

## Ineficacia del negocio jurídico en el Apéndice al Código civil vigente en Aragón

JOAQUIN SAPENA TOMAS

Notario

La aplicación del Apéndice aragonés en la práctica diaria y el especial estudio de alguna de sus materias nos ha hecho meditar en las consecuencias de los negocios que, por contravenir sus normas, nacen o devienen ineficaces. Casi virgen de comentarios Ley de tanta importancia para Aragón (1), inútilmente hemos buscado en la mayoría de los casos pareceres extraños que nos iluminaran en el intrincado campo de la invalidez del negocio jurídico. Fruto de la reacción ante la realidad vivida son, en su mayoría, las opiniones que vamos a exponer. Con la esperanza de que, si bien en parte mínima, puedan contribuir al conocimiento de un Derecho que, sin ser el de mi vecindad originaria, me ha ganado desde que bajo su régimen comencé a usar de mis pocos conocimientos y de la mucha confianza en mí depositada por los sometidos a él.

Centrado este trabajo en problemas peculiares del articulado foral, prescindiremos de supuestos generales, aunque puedan presentar facetas distintas a las del ordenamiento común, como son los actos efectuados por representantes de menores o de ausentes, los verificados por los incapaces, los que atentaren a los derechos de los legitimarios, los negocios fraudulentos o simulados, los testamentos regulados por el Código civil, etc.; excepción hecha de aquellos casos expresamente contemplados por el Apéndice y de entidad sustancial diferente a la del Derecho general, pues éstos son precisamente los que constituyen nuestro objeto. Omitiremos también todo problema de Derecho transitorio o interregional, y los de liquidación y continuación de la sociedad conyugal, así como la ineficacia de los actos realizados por un aragonés casado frente al derecho de viudedad de su cónyuge. Y, por consecuencia de las fronteras que el título impone, silenciaremos toda in-

---

(1) Aunque se trate de un cuerpo fragmentario, pobre y mezquino (PALÁ MEDIANO: *Concepto del Derecho civil de Aragón*, «Nueva Enciclopedia Jurídica», I, pág. 191), es hoy la norma rectora y como tal la comentamos sin entrar en una crítica general.

validez de actos jurídicos que no sean verdaderos y propios negocios.

No muy claras las aguas de la ineficacia, por culpa de imprecisa terminología legal unida a la falta de acuerdo en las construcciones doctrinales, para seguir una buena ruta precisaremos de mejor aguja de marear: ninguna, por el prestigio de su autor como por lo acabado de su construcción, como la que, en pocas líneas, nos presenta el maestro Castán (2). Con arreglo a ella, el supuesto general de ineficacia lo dividiremos en dos, según sea su causa la disconformidad del negocio con la Ley (*invalidéz*) o se produzca por hechos ocurridos con posterioridad al nacimiento del mismo, provocando la cesación de sus efectos (*ineficacia sobrevenida*). Subdistinguiendo en la primera la *nulidad* (que abarca la *inexistencia* y la *nulidad* propiamente dicha), la *anulabilidad* y la *rescisión*; y en la segunda, la *revocación* y la *caducidad*, rebasando la *resolución*, expresa o tácita, los lindes fijados. Aplicando la anterior clasificación a nuestro estudio, quedan así distribuidos los negocios ineficaces en el Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho foral de Aragón:

## I. INVALIDEZ:

### A) NULIDAD:

#### a) *Por falta de consentimiento:*

##### a) Del titular:

1. Disposición de bienes de la mujer verificada por el marido sin su consentimiento (49, 1.º).
2. Disposición de bienes comunes otorgada por el viudo sin consentimiento de los demás partícipes en la sociedad continuada cuando no fueren donaciones en favor de los hijos (54, 4.º).

##### b) De otras personas:

3. Actos del viudo como fiduciario del cónyuge difunto sin intervención de los parientes por éste designados (29, 1.º).
4. Modificación de las capitulaciones otorgadas antes del matrimonio sin intervenir las personas llamadas por la ley (58, 2.º y 3.º).

(2) *Derecho civil español común y foral*, 8.ª edic., I, 2.º, págs. 643 y ss.

b) *Defectos de forma:*

5. Revocación de testamento mancomunado verificada por uno de los cónyuges en vida del otro sin notificárselo por medio de notario (19, 1.º).
6. Testamento ante párroco carente de las formalidades legales (22 y 23).
7. Actos del viudo como fiduciario del cónyuge difunto no contenidos en testamento o escritura pública (29, 2.º).
8. Reserva de bienes no determinada en testamento o instrumento público (43).
9. Colación de bienes no ordenada en disposición de última voluntad, capitulación matrimonial u otro documento fehaciente (45, 2.º).
10. Capitulaciones no otorgadas en escritura pública 58, 1.º).
11. Renuncia o limitación del derecho de viudedad no contenida en escritura pública (63, 2.º, y 73, 1.º y 2.º).
12. Concesión de viudedad universal fuera de testamento o escritura pública (64, 1.º).

c) *Falta de requisitos especiales fijados por la Ley:*

13. Revocación de testamento mancomunado otorgada por el cónyuge supérstite sin renunciar los beneficios que le provengan de las disposiciones del finado (19, 2.º).
14. Enajenación de inmueble que tenga el carácter de *axovar* o *firma de dote*, mientras no haya descendencia del matrimonio, sin obligación y fianza de reinvertir su importe en otro equivalente (61, 2.º).
15. Disposición por el marido de bienes muebles dotales aportados como sitios o inmuebles, antes de inscribir la hipoteca que asegure su valor en el Registro de la Propiedad (61, 3.º).

d) *Actos contra legem:*

16. Revocación de testamento mancomunado por el cónyuge supérstite que hubiere aceptado liberalidad a su favor ordenada en el mismo (19, 3.º).
17. Actos del viudo fiduciario excediéndose de los límites fijados por el difunto (29, 1.º).

18. Revocación por el viudo fiduciario de los actos *inter vivos* que hubiere otorgado en uso de las facultades por el difunto concedidas (29, 2.º).
19. Estipulaciones contenidas en capítulos que infrinjan prohibición expresa en la legislación vigente en Aragón o sean opuestas a los fines esenciales del matrimonio (59).
20. Prohibición de viudedad ordenada por el cónyuge o los ascendientes del mismo (63, 2.º).

e) *Nulidad parcial*:

21. Disposiciones contenidas en un nuevo otorgamiento de capitulaciones que vulneren o modifiquen los derechos adquiridos por tercero al amparo de las anteriores (58, 4.º).

B) ANULABILIDAD:

a) *Falta de complementos de capacidad*:

a') *Ordinaria*:

a) Actos otorgados por menores:

22. Aprobación de cuentas y liberación de responsabilidades de la tutela o administración de bienes otorgadas por casado menor de veintiún años, sin aprobación de los parientes (12, 1.º y 2.º).
23. Contratos celebrados por el soltero mayor de catorce años y menor de veintiuno sin la asistencia de su padre, madre o tutor (13).

b) Actos otorgados por mujer casada:

24. Aceptación de herencia sin venia marital y en perjuicio de sus derechos legitimarios (44, 2.º).

b') *Especial*:

25. Donación o venta de la mujer al marido de bienes raíces de la dote o *firma de dote* sin consentimiento del padre, de la madre o de los parientes (52).
26. Aseguramiento sobre bienes raíces de la dote o *firma de dote* por negocio que no sea conocidamente de utilidad del matri-

monio, sin consentimiento del padre, de la madre o de los parientes (52).

b) *Anulabilidad parcial por concurrencia de circunstancias invalidantes:*

27. Donaciones de bienes comunes verificadas por el marido durante su última enfermedad o reteniendo de por vida la posesión de los bienes en que consistan (49, 1.º).

C) RESCISIÓN:

a) *Disposiciones en mengua de derechos sucesorios:*

28. Contratos entre cónyuges en cuanto perjudiquen los derechos legitimarios de los descendientes (52).
29. Donaciones de bienes comunes otorgadas por el viudo en favor de los hijos y sin la conformidad de todos ellos, fuera de los casos permitidos por la ley, o de bienes privativos del difunto sin que exista precedente (54, 4.º, y 72, 6.ª).

b) *Actos en perjuicio de la sociedad conyugal o de uno de los cónyuges:*

30. Disposición de bienes de la sociedad conyugal efectuada por la mujer del ausente en tanto cuanto no sea necesario para las atenciones de la misma (6.º).
31. Anticipaciones de precio o merced de arriendos y disfrutes de fincas de la mujer o sobre las que le corresponda derecho de viudedad en cuanto perjudiquen a la misma (49, 2.º).
32. Aseguramiento sobre bienes raíces de la dote o *firma de dote* por negocio que aparezca como de utilidad al matrimonio y no lo fuere así, sin haberlo consentido el padre, la madre o los parientes (52).

II. INEFICACIA SOBREVENIDA:

A) REVOCACIÓN:

a) *Ope legis:*

33. Testamento mancomunado cuando antes de la muerte de uno de los cónyuges se declara la nulidad del matrimonio, se de-

creta la separación conyugal o se entabla demanda de divorcio o querrela de adulterio, de la existencia de la cual sea sabedor el cónyuge al morir (18).

b) *Voluntaria*:

34. Arrendamientos y disfrutes de fincas de la mujer o sobre las cuales le corresponda derecho de viudedad, otorgados por el marido sin su consentimiento y por tiempo que exceda de un año, cuando éste falleciere (49, 2.º).

B) CADUCIDAD:

35. Testamento ante párroco sin cumplir los requisitos posteriores de adveración y protocolización (25 y 26).

Fijado el encuadramiento de cada supuesto legal de ineficacia, los estudiaremos seguidamente siguiendo el orden de artículos del Apéndice y no el cuadro sinóptico trazado, pues este otro camino nos obligaría a múltiples referencias y remisiones en menoscabo de la claridad; sin perjuicio de que en cada precepto legal repitamos su situación dentro del esquema formulado.

ARTÍCULO 6.º (CASO 30)

Ordena el Apéndice «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» (3). Doble efecto es el de esta norma: suprimir la limitación de capacidad que supone la venia marital en cuanto a los bienes privativos de

(3) Tiene sus precedentes en el artículo 23 del Proyecto de Apéndice de 1899, que no imponía la limitación por razón de las atenciones de la sociedad conyugal, y en el 194 del Proyecto de 1904, similar a la norma vigente. Publicada la Ley de 8 de septiembre de 1939 modificando el título VIII del Libro I del Código civil, se plantea la duda sobre la subsistencia de los artículos 4 al 7 del Apéndice, dada la generalidad de aquella. Los autores mantienen opiniones distintas, si bien aceptando, por una u otra razón, la vigencia de la norma que comentamos. SERRANO: (*La ausencia en el Derecho español*, págs. 309 y 312), a quien sigue CASTÁN (*Apéndice al Derecho civil de Registros*, 1.º, pág. 115; ob. y vol. cit., págs. 264 y 265), se inclina por la general aplicación de la nueva Ley con subsistencia de aquellos preceptos aragoneses en armonía con la misma (representación del ausente por su esposa menor de edad o por sus hijos casados mayores de catorce años, ya que una y otros son *mayores de edad*; revocación de poderes y mandatos por la declaración de ausencia) o que sean típicos del régimen económico matrimonial (art. 6.º). Más radical, DE CASTRO (*Derecho civil de España*, II, 1.º, págs. 555 y 556) acepta el imperio absoluto de la Ley nueva, pues si continúa vigente el art. 6.º del Apéndice es porque la referencia del reformado art. 189 debe entenderse hecha al régimen matrimonial aragonés. OTROS (ORTEGA LORCA y BONET, según cita de DE CASTRO)

la mujer; y atribuirle respecto a los comunes una facultad dispositiva de que normalmente carece.

Primer requisito de aplicación de este precepto es que esté declarada la ausencia del marido; si sólo hubiere sido pedida, hasta que recaiga la declaración judicial regirán las normas generales (Código civil: art. 1.441 y concordantes), y no el precepto foral que se refiere al *ausente*: a quien ya está calificado legalmente como tal. Tampoco tiene que estar acordada la separación de bienes, pues, careciendo el Apéndice foral de disposiciones sobre tal situación, aparte de la vaguedad del texto del artículo 47, § 2.º, deberán aplicarse las normas del ordenamiento común, y entre ellas, el artículo 1.436, apartado segundo, del Código general; transfiriendo únicamente a la mujer la administración de su dote y de los demás bienes que, por resultado de la liquidación de la sociedad conyugal, le hayan correspondido. En este caso, el artículo que comentamos será aplicable en forma cuantitativamente restringida: a los bienes adjudicados a la mujer solamente y no a todos los suyos y a los comunes, como sucedería de no existir la separación (4).

La declaración de ausencia basta para que la mujer pueda disponer de los bienes propios, pero para hacerlo de los comunes

---

mantienen la subsistencia de los artículos del Apéndice. Esta es también nuestra opinión (SAPENA: *La ausencia en Aragón*, «Revista de Derecho Privado», 1955, págs. 997 a 1001), ya que se trata de una modificación de una parte del Código que no puede afectar a las otras del mismo más que en cuanto a ella se refieren; y parte integrante del Cuerpo general es el Apéndice aragonés, el cual fué promulgado en su día como excepción a las normas de la ley común y como tal debe considerársele subsistente. Pero por la misma razón creemos que las referencias de la norma aragonesa al Código deben entenderse hechas al texto vigente del mismo y, por tanto, al nuevo, si existen variaciones. Así la remisión al artículo 220 que hace el 7.º del Apéndice se fijó en contemplación a la misma verificada por el 187 del Código; modificado éste, debe, pues, entenderse también cambiada aquélla y referirla al nuevo 184, sin implicar en ningún caso especial derogación de la norma foral; de que el representante ha de ser el cónyuge o un heredero *abintestato*. En definitiva, corresponderá tal cargo al cónyuge, no separado legalmente y cualquiera que fuere su edad, y en su defecto a uno de los herederos *legítimos* llamado, según el orden del nuevo artículo 184, lo cual implica la postergación de los ascendientes a los descendientes—pues mientras éstos vivan aquéllos no heredan *abintestato*—e incluso exclusión de los primeros si todos los bienes son troncales y no existe ninguno de posible reversión a los mismos. Contrariamente MONTULL LAVILLA estima inaplicable todo el primer párrafo del artículo 7.º, ya que del Código civil ha desaparecido la mención del artículo 220, olvidando a nuestro entender que la modificación es sólo la segunda parte de dicho párrafo (*La ausencia en el Derecho aragonés vigente*, «Anuario de Derecho aragonés», VI, págs. 194 y 195). Publicado ya mi citado trabajo, he tenido la satisfacción de ver compartida, en líneas generales, mi opinión por MANUEL ALONSO LAMRÁN en su magnífico informe sobre la ausencia elevado a la Comisión Compiladora de Derecho Foral Aragonés.

(4) Siguiendo en este punto lo que ya sustentamos en nuestro estudio *Dinámica de los bienes en la sociedad conyugal aragonesa*, «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1952, págs. 547 y ss. En bien de la concisión, y aunque la autocita no sea de nuestro mayor agrado, habremos de remitirnos en algunos casos a dicho artículo, dadas sus interferencias con el presente.

precisa otro requisito: que sea necesario para las atenciones de la sociedad conyugal y hasta tanto lo fuere. Con ello quedan excluidas las disposiciones a título gratuito, pues para atender las necesidades de dicha sociedad ineludiblemente se precisa que los actos sean onerosos: a éstos únicamente se refiere la especial facultad por el artículo 6.º concedida (5). En todo caso, la actuación al amparo de este precepto es enteramente libre: *libre disposición*, dice el texto legal; por ello no son aplicables los artículos 1.442 y 1.444 del Código civil.

Los actos realizados en contravención de esta norma son ineficaces. Si la causa de la invalidez es la falta de declaración de ausencia, su especie es distinta según los bienes objeto de aquéllos: si son los propios de la mujer estamos ante una mera anulabilidad por falta de venia marital; pero si son los comunes, ante una nulidad radical, por carecer de facultad dispositiva de los mismos. Y en ambos casos, fuera del campo de nuestro estudio.

El problema se presenta difícil cuando la esposa del ausente dispone de bienes comunes a título oneroso y se prueba que no era necesario para las atenciones de la sociedad conyugal. Si calificamos tal acto como anulable, dada la similitud con el caso de falsedad en la causa por el artículo 1.301 del Código español previsto, el tercero civil ha de sufrir las consecuencias de la declaración de nulidad. En cambio, si conceptuamos al mismo como válido, pero susceptible de ser rescindido, serán respetados los derechos de éste.

Teóricamente creemos que, bajo un amplio y comprensivo concepto de la causa, al modo como se pronuncia Dualde (6), o considerándola como correspondencia entre el fin del contratante y el permitido por la ley, según la idea de Carnelutti (7), no puede dejar de ser concebida como falta de causa o con expresión falsa de la misma la enajenación llevada a cabo, por la mujer, de los bienes comunes que necesaria no fuere para las atenciones de la sociedad conyugal. Pero si estimamos como causa del contrato la función económico-social que el mismo cumple, en opinión de Mes-sineo (8), o tomamos el estricto y restringido que de ella tiene el artículo 1.274 del Código general, habrá que terminar afirmando que tal acto tiene su causa, y que, si en algo ha habido falsedad, es en los motivos declarados por uno de los contratantes y no en aquélla.

Aunque no estuviéramos conformes con el concepto de causa que nuestro primer Cuerpo legal formula (9), tratándose de un

(5) Con una sola excepción: la donación al hijo que designare heredero por ser necesario para la casa (*Dinámica*, cit., pág. 544).

(6) *Concepto de la causa de los contratos*.

(7) Citado por GONZÁLEZ PALOMINO: *La adjudicación para pago de deudas*. «Anales de la Academia Matritense del Notariado», I, pág. 263.

(8) En *Doctrina general del contrato*, I, págs. 100 y 110.

(9) Véase el intento de construcción del mismo de SÁNCHEZ-BLANCO: *Onerosidad, gratuidad y causa*, «Revista de Derecho Privado», 1952, págs. 483 y ss.



caso de aplicación de la norma positiva a aquél habrá que acudir, averiguando, en consecuencia, si falta o es falsa la declarada. Con arreglo a dicho artículo 1.274, la causa del contrato oneroso es la prestación, o promesa de una cosa o servicio por la otra parte, por lo que, existiendo ésta en nuestro caso, no podrá ser impugnada la disposición de la mujer por carencia o falsedad de causa al no ser necesaria para cubrir las atenciones de la sociedad conyugal, pues existe la causa y es verdadera por razón de su propia onerosidad.

