

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO
JURIDICO Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XXVIII

Julio-Agosto 1952

Núms. 290-291

Dinámica de los bienes en la sociedad conyugal aragonesa

SUMARIO :

PRELIMINAR : 1. Delimitación.—2. Significado del pacto «a gananciales».—*Naturaleza jurídica de la sociedad conyugal tácita :* 3. Sus diferencias con la sociedad de gananciales.—4. Teorías sobre la naturaleza jurídica de las comunidades matrimoniales.—5. Comunidad universal y características de la que estudiamos.—6. Comunidad de tipo romano y de tipo germánico.—7. Conclusión.—*Adquisición de bienes :* 8. Régimen normal.—9. Examen especial de la usucapión y de la extinción de usufructo y enfiteusis.—10. Posibilidad y límites del pacto regulador de la naturaleza privativa o común de los bienes.—11. Efectos del mismo.—12. Bienes parafernales en Aragón.—*Administración :* 13. Situaciones normales.—14. Administración paccionada.—15. Situaciones anormales : transferencia de la administración a la mujer.—16. Contratos de arrendamiento : el Apéndice foral frente a las leyes especiales.—*Actos dispositivos :* 17. Facultad de disponer *inter vivos* del marido.—18. Facultad de disponer *inter vivos* de la mujer en situaciones normales.—19. Ampliación de la facultad dispositiva de la esposa en situaciones anormales.—20. Contratación entre cónyuges.—21. Disposiciones *mortis causa*.—22. Reserva del derecho de viudedad.

PRELIMINAR

1. Estudio de derecho positivo es el presente trabajo ; de derecho positivo especial de Aragón : el Apéndice al Código civil vigente desde el día de la venida a Zaragoza de la Virgen del Pilar del año 1926. Esta disposición foral por excelencia, continente del

derecho peculiar del antiguo Reino, hoy región aragonesa, no ha sido tratada con cariño por los juristas, ni aun por los propios foralistas, quienes han visto en ella más bien un cobaya de experimentación que caballo de tiro para sus estudios. Como se ha dicho de su hermano mayor, el Código civil, el Apéndice es recibido con desvío y enemiga, se le somete a una implacable crítica (1) antes de conocerle, nos preocupamos de censurarle (2); los vituperios se amontonan, y habríamos de recopilar una larga serie de citas para remitirnos a ellos, aunque algún autor aislado (3) rompa lanzas en su defensa. No vamos a entrar en la cuestión que esbozamos; no nos interesa —ahora— saber si el Apéndice es más o menos perfecto, si estamos ante una norma genuinamente aragonesa o ante un fruto de extrañas influencias que a Aragón se ha impuesto por norma rectora. Actuamos hoy como juristas prácticos, y por ello nuestra posición no puede ser más que una al estudiar cualquier institución o faceta del Derecho frente a la vida social: atenernos a las normas vigentes. Y en Aragón rige, sobre y junto al Código civil, el Apéndice de 7 de diciembre de 1925: su imperio es ineludible. Busquemos la solución a cada caso concreto en los cauces de la Ley; hay que encontrar otra salida que la de pedir en cada instante una reforma legal (4). Quédese para otras ocasiones la pretensión de tal reforma —justa y loable en el presente caso— que vamos a tratar de derecho constituido y no constituyente.

Centramos nuestro estudio en la sociedad conyugal aragonesa, tácita o legal (artículos 48 al 57 del Apéndice), y no trataremos de la paccionada, por no presentar ésta especialidad alguna, ya que es factible adoptar cualquier sistema o tipo como en el resto de España, si bien la posibilidad de cambiar en todo instante las normas de la sociedad tácita, así como la coexistencia de sus reglas generales con el pacto especial referente a algunos bienes nos obligan a estudiar sus repercusiones en la materia objeto de este artículo.

2. Pero al mismo tiempo trataremos también de un tipo de sociedad conyugal pactada, muy extendido en el Alto Aragón: el

(1) DE CASTRO: *Derecho civil de España*, 2.^a edic., 1949, pág. 208.

(2) HERNÁNDEZ-GIL: «En defensa del Código civil», *Revista de Derecho Privado*, 1948, pág. 776.

(3) DE CASTRO: *Ob. cit.*, pág. 277.

(4) Renegando con GONZÁLEZ PALOMINO, de todo grito histérico: «Enajenación de bienes pseudo-usufructuados», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo V, pág. 854.

sistema de gananciales. Porque las soluciones que demos para el caso de faltar capitulaciones son perfectamente aplicables al de haberse *acogido* al mismo. Veámoslo.

Dicho pacto es debido, a nuestro entender, a dos causas. Una es la proximidad de Cataluña y la afinidad existente entre los capítulos matrimoniales de ambas riberas del Noguera Ribagorzana: el Pallás y la Conca de Tremp, por una parte, y Ribagorza y la Litera, por la otra. El labrador aragonés, cuya hija casa con *hereu* catalán, sabe que de no fijarse otra cosa, todo lo adquirido durante el matrimonio, a pesar del común esfuerzo de los cónyuges, será bien privativo del marido, pues lo normal es que a su nombre se verifiquen las adquisiciones patrimoniales, por lo que su hija, si queda viuda, al *marchar de casa* del difunto sólo puede llevarse lo que aportó y no otra cosa, perdiendo todo derecho a aquellos bienes a cuya adquisición contribuyó con su trabajo; su dote será su único capital. Por ello preveyéndolo, se pacta que los contrayentes «se admiten a gananciales por iguales partes», que «los bienes gananciales serán divisibles por mitad entre ambos cónyuges» (5), que «el contrayente admite a la contrayente a la mitad de sus bienes gananciales» (6), o, según fórmulas más modernas, «se acogen a la sociedad legal de gananciales», «fijan como normas de su sociedad conyugal, en el aspecto económico, las del sistema llamado de gananciales» y otras varias de similar contenido. Esta cláusula de estilo, que tal lo es, pues en los protocolos se ha formado (7), se extiende a todo el Alto Aragón fronterizo con Cataluña, y de allí, por costumbre popular y tradición notarial, que como ejemplo de la vocación jurídica del pueblo aragonés van siempre hermanadas, pasa a otras comarcas de la provincia de Huesca.

La segunda y principalísima razón de ser del pacto de gananciales es la de lograr un régimen de equidad frente a las cláusulas de

(5) COSTA: *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, segunda edic., tomo I, pág. 180.

(6) Capitulaciones de Antonio Fúster y Manuela Sanmartín, autorizadas en 8 de mayo de 1795 por el Escribano de Su Majestad, don Agustín Enjuanes y Pérez, vecino de Benabarre, manifestando las partes que «*hacían la presente su Capitulación matrimonial, no según Fueros de Aragón, Constituciones de Cataluña y Leyes de otros Reynos, sino con los pactos, modo y forma siguiente...*»

(7) De forma interna según la clasificación de FARRÉ MOREGÓ: «Función de las cláusulas de estilo en las escrituras», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo III, págs. 116 a 119, especialmente.

reversión. Por imperio de las normas legales, aun antes de la vigencia del Apéndice, son bienes de la sociedad conyugal, no sólo como en Derecho común, los adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, sino también todos los muebles, cualquiera que fuere el título y tiempo de su adquisición (8). En reciprocidad a la reversión pactada, generalmente en los heredamientos a favor de la casa, para el supuesto de fallecer el heredero sin hijos o con tales que no llegaren a la edad de poder testar (9), se establece que la aportación del cónyuge *forastero* —ropa, ajuar y metálico— revierta en iguales casos a su propia casa. Pero el contrayente-heredero no sólo ha aportado inmuebles, sino también muebles: bienes comunes, por presunción de la Ley, cuando los aportados por el *forastero*, propios de él, continúan siendo, y a su casa tornarán el día que termine el usufructo viudal del sobreviviente. Por ello, la razón lógica del pacto a *gananciales*: todo lo aportado al matrimonio o adquirido después de éste a título lucrativo, bienes privativos del adquirente son; lo adquirido después del enlace a título oneroso son bienes ganancia-

(8) BLAS Y MELENDO: *Derecho civil aragonés*, 2.^a edic., págs. 135 y 136. A partir del s.^{glo} XI encuentra la aplicación de esta regla LACRUZ BERDEJO: «El régimen matrimonial de los Fueros de Aragón», *Anuario de Derecho Aragonés*, 1946, pág. 68.

(9) Estamos ante una sustitución fideicomisaria análoga a la *sine liberis decesserit*, de tanto arraigo en Cataluña. No lo creemos así, pues fallecidos los instituyentes —mientras ellos viven se precisa su consentimiento para la disposición según pacto generalizado, más diríamos, universal en situaciones normales— el heredero, aun sin tener hijos, o con tales que no llegaren a la edad de poder testar, puede disponer libremente, a título oneroso, de los bienes que comprende la institución, pero no así *mortis causa*. Luego los beneficiados con la cláusula de reversión sólo adquirirán lo que el heredero no hubiere enajenado a título oneroso, debiendo quedar algún residuo, pues una disposición total del patrimonio, sin subrogación en otros bienes, normalmente será fraudulenta. De encajar, pues, esta cláusula reversional en algún tipo clásico de sustitución, será en el fideicomiso de residuo del tipo *eo quod supererit* y bajo la condición *sine liberis decesserit*. En este caso los hijos puestos en condición no lo están en sustitución individualmente considerados, dándose el juego del conocido brocardo por razón de la reversión, pero quedando anulado éste al conjugar la cláusula que la contenga con otro pacto de las capitulaciones, con el heredamiento para los hijos nacedores que implica el que, si los hijos no están puestos en sustitución individualmente, como ya se ha dicho, si que lo están globalmente, pues uno de ellos ha de ser, en su día, heredero del actual, sin que adquiera plenos derechos hasta el día de su nombramiento, pues si todos fallecieren vuelve a surtir efectos la cláusula reversional.

El objeto de esta nota es tema digno de un estudio más extenso y sumamente interesante: las normas constitutivas de las capitulaciones por uso general y reiterado son ejemplo magnífico de la conciencia jurídica del pueblo aragonés, con tanto entusiasmo exaltada por Joaquín Costa.

les. De esta forma se consigue la justa igualdad entre los cónyuges y sus respectivas *casas*, si éstas, por reversión o herencia, hicieren suyos algún día los bienes del matrimonio.

Vista su razón de ser, ¿cuáles son los efectos del pacto de gananciales? Los que ya hemos dicho: delimitar qué bienes serán comunes y cuáles privativos, conforme a las normas propias de este sistema, congruentes con el significado vulgar de la frase *a gananciales*, siguiendo criterio diferente al de la sociedad legal aragonesa respecto a los bienes muebles aportados al matrimonio o adquiridos durante éste gratuitamente, que son comunes para una y privativos para otro (10). Pero una vez fijado el carácter de los bienes cesan los efectos de este pacto, pues la vida jurídica de la sociedad conyugal y de los bienes que la integran queda sometida, a falta de estipulación en contrario, a las reglas de la sociedad tácita prevista en el Apéndice. Así regirán sus normas en cuanto a la respectiva posición y derechos del marido y de la mujer: continuación legal, disolución y liquidación; y en lo que se refiere a la administración, adquisición y disposición de bienes, objeto primordial de nuestro estudio, por lo que las conclusiones a que lleguemos serán aplicables también a la sociedad paccionada de gananciales.

Querer hacer entrar en la familia aragonesa las normas de la sociedad legal de gananciales prevista por el Código civil por el mero hecho de haber admitido, de haberse acogido a un sistema consuetudinario designado con igual nombre, es interpretar errónea y parcialmente el significado de las palabras que lo establecen. Los artículos 1.281, 1.285 y 1.287 del Código general, aplicables en Aragón por carecer el Apéndice de normas relativas a la interpreta-

(10) No parece entenderlo así Cosra —ob. cit., tomo I, pág. 179—, para quien son sinónimos el término legal de *bienes comunes* y el de *bienes gananciales*, sin aclarar ni justificar su posición. VIDAL TOLOSANA —*El Apéndice aragonés al Código civil general*, 1924, pág. 42— contrapone común con *ganancial*, estimando que se adopta este último sistema al aportar los muebles como sitios, bastando esto «para que, sin necesidad de ninguna otra declaración presida el consorcio el régimen legal de gananciales de los artículos 1392 y siguientes del Código civil». Exagerada nos parece tal conclusión, pues, como veremos más adelante, es perfectamente factible la coexistencia del pacto aportando los muebles como sitios con la sociedad legal tácita regulada en el Apéndice. Por regla general, este pacto no forma parte de los capítulos otorgados en las regiones donde se fija el régimen de ganancias, lo que prueba también nuestra interpretación de tal sociedad paccionada: la omisión de aquél está justificada, porque su finalidad —evitar la comunidad en ciertos muebles— se ha logrado ya, y aún más ampliamente, con el sistema adoptado.

ción de los negocios jurídicos, nos dan la solución. La frase «a gananciales», en sus diversas construcciones gramaticales, no significa la remisión a un ordenamiento legal, que se opondría o sería perjudicial al juego combinado con los otros pactos de las capitulaciones; remisión que, por otra parte, tampoco está acorde con la interpretación consuetudinaria de tal locución. En cambio, con nuestra posición se está al sentido literal de las palabras (es común lo que se gana), se interpretan las cláusulas del contrato matrimonial unas por las otras y se atiende primordialmente al uso y costumbre del país para averiguar su significado. Sólo en el caso de una remisión clara y explícita, de un llamamiento directo al ordenamiento común para regular la sociedad aragonesa, habrá lugar a que las normas del Código civil rijan en el matrimonio, ordenando sus relaciones económicas.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL TÁCITA

3, A pesar de haber declarado que en este trabajo nos ceñiremos al derecho positivo, vamos a permitirnos una pequeña digresión de tipo doctrinal, ya que la opinión que mantengamos sobre la naturaleza jurídica de la sociedad conyugal tácita aragonesa es premisa, y al mismo tiempo consecuencia de nuestro estudio.

Existen en España dos sistemas de organización económica de la sociedad conyugal que, dentro de la clasificación formulada por CASTÁN (11), por su origen son de tipo legal o predeterminado, con carácter supletorio, y por sus efectos se sitúan entre los regímenes de comunidad limitada, limitación que actúa respecto a uno, circunscribiéndolo a las adquisiciones a título oneroso, y en cuanto al otro, comprendiendo en sus fronteras las mismas adquisiciones y toda clase de muebles. Son la sociedad legal de gananciales vigente en los territorios de Derecho común —artículo 1.315, párrafo segundo, Código civil— y la sociedad tácita aragonesa —46, párrafo segundo del Apéndice a dicho Cuerpo general—. De su próximo encuadramiento entre las diversas clases de regímenes matrimoniales, claramente se deduce que entre ellos ha de existir cierta afinidad, como nos lo demuestra su estudio comparativo. Pero no hasta el extremo de poder regular las deficiencias u omisiones de uno con las

(11) *Derecho civil común y foral*, 5.^a edic., tomo IV, pág. 532.

normas del otro, pues no se ha de olvidar que estamos ante dos instituciones jurídicas, si bien parecidas, esencialmente diferentes en gran parte de su contenido. Así lo entiende nuestro más Alto Tribunal en Sentencia de 7 de febrero de 1945, calificando a la sociedad de gananciales como «régimen económico del matrimonio de características diversas» al de la sociedad aragonesa, Sentencia magnífica en opinión de comentaristas regnícolas, pues por ella se entendía que «las instituciones aragonesas reguladas en el Apéndice habían de considerarse como un todo orgánico, dotadas de individualidad propia e irreductibles —en su mayor parte— a sistemas contrarios y aun opuestos» (12). No lo estima igual GARCÍA-GRANERO (13); según él, «entre ambos sistemas no hay sino una pequeña diferencia en cuanto a su ámbito objetivo, es decir, respecto a los bienes que componen el fondo común de la sociedad». Para nosotros, la similitud de ambas sociedades queda reducida a ser manifestaciones de comunidad económico-matrimonial, restringida o limitada, como alega dicho autor, pero sin que por ello podamos admitir su conclusión de que «los casos no resueltos expresamente por el Apéndice foral deberán regularse por aplicación y adaptación de los preceptos que el Código civil dedica a los gananciales». Hacemos hincapié en esta opinión porque refleja el general sentir de los juristas no aragoneses y aun de muchos que en Aragón por el Derecho laboran.

Prescindiendo de modalidades consuetudinarias, hoy sin «tácito» imperio por la vigencia del Apéndice; estudiando comparativamente sus reglas referentes a la sociedad conyugal con las del Código civil, además de otras diferencias de menos monta o más concretas que de este trabajo se deducen, nos encontramos con las siguientes:

1.ª Mientras que la sociedad de gananciales está circunscrita única y exclusivamente a los cónyuges, en la sociedad aragonesa predomina un superior sentido familiar (14). A más de la vida pecu-

(12) *Foro aragonés*, 1950, pág. 134.

(13) «Edificación con dinero ganancial en suelo propio de uno de los cónyuges», *Revista de Derecho Privado*, 1950, pág. 219.

(14) Así, PALA MEDIANO y MARTÍN-BALLESTERO dicen: «La casi totalidad del Derecho aragonés gira en torno de la familia, y la inmensa mayoría de sus instituciones son instituciones nacidas del matrimonio», calificando al consorcio foral de comunidad familiar tácita. («El sujeto de derecho en el ordenamiento jurídico aragonés», *Segunda Semana de Derecho Aragonés*, 1943, págs. 50 y 90.)

liar de la *casa* aragonesa (15), no recogida en normas legales, se encuentra en las reglas positivas un exponente claro de nuestro aserto: la existencia de la sociedad después de disuelto el matrimonio por la única causa que puede dar lugar a ello entre católicos, cuando fuere consumado, la muerte de uno de los cónyuges. El Apéndice permite en este caso la continuación de la sociedad conyugal, si bien con ciertas peculiaridades, dado el cambio de sujetos en la titularidad, tanto por voluntad de todos los interesados como por imposición del difunto (artículo 53, párrafos primero y segundo); e incluso en algún caso la impone, restringida en tiempo y contenido, con relación a determinados frutos, al promoverse la disolución (artículo 57, norma primera). La subsistencia del nexo familiar es la razón de la continuación de la sociedad, como lo prueba el que cuando hay ingerencias extrañas, por las nuevas nupcias del cónyuge supérstite, se disuelve ésta (artículo 53, párrafo último) (16).

2.^a Existe en los artículos del Apéndice, relativos al régimen económico conyugal, un cierto respeto a la troncalidad, que es uno de los pilares fundamentales de la familia aragonesa e informa a todo su Derecho. Así, en caso de tener que satisfacerse deudas anteriores al matrimonio, se sujetan a su pago primeramente los bienes muebles comunes —no la mitad del deudor, sino todos ellos—, y sólo en su defecto se procederá contra los inmuebles —primero los privativos y después la mitad de los comunes (artículo 51)—, siguiéndose un orden de prelación distinto al del Código civil (artículo 1.410), que con criterio individualista atiende sólo a la titularidad de los bienes y no a su naturaleza: primero los privativos —muebles e inmuebles— y después los gananciales.

