art. 73, 8.º, del Apéndice de 1925). Su fundamento lo expresa bien la denominación que la institución recibe en el Derecho navarro: *fealdat*, fidelidad.

Parece que la excepción admitida a la eficacia extintiva del nuevo matrimonio será referible, tanto al pacto atípico con los herederos nudo-propietarios, cuanto al pacto, consuetudinariamente tipificado y regulado, de “casamiento en casa” (cfr. arts. 33 y 35 de la misma Compilación). Empero, lo que perdura ya no es, entonces, propiamente viudedad, sino un usufructo convencional o una institución consuetudinaria con sustantividad propia.

Tercero.—Por llevar el cónyuge viudo vida licenciosa.

Con la misma antigüedad (fuero 1 *de iure dotium*, observancia 54 del mismo título, art. 75, 11, del Apéndice) y fundamento que la causa anterior —crisis de la fidelidad—, por fin la Compilación ha unificado el régimen para el viudo y para la viuda. El fuero 1 *de iure dotium* —como entonces no podía por menos— la refirió sólo a la viuda; pero, extendida la viudedad al marido, la observancia 13 del mismo título, aclaró que el marido viudo no perdía la viudedad por tener concubina; la observancia 54 del mismo título volvió a referir la causa sólo a la mujer; en cambio, el Fuero de Teruel, al conceder determinados beneficios viuales, los condiciona indiscriminadamente a que el viudo o viuda “quisiera estar en castidad” (ley 458), ordenando que, cuando el viudo no quiera permanecer en viudedad o en castidad, lo dé todo a la partición (ley 460); también hoy se equipara en el Derecho de Navarra, según doctrina autorizada (se entiende derogado por la costumbre el Fuero General en 4, 2, 3; además, cfr. el Amejoramiento del Fuero, de 1418, Cap. IX); también se propugnaba

la equiparación en las conclusiones del Congreso de jurisconsultos aragoneses de 1880; pero el Apéndice de 1925 distinguió las circunstancias de la causa extintiva: para el viudo, tener manceba en su propia morada o con escándalo fuera de ella; para la viuda, llevar vida manifiestamente licenciosa o deshonesta (cfr. art. 73, 11).

La Compilación ha referido la causa, con un mismo enunciado, a ambos; y la ha descrito como “llevar vida licenciosa”, sin más circunstancias ni calificaciones. Sólo juicio favorable merece esta reforma, tan justa, que equipara en la exigencia de fidelidad al viudo y a la viuda, y que puede resolver, o mitigar al menos, la incisión que en su formulación anterior producía en cuanto al efecto extintivo de las ulteriores nupcias, es decir, la incitación a un amancebamiento que no fuese domiciliario u ostensible, o a una vida licenciosa o deshonesto pero oculta, en sustitución de un segundo matrimonio que extinguiese el usufructo.

Cuarto.—Por corromper o abandonar a los hijos, o por atentar al pudor o fomentar la prostitución de las hijas.

Coincide esta causa con la 1.^a de indignidad (art. 756 Cc.) y con una de las causas de separación personal (cfr. art. 74 y 105, 5.^o Cc.), que lo son también de extinción del derecho expectante (art. 78 de la Compilación). Ya el Apéndice la formulaba (art. 73, 12).

Quinto.—Por incumplir como usufructuario, con negligencia grave o malicia, las obligaciones inherentes al disfrute de la viudedad, salvo lo dispuesto sobre negligencia en la formalización de inventario.

Por el carácter familiar de este usufructo y por cuanto las obligaciones a él inherentes son más graves que en el usufructo ordinario, la sanción —pérdida del usufructo— es más enérgica que en el usufructo ordinario —sustitución del usufructo por la percepción del producto líquido—, tal como la establece el art. 520 Cc. Así se establecía también en la regla 13 del art. 73 del Apéndice.

Para que se produzca la extinción será necesario probar el incumplimiento y, además, la negligencia grave o la malicia. La negligencia leve no es causa de extinción y fundará solamente los recursos previstos en el art. 85, y, en su caso, la sanción del 87.

Y el incumplimiento de la obligación de inventario, la suspensión y pérdida regulada en el 82.

Sexto.—Por no reclamar su derecho durante los veinte años siguientes a la defunción del otro cónyuge.

Se refiere esta regla (que aplica el plazo histórico de prescripción de las acciones personales) a la prescripción extintiva del usufructo

vidual como derecho unitario; por eso el cómputo se inicia con el nacimiento mismo de este derecho: desde la defunción del otro cónyuge; una vez reclamado y obtenido, el derecho ya no prescribe, aunque puede prescribir el derecho sobre bienes determinados, incluso sobre los que constituyan el patrimonio usufructuado; pero, entonces, ya no prescribe el usufructo vidual que, ejercitado inicialmente, ya no se puede perder por falta de ejercicio sino en cuanto a cada uno de los bienes sobre que recae; en cierto modo lo que, con arreglo a este precepto, prescribe es el derecho a comenzar el usufructo, la adquisición *uno actu* del usufructo de todo el patrimonio.