Tampoco el supuesto que contemplamos está comprendido en los otros casos enumerados por el artículo 1.301 del Código civil. El Apéndice, contrariamente a lo que dispone en su artículo 49 respecto a las liberalidades de bienes comunes por el marido otorgadas, no fija la sanción de lo efectuado contraviniendo la norma que estudiamos; no declara, como en aquel otro, que lo realizado sea nulo total o parcialmente. Por eso no cabe interpretación extensiva de las normas sobre la anulabilidad hasta comprender en ellas el negocio que nos ocupa. ¿Será, pues, válido? Evidentemente, no. Aun cuando no sea nulo ni anulable y exista, su otorgamiento se ha efectuado con violación de los límites por la ley marcados, límites establecidos para evitar un perjuicio a la sociedad conyugal, por lo que quien la representare o tuviere en ella participación por sí o como sucesor del otro cónyuge—el marido y sus herederos— podrá impugnar, nos lesionado, los actos que le resulten dañosos. Tal perjuicio nos califica el tipo de la ineficacia: estamos ante un negocio rescindible de los comprendidos en el número 5.º del artículo 1.291, por lo que le serán aplicables las disposiciones del capítulo V, título II, libro cuarto del Código civil.

#### ARTÍCULO 12 (CASO 22)

Con arreglo al artículo 10 del Apéndice, los aragoneses que hayan contraído matrimonio son mayores de edad, cualquiera que fuere ésta. Por tanto, su capacidad es completa, pero el artículo 12, recogiendo los precedentes sentados en el Fuero único *De liberationibus et absolutiõibus tutoribus per minores faciendis*, fija una restricción: la de que «el que tuvo tutor no podrá aprobar las cuentas de la tutela ni dar finiquito de responsabilidades exigibles a sus guardadores sin la asistencia y conformidad de los parientes que se designan en el tercer párrafo del artículo 58», lo cual rige también para «la rendición de cuentas de administración relativas a bienes de menores de edad que hayan estado a cargo de persona distinta del tutor» (10). Claro es que esta disposición se refiere

(10) No es la única restricción que a la mayor edad del casado impone el Apéndice. Pues de su artículo 4.º se deduce que si la esposa del ausente es menor de catorce años (lo cual puede suceder al amparo del artículo 83 del Código), precisará asistencia de un tutor para administrar los bienes de su ma-

sólo a quienes están obligados a rendir cuentas, y no, por tanto, al padre o madre que, por ser tales, administren los bienes de sus hijos (art. 3.º, núm. 2.º), no cuando lo hicieren como tutores de ciertos bienes y para ellos designados (11).

El precepto que comentamos fija como edad tope la de los veinte años: expresamente no fué modificado por la Ley de mayoría de edad de 13 de diciembre de 1943, la cual sólo se refirió de forma explícita a los artículos 10 y 13 del Apéndice. No creemos, sin embargo, pueda mantenerse que el artículo 12 no ha sido afectado por dicha disposición general, que nada tiene que ver con la mayoría de edad y, por tanto, debe subsistir el mismo en su primitiva redacción. Este artículo es consecuencia clara del 10: si se fijó la edad de los veinte años es porque en aquella hubiere alcanzado normalmente la mayoría el pupilo de no casarse antes; modificada la misma debe entenderse también esta norma: hasta los veintiún años no podrá el aragonés casado aprobar las cuentas de la tutela o de la administración de sus bienes y liberar las responsabilidades de las mismas provenientes sin intervención de los parientes que el artículo 12 llama.

La referencia al artículo 58 para precisar cuáles son los parientes, no es clara. Pues igual podría mantenerse que el menor está en lugar del marido o de la mujer que dicho precepto cita y, por tanto, son sólo dos parientes del mismo, los más cercanos, varones y de más edad, quienes han de intervenir (12), como estimar que por marido y mujer ha de entenderse al padre y madre del menor, en cuyo caso los parientes serán cuatro: dos por cada rama que reúnan las circunstancias expresadas. El Fuero citado sólo exigía que consintieren dos parientes, pero éstos habían de ser de la parte de que provienen los bienes y, además, se precisaba la autorización judicial. El precedente, pues, no es bastante para interpretar el precepto vigente: al llamar sólo a dos parientes pudieran ser de la parte de la cual los bienes no provengan, y, en todo caso, falta la seguridad que confiere la autorización judicial. Por todo ello nos inclinamos a sostener que son cuatro los parientes que deben intervenir: dos por parte del padre y dos por la de la madre; el artículo 12 se refiere a «los parientes que se designan en el tercer párrafo del artículo 58», sin excepción alguna, esto es: a todos ellos. En el caso de tener que aprobar las cuentas presentadas por el padre o madre como administrador de bienes designado por otra persona, reputamos también necesaria la intervención de los

---

rido. La expresión que encabeza este precepto es desacertada: «menor edad» y «esposa» son términos que se excluyen recíprocamente, según el artículo 10. V. «La ausencia en Aragón» cit., págs. 993 y 994.

(11) Dicho precepto reconoce «la tutela que acerca de otros bienes de los propios hijos haya sido encomendada al padre». Mas bien que de tutela—falta el presupuesto de ésta al existir la autoridad paterna—se trata de un caso de administración especial deferida al padre o madre con independencia de la que como tales les corresponde (art. 3.º, núm. 1.º), con mayores garantías para los hijos.

(12) Opinión de Dr. CASTRO: *Ob. y vol. cit.*, pág. 238, nota 4.

cuatro parientes, sin que la personalidad del que rinde las cuentas produzca como innecesario el consentimiento de los dos por parte del mismo: precisamente si al padre se le ha encomendado la administración, no en su calidad de tal, es porque no se tiene plena confianza en él, no se debe, pues, suavizar el rigorismo legal.

Lo otorgado sin la asistencia y conformidad de tales parientes tendrá el carácter de anulable: no puede conferírsele sanción mayor que a los negocios del menor de edad; más cuando la ley sitúa en este caso al mayor como si menor fuere. Por tanto, la aprobación de cuentas y liberación de responsabilidades efectuada sin tales requisitos será convalidable por transcurso del plazo de cuatro años sin impugnarlo, a contar desde que el menor de veintidós años hubiere cumplido esta edad, o por confirmación expresa o tácita.

### ARTÍCULO 13 (CASO 23)

Con acusada especialidad el Derecho aragonés tendió a rebajar el límite de la menor edad, pero sin que su ordenamiento histórico ofrezca una regla clara al respecto. Así, mientras el Fuero *De contractibus minorum* de la Compilación de Huesca de 1247 declaraba menor de edad a quien no hubiere cumplido los catorce años, y la Observancia del mismo título fijaba en dicha edad la mayoría, existían en contra de este límite el Fuero *De liberationibus* de 1348, el *Ut minor XX annorum* de 1348, el *Que los menores de veinte años* de 1564 y el *De las obligaciones de los menores de veinte años* de 1585, estableciendo todos ellos la mayoría de edad a los veinte años tan repetidos (13).

Dudosa era la situación anterior al promulgamiento del Apéndice, como lo demuestra la propia jurisprudencia fijando unas veces la mayoría de edad en los catorce años (14), otras en los veinte (15), y en algún caso estima en su interregno una mayoría semiplena (16), solución que parece ser la aceptable en el régimen inmediatamente anterior al 2 de enero de 1926 (17).

(13) VIDAL TOLOSANA: *El Apéndice aragonés al Código civil general*, página 21.

(14) Sentencias de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 6 de diciembre de 1859, 11 de mayo de 1876, 5 de diciembre de 1882, 30 de junio de 1887, 9 de julio de 1887, 26 de octubre de 1895 y 18 de febrero de 1898.

(15) Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de noviembre de 1855; sentencia de la Audiencia de Zaragoza de 10 de julio de 1905.

(16) Resolución de la Dirección General dicha de 23 de marzo de 1912 y diversas sentencias de la Audiencia que se refieren a la plenitud de los derechos civiles no alcanzada hasta los veinte años: 27 de septiembre de 1866, 8 de agosto de 1870 y otras.

(17) MARTÍN BALLESTERO: *La mayoría de edad en Aragón*, «Primera semana de Derecho aragonés», págs. 118 y 119. Los proyectos de Apéndice de 1899 y 1904 fijaban la mayoría de edad a los veinte años, opinión que mantuvo FRANCO en su *Memoria sobre las instituciones que deben continuar subsistentes del*

Promulgado el Apéndice se adopta una posición intermedia, pues si bien en su artículo 10 fija la mayor edad a los veinte años —hoy veintiuno en virtud de la modificación establecida por la Ley de 13 de diciembre de 1943—, por otra parte permite al soltero mayor de catorce años celebrar *por sí* toda clase de contratos, con la asistencia que expresa. La amplia facultad de disposición del menor de veintiún años nos deja en la duda de si es a esta edad cuando comienza la mayoría, existiendo antes una especial minoría, o bien se inicia a los catorce, con ciertas restricciones hasta alcanzar los veintiuno (18). Este período de transición—soltero mayor de catorce y menor de veintiuno—, es el que ahora nos interesa.

Dispone el artículo 13 que «puede por sí celebrar toda clase de contratos, pero con asistencia del padre o de la madre, que conserva sobre él la autoridad, y, en defecto de ellos, con la de su tutor». Aclarando seguidamente—aunque por aplicación subsidiaria del Derecho común resultaría igual—que «no necesita tal asentimiento para disponer de sus bienes en testamento». A su primera parte nos ceñiremos aquí, debiendo estudiar dos puntos para deducir la ineficacia del acto que lo contravenga: quién necesita tal asistencia y quién debe prestarla.

Del artículo 2.º del Apéndice se desprende con claridad que la autoridad paterna se extingue por la emancipación, luego, no conservándola el padre o madre, el emancipado no precisará de su asistencia para contratar. Basándose en ello Pala y Martín-Balastero (19) dicen que el precepto no es aplicable al mayor de catorce años que viva independiente de sus padres, pues por ser emancipado conforme al artículo 160 del Código civil no está sometido a la autoridad paterna, gozando, además, de una plena capacidad patrimonial (propiedad, usufructo y administración de sus bienes: artículo 3.º, núm. 3.º, del Apéndice), por lo que tendrá también una limitada facultad de contratar, sin intervención de quienes ya no ejercen sobre él la restringidísima patria potestad aragonesa:

*Derecho civil aragonés*, art. 15 y Adición a la misma, artículo 55; y fué la adoptada por el Congreso de 1880-81: COSTA: *La libertad civil y el Congreso de juriconsultos aragoneses*, pág. 75. En cambio, el citado FRANCO, con GUILLÉN, en sus *Instituciones de Derecho civil aragonés*, fijan la mayor edad a los catorce años, si bien reconociendo que hasta los veinte no se adquiría una plena capacidad: artículos 11, 13, 14 y 15; habiéndose pronunciado recientemente en sentido similar GARCÍA-ATANCE ALVIRA: *De consuetudine regni non habemus patriam potestatem*, pág. 163; PALAZÓN DELATRE: *Comparecencia en juicio del aragonés soltero mayor de catorce años y menor de veintiuno*, pág. 209; y SÁINZ DE VARANDA: *La comparecencia en juicio del menor de veintiún años, mayor de catorce, en Aragón*, págs. 245 y 246; todos en «Anuario de Derecho aragonés, tomo VI.

(18) V. MARTÍN-BALLESTERO: Ob. cit., págs. 119 y ss.; PALA y MARTÍN-BALLESTERO: *El sujeto de derecho en el ordenamiento jurídico aragonés*, «Segunda semana de Derecho aragonés», pág. 67; ORTEGA SAN ISIGO: *Ut minor XX annorum*, igual «Semana», págs. 136 y ss. El Profesor DE CASTRO opina que hasta los veinte años se es menor de edad (ob. y vol. cit., págs. 168 y 202).

(19) Ob. cit., págs. 67 y 68.

es tan capaz como si hubiera cumplido veintiún años. Con esta opinión quedarían múltiples actos en una zona nubosa, pues para averiguar si se precisa o no la asistencia del padre o madre habría que basarse en un dato de hecho—la vida independiente—dudoso y de difícil conocimiento exacto para la otra parte y para los funcionarios que intervengan. Por ello, por atentar contra la seguridad del comercio jurídico, no lo estimamos aceptable. Y, además, porque creemos es otro el resultado de investigar el ordenamiento positivo, en consonancia con los precedentes históricos.

La finalidad de los citados Fueros de 1348, 1564 y 1585, tué la de impedir que el menor de veinte años contratase por sí sólo; en todo caso precisaba el consentimiento de otras personas: el Juez según el primero, y los padres, sobreviviente viudo de éstos o el Juez—por este orden—con arreglo a los otros dos. Sin ellos nunca podía obligarse.

En la regla 3.<sup>a</sup> del artículo 3.<sup>o</sup>, el cuaderno foral reproduce lo dispuesto en el Código con relación al hijo menor de edad que viva independiente de los padres, omitiendo que «se le reputará... como emancipado» y añadiendo un inciso final: «arregadamente a lo estatuido en este Apéndice y en el Código de Comercio acerca de la capacidad para contratar». Esto es, en materia civil—única que aquí nos interesa—el menor que viva independiente de sus padres queda sujeto a las normas generales del Apéndice respecto a la capacidad contractual de los menores de edad y, por ello, al artículo 13, como el examen del mismo nos corrobora (20). Veámoslo.

Dicho artículo requiere que los padres conserven su autoridad, la cual, conforme al 2.<sup>o</sup> del mismo Apéndice, se mantiene respecto a los hijos a quienes el Código civil denomina *no emancipados*: luego a los emancipados no es aplicable aquél. Las causas de emancipación las enumera el artículo 314 del citado Cuerpo general: de ellas únicamente nos interesa la de su número 3.<sup>a</sup>, pues las otras dos en Aragón implican mayoría de edad. El emancipado por concesión del padre o madre titular de la patria potestad con arreglo a lo dispuesto en el artículo 316, podrá contratar por sí sólo sin necesidad de asistencia alguna (21). Pero no se puede conceputar como plenamente emancipado al hijo que viva independientemente de sus padres con consentimiento de éstos, pues sólo se le tiene por tal a todos los efectos con relación a determinados bienes (art. 160 C. c.) no a los efectos para regir *su persona y todos sus bienes*, que son los de la plena emancipación (arts. 317 y 324). No se ha perdido la patria potestad: el hijo no está legalmente emancipado (art. 154), *ergo* no se ha extinguido la autoridad de los padres aragoneses (art. 2.<sup>o</sup> Apéndice), siendo por tanto aplicable el artículo 13 de la norma foral a los mayores de catorce años y menores de veintiuno que vivan independientes si no se les ha concedido formalmente la emancipación.

(20) En igual sentido, DE CASTRO: ob. y vol. cit., pág. 203.

(21) Idéntica es la situación del emancipado por concesión de la Patria conforme al Decreto-Ley de 7 de marzo de 1937.

A la emancipación debe equipararse la habilitación de edad. Cierta es que el precepto que estudiamos sólo impone el requisito de conservar la autoridad con relación al padre o a la madre y no al tutor; y también que, a pesar de la habilitación extingue la tutela ordinaria o plena (art. 278 C. c.), no por ello desaparece el cargo del tutor en el ordenamiento común, siendo llamado a intervenir en determinados casos (arts. 59 y 317, en relación con el 324). Pero el supuesto es distinto: en Aragón la gradación en la libertad va adelantada con relación al Derecho general de la Patria: en éste de la incapacidad se pasa, mediante la emancipación y la habilitación, a una capacidad restringida; en aquél, de esta capacidad restringida a la plenitud en el ejercicio de sus derechos. La causa, con distinto nombre, es la misma: iguales deben ser los efectos. Por una simple omisión no vamos a conceder mayor subsistencia a la autoridad tutelar que a la paterna: la remisión al 317 y 59 también podría hacerse frente a los padres. No es éste el espíritu de la norma: extinguida la autoridad paterna o la tutela podrá el aragonés mayor de catorce contratar sin la intervención de su padre o madre o la de su tutor.

Según el texto legal la repetida asistencia debe prestarla el padre o la madre, colocándolos gramaticalmente en plano de igualdad. Razones de unidad de directriz familiar y de analogía con preceptos del Código civil nos compelen a estimar que la madre sólo es llamada en defecto del padre: cuando a aquélla le corresponde la patria potestad. Y en cuanto al tutor su vocación precisa el defecto de tal autoridad con relación a ambos padres (22).

Si el padre o madre se niega a prestar su asentimiento, ¿podrá el menor acudir al Juez? Creemos que sí en el supuesto de intereses opuestos, permitiendo el nombramiento de un defensor judicial al amparo del artículo 165 del Código civil. Y la existencia de tales contradictorios intereses puede verse en la negativa injustificada en casos extremos, en no querer ayudar al hijo. El nombramiento del defensor le conferirá ya las facultades correspondientes: una adecuada interpretación conjunta de los artículos 164 y 165 del Código y 13 del Apéndice nos dará la solución. En cuanto a la negativa del tutor, es al Consejo de familia a quien corresponderá decidir según las reglas de la tutela.

(22) El Fuero *De las obligaciones de menores de veynete años* de 1585, aciarrando el de 1564, requería que el padre sobreviviente no se hubiera casado de nuevo, lo cual exigió también el Proyecto de 1904 en su artículo 226. El de 1889—artículo 36—, sólo fijó este requisito con relación a la madre. En otra ocasión hemos mantenido que las segundas nupcias no son causa de pérdida de la autoridad paterna en esta región. (*Inaplicabilidad en Aragón del artículo 168 del Código civil*, «Anuario de Derecho aragonés», VI, págs. 271 a 280); luego en el binubo—aunque sea la madre—subsistirá el derecho y deber de asistencia que el artículo 13 le atribuye. Si recordamos que el proyecto de actual Apéndice en su artículo 11 se refería al sobreviviente de los padres *que se conserve viudo* y el texto vigente habla del padre o de la madre *que conserve sobre él la autoridad*, encontraremos refuerzo a nuestra tesis en una mutación de palabras que indica un cambio del criterio tradicional.

El menor actúa por sí: el padre, la madre o el tutor se limitan a asistir o asentir, ambos términos emplea el legislador. Más bien diríamos que las dos cosas verifica: acompaña al menor a un acto (*asiste*) y se muestra conforme con el otorgamiento de éste (*asiente*): No se le llama *consentimiento* como en el artículo 317 del Código general, pero sus efectos son los mismos. Exigiéndose en ambos casos la intervención de una persona que no es parte en el contrato ni titular de los derechos de que se dispone, tanto da estimar que muestra su conformidad como que permite el acto: sin ella no reunirá los requisitos legales, careciendo de uno relativo a la capacidad, complementario de ésta. Por lo que su falta convierte el negocio en anulable, siendo de aplicación lo dispuesto en los artículos 1.301 y concordantes del Código civil (23).