3.^a El administrador de la sociedad conyugal aragonesa —en situaciones normales el marido— tiene mayores atribuciones que el que lo fuere de la sociedad de gananciales. Como más adelante veremos, el marido aragonés puede disponer de los bienes comunes a título oneroso y lucrativo, no siendo impugnables sus disposiciones más que en excepcionales casos y con efectos limitados a la mi-

(15) Véase la magnífica monografía de MARTÍN-BALLESTERO: *La casa en el Derecho aragonés*, 1944.

(16) Puede continuarse por voluntad de todos los partícipes, siendo lógica esta permisión legal en la tierra aragonesa, formada por pequeños pueblos, donde el nuevo consorte fácilmente será pariente del difunto —su hermano en muchos casos— o un criado de la casa que, por su convivencia con la familia, ha entrado a formar parte afectivamente de ésta antes de la boda.

tad de los bienes enajenados pertenecientes a la mujer o a sus herederos; en cambio, en Derecho común sólo está autorizado para disponer, a título gratuito, en contados casos, y los actos llevados a cabo en fraude de la mujer pueden ser declarados ineficaces totalmente (Código civil, artículo 1.415 y párrafo segundo del 1.413, según la interpretación jurisprudencial). En la sociedad aragonesa puede el cónyuge varón dar en arriendo fincas de su esposa, mientras que en Derecho común no ha de pasar de ciertos límites sin el consentimiento de la mujer, si se trata de bienes dotales inestimados, o es ella quien ha de otorgar el contrato cuando verse sobre parafernales (Código civil, artículos 1.363, 1.383 y 1.384). Como norma general, el marido, según el Apéndice, administra todos los bienes del matrimonio, incluso los privativos de la mujer, salvo pacto en contrario; en el Código el pacto se precisa para que el marido sea el administrador de los parafernales, pues tal suposición corresponde, por precepto legal, a la mujer (artículo 1.384), o para que los bienes de ésta no revistan tal carácter, sino el de dotales, y por lo tanto se transfiera la administración y aun el dominio al marido (artículo 1.336). Asimismo, en Derecho aragonés se demuestra la confianza en el administrador-jefe de la familia al fijar el orden de afección de los bienes a las cargas de la sociedad conyugal: primero los comunes y después los privativos de ambos cónyuges por mitad (Apéndice, artículo 50, párrafo segundo). El Derecho común, en defensa de la mujer no administradora, esto es, mostrando desconfianza hacia el marido, sólo establece la responsabilidad de los bienes de ésta cuando provenga de gastos llevados a cabo por ella personalmente y los gananciales y los propios del marido no sean bastantes a cubrirla. (Código civil, artículos 1.362 y 1.385.)

Extinguido el matrimonio —aparte de las facultades que corresponden al sobreviviente en la sociedad continuada—, si la comunidad se disuelve, el cónyuge supérstite es quien tiene la custodia y limitada administración de los bienes que la integran (Apéndice, artículo 55, párrafo tercero); administración y consiguiente custodia que en la sociedad de gananciales, en período de liquidación, recae en todos los interesados en ella, en quien ellos designen, o a falta de convenio unánime, como el Juez proveyere (Código civil, artículo 1.428, en relación con el 1.020). Además, tanto en caso de continuación como en el de disolución, son íntimas las relaciones entre la sociedad conyugal aragonesa y los derechos del viudo sobre

los bienes del difunto, pues la viudedad foral es un derecho de familia (17) y no sucesorio, como la cuota viudal del Código civil.

4.^a En contraste con la autoridad reforzada del jefe de la familia, gozan los cónyuges aragoneses de mayor libertad que en el Derecho común para desenvolver su capacidad jurídica entre ellos, lo que repercute sobre los bienes de la sociedad conyugal, poniéndose de manifiesto, al permitir el otorgamiento de capitulaciones después de celebrado el matrimonio, la contratación entre cónyuges y los pactos relativos a bienes concretos, de cuyas repercusiones trataremos más adelante (artículos 58 y 52 del Apéndice, frente al 1.315, 1.334 y 1.458 del Código civil).

5.^a Los bienes gananciales se repartirán por mitad entre ambos cónyuges o su descendencia al disolverse el matrimonio, y sólo entonces (artículo 1.392 del Cuerpo general); los comunes de la sociedad legal aragonesa pertenecen, por mitad, a ambos consortes desde el instante mismo de su adquisición, como intentaremos demostrar.

6.^a Y finalmente, como ya hemos dicho, la extensión objetiva de una y otra sociedad es distinta: a la aragonesa pertenecen, además de todos los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, los muebles en su totalidad, cualquiera que fuere el tiempo y modo de su adquisición; a la de gananciales, sólo los primeramente citados. En cambio, es más restringida aquélla en algún punto concreto (edificación construida en suelo propio de uno de los cónyuges: ganancial en Castilla y privativa en Aragón, según el Tribunal Supremo en la Sentencia antes citada, y especialmente en sus efectos prácticos, por el diferente juego de la presunción, favorable a la naturaleza ganancial o común de los bienes, más amplia en el Derecho general de la Nación, dada la interpretación jurisprudencial del artículo 1.407 del Código civil que en el foral de Aragón, donde contra ella cabe libremente el pacto en contrario.

En resumen, y a pesar de sus analogías, son fundamentales las

(17) Esta es la opinión común de los autores aragoneses: MARTÍN BALLESTERO: «Derechos sucesorios del cónyuge viudo en Aragón», *Primera Semana de Derecho Aragonés*, 1942, pág. 29; GIMÉNEZ ARNAU: «Extensión a la legislación castellana del usufructo viudal aragonés», *igual Semana*, pág. 36; LASALA LLANAS: «La viudedad aragonesa en el derecho interregional», *Segunda Semana de Derecho Aragonés*, 1943, pág. 172; PELAYO HORE: «Problemas de la viudedad foral», *igual Semana*, pág. 178; LACRUZ BERDEJO: «Sobre algunos caracteres del derecho de viudedad», *Anuario de Derecho Aragonés*, 1946, págs. 353 y 354.

diferencias existentes entre la sociedad legal de gananciales y la tácita aragonesa, por lo cual no serán aplicables a ésta las normas reguladoras de aquélla cuando sus preceptos sean incompletos u oscuros, sino que en tal caso habrá de buscarse la solución por interpretación extensiva de su propio ordenamiento, acudiendo, en su defecto, a la costumbre del lugar y a los principios generales de derecho. Bien es verdad que buscando la unificación, y en base del artículo primero del Apéndice podríamos llegar a la integración del mismo en cada caso concreto con las normas del Código civil cuando el supuesto contemplado no fuere explícitamente previsto por aquél. Pero las instituciones aragonesas recogidas hoy en el Cuerpo foral son ordenamientos completos, cuyas normas se influyen y complementan recíprocamente en cada una de ellas, no teniendo que acudir a preceptos extraños cuando nos encontremos ante una laguna formal de las mismas. Esta es la interpretación que ha prevalecido respecto a la frase «materias que son objeto de este Código», contenida en el artículo 1.976 del civil, problema similar al que es objeto de nuestra anterior solución, aunque uno verse sobre derecho intertemporal y el otro sobre derecho interregional (18). Como bien dice LUIS RIERA, con relación a la sociedad conyugal aragonesa, «pecaría de descaltad científica el querer suplir, mejor dicho, llenar una laguna de este ordenamiento en materia que, si no en su totalidad, al menos en sus líneas generales está prevista por el mismo, con preceptos del Código civil, que se inspiran y orientan en dirección distinta» (19).

Sin embargo, a pesar de la inaplicabilidad de las reglas de una a la otra, la proximidad de ambas sociedades conyugales en la general clasificación de los sistemas económico-matrimoniales, como resultado de sus características propias, produce un evidente parecido en su naturaleza jurídica, lo cual, unido a la falta de estudio de este aspecto de la sociedad aragonesa, frente a la exuberancia del mismo en torno a la de gananciales, y a la conveniencia de resaltar en algún punto las analogías o diferencias entre ambas existentes, dará como resultado que a lo largo de este trabajo, especial-

(18) Parecidamente opinan LORENTE SANZ y MARTÍN-BALLESTERO: «La norma en el ordenamiento jurídico aragonés», *Anuario de Derecho Aragonés*, 1944, pág. 74.

(19) «Responsabilidades pecuniarias de los bienes conyugales por sanción penal», *Primera Semana de Derecho Aragonés*, 1942, pág. 106.

mente en el punto inmediato, vayamos *algo de la mano* de la sociedad legal del Derecho común.

4. Pasando revista a las teorías clásicas sobre la naturaleza de los regímenes matrimoniales de comunidad, buscaremos la posible adaptación a alguna de ellas de la sociedad conyugal aragonesa.

a) *Propiedad del marido*.—Doctrina para un museo, difícil de mantener en el Derecho moderno, dada la actual concepción de la personalidad de la mujer y respectiva posición de los cónyuges en el matrimonio. Y más todavía en Aragón, donde la nulidad de las enajenaciones efectuadas por el marido en ciertos casos, en cuanto a la mitad de los bienes comunes pertenecientes a la mujer, nos demuestra que aquél ostenta su facultad de disposición sobre los mismos como tal marido y no como dueño absoluto: si salta los límites fijados por la Ley a sus facultades de *pater familiae*, sólo será válida su actuación en la parte de su propiedad, en lo suyo, la mitad de los bienes y no la totalidad de éstos (20).

b) *Sociedad civil*.—Es requisito esencial de esta figura jurídica el fin de lucro de los asociados, fin de lucro personal e individualista, inexistente en la sociedad conyugal que estudiamos: la garantía y disfrute son para la familia y no para los dos componentes de aquélla exclusivamente. Los intereses familiares y no el logro y reparto de beneficios, como acertadamente estima LACRUZ BERDEJO (21), son los fines de estas sociedades. El argumento en pro de esta teoría, posible en la sociedad de gananciales por la aplicación a la misma, como normas subsidiarias, de las reglas del contrato de sociedad, según dispone el artículo 1.395 del Código civil, falta en el régimen aragonés, pues el Apéndice carece de precepto similar. Que reiteradamente sea llamada por éste «sociedad conyugal» no basta para encuadrarla dentro del concepto estricto que de la sociedad tienen los ordenamientos legales, pues tal locución está empleada en su amplia significación de unión de personas para el cumplimiento de determinados fines, no precisándose que sean de lucro (22).

(20) Esta es la opinión de BARRACHINA, por lo menos en cuanto a los bienes muebles: *Derecho foral español*, 1911, tomo I, pág. 145.

(21) «En torno a la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales del Código civil», separata de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1950, pág. 18.

(22) Véanse las diferencias entre la sociedad civil y la de gananciales.

c) *Persona jurídica*.—Como opina el profesor DE CASTRO (23), la concepción de la sociedad conyugal como persona jurídica no es debida a otra cosa que a la deformación de este concepto, amalgamando en él heterogéneamente las más diversas y contrapuestas figuras del Derecho. Ningún precepto legal nos proporciona base para defender esta teoría; los bienes son calificados de comunes y no como pertenecientes a persona distinta de los cónyuges (24). La tesis favorable a esta construcción de ROMERO CERDEIRIÑA (25), si tiene, a nuestro entender, pocos cimientos en el Código civil, menos firme puede asentarse en el Apéndice, pues de los tres puntos de vista del amigo de este autor, los dos positivos—empleo de la palabra *sociedad* y no de la *comunidad*, y remisión a las normas del contrato de sociedad—no se dan en el Derecho aragonés, ya que tanto se emplea la expresión *sociedad conyugal* como la de *comunes* o *bienes comunes*, y no rige el artículo 1.395 del Código general, ni existe precepto análogo, como ya hemos visto. La naturaleza de persona jurídica es asignada a la sociedad conyugal que estudiamos por JESÚS ACEDO (26), pero su construcción nos parece débil; que determinadas observancias hablaran de *sociedad conyugal*, y FRANCO

adaptables a nuestro caso, que enumera PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil español*, tomo II, vol. 1.º, pág. 287.

(23) «La sociedad anónima y la deformación del concepto de persona jurídica», *Anuario de Derecho Civil*, 1949, págs. 1.397 y sigs., especialmente 1.405.

(24) La sanción de la disposición abusiva del marido, contenida en el artículo 49 del Apéndice —que en el texto estudiamos—, dividiendo por mitad los bienes enajenados a efectos de la validez del acto, demuestra que éstos no pertenecen a persona distinta de los cónyuges. El artículo 92 del Reglamento Hipotecario abunda en esta opinión al fijar la inserción a nombre de ambos consortes y no de otra personalidad. Pueden verse los convincentes argumentos que en supuesto similar esgrime FERRARA: *Teoría de las personas jurídicas*, 1929, pág. 446 especialmente. En cambio, la posición de PUIG PEÑA: —ob. cit., tomo II, vol. 1.º, pág. 286— no la vemos clara: la actuación del marido, sin manifestar que lo hace en nombre de la sociedad conyugal, no es bastante para descartar la teoría que se impugna. El padre, representante de su hijo menor de edad, obra en virtud del derecho que la Ley le concede y no por la voluntad del representado, como lo hace el marido por la comunidad; la diferencia está en que aquél ha de manifestar en nombre de qué hijo actúa, pues puede ser de Juan o de Pedro el asunto en que interviene, y el marido, lógicamente, no tiene porqué manifestar que lo hace por su consorcio conyugal, pues éste sólo puede ser uno: el actual, formado con su esposa.

(25) «Actos de disposición sobre gananciales; un parche reglamentario», *Publicaciones de la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación*, cuaderno núm. 18, págs. 9 a 12.

(26) «Algunas observaciones acerca de los bienes de la sociedad conyugal», *Primera Semana de Derecho Aragonés*, 1942, págs. 109 a 114.

y. GUILLÉN al comentarlas dijeron que por Fuero queda introducida entre marido y mujer una *sociedad*, y que tal locución sea recogida por el Apéndice, no es suficiente para deducir la existencia de una persona jurídica sustantiva. Además, no compartimos la interpretación de los textos: no se debe confundir la acepción general de la palabra *sociedad* como unión de personas para alcanzar algún fin con el concepto estricto de *sociedad-persona jurídica*.

d) *Patrimonio de destino*.—La brillante construcción de MESSINEO ha sido refutada por la mayoría de nuestros tratadistas como demasiado abstracta y complicada (27). En conformidad con las ideas expuestas por MARTÍN-BALLESTERO (28) sobre el concepto eminentemente real que del patrimonio tiene para él el Derecho aragonés, viendo en éste una titularidad afecta a un fin con independencia de la persona que la ostentare, nos inclináramos por la tesis del patrimonio separado adscrito a una peculiar finalidad: la subsistencia de la familia. Para este autor el patrimonio de la *casa* es el tipo más definido de los separados (29), y, sin embargo, no llega a conceptuarlo de forma que por sí mismo constituya un ente diferenciado de los sujetos, como tampoco sucede con el patrimonio de la sociedad conyugal. En un lato concepto del patrimonio separado cabe la integración en él del consorcio matrimonial, pero no siendo absorbido este concepto por aquél, el cual no bastará, por sí sólo, para delimitar la naturaleza de la sociedad conyugal. Que la misma tenga por base objetiva un patrimonio, y que éste más que personal, en un sentido individualista, sea un patrimonio diferenciado del privativo de cada consorte, es cierto. Pero de ahí a fijar la naturaleza de la sociedad por la cualidad de su patrimonio, media un abismo. Para construir esta teoría habríamos de llegar a una híbrida composición de elementos de las otras, como dice CASTÁN, criticando a MESSINEO (30). Y no podríamos prescindir de la titularidad de este patrimonio, la cual nos dará, en definitiva, la solución que buscamos.

(27) CASTÁN: «Efectos de la renuncia a los gananciales efectuada por uno de los cónyuges o sus herederos», separata de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1929, págs. 16 y 17. Su opinión es admitida por la generalidad de los autores que tratan de ello posteriormente.

(28) «El patrimonio en el Derecho aragonés», *Anuario de Derecho Aragonés*, 1945, págs. 63 y sigs.

(29) Nota anterior, pág. 69, y ob. cit. en la nota 15, págs. 99 y sigs.

(30) «Efectos de la renuncia, etc.», pág. 17.

5. e) *Comunidad universal*.—Si, como expone CASTÁN (31), existe comunidad siempre que un derecho o conjunto de derechos estén atribuidos a una pluralidad de sujetos, correspondiéndoles en común, teniendo el carácter de universal cuando recae sobre un patrimonio, la sociedad conyugal tácita aragonesa, comunidad universal es. El examen de sus notas peculiares cimenta nuestra opinión:

1.ª Su objeto es un patrimonio. No el personal de uno u otro cónyuge o los de ambos, sino aquel formado por un conjunto de derechos y cargas —activo y pasivo— fijados expresamente por la Ley como integrantes del mismo. Aunque, como luego veremos, cada cosa en concreto pertenece por mitad a ambos cónyuges, todas ellas, constante la sociedad, están afectadas a las cargas de ésta; la titularidad de disposición corresponde al marido, sin precisarse que cada consorte disponga particularmente de su cuota o la disposición sea conjunta; esto es, un cúmulo de derechos, obligaciones y mutuas relaciones que como patrimonio especial nos lo califican. Por ello no estamos ante una serie de copropiedades o comunidades singulares conexas al modo como CHAMORRO configura la comunidad hereditaria (32), sino ante una sola comunidad de tipo universal.

2.ª El conjunto de derechos, que es su objeto, está atribuido a dos sujetos: marido y mujer. Ambos son titulares de la comunidad. Los bienes, las cargas y, por lo tanto, el total patrimonio, son comunes: hay pluralidad de sujetos. La titularidad es conjunta, pero no hasta el extremo de hacer desaparecer la individualidad de los comuneros: no estamos ni ante un ente con personalidad distinta, ni ante un sujeto formado por una reunión o conjunto de individuos colectivamente considerados (33).

3.ª La sociedad conyugal nace al tiempo del enlace, es una consecuencia del matrimonio de los consortes (34). Su finalidad es estrictamente familiar: atender a las necesidades de los cónyuges y su descendencia. Frente a la relación real, nacida de la cotitularidad de unos mismos bienes, se sobrepone como elemento fundamental el vínculo personal existente entre los que la forman por su condición

(31) Ob. cit., tomo II, pág. 193.

(32) «Los derechos hereditarios», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1941, págs. 330 y sigs.

(33) Características que GARCÍA-GRANERO atribuye a la comunidad germánica: «Cotitularidad y comunidad. Gesamte Hand o comunidad en mano común», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1946, pág. 227.

