

CRONICA DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON (1990-1994)

JOSE ANTONIO SERRANO GARCIA
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

1. STSJ 22-1-1990: DERECHO DE ABOLORIO O DE LA SACA;
RETRACTO PARCIAL; REQUISITOS DE LA DEMANDA;
CADUCIDAD DE LA ACCION
(Ponente: Sr. García-Rodeja Fernández)

La extensión del inmueble objeto de retracto de abolorio, según resulta de documentos "lítero-suficientes" (en particular, la certificación de la inscripción registral) no contradichos por otros elementos probatorios, es sensiblemente mayor que la que gratuitamente —según el TSJ— afirma el retrayente. Por ello, el Tribunal entiende que la Audiencia Provincial —al no tener por acreditada la extensión resultante de la inscripción registral— ha incurrido en error de hecho ya que en la apreciación de la prueba hay que presumir la exactitud de la extensión resultante de documentos lítero-suficientes a los fines de casación mientras no se pruebe su inexactitud. De esta premisa deduce el Tribunal que, como el demandante pretende el retracto atribuyendo al inmueble una extensión menor sin probarla, está ejercitando un retracto parcial de la finca, totalmente improcedente, aunque no se ponga en tela de juicio por las partes que sobre la misma pudiera corresponder a éste el derecho de abolorio que establece el art. 149.1 de la Compilación aragonesa, pues admitir lo contrario sería desconocer la característica esencial de todo derecho de retracto, como lo es el de abolorio cuando falta o no se ha acreditado el oportuno ofrecimiento de venta, y que es la subrogación del titular del derecho de adquisición preferente en la

situación del adquirente, tanto en lo que es objeto del contrato como en las condiciones del mismo.

Como en toda pretensión retractual, es consustancial al ejercicio del derecho de abolorio la obligación de entregar o consignar el precio que en su día pagó el adquirente (art. 150.1 Compilación), así como el resarcimiento de los llamados gastos legítimos que señala el art. 1518 del Código Civil, cuya aplicación a los supuestos del retracto de abolorio nunca ha sido cuestionada. El hecho de que el precio realmente pagado por el adquirente no fuere conocido por el retrayente, como sucede en el caso de autos, no le impide el ejercicio de la acción retractual, pero le impone dar fianza de consignarlo luego que lo sea, de conformidad con lo dispuesto por el art. 1618.2 LEC, norma aplicable a toda clase de retractos. Pues bien, el TSJ considera que en el caso se han infringido las normas citadas sobre consignación o afianzamiento del precio y resarcimiento de gastos legítimos porque, aunque el retrayente (que ignoraba el precio real) realizó consignación de determinada suma (calculada, a partir del precio que supone pagado por Ha, sobre la extensión que cree tienen las fincas objeto de retracto), la consignación es inferior al precio realmente pagado sin que haya ofrecido fianza de consignar la diferencia ni, por otra parte, se haya comprometido a reembolsar los gastos y cualquier otro pago legítimo efectuado para la venta. En definitiva, entiende el Tribunal que falta la disposición del actor a pagar el precio realmente satisfecho y los referidos gastos legítimos.

Por el contrario, el voto particular, formulado por dos magistrados, no admite que la sentencia recurrida haya incurrido en error de hecho en la apreciación de la prueba documental por afirmar que no se conoce la efectiva medición de la finca, dado que las certificaciones del Registro de la Propiedad sobre extensión de la finca son inhábiles para ello. Pero, aun en el supuesto de que se estimase este primer motivo de casación, no se puede seguir como consecuencia que se ha ejercitado un retracto parcial de la finca, pues una diferencia sobre la real superficie de la finca, tal como se describe en los Registros públicos, pero abarcando toda la contenida dentro de su línea poligonal, no puede llevar a la consecuencia de que lo que se pretende adquirir es únicamente esa menor superficie, máxime cuando la superficie de la finca sólo se ha cuestionado para determinar el precio de la venta —fijado por unidad de superficie— y por lo tanto para determinar si la consignación del precio con la demanda fue o no correcta.

Desestima también el voto particular la caducidad de la acción de retracto, porque el plazo de noventa días a que se refiere el art. 150.2 de la Compilación todavía no ha comenzado a correr en el momento presente, pues es reiterada la doctrina del Tribunal Supremo conforme a la cual el plazo de caducidad comienza a correr desde que el retrayente

tiene completo conocimiento del contrato en el que pretende subrogarse —sentencias de 30 octubre 1978, 9 febrero 1984, 12 diciembre 1986 y 27 diciembre 1988—, y, en el caso debatido, el actor nunca pudo saber con precisión las condiciones esenciales de la compraventa y ni siquiera la sentencia recurrida pudo determinar cuál fue el precio pagado por el comprador.

En relación al deber de dar fianza de consignar el precio una vez sea conocido (art. 1618.2 LEC), recuerda el voto particular que la doctrina del Tribunal Supremo considera cumplido dicho requisito cuando por el Juez se estima como suficiente, al admitir la demanda, una cantidad que en forma provisional y no arbitraria consigna el retrayente, por cumplir sus fines con una garantía superior, más directa y más ajustada a la buena fe y en todo caso comparable a la fianza en metálico —sentencias 31 marzo 1967 y 12 marzo 1969—, estimando suficiente, la de 9 febrero 1984, la consignación de la suma “en que según rumores cifraba —el retrayente— dicho precio”.