#### ARTÍCULO 18 (CASO 33)

El testamento mancomunado, originariamente válido, pierde su eficacia por una de estas tres causas cuando tuvieren lugar en vida de ambos consortes: 1.ª Declaración de nulidad del matrimonio. 2.ª Separación conyugal decretada. 3.ª Interposición de demanda de divorcio o querrela de adulterio, de la cual sea sabedor el otro cónyuge al morir (24).

No ofrecen problema las dos primeras, pues precisan un pronunciamiento público y cierto. Bastará con la sentencia del Tribunal eclesiástico si se trata de matrimonio canónico, declarando la nulidad o decretando la separación, aunque no se hayan acordado las medidas procedentes por el Tribunal civil. La separación ha de ser judicial en todo caso: la voluntaria no surte efecto alguno en este punto.

No está previsto el caso de reconciliación posterior: creemos que por ella, a falta de manifestar voluntad contraria, recobra su eficacia el testamento: la causa de la invalidez ha desaparecido y la reconciliación unida al silencio con relación al testamento es base suficiente de una voluntad que debe reputarse tácitamente expresada. Pero ha existido un lapso durante el cual el testamento era ineficaz, por lo que los actos durante el mismo otorgados en oposición a aquél son plenamente válidos. Frente al testamento otorgado por uno de los cónyuges durante la separación pierde toda su eficacia el mancomunado. No se trata en este caso de una revocación unilateral, sino de faltar el presupuesto necesario para el revalidamiento del testamento de mancomún, por lo que éste, a pesar de la reconciliación, no recobrará su eficacia. Y ello aunque, según las normas generales, ambos testamentos puedan conceptuarse como compatibles—v. gr.: en el mancomunado se instituye un heredero y en el posterior se respeta tal institución, legan-

(23) Cfr. DE CASTRO: Ob. y vol. cit., pág. 202.

(24) El artículo 247 del Proyecto de 1904 no exigía este conocimiento.

do, además, en favor de otra persona—, pues el mero hecho de disponer algo distinto a lo contenido en aquél implica voluntad disconforme con la común anterior. Únicamente existirá plena compatibilidad—y por ende recobrará su eficacia el testamento mancomunado—si el segundo se limita a reproducir y mantener íntegramente las disposiciones del primero.

Al tiempo de la reconciliación los cónyuges podrán negar la validez del testamento mancomunado, no sólo testando de nuevo, sino también manifestándolo así en el acto en que aquélla se plasma, el cual, por el formalismo que revisten los títulos sucesorios, deberá constar necesariamente en escritura pública aunque no sea testamento, pues no se trata de revocación del anterior, sino de restringir los efectos de una declaración de voluntad: la de reconciliación.

En cuanto a la causa tercera, el problema se plantea con relación a la prueba del conocimiento que tuviera el otro cónyuge de haberse entablado la demanda de divorcio o querrela de adulterio. Según se desprende del texto legal, este conocimiento debe ser real: ni precisa que sea oficial ni basta con que fuere ficticio. Es decir, que si aun sin notificación alguna el cónyuge tuvo conocimiento de haberse iniciado el trámite judicial con la demanda o querrela, el testamento queda revocado por éstas; y que si se le dió traslado o se le notificó tal hecho por los procedimientos rituarios que le dan por enterado y no llegó a él la noticia, el testamento no pierde su eficacia. Al viudo y a los sucesores corresponderá la prueba de tal conocimiento.

El tipo de ineficacia es el de revocación *ope legis*, sin necesidad de interpeleación personal alguna. El testamento tuvo efecto hasta el instante en que se declaró la nulidad del matrimonio, se decretó la separación judicial o se entabló la demanda de divorcio o querrela de adulterio; y a partir de este momento pierde totalmente aquélla, sin distinción alguna. Sufrirán sus consecuencias tanto el cónyuge culpable como el inocente, y ellos como los terceros en el testamento ineficaz llamados. Al contrario de lo que Victoria opina (25), estimamos justa esta solución: si los cónyuges dispusieron en mancomún fué en base de la unidad espiritual entre ellos existente, la cual se demuestra ha desaparecido desmoronándose el edificio testamentario en el que todas sus partes se condicionaban mutuamente y en aquella unidad se cimentaban.

#### ARTÍCULO 19 (CASOS 5, 13 Y 16)

La revocación de que trata este artículo, radicalmente innovador en la materia (26), produce sus efectos como la de todo testa-

(25) *El Apéndice aragonés y la doctrina de la revocabilidad del testamento mancomunado*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1927. 1.º, página 461.

(26) La Observancia 1 *De testamentis* sólo dispensa la irrevocabilidad por el



mento, pero precisa de requisitos especiales, los cuales son distintos, según se otorgare en vida de ambos cónyuges o por el sobreviviente de los mismos.

Viviendo los dos testadores puede revocarse el testamento de común acuerdo o por voluntad de uno solo de ellos. En el primer caso el texto legal se refiere únicamente a que testaren de nuevo en mancomún; sin embargo, creemos que no hay óbáculo para que lo verifiquen por separado, manifestando cada uno de ellos al testar que obra en conformidad con el otro y demostrándose luego así; lo que el Apéndice prohíbe es la revocación independiente y oculta, no otra cosa.

Para la revocación unilateral en vida de ambos esposos se exige que el que la efectúe «antes de verificarlo haya notificado su intención por medio de Notario al otro cónyuge». Requisito que se dobla en dos: de tiempo y de forma.

1.º La notificación ha de ser previa al otorgamiento: la palabra *antes* no deja duda alguna (27). Se precisa que se *haya notificado*, esto es, no basta con el requerimiento al Notario y que éste lleve a cabo más tarde el trámite de la notificación: debe haberse cumplido antes de otorgar el nuevo testamento. Con ello se convierte casi en imposible la revocación cuando el que quiera efectuarla esté en peligro de muerte y durante el período de ausencia del otro cónyuge.

2.º Entendemos que la notificación *por medio de Notario* no puede ser otra que la practicada en el instrumento adecuado: en acta notarial (28). La necesidad de la intervención de este funcionario no cabe interpretarla de otra forma que actuando como tal y con arreglo a las normas que regulan su actuación. Esta buena doctrina sigue la Audiencia de Zaragoza en sentencia de 4 de enero de 1929, pero el Tribunal Supremo discrepó de ella en 26 de noviembre de igual año, alegando que basta la noticia dada por el Notario al otro cónyuge, sin precisarse requisito formal alguno (29).

---

sobreviviente que se limitó a prestar su consentimiento al acto en el cual había únicamente su cónyuge. El Proyecto de 1899 fijó la libre revocabilidad en todo caso (art. 49). Y el de 1904, en cuanto a la revocación en vida de ambos cónyuges, distinguía según hubieran hablado al testar los dos conjuntamente o uno solo de ellos, estableciendo norma similar a la vigente con relación a la revocación otorgada por el superstite (art. 248). Este es el precedente del actual artículo 19, habiendo tomado sus reglas, según los redactores, «de nuestra jurisprudencia sobre la legislación anterior al Código general y de ejemplos tan recomendables como los del Código alemán». (*Exposición de motivos de dicho Proyecto*, pág. LVIII).

(27) Requisito que LACRUZ BERDEJO no estima razonable: *Notas al Derecho de sucesiones*, de BINDER, pág. 125.

(28) En el mismo sentido LORENTE SANZ: *El testamento mancomunado en el Apéndice foral aragonés*, «Primera semana de Derecho aragonés», pág. 142; v MUÑOZ SALILLAS: *Dos interesantes sentencias recaídas en el Juzgado de Primera Instancia de Tarazona, en autos seguidos ante el mismo*. «Anuario de Derecho aragonés», VI, pág. 206.

(29) Igual criterio ha mantenido la Audiencia de Zaragoza en sentencia de

Esta notificación habrá de llegar al destinatario, no bastando la practicada a otra persona en su defecto, conforme a las disposiciones del Reglamento Notarial; su personalísimo carácter lo impide. Por ello será conveniente que en la misma acta se haga constar la certeza de haber llegado a conocimiento del notificado; caso de no verificarse directamente.

Según el texto legal parece ser que ambos cónyuges tendrán la obligación de cumplir con tal trámite, tanto quien lo hiciera primero como el que ya había sido notificado del propósito del otro. Pero con una adecuada interpretación no resulta así: una vez conocida la intención del otro cónyuge por haber sido notificada; el testamento deja de ser mancomunado en su esencia; mientras no las revocaren manteniéndose las disposiciones de los dos testadores como independientes: unidas meramente en su exterioridad formal, pudiendo cualquiera de ellos revocar las que le competen; ha desaparecido aquella esencia de pacto que impedía la revocación por separado, los cónyuges han recobrado su libertad desde que ambos conocen la intención de uno de ellos (30).

Por la simple notificación no queda revocado el testamento: precisase la nueva disposición de última voluntad, cualquiera que fuere su forma y con relación a cada uno de los testadores, pues aunque el Apéndice no lo aclare debe entenderse que cada cual sólo podrá revocar sus propias disposiciones y no el total testamento, subsistiendo las referentes al otro mientras no usare de su facultad de revocarlas—ya libre—y en cuanto no estuvieren explícitamente condicionadas por las de su cónyuge.

De duras críticas ha sido objeto este precepto (31), que a nuestro modesto entender no las merece tanto. El testamento mancomunado no contiene solamente una expresión de voluntad conjunta en la forma, sino que en él hay un implícito y mutuo condicionamiento en todas sus cláusulas; existe una *regulación por ambos* esposos de la *herencia de cada uno* de ellos: quiérase o no implica

20 de febrero de 1948, estimando cumplido tal requisito al estar presente la mujer en el acto de testar el marido, revocando el mancomunado: decisión que LACRUZ califica de equitativa, especialmente si el notificado, al otorgar testamento posterior, revela estar enterado. Notas citadas, págs. 125 y 126.

(30) Por ello el revocante podrá, si sobrevive a su cónyuge y éste no ha modificado sus disposiciones contenidas en el testamento mancomunado, resultar beneficiado por las mismas, sin que el mismo cobre pleno valor con relación al otorgamiento que el viudo verificó en él y, por ende, sea ineficaz la revocación. Los párrafos primero, por una parte, y segundo y tercero, por otra, del artículo 19, contemplan supuestos diferentes. El testamento mancomunado, como tal, ya fué revocado válidamente según el primero; los otros no entran ya en juego: el sobreviviente acepta una liberalidad como si proviniera de cualquier testamento ordinario. Vide en contra, PALÁ: *Observaciones al Proyecto de Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho foral de Aragón*, págs. 57 a 59.

(31) PALÁ: *Observaciones cit.*, págs. 54 y ss.; GARCÍA ATANCE: *Revocación del testamento mancomunado*. «Segunda Semana de Derecho Aragonés», páginas 250 y 55.

un pacto sucesorio con el especial efecto de su revocabilidad (32). Ni el argumento histórico ni el moral de la posible coacción bastan a desprestigiar la construcción legal: aquél, porque no debe impedir las reformas necesarias en bien de la institución; y éste porque en todo caso justificaría la abolición del testamento mancomunado y no solamente de las formalidades para su revocación. A pesar de que la práctica haya demostrado que tal notificación no se efectúa casi nunca (33), optamos por su exigencia: sin ella sí que quedaría el cónyuge inocente a merced del de mala fe. Misión de los Notarios es instruir a los otorgantes sobre las consecuencias de su acto para que elijan entre el pacto sucesorio, el testamento mancomunado o el ordinario, con sus distintos efectos respecto a la revocabilidad. Y sobre ello podemos decir que cuantas veces lo hemos hecho, ambos esposos a dúo—y no uno de ellos llevando la voz cantante—nos han contestado: «Preferimos *ése* que impide que uno lo cambie sin conocimiento del otro». Si el matrimonio está bien avenido, lo prefiere; si no, no van juntos a testar: lo hace cada uno por separado y ocultamente.

Pero también reputamos nosotros necesaria una reforma: la de que sea válida la revocación con tal que se notifique ésta, aun cuando no se hubiere comunicado previamente la intención o propósito de revocar, o cuando conocedor de ella el otro cónyuge, manifestare auténticamente su conformidad o simplemente revocare por su parte también el testamento mancomunado (34). Con ello se evitarían las soluciones injustas a que se puede llegar en casos extremos, habida cuenta de la natural propensión a dejar para última hora estos actos.

Si revocado unilateralmente el testamento mancomunado se revocare a su vez aquél otorgado con tal efecto, expresando la voluntad de mantener el primero, éste recobrará validez en cuanto a las disposiciones del cónyuge revocante, pero no como tal testamento mancomunado; es decir, el otro esposo podrá revocarlo por su parte en cualquier tiempo sin necesidad de notificación alguna, ya que, como hemos dicho, desde que recibió la formulada por su consorte pierde el común instrumento su especial esencia de pacto que impone tales requisitos para su revocación.

La revocación otorgada sin la formalidad de la previa notificación no surte efecto alguno. El negocio es nulo por falta de un requisito formal a él externo, pero integrante del supuesto de hecho complejo y necesario para la validez de la revocación (35). Este especial requisito tiene una finalidad: evitar la revocación separada y oculta en garantía de los derechos del otro cónyuge. Por lo cual, si bien la prueba del conocimiento de la misma no es bastante para suplir la notificación, ni tampoco el que ésta se verifique por otro medio, la conformidad del consorte con la revoca-

(32) LORENTE: Ob. cit., pág. 128.

(33) GARCÍA ATANCE: Ob. cit., pág. 260.

(34) V. PALÁ: *Observaciones* cit., págs. 55 y ss.

(35) Cfr. BETTI: *Teoría general del negocio jurídico*, págs. 347 y ss.

ción que manifiesta conocer hace innecesaria aquélla, confiriendo plena validez a dicha revocación.

Fallecido uno de los testadores, el sobreviviente no podrá revocar el testamento común si no renuncia por completo a los beneficios que le provengan de las disposiciones del finado, pasando aquél a ser irrevocable si el superstite aceptare liberalidad a su favor en su otorgamiento contenida (36).

En el primer caso se precisará definir y liquidar el caudal propio de cada cónyuge testador, si no constare con anterioridad fijado formalmente. Esto es: primero se ha de averiguar con claridad lo que corresponde a cada esposo: se habrá de liquidar la sociedad conyugal; y además el sobreviviente deberá repudiar la herencia de aquél por completo en lo que al testamento mancomunado se refiere y únicamente en cuanto a él: no tiene por qué dejar de aceptar las establecidas en otro testamento o contrato sucesorio que con el de mancomún fueran compatibles. Verificado así, recobra la libertad de disposición de sus propios bienes, entendiéndose por tales no sólo los privativos, sino también su haber en los comunes, pues el término no se emplea aquí en sentido restrictivo, como se hace con referencia a los de la sociedad conyugal (37).

La revocación será ineficaz tanto si no se ha renunciado a los beneficios del finado provenientes a través del testamento—falta de un requisito esencial (38)—como si tales liberalidades ya hubieren sido aceptadas—acto *contra legem*—; y en ambos casos, como en el contemplado anteriormente de revocación en vida de los dos testadores, nula de pleno derecho. Ahora bien, el negocio que la contenga en sí no es inválido: las disposiciones que no afecten a la revocación, que no modifiquen el contenido del testamento mancomunado subsistirán plenamente (39).

(36) Aplicando tal norma la Audiencia de Zaragoza, en sentencia de 28 de septiembre de 1949, declaró nula por causa ilícita una venta de bienes otorgada por el viudo a favor de un hijo reservándose el usufructo, al estimar que encubría una donación *mortis causa* contraria al testamento mancomunado, cuyo contenido había aceptado el vendedor en su beneficio. LACRUZ extiende la irrevocabilidad al caso de existir cláusulas correspectivas, afectando sólo a ellas, excepto si se hubiere concedido a los testadores la libre revocabilidad (notas citadas, pág. 126). Correspectividad que, a nuestro entender, ha de deducirse claramente o constar de modo expreso, pues de lo contrario la inducción tácita podría llevar a encontrarla en todo testamento mancomunado.

(37) En contra: IBÁÑEZ CEREZO: *El testamento mancomunado*. «Segunda Semana de Derecho Aragonés», pág. 256.

(38) Cfr. sentencia de la Audiencia de Zaragoza de 24 de marzo de 1952. Si bien el mismo Tribunal en otro fallo de 23 de diciembre de igual año declaró válido el testamento revocatorio sin tal previa renuncia, hay que tener en cuenta que no existían bienes del premuerto, por lo que holgaba el trámite previo de definir y liquidar el caudal propio de cada cónyuge.

(39) La Audiencia de Zaragoza, en sentencias de 30 de junio de 1934 y 8 de octubre de 1951, declara «originariamente nulo» y «nulo de pleno derecho» al testamento con tal contenido. En todo caso, sin embargo, hay que distin-

En cuanto a la cláusula permisiva de la libre revocabilidad por el sobreviviente con relación a sus propios bienes la reputamos aceptable. Pues si el testador puede conferirle tal facultad respecto a los bienes de ambos designándole fiduciario y concediendo valor únicamente a las disposiciones del testamento mancomunado en cuanto no fueren revocadas por el viudo (40), mayormente podrá permitírsele en cuanto a sus propios bienes soamente (41).

#### ARTÍCULOS 22, 23, 25 Y 26 (CASOS 6 Y 35)

El testamento ante Párroco, de vieja raigambre foral, precisa determinados requisitos concurrentes y posteriores para su validez.

En cuanto a los primeros, son:

1.º *Autorización por el Párroco o quien canónicamente le sustituya en el lugar del otorgamiento.*—Tratándose del testamento de un enfermo asilado en el hospital de Nuestra Señora de Gracia o provincial de Zaragoza podrá autorizarla cualquiera de los Capellanes o Pasioneros del mismo (42).

2.º *Que en la localidad no exista Notario o falte certeza de que llegará a tiempo.*—El supuesto es doble, como la adopción de la partícula disyuntiva *o* lo demuestra (43). De no existir Notario en la localidad puede otorgarse el testamento ante Párroco y aunque no hubiere urgencia de ella o pudiera acudirse al Notario. Por localidad donde éste existe debe entenderse no el lugar, aldea, caserío o barrio, sino el término municipal en que tenga fijada su residencia, mientras la Notaría no esté vacante. La sustitución no implica existencia de Notario cuando la Notaría sustituida no tenga designado titular: si lo hay, por esta razón, y aunque haya nombrado sustituto (44), *existe Notario*. Si el Notario no puede prestar su ministerio por incompatibilidad, creemos, con Rivas Pérez (45), que se debe considerar como si en la localidad no lo hubiere.

Si existe Notaría demarcada en el lugar del otorgamiento y está provista, sólo en el caso de que falte certeza de que el Notario llegará a tiempo puede el párroco autorizar el testamento. Es decir: el testador ha de estar en peligro de muerte, pues si no, no hay razón para temer que el Notario no llegará, debiendo faltar

---

gui: como título formal no será nunca nulo por esta causa, siéndolo únicamente sus disposiciones modificativas del testamento mancomunado anterior. Así opina también LORENTE SANZ en su *Crónica de Jurisprudencia* «Anuario del Derecho Aragonés», tomo VI, pág. 301.