(34) PALA y MARTÍN-BALLESTERO: «El sujeto, etc.», págs. 90 y 94.

respectiva de marido y mujer. Vínculo justificante de la continuación de la sociedad entre el supérstite y los herederos del difunto, esto es, los continuadores de la personalidad de aquél (35).

4.^a Los bienes de la sociedad pertenecen en común y por mitad a cada uno de los esposos. No es que el patrimonio total, abstracción hecha de sus partes integrantes, corresponda igualitariamente a los consortes, ni que tengan un expectante derecho a la mitad del haber líquido resultante al tiempo de la disolución, según dispone el artículo 1.392 del Código civil, sino que cada cosa, singularmente considerada, pertenece en común y por mitad a los cónyuges. No estamos ante cuotas meramente intelectuales, ineludibles en toda cotitularidad que solidaria fuere, tal como MESSINEO las conceptúa (36); nos encontramos precisamente en el supuesto contrario: cuotas singulares y determinadas en los diversos bienes integrantes del patrimonio común y en cada uno de ellos.

Ya en el derecho anterior al Apéndice se llamaban bienes comunales a los de la sociedad, e incluso en algún caso se fijaba que la mitad era de uno de los esposos (37), contraponiéndose a lo largo de los textos los conceptos de común y propio para diferenciar lo perteciente a la sociedad de lo privativo de los cónyuges. Este es el criterio del Apéndice al denominar comunes a los consorciales en diversos artículos, aunque en algún punto parece adscribir su titularidad a la sociedad y no a los comuneros (48, párrafo primero). Pero si esta dicción gramatical no es bastante —como no lo es— para sostener nuestra opinión, creemos que hay base suficiente para sustentarla en el hecho de que el marido pueda disponer en algún caso de la mitad de los bienes, como veremos después, y de que, cuando se proceda por deudas del marido o de la mujer, contraídas antes del matrimonio, la afección subsidiaria no corresponde sobre todos los bienes de la sociedad —tal como lo establece el artículo 1.410 del Código civil—, aun cuando después haya lugar a los co-

(35) Porque, a nuestro entender, la sucesión hereditaria en Aragón es del tipo de la *successio* y no de la *adquisitio per universitatem*, a pesar de que el artículo 44 del Apéndice, estableciendo el beneficio de inventario *ministerio legis*, parezca inclinarse por el segundo. Véase las diferencias entre ambos que señala ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho privado*, 1948, volumen II, págs. 181 y sigs.

(36) Cita de LACRUZ BERDEJO: «En torno, etc.», pág. 52

(37) De la mujer en los inmuebles adquiridos por el marido según la Observancia 53 *De jure dotum*.

responsables resarcimientos, sino que sujeta totalmente los bienes de menor monta según el criterio tradicional —muebles—, y únicamente la mitad del deudor en los inmuebles (artículo 51), produciendo el efecto de que, caso de constituirse una carga real como consecuencia de los procedimientos incoados —embargo—, ésta pesará sobre dicha mitad del deudor, la cual será el objeto de la enajenación forzosa. Además, al reanudarse la sociedad conyugal, disuelta por haber cesado la separación de los cónyuges, el artículo 47, párrafo último del Apéndice, no exige, como el 1.439 del Código civil lo ordena, formación de inventario alguno. La lógica de la distinta solución abunda en pro de nuestro criterio: en Aragón todos los bienes de la sociedad conyugal son comunes, luego —salvo la validez de los actos consumados durante la separación, especialmente la división material de las cosas— los mismos que lo eran lo serán; en Derecho común corresponde a cada cónyuge la mitad del haber líquido del patrimonio en conjunto; por ello se ha de fijar qué bienes lo integran al reanudarse el régimen de comunidad (38).

5.ª. En tanto subsista el vínculo personal que liga a los comuneros, existe la comunidad. Su duración es paralela a la de aquél: la declaración de nulidad del matrimonio o la separación decretada producen la extinción de la sociedad. Pero no así la muerte de uno de los cónyuges, pues entonces la subsistencia de la relación familiar entre el sobreviviente y los herederos del difunto implica la del vínculo personal y, por lo tanto, la del consorcio. Si este vínculo se destruye —por falta de armonía entre los comuneros, por ingerencia de un extraño al contraer el sobreviviente nuevas nupcias—, cesa la comunidad, bien con relación a aquel que de la familia se

(38) Frente a la opinión que hemos mantenido, PALA y MARTÍN-BALLESTERO —«El sujeto, etc.», pág. 95—, estiman que la titularidad corresponde a todos los consortes colectivamente, sin cuotas ideales o partes intelectuales, determinándose únicamente la participación que les pertenezca en el momento de la disolución del consorcio o de separación de uno de sus miembros. De igual forma —colectivamente— les corresponderá la titularidad de disposición.

La Audiencia Territorial de Zaragoza, en Sentencia de 10 de julio de 1930, afirma que los bienes inmuebles adquiridos a título oneroso durante el consorcio conyugal pertenecen a esta sociedad y se hacen comunes, adquiriendo cada uno de los cónyuges la mitad; apartándose de esta sana doctrina en Sentencia de 24 de noviembre de 1945 al sentar que, mientras no se practique la división de la sociedad, no se puede decir que a la vida le corresponda la mitad de determinados bienes. Sentencia criticada, desde un punto de vista práctico, por VALENZUELA y SANCHO BRONDA: «El Apéndice Foral Aragonés a través de la Jurisprudencia», *Anuario de Derecho Aragonés*, 1946, págs. 417 y 425.

aparta, bien respecto a todos. El vínculo, forzoso en el matrimonio por razón de los recíprocos deberes que a los cónyuges impone, es voluntario total o relativamente —posibilidad de disposición obligatoria del premuerto— en la sociedad continuada. Por ello, aunque en ésta quepa la acción de división, no es posible en la sociedad conyugal.

6.^a Normalmente no se puede disponer *inter vivos* y por separado de la participación que a cada consorte corresponde sobre todo el patrimonio o sobre cada cosa en concreto. Sin embargo, como estudiaremos al tratar de la disposición de los bienes, el marido puede, mediante un subterfugio por lo menos, disponer de su mitad indivisa en cada cosa. De común acuerdo, cada cónyuge puede transmitir sus derechos. Respecto a la transmisión *mortis causa* de los mismos, no hay duda alguna; es más, la Ley regula no solamente la sucesión en los derechos patrimoniales, sino también en la posición de comunero por continuación de la sociedad.

7.^a Para una más perfecta gestión de los intereses familiares se precisa la existencia de una organización jerárquica, de una cabeza visible que a la sociedad represente en todos sus actos. Esta posición corresponde normalmente a quien por Derecho —divino y positivo— es jefe de la familia: al marido, y excepcionalmente a la esposa, con más o menos facultades y restricciones, según los distintos supuestos, tal como hemos visto al exponer la características y notas diferenciales del consorcio que estudiamos y como veremos al tratar de la dinámica de los bienes, nuestro objeto primordial. Tal representación está conferida por la Ley, sin que ello prejuzgue la existencia de un ente jurídico con propia personalidad o singularmente diferenciado; sólo estamos ante un caso de titularidad efectiva concedida en aras de la unidad familiar. Claro es que la titularidad en sí, estáticamente, corresponde al común de consortes (39), pero su expresión exterior conduciría a dificultades y disensiones en perjuicio de la familia; por ello la Ley estima más conveniente encomendarla a una sola persona.

6. Los anteriores caracteres nos demuestran que estamos ante una comunidad universal, pero habida cuenta de la ya clásica dife-

(39) Radica en ella al modo como radica en la casa según MARTÍN-BALLESTERO —ob. cit., pág. 108—, pero sin que al ejercitarla exteriormente quien esté autorizado manifieste que lo hace para o en nombre de la sociedad, como tampoco lo alega quien a la casa representa.

renciación entre comunidad de tipo romano y de tipo germánico, vamos a buscar el posible encuadramiento de la sociedad conyugal aragonesa en alguna de estas figuras.

a') *Comunidad romana*.—La mayor revelancia de las cuotas y su señalamiento sobre los bienes y no sobre la totalidad del patrimonio, así como la posibilidad de disponer de las mismas en ciertos casos, y su transmisión a los herederos, son características que aproximan la sociedad que estudiamos a la comunidad de tipo romano (40). Pero la imposibilidad de ejercitar la acción de división, la organización jerárquica y, especialmente, el vínculo personal estrictamente familiar existente entre los copartícipes y no de tipo objetivo e individualista, propio de esta clase de comunidad, nos la apartan de tal figura. El supremo fin familiar que une a los cónyuges como personas que han contraído matrimonio y no como individuos ligados por afán de beneficios materiales, distancia la sociedad aragonesa del *condominium iuris romani*.

b') *Comunidad germánica*.—De todas las figuras que hemos examinado, esta es la que presenta mayores afinidades con la sociedad conyugal aragonesa (41). El vínculo personal que liga a los cónyuges, superior y causa de la relación objetiva; la finalidad de la institución, que absorbe el aprovechamiento material; su organización jerárquica; la posibilidad de continuarse después de fallecido uno de los cónyuges; la no existencia de la *actio communi dividundo*: son características todas que inclinan a catalogar la comunidad que estudiamos entre las de tipo germánico. Pero frente a ellas existen otras notas peculiares de la misma incompatibles con la pureza de la *gesamnte Hand*: la disposición de su cuota por el marido y aun por ambos cónyuges; la mayor consistencia de las

(40) Esta es la aislada opinión de BAS Y RIVAS—por lo menos en el período de disolución—frente a la doctrina imperante respecto a la sociedad de gananciales: «La renuncia a los efectos de la sociedad de gananciales, a la propia sociedad y a su subsistencia», *Revista de Derecho Privado*, 1949, págs. 846 a 848.

(41) Tal es la teoría dominante en la doctrina patria sobre la naturaleza de la sociedad de gananciales. Entre las opiniones más recientemente pronunciadas están: CASTÁN: Ob. cit., tomo III, pág. 564; PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN: *Notas al Derecho de familia*, de KIPP y WOLF; vol. 1.º, página 417; ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 1948, tomo III, pág. 151, especialmente; DE CASTRO: Ob. cit., pág. 582, nota 3; PUIG PEÑA: Ob. cit., tomo II, vol. 1.º, págs. 289 y 290; HERNÁNDEZ ROS: «Naturaleza jurídica de la comunidad conyugal. Administración y poder de disposición. ¿Cuándo se transfieren a la mujer?», *Revista de Derecho Privado*, 1943, páginas 507 y sigs.; GARCÍA-GRANERO: «Cotitularidad, etc.», pág. 510.

participaciones, configuradas como cuotas de los respectivos bienes, y no meras partes intelectuales, que no atribuyen porción alguna del derecho tal como se entienden en la comunidad germánica (42); y la transmisibilidad a los herederos en caso de continuación de la sociedad, no como nuevos comuneros con iguales derechos que los anteriores, sino subrogados en el lugar del cónyuge difunto con participación fijada matemáticamente, esto es, en una porción real de los bienes y derechos (43).

Si, como se ha dicho, la comunidad germánica es el *tertium genus*, situado entre la persona jurídica y la comunidad individualista romana, disfrutando los caracteres que forman su perímetro de la elasticidad suficiente para dar entrada en el campo acotado a aquellas instituciones que, si bien no son del todo conformes con la figura en su mayor pureza, coinciden en sus rasgos con los fundamentales de ésta; si, con ROMERO CERDEIRIÑA, estimamos que «cuando una institución no encaja exactamente en un molde determinado, parece prudente colocarla en el que mejor se acomode a su estructura y mejor explique sus aplicaciones prácticas» (44); si aceptamos como trazos fundamentales de la *gesamnte Hand* estos tres: «a) Las cosas pertenecen a un patrimonio autónomo, separado y común. b) La administración se atribuye a un órgano especial de dirección, que obra a nombre de los partícipes. c) No existe la *actio communi dividundo* para dar realidad inmediata a las participaciones de los socios» (45), y, admitiéndolos, descartamos características secundarias; en fin, si partimos de las tres dichas premisas concluiremos, con sólo algún ligero forzamiento sin importancia, guardando celosamente la sociedad conyugal aragonesa en el cajón de sastre en que se está convirtiendo la estudiada y admirada *vedette* de moda: la comunidad germánica. Pero no es esta nuestra opinión.

(42) Según GARCÍA-GRANERO: «Cotitularidad, etc.», pág. 230.

(43) Así, DE CASTRO —ob. cit., pág. 582, nota 3—, no se atreve a encuadrarla como comunidad germánica, lo que no es olvido, pues configura como tal a la sociedad continuada aragonesa, silenciando la conyugal en su fase normal. PALA y MARTÍN-BALLESTERO —«El sujeto, etc.», págs. 92 a 94—, después de resaltar la falta de precedentes doctrinales sobre la naturaleza de los consorcios aragoneses y el equívoco producido por las expresiones legales, concluyen, siguiendo a GIERKE, y en base especialmente del vínculo subjetivo que hemos resaltado, calificándolos de comunidades personales que producen como consecuencia cierta unidad colectiva, sin dar lugar al nacimiento de un nuevo sujeto de derecho.

(44) «En torno al concepto del derecho hereditario. La última moda», *Estudios sobre el derecho hereditario*, 1947, pág. 32.

(45) PUIG PEÑA: Ob. cit., tomo II, vol. 1.º, págs. 288 y 289.

7. Históricamente no tenemos base firme para asentarnos. Pues la sociedad que estudiamos —con vida manifiesta después de la invasión árabe como uno de los tipos de comunidad familiar que empiezan a perfilarse (46)— más bien es de procedencia celtibérica que producto de influencias germánicas (47). El Derecho aragonés nació, con el Reino, en el Alto Aragón; las regiones pirenaicas fueron siempre —y Dios querrá que sigan siéndolo— baluarte contra todas las invasiones: fortaleza natural celosamente defensora de los valores indígenas contra la extranjerización espiritual. Pero tampoco hemos de olvidar que el fondo primitivo de todo derecho territorial tiene evidente parecido con el de los otros pueblos (48), y que las delimitaciones doctrinales no corresponden al origen histórico de las instituciones, pues la evolución de éstas produce cambios en sus rasgos originarios. De ahí que, por una u otra razón, aunque mantengamos la procedencia celtibérica de la sociedad conyugal aragonesa o su formación a través del Derecho romano vulgar, tal criterio no nos impedirá su configuración actual como comunidad germánica.

Querer incluir por fuerza toda institución viva, todo brote del Derecho en figuras preconcebidas, en campos previamente deslindados y cercados, constituye una funesta manía. Bien que en algún caso las conveniencias así lo aconsejen —v. gr.: la personalidad jurídica en relación con las sociedades mercantiles—, pero no hay razón para obrar así cuando los efectos son nulos. No tenemos por qué encasillarlos en un molde o repartirnos entre varios (49), sino configurar nuestra institución tal como es, que si se identificare con alguna de las figuras jurídicas ya conocidas, claramente se verá, y si así no fuese, bien está como está: dejémosla vivir independientemente. Cada pueblo precisa un sistema matrimonial conforme con su carácter y sus costumbres, con su tradición histórica y con

(46) Cinco son tales tipos según LACRUZ BERDEJO: «El régimen matrimonial, etc.», pág. 45.

(47) COSTA --ob. y tomo cit., pág. 37— mantiene la no influencia extranjera, quizá con demasiada radicalidad, pues si bien el pueblo no la sintió directamente, no así los juristas, y no hay que olvidar que la costumbre nace de aquél a través de éstos en la mayoría de los casos, como son claro ejemplo los protocolos notariales.

(48) La filiación de la sociedad que estudiamos, con relación al *anticum consortium* romano, mantienen PALA y MARTÍN-BALLESTERO: «El sujeto, etc.», pág. 91.

(49) Dilema que no tiene salida para ROMERO CERDEIRIÑA: Ver nota 44.

las condiciones del medio en que vive (50); cada sistema tendrá afinidades con los de los otros pueblos, pero será difícil, fuera de unas líneas generales en cada grupo de sistemas parecidos, reunirlos en cierto número limitado de figuras-tipo, pues las peculiaridades de cada uno desbordarían las márgenes en todo instante. Como acertadamente dice LACRUZ BERDEJO (51), determinadas las notas características de la institución que estudiamos, como ya hemos hecho, poco se gana con saber si cabe o no en este u otro tipo de comunidad: lo importante es llegar a conocer la nuestra. Que, sin pretensión alguna, y a modo únicamente de resumen de lo antes expuesto, podemos definir así:

Es una comunidad universal de tipo familiar y de organización jerárquica con la familia acorde, que se constituye entre cónyuges aragoneses por razón del matrimonio, si nada en contra pactaren, y cuya finalidad es la de regir los bienes que a ambos pertenecen para atender con ellos a los supremos intereses de la familia.

ADQUISICIÓN DE BIENES

8. Los bienes que se adquieran constante la sociedad conyugal tácita, ya se verifique la adquisición a nombre de uno de los consortes o de ambos indistintamente, a falta de pacto en contrario, tendrán el siguiente carácter, según dispone el artículo 48 del Apéndice, continente de la doctrina que ya formularon las Observancias 33 y 53 *De jure dotium*:

1.º Los muebles, cualquiera que fuere el título de su adquisición, serán comunes.

2.º Los inmuebles adquiridos a título lucrativo serán bienes privativos del cónyuge que los adquiere. Así se desprende, a contrario sensu, de dicho artículo, pues al revés de su criterio general para los muebles, sólo califica de comunes los inmuebles adquiridos

(50) Parecidamente se pronuncia PUIG PEÑA: Ob. y vol. cit., página 279.

(51) «En torno a la naturaleza, etc.», pág. 37.

Remitido ya el presente trabajo para su publicación, llega a nuestras manos el del citado autor, «Naturaleza jurídica del consorcio conyugal aragonés». —*Anuario de Derecho Aragonés*, V, págs. 239 a 348—, en el cual, tras un concienzudo y fino análisis, concluye calificándola de comunidad jurídica *sui generis*, pues si bien dentro de los tipos establecidos por la doctrina tiene cabida en la comunidad germánica, la amplitud de este concepto no es suficiente a caracterizarla. Como se ve, su opinión coincide con la mantenida por nosotros.

a título oneroso, y esta era la doctrina anterior de la Observancia 53 *De jure dotium*.

3.º Los inmuebles adquiridos a título oneroso, bienes comunes son. El precepto es radical: sea cual fuere el título de adquisición, sea quien fuere el adquirente, los inmuebles logrados onerosamente son bienes comunes, aunque se haya satisfecho su precio con dinero propio del marido o de la mujer —pues por pacto en contra de las normas legales cabe la existencia de éste—, permutado con bienes privativos de uno o de otro, o adquirido por derecho de retracto, del cual fuere titular alguno de ellos. La indubitable expresión legal, junto con la falta de precepto similar al contenido en los números 3.º y 4.º, artículo 1.396 del Código civil, nos llevan a aceptar el expuesto criterio.