De aquí que esta regla sea compatible con la usucapión, en plazos más breves, de bienes determinados, por parte de un tercero. En cambio pienso que la prescripción extintiva inicial del derecho sobre cada uno de los bienes —si no se ha consumado por la usucapión de un tercero— queda subsumida en este plazo de los veinte años.

* * *

Dos.—En lo no previsto en este artículo o en el setenta y ocho se aplicarán los artículos quinientos trece y siguientes del Código civil. Estos mismos preceptos regirán la extinción del usufructo sobre bienes determinados.

De este segundo párrafo del art. 86 se deducen las siguientes consecuencias interesantes:

a) Que si las causas de extinción del derecho expectante se producen o conocen en fase de usufructo vidual, son también causas de extinción de éste; parece claro que la mención delimitadora del artículo 78, además del propio art. 86, al invocar la aplicación supletoria y complementaria de los arts. 513 y ss. Cc., así lo demuestra; en otro caso, la mención en este artículo del 78 resultaría totalmente estéril, ya que el mismo art. 78 lo invoca como complemento de las causas extintivas del derecho expectante.

Ello no impide que el trasplante pueda resultar problemático en algún aspecto. Porque hay causas de extinción del derecho expectante constituidas por la resolución judicial —improcedente cuando ha muerto uno de los cónyuges— y no por el hecho o conducta que, a su vez, haya sido causa de esta resolución; tal sucede en los supuestos de nulidad o separación personal. A mi juicio la regla orientadora, en principio, debe ser algo así: si en vida del cónyuge premuerto se había iniciado el ejercicio de la acción correspondiente, tendrán sus herederos —como decía el párrafo último del art. 64 del Apéndice— “las acciones civiles conducentes a los pronunciamientos definidores de la condición de los bienes”; lo mismo sucederá cuando se trate de acciones públicas; pero si se trata de acciones privadas, reservado su ejercicio al cónyuge premuerto y éste no las ejercitó, entonces la cir-

cunstancia causal de estas acciones no será causa de extinción del usufructo viudal.

b) Que las causas extintivas reguladas en los arts. 513 y ss. del Cc. lo son también del usufructo viudal en cuanto sean compatibles con los arts. 78 y 86 de la Compilación y mediante una adaptación semejante a la expuesta *supra*, núm. 14, a); y así, se extingue el usufructo viudal por muerte del usufructuario; por la expiración del plazo o el cumplimiento de la condición resolutoria interpuesta por los cónyuges en documento público o testamento mancomunado (art. 72), o por el causante o donante de bienes en cuanto a éstos (art. 77); por consolidación; no, en cambio, por renuncia que no sea explícita o no conste en documento público (compárese el art. 513, 4.º, Cc. con el 86, 1, 1.º, de la Compilación) y por resolución del derecho del constituyente.

c) Que se aplican las causas extintivas de los arts. 513 y ss. Cc., íntegramente, a la extinción del usufructo viudal sobre bienes determinados. Aquí, pues, la aplicación del Código no es ya supletoria y adaptada, sino primaria y directa. Será eficaz, por tanto, la renuncia en documento privado al usufructo sobre bienes determinados, etcétera. Sin embargo, creo que siempre será precisa una cierta adaptación, como en materia de prescripción extintiva que, si es inicial, entiendo queda subsumida en la prescripción veintenal de la *viduitatis petitio*; los plazos más breves se aplicarán a la prescripción extintiva de bienes determinados después de haberse hecho efectivo el usufructo viudal. Por otra parte, en cuanto a la pérdida del objeto, regirá el mecanismo de la subrogación o el reemplazo (cfr. arts. 518 y 519 Cc.).

* * *

Poseción de los propietarios.

Artículo ochenta y ocho.—Extinguida la viudedad, los propietarios podrán entrar en posesión de los bienes usufructuados por interdicto de adquirir.

Ya el fuero único *de usufructo*, de 1461, disponía que al extinguirse la viudedad, la posesión de los bienes usufructuados por el viudo no le aprovecharán a él sino al propietario, y concedía a éste el interdicto posesorio para obtenerla de hecho. También el art. 74 del Apéndice concedió a los nudo-propietarios esta posesión, que la doctrina llamó civilísima, y el interdicto de adquirir.

Para la liquidación final de los frutos naturales e industriales rige el art. 84, 1.ª; en lo demás, el régimen común del usufructo, dentro de la prelación de fuentes señalada en el art. 75, 1.