(40) Aplicando conjuntamente los artículos 18 y 29 no hay obstáculo para ello.

(41) Cfr. LORENTE: *Ob. cit.*, pág. 145; LACRUZ: *Notas cit.*, pág. 126.

(42) V. RIVAS PÉREZ: *El testamento ante el Párroco en Aragón*. «Anuario de Derecho Aragonés», 1944, págs. 387 y ss.

(43) RIVAS: *Ob. cit.*, pág. 384.

(44) Artículos 49 y 52 del Reglamento Hipotecario.

(45) *Ob. cit.*, pág. 386.

la certeza de ello. Las circunstancias de cada caso nos darán la solución, llegando a facilitarse de tal modo por ellas este testamento que cabrá incluso en una pequeña población, estando en ella el Notario, cuando no se le encuentre y el peligro sea inminente. La falta de certeza de que llegará a tiempo es requisito de carácter negativo: basta que no se sepa con seguridad si llegará, sin necesidad de razones que lo justifiquen.

3.º «El párroco o quien le sustituya, a seguida de manifestar el testador su voluntad, la consignará en notas escritas, claras y precisas, que firmará. Al pie pondrán también sus firmas, si saben y pueden hacerlo, el otorgante y los dos testigos.» Aplicando analógicamente la doctrina desarrollada en torno al testamento ante Notario, traducimos este requisito en los siguientes:

a) *Manifestación de su voluntad por el testador al Párroco y a dos testigos.*—No se precisa, sin embargo, que se haga conjuntamente a todos ellos: puede haberse entregado minuta previa al Párroco o redactarse por él sin estar los testigos; basta con que se manifieste por el testador a los mismos que tal escrito contiene su voluntad. Los testigos habrán de ser idóneos con arreglo a las normas generales (46).

b) *Redacción del testamento en notas claras y precisas con arreglo a la voluntad del testador.*—Aunque se exprese que es el Párroco quien debe consignarlo no quiere decirse que ha de ser escrito por él personalmente: puede hacerlo otro. E incluso creemos que cabe utilizar un medio mecánico. La redacción no está sujeta a reglas especiales ni precisa formalidad alguna, pero reputamos necesaria la expresión del día, mes y año, por ser requisito general de todo testamento escrito (47). Sólo la falta de precisión y claridad, cuando sea tan grande que impida conocer con certeza la voluntad del testador, producirá la nulidad por contravención de este requisito.

c) *Lectura del testamento y manifestación de conformidad del testador.*—Es requisito ineludible; de lo contrario, no se podría saber si está acorde con la voluntad de aquél ni los testigos cumplirían con su misión. Puede ser verificada la lectura por cualquiera de los intervinientes y aun por otra persona; lo esencial es que todos queden enterados de su contenido, por lo que también cabe que cada uno lo lea para sí. El testador deberá manifestar de forma indubitable su conformidad con el mismo.

d) *Firma del testamento.*—Según el texto legal, deberá firmarlo el autorizante en todo caso, y el testador y los testigos cuan-

(46) La Audiencia de Zaragoza, en sentencia de 20 de febrero de 1948, estimó inaplicables a este testamento las disposiciones a que nos remite el artículo 27.

(47) RIVAS PÉREZ cree también necesaria la expresión de la hora: Ob. cit., pág. 303. No lo estimamos así por tratarse de una solemnidad exigida únicamente en el testamento autorizado por Notario y no en los especiales, como es el presente.

do sepan y puedan. De ahí que para estos últimos no rija la regla general de que uno al menos ha de saber y poder escribir.

e) *Unidad de acto*.—Si bien los precedentes forales son contrarios a ella (48), es requisito esencial de este testamento, porque lo es del otorgado ante Notario, cuyas normas le son aplicables mientras no se establezca la excepción; y lo exige el propio artículo 23 al decir que, *a seguida* de manifestar el testador su voluntad, se extenderá y firmará el testamento. Pero como no hay obstáculo para que previamente se redacte y escriba, entendemos que la unidad de acto sólo se refiere a la lectura, manifestación de conformidad del testador y firma (49).

Todos estos requisitos son esenciales, afectando de nulidad al testamento que no los reuna, si bien éste podrá convalidarse como testamento en peligro de muerte si en él se encuentra el testador y se reúnen dos testigos, uno de los cuales puede ser el propio Párroco. Indudablemente, para evitar la posible nulidad es aconsejable que el autorizante se atenga a las normas notariales (50). Lo que no se requiere es la dación de fe de haberse observado las formalidades legales, ni general ni especialmente, basta con que se demuestre su cumplimiento en la adveración.

Requisitos posteriores al otorgamiento son la adveración y la protocolización, prescindiendo de su conservación y presentación que, *per se*, no influyen en la eficacia del negocio. Se ha de cumplir con todas las formalidades prescritas en los artículos 25 y 26, que se pueden condensar así: práctica de las diligencias ante el Juez de primera instancia o el municipal (comarcal o de paz) en quien delegue; fe del Secretario judicial en todo caso, sin que quepa delegación; unidad de acto en cuanto a la propia adveración, que comprende: constitución del Juzgado, con el autorizante y los testigos, en la puerta de la parroquia o iglesia del hospital; fe de conocimiento por el Secretario, del sacerdote y de los testigos; lectura del escrito testamentario; juramento del Párroco y de los testigos, y firma de todos los asistentes. Declarado el escrito como verdadera voluntad del finado, debe protocolizarse, con las diligencias practicadas, en una Notaria del distrito.

Faltando algunos de los requisitos relativos a la adveración, no puede producirse ésta, sin perjuicio de que posteriormente se intente y logre (v. gr.: aparición del testigo ausente). Pero si ha fallecido el autorizante o alguno de los testigos o no pudieren declarar por cualquier causa, no es posible la adveración: la ri-

(48) La Observación 10 *De testamentis* permitía hacer el testamento en muchos intervalos.

(49) Cfr. CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral*, 5.ª edic., IV, págs. 296 y ss.

(50) Y así, el Ilustre Colegio Notarial de Zaragoza, velando por este testamento, remitió unos formularios a los párrocos aragoneses para que a ellos se atuvieran al redactarlos.

gidez del texto del artículo 25 no permite otra interpretación (51). Para la práctica de tales actuaciones no se señala plazo alguno: pueden verificarse en todo momento; luego este testamento no caduca por el mero transcurso del tiempo (52).

Si el testamento reuniere todos sus requisitos coetáneos, será válido, pero perderá su valor, esto es, caducará, si no llegare a alcanzar los que como posteriores hemos enumerado. La certeza de esta caducidad se logrará al tener la más absoluta de no poder producirse la adveración. Que, en definitiva, queda reducida a una sola causa: fallecimiento del sacerdote o de algún testigo, pues las demás que pudieran impedir la se referirán a los requisitos simultáneos al otorgamiento: a no poderse probar lo que no existió (53).

#### ARTÍCULO 29 (CASOS 3, 7, 17 y 18)

Ha recogido el Apéndice una práctica corriente en Aragón que, si bien encontró amparo en las disposiciones generales anteriores al Código civil, fracasó en Castilla, resultando aquí beneficiosa y loable: el testamento por comisario. Este sólo podrá serlo el cónyuge y no otra persona (54), debiendo sujetarse en el cumplimiento

(51) Cfr. VIDAL TOLOSANA: Ob. cit., pág. 29, y RIVAS PÉREZ: Ob. cit., pág. 397. Igual opinaban FRANCO y GUILLÉN: Ob. cit., art. 366.

(52) Cfr. VIDAL y RIVAS, nota anterior, y especialmente QUINTANA: *Caducidad del testamento otorgado ante Párroco*, «Anuario de Derecho Aragonés», 1944, págs. 365 y ss. Contrariamente el Proyecto de 1899, en su artículo 53, dispuso que este testamento podía «ser declarado ineficaz si se prueba en juicio que el testador pudo otorgar otro, en otra forma, dentro de los dos meses contados desde que salió del peligro de muerte», quizá porque sólo contemplaba este caso de urgencia y no el normal de no haber Notario en la localidad.

(53) Dudosos es la aceptación de esta forma para el testamento mancomunado. Optamos por la solución afirmativa siempre que no haya Notario en la localidad o estén ambos cónyuges en peligro de muerte, pues la falta de certeza de que aquél llegará a tiempo se requiere con relación a cada testador. Vide LORENTE: Ob. cit., pág. 130, y RIVAS: Ob. cit., pág. 386; en contra, IBÁÑEZ: Ob. cit., pág. 251.

(54) El artículo 260 del Proyecto de 1904, del cual tomó sus reglas el 29 vigente, permitía se encomendara la fiducia a cualquier persona o personas mayores de veinte años. Hoy cabe lo mismo en las capitulaciones matrimoniales al amparo del artículo 60 que nos remite al uso local respectivo, con arreglo al cual en el Alto Aragón se encarga la regulación sucesoria, en defecto del cónyuge superviviente o con él, a un Consejo de parientes. ¿Valdrá disposición similar contenida en testamento en comarca donde tal uso impere? Difícil es mantener su eficacia frente al artículo 29, pues le falta el apoyo del 60 al no estar pactada en capitulos. Mas no prohibiéndolo aquél taxativamente y no rigiendo en Aragón el artículo 670 del Código, la solución está en acudir al artículo 6.º del mismo y, por consiguiente, reputarla válida si se prueba la costumbre.

La Audiencia de Zaragoza—sentencia de 15 de marzo de 1949— declara que desde la publicación del Apéndice «no cabe hacer la designación de heredero por medio de fiduciarios comisarios sin intervención del cónyuge sobreviviente», posición radical en la que olvida lo que el artículo 60 dispone, y está en



to del encargo a las normas generales y, además, a las siguientes, en su caso, cuya contravención produce la nulidad radical de lo actuado.

1.º *Necesidad de la asistencia de los parientes designados por el premuerto.*—Aunque se mantenga que la conformidad con la disposición por el viudo efectuada ha de ser coetánea, nada obsta para que su prueba pueda aportarse posteriormente, demostrándose por ratificación otorgada por los parientes. De esta forma se evitará el peligro de incumplimiento ante la inminencia de la muerte del cónyuge fiduciario sin poder reunirse con él los parientes. El otorgamiento sucesivo no debe ser recusado cuando, como en este caso, quien dispone es el viudo y los parientes sólo deben acompañarle en su actuación, lo cual no debemos interpretar como presencia física, sino como asistencia moral: contribución a la voluntad formada y conformidad con ella. Probada ésta, válida es la disposición así efectuada.

2.º *Respecto de los límites por el testador señalados.*—Si se excediere, la nulidad puede afectar a todo el otorgamiento o sólo a parte de él: aquella en que los rebasare (55). En cada caso concreto habrá que examinar si la disposición verificada se opone por completo o parcialmente a la voluntad del testador, y en este último, si la parte restante es susceptible de ser mantenida por separado. Y, además, si las cláusulas contradictorias son nuevas o meramente reducibles en sus efectos.

3.º *Cumplimiento del encargo en escritura pública.*—En cuanto la disposición tenga esta forma, es válida por lo que a este requisito se refiere, ya se trate de testamento, capitulaciones o contrato sucesorio en general. ¿Y los testamentos que no constan en escritura pública? Creemos que también lo son, ya que para surtir sus efectos han de protocolizarse previamente, quedando equiparados con ello a los otorgados ante Notario, aunque con una terminología precisa, que no es la empleada por la ley (56), no se trate de propias escrituras públicas, pero sí de instrumentos con el mismo carácter.

No es preciso que se cumpla con la fiducia en un solo acto: puede y suele hacerse en sucesivos otorgamientos, siempre que cada uno no se oponga a los anteriores (57).

El viudo podrá revocar los testamentos en que hubiere hecho uso de las facultades concedidas, pero no así los negocios *inter*

---

completo desacuerdo con la realidad vivida en el Pirineo aragonés: en las tierras de capítulos. Al casar el Tribunal Supremo este pronunciamiento—26 de mayo de 1952—se mantiene en el campo del derecho anterior al Apéndice, no entrando en la interesante cuestión de la validez en el ordenamiento vigente.

(55) V. gr.: asignación de legitimas en cuantía superior a la fijada por el difunto.

(56) «Elevar a escritura pública» es la frase que emplea la Ley Procesal Civil: Título VI, Libro III.

(57) Así cabe ir señalando dotes conforme se casan o acomodan los hijos y más tarde nombrar heredero.

*vivos*. Estos son irrevocables en todo caso, por disposición tajante de la ley, aunque él sólo interviniera y aún no hubiesen sido aceptados. Únicamente en el supuesto de carencia de efectividad por voluntad al viudo extraña—repudiación de la donación, por ejemplo—podrá disponer de nuevo del mismo objeto. Pero por sí no puede jamás revocar: si lo hiciera, tanto la revocación como la posterior disposición, son nulas de pleno derecho.

#### ARTÍCULO 43 (Caso 8)

No es la finalidad de este precepto regular las reservas hereditarias, sino, conforme al espíritu de libertad del Derecho aragonés, proscribir las legales. Por ello, dispone que «la reserva de bienes no tendrá lugar sino cuando aparezca previamente determinada en instrumento público». Es decir, la reserva no existe en Aragón, pues si se ordena voluntariamente, ya no se trata de este instituto tal como lo concibe el Derecho general de la Nación, sino de una modalidad que afectará a la institución de heredero o al legado, garantizando la conservación de los bienes en favor de un segundo llamado. Estamos, pues, ante una sustitución fideicomisaria o figura similar.

La forma pública es necesaria, como en toda disposición *mortis causa*. Cabrá en capitulación matrimonial o contrato sucesorio—escritura pública en ambos casos—y en testamento. Pero, al requerir el artículo 43 de manera explícita el instrumento público, ¿destierra las formas especiales de testar que, cuando menos inicialmente, no son instrumentos públicos? No lo creemos: hemos de entender por instrumento público todo testamento que revista tal forma, bien desde su otorgamiento, bien por su elevación posterior después de fallecido el testador y conforme a los trámites legales. Otra cosa sería absurdo: así, por llamar el testador reserva a su disposición contenida en forma ológrafa, ésta carecería de validez por imperio del artículo 43, mientras que si la designaba como sustitución valdría con arreglo a las normas generales. No hay que dar al precepto una extensión que no pretende: sólo recusa la reserva legal, la voluntaria seguirá los cauces normales.

En definitiva, estas «reservas» dictadas por el causante quedan sujetas a las mismas formalidades que toda disposición *mortis causa*, siendo, por tanto, radicalmente nulas las que no estuvieren contenidas en capitulaciones matrimoniales, contrato sucesorio o cualquiera de las formas admitidas para testar.

#### ARTÍCULO 44 (Caso 24)

El párrafo segundo del artículo 44 faculta a la mujer casada para aceptar una sucesión sin licencia de su marido. A pesar de su generalidad, entendemos que existen algunos casos en que tal aceptación es anulable por faltar la venia marital.

Cuando la mujer casada acepta una sucesión deferida por la ley, la voluntaria de personas distintas a sus padres (o ascendientes si fuere de ellos sucesora forzosa: art. 30, *in fine*), o la de éstos, cuando distribuyeren los dos tercios de legítima entre los hijos, no precisará tal licencia, pues sólo acata la disposición legal o la voluntad de quien está facultado para disponer como lo hace, sin que implique perjuicio económico para la sociedad conyugal, pues, en todo caso y a tenor del párrafo precedente del comentado, la herencia se acepta a beneficio de inventario (58).

En cambio, si el padre o la madre distribuye su herencia asignando a persona distinta de sus descendientes más del tercio del caudal, sin desheredar legalmente a éstos, la hija casada no podrá aceptar la voluntad de aquél sin autorización marital. Pues con ello implícitamente renuncia un derecho superior: al que tiene sobre toda aquella parte de los dos tercios legítimos deferida a extraños, si se trata de hija única, o a la que de la misma le corresponda proporcionalmente si concurre con sus hermanos o sobrinos. En tal caso, el acto carecerá de un requisito complementario de la capacidad: es, pues, anulable, y debe regirse por lo dispuesto en los artículos 65, 1.301 y concordantes del Código civil.

#### ARTÍCULO 45 (Caso 9)

Su finalidad es la misma perseguida por el artículo 43, con relación a las reservas: rechazar la imposición legal de un instituto no admitido por el Derecho histórico aragonés. Pero, si bien las reservas quedan desvirtuadas al provenir de la voluntad del causante, no sucede así con la colación, que, como tal, puede ser ordenada por éste.

De las dos acepciones en que el Código emplea el término colación (computación para fijar la legítima—art. 818—y aportación a la masa hereditaria de las liberalidades recibidas por el heredero forzoso cuando concorra con otros que también lo sean—artículo 1.035—) es a la última a la que se refiere la regla foral. Pues si admitiéramos la postergación de la colación en su primer sentido—cómputo para fijar la legítima—, la sucesión forzosa a favor de los descendientes en los dos tercios del caudal hereditario quedaría reducida a una mera entelequia al poder ser burrada impunemente por el causante con actos *inter vivos*. Además, la correlación entre el epígrafe del Apéndice que contiene el artículo 45 y el del capítulo V, título III, Libro tercero del Código civil, en el que se regula la colación (*disposiciones comunes a las herencias por—o con—testamento o sin él*, dicen ambos), así lo ratifica, hallando refuerzo en el campo doctrinal que remite el término *colación* al significado que aceptamos.

(58) Por faltar tal perjuicio se suprimió la licencia marital en la aceptación (*Exposición de motivos del Proyecto de 1904*, pág. LXVIII), y por existir continúa exigiéndose para repudiar la herencia.

Si el causante nada dispone, ningún bien es colacionable. Pero puede ordenarlo en «disposición de última voluntad, en capitulación matrimonial o en otro instrumento fehaciente», como reza el texto legal. El problema estriba en cuál puede ser ese *instrumento fehaciente*. Mas, adecuadamente enfocado, desaparece. La colación puede ser dispuesta bien al tiempo de ordenar la transmisión del bien que debe traerse a cuenta, bien independientemente. En el segundo caso, se trata de una pura disposición *mortis causa*, ya que en ella sólo se fijan reglas para distribuir la herencia del otorgante, luego por las normas de éstas habrá de regirse; podrá, pues, estar contenida en escritura de capitulaciones o de contrato sucesorio y en testamento. En el primer supuesto se trata de una cláusula integrante del negocio jurídico—donación, constitución de dote, etc.—por el que se dispone de los bienes a los que aquélla afectará. Por ello, habrá de sujetarse a las formalidades de éstos, pudiendo ser ordenada en documento público o privado, conforme a las reglas que rijan el particular negocio, pero fehaciente en todo caso. Lo cual ya es problema de prueba que queda fuera de nuestro campo.