Discutíase antes de la vigencia del Apéndice si en la sociedad conyugal cabía la aplicación de la subrogación real (52). Así, PORTOLES, al comentar la citada Observancia 53 *De jure dotium*, y por el imperio de la misma, atribuía el carácter de privativos de los consortes a los bienes adquiridos por retracto; y para MOLINO lo eran los permutados con otros de igual condición, si bien este autor encontraba una oposición al juego de la subrogación real en la Observancia 40 *De jure dotium*. (53). Pero lo cierto es que en los textos legales no se encontraba precepto admitiendo claramente dicha subrogación. Publicado el Apéndice, las dudas desaparecen: no se ha dado entrada a tal figura ni sus reglas ofrecen base para su construcción. La aplicación que de la misma ven PÉREZ y CASTÁN (54) en el artículo 61, párrafo segundo, y en el número 3.º del artículo 57, no nos convence, pues no se trata de vigencia de ella dentro del régimen normal de la sociedad conyugal: en el primero estamos

(52) Diferente fué la opinión de los redactores del proyecto-base del actual Apéndice, quienes extendían el carácter de comunes a los inmuebles adquiridos a título lucrativo, siendo objeto de la crítica de VIDAL TOLOSANA: Ob. cit., pág. 42. PALA MEDIANO —*Observaciones al proyecto de Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón*, s/f, págs. 76 y 77— cree que se referían a las liberalidades otorgadas a favor de los cónyuges conjuntamente y no de uno solo de ellos, pero que debiera expresarse, si era así, más claramente. Si tal fué la intención, estimamos más de acuerdo este precepto con la voluntad del transmitente que el artículo 1.398 del Código general, pues si a ambos donó o legó conociendo el matrimonio, para la unidad y no para cada cónyuge debió otorgarse la liberalidad.

(53) Según BLAS y MELENDO: Ob. cit., págs. 132 y 133.

(54) Notas al *Derecho de familia*, de KIPP y WOLF, vol. 1.º, págs. 483 y 484.

ante una conjugación de los intereses de éste con los sucesorios de la familia de la mujer: un bien inalienable por voluntad de los interesados, cuya enajenación se permite con las debidas garantías a fin de mantener íntegro y seguro su valor, que es, en realidad, lo que se quiere conservar; y en el segundo nos hallamos frente a la sociedad en período de liquidación, cuando no existe ya como tal, regulándose el abono de deudas en un saldo de cuentas, del que puede provenir la adjudicación de un lote activo, pero sin imponer la subrogación concreta de bienes. En el régimen actual no cabrá tal figura en el caso de adquisiciones verificadas por los cónyuges, para su existencia precisa el pacto expreso, pacto por el cual deja de ser real para surgir como subrogación convencional. Y esa libertad de negociación es precisamente lo que justifica la innecesidad de la subrogación *ministerio legis* (55).

4.º También son comunes, por presunción legal, cualesquiera bienes cuya pertenencia exclusiva al marido o a la mujer no esté suficientemente comprobada. No se trata de una presunción con iguales efectos que la contenida en el artículo 1.407 del Código civil, a pesar de su parecida redacción y de ser idéntico el propósito último: fijar la pertenencia de los bienes no encuadrados en los compartimentos legales por falta de datos ciertos sobre los mismos. La finalidad del precepto del ordenamiento común, en vista de la interpretación jurisprudencial del mismo (56), es la de exigir la prueba del carácter privativo del precio para que pueda atribuirse el mismo al derecho por su medio adquirido; la del artículo del Apéndice es la de reputar bienes comunes a aquellos sobre los que no existe pacto y de los cuales se desconoce la época y título de adquisición. Si, teniendo redacción tan similar, disienten estas normas en su alcance inmediato, ello es debido a la diferente naturaleza de ambas sociedades conyugales, especialmente a los distintos efectos que en las mismas se reconoce a las declaraciones de voluntad de los comuneros. Por eso en Derecho común se tiende a que

(55) A esta conclusión llegó el Congreso de juristas aragoneses de 1881 en el punto especial de bienes adquiridos con el precio de otros antes vendidos. (NAVAL SCHMID: *Compilación articulada del Derecho Foral vigente en Aragón y conclusiones adoptadas por el Congreso de juristas aragoneses, con observaciones a las mismas*, 1881, pág. 203.)

(56) Puede verse la exposición condensada de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en el *Derecho Hipotecario*, de ROCA SASTRE, tomo II, págs. 161 y s'gs., y la crítica de la del Tribunal Supremo en «Actos, etc.», cit., de ROMERO CERDEIRÑA, pág. 17.

por éstas no sean burladas las reglas del Código; en cambio, lo que en el aragonés se pretende es llenar el vacío de la voluntad no expresada.

9. Antes de terminar este punto creemos interesante hacer referencia a dos viejas preocupaciones de los foralistas: la adquisición de bienes por prescripción y la consolidación de la propiedad dividida o desmembrada. En cuanto al primero, las cosas usucapidas, según PORTOLÉS (57), eran privativas del cónyuge que hubiere iniciado la prescripción antes del matrimonio, aun cuando ésta se consumare después. La prescripción de los muebles no presenta problema: éstos siempre serán comunes. Respecto a los inmuebles, si se consumare la prescripción constante el matrimonio, cualquiera que fuere el tiempo en que se inició, lo usucapido es bien común, por estas tres razones: a) Porque la propiedad se adquiere cuando se reúnen todos los requisitos necesarios para que la usucapción produzca sus plenos efectos, y por lo tanto en el instante en que, cumplidas las demás exigencias legales, termina el transcurso del lapso de tiempo necesario. b) Porque la adquisición por usucapción, si bien no puede catalogarse con claridad entre las verificadas a título oneroso, como para ella se precisa una determinada actuación, no consistente en la mera declaración de voluntad, sino en algo más: explotar, pasar, vallar, etc., es más asimilable a éstas que a las adquisiciones lucrativas. c) Y finalmente, porque de no bastarnos la conjunción de las anteriores razones —adquisición a título oneroso durante el matrimonio—, la *vacatio legis* traerá como consecuencia la aplicación del número 3.º del artículo 48 del Apéndice, con lo cual llegaremos a la misma solución.

Respecto al problema de la propiedad dividida no se presenta, a nuestro entender, en el usufructo. En la cosa usufructuada sólo hay una propiedad: la del nudo-propietario; el usufructuario es solamente titular de un derecho real de goce, aunque su contenido sea amplísimo, pero que no llega a la categoría de derecho de propiedad (58). Estamos ante una compresión del dominio que producirá, al desaparecer, la recuperación de sus límites normales, por razón de su elasticidad. Por ello, cuando se consolide el usufructo

(57) Véase nota 52.

(58) Aun inclinándose hacia la concepción del usufructo como *pars dominii*, no deja ROCA SASTRE de estimar que el centro dominical se halla en la *proprietas nuda* y no en aquel derecho (*Der. Hipot.*, tomo II, página 720).

con la nuda-propiedad, por extinción de aquél, la cosa continuará teniendo el mismo carácter, privativo o común, que ya ostentaba; sin restricciones de ninguna clase, si tal extinción se produjere normalmente —fallecimiento del usufructuario, llegada del término o cumplimiento de la condición—, y con las debidas compensaciones al tiempo de la disolución de la sociedad, si mediante precio se hubiere adquirido el usufructo adelantándose el tiempo de la consolidación, siempre que el hecho que motivare la extinción normal del régimen de comunidad, pues si éste hubiere acaecido antes de tal fecha nada habrá que abonar: lo pagado por lo usufructuado. La consolidación, en cabeza del usufructuario, es una adquisición de la nuda-propiedad, de la propiedad restringida, debiendo regirse por normas similares a la del pleno dominio, y que, en ciertos casos, producirá la continuación del usufructo y de la *propietas nuda* como derechos distintos, si bien los efectos prácticos serán nulos hasta la disolución de la sociedad (59).

En el caso de la enfiteusis, cuando uno de los dos derechos que la integran —dominio directo y dominio útil, según la terminología usual— pertenezca privativamente a cualquiera de los cónyuges y se adquiriere el otro constante el matrimonio, la consolidación del pleno dominio podrá o no producirse según la clase del correspondiente título y la persona del adquirente inmediato. Aunque parezca irreverencia, en este punto nos es indiferente militar en cualquiera de las teorías que intentan explicar la naturaleza del instituto. Pues, ya estemos ante la transmisión de un derecho real sobre cosa ajena, de la propiedad por él gravada o de una propiedad dividida, si se opera a título oneroso —redención, comiso, cesión por precio, ejercicio de tanteo o retracto— lo adquirido será bien común y no privativo como el derecho complementario; luego no se producirá la consolidación, independientemente de que pueda tener lugar por razón de las adjudicaciones que se verificaren al tiempo de la liquidación de la sociedad; y si el título fuere lucrativo —sucesión testada, intestada normal o, en su caso, reversión, regulada en el artículo 1.653 del Código civil—, se producirá o no la extinción de

(59) Es así porque los productos del usufructo, como la nuda propiedad, son comunes. No lo dice claramente el Apéndice, pero se deduce de sus normas: porque tales productos son muebles regidos por el artículo 48, número 2.º, y porque implícitamente los artículos 50 y 51 sobreentienden la previa exacción de los productos por ser tales o la ordenan explícitamente por ser muebles.

la enfiteusis según si el adquirente fuere el cónyuge titular del restante dominio —directo o útil— o lo fuere el otro consorte.

Es lógico el diferente tratamiento de la enfiteusis y del usufructo: aquélla es perpétua, por lo que no va contra su naturaleza el continuar separando por tiempo indefinido las dos titularidades distintas que la integran; éste, en cambio, es temporal; lo único que puede hacerse es adelantar su extinción, no prolongar su vida.

En el punto de la enfiteusis, entendemos que no rige el criterio seguido al tratar de la usucapación cuando el titular de uno de sus dos derechos adquiere el pleno dominio por inactividad del otro dueño, ya que entonces estamos ante un caso de *usucapio libertatis*, en el cual, si bien su efecto externo es la adquisición del derecho complementario, ésta se produce por expansión del que ya se detenía (60).

10. Las normas legales aragonesas, determinantes del carácter de los bienes durante el matrimonio adquiridos y que ya hemos estudiado, son de tipo supletorio. Antes que ellas rige la voluntad de los interesados. Cabe pacto en contrario a los preceptos del Apéndice, revistiendo las diversas expresiones por éste permitidas: imponer la condición de que el bien adquirido recaiga en otra persona, transmitiéndose sólo el disfrute entre los cónyuges, asegurar los bienes muebles con hipoteca, con lo que tendrán la consideración legal de inmuebles; producir igual efecto mediante la configuración de los sitios como muebles, o de éstos como sitios, y, en general, pactando como quisieren sobre la condición privativa o común de los bienes.

Tal libertad está sancionada expresamente por el Apéndice en los artículos 47, 48 —*in fine*—, 49 —inciso primero—, 58, 59 y 60. La claridad del ordenamiento legal es meridiana en este punto: pueden los cónyuges ordenar totalmente el régimen de su sociedad, o el de determinados bienes en particular, por pactos o capitulaciones, otorgados antes o después del matrimonio y consignados en escritura pública.

Que quepa el pacto respecto a bienes concretos, aunque no se trate de la total regulación de la sociedad, lo demuestra la contra-

(60) Sobre el concepto de esta clase de usucapación, puede verse Roca SASTRE, *Der. Hipot.*, tomo I, págs. 604 y sigs.; para quien por sus efectos se trata no de una adquisición, sino de prescripción extintiva, lo que está conforme con la aplicación que de ella hemos hecho.

posición entre los términos *pactos* y *capitulaciones*, que dada la significación de esta última palabra, confiere a aquéllos un sentido más restringido; lo prueba también el precepto especial del último párrafo del artículo 48; y, fundamentalmente, la vigencia en esta cuestión del apogtema *standum est chartae*. La aplicación de esta regla, de rancio abolengo foral, ha quedado reducida en el régimen actual a las estipulaciones que se otorguen respecto a la aportación de los bienes, el régimen o la disolución de la sociedad conyugal, siempre que no se infrinja prohibición expresa vigente en Aragón, ni se pacte nada contrario a los fines esenciales del matrimonio (61). Dentro de estos cauces discurre libremente la voluntad privada. Al tiempo de la adquisición de los bienes, podrán los cónyuges fijar por pacto la naturaleza jurídica de cada uno, sin rebasar los límites siguientes:

1.º En el caso de haberse otorgado capitulaciones antes de contraer matrimonio no cabe el pacto si no se cumplen los requisitos previstos en el artículo 48, párrafo segundo. Las precauciones que se adoptan, precisándose la intervención de los padres o ascendientes, o de la familia que los represente, son lógicas, pues si ellos concurren al otorgamiento y llevaron a cabo disposiciones —como normalmente sucede— fué por su conformidad con el total contenido de los capítulos, que, en conjunto, forman la ley de la familia. Luego es justo que sin ellos no puedan ser modificados (62).

(61) Véase LORENTE y MARTÍN-BALLESTERO: «La norma, etc.», páginas 68 y 69.

(62) Pero la norma legal deja mucho que desear. En primer lugar, la necesidad de tal intervención debiera haberse ampliado, incluyendo a todos los que otorgaron las anteriores capitulaciones, y tanto si ello fué antes como después del matrimonio. Pues sucede frecuentemente que, fallecidos los padres, es un hermano —el heredero de su propia casa si el contratante es *forastero*— o el consejo de parientes —si el que se casa es designado heredero— los que actúan ocupando el lugar que normalmente corresponde a los padres; o también que las capitulaciones se otorguen después del matrimonio con los mismos pactos y finalidad que si lo hubieran sido antes. La diferencia de trato al tiempo de su modificación entre unas y otras —por razón de los que intervinieron o por la época en que se hicieron— no la encontramos fundamentada. La razón fundamental de estas precauciones, que es la de que el ordenamiento familiar no pueda ser alterado caprichosamente por los cónyuges, igual existe en uno y otro caso.

En cuanto al párrafo tercero, que GIL Y GIL calificó de «no muy foral» —FERÓNIMO GONZÁLEZ: *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, 1948, tomo III, pág. 68—, lo vemos acertado en sus intenciones, pero no así en su redacción. En las capitulaciones intervienen los miembros de dos familias que, o quedan separadas de la nueva —enlace de *solteros*, de *solos*— de quienes dos son herederos—o una de ellas se continúa a través del matri-

2.º Se precisa pacto: esto es, no basta con la disposición unilateral de uno de los cónyuges, aunque el otro fuere el beneficiado, si bien no es necesaria la unidad de acto, pues mediante la ratificación posterior del otro cónyuge se convalida plenamente lo pactado entre el adquirente y el enajenante, o lo dispuesto unilateralmente por aquél. Ahora bien, en los negocios jurídicos gratuitos habrá que respetar la voluntad del disponente en todo caso.

3.º Tal pacto deberá consignarse en escritura pública, teniendo en este caso la forma un carácter constitutivo, sin que quepa otro tipo documental; forzosamente «la carta habrá de ser escritura pública, conforme al artículo 58» (63). Esta disposición, corroborada por el párrafo último del artículo 48, es imperativa. La costumbre anterior al Apéndice era la de poderse otorgar las capitulaciones revistiendo cualquier forma, pues al amparo del principio *standum est chartae*, tal como regía entonces, cabía su expresión en documento público o privado y aun de palabra. Así lo tiene reconocido la Audiencia Territorial de Zaragoza en varias Sentencias (64), pero como no podía menos, en el régimen vigente estima que «el artículo 58 del Apéndice, correspondiente al Derecho Foral de Aragón, al igual que el número tercero del artículo 1.280 y el 1.321 del Código civil, ordenan que dichos pactos —los de las capitulaciones— se hagan constar en documentos públicos» (65). Aún nos parece demasiado amplia esta denominación: en ella, y dado el criteri ocomparativo con la ley común, que parece sentar que estemos

monio para el que se otorgan —capítulos de heredero con *forastero*— o se establece la unión de ambas —doble heredamiento, *acogimiento*—. Pues bien; especialmente en los dos últimos supuestos, la reforma del contrato matrimonial-sucesorio interesa a ambas familias, no sólo en cuanto al régimen de la futura sucesión, de la entidad total familiar, sino también respecto al especial de la sociedad conyugal, pues con su modificación—v. gr.: trueque de la separación de bienes en régimen de gananciales— pueden burlarse los derechos de uno u otro grupo familiar. Por ello se debiera exigir la concurrencia de los representantes de uno de ellos cuando fallecieren los que en su nombre actuaron antes, aunque sobrevivan los de la otra familia; contrariamente al Apéndice, que mientras existiere algún ascendiente de los primitivos otorgantes —aunque representare a una sola familia— o cuando, fallecidos todos estos, hubieren transcurrido veinte años desde el casamiento, no requiere la intervención de los parientes.

(63) Ver nota 61.

(64) Pueden verse las de 4 de octubre de 1926 y 4 de julio de 1945, extractadas por VALENZUELA y SANCHO BRONDA: «El Apéndice, etc.», páginas 426 y 427.

(65) Sentencia de 28 de febrero de 1950, *Foro Aragonés*, 1950, páginas 30 a 32.

ante supuestos totalmente idénticos, cabría que el autorizante fuera, en casos especiales, el Secretario del correspondiente Ayuntamiento, por aplicación del artículo 1.324 del Código civil, cuando lo cierto es que el Apéndice exige, de forma ineludible, la «escritura pública»; esto es, autorizada por Notario, sin que puedan otorgarse estos pactos en ningún otro documento.

4.º Las razones que tradicionalmente se han alegado para prohibir tanto el otorgamiento de nuevas capitulaciones como la modificación de las ya otorgadas, una vez contraído el matrimonio —necesidad de garantizar la libertad de consentimiento de los capitulantes, protección del interés de los terceros (66)— y que parece influyeron en la redacción del Código civil español, en el Apéndice aragonés, en conformidad con el derecho histórico de toda España y con los Códigos más avanzados, no han tenido reflejo alguno, permitiéndose la celebración de tales actos antes y después de contraído el matrimonio. Por ello, tampoco serán obstáculo aquéllas para el otorgamiento del pacto referente a bienes en concreto.

En resumen, los cónyuges pueden, en cualquier momento, y por lo tanto en el acto de adquirir los bienes, fijar por pacto la naturaleza privativa o común de los mismos, sin otros límites que los propios del principio *standum est chartae*, tal como hoy se recoge en el artículo 59 del Apéndice, y los fijados en los párrafos segundo y tercero del artículo 48, para el caso de existir capitulaciones otorgadas antes del matrimonio.