En resumen: la colación dispuesta por el causante fuera del negocio transmisivo de los bienes a que afecta deberá reunir las formalidades de los actos *mortis causa*; la ordenada como parte, cláusula o condición de tal negocio dependerá de la validez de éste. Y, en uno y otro caso, será nula radicalmente la que no se sujete a la respectiva forma.

#### ARTÍCULO 49 (CASOS 1, 27, 31 Y 34)

El Apéndice concede una más amplia facultad dispositiva al marido con relación a los bienes de la sociedad conyugal que el Código civil. Pero prevé excesos en el uso de las facultades que le reconoce, sancionándolas más o menos explícitamente. En el artículo 49 encontramos tres supuesto de ineficacia de tales actos del marido: la de toda clase de disposiciones sobre bienes inmuebles propios de la mujer; la de liberalidades que tengan por objeto bienes comunes, y la de arrendamientos u otros disfrutes de fincas sujetas al expectante derecho de viudedad de la esposa.

1.º Dice el precepto legal que «sin expreso consentimiento de la mujer, el marido no puede enajenar ni gravar los inmuebles o sitios que pertenezcan privativamente a aquélla». Conforme al texto gramatical, aparece el marido como titular del poder de disposición sobre estos bienes, correspondiendo a la mujer únicamente el derecho a prestar un consentimiento, sin el cual aquél no puede ejercitarse. Pero estamos ante un *lapsus* de legislador: el consentimiento de la esposa no es más que el ejercicio de su facultad dispositiva; aquel poder que a ella como propietaria le corresponde, sin perjuicio de las limitaciones legales por razón de su sexo y estado (59). El mismo artículo nos lo prueba al tratar más adelante

(59) Cfr. nuestro trabajo *Dinámica* etc, pág. 545.

de las «enajenaciones que haga la mujer de inmuebles», enajenaciones que no podría efectuar si el poder de disposición de sus propios bienes, además del de los comunes, estuviere atribuido a su cónyuge (60).

Ergo: si el marido dispone de los bienes inmuebles de su mujer con consentimiento de ésta, lo verificado es válido, pues, en definitiva, ha sido ella quien ha dispuesto; pero si falta la voluntad de la misma, el negocio es nulo de pleno derecho, por carecer el actor del poder necesario para otorgarlo: falta el sujeto preciso para ello (61).

2.º El marido está facultado para disponer de los bienes comunes a título oneroso, sin limitación alguna, salvo el derecho de viudedad de su esposa, cuyo respeto no implica ineficacia (62). Y también, a título gratuito: únicamente se fija la invalidez de las liberalidades «que en cualquier forma hubiere realizado durante su última enfermedad, y también las que otorgare en estado de salud, si retuviere durante su vida la posesión de los bienes en que consistan», declarándolas nulas «en cuanto a la mitad que en estos bienes afecta a la mujer».

Como en el Derecho histórico no estaba prevista la disposición por el marido de los inmuebles comunes, aunque en la práctica se admitiera, los precedentes de esta disposición los encontramos relativamente a los bienes muebles: *non valet* la enajenación por aquél verificada, en perjuicio de la mujer, durante la última enfermedad de la cual falleciere (63), o la otorgada al tiempo de morir (64), ni tampoco, en cuanto a la mitad que a la esposa corresponde, la donación cuando retuviere la posesión de los bienes donados (65).

Comparando tales disposiciones con el texto vigente, vemos que, además de extenderlas a las enajenaciones de inmuebles, se restringen sus efectos invalidantes en cuanto ha de tratarse en todo caso de liberalidades, y sólo afecta la sanción a la mitad de los bienes. El precepto es restrictivo, sin posibilidad de extenderlo a otros su-

(60) Con mayor claridad se desprendía del Proyecto de 1904, al fijar en su artículo 76 norma similar como consecuencia de la conservación por la mujer del dominio de los inmuebles que aportó, expresamente establecida.

(61) Lo dicho es aplicable a los bienes muebles cuyo dominio conserve la mujer por pacto y no se aportaren como sitios ni se incluyeren en la dote. Vide nota 59.

(62) Aunque con ello se contravengan los precedentes forales, en cuanto a los inmuebles comunes cuando menos, según PALÁ: *Posibles aplicaciones del principio de igualdad jurídica entre los cónyuges en una nueva ordenación del Derecho aragonés*, «Anuario de Derecho Aragonés», 1947-48, pág. 24. Contrariamente, la Audiencia Territorial de Zaragoza declaró aplicable en Aragón el artículo 1.413 del Código en sentencias de 23 de octubre de 1907 y 11 de julio de 1908. Vide también LACRUZ: *Observaciones sobre el principio de disposición sobre los bienes comunes*, «Anuario» cit., págs. 433 y ss.

(63) Observancia 1 *Ne vir sine uxore* y 24 *De jure dotium*.

(64) Observancia 1 *De rerum anotationum*.

(65) Observancias 4 *Ne vir sine uxore*, 20 *De donationibus* y 24 *De jure dotium*.

puestos que a aquéllos que con él guarden una clara y comprobada analogía (66).

Para tachar un negocio de ineficaz, conformé a tal regla, se precisa: 1.º *Que se trate de un acto de liberalidad*. Si está encubierto, demostrándolo se sujetará a este precepto, el cual, si la liberalidad fuere parcial, sólo a la parte gratuita será aplicable. 2.º *Que lo otorgue el marido*: a) *durante su última enfermedad*, o b) *reteniendo durante su vida la posesión de los bienes en que consista*. Estas circunstancias se fijan en forma disyuntiva, refiriéndose el Apéndice al expresar «y también» a liberalidades distintas; por ello comprende todas las otorgadas durante la última enfermedad, se retenga o no la posesión de los bienes, y aquéllas en que ésta se retuviere de por vida, cualquiera que fuere el tiempo en que se otorgaren y las circunstancias de salud del disponente. Aunque el texto legal para este segundo caso se refiera a las verificadas «en estado de salud» (67), no implica requisito alguno, sino mera dicción gramatical, contraponiendo este supuesto al anterior: quedan afectas, pues, las liberalidades que otorgare un enfermo reteniendo la posesión vitalicia de los bienes.

Como ya hemos dicho, analógicamente se extenderá la sanción legal a otros supuestos no contemplados claramente por la norma. Entre ellos, las liberalidades otorgadas en peligro de muerte, aun en estado de salud, y aquéllas en que se retuviere la posesión por tiempo determinado que demuestre la prevención de hacerlo para toda o casi toda la vida, y aunque luego no resultare así. Pero no a otros que con aquéllos no guardaren similitud. Ni a los externamente parecidos que no tuvieran la misma razón íntima: así, las liberalidades otorgadas por un enfermo crónico, cuya muerte no está próxima ni él contempla y que fallece más tarde a causa de la dolencia que le aqueja, no son ineficaces, pues la locución «última enfermedad» debe entenderse referida a aquella que produce un peligro de muerte relativamente próximo y previsible. Es la probabilidad de morir en un plazo inmediato lo que da lugar a la ineficacia.

El negocio incurso en la sanción legal es anulable. El marido se excedió en su facultad dispositiva: ha verificado lo que no podía, su actuación adolece de vicio inicial. Sin embargo, la nulidad no es radical, pues la acción para declararla sólo compete a determinadas personas que podrán confirmar el negocio impugnable. Similarmente a lo dispuesto en el artículo 1.413, párrafo segundo, del Código civil, más que ante un negocio nulo nos encontramos ante un acto perjudicial a la mujer o a sus herederos. Pero su ineficacia no estriba en la medida de este perjuicio, sino en las con-

(66) En cambio, LACRUZ opina que la enumeración es sólo *ad exemplum*: *Naturaleza jurídica del consorcio conyugal aragonés*, «Anuario de Derecho Aragonés», 1949-50, pág. 341.

(67) «Aun en estado de salud», decía con mayor claridad su inmediato precedente: el artículo 25 del Proyecto de 1904.

diciones en que se otorgó: dadas éstas, se produce la invalidez en cuanto a la parte de los bienes que a la mujer corresponde. Luego no estamos ante un caso de nulidad ni de rescisión: sus caracteres como de anulabilidad lo configuran. Al cual creemos deberá aplicarse lo dispuesto en el artículo 1.301 del Código civil: la acción durará cuatro años, a contar desde el día de la muerte del marido (68). Pero podrá también ejercitarse antes, cuando, por liquidación de la sociedad conyugal, se fijen los derechos de los partícipes sobre bienes o cuotas concretas de los mismos.

El marido, con relación a los bienes comunes, ostenta una doble titularidad: la que le corresponde sobre ellos en su totalidad como jefe y administrador de la sociedad conyugal—que es de las llamadas por Roca Sastre *titularidades de disposición sin atribución patrimonial* (69)—, y la que le pertenece sobre la mitad de los mismos como condómino. Por lo cual, la enajenación que efectuare, excediéndose en las facultades que como tal marido le concede la ley, será ineficaz por lo que se refiere al total objeto, pero válida en la mitad que del mismo al disponente pertenece; por eso, el Apéndice sólo la declara nula «en cuanto a la mitad que en estos bienes afecta a la mujer».

3.º En su último párrafo, el artículo 49 establece un doble supuesto de ineficacia: de «los arrendamientos u otros disfrutes de fincas propias de la mujer, o de las que estén afectas a su (70) derecho expectante de viudedad», otorgadas por el marido por tiempo que exceda de un año y sin consentimiento de la mujer; y de las anticipaciones de precio o merced de tales disfrutes, en cuanto a ésta perjudiquen.

El segundo es claro en su expresión, pero no tanto en la aplicación práctica. Ha de tratarse de anticipación de precio o merced de arrendamientos o disfrutes que reúnan los requisitos de que luego trataremos, y esta anticipación ha de perjudicar total o parcialmente—«en cuanto» dice el texto legal— a la mujer. Aquí: en la calificación y medida de este perjuicio estriba la dificultad. ¿Cuándo se entiende que el pago adelantado perjudica a la esposa? Indudablemente, queda excluido el caso de haber prestado ésta su consentimiento, expreso o tácito. Y creemos también aquél en que las necesidades de la familia lo aconsejaren. Fuera de ellos, y apartando en dirección contraria el de fraude claro de la mujer, dependerá el dictamen de las circunstancias especiales de cada supuesto concreto.

Los efectos son los de toda rescisión, ya que la acción queda atribuida a una persona—la mujer—en mérito de un perjuicio y por éste limitada. Siendo transmisible únicamente a sus herederos

(68) La enumeración de este artículo no es taxativa. Cfr. BORRELL SOLER: *Nulidad de los actos jurídicos*, páginas 355, 374 y 375.

(69) *Derecho hipotecario*, II, pág. 234.

(70) «Un derecho» en lugar de su derecho reza la edición oficial. El error se comprueba fácilmente por pura lógica y por comparación con el precepto de que se tomó: el artículo 29 del Proyecto de 1904.

si la misma sobreviviere al marido, pues de lo contrario falta su base; en otro caso, estos herederos tendrán las acciones ordinarias para impugnar los adelantos de precio o merced, pero no la especial que nace de este artículo.

La muerte del marido produce la ineficacia de los negocios por él concertados que reúnan estos requisitos: *a*), ser arrendamientos o disfrutes, es decir, tener por objeto el goce de una cosa, constituyendo o no un derecho real: servidumbres personales, usufructo, uso, habitación, enfiteusis, censo consignativo, superficie, precario arrendamiento, subarriendo, aparcería; *b*), tener por objeto fincas—esto es, inmuebles por naturaleza—propias de la mujer o que estén afectas a su derecho expectante de viudedad; éstas últimas son, normalmente, todas las comunes y las propias del marido, con las excepciones prevista en el artículo 67; *c*), otorgarse por tiempo que exceda de un año (71); *d*), no haberlos consentido explícitamente la mujer. (No debe darse un sentido rigorista a esta última condición; normalmente la mujer se entera y está conforme con los disfrutes que su marido concede, especialmente con los más ordinarios no sujetos a formalidad alguna: los arrendamientos; sería, pues, una injusticia alegar que no prestó clara y terminante su conformidad. En estas situaciones ordinarias la carga de la prueba deberá recaer en la mujer, presumiéndose que con su consentimiento se concuyó el negocio. En cambio, si los esposos vivían separados, es el tercer contratante quien debe demostrar la voluntad conforme de la esposa; la presunción es contraria; *e*), que la mujer sobreviviera al marido. La medida está impuesta en garantía del derecho de viudedad: si éste no llega a cobrar efectividad, no tiene por qué aplicarse aquélla. En su caso finirá el disfrute a la muerte del marido como el concertado por todo usufruario, pero no por la causa contemplada en este precepto.

Reunidos los requisitos enumerados, nos encontramos ante un caso de revocación voluntaria; aunque se diga «caducarán», propiamente no se trata de una caducidad, pues la ineficacia no se produce por falta de requisitos posteriores que deban acompañar al negocio en tiempo más o menos determinado, sino que por un determinado hecho—la muerte del marido sobreviviendo la mujer—se atribuye a cierta persona la facultad de hacer cesar los efectos de aquel negocio: se le concede una acción revocatoria sin cuyo ejercicio no habrá lugar a la ineficacia del mismo. Los efectos de la misma será la terminación del arriendo o disfrute, pero en cuanto al colonato creemos subsistirá durante el año agrícola conforme a las disposiciones que lo rigen (72).

(71) Censura VIDAL TOLOSANA (Ob. cit., págs. 43 y 44) que con esta limitación se coloca al marido aragonés en plano inferior al del administrador vulgar, quien puede dar en arriendo por plazo de seis años.

(72) Artículo 9.º de la Ley de 15 de marzo de 1935 y Decreto de 3 de marzo de 1936. Implícitamente lo acepta el Apéndice al no sujetar a la revocación los arrendamientos que no excedan de un año, y expresamente en su artículo 74 con relación a la aparcería y «análogas formas de disfrutes» al extinguirse la viudedad.



En cuanto a las relaciones de esta norma con las legislaciones hipotecarias y especial arrendaticia, sintetizando lo que en otra ocasión dijimos (73), podemos resumirlas así:

1.º La revocación afecta a terceros registrales, pues se trata de una limitación legal que impide entre en juego el principio de fe pública.

2. Quedan sujetos a ella los arrendamientos de fincas rústicas, pues no está amparado el arrendatario por el artículo 27 de la Ley de 15 marzo 1935 y el 9.º de 23 julio 1942, que sólo contemplan el cambio de propietario, sino que analógicamente debe aplicarse el artículo 9.º de la primera; tanto en el caso por él previsto, como en el que nos ocupa, se extingue la titularidad de goce en una persona y se atribuye a otra *ex lege*, no como sucesor del anterior: luego no tiene por qué pasar por lo que aquél verificare.

3.º En cambio, en el arriendo de fincas urbanas el artículo 70 de la Ley 31 diciembre 1946 ordena la subsistencia de la relación contractual en todo cambio del titular arrendador, sin distinguir en cuanto a la clase de titularidad. Por ello manteníamos, en lo que creemos adecuada interpretación del texto legal, que la solución debía ser distinta a la del arriendo rústico, si bien estimábamos que «en buena técnica legal, el derecho contractual del arrendatario no puede prevalecer sobre el derecho familiar del viudo aragonés» (74). Pero hoy cabe ya sustentar con base firme la misma opinión para ambas clases de arrendamiento: la de su extinción al finir el derecho del titular de goce que lo concertó, pues así lo ha declarado el Tribunal Supremo en varias sentencias sobre el arriendo urbano (75), aplicando al mismo el artículo 480 del Código civil, sin que pueda oponérsele el 70 de la LAU, pues al extinguirse el usufructo no cambia el dueño ni el titular arrendador: no hay sucesión, el aforismo *res inter alios...* es aplicable al caso (76).

#### ARTÍCULO 52 (Casos 25, 26, 28 y 32)\*

Siguiendo la línea marcada por los precedentes históricos (77), y frente al régimen general de la Nación, el artículo 52 del Apéndice reconoce la libertad de contratación entre cónyuges, con dos li-

(73) En *Dinámica* cit., págs. 535 y ss.

(74) *Ob. cit.*, pág. 540.

(75) 14 de mayo y 24 de junio de 1952 con relación al usufructo, y 19 de mayo de 1952 respecto a la sustitución fideicomisaria.

(76) No es convincente la interpretación de dicho artículo 70. La muerte del usufructuario implica cambio del titular arrendador, de quien arrendó, cambio en la titularidad de goce de la cosa: esto se ha producido, *ergo* dicho artículo es aplicable. Lo corrobora el no respetar expresamente la doctrina del artículo 480 del Código, como hace la legislación del colonato. El choque con la milenaria institución del usufructo también se ha producido con la *más milenaria* de la propiedad; en ambas las circunstancias han dado el triunfo al derecho del arrendatario en el campo legal.

Esto no obstante, la posición de nuestro más Alto Tribunal merece todos

mitaciones respectivamente fijadas: la primera en defensa de los derechos de los legitimarios y en conformidad con la clara ordenación de sus derechos en el nuevo régimen; y la segunda, nacida del Fuero 1 *De contractibus coniugum*, y de la Observancia 1.ª *De jure dotium*, en garantía de la conservación de la dote.

Dispone el artículo 52, relativamente a la primera limitación, que «no existiendo descendientes o bien dejando a salvo los derechos legitimarios que a éstos correspondan, según el estado de familia cuando ocurra el otorgamiento, valdrán la dote, la donación o la venta otorgada por el marido a favor de su mujer, y también, con la dicha salvedad, valdrán las donaciones que la mujer haga de sus bienes privativos al marido». Dos puntos interesan en ella: negocios a que afecta y tiempo en que se deben fijar los derechos de los legitimarios.

Si bien cuando la disponente es la mujer el texto legal habla sólo de donación, estimamos recíproca la norma: marido y mujer pueden otorgarse donación, dote (78) o venta, plenamente válidas, si el enajenante carece de descendientes, y solamente eficaces en cuanto dejen a salvo la legítima de los mismos, si existen. Permittedose donar a la mujer, es absurdo negarle la facultad de vender porque el texto legal no la mencione; y si la venta del marido a su esposa está afecta a restricciones, por la misma razón ha de sufrirlas la que ésta otorgue a aquél.

El peligro no estriba sólo en los actos a título gratuito, también en las disposiciones onerosas. Pues la venta de una finca de un conyuge a otro dará a su objeto carácter de privativo del adquirente, si así lo conviniere, quedando el precio como bien común, si otra cosa no pactaren, con lo cual se reduce en la mitad de su valor el caudal hereditario del vendedor. Pero si, por pacto, se produjere una plena subrogación, no habrá lugar a la limitación del artículo 52, siempre y cuando no se encubriere una liberalidad y no se perjudicare a los legitimarios.

En cuanto al segundo punto, el precepto dispone que se han de dejar a salvo los derechos legitimarios que correspondan a los descendientes según el estado de familia cuando ocurra el otorgamiento. Luego no hemos de medir la ineficacia del acto con referencia al día de la muerte del disponente y consiguiente perfección de los derechos de los sucesores forzosos, cual ocurre con las donaciones inoficiosas en Derecho común, sino a aquél en que la disposición se verificare. De ahí que: 1.º, si no hubieren descendientes al otorgarla es plenamente válida, aunque luego sobrevinieren y por ello se mermaren sus normales derechos como legitimarios; 2.º, la le-

los plácemes al seguir una trayectoria cada día más acusada: la de hacer prevalecer la equidad sobre la letra de la ley cuando una interpretación más o menos forzada de ésta lo permita.

(77) Fuero 1 *De contractibus coniugum*; Observancias 1, 25, 38 y 58 *De jure dotium* y 5 *De donatiombus*.

(78) En las capitulaciones arto-aragonesas se encuentran casos de dote del marido.

gítima de los descendientes se fijará con relación al patrimonio del enajenante en el día de su otorgamiento, prescindiendo de las oscilaciones del mismo en el interregno hasta su muerte. Señálase sólo con relación al tiempo del otorgamiento el estado de familia y no la situación del patrimonio, pero también se debe deducir, ya que si un cónyuge puede disponer de todos sus bienes, por no tener hijos en aquel momento, lógico es que, por tenerlos, sólo entonces pueda hacerlo del tercio de la total masa.

Tres aclaraciones precisa lo anteriormente expuesto: que al concebido al otorgar la disposición se le debe tener por nacido a efectos de limitarla, si naciere con las condiciones legales; que no puede computarse la parte de libre disposición en cada otorgamiento, olvidando los verificados antes, pues de esta forma llegaría a agotarse el patrimonio: al tiempo de cada una se debe computar las realizadas con anterioridad, y que el derecho de los legitimarios no se perfecciona hasta la muerte del padre o la madre, luego aunque se hubiere llevado a cabo una enajenación rebasando los límites fijados, si al tiempo de la muerte del disponente no quedaren sucesores forzosos del mismo o aquélla cupiere en el tercio de libre disposición, será plenamente válida.

El negocio que excediere en su objeto del tercio del patrimonio será ineficaz en cuanto al exceso, y lo será también totalmente el otorgado cuando dicho tercio ya se agotó. Ineficacia producida por el perjuicio de terceros: los legitimarios del marido o de la mujer. Por ello, al igual que las donaciones inoficiosas (79), lo encuadramos en el campo de la rescisión. Cuya correspondiente acción sólo podrá ser ejercitada por el perjudicado en su derecho: por los legitimarios llamados a título universal o a una cuota-parte de la legítima, o por todos ellos si ninguno hubiere sido designado sucesor en la total herencia.

Verdad es que, al calificar de rescindible el acto, se debilitan las garantías de los descendientes frente al muro de la protección al tercer adquirente, pero no debemos olvidar que lo mismo sucede con las donaciones inoficiosas e igual meta ilícita se alcanza mediante la enajenación onerosa a tercero y subsiguiente desaparición del precio, sin que para ello tengamos algún remedio con verdaderos efectos.

El artículo que comentamos continúa diciendo: «Esto no obstante, cuando sean objeto de la donación bienes sitios o inmuebles que la mujer haya recibido como dote o como *firma de dote*, y cuando sobre tales raíces la mujer constituya a aseguramiento por negocio que no sea conocidamente de utilidad del matrimonio, el otorgamiento no será válido si no interviene el consejo favorable del padre; en defecto de éste, el de la madre, y a falta de ambos.

(79) Cfr. ROCA SASTRE: *Notas al Derecho de sucesiones de KIPP*, 2.º, página 351. El Proyecto de 1904 concedía en tales casos la misma acción que para la declaración de inoficiosidad de las donaciones: art. 243, 3.º, en relación con el 191, 1.º

el de los dos más próximos parientes de la esposa otorgante, varones y mayores de edad.»

Este precepto se refiere únicamente a los bienes raíces, no a los muebles aportados como sitios, como lo demuestra su falta de aclaración en este punto y la equiparación que implícitamente establece entre los términos *sitios o inmuebles y raíces*. Pero la hipoteca constituida en garantía de una aportación mobiliaria es un bien inmueble; por ello su disposición queda sujeta a las normas del presente artículo (80). Afecta a toda clase de inmuebles dotales, sin restringir su aplicación al *axovar* y *firma de dote* como hace el artículo 61; sin embargo, hubiera estado más acorde con la realidad jurídica limitarlo al *axovar* y a la *firma de dote* entregada como recompensa al mismo; no creemos que fuera otra la finalidad de los precedentes históricos que la de evitar la salida de los bienes de la familia, esto es, de los que se entregan a la mujer a *propia herencia suya y de los suyos* (81).

Los parientes que han de intervenir en defecto de los padres han de ser varones, los más próximos en grado y mayores de edad. Con estos requisitos bien puede suceder que haya más de dos que los reúnan. Para elegirlos entonces debe darse preferencia a los de más edad, por analogía con el artículo 58 y con las normas consuetudinarias del Consejo de parientes (82).

En definitiva, este precepto viene a decir que: 1.º Para que la mujer pueda donar o vender (83) a su marido bienes inmuebles de la dote o *firma de dote* precisa el consentimiento de su padre, madre o parientes, según el orden legal de llamamiento. 2.º Si se trata de aseguramiento por negocio que no sea conocidamente de utilidad al matrimonio, se precisará igualmente el consejo favorable de tales personas. 3.º Si el aseguramiento es por negocio de conocida utilidad para el matrimonio, podrá constituirlo la mujer sin intervención de tercera persona. En cuanto a los demás actos relativos a esta clase de bienes, habrá que atenerse a lo dispuesto en el artículo 61, no rigiendo para ellos estas normas (84).

No interviniendo el consejo favorable de la persona o personas llamadas a prestarlo, los actos realizados en los dos primeros supuestos serán anulables. Se trata de un especial complemento de capacidad: la facultad dispositiva de la mujer está condicionada al consentimiento de ciertas personas, sin que la ley establezca expresamente la nulidad de lo verificado sin él, sino únicamente su invalidez. Negocio anulable cuya acción para impugnarlo

(80) Y así lo establecía el artículo 98 del Proyecto de 1899.

(81) Sobre la confusión de estos conceptos en el Apéndice, cfr. PALÁ: *Observaciones* cit., pág. 86 y ss.

(82) Aplicadas estas últimas por el Tribunal Supremo en sentencia de 26 de mayo de 1952.

(83) Pues, si, por permitirse la donación, hemos dicho que cabe la venta, a ésta deberán aplicarse las mismas garantías que a aquélla.

(84) Como ya declaró, refiriéndose al Fuero I *De contractibus conjugum*, la sentencia de 31 de octubre de 1914 de la Audiencia de Zaragoza.

prescribe a los cuatro años desde la disolución del matrimonio, correspondiendo exclusivamente a quienes tengan en ello interés: los llamados a prestar el consentimiento necesario, la mujer o sus herederos y los reversionarios de los bienes (arts. 1.031 y 65 del Código civil en relación con el que comentamos).

Más difícil es la solución en el supuesto de ineficacia contemplado en el caso tercero: que, tenido un negocio como útil al matrimonio, se hayan asegurado inmuebles dotales en su garantía sin intervención del padre, madre o parientes, y más tarde se demuestre que aquél no era de la utilidad que aparentaba. ¿Qué sucede entonces? En primer lugar, la ley exige claridad, en cuanto a dicha utilidad para el matrimonio, del negocio que se asegura: si éste *conocidamente* no la tiene, estamos en el caso segundo, el negocio es anulable. Pero si en un principio—al tiempo de otorgar el aseguramiento—tal negocio aparecía como de clara utilidad, no nos encontramos ante un caso de nulidad relativa, pues se otorgó conforme a las prescripciones legales que no exigen formalidad especial alguna; se trata de un negocio contrario a la finalidad y destino atribuidos a los bienes dotales y, por ende, perjudicial a las personas cuyos actuales o expectantes derechos se defienden con ello: es la rescisión su tipo de ineficacia.

Entre los casos 2.º y 3.º existe una zona ambigua difícil de dilucidar: los Tribunales en cada caso deberán pronunciarse por la anulabilidad o la rescisión, sin olvidar que el adverbio *conocidamente* impone cierta diligencia en el tercer contratante, el cual ha de calificar por sí y conforme a las normas reguladoras de la sociedad conyugal la utilidad del negocio que se asegura.

#### ARTÍCULOS 54 Y 72, 6.º (CASOS 2 Y 29)

El artículo 54, después de permitir al viudo la disposición gratuita de los bienes comunes y privativos del difunto en los términos que seguidamente estudiaremos, dispone que «en los demás casos no podrá enajenar ni gravar bienes raíces o inmuebles sin el consentimiento de los copartícipes, debidamente representados o asistidos los que no tengan capacidad plena». Como en otros lugares, el texto legal usa la palabra *raíces* para separar aquellos bienes muebles que por pacto tengan la consideración de sitios: se refiere únicamente a los inmuebles por naturaleza. De los muebles podrá disponer el viudo en su calidad de administrador.

Lo otorgado sin intervención de algunos o de uno solo de los copartícipes es radicalmente nulo, pues falta el consentimiento de uno de los comuneros, no pudiendo disponerse sin él de los bienes de la sociedad continuada ni de cuotas indivisas de los mismos, ya que, tratándose de una comunidad de tipo germánico (85), hasta su disolución no puede saberse a quién corresponderá cada uno

(85) Por su regulación legal es más fácil encuadrar en la *gesamnte Hand* a la sociedad continuada que a la conyugal. DE CASTRO califica como tal a aquella solamente: *Derecho civil de España*, 2.ª edic., I, pág. 582, nota 3.

de los bienes que son su objeto. Luego, para la validez de la disposición se precisa en primer lugar saber quiénes son los herederos del finado; sin esto no puede averiguarse si todos los copartícipes han intervenido.

Excepción de esta regla son las disposiciones de bienes comunes verificadas por el viudo en favor de los hijos, al que también se le concede pueda otorgarlas de bienes del difunto, dentro de los límites legales en cada caso. Esta facultad, que la Compilación de Huesca negaba al cónyuge superviviente, a menos que por el premuerto la tuviera concedida (86), le fué más tarde atribuida por las Observancias 12, *De donationibus*, y 15 y 17, *De jure dotium*, siendo recogida en el vigente Apéndice en dos de sus artículos, con mutación de los respectivos requisitos, pues si antes la donación de bienes comunes debía hacerse con ocasión de matrimonio y presuponia la existencia de otra análoga en favor de hijo que casó en vida de ambos padres (87), mientras que la de los bienes privativos del difunto quedaba al libre arbitrio de su viudo (88), hoy aquellas limitaciones vienen referidas a estos últimos bienes, según el tenor de la Ley:

Artículo 54, § 4.º: «Podrá además—*el cónyuge sobreviviente*—, durante la dicha continuación—*de la sociedad conyugal*—, arregladamente a lo que se dispone en el artículo 72, norma sexta, asignar legítimas donaciones o dotes, con los bienes comunes, a los descendientes habidos con el finado consorte, que sean sucesores forzosos de éste, para ayudarlos a negociar por cuenta propia o vivir con independencia o con ocasión de contraer matrimonio o de ingresar en religión.»

Artículo 72: «Sexta. El viudo, a expensas de los bienes comunes, y aun de los que fueron privativos del cónyuge finado, mientras unos y otros estén indivisos, puede, con ocasión de casarse un hijo o hija de ambos, hacerle donación análoga a la que marido y mujer hubieren otorgado a favor de hijo o hija casados durante el matrimonio. A falta de este precedente, la tal donación no podrá comprender bienes privativos del cónyuge difunto.»

No creemos acertada la regulación por partida doble de esta especial facultad del viudo; mejor hubiera sido hacerlo en un solo precepto, delimitando con claridad los requisitos necesarios para ejercitarla según los diversos supuestos y la distinta naturaleza—común o privativa—de los bienes que fueren su objeto, con lo que se hubiera ganado en claridad. Requisitos que, según se desprende de aquellos textos, son los siguientes (89):

(86) Fuero 213 del ma. 207, según LACRUZ: *Fueros de Aragón hasta 1265*, «Anuario de Derecho Aragonés», 1945, pág. 301.

(87) Observancias 12 *De donationibus* y 15 *De jure dotium*.

(88) Observancia 17 *De jure dotium*.

(89) Ver sobre esta materia el trabajo de LACRUZ: *Algunas observaciones sobre la facultad que conceden al cónyuge continuador de la comunidad los artículos 54 y 72-6.º del Apéndice*, «Anuario de Derecho Aragonés», 1947-48, págs. 133 y ss., al cual nos referimos en las notas siguientes.

1.ª *Que se trate de una liberalidad.*—De «asignar legítimas, donaciones o dotes» habla el artículo 54, y de «donaciones», el 72. Pero en ambos casos la palabra *donación* debe entenderse en sentido lato y no en el estricto de negocio transmisivo de propiedad que emplea nuestro Código civil. Indudablemente puede el viudo liberar a su hijo de su deuda con relación a la sociedad conyugal o al padre difunto, o concederle gratuitamente un crédito o fianza; no vemos razón para negar tales actos al supérstite.

Pero en todo caso creemos que debe tratarse de negocio *inter vivos* y no *mortis causa*. Sin embargo, al permitir el primer artículo *asignar legítimas*, parece que implícitamente se concede la facultad de verificarlo por testamento. No es así, pues, cómo la liberalidad ha de surtir efectos inmediatos para cumplir con los fines que la posibilitan, queda recusado este medio, salvo algún caso excepcional: testamento con defunción que se supone será inmediata o casi inmediata y así sucede (90).

Sólo se permite asignar legítimas en cuanto a los bienes comunes y no respecto a los privativos del difunto. Es lógico: el viudo puede disponer de unos y de otros, pero sólo señalar las legítimas que en su herencia corresponda a los descendientes, y no en la del difunto (91). Y ello ha de hacerlo con bienes propios; por eso puede asignarla con relación a los comunes, de los cuales le pertenece una parte, y no en cuanto a los del difunto, que, en su totalidad, no son suyos.

2.ª *Que disponga el padre o madre supérstite en favor de descendientes habidos con el difunto que sean sucesores forzosos de éste.*—No cabe que el viudo disponga en favor de hijos del finado de otro matrimonio: los textos legales son claros. El artículo 72 habla sólo de hijo o hija, mientras que el 54 se refiere a todo descendiente que sea legitimario del fallecido, dando, pues, entrada a los nietos que representen al hijo premuerto. La distinción legal la creemos aceptable (92): en el caso del artículo 54 bien puede hacerse donación a un nieto para ayudarle a vivir con independencia o negociar por cuenta propia o con ocasión de ingresar en religión, mientras que el artículo 72, ceñido exclusivamente al matrimonio, no puede ser de aplicación, ya que, precisándose la boda del hijo para que exista nieto legítimo, o ya se le hizo tal donación o se manifestó voluntad contraria al no dársele nada, por lo cual no deberá tampoco recibirla quien ocupa su lugar.

La viudez del supérstite no es requisito esencial; lo será según el caso, como seguidamente examinaremos, la continuación de la sociedad y el disfrute de la viudedad, pero ambos pueden subsistir a pesar de las nuevas nupcias: por acordarlo todos los parti-

(90) Cfr. LACRUZ: Págs. 144 y 145.

(91) Prescindiendo, claro es, del caso de haber sido designado fiduciario por aqué.

(92) No muy claro se pronuncia LACRUZ (págs. 142 y 143) por la admisión de los nietos como donatarios cuando representen al hijo que premurió al cónyuge difunto.

cipes en cuanto a la primera (art. 53, *in fine*) y por haberlo permitido el difunto en cuanto al segundo (art. 73, núm. 8.º) (93). En cambio, *la privación de la patria potestad extingue esta facultad legal*, pues ella implica una confianza en el viudo que la ley o los Tribunales le niegan como padre o madre. Claro es, ha de ser a título de sanción y no comprende la extinción normal: por emancipación o mayor edad de los hijos (94).

3.º *Que no exista disposición contraria del difunto*.—Pues en tal caso el sobreviviente no puede atribuir bienes cuyo destino ya fijó aquél. No se expresa este requisito en los textos legales; es más: podría entenderse. Se excluido en cuanto sólo se exige la masa indivisa, la cual puede existir tanto en la sucesión testada como en la intestada. Sin embargo, está latente en el espíritu de la norma que quiere adecuarse a una voluntad sobreentendida de los padres, pero no pretende violentarla, cual sería mantener en el viudo tal facultad a pesar de la contraria expresión del difunto (95). Quien podrá no sólo enervarla disponiendo de todos sus bienes o de algunos en concreto—y respecto a ellos únicamente en este caso—, sino también prohibiendo su ejercicio formalmente.

4.º *Que exista sociedad continuada en todo caso y, afectando la disposición a bienes privativos del difunto, no haya perdido el superviviente su derecho de viudedad*.

En cuanto a lo primero lo exige claramente el artículo 54, y aunque del 72 pudiera deducirse que solamente se requiere la indivisión de los bienes de que se dispone, en una amplia interpretación de su contexto, y, por tanto, caber la donación de los privativos del muerto indivisos entre sus sucesores a pesar de la disolución de la sociedad conyugal; creemos que la indivisión ha de afectar a todos los bienes—*unos y otros* es la expresión literal—, y, por tanto, se precisa la continuación de la sociedad (96). Sólo en el caso de disolución de la misma por carencia de bienes fructíferos o saldo deficitario (art. 53, § 4.º) subsistirá esta facultad en favor del sobreviviente, pues no se ha dividido el haber común, que es el presupuesto negativo de su existencia.

Con relación al segundo presupuesto—vigencia del derecho de viudedad—, no es necesario cuando se dispone de bienes comunes. Aunque el artículo 54 nos remita al 72, no todos los casos de aquél están comprendidos en éste, sino solamente uno de ellos: la donación por razón de matrimonio. Ni a la efectuada para ayu-

(93) En contra LACRUZ: Pág. 142.

(94) Cfr. LACRUZ: Págs. 137 y 138.

(95) En igual sentido, LACRUZ: Págs. 139 y 140.