11. El pacto modificando la naturaleza que legalmente corresponde a los bienes adquiridos por los cónyuges en el régimen de la sociedad tácita de muebles y adquisiciones, conferirá a los que de él sean objeto de un especial carácter, privativo o común, con plenos efectos respecto a los consortes y a terceros, pero susceptible de impugnación caso de ser otorgado en fraude de acreedores o de los derechos legitimarios de los descendientes de los cónyuges, y con la limitación de tener que respetar los derechos adquiridos por terceras personas, al amparo de capitulaciones otorgadas antes del matrimonio, como lo dispone el párrafo último del artículo 58.

Si se trata de mantener la condición privativa de bienes muebles adquiridos antes del matrimonio, y que en virtud de la regla segunda del artículo 48, pasarán a ser comunes, nadie puede formular

(66) CASTÁN: Ob. cit., tomo III, págs. 546 y 547.

reclamación alguna: eran bienes propios, que propios continuarán siendo. Estamos ante un problema de aportación a la sociedad, y no de adquisición durante la misma, por lo que rebasa la órbita de este trabajo. La misma plena perfección e inimpugnabilidad reviste la disposición unilateral del transmitente a título lucrativo, más tarde aceptada, o el pacto otorgado por aquél con uno o ambos cónyuges; la voluntad del mismo al fijar el destino de los bienes de que liberalmenté dispone es superior a los intereses de los acreedores o de los descendientes de los beneficiados. Pero la solución puede ser diferente en los tres casos siguientes: 1.º Adquisición gratuita, sin que se haya manifestado la voluntad del donante o causante sobre el carácter que han de tener los bienes. 2.º Adquisición en pago de legítimas. 3.º Adquisición onerosa durante el matrimonio.

En el primer supuesto, la transmisión se ha consumado antes del pacto de los cónyuges sobre el carácter que hayan de revestir los bienes —aun cuando aparentemente sean actos simultáneos—, no siendo posible que se configure como condición de la aceptación, pues no cabe disconformidad de ésta con la voluntad del donante o testador, o con las reglas de la sucesión legítima. Luego tal pacto no será otra cosa que una donación a favor del otro cónyuge o de la sociedad, permitida por el artículo 52, dentro de los límites y con los efectos por éste previstos.

Para examinar el caso segundo, es preciso recordar que en Aragón la sucesión sólo es forzosa con relación a determinado legítimo, si éste fuere único; caso contrario, la legítima es una mera entelequia, por lo que los pactos concertados con los ascendientes que de ella sean deudores son plenamente válidos, pues lo adquirido de esta forma lo es por razón de plena liberalidad, igual que lo proveniente de cualquier otra persona a título gratuito. Pero si se tratare de verdadera sucesión forzosa con respecto al cónyuge descendiente, por ser éste el único al tiempo de la adquisición, las disposiciones modificativas de la naturaleza de lo que debió ser suyo, por razón de legítima —no la parte comprendida en el tercio libre— no podrán ser impuestas por el transmitente sino únicamente a través de las limitaciones, sustituciones o condiciones permitidas en los números tercero y cuarto del artículo 31. Fuera de ello, si se cambiare el carácter de los bienes al tiempo de satisfacerse los futuros derechos legítimos —ya se exprese o no que se trata de un contrato sucesorio—, pactando que los inmuebles tendrán la consi-

deración de comunes, o los muebles la de privativos, este acto deberá configurarse como lo que en realidad es: donación de un cónyuge al otro de la mitad de lo adquirido, con las restricciones que hemos visto en el anterior párrafo. Lo difícil será demostrar la existencia del fraude de acreedores; pero, a su pesar, en buena técnica legal la rescisión por tal causa debe ser admitida en este caso como en el anterior.

En el tercero de los supuestos enumerados, dado el carácter legal de comunes de todos los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, la finalidad del pacto será la de considerarlos como privativos de uno u otro cónyuge. Esto en sí, está claramente permitido por la Ley, pero surge un importante problema interno, que repercutirá sobre los efectos de una posible impugnación por parte de quienes—descendientes, acreedores—, tengan derecho a ejercitarla.

Las adquisiciones a título oneroso suponen la existencia de una contraprestación, que será satisfecha con bienes de uno u otro cónyuge, o comunes de ambos. Si son privativos del adquirente, estamos ante una subrogación convencional, que no puede ser combatida mientras no se demuestre la falsedad de la premisa: que lo dado en cambio no sea propio de aquél. Pero en otro caso el problema es más arduo. La cosa se ha adquirido mediante otros bienes pertenecientes totalmente, o por mitad, al otro cónyuge, que por lo tanto han salido del patrimonio de éste o del común, sin que otros ocuparen su lugar. ¿Qué ha sucedido con derechos? ¿Por qué razón adquiere como único propietario el otro consorte? ¿Es plenamente válida esta adquisición tal como se ha verificado? El valor de los bienes dados en cambio no puede haber desaparecido; si no está contenido en los adquiridos es porque antes o después de la transmisión de éstos se cedió gratuitamente. Esto es, centrando el problema en la compraventa, caso más corriente, caben dos soluciones: o se donó todo o la mitad del precio previamente al otorgamiento, o bien la mitad de la cosa ya comprada. El centro vital de la cuestión estriba en averiguar cuál de ambos negocios es anterior al otro, si la donación o la compra, y por lo tanto sobre qué podrán ser ejercitados los eventuales derechos de los perjudicados por la donación: si sobre el valor del precio pagado o sobre la cosa comprada.

Si aceptamos que lo donado es la mitad de la cosa comprada, pues ésta tenía el carácter de común por su adquisición y por la

sola voluntad de los cónyuges se transformó en bien propio de uno de ellos, la impugnación de aquella donación tenderá a cambiar la naturaleza del mismo, devolviéndole el carácter que por razón de su adquisición onerosa le correspondía con arreglo a las normas legales, pudiendo, por lo tanto, procederse directamente sobre la cosa. En cambio, si lo que un cónyuge donó al otro fué el total precio o parte de él —la mitad normalmente—, el carácter asignado a lo adquirido será inmutable, la acción de los perjudicados recaerá inconcretamente sobre un valor igual a lo donado, pero no sobre el bien en sí, excepción hecha de la existencia de *consilium fraudis* en el titular, si se trata de acción rescisoria ejercitada por los acreedores (67).

Para adoptar una u otra solución hemos de atender a dos puntos: la verdadera voluntad de los cónyuges y la protección de la apariencia jurídica. Aquéllos, al comprar, no han partido del supuesto de que adquirirían para ambos, y seguidamente uno daba su parte al otro, sino de que compraban para uno solo: en el negocio sólo consta éste como adquirente. Luego la donación, de existir, no recae sobre la cosa; es su objeto el precio antecedente. De esta forma el titular real y el aparente se identifican en la persona del cónyuge comprador; el anterior acto de liberalidad no surte efectos en cuanto a terceros que adquirieren algún derecho sobre tales bienes. Estamos ante un supuesto análogo, al que pone en juego la *presunción Muciana* en las regiones de Derecho romano. Figuras encuadradas en distintos ordenamientos jurídicos, como en el caso actual, presentan afinidades que nos hacen llegar a la misma solución para todas ellas. Por esto hacemos nuestra la opinión de ROCA SASTRE respecto a tal presunción (68). Habrá una donación anterior del precio, que puede ser o no impugnabile, pero sin que su suerte repercuta en la de la titularidad de la cosa comprada: el segundo negocio —la compraventa— es plenamente válido. Basta para ello la voluntad conjunta de los cónyuges, plenamente respetada por el Apéndice foral, no se adquiere privativamente por subrogación alguna, sino por el imperio del querer común; no se precisa justificar la procedencia del precio; lo adquirido, sea cual fuere el carácter

(67) La relación de estos actos, con la figura del fraude de acreedores, es digna de un estudio más detenido, que cae fuera del ámbito de nuestro trabajo.

(68) En su estudio sobre la misma en *Der. Hipot.*, tomo III, páginas 194 a 209.

de aquél, del adquirente será ; no es aplicable, como ya hemos dicho, presunción análoga a la del artículo 1.407 del Código civil, pues esta responde a un ordenamiento legal imperativo, cuyas normas, una vez aceptadas tácitamente al contraer matrimonio sin otorgarse capitulaciones, no pueden ser modificadas en lo más mínimo, mientras que las reglas de la sociedad tácita aragonesa son siempre supletorias : cabe, en cualquier momento, pacto en contrario sobre ellas prevalente (69).

12. Vista la amplitud del pacto regulador de la naturaleza de los bienes de los cónyuges, no hay duda alguna en admitir que por su medio se configure en el régimen aragonés un grupo de los mismos pertenecientes a la mujer con los caracteres y los efectos peculiares de los parafernales en el Código civil, y menos aún cuando el propio Apéndice, en su artículo 49, reconoce la posibilidad de su existencia, dándoles expresamente tal denominación (70).

Para ello, como decimos, se precisará pacto explícito, pues por presunción legal todos los bienes de la mujer están entregados en administración al marido, esto es, revisten el carácter de dotaless. Y es más, creemos que el mero hecho de calificar ciertos bienes como parafernales no aclara a quién corresponde la administración de los mismos ; será conveniente estipular que se la reserva la mujer, o que aquéllos se regirán por las correspondientes normas del Código civil. No hacerlo así puede conducir a confusiones, pues no estando configurado por el Derecho aragonés el concepto de *parafernál* cabe dudar si la intención de los contratantes es la de considerar tales bienes como meramente privativos de la mujer—dada la similitud del significado vulgar de ambos términos—, regidos por los artículos del Apéndice, o bien como tales parafernales, conforme a la Ley común.

(69) Opinión contraria a la que sustentamos es la de *Foro Aragonés* —1951, pág. 22—, para cuyos redactores, si la adquirente es la mujer, estamos ante compra verificada por el marido y subsiguiente donación a aquélla.

(70) Así lo estima la Audiencia Territorial de Zaragoza en Sentencia de 5 de febrero de 1951. En contra de su aceptación se pronunció el Congreso de jurisconsultos aragoneses —NAVAL: Ob. cit., pág. 179—, y el primitivo proyecto del actual Apéndice los prohibía, lo que motivó la crítica de VIDAL TOLOSANA —ob., cit., pág. 43—, quien se inclinaba por la libertad de pacto, hoy aceptada.

ADMINISTRACIÓN

13. En situaciones normales, el marido es el administrador y representante, así en juicio como fuera de él, de la sociedad conyugal, sin que a la mujer le quede atribuído, salvo pacto en contrario, el manejo de bienes algunos en concepto de parafernales (Apéndice, artículo 49, inciso primero) (71). El precepto es claro y no deja lugar a dudas de ninguna especie: al marido corresponde la administración de sus propios bienes, de los que tengan la condición de comunes y de los privativos de la mujer, como lo ratifica para el arrendamiento el párrafo último del mismo artículo. Es el representante, en juicio y fuera de él, de la sociedad conyugal, extendiéndose la representación judicial a la defensa y ejercicio de los derechos dominicales (apartado cuarto, párrafo primero de igual artículo), pudiendo sólo ejercitar tales derechos extrajudicialmente si se trata de actos de administración, no de disposición, para los cuales rigen las normas que más adelante estudiaremos.

14. Como ya hemos visto, mediante pacto expreso puede cambiarse la naturaleza común o privativa que legalmente corresponda a los bienes de los cónyuges, pero el mismo puede tener solamente efectos más restringidos: encomendar la administración de todos o determinados bienes a la mujer.

Si existen capitulaciones otorgadas antes del matrimonio, el pacto regulador de la administración contiene una modificación de aquéllas, tanto si en las mismas se hubiere previsto este aspecto de la sociedad conyugal como si se hubiere omitido, pues en ambos casos estamos ante una variación del régimen admitido, expresa o tácitamente —el legal— por los capitulantes: por ello se precisarán los requisitos fijados en los párrafos segundo y tercero del artículo 58 para su otorgamiento. Tanto en este supuesto como en el de la inexistencia de capitulaciones, se trata de una regulación del régimen económico matrimonial, que tal como hemos examinado al tratar de las convenciones sobre la naturaleza de los bienes, deberá consignarse en escritura pública.

(71) Que es tanto como decir *en ningún concepto*. Los parafernales son en la expresión legal ejemplo de bienes de administración separada a efectos de la prohibición de su nacimiento por disposición de la Ley.

En cuanto a su amplitud, ésta puede ser ilimitada en lo que a la pura administración se refiere. Puede encomendarse a la mujer no sólo la de determinados bienes suyos en concepto de parafernales, sino también la de todos los de ella privativos e incluso la de los comunes y los propios del marido. No hay precepto legal opuesto a ello: razones de mayor competencia de la mujer, junto con la necesidad de unificar la administración de todos los bienes, pueden justificar más que sobradamente la máxima concesión de tal facultad a la misma.

Este pacto, que en Derecho común será irrevocable una vez contraído matrimonio, puede ser modificado en cualquier momento, previo cumplimiento de los mismos requisitos que se precisan, según los casos, para su fijación. Esta mayor libertad nos pone frente al problema de su posible revocación sin el concurso de la mujer, cuando razones sobradas aconsejaren el cambio en la administración de la sociedad a ella confiada y no fuere posible hacerla cesar en la misma por los procedimientos corrientes —declaración de incapacidad o de prodigalidad—. Todos los que concurrieron al otorgamiento de las capitulaciones antes del matrimonio de común acuerdo, con las sustituciones previstas por la Ley, o el marido por sí solo cuando los capítulos o el pacto se hubieren otorgado después del matrimonio, ¿pueden revocar la administración concedida a la mujer sin intervención de ésta? No creemos sea suficiente su sola voluntad privadamente expresada, aunque la decisión se basare en razones plenamente convincentes; la solución está en demostrar al Juez que la gestión de la mujer es lesiva a los intereses de la sociedad conyugal o de la familia en el correspondiente juicio ordinario en que se solicite la ineficacia de lo pactado, por ser opuesto en sus efectos a los fines esenciales del matrimonio, y, por lo tanto, rebasar *a posteriori* los límites impuestos en el artículo 59. Este procedimiento debe ser admitido, ya que de no hacerlo así se permitiría la realización sucesiva de actos en fraude de la Ley «*Judex debet stare semper et iudicare ad cartam et secundum quod in ea continetur*»: tal era la regla de la Observancia 16 *De fide instrumentorum* que hoy debemos considerar vigente como expresión formal del principio *standum est chartae*, cuando éste sea aplicable. El Juez no puede salirse de lo pactado «*nisi aliquid impossibile vel contra ius naturale continetur in ea*», límites de la libertad contractual expresados así en el Apéndice: «siempre que —las estipulaciones— no

infrinjan prohibición expresa en la legislación vigente en Aragón, ni sean opuestas a los fines esenciales del matrimonio». Y en este caso, si el Juez se atiene estrictamente a la carta, la aplicación de lo pactado será *contra ius naturale*, opuesto a los fines esenciales del matrimonio. Luego no tiene obligación de ceñirse a las capitulaciones y juzgar según lo que en ellas se contiene, sino que debe atender primordialmente a la defensa de los intereses de la familia y a las disposiciones de la Ley.

Si en las capitulaciones se concediera a la mujer licencia marital ilimitada en tiempo y contenido, ésta podrá ser revocada en cualquier momento y aunque con carácter irrevocable se hubiera otorgado. Se trata de un acto relativo a la capacidad de las personas, o mejor dicho, a prohibiciones legales que a éstas afectan; no es de los comprendidos en el artículo 59 del Apéndice: no está amparado por el tan repetido principio *standum est chartae* (72). Ahora bien, hay que distinguir entre actos de administración y de disposición: los primeros, a pesar de la revocación de la licencia, podrán ser realizados por la esposa por habérsele confiado la ejecución de los mismos en las capitulaciones, materia que forma parte del régimen económico-matrimonial, y por ello está protegida por el antedicho apogtema; los segundos, si se otorgaren, serán anulables desde que la licencia fuere revocada. Pero tratándose de un problema de tan íntima conexión con el de la administración de la sociedad conyugal —administrar en sentido vulgar comprende parte de la facultad dispositiva; v. gr.: venta de muebles deteriorados para comprar otros nuevos—, la revocación de la licencia marital puede encerrar un abuso de derecho, por lo cual, creemos, cabrá acudir a la autoridad judicial para que en cada caso decida respecto a la colisión que se produce entre el respeto a lo pactado y a los derechos de tercero, por una parte, y la autoridad marital, por la otra (73).

Los mismos problemas que al tratar de la licencia marital hemos visto, surgen cuando en las capitulaciones se ha autorizado a la mujer —esto es, se le ha conferido poder— para disponer de los bienes comunes y de los privativos del marido, siéndoles aplicables

(72) Creemos que la licencia marital es esencialmente revocable, como lo razona FAUS ESTEVE: «La separación de hecho en el matrimonio», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo II, pág. 320.

(73) De un caso similar, relativo a la mujer comerciante, nos habla NART FERNÁNDEZ: «Venía y veto maritales», *Revista de Derecho Privado*, 1951, pág. 604.

las soluciones expuestas, con mayor prevalencia en este caso de la tesis de la revocabilidad.

15. En situaciones anormales —imposibilidad o incapacidad del marido, separación de bienes— la administración de la sociedad conyugal puede corresponder a la mujer. No existiendo reglamentación especial de estos supuestos en el Apéndice, en virtud de su artículo 1.º, es aplicable lo dispuesto en el 1.441 y concordantes del Código civil (74), siempre y cuando los respectivos casos no hayan sido previstos y ordenados en las capitulaciones, pues entonces regirá lo pactado en ellas.

Únicamente existe un precepto especial en el Apéndice relativo a esta cuestión: el artículo 4.º, que prevé la concesión de la administración a la esposa menor de edad del ausente, sin asistencia de tutor cuando fuere mayor de catorce años. En su aplicación directa no vemos la razón de ser de este artículo, pues conforme a lo dispuesto en el 10, número segundo, todos los aragoneses son mayores de edad desde que contraen matrimonio (75): no se concibe la posibilidad de la *menor de edad de la esposa*. A *sensu contrario* del mismo se deduce que si ésta es menor de catorce años precisará la asistencia de tutor para poder ejercer la administración, tutor que actuará por sí solo, pues estamos ante un caso de los llamados de «tutela restringida» (76), no precisándose la designación de todos sus órganos normales. Este precepto, positivamente fuera de quicio, es digno de aplauso, pues si bien coarta la actuación de quien legalmente es considerado como mayor de edad, evita las fatales consecuencias que pueden derivarse de la administración de una niña. Tal artículo deberá aplicarse tanto en el caso de haberse pedido la declaración de ausencia como en el de estar ya declarada, pues sería un absurdo que, por imperativo de las normas del Código civil, a falta de precepto especial, en el primer supuesto no se precisare la concurrencia del tutor —no olvidemos la mayor edad de la esposa: las normas de la Ley común deberán armonizarse con el artículo 10 del Apéndice—, mientras que por las del Derecho aragonés fuere necesaria su intervención desde la declaración judicial de ausencia del marido.

(74) CASTÁN: Ob. cit., tomo III, págs. 590 y sigs.

(75) Así opinan PALA y MARTÍN-BALLESTERO: «El sujeto, etc.», página 82, número 1.º

(76) CASTÁN: Ob. cit., tomo IV, pág. 79.

16. Problema interesante es el que se plantea al estudiar conjuntamente las legislaciones especiales vigentes en materia de arrendamientos y la disposición del párrafo último, artículo 49 del Apéndice. Estamos ante un acto de administración, cuyo otorgamiento, como consecuencia de tal carácter, corresponde al marido con relación a todos los bienes de la sociedad conyugal, excepto aquéllos que por pacto administrare la mujer. Al fijarlo así el Apéndice, va acorde con la tradición legislativa y doctrinal, si bien actualmente es más difícil admitir la naturaleza personal del derecho del arrendatario y que su constitución no sea un acto de disposición de la cosa (77). Pero dada la remisión de las leyes especiales a las normas del Código civil en materia de capacidad para ser arrendador y arrendatario —expresa en los rústicos, tácita en los urbanos—, legalmente nos encontramos ante un acto de administración, si bien sus efectos sean más gravosos que algunas disposiciones.

Con arreglo al precepto foral citado, el marido puede dar en arriendo sus propios bienes, los de su esposa y los comunes; pero los contratos relativos a fincas propias de la mujer o que estén afectas al derecho expectante de viudedad —normalmente todos los inmuebles— otorgados por tiempo que exceda de un año, caducarán al fallecer aquél, si la mujer no los hubiere consentido explícitamente, siendo nulas, en cuanto a ésta perjudiquen, las anticipaciones de precio o merced. ¿Cuáles serán los efectos de esta limitación de la facultad de arrendar del marido, habida cuenta de lo dispuesto en otras leyes vigentes en la materia?

Con relación al Registro de la Propiedad, registrá plenamente la norma foral, aun cuando con ello resultare perjudicado el titular arrendatario que tuviere la condición legal de tercero hipotecario (78). Estamos ante una limitación legal de la facultad de arrendar del marido, frente a la cual no pueden los terceros escudarse con

(77) Véase la posición de VALET DE GOYTISOLO defendiendo la tesis realista de este contrato en *Hipoteca del derecho arrendaticio*, 1951, páginas 11 a 50. Para NOGUERA GUZMÁN —«De la enfiteusis a la enfiteusis», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo V, págs. 439 a 444— la evolución del arrendamiento no es otra cosa que el retorno a la enfiteusis, pues la legislación especial confiere a aquél los caracteres de ésta. Parecidamente se pronuncia NART en su estudio «Ex arrendamientos», *Anuario de Derecho Civil*, 1951, págs. 934 y sigs., 983 y 984.

(78) Los problemas interregionales que pueden presentarse por la aplicación de esta norma son similares a los causados por el usufructo de viudedad. Véase, sobre los de éste último, a LASALA: «La viudedad, etc.», páginas 171 a 174; y PELAYO: «Problemas, etc.», págs. 175 a 192.

la institución registral: el imperio de la Ley es superior al juego de los principios hipotecarios (79).

Respecto a la legislación especial de arrendamientos rústicos, la capacidad para ser arrendador se regulará por la legislación civil, común o foral, a que éste se halle sometido, según dispone el artículo 3.º de la Ley de 15 de marzo de 1935, con las variaciones en él establecidas. De éstas sólo nos interesa ahora la consignada en el apartado c). Según la misma, la mujer podrá dar en arrendamiento, sin consentimiento del marido, las fincas rústicas que tengan el carácter de parafernales y cuya administración no haya entregado a aquél. Pues bien, para su aplicación en Aragón se precisará previamente que se demuestre que por pacto la mujer se ha reservado la administración de determinados parafernales, pues, de no existir el mismo, la concesión legal de la administración de todos los bienes del matrimonio al marido impedirá que la mujer contrate arrendamientos sobre cualesquiera de ellos, incluso los suyos privativos.

Careciendo la legislación especial de arrendamientos urbanos de disposición expresa sobre la capacidad arrendaticia, habrá que acudir a las normas civiles en este punto, pues no hay precepto alguno que, aunque no trate directamente del mismo, esté contenido en la Ley de 31 de diciembre de 1946 y sea aplicable por analogía al caso que estudiamos (80).

En resumen, no existe el problema en cuanto al otorgamiento del contrato, para lo que rige la norma foral, pero nace rodeado de dificultades en lo referente a la duración del arriendo en relación con la prórroga forzosa impuesta por las leyes sobre el inquilinato y el colorato en beneficio del arrendatario. La solución a que se llega es distinta en ambos supuestos, por lo que trataremos de ellos separadamente.

En materia de arrendamientos rústicos, el artículo 27 de la Ley de 15 de marzo de 1935 y el 9.º de la de 23 de julio de 1942 establecen la subsistencia del arriendo aun cuando cambie la titularidad

(79) Más que una limitación es una delimitación de tal facultad de arrendar; fija la frontera, el máximo temporal de la misma. Hipotecariamente, producen iguales efectos que las limitaciones de la propiedad (ROCA SASTRE: Ob. cit., tomo I, pág. 362).

(80) Tal es la opinión de GARCÍA ROYO —*Tratado de Arrendamientos urbanos*, 1947, vol. I, pág. 75—, quien estima expresamente aplicable el artículo 1.548 del Código civil, el cual es el correspondiente en el Derecho común a la cuestión que tratamos.

dominical de la finca, aun cuando el arrendador deje de ser propietario por haber transmitido sus derechos a tercera persona; ésta quedará subrogada *ope legis* en la posición de aquél. Sin embargo, cuando el arrendamiento se ha contratado por un usufructuario, se extinguirá a la terminación del usufructo (artículo 9.º de la Ley de 1935); sucediendo lo mismo cuando se tratare de arrendamientos de bienes propiedad de menores de edad y fueren otorgados por sus padres o tutores sin autorización judicial o del consejo de familia (81). A primera vista parece absurda la conclusión a que se llega: el nuevo dueño no tiene contra el arrendatario las seguras armas de que dispone el que sólo ha adquirido el goce de la cosa o quien ha devenido plenamente capaz en la titularidad arrendaticia. Pero analizándola veremos que es completamente justa.

La propiedad es un derecho perpetuo por naturaleza; si el dueño no quiere desprenderse de la cosa, siempre estará en su patrimonio o en el de sus sucesores; por ello cabe que conceda sobre la misma derechos más o menos indefinidos, incluso perpetuos. Si ésta se transmite, el adquirente la recibe tal como es, con sus gravámenes y limitaciones, tanto legales como convencionales, sin que pueda exigir la supresión de las mismas. Corcederle tal facultad sería una flagrante injusticia, pues parecerían unos derechos adquiridos —los del arrendatario— frente a otros recién nacidos, dejando campo amplio para burlar aquéllos mediante transmisiones reales o fingidas. El cambio de nuevo titular en la facultad de goce de la cosa, continente de la de arrendarla, nos lleva a consecuencias opuestas. Aquél —por derecho propio, usufructuario; por representación, administrador legal—, tiene limitada temporalmente su titularidad o los poderes en cuya virtud actúa; el arrendatario debe saberlo; luego la extinción del arrendamiento, al extinguirse aquélla o caducar éstos, no perjudica ningún derecho adquirido: éste nació ya limitado temporalmente. Entender lo contrario sería faltar a la equidad, pues el usufructuario o el administrador podrían prolongar, en perjuicio del dueño, el arrendamiento más allá de la duración

(81) Para BELLÓN —Régimen legal de los arrendamientos rústicos, 2.ª edición, pág. 152—, es de menos trascendencia la adquisición, por el menor, de su capacidad plena que la transmisión de la finca; por ello, lo que rige en este supuesto deberá regir para aquél. Mientras que GARCÍA ROYO —*Tratado de arrendamientos rústicos*, 2.ª edic., vol. 2.º, pág. 413—, mantiene opinión parecida a la nuestra, si bien se inclina a solución contraria —vol. 1.º, pág. 218—, cuando hubiere mediado autorización judicial.

de sus derechos o poderes por imperio de la prórroga legal forzosa.

Pues bien, el supuesto contemplado en el párrafo último del artículo 49 del Apéndice, es similar al del usufructuario o administrador legal, con la diferencia respecto a este último y con relación a las normas legales de no haber autorización judicial o de otro tipo que amplíe las facultades del marido. Este, en cuanto a los bienes de la mujer y a los comunes, ostenta una titularidad de administración no transmisible a sus herederos ni a ninguna otra persona, sino limitada a la duración de su vida y a él mismo. Y respecto a los bienes propios y también a los comunes, aunque de aquéllos sea pleno propietario, el goce de los mismos ha de corresponder a su muerte, si la esposa le sobrevive, a quien no es su heredero, su sucesor: a la mujer, que adquiere el usufructo viudal, no como heredera de su marido, sino por llegada a la plena efectividad del derecho expectante, nacido en su beneficio desde que contrajo matrimonio, cuya conversión, en pleno y efectivo derecho, estaba condicionada a la premoriencia de su esposo. No hay transmisión ni sucesión en el usufructo: ha nacido éste como tal. La misma terminación de un derecho y adscripción del mismo —refundido en la plena propiedad— a un nuevo titular, que tiene lugar cuando se extingue un usufructo normal, sucede en este caso en dirección inversa: de la propiedad plena pasa la nuda a los herederos, el usufructuario adquiere independientemente su derecho. Derecho actual, que no es sino la transformación de otro de futuro contenido —disfrutar durante la viudez—, el cual ya había entrado en el patrimonio del titular y que sería burlado mediante la prórroga del arrendamiento a que las fincas estaban sujetas sin su consentimiento. En cambio, el arrendatario es titular de un derecho que nació temporalmente limitado: el suyo no puede ser más extenso que el del arrendador; al terminar éste debe finalizar aquél.

Por todo lo dicho, creemos que la disposición foral está en plena vigencia: los arrendamientos de fincas rústicas comunes o propias de uno u otro cónyuge que otorgare marido aragonés sin que la mujer lo consintiere explícitamente, caducarán al fallecimiento de aquél, subsistiendo únicamente durante el tiempo pactado, si fuere igual o inferior a una anualidad, y, en todo caso, hasta la terminación del año agrícola (82). Nuestra interpretación es plenamente con-

(82) Así lo creen los redactores de *Foro Aragonés*, 1950, págs. 58 y 59. En cambio, GARCÍA ROYO —*Rústicos*, cit., vol. 1.º, pág. 220—, que trata

corde con el artículo 25, párrafo segundo de la Ley de 1935: estamos ante un caso de resolución del derecho del arrendador —de su titularidad de goce y administración—, que produce la extinción del arriendo y es causa de desahucio, aunque no constare en el contrato, sin que el arrendatario pueda invocar desconocimiento de la misma, pues se trata de una limitación legal, cuya ignorancia no puede alegarse.

Lo expuesto es aplicable tanto a los arrendamientos otorgados por el marido sin el consentimiento de la mujer, como a los que ésta otorgare sin intervención de aquél, cuando pudiere hacerlo, por haberse reservado la administración de sus bienes o administrare los de la sociedad conyugal, siempre que el otro cónyuge sobreviviere al arrendador, pues en uno y otro caso la razón jurídica es la misma: respecto a la intangibilidad del usufructo vidual; que el Apéndice no se haya preocupado del caso de la mujer arrendadora, es debido únicamente a lo excepcional del mismo. Pero si el arrendamiento no se extingue por colisión con el derecho de viudedad, bien por premoriencia del cónyuge no arrendador, bien por fallecimiento de éste dentro del plazo —año único pactado o año agrícola— por el que el arrendamiento subsiste legalmente, o bien por haber consentido su vigencia el viudo usufructuario, los herederos de uno y otro consorte tendrán la obligación de soportarlo durante el tiempo pactado y su prórroga forzosa, pues a ellos le son aplicables las normas generales de este contrato en relación con la sucesión *mortis causa*, sin que estén protegidos por precepto especial alguno. Y esto con relación a toda clase de bienes (83). Únicamente se extinguirá el arrendamiento, en tales supuestos, cuando fuere otorgado después de la muerte del cónyuge propietario, esto es, cuando la facultad de arrendar no se ejerce como integrante de la general de administrar los bienes del matrimonio, sino por razón del derecho de usufructo vidual, por lo que regirán las normas aplicables a toda clase de usufructuarios.

someramente de la cuestión, en principio parece llegar a solución contraria al estimar preferentes los preceptos que imponen la prórroga forzosa, pero seguidamente se inclina a considerar la *caducidad* prevista en el Apéndice como equivalente a la *resolución* de que trata el artículo 25 de la Ley de 1935.

(83) El precepto que estudiamos, al decretar la nulidad de las anticipaciones de precio o merced, solamente exige que éstas perjudiquen a la mujer, no a sus herederos, demostrándonos así la inferioridad de éstos en la protección legal

Toda nuestra anterior construcción se desmorona si intentamos asentarla en terreno de arrendamientos urbanos. Porque en la legislación especial sobre el inquilinato hay un precepto que claramente prevé no sólo el cambio de propietario de la finca, sino también el del mero titular arrendador, ordenando la subsistencia de la relación contractual en ambos casos: esto es, lo dispuesto por el artículo 70 de la Ley de 31 de diciembre de 1946. En vista de ello, no cabe otra solución que la de estimar aplicable el derecho a la prórroga indefinida, concedido al arrendatario por la Ley a todos aquellos casos en que cambie el titular arrendador, tanto si lo fuere por derecho propio —extinción del usufructo— como por representación —cese del administrador legal (84)—. Al decir de RODRÍGUEZ ARIAS, estamos ante un gravamen personal, que recae sobre la titularidad del arrendador, acompañando a ésta aun cuando cambie la persona que la ostente (85). Por tal imperativo legal, nuestra opinión en el presente caso será opuesta a la que hemos mantenido con relación a los arrendamientos rústicos. Otorgue el contrato el marido, otórguelo la mujer cuando pueda hacerlo, sea cual fuere el carácter de los bienes, y a pesar del usufructo del viudo, habrá lugar a la prórroga forzosa en los arrendamientos urbanos concertados por cónyuges aragoneses, tanto antes como después del fallecimiento de cualquiera de ellos. Esta solución es concorde con el criterio legal de proteger más acentuadamente a los inquilinos que a los colonos, protección exagerada y sólo justificable por la actual situación de carencia de viviendas. En buena técnica legal, el derecho contracual del arrendatario no puede prevalecer sobre el derecho familiar del viudo aragonés.

ACTOS DISPOSITIVOS

17. Discutíase con anterioridad al Código civil cuál era la extensión de la facultad dispositiva del marido en Aragón (86). Un sector doctrinal —MOLINO, PORTOLES, LA RIPA, MARTON y SAN-

(84) GARCÍA ROYO: *Urbanos*, cit., vol. II, 1.^a parte, págs. 11 a la 17.

(85) «Directrices generales de la novísima Ley de arrendamientos urbanos», *Revista de Derecho Privado*, 1948, pág. 361.

(86) Véase la exposición que de las diversas opiniones hace ISABAL: «El artículo 1.413 del Código civil y las legislaciones forales», *Revista de Derecho Privado*, 1919, págs. 200 a la 203.

TAPÁU— estimaba que el marido no podía disponer de la mitad de los bienes sitios comunes que pertenecían a su esposa, tal como lo sancionó el Fuero 2 *Ne vir sine uxore* (87), opinión que hizo suya por unanimidad el Consejo de jurisconsultos aragoneses del año 1881, pronunciándose de forma más radical que la preconizada por los tratadistas al expresar que no debía permitirse «que el marido disponga de clase alguna de bienes sitios de la sociedad conyugal, si no consiente su mujer», con lo cual se llegaba a la inalienabilidad total de los inmuebles comunes por disposición unilateral del marido (88). Otro grupo de autores —NOUGUÉS, si bien éste de forma no muy clara; BLAS y MELENDO, FRANCO y LÓPEZ— basándose especialmente en las Observancias 25 y 26 *De jure dotium*, y 2 *Ne vir sine uxore*, mantenía la posibilidad de que el marido llevara a cabo válidamente tales actos.

Publicado el Código civil, importante influencia había de tener, como la tuvo, sobre el Derecho aragonés, por lo dispuesto en su artículo 13, especialmente en aquellos puntos en que, como en el presente, el ordenamiento foral era sumamente oscuro, tanto, que la falta de claridad de los preceptos aplicables y las discrepancias entre ellos existentes producían una verdadera laguna legal. La opinión general vino a ser la de que en Aragón podía el marido disponer libremente de todos los bienes comunes, por lo menos a título oneroso, bien por entender que tal era el contenido del régimen especial de esta región, o por la aplicación subsidiaria del artículo 1.413 del Código civil (89); y así lo sancionó la jurisprudencia (90).

En el régimen vigente, lo dispuesto por el Apéndice en su artículo 49 no deja lugar a duda alguna: el marido puede disponer tanto a título oneroso como gratuito de los bienes comunes. La redacción de este precepto no puede ser más clara, al contrario de lo que LÓPEZ MORENO opina (91); de la relación de este artículo con

(87) Que, según LACRUZ, nunca debió ser observado: «El régimen, etc.», página 92.

(88) NAVAL: Ob. cit., pág. 199.

(89) BLAS y MELENDO: Ob. cit., págs. 138 y 139; BARRACHINA: Ob. cit., tomo I, pág. 157; CASTÁN: *Derecho civil español foral y de la Zona del Protectorado de España en Marruecos*, 1922, pág. 190; VIDAL TOLOSANA: Ob. cit., págs. 42 y 43; ISARAI: Art. cit., págs. 203 y 204.

(90) Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de mayo de 1890 y 26 de marzo de 1918; Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1891.

(91) «Bienes gananciales: ¿Rige en Aragón el artículo 1.413 del Cód-

el 63 del mismo Apéndice no se deduce otra cosa que la subsistencia del derecho expectante de viudedad mientras su titular no lo renunciare, pero sin que ello implique modificación alguna en la facultad de disposición del marido. La Ley foral no ha dado un paso atrás, al contrario, ha tendido hacia la unidad legislativa con una solución similar a la adoptada por el artículo 1.413 del Código general, de contenido más amplio y a la vez más restringido que la de éste, a causa del peculiar derecho familiar aragonés: la amplitud, por comprender disposiciones lucrativas que no caben en el Derecho común; la restricción, por dejar a salvo el derecho de viudedad del cónyuge no disponente en adecuado respeto al ser y valer de esta institución. No estamos ante la aplicación del citado artículo del Código civil, pues los preceptos del Apéndice son completos en esta materia y no dejan resquicio alguno para la entrada de aquél en el ordenamiento foral. La jurisprudencia mantiene esta doctrina (92).