(96) Cfr. LACRUZ: Págs. 140 y 141. Frente a este autor creemos que si se ha designado heredero del difunto, y a pesar de la comunidad familiar de vida y trabajo, no subsiste esta facultad *ex lege* a favor del viudo. Podrá actuar de modo similar si se lo permitió el cónyuge heredante o testador o si él mismo se lo reservó al designar heredero en uso de las atribuciones por aquél concedidas; pero en ambos casos estará en la voluntad del muerto y no en la permisón legal la fuente de lo verificado.



dar al hijo a negociar por cuenta propia, o vivir con independencia, ni a la otorgada con ocasión de ingresar en religión será aplicable, pues, este último precepto. Por lo cual, con arreglo al 54, no se precisará la subsistencia del derecho de viudedad. Pero no sólo respecto a estos casos, sino que también con relación al de donación de bienes comunes por razón de matrimonio, pues sería absurdo requerirlo en éste y no en aquéllos, cuando todos son tratados en un plano de igualdad por el artículo 54, simplemente porque el 72 contemple sólo el último supuesto.

Ahora bien, al disponer el viudo de los bienes privativos del premuerto lo hace al amparo del artículo 72, y éste trata del «ejercicio de los derechos y el descargo de las obligaciones del supérstite, *locantes a la viudedad*», siendo uno de tales derechos el de poder verificar donación de los bienes del difunto. Luego de la misma es presupuesto necesario la existencia del derecho de viudedad, pues de él emana, además de la sociedad continuada, como ya hemos visto.

5.º *Que, cuando fueren su objeto bienes comunes, la donación se verifique con ocasión de ingresar en religión o contraer matrimonio el donatario, o para ayudarle a negociar por cuenta propia o vivir con independencia (art. 54), sin que se precise precedente alguno con relación a otros hijos (art. 72, 6.º, in fine), y si recayere sobre bienes privativos del difunto, se otorgue con ocasión de casarse el hijo o hija y sea análoga a la que el marido y mujer hubiesen otorgado a favor de hijo o hija casados durante el matrimonio (art. 72).*

De la redacción de ambos preceptos se deduce que la cuantía de la liberalidad está limitada por su fin. Si existe precedente de donación a otros hijos en vida de ambos padres, con arreglo al mismo se fijará aquélla: aunque el Apéndice lo refiera a las donaciones por matrimonio, equitativamente debe extenderse tal regla a los otros supuestos. Pero sin que por ello quiera decirse que la donación ha de ser idéntica a la anterior, sino proporcionada a ella en vista de las circunstancias de cada caso. Si no existe precedente, la costumbre del lugar, el número de legitimarios y su situación económica, la fortuna de la familia, lo que por ella haya trabajado el donatario, las necesidades que tiende a cubrir la liberalidad, etc., nos señalarán su límite (97).

Los cinco requisitos enumerados forman dos grupos: unos condicionan la existencia de este especial poder de disposición y otros fijan los límites de su ejercicio. Aquéllos están resumidos bajo los números 1.º al 4.º; sin ellos no existe tal poder: el acto es

---

(97) Cfr. LACRUZ: Pág. 145. El artículo 42 del Proyecto de 1904 ordenaba atemperarse «respecto de la cuantía de tales liberalidades a los precedentes que hubiera en la familia en casos parecidos»

nulo y cae en el campo general, fuera del ámbito de nuestro estudio.

Los segundos—condensados bajo el número 5.º—delimitan el poder de disposición del viudo en relación con la finalidad que debe cumplir, fijándose por ellos no sólo cuándo puede usarse, sino también qué bienes son susceptibles de ser su objeto y cuál ha de ser su cuantía. Límites imprecisos todos ellos (98) que tienen su causa: evitar que el viudo se exceda en sus facultades en perjuicio de los restantes hijos (99). Al igual que las donaciones verificadas por el causante son reducibles e incluso totalmente ineficaces cuando mermen los derechos de los legitimarios, así las que contemplamos podrán ser reducidas o invalidadas si men las atribuciones que la ley le concede. En el Derecho histórico fué ampliándose el poder de disposición del cónyuge supérstite, quien, al usarlo ilimitadamente, venía a ser un fiduciario *ex lege* del difunto. Pero el Apéndice ha querido cortar con los posibles abusos, señalando un límite a los actos de aquél. En su realización histórica la norma vigente no implica una ampliación de facultades hasta un tope que no puede saltarse, sino una fijación del mismo en defensa de los derechos de los otros hijos. Quienes, si el viudo lo rebasare, podrán atacar lo efectuado por él a través de la acción rescisoria que como perjudicados les compete y en razón y proporción de su perjuicio.

La expuesta opinión nos conduce a sustentar otra, en realidad atrevida, que estimamos acorde con el espíritu del Derecho aragonés—atribuir las mayores facultades al viudo—, el de la costumbre de la comarca en que la hemos llevado a la práctica—mantener la indivisibilidad del patrimonio familiar—y el de los artículos del Apéndice que comentamos—limitar las facultades del viudo en protección de los otros hijos—. Es la de que, estando conformes todos los sucesores forzosos del difunto, y a falta de disposición de éste, podrá su viuda por medio de donaciones distribuir entre aquéllos libremente los bienes del muerto, incluso asignándolos todos a uno solo de los legitimarios, quien prácticamente será el heredero de la *casa*, aunque a título de tal no los reciba. En tal caso, no rebasa el donante los límites fijados a su poder de disposición; lo que sucede es que éstos han desaparecido al cesar la razón de su existencia: la protección de los demás hijos.

En definitiva, ¿qué se ha logrado con ello? Evitar el expediente judicial de declaración de herederos y, además, según los casos, la partición de herencia, la repudiación por algunos herederos y las compensaciones a éstos. O sea, que, admitiendo nues-

---

(98) Únicamente encontramos una regla clara: que sin precedentes no cabe la donación de bienes privativos del difunto.

(99) La Observancia 12 *De donationibus* disponía que había de quedar una parte igual a lo donado, poco más o menos, para los demás hermanos.

tra solución, se llega al mismo puerto con ahorro de trabajo, tiempo y dinero. ¿Por qué, pues, no acogerla? El principal obstáculo para el Notario autorizante y la calificación registral está en el precedente necesario si la donación tiene por objeto bienes privativos del difunto. Pero ningún precepto legal exige que se demuestre la realidad del mismo: basta con la declaración de los interesados, la cual, si es falsa, arrastrará en su caída al negocio que en ella se basa. Mas, aun en este caso, la acción para impugnarlo sólo está atribuida a los posibles perjudicados, a los sucesores forzosos del difunto, quienes han prestado su conformidad a la donación otorgada por el viudo; luego ésta es inatacable: en buena hora pueden, pues, autorizar el Notario, inscribir el Registrador, entregar los depósitos los Bancos, etc.

Nuestra posición se refuerza cuando tal acto se verifica en capitulaciones matrimoniales, ya que en este caso queda amparada por el principio *standum est chartae* (art. 59).

En cuanto a la exigencia de declaración judicial para inscribir bienes inmuebles procedentes de quien falleció sin disponer, hemos de decir que se refiere únicamente a los adquiridos por herencia intestada (art. 79 del Reglamento Hipotecario) y no por otro título—donación en nuestro caso—, sin olvidar la tendencia contraria a este procedimiento manifestada ya por parte de la doctrina (100) e incluso por la jurisprudencia registral (101).

Por este camino pudiera llegar a admitirse en Aragón una fiducia *ex lege* (102), que precisa la conformidad de todos los interesados para ser actuada, suprimiéndose con el tiempo la expresión del precedente y del motivo de la donación, así como también que sea necesariamente por razón de matrimonio en el caso del artículo 72. Esto es, que el viudo y los hijos—o nietos—lleven a cabo, acomodándolo a su voluntad e interés, lo que la Ley encomienda al Juez. ¿Y por qué no? Está de acuerdo, al menos en algunas zonas, con una naciente costumbre y con el sentir del pueblo, dándose así mayor facilidad para mantener la cohesión familiar y el patrimonio casal; el acto es inatacable, pues entregaron sus armas los únicos que de ellas disponían; y la ley, con una interpretación extensiva, lo ampara, adecuándose equitativamente a inmediatos precedentes históricos (103). Bien ganado sería el triunfo de una labor de los juristas en este sen-

(100) El II Congreso del Notariado Latino aprobó la aplicación de las actas de notoriedad a las declaraciones de herederos. Sobre su posibilidad legal en España, cfr. NAVARRO AZPEITIA: *Actas de notoriedad*, «Anales de la Academia Matritense del Notariado», I, págs. 74 y ss.; GIMÉNEZ ARNAU: *Introducción al Derecho notarial*, págs. 309 y ss., y en sentido negativo, DE LA CÁMARA: *Valor jurídico y aplicaciones de las actas notariales de notoriedad en el Derecho español*, págs. 39 y ss.

(101) Resoluciones de 19 de octubre de 1949 y 24 de febrero de 1950.

(102) Es decir, confianza legal por presumir tácitamente la personal entre cónyuges.

(103) No olvidemos que la Observancia 17 *De jure dotium* concedía una limitada facultad al viudo con relación a los bienes privativos del difunto.

tido: la consagración de una costumbre—naciente y latente, repetimos—que algún día pudiera ser ley (104).

Como requisitos necesarios para esta especial donación, además de los cuatro primeros del supuesto general, ya vistos, se precisará: que todos los herederos forzosos del difunto presten su conformidad, y que se otorgue en escritura pública, dada su similitud con los títulos sucesorios, especialmente con el heredamiento.

#### ARTÍCULO 58 (CASOS 4, 10 Y 21)

Tres distintos supuestos de ineficacia contempla el artículo 58: 1.º De las capitulaciones por falta de forma. 2.º De su novación por no intervenir determinadas personas. 3.º De aquellos pactos de la novación que vulneren derechos adquiridos por terceros.

En cuanto al primero, se exige como requisito formal de las capitulaciones la escritura pública. Requisito que adquiere por tal vocación la categoría de esencial, cuya falta producirá la nulidad del negocio. Dado lo terminante del precepto, no cabe distinguos (105): apórtense bienes muebles o inmuebles, la autorización por Notario es ineludible; el empleo del término *escritura pública* restringe el documento público al fedatado por el depositario general de la fe pública, descartando incluso la excepción que el artículo 1.324 del Código civil establece. Lo dicho es aplicable tanto a las primeras capitulaciones como a las segundas o posteriores que las modifiquen total o parcialmente, y también a aquellos pactos—novatorios o no—que versen sobre el carácter de ciertos bienes, a los que es aplicable lo dispuesto en el artículo 48 *in fine* (106).

En cambio, nada se dispone respecto a la capacidad de los contrayentes menores de edad: el Apéndice, apartándose de los precedentes legales que les permitían otorgar capítulos sin asistencia alguna (107), no fija norma especial; la general de su artículo 13 está en oposición con la que para este caso establece el Código general en su artículo 1.318 en relación con el 46. Si viven y conservan su autoridad el padre o la madre, no hay problema; pero en su defecto, ¿a quién corresponde prestar la oportuna li-

(104) Otros inconveniente no son sólo de este medio. Así, la omisión de un hijo cabe igual en testamento, pero en ambos casos no queda desamparado; es más, en el que comentamos está protegido no como el que menos de los restantes hijos, cual sucede en la preterición (art. 32), sino en cuota igualitaria, en su parte a la herencia intestada.

(105) Cfr. *Dinámica* cit., págs. 525 y 526. Así lo interpreta también RIVERA ITURBE, pero estimulado tal norma contraria a la costumbre y al Derecho histórico, aboga por su supresión (*Sobre las formas de las capitulaciones matrimoniales en Aragón*, «Anuario de Derecho Aragonés», VI, págs. 215 a 219).

(106) En el Derecho anterior al Apéndice no se exigía forma pública para las capitulaciones. Los Proyectos de 1899 (art. 89) y 1904 (art. 70), sentaron reglas similares a las de los artículos 1.321 y 1.324 del Código civil, sustituyendo al Secretario del Ayuntamiento por el del Juzgado municipal.

(107) Fuero *Que los menores de veinte años, de 1564*.

cencia o consentimiento: a los abuelos y al consejo de familia, como ordena el Código civil, o al tutor, conforme a lo dispuesto en el Apéndice? Por lo segundo hay que inclinarse: el otorgamiento de capitulaciones por aragoneses menores de edad se acomodará a lo establecido en el artículo 13 del Apéndice (108). La especialidad objetiva del precepto territorialmente general no creemos le dé fuerza bastante para saltar el tapial formado por los artículos 1.º de la norma aragonesa y 13 del Código nacional, más cuando el ordenamiento de las capitulaciones matrimoniales es en los textos—y no digamos ya en la práctica—diametralmente opuesto a los pobres *contratos por razón de matrimonio* del Derecho común. La norma de éste no sería aplicable en todos los casos en que la capitulación dispusiere algo fuera del régimen de la sociedad conyugal, esto es, en la gran mayoría de éstas.

Consecuencia de lo expuesto es que el menor emancipado, por no serle aplicable el artículo 13, no precisará asistencia alguna para otorgar los capítulos de su matrimonio. Y no estará de más decir que en todo caso nos hemos referido a las capitulaciones otorgadas antes del enlace, pues después los cónyuges son mayores de edad.

Según el artículo 1.318 del Código civil, las capitulaciones que carecieren del concurso y firma de las personas que a su otorgamiento deben concurrir cuando los contrayentes son menores de edad, son nulas por contravenir la disposición legal. Distinta es la solución en Derecho aragonés. En el ordenamiento común la facultad de contratar que en este caso se concede a los menores es excepcional, por lo que contempla con extremada rigurosidad el acto no adecuado a la Ley; en el Apéndice se trata de la norma general de capacidad de los menores: partiendo de la misma en todo caso, iguales serán sus efectos. Luego, como ya vimos al comentar el artículo 13, estamos ante un caso de mera anulabilidad.

El segundo supuesto de ineficacia que del artículo 58 brota, es el de faltar el concurso de determinadas personas en la novación de capitulaciones. Pero no en todo caso, sino únicamente cuando se novaren capítulos que reunieren este doble requisito: haberse otorgado antes del matrimonio y haber intervenido los padres u otros ascendientes de los cónyuges. Luego las otorgadas después de casados, cualesquiera fueren los intervinientes, y aquellas en que sólo comparecieren los contrayentes o ellos y personas que no sean de las expresadas, cualquiera que fuere el tiempo de su otorgamiento, no precisarán para su novación las formalidades establecidas en los párrafos segundo y tercero del artículo 58. Acarando un punto: que cuando las personas distintas de los ascendientes intervinieren en nombre de éstos, aun sin acreditar la representación (109), o en

(108) Parecidamente se pronunciaba el artículo 71 del Proyecto de 1904.

(109) No es extraño en el Alto Aragón que por el padre o madre impedidos comparezca un hermano del contrayente *forastero*—generalmente el futuro

su lugar—hermano heredero de la casa paterna que actúa como órgano de la misma—, igualmente se requiere el cumplimiento de lo dispuesto en tales párrafos, pues a estos casos debe entenderse extendida la norma por imperio de la razón que al legislador movió a dictarla (110).

Reuniendo dicho doble requisito unas capitulaciones, para novarlas se precisará, según el caso (111), la asistencia y conformidad de distintas personas o de ninguna:

1.º Si viven todos, algunos o uno de los padres o ascendientes que en el otorgamiento de aquéllas intervinieron, bastará con la asistencia y conformidad de los que de los mismos existan. En el caso de vivir quien, sin ser ascendiente, intervino *per se*, como órgano de la casa, a él hemos de referir la norma; pero si actuó por quien no comparecía, la asistencia de éste y no la de su representante es la que se precisa.

2.º Si han fallecido todos los ascendientes que intervinieron y no han transcurrido veinte años desde el día de la boda, deberán reemplazarlos en el acto novatorio, esto es, asistir a él y prestar su conformidad, dos parientes del marido y dos de la mujer: los más cercanos, varones y de más edad. Tales circunstancias han de entenderse en orden excluyente y, de acuerdo con la costumbre alto-aragonesa—con el secular consejo de parientes—, de la cual se tomó esta regulación, no comprender en ellos a los afines. La incapacidad de los que tomaron parte en el otorgamiento de las primitivas capitulaciones equivale a su fallecimiento, pues se trata de un acto personalísimo en el que no puede ser suplida su voluntad por la del representante legal. Igual cabe decir en cuanto a los parientes: su incapacidad los elimina, dejando su puesto al que le siga en el orden legal (112).

3.º Si, habiendo fallecido todos los ascendientes que intervinieron en las capitulaciones, han transcurrido veinte años desde el día del enlace, no se precisará para novarlas la conformidad de persona alguna: basta con la de los esposos. Así se deduce con claridad del texto legal.

La infracción de lo dispuesto en los párrafos que examinamos produce la nulidad de la novación, ya que se trata de requisitos esenciales para su validez y no de un complemento de capacidad

heredero de su *casa*—para entregar la dote en pago de legítimas. No se exige acreditar la representación, pues todos los otorgantes la aceptan, y no se precisa necesariamente la intervención de persona determinada a tal fin; el acto surte iguales efectos que si el padre o madre hubieran comparecido.

(110) Norma deficiente como ya hemos dicho: *Dinámica*, cit., pág. 524, nota 62.

(111) Y aunque los cónyuges fueran mayores de edad, como dice la Dirección General de Registros del Notariado, en resolución de 23 de enero de 1928. Es indudable: si no se precisara, sobra el precepto, pues todo aragonés casado es mayor de edad.

(112) Lo calificamos como acto personalísimo en cuanto a la formación de la voluntad, no por lo que se refiere a su expresión; cabe, pues, la representación voluntaria mediante poder especial.

de quienes no lo precisan por no tenerla restringida. Será nula, pues, la modificación de capitulaciones otorgadas antes del matrimonio con intervención de ascendientes cuando no prestaren su conformidad aquellos de los mismos que vivan y sean capaces; o cuando, otorgándose la novación antes de cumplirse veinte años desde la boda y habiendo fallecido o siendo incapaces todos los dichos ascendientes que en su día intervinieron, no dieran tal conformidad los parientes que la Ley exige.

Finalmente contempla el artículo 58 un supuesto de ineficacia parcial: la de los pactos contenidos en la novación de capítulos en cuanto vulneren o modifiquen derechos adquiridos si los interesados no hacen de ello renuncia expresa. El nuevo otorgamiento en sí es válido—de lo contrario huelga esta prevención—y válidas serán las disposiciones que contenga en cuanto no vulneren tales derechos, pero en lo que los modificaren serán nulas de pleno derecho, a menos que los interesados dieran su conformidad. El concepto de derecho adquirido no debe tomarse aquí en el sentido, ya clásico, de aquél que ha entrado a formar parte del patrimonio de una persona, sino en el de todo beneficio destinado a alguien, conocido o no, desde ahora o para un futuro cierto o incierto. La renuncia *a posteriori* de los titulares, ya conocidos en este caso, de tales derechos, expectativas o ventajas, dará eficacia a las estipulaciones que los hubiere modificado, actuando no como la ratificación de un acto anulable, sino como la declaración de voluntad que da vida a lo que sin ella no puede existir; no purificando el acto, sino aportando el elemento que faltaba.

#### ARTÍCULO 59 (CASO 19)

El comentario de este artículo nos llevaría al del debatido y peculiar principio *Standum est chartae*. No siendo nuestra misión analizarlo en estas cortas líneas, lo damos por conocido, fijando únicamente qué disposiciones serán ineficaces por rebasar sus límites (113).

Habiéndolo referido el Apéndice únicamente a las estipulaciones acerca de la sociedad conyugal y sus bienes, le marca dos fronteras: las prohibiciones expresas en la legislación vigente en Aragón y los fines esenciales del matrimonio; derecho positivo imperativo y derecho natural, de acuerdo con la anterior concepción de tal apotegma (114). En aquellas hemos de entender comprendidas no sólo las órdenes negativas, sino también las positivas que im-

(113) Sobre el mismo y con posterioridad al Apéndice, véase PALA: *Notas para el estudio crítico del apotegma Standum es chartae*, «Anuario de Derecho aragonés», 1944, págs. 273 y ss.; PALA y MARTÍN-BALLESTERO: *La norma en el ordenamiento jurídico aragonés*, igual «Anuario», págs. 60 y ss.

(114) Cfr. COSTA: *La libertad civil y el Congreso de juriconsultos aragoneses*, págs. 102 y ss.; PALA: *Notas cit.*, pág. 277 y Audiencia Territorial de Zaragoza: sentencias de 2 de abril de 1904, 16 de octubre de 1925, 13 de octubre de 1933 y 11 de junio de 1946, entre las más claras sobre la materia.

plican prohibición de hacer lo contrario: así, por que no exista precepto que impida por orden directa mermar la legítima, no por ello deja de existir prohibición de hacerlo.

Los efectos de la contravención son los de la nulidad de los pactos correspondientes por ser actos *contra legem*; nulidad total de los mismos, aunque vistos como parte de las capitulaciones pueda considerarse una nulidad parcial de éstas.

#### ARTÍCULO 61 (CASOS 14 Y 15)

En este precepto nos encontramos ante dos casos de ineficacia: enajenación de inmueble de mujer casada que tenga el carácter de *axovar* o de *firma de dote* y disposición de muebles dotales de la misma aportados como sitios.

El propio artículo nos define el *axovar*: es la dote que el padre o madre dan a la esposa *a propia herencia suya y de los suyos*. Antiguamente se tenía por tal la heredad dada en tal concepto y además de la dote (115); denominándose también *axovar* a la *firma de dote*: las fincas o cantidad de dinero que el marido, cuando casa con soltera, suele señalarla además de asegurar su dote (116). El Apéndice, delimitando ambos conceptos, al definir el *axovar* como donación del padre o de la madre, remite los bienes recibidos del marido a la *firma de dote*, no exigiendo que aquél haya de percibirse además de la *dote*. Estimaban los autores que el *axovar* está en desuso, no es así en el Alto Aragón, donde suele aportarse la dote—consista en metálico, ajuar o fincas—*a propia herencia suya y de los suyos*, pues tal carácter le confiere el pacto de reversión a la familia de la mujer si ésta falleciere sin descendencia. La *firma de dote* consistente en inmuebles, sí que podría darse por fenecida.

Aunque el texto legal hable de dote o *axovar* como supuestos distintos, la aclaración inmediata del concepto—«o sea a propia herencia, etc.»—se refiere a ambos términos, por lo cual, en definitiva, se trata de un mismo supuesto: de la dote especial vinculada a la familia y no de la dote simple no aportada en tal concepto. Solución lógica, pues esta última es de libre disposición por la esposa y no debe quedar sujeta a especiales formalidades. Sin embargo, ya vimos que en el artículo 52 se adopta criterio contrario, abarcando a la dote simple.

Para la enajenación del inmueble que tenga el concepto de *firma de dote* o el de tal dote especial o *axovar* se precisa un requisito alternativo: o que haya descendencia del matrimonio, o, si no la hay, que se efectúe bajo obligación y fianza de reinvertir el precio en otro inmueble equivalente, que tendrá igual condición jurídica. Recoge así el Apéndice lo dispuesto en el Fuero 6

(115) DIEZTE: *Diccionario del Derecho civil aragonés*, pág. 61.

(116) DIEZTE: Nota anterior, pág. 248.



*De jure dotium* (117), haciéndolo extensivo a la *firma de dote* inmobiliaria.

Si hay descendientes del matrimonio, la validez de la enajenación no ofrece dudas. Estos han de existir—uno cuando menos—al tiempo de su otorgamiento; así debe interpretarse la frase «mientras tanto que no haya descendencia del matrimonio» y a sentido contrario: habiendo descendencia, lícita es la disposición y plenamente eficaz, aunque más tarde se disolviera sin ella el matrimonio; no habiendo descendientes, es ilícita si no reúne los demás requisitos para este caso exigidos, y aunque del matrimonio los hubiere habido si al enajenar han muerto todos ellos.

Caso de no haber descendientes «esta enajenación deberá efectuarse bajo obligación y fianza de reintegrar el precio en otro inmueble que tendrá igual condición jurídica». Doble es el requisito: obligación de subrogar otro inmueble en el lugar del enajenado y fianza de hacerlo así (118). La obligación ha de ser asumida por el marido en los supuestos normales, ya que él, como administrador de la sociedad conyugal, es el depositario del precio recibido; pero no basta con que la contraiga: ha de afianzarse que así lo hará. El término es empleado en sentido lato y no en el estricto de contrato de fianza: repugna aquí la intervención de un tercero garantizando personalmente una obligación familiar. Por analogía con las disposiciones generales sobre aseguramiento de la dote, tal fianza habrá de consistir en una garantía real (119). La finalidad del precepto es que la finca *axovar* ó *firma de dote* no se pierda: convertida en hipoteca mantiene su naturaleza inmobiliaria impidiéndose el fácil consumo.

Más dice aún el texto legal: que la enajenación ha de efectuarse «caso necesario». ¿Se requiere, pues, la existencia de una verdadera necesidad y también su demostración? Creemos que no, aquélla queda al criterio de los cónyuges al no ser expresada de forma clara como requisito *sine qua non*, por lo cual bastará con la obligación y fianza exigidas; reunidas éstas la enajenación es válida, aunque se probare que no satisfacía necesidad alguna.

No habiendo descendencia del matrimonio, no podrá enajenarse inmueble que tenga la condición de *axovar* ó *firma de dote* sin dichas obligación y fianza; son requisitos necesarios para la dispo-

(117) Cuyo contenido en la Compilación de Huesca era este: «El marido et la muller no pueden bender aquello que el padre et la madre de la muller dieron a la filla en axovar quando caso, ante que hayan fillo, sino dando buenas fianças que prengan aquellos dineros et que los giten en otra heredad tan buena et tan buen lugar.» Según LACRUZ: *Fueros*, cit., pág. 305.

(118) Aunque se hable sólo de precio, también estará sujeta a dichos requisitos la permuta por muebles. En la permuta por inmueble equivalente debe conferirse al adquirido la misma condición jurídica: queda cumplido así el fin que la ley se propone.

(119) No estimamos aplicable norma similar a la del artículo 1.354 del Código civil; en este caso se entrega la dote al marido que se sabe no tiene bienes, en el que nos ocupa se dió una finca sujetándola a una relativa indisponibilidad para que no desaparezca.

sición, aunque no sea preciso fueren simultáneos a ella, nada impide poder prestarlos previamente e incluso más tarde; en este caso la enajenación no adquiere validez hasta que no se reúnen. El negocio que carezca de ellos es nulo por faltarle los que la ley fija como esenciales; el tercero deberá cuidar que se cumplan para que su adquisición pueda consumarse.

De acuerdo con los precedentes forales (120), el párrafo último de este artículo atribuye al marido la disposición de los bienes muebles de la mujer aportados como sitios, pero con una restricción: la de que no podrá efectuarla mientras no se inscriba en el Registro de la Propiedad la hipoteca que garantice su valor y que está obligado a constituir (121). Caso de verificarse la enajenación sin tal requisito será nula por oponerse a la ley. Si el adquirente conocía el carácter de los bienes le afectará la nulidad; si no, fácilmente quedará amparado por las normas protectoras del tráfico mobiliario civil y comercial, pues adquirió de buena fe del titular aparente, sin que tenga obligación de investigar sobre la procedencia de los muebles.

No trata el Apéndice de la disposición de la hipoteca constituida en garantía de los muebles de la mujer aportados como sitios. Dada su naturaleza habrá de regirse por las normas referentes a los inmuebles: es la mujer quien está facultada para disponer de la misma, y al hacerlo habrán de observarse las disposiciones del párrafo segundo de este artículo si asegurare el valor de bienes aportados a *propia herencia suya y de los suyos* (122) o que tengan el concepto de *firma de dote*. Esto es, habrá de sustituirse tal hipoteca por otra con las mismas condiciones y constituida sobre finca que ofrezca garantía suficiente (123).

#### ARTÍCULOS 63 Y 73, 1.º Y 2.º (CASOS 11 Y 20)

En el régimen anterior al Apéndice sólo podía privarse de la viudedad a un cónyuge por el otro si aquel renunciaba a ella expresa y especialmente (124). Disposición que recoge el artículo 63 exigiendo para la eficacia de la renuncia «estipulación explícita en las capitulaciones u otros documentos públicos», requisito tam-

(120) Observancias 1 *Ne vir sine uxore* y 1 *De rerum anotarum*.

(121) Restricción que, a *sensu contrario*, ya imponían los artículos 103 del Proyecto de 1899 y 77 del de 1904.

(122) Supuesto corriente en las capitulaciones del Alto Aragón.

(123) En todo caso se refiere el artículo comentado a la dote de la mujer. ¿No estará sujeta, pues, a sus prescripciones la aportación del marido que se configurare en forma similar a la de la esposa? El caso es frecuente en el Pirineo aragonés y comarcas próximas cuando se trata de enlace de *heredera con forastero*; suele establecerse que si éste fallece sin descendencia, su dote revertirá al heredero de su casa en determinados plazos y condiciones. Por ello creemos que—dada la identidad del supuesto—la disposición de la dote inmobiliaria del marido o de la hipoteca que garantiza la mobiliaria, se regirá por las reglas en el texto examinadas.

(124) Observancias 19 y 58 *De jure dotium*.

bién de «los gravámenes, condiciones o limitaciones de que es susceptible el usufructo viudal». El documento público no puede ser otro que la escritura, como el artículo 73, 2.º, corrobora, pues se trata de una renuncia de derechos no susceptible de constarse en otro documento público (125). Que la renuncia sea explícita no puede interpretarse como necesidad de una expresión formal de la misma, empleando tal palabra u otra similar, pues no entender por tal la mera conformidad del titular del derecho expectante de viudedad a la disposición verificada por su cónyuge sería atentar contra la equidad, llegándose a absurdas conclusiones (126). Lo que se precisa, y no otra cosa, es tal expresa conformidad en el acto que tiene por consecuencia privar al cónyuge de su derecho desde ahora—una venta—o en un posible futuro—una hipoteca—(127).

No se había planteado con claridad en el Derecho histórico aragonés el problema de la prohibición de viudedad fijada por el transmitente de los bienes a título lucrativo, pero del principio de libertad que lo informaba deducíase su validez, admitiéndolo el Tribunal Supremo con relación a los bienes sobre los cuales el cónyuge sólo alcanzaba un mero disfrute, por estar destinados a gozarlos otra persona a la muerte del mismo (128). La solución se plantea hoy clara respecto a los dejados o donados por persona distinta de los ascendientes con prohibición expresa de la viudedad: de ella quedan excluidos conforme al artículo 67, 2.º. Pero no lo es en cuanto a los que provengan de los ascendientes.

El artículo 63 dice: «Tampoco los ascendientes pueden prohibir en forma ninguna que el cónyuge de su descendiente usufructúe los bienes que éste reciba o deba recibir en sus sucesiones respectivas». El número 1.º del 67 excluye de la viudedad «los bienes que el finado poseía bajo cláusula de que recaigan a su muerte en persona determinada». Y el artículo 31, número 3.º, dispone que el testador—locución en la que debe comprenderse al disponente mortis causa, aunque sea por contrato, y al donante—puede imponer a los herederos forzosos los gravámenes, las limitaciones, las sustituciones, las condiciones o las obligaciones que tenga a bien, siendo en favor de otro o de otros descendientes legítimos, aunque no sean éstos del grado más próximo y vivan los del grado o grados intermedios en la línea recta». Los dos últimos preceptos se armoni-

(125) FRANCO en su *Memoria* cit. (art. 72) y *Adición* a la misma (art. 111) y el Proyecto de 1899 (art. 147) aceptaban el documento privado, exigiendo ya el público en todo caso el Proyecto de 1904 (art. 133).

(126) Lo es, a nuestro entender, la cláusula de renuncia de viudedad en las enajenaciones de bienes comunes otorgadas por los dos esposos.

(127) Así lo entendía la Observancia 26 *De jure dotium* al declarar no sujetos a la viudedad de la mujer los inmuebles vendidos con su consentimiento. En igual sentido se pronuncia la Audiencia de Zaragoza en sentencia de 15 de marzo de 1932.

(128) Sentencias de 9 de enero de 1885, 18 de octubre de 1889, 17 de junio de 1890, 17 de junio de 1899, 31 de diciembre de 1907, 30 de abril de 1913 y otras.

zan perfectamente, pero ambos chirrían al acodarlos al primero. Con arreglo al mismo es indudable que los ascendientes, respecto a los bienes que efectivamente reciba o deba recibir en sus sucesiones el descendiente, no pueden imponer una pura o simple prohibición de viudedad; no surtiría efecto alguno. Pero ¿estará privado de su derecho el cónyuge del descendiente respecto a los bienes a éste dejados con cláusula de sustitución fideicomisaria? (129). Hemos de distinguir distintos supuestos.

La herencia de un aragonés se divide idealmente, a efectos de la sucesión forzosa, en tres partes: una de libre disposición absoluta y dos de legítima colectiva, que libremente puede ser distribuida entre los descendientes. En la primera está facultado para limitar el derecho del llamado, aunque sea un legitimario, como quiera; en las otras dos puede hacerlo solamente cuando la limitación se establece en beneficio de otro descendiente. El derecho de viudedad recae sobre aquellos bienes de que es propietario el otro cónyuge, aunque no llegare a gozar de los mismos, pero no sobre aquellos en los cuales sólo adquiere un mero disfrute temporal o vitalicio, más o menos amplio. Si el ascendiente debe atribuir la propiedad de los bienes a su descendiente por imperativo legal, no puede evitar que el cónyuge de éste adquiera sobre los mismos un expectante derecho de viudedad. Mas puede impedirlo dejándoselos a aquél en mero goce, a título de usufructuario o de fiduciario, cuando la ley lo permita. Lo cual es posible con relación al tercio libre en todo caso y respecto a los otros dos si impone la limitación en favor de otro descendiente, aunque sea hijo del primer llamado. Luego únicamente en el caso de existir un solo descendiente no puede evitar que de los dos tercios de su herencia corresponda el derecho de viudedad al cónyuge de éste, conforme a la clase del mismo—simple o universal—y a la naturaleza de los bienes. Esta opinión (130) la hacemos extensible a las donaciones que otorgare el ascendiente deudor de la legítima, con una ampliación: que en cuanto a las mismas, y cuando pueda privarse de la viudedad a su posible titular, cabe no sólo la sustitución, sino también la prohibición directa y expresa, pues no se trata de bienes que el descendiente «reciba o deba recibir» en la sucesión

(129) Según el Proyecto de 1899 los ascendientes no podían establecer la prohibición de viudedad respecto a los bienes que al descendiente «correspondan como heredero forzoso o en los que le instituyan heredero o le dejen como legatario o usufructuario» (art. 147) y el de 1904 la declaraba nula con relación a los bienes que el descendiente «reciba o deba recibir en calidad de herencia forzosa o a título de *legítima libre*» (art. 131). Comparando con ellos el texto vigente, vemos que se ha limitado cualitativamente la prohibición de viudedad—no cabe la pura y simple en la sucesión—y se ha ampliado objetivamente—puede afectar a todos los bienes recibidos por *legítima libre* (esto es, cuando no se tiene derecho a cuota fija por existir varios legitimarios) o de la parte de libre disposición—.

(130) Coincidente con la de Aragüés: *La prohibición de viudedad*, «Primera Semana de Derecho aragonés», págs. 41 y 42, y la de la Audiencia Territorial de Zaragoza: sentencias de 13 de julio de 1931 y 27 de diciembre de 1934.

del donante, únicos supuestos en que, según el artículo 63, no está permitida.

En resumen, son nulos conforme a este artículo:

a) Por falta de forma esencial: La renuncia al derecho de viudedad y los gravámenes, condiciones o limitaciones del mismo que no consten explícitamente en escritura pública.

b) Por oponerse al mandato legal, siempre y cuando el perjudicado no prestare su asentimiento en la forma antes indicada:

1. La prohibición de viudedad ordenada por uno de los cónyuges.

2. La simple prohibición de viudedad dispuesta por el ascendiente respecto a los bienes que de él heredare su descendiente.

3. La simple prohibición de viudedad impuesta en donación y la privación de la misma por medio de sustituciones o limitaciones de la donación o del legado o herencia, en cuanto afectaren a la porción legitimaria y fueren ordenadas en favor de persona distinta de los descendientes.

Y, como consecuencia, son válidas:

a') La prohibición de viudedad decretada por el donante, heredante o testador no ascendiente.

b') La privación de tal derecho en donación o por medio de sustituciones o limitaciones en la sucesión, ordenadas por el ascendiente del cónyuge en favor de cualquier persona en cuanto afectaren al tercio de libre disposición, o en favor de otro u otros descendientes cuando recayeren sobre los dos tercios de legítima.

#### ARTÍCULO 64 (CASO 12)

La concesión, explícita o implícita, de viudedad universal deberá constar en escritura pública o testamento. De «capitulación matrimonial», «otro documento público» y «acto de última voluntad» nos habla el artículo 64 (131). La forma de las capitulaciones, como hemos visto, es necesariamente la escritura pública; otro documento público no puede ser más que escritura notarial: ni en los judiciales ni en los administrativos cabe esta concesión, todo lo más, en alguno de aquéllos el reconocimiento de su existencia; y los actos de última voluntad o son testamentos o contratos sucesorios que en escritura pública deberán constar. De ahí que la forma quede reducida a la misma escritura y a los testamentos en sus diversas clases.

El requisito es esencial: su falta, según el caso, producirá la nulidad de todo el negocio o solamente del pacto en que la viudedad universal se conceda.

---

(131) Similarmente se expresaban los artículos 144 del Proyecto de 1899 y 129 del de 1904.