Como ya hemos dicho al tratar de las notas características de la sociedad conyugal tácita aragonesa, las facultades dispositivas del marido en este régimen son más amplias que las que tiene en la sociedad de gananciales. Está facultado para disponer de los bienes comunes a título oneroso sin restricción alguna, y a título gratuito con la limitación de ser nula la disposición en cuanto a la mitad de los bienes que pertenecen a la mujer en dos únicos casos: cuando se tratare de liberalidades que hubiere verificado en su última enfermedad, y cuando aun otorgándolas en estado de salud, retuviere durante su vida la posesión de los bienes en que consistan (artículo 49). Ha recogido el Apéndice, en este punto, la doctrina establecida en las Observancias 1 y 4 *Ne vir sine uxore*, 20 *De donatibus* y 24 *De jure dotium*, si bien éstas explícitamente sólo trataban de las limitaciones para enajenar bienes muebles, dado el silencio y ambigüedad de los textos legales en lo que a las de los inmuebles concernía, y, lo que es más importante, consideraban eficaz la disposición respecto a la mitad del marido en los bienes comunes únicamente en el caso de haber retenido la posesión, pues si la liberalidad se otorgare durante la última enfermedad, su invalidez era

digo civil?», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1928, págs. 266 a 271. Le sigue GARCÍA-GRANERO: «Cotitularidad, etc.», pág. 515, nota 3.

(92) Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de junio de 1929: Sentencias de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 14 de julio de 1942 y 30 de marzo de 1944. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 21 de noviembre de 1944, adopta, a *sensu contrario*, la misma doctrina.

total, siempre que hubiere sido realizada en perjuicio de la mujer (93).

Según el texto legal, para que sean nulas en cuanto a la mitad que pertenece a la mujer las disposiciones de bienes comunes efectuadas por el marido, se precisa y basta la concurrencia de dos requisitos: gratuidad por una parte, y otorgamiento durante la última enfermedad de aquél o reteniendo la posesión de las cosas transmitidas. En cuanto se reúnan los dos en una disposición, ésta será anulable, aun cuando la misma se llevare a cabo sin ánimo fraudulento, y aunque se demostrare su identidad con otras plenamente válidas; todo ello sin distinción ninguna de bienes ni de personas: sean aquéllos muebles o inmuebles —basta que fueren comunes— o adquieran como beneficiados personas extrañas o los descendientes de los cónyuges. Pero si falta alguno de ambos requisitos, o los dos, la enajenación no podrá anularse invocando el precepto que estudiamos. En Aragón no existe norma similar a la del párrafo segundo, artículo 1.413 del Código civil, ni ésta es aplicable en dicho Reino, por lo cual no podrá alegarse el fraude de la mujer cuando no concurrieren las circunstancias que convierten en anulable la liberalidad del marido, ni —repetimos— se precisa la existencia del mismo cuando aquéllas existieren. En cuanto a la exigencia que parece contener el artículo del Apéndice que comentamos, de que las liberalidades otorgadas por el marido reteniendo la posesión han de serlo *en estado de salud*, no es tal. Claramente se desprende que, por contraposición con la otra circunstancia de juego alternativo con ésta para calificar de anulable cualquier liberalidad, lo que la Ley quiso decir es «aún en estado de salud», y no otra cosa. Esto es, la liberalidad será anulable en dos casos: cuando la realizare el marido durante su última enfermedad —cualesquiera fueren las circunstancias del acto—, o cuando retuviere la posesión vitalicia de las cosas —cualquiera que sea su estado de salud.

Los efectos propios de los expresados negocios son los de todo acto anulable. La acción de nulidad compete exclusivamente a la mujer y a sus herederos, teniendo de plazo para ejercitarla el general de las de esta clase: cuatro años a contar desde el fallecimiento del marido, por aplicación analógica y subsidiaria del artículo 1.301 del Código civil (94).

(93) BLAS Y MELENDO: Ob. cit., pág. 138.

(94) Pues la enumeración de este artículo no es taxativa o cerrada.

Decretada la nulidad, ésta, cuantitativamente, sólo afectará a la mitad de los bienes que a la mujer pertenece. Consecuencia de ello es la validez de la disposición en lo que a la restante mitad de los mismos afecta. La titularidad que ostenta el cónyuge varón sobre los bienes comunes, considerado cada uno en su totalidad, es de aquellas que ROCA SASTRE llama *titularidades de disposición sin atribución patrimonial* (95); pero al mismo tiempo, el marido es el dueño de la mitad de los bienes, es titular de tal parte con plena atribución patrimonial. Por todo ello, las liberalidades, calificadas de nulas por el artículo 49, lo serán en cuanto a los bienes íntegros, por haber rebasado el disponente los límites de la titularidad que le corresponde como gestor de la sociedad, pero serán válidas en lo que afecta a la mitad indivisa de aquéllos, en virtud del poder dominical que tiene sobre la misma. ¿Qué ha sucedido? Que involuntaria o voluntariamente —casos hay de previsión de los efectos, y tal como son se persiguen— se llega a la solución de que el marido ha enajenado su parte en los bienes comunes: en sus manos tiene el poder transmitir la mitad de éstos a cualquier persona, basta la donación de la total finca, reservándose su posesión de por vida.

Tal solución es correcta, pero en vista de ello, ¿cabe disponer explícitamente de la mitad indivisa de bienes comunes concretos? (96). No hay texto alguno que así lo permita; mas si el marido dispusiere de su mitad solamente, o bien de toda la cosa, haciendo constar que quedaba reservada a la mujer la parte que le correspondiere, habríamos llegado rectamente al mismo resultado que por el anterior camino tortuoso. Ni los medios ni los efectos están comprendidos en prohibición legal alguna: su validez no debe, pues, ofrecernos dudas.

Todo lo dicho rige en cuarto a los bienes comunes. En lo que respecta a los propios del marido, no existe problema: él es su dueño, y de ellos puede libremente disponer. En los privativos de la mujer hay que distinguir dos grupos: los inmuebles o sitios y los muebles aportados como sitios. De los primeros, corresponde a ella el ejercicio de la facultad dispositiva, pues si bien el Apéndice or-

Aunque en él no estén incluidos, por los preceptos del 1300 y siguientes, se registrarán todos aquellos contratos declarados nulos por la Ley que reúnan los requisitos previstos en el artículo 1.261. Véase BORRELL SOLER: *Nulidad de los actos jurídicos*, 1947, págs. 355, 374 y 375.

(95) Ob. cit., tomo II, pág. 234.

(96) Negativamente opina ACPD, sin tratar del artículo 49: «Algunas consideraciones, etc.», pág. 14.

dena que «sin expreso consentimiento de la mujer, el marido no puede enajenar ni gravar los inmuebles o sitios que pertenezcan privativamente a aquélla», lo cual parece atribuir a éste la disposición con la conformidad de la esposa, en realidad el consentimiento de ésta no es más que el ejercicio de su facultad dispositiva; el titular de tales bienes es la mujer; ella es quien de los mismos puede disponer. Estamos ante un *lapsus* del legislador, como lo demuestra el que al final del mismo párrafo nos hable de «las enajenaciones que haga la mujer de inmuebles», sin referirse a caso especial alguno, sino como supuesto normal, esto es, de los inmuebles que a ella pertenecen.

Los precedentes forales concedían al marido la facultad de disponer de los bienes de la mujer, integrantes del segundo grupo —muebles aportados como sitios—, por cuya constatación en el Apéndice abogó PALA MEDIANO (97). Del artículo 49, como hemos visto, se deduce que es a la mujer a quien corresponde la enajenación de sus inmuebles privativos, pero nos deja en la duda de si se refiere sólo a los que ostentan tal carácter, por su propia naturaleza, o si comprende también los que por pacto lo hayan adquirido. Relacionando este precepto con el párrafo último del artículo 61, llegamos a la conclusión de que se refiere sólo a los bienes de naturaleza inmueble congénita, pues de los muebles aportados como sitios —siempre dotaes, aunque así no se les denomine, en virtud de lo dispuesto en el párrafo primero del citado 61— corresponde su disposición al marido, acto que no podrá llevar a cabo mientras no asegurare su valor con hipoteca y ésta fuere inscrita en el Registro, requisito de ineludible cumplimiento, pues si bien caben otras garantías, por reirisión expresa que se hace a las normas del Código civil —las de su artículo 1.355—, son siempre de carácter provisional: mientras no esté constituida la hipoteca, no se puede disponer de estos bienes.

Quédanos un problema a solucionar: el de aquellos bienes muebles aportados por la mujer como tales y sin incluirlos en la dote, reteniendo su propiedad, por pacto expreso, o configurándolos como parafernales. Creemos que la facultad de disposición de los mismos corresponde a su propietaria, por clara consecuencia de la voluntad de los consortes y por aplicación subsidiaria de los preceptos del

(97) «Observaciones al Proyecto, etc.», págs. 77 a 79.

ordenamiento común sobre los bienes parafernales, ya que carece el Apéndice de regulación de los mismos.

18. Resumiendo, los bienes cuya disposición corresponde a la mujer en situaciones normales, son: los suyos privativos inmuebles por naturaleza, los muebles cuya propiedad se reservare, sin incluirlos en la dote, y los que aportare en concepto de parafernales. No puede disponer de los inmuebles comunes (98), ni tampoco de los muebles no comprendidos en la enumeración anterior. Faltando una norma similar, a la que permite al marido la enajenación de su mitad en los bienes comunes, ésta no podrá ser verificada por la mujer. Pero si el marido interviene y la acepta, optamos por su validez, si bien la actuación de éste, y no la de aquélla, es la que la revestirá de eficacia.

Para disponer de los bienes, cuando pueda hacerlo, precisará la mujer licencia marital; por imposición expresa del artículo 12 del Código civil, y debido al silencio del Apéndice, imperan en este punto las normas del ordenamiento común (99). Como consecuencia de las mismas, y con arreglo a lo expresamente dispuesto por los artículos 169 del Reglamento Notarial y 94 del Hipotecario, lo hecho por la esposa sin la venia de su marido no será radicalmente nulo, sino anulable; el acto así realizado quedará sujeto a la condición resolutoria de una posible impugnación por parte de aquél o de sus herederos (100).

Al poner en relación, en este caso, las disposiciones forales con la legislación hipotecaria, surge una contraposición con el Derecho común. En Aragón, bastando el mero pacto para calificar determinados inmuebles como privativos de la mujer, sin necesidad de justificar la procedencia del precio o de la contraprestación, éstos se inscribirán en el Registro de la Propiedad como incluídos en la regla primera del artículo 95, Reglamento Hipotecario —como dotales, si otra cosa no constare—, no siéndoles aplicable lo dispuesto en la regla segunda del mismo, pues ésta es lógica consecuencia del ar-

(98) No contiene el Apéndice norma similar a la del artículo 1.416 del Código civil que pueda inducir a error en este caso, como sucede en el Derecho común, por la interpretación a *contrario sensu* de tal precepto. Véase CASTÁN: Ob. cit., tomo III, págs. 615 y 616.

(99) Lo contrario opina MARTÍN-BALLESTERO: «Los artículos 12 y 13 del Código civil y el problema de las fuentes en Derecho foral», *Anuario de Derecho Aragonés*, 1944, pág. 302. La Audiencia Territorial de Zaragoza, en Sentencia de 27 de mayo de 1940, exige la autorización marital.

(100) NART: «Venia y veto, etc.», págs. 601 a 603.

título 1.407 del Código civil, que, como ya hemos visto, no rige en este antiguo Reino, cuyo Derecho en esta materia —no nos causaremos de repetirlo— sigue directrices diametralmente opuestas. De los bienes inscritos a su nombre podrá disponer la mujer amparándose registralmente en el párrafo primero, artículo 96 del mismo Reglamento Hipotecario, sin necesidad del consentimiento del marido, exigido en su párrafo segundo, si bien precisándose la licencia de éste, conforme a las normas civiles, y cuya falta se hará constar como regula el artículo 94. Preceptos todos ellos que no chocan con la legislación civil aragonesa, como sucede con la general de España (101), por razón de las directrices voluntaristas —*pactos rompen fueros*— en que se inspira.

19. En situaciones anormales, cuando corresponde a la mujer la administración de los bienes del matrimonio, podrá ésta disponer de los suyos propios y de los comunes, con sujeción a lo establecido en los artículos 1.442 y 1.444 del Código civil, aplicables en Aragón en los casos previstos en el 1.441 del mismo Cuerpo legal, por falta de normas forales sobre esta materia. El ordenamiento común rige plenamente, sin más excepción que la contenida en el artículo 6.º del Apéndice, permitiendo «que la mujer del ausente, además de tener la libre disposición de los bienes propios de ella, podrá disponer de los bienes comunes de la sociedad conyugal, en tanto cuanto sea necesario para las atenciones de la misma». El alcance y efectos de esta regla quedan delimitados de la forma siguiente:

1.º Ha de tratarse de ausencia declarada, pues si simplemente hubiere sido pedida, falta la calificación de *marido ausente*, presupuesto de su aplicación, rigiendo entonces el artículo 1.441, número 2.º del Código civil y los relacionados con él, no el que estudiamos. Tampoco tiene que estar acordada la separación de bienes, pues en tal caso, aunque el problema no está muy claro, la Ley común regulará las consecuencias de la misma, a falta de otro precepto en el Apéndice que el vago del artículo 47, párrafo segundo, por lo cual, en conformidad con el 1.436, apartado segundo del Código general, sólo administrará la mujer su dote y los demás bienes que por resultado de la liquidación de la sociedad conyugal le hayan correspondido. Ahora bien, el artículo 6.º del Apéndice será aplicable en este caso en forma cuantitativamente restringida: a los bie-

(101) Tal como opina ROMERO CERDEIRIÑA: «Actos de disposición, etc.», pág. 28.

nes adjudicados a la mujer solamente, y no a todos los suyos y a los comunes, como sucedería de no existir la separación.

2.º La mujer podrá disponer tanto de sus propios bienes como de los que tuvieren la consideración de comunes. De aquéllos, sin limitación alguna; de éstos, *en tanto cuanto sea necesario para las atenciones de la sociedad conyugal*. ¿Qué consecuencias producirá esta última restricción? La radical imposibilidad de disponer, a título gratuito, salvo el caso de heredamiento, que luego veremos, y la ilicitud de las enajenaciones onerosas cuando no fuere necesario su otorgamiento para cubrir las atenciones de la sociedad conyugal. Pero la ineficacia producida por tal contravención de la norma legal trae causa de una relación interna familiar, cuyo conocimiento no puede exigirse al tercer adquirente, por lo que, en justicia, si obra de buena fe no debe sufrir sus repercusiones. El problema es peliagudo, pues las consecuencias serán muy distintas, según cataloguemos tal acto en uno u otro de los diversos tipos de ineficacia. No vamos a entrar en él: bástenos decir que su examen nos inclina a sostener que estamos ante un caso de rescisión por lesión de los intereses de determinadas personas —el marido o sus herederos—, incluido en la norma general del artículo 1.291, número 5.º del Código civil (102).

3.º Para llevar a cabo la disposición de sus propios bienes o de los comunes en la medida que le está permitido, no precisa la mujer autorización judicial, ni ha de cumplir con ningún requisito especial de aseguramiento; esto es, no son aplicables los artículos 1.442 y 1.444 del Código civil. El 6.º del Apéndice confiere a aquélla la *libre disposición*, sin restricción alguna: estamos ante un supuesto de excepción, que debiera ser norma general en todos los casos en que la mujer, en defecto del marido, asume la jefatura de la familia.

De todo lo dicho se deduce la especial importancia de este artículo 6.º (103). Que responde a una necesidad sentida en las co-

(102) El estudio de este punto, así como el de los otros problemas sobre ineficacia de negocios jurídicos esbozados en el texto, cae, como hemos dicho respecto al fraude de acreedores, fuera de los límites que nos hemos fijado.

(103) Como innecesario lo consideran PALA y MARTÍN-BALLESTERO: «El sujeto, etc.», pág. 82. La no exigencia de una autorización, que sería ineludible por aplicación subsidiaria del Código civil, si este precepto foral no existiera, justifica sobradamente, a nuestro entender, la importancia que le atribuímos.

marcas de capitulaciones: más de una vez, al conceder en aquéllas a la mujer viuda facultades de disposición para atender a las necesidades familiares (104), los otorgantes, con experiencia de testigos o de actores, han recabado del Notario la extensión de éstas al caso de ausencia del marido, no sólo en el sentido técnico-jurídico de la palabra, sino también en el vulgar de no presencia continuada en el hogar familiar por residir lejos —en el extranjero comúnmente—, aunque de él se tuvieran noticias.

20. Hemos tratado de los diversos casos en que marido y mujer pueden disponer de los bienes del matrimonio, abstracción hecha de la persona del adquirente. Este puede ser el otro cónyuge, diferenciándose plenamente, en este punto, el ordenamiento aragonés del general español.

Frente a los precedentes históricos de las regiones de Fuero, que mantenían la libertad de contratación entre cónyuges, más o menos amplia, la tendencia jurisprudencial, a raíz de la publicación del Código, fué la de extender sus normas prohibitivas —especialmente el artículo 1.458— a toda la Nación. Si bien la Audiencia Territorial de Zaragoza reconoció, en Sentencia de 15 de octubre de 1891, la libertad de la mujer para contratar con su marido, por demostrarlo así las Observancias 1.^a y 58 *De jure dotium*, esta postura, forzosamente, habría cambiado ante el criterio unificador del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado, pues si por tales órganos se mantenía sin desvío alguno con relación a Cataluña, donde por ser régimen legal la separación de bienes se estaba ante la propia excepción que el 1.458 consigna (105), mayor motivo tenían para imponerlo al matrimonio aragonés, cuyo régimen económico era el de una comunidad restringida parecida a la de gananciales (106). Y lo aplicable a la compraventa lo sería también a los contratos en general, especialmente a aquellos en que se manifestaban con mayor claridad las manoseadas razones de la coacción familiar y el perjuicio de terceros, como son las donaciones entre cónyuges.

(104) Más amplias que las concedidas por el artículo estudiado, pues se extienden a los bienes propios del marido, y, al mismo tiempo, más restringidas, por precisar la existencia de hijos que sean todos menores de edad o incapaces, y el consentimiento de determinadas personas.

(105) Véase BORRELL SOLER: *Derecho civil vigente en Cataluña*, 2.^a edic., tomo IV, págs. 336 y 337; y CASTÁN: *Foral*, cit., pág. 246.

(106) Así parecía estimarlo CASTÁN, aun en contra de los precedentes forales: *Foral*, cit., pág. 242.

El Apéndice recoge el peculiar derecho que se consignaba en las Observancias 1.^a, 25 38 y 58 *De jure dotium* y 5.^a *De donatio-nibus* y de otras disposiciones se desprendía (107), armonizándolo con el expectante derecho de los herederos forzosos. La doctrina vigente, contenida en su artículo 52, podemos resumirla así:

La mujer puede obligarse conjuntamente con su marido y ser fiadora de éste sin intervención ajena por regla general, pero si el aseguramiento se constituyere por negocio que no sea conocidamente de utilidad para el matrimonio y gravitando sobre bienes-sitios o inmuebles que aquélla haya recibido como *dote* o como *firma de dote*, precisará para su validez el consejo favorable del padre, en su defecto, el de la madre, y a falta de ambos, el de los dos parientes suyos más próximos, varones y mayores de edad. El problema estriba en averiguar cuándo el negocio que se asegura sea o no conocidamente de utilidad para el matrimonio, pues la vaguedad de esta expresión se presta a dudas y conflictos. Si llegare a otorgarse afianzamiento que no fuere de tal clase, sin el concurso de las personas llamadas a intervenir y sobre los bienes dichos; su ineficacia sería de las encuadradas en la figura de la rescisión. En cuanto a cuáles bienes precisa su afección los expresados requisitos, claramente se hace constar que son los inmuebles o sitios comprendidos en la *dote* y la *firma de dote*. No vemos justificación para incluir, como lo están, aquellos que la esposa aportare como dote de su libre disposición; debiera haberse restringido su alcance —como en el artículo 61, párrafo segundo, se hace para otro caso— a los aportados *a propia herencia suya y de los suyos*, y en cuanto a la *firma de dote* sólo habría de comprenderse la entregada como recompensa de *avovar* y no por la dote libre. No rige este artículo respecto a los bienes muebles aportados como sitios cuando estuvieren garantizados con hipoteca. de ellos podrá disponerse libremente, pero tal hipoteca representa su valor, ha ocupado su lugar en el patrimonio de la mujer; luego la cancelación o posposición de la misma estará sujeta a las prescripciones de la norma que estudiamos. Así se deduce de lo dispuesto en el artículo 61.

Los cónyuges, mientras no tuvieren descendencia, pueden otor-

(107) El Congreso de jurisconsultos aragoneses de 1881 aceptó la licitud de las donaciones entre cónyuges, pero con una limitación similar a la impuesta por la Ley *Hæc dictali* en las regiones de Derecho romano, y atribuyéndolos como característica esencial la de su revocabilidad (NAVAL: Ob. cit., págs. 187 y sigs.).

garse recíprocamente donación o venta. Respecto al marido, no hay dudas, pues el Apéndice expresa que podrá dotar, donar o vender a favor de su mujer, y como está autorizado para disponer de los bienes comunes, éstos cabrán en tal enajenación, al igual que los suyos privativos (108). A la esposa, con una interpretación rígida, sólo la consideraremos autorizada para otorgar donación a su marido comprendiendo únicamente sus bienes propios. Pero armonizando la frase que a ella se refiere con la relativa a su cónyuge, y atendiendo al aforismo *quien puede lo más, puede lo menos* —que lo más es donar y lo suyo, frente a vender y lo común—, concluiremos considerándola autorizada en los mismos casos en que lo está aquél (109), y con iguales restricciones, extensión y efectos con relación a la *dote* y a la *firma de dote* que los estudiados al tratar del aseguramiento que las gravare, pues si bien el precepto sólo impone tales limitaciones, refiriéndose a la donación, es debido a su silencio explícito del caso de venta, que si, como hemos mantenido, la consideramos permitida, deberá regirse, siendo iguales los peligros, por las mismas normas que las otras enajenaciones.

Habiendo descendientes, sus derechos legitimarios deben quedar a salvo, tal como les correspondan, según el estado de familia cuando el otorgamiento tenga lugar. Esto es, tales derechos serán computados con relación al caudal paterno o materno en aquel instante, y no al tiempo del fallecimiento del enajenante, como sucede en los supuestos normales. De ahí, dos importantes consecuencias: la plena validez de la disposición otorgada cuando no hubieren descendientes legítimos, aunque después sobrevinieren, y la fijación del tope máximo de estas disposiciones en la tercera parte del patrimonio en aquel momento (110). Lo que no cabe es computar esta porción

(108) ¿Podrán donarse por el marido bienes muebles a la esposa? Estos, que salvo pacto en contrario, eran comunes, comunes continuarán siendo. En este supuesto, como dice PALA —«Observaciones, etc.»—, página 79—, nos encontramos ante un imposible jurídico, opinión que comparte VIDAL TOLOSANA —ob. cit., pág. 50—. Pero el pacto expreso puede producir especiales consecuencias y *posibilitar* este imposible: bienes muebles privativos del marido por razón de aquél que pasan a ser comunes por la donación; muebles comunes o propios del marido, que se convierten en privativos de la mujer por pactarse así al hacerse la liberalidad. Igual cabe decir cuando la esposa es la donante.

(109) Esta era la doctrina legal anterior, según BLAS Y MELENDO: Ob. cit., pág. 141.

(110) Problema interesante es el de su otorgamiento cuando existen hijos concebidos y no nacidos. Sin entrar en él ni en sus diversas facetas —buena o mala fe, conocimiento o no del embarazo—, diremos que

en cada nuevo otorgamiento, pues de tal forma se dispondría indefinidamente de cuanto se quisiera; hay que restar de aquélla, ya fijada, el importe de cada enajenación, no pudiendo realizarse otras después de consumido tal tercio, a menos de una mejora de fortuna que las permitiría en la correspondiente proporción, igual como el en pobrecimiento del disponente disminuye, e incluso agota, la *cuenta de crédito* abierta para estos actos.

La ineficacia de lo ilícitamente otorgado por faltar a las prescripciones del artículo 52, afecta plenamente a los cónyuges y a sus herederos, quedando obligados a la devolución de lo recibido o, en su defecto, al resarcimiento correspondiente, que en caso de disolución de la sociedad se verificará con las consiguientes deducciones en el haber del obligado. En el caso de validez de tal acto, no nos encontramos ante una transmisión de un patrimonio —el común— a otro —el privativo del adquirente—, por lo que el cónyuge titular de éste, si tal transmisión es onerosa, deberá abonar su total valor a la sociedad conyugal, como lo entiende LACRUZ BERDEJO, basándose en la indeterminación de los derechos de cada consorte sobre los objetos singularmente considerados (111). Si, como hemos dicho, los bienes comunes pertenecen por mitad a ambos cónyuges, bastará con el abono de la parte correspondiente al enajenante, sucediendo entonces que la cosa objeto de la transmisión será privativa del adquirente, y su contraprestación, bien propio, y no común, del otro consorte; todo ello válido en virtud de la libertad de pacto, pero debiendo expresarse claramente el carácter de las cosas permutadas o de la cosa vendida y el precio, pues si se omitiere el de alguno de ellos, este, por imperio de la Ley —se trata de una adquisición onerosa—, adquirirla el de común. ¿Que en el fondo existirá en tal caso una donación de la cuarta parte del valor de la cosa —mitad del precio de la mitad—? Ciertamente es, y las reglas de la misma habrá de aplicársele en justa protección de los descendientes.

Las disposiciones otorgadas rebasando los límites que fija el artículo 52 podrán ser impugnadas por los legitimarios del marido o mujer, transmitentes al tiempo de su defunción, que es cuando de-

tales legitimarios están protegidos por el artículo 29 del Código civil, y, por lo tanto, el supuesto es idéntico al de su existencia plena si llegaren a nacer con los requisitos legales.

(111) «En torno a la naturaleza, etc.», pág. 51.

viene perfecto su derecho. Esta facultad corresponde únicamente, en su caso, al heredero o a los herederos designados entre aquéllos, y no a todos ellos, pues apartados de la herencia los restantes hijos, con la satisfacción de sus derechos de sucesión forzosa, no pueden atacar los actos de sus padres.

La posibilidad de la donación y venta entre cónyuges aragoneses trae como consecuencia la de otros contratos, prohibidos por el Derecho común (112). Así, podrán transigir, permutar, contratar sociedad universal y constituir el marido dote a favor de su mujer —acto admitido por el artículo 512—, lo que implícitamente permite el poder confesarla recibida e hipotecar bienes en su garantía; esto es, en Aragón, no deben aplicarse los artículos 1.344 del Código civil y 170 de la Ley Hipotecaria. En dichos casos su otorgamiento está sujeto a las limitaciones que para la venta y la donación impone el precepto del Apéndice que hemos analizado.

21. No existe en Aragón norma similar a la del artículo 1.414 del Código general, pero de su especial ordenamiento, en relación con el común, fácilmente se deduce que la testamentificación no está alterada lo más mínimo por la posición de los cónyuges en el matrimonio, pudiendo disponer cada uno, por tal camino, de sus propios bienes y de la mitad que en los comunes le pertenezca, si bien la concreción en partes divididas quedará sujeta al resultado de la liquidación del consorcio.

En cuanto a los heredamientos, si éstos son *propios* —para después de los días del heredante y sin transmisión actual de bienes, según la acabada clasificación de ROCA SASTRE, que seguiremos (113)— pueden ser otorgados libremente, sin que la esposa precise

(112) Véase la exposición de los mismos, detallada por CASTÁN: Ob. cit., tomo II, págs. 526 y 527.

(113) En su *Derecho Hipotecario*, tomo II, págs. 123 y sigs. Es perfecto el estudio que nos hace de esta institución con referencia a Cataluña el eminente jurista. Pero no compartimos su opinión de que en Aragón, al igual que en aquel Principado, sólo son válidos los heredamientos por causa o derivación de matrimonio —pág. 122, apartado a) y nota 1—. Cita, en apoyo de su tesis, el artículo 34 del Apéndice, el cual, al permitir que la sucesión sea ordenada «por contrato y señaladamente por capitulación matrimonial», contraponen el pacto simple al que forma parte de los capítulos, llevándonos a conclusión distinta de la mantenida por este autor. Y si legalmente pudiera admitirse su criterio, aunque no encontrásemos base para ello, siempre serían válidos tales heredamientos *aislados* en el Alto Aragón, donde los protocolos notariales demuestran la existencia de los mismos como arraigada costumbre. hoy bajo la tutela del artículo 60 del Apéndice, pues aunque el mismo parezca referirse única-

venia marital, porque, dado el silencio del Código civil sobre este contrato sucesorio, será de analógica aplicación lo dispuesto en el artículo 63, número 1.º, de tal Cuerpo legal, habida cuenta, además, de que, según la jurisprudencia, la incapacidad de la mujer casada es cuestión de interpretación restringida.

El heredamiento *impropio*, como el *mixto*, puede ser otorgado por el marido, pero con las restricciones impuestas para disponer de los bienes comunes cuando fueren objeto de la donación comprendida en él. La esposa, en situaciones normales, no podrá transmitir de presente más que su privativo patrimonio, y quedando en todo caso el acto sujeto a una posible impugnación por falta de licencia marital. En el caso de ser administradora de sus propios bienes, o de éstos y de los comunes, en las situaciones que al tratar de la administración hemos llamado *anormales*, cabe la autorización judicial para que todos ellos sean objeto especial de la donación conforme a la costumbre de la comarca, pues la falta de un heredero, de brazos jóvenes que para la *casa* trabajen, justifica sobradamente la necesidad de otorgarlo. Es más, tal necesidad tiene por causa las atenciones y cargas de la familia, que son las de la sociedad conyugal, por lo cual podrá ser llevado a cabo por la mujer cuando su marido estuviere ausente, conforme a lo dispuesto en el artículo 6.º del Apéndice. Esto no obstante, caso de dudarse sobre la necesidad del heredamiento, será conveniente recabar la autorización judicial para mayor seguridad del acto.

Las donaciones *mortis causa* caben en Aragón, tanto entre cónyuges como a favor de otras personas, al igual que en el resto de España (114). Las primeras estarán sujetas a lo dispuesto en el artículo 52. Las otorgadas por el marido quedan afectas a las restricciones del artículo 49 en cuanto a los bienes comunes que comprendan So-

mente a estipulaciones de los capítulos matrimoniales, no hav razón para mantener una costumbre o desampararla jurídicamente, según su expresión formal; además, siempre cabría un heredamiento a favor de hijos distintos del contrayente.

A igual conclusión que ROCA, llega PALLA —«Observaciones, etc.», páginas 92 a 94— al comentar el artículo 66 del Proyecto, que deja fuera de él, y por lo tanto serán ilícitos con arreglo al 1.271 del Código civil los heredamientos otorgados fuera de capítulos. Hoy, como hemos dicho, el artículo 34 nos conduce a solución opuesta.

(114) Compartimos la opinión que mantiene VALLET DE GOYTISOLO en su magistral conferencia «La donación *mortis causa* en el Código civil español», publicada en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo V, págs. 625 a 829.

bre la necesidad de la licencia marital en las efectuadas por la mujer, hay que distinguir dos casos: 1.º Si fueren extraños los donatarios, la intervención del marido parece no ser precisa cuando no hubiere entrega actual de la posesión y sí en otro caso, aunque el punto es sumamente dudoso (115). 2.º De ser otorgadas en pago o a cuenta de legítima, sin transmitir de momento la posesión, el aspecto sucesorio absorbe la total configuración del contrato, por lo que, al modo como nos hemos pronunciado en el heredamiento *propio*, podrá verificarlas la mujer sin necesidad de la venia marital (116).

22. En todas las reseñadas disposiciones, sean *inter vivos* —onerosas o lucrativas— o *mortis causa* —testamentos o heredamientos—, quedará a salvo el derecho de viudedad del cónyuge no otorgante sobre todos los bienes inmuebles comunes o privativos del disponente que de aquéllas fueren objeto, e incluso sobre los muebles, si a éstos se hubiere extendido tal derecho por pacto. Así lo tiene reconocido la jurisprudencia en recta interpretación de los preceptos forales (117); y es más: la Dirección General de los Registros ha declarado no estar extendida con arreglo a las formalidades y prescripciones legales la escritura de compraventa—Resolución de 25 de septiembre de 1925—o de constitución de hipoteca—Resolución de 11 de julio de 1929—en la que el marido dispone de bienes

(115) Así lo estima VALLET —conf. cit., pág. 732—, recogiendo la opinión de LIAMAS Y MOLINA.

(116) Creemos que estas donaciones, cuando fueren otorgadas en pago de legítimas y renunciando el donatario a su derecho a las mismas, no son revocables, y los derechos por éste adquiridos se transmiten a sus herederos, todo ello aun cuando sean del tipo puro suspensivo, según la clasificación de VALLET. Y es que sobre los caracteres de esta donación influye la causa del contrato, que aproxima esta figura jurídica a los heredamientos, pues si en éstos se trata de una sucesión universal, en aquélla estamos ante una sucesión singular a favor de herederos forzosos.

(117) Sin embargo, la Audiencia Territorial de Zaragoza ha declarado, en Sentencia de 14 de junio de 1942 —VALENZUELA Y SANCHO BRONDA: «El Apéndice, etc.», págs. 416 y 417—, que cuando los bienes comunes han sido enajenados por el marido durante el matrimonio, no puede la mujer alegar derecho expectante de viudedad, en consideración a que en ningún momento han sido de la propiedad de su marido ni de sus herederos. Muy heterodoxa nos parece esta doctrina, nacida para la Audiencia de la conjunta interpretación de los artículos 49 y 63 del Apéndice. El 63 admite claramente la extensión de la viudedad a los bienes comunes al comprender en ella *los que adquirieran las cónyuges a título oneroso*, que tienen la calificación de tales con arreglo al artículo 48, número 1.º; y este derecho está plenamente salvaguardado por el 49, párrafo primero, *in fine*. Por ello estimamos desacertada tal declaración jurisprudencial. En Sentencia de 30 de marzo de 1944, la propia Audiencia torna por los fueros de la buena doctrina.

inmuebles sin el consentimiento de su esposa y no se deja a salvo *expresamente* el derecho de usufructo que en su día pueda corresponder a ésta. No es muy ajustada tal doctrina a los principios hipotecarios, pues tratándose de un derecho nacido por disposición de la Ley, a modo de una limitación condicionada del dominio, su publicidad es superior a la de los libros registrales, y, por lo tanto, no precisa su constatación en los mismos (118). Pero en la práctica tal corriente producirá saludables consecuencias, advirtiéndome te al tercero de los peligros de su adquisición, cuando faltaren datos —especialmente la vecindad foral del disponente (119)— que presupongan la existencia de tal derecho.

No llegará a nacer el derecho de usufructo viudal por la renuncia del titular del mismo durante su fase expectante, que podrá ser otorgada por quien ostentare su representación legal, y, por lo tanto, por la mujer cuando, disponiendo de sus propios bienes o de los comunes, fuere representante de su marido loco, interdicto, sordomudo o ausente, con la debida autorización judicial o del consejo de familia. Nos encontramos ante la renuncia de un derecho ya nacido —aunque en fase expectante—, para la cual no basta la licencia del Juez supliendo la *venia marital*; sólo el titular del mismo, o quien obrare en su nombre con facultades para ello, pueden disponer de él. Aun en el caso de existir decretada separación de bienes por culpa del cónyuge no disponente, no puede el otro efectuar enajenaciones sin dejar a salvo el derecho de viudedad de aquél —como podría parecer por aplicación del artículo 73, número 9.º, del Apéndice—, pues éste pasará de expectante a usufructo efectivo, o no llegará a nacer nunca como tal, según si al tiempo del fallecimiento del otro cónyuge haya o no sobrevenido perdón o reconciliación que constare en forma fehaciente e indubitada.

(118) Esta es la opinión de LÓPEZ ROMERO: «Bienes gananciales, etc.», página 268. Critica acertadamente PELAYO —«Problemas de la viudedad foral», ya citado—, la doctrina que de tales resoluciones se deduce negativamente: si no consta la reserva de tal derecho en el Registro, éste no perjudica a terceros.

(119) Lo que en los territorios no aragoneses producirá como consecuencia la inscripción sin traba alguna de los actos que estudiamos cuando no constase la vecindad de los otorgantes. ¿No sería conveniente hacer obligatoria su expresión en los documentos públicos para evitar en la mayor medida posible —este y otros surruetos se beneficiarían con ello— problemas de derecho interregional? Puede verse el estudio que de la cuestión lleva a cabo PELAYO —«Problemas, etc.», págs. 185 a 188— y las conclusiones que acepta —pág. 191—, intentando armonizar los principios elaborados en el Seminario jurídico con la realidad.

En resumen: sobre toda disposición y cualquiera que fueren las facultades conferidas al otorgante por la Ley, la viudedad foral ha de ser respetada de una forma celosísima, por su carácter de derecho prevalente en el ordenamiento aragonés, consecuencia de su íntima razón de justicia, de *Derecho*, que nos convence de la necesidad de extenderla a toda España, bien a través de las normas de familia o de las sucesiones, en equitativo reconocimiento de lo que el sobreviviente ha sido —por cónyuge— y es —por viudo— en la sociedad familiar

JOAQUÍN SAPENA

Notario.