Señala, asimismo, el voto particular que ninguno de los arts. 1518, en relación con el 1525 del CC, 150.1 de la Compilación, ni el 1618 LEC imponen al retrayente la obligación de consignar ni afianzar el pago de los gastos del contrato y los demás gastos legítimos hechos para la venta para que la demanda sea admitida, ya que el pago de estos gastos es requisito únicamente para la efectividad del retracto —sentencias del TS de 23 marzo 1956, de 20 marzo 1959 y de 19 enero 1974—.

Respecto a la limitación de la facultad dispositiva del retrayente por actos *inter vivos* sobre el inmueble retraído por derecho de abolición, es cierto que el art. 151 Compilación prohíbe su enajenación durante cinco años, aun a favor de parientes, a no ser que el retrayente venga a peor fortuna; pero precisa el voto particular que tal precepto, a diferencia del art. 1618.4 LEC, no impone al retrayente que asuma ese compromiso, ni preste juramento de cumplirlo, lo que, por otro lado, es innecesario ya que el cumplimiento de esa prohibición no depende del consentimiento expreso del retrayente, porque su voluntad está supeditada al mandato legal y es superfluo porque, aunque se silencie, ha de cumplirse; y si la Compilación no impone ese compromiso, una norma adjetiva no puede imponer una sanción por una omisión que no puede apreciarse, más aún cuando, en este punto, la Compilación ha derogado la LEC, al ser aquella de fecha posterior a ésta (art. 2.2 CC); y lo dicho sobre la omisión del compromiso de no enajenar la finca retraída es predicable del compromiso contraído erróneamente por un tiempo inferior al establecido en la ley, desde el momento en que la prohibición de disponer no tiene su fuente en la voluntad del retrayente, sino en la ley.

2. STSJ 18-12-1990: DONACION DE HACIENDA: FORMA PUBLICA;
TRADICION JURIDICA ARAGONESA; *STANDUM EST CHARTAE*;
INEXISTENCIA DEL NEGOCIO
(Ponente: Sra. Bandrés Sánchez-Cruzat)

El TSJ comienza analizando la denunciada aplicación indebida del art. 633 CC (necesidad de escritura pública para la validez de la donación de bienes inmuebles) a un documento privado en el que se dona o cede gratuitamente una hacienda integrada por casas, tierras, maquinaria y vacas. Tras recordar que, según reiterada jurisprudencia de la Audiencia de Zaragoza, habiendo legislación foral para decidir las cuestiones que se ventilan en un pleito a ella debe estarse, sin recurrir a la legislación supletoria (art. 1.2 de la Compilación, en relación con los arts. 149.1.8.^a de la Constitución y 42 del Estatuto de Autonomía de Aragón), observa el Tribunal que en el Derecho aragonés la donación de bienes inmuebles ha requerido siempre escritura pública para desplegar su efectividad y que los arts. 1 y 2.2 de la Compilación recogen la tradición jurídica. Los antecedentes históricos se hallan recogidos en el Fuero 3.^o *De fide instrumentorum* de 1247 y en la Observancia 20.^a *De probationibus*; la jurisprudencia ha mantenido una línea reiterada, uniforme y constante en el sentido indicado (SS Audiencia de Zaragoza 19-6-1861, 31-3-1862, 8-10-1872, 13-3-1875, 29-10-1881, 6-4-1894 y 4-1-1916); este principio ha sido acogido unánimemente por los juristas aragoneses; ni el Apéndice foral de 1925 (S. Audiencia Territorial 14-10-1926), ni la Compilación en sus redacciones de 1967 y 1985, han suprimido la forma *ad substantiam* o *ad solemnitatem* requerida para la validez y eficacia de las donaciones de bienes inmuebles (forma que encuentra hoy su amparo y protección en el principio constitucional de seguridad jurídica, recogido en el art. 9.3 CE); luego en modo alguno ha existido libertad de forma en Derecho aragonés en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas y particularmente en el tráfico jurídico. Por todo lo cual concluye el TSJ que es aplicable el art. 633 del CC.

En relación con la denunciada falta de aplicación del art. 3 de la Compilación que regula el principio jurídico *standum est chartae*, recuerda el TSJ que tiene su base histórica en las Observancias 1.^a *De aequo vulnerato*, 4.^a *De testamentis*, 24.^a *De probationibus faciendis cum charta* y sobre todo, de una manera más amplia, en la 16.^a *De fide instrumentorum* cuando señala que el juez debe estar siempre y juzgar por la carta, según lo en ella contenido, a no ser que contenga alguna cosa imposible o contra el Derecho natural —expresión esta última suprimida por la redacción dada en 1985, habiéndose agregado que no puede ir contra norma imperativa aplicable en Aragón—. Principio corroborado por reiterada jurisprudencia de la Audiencia de Zaragoza (SS 10-1-1885, de 5 marzo, de 7 abril y de 31 diciembre 1892, 20-6-1893 y 7-12-1895) y del Tribunal Supremo (SS 28-2-

1860, 26-9-1867 y 6-4-1894). Añade el Tribunal Superior que el principio *standum est chartae* indica el marco legal en que debe moverse la interpretación del juez que no puede salirse de lo contenido en la carta o documento salvo la necesidad de respetar las normas imperativas aplicables en Aragón, entre las que están la forma en la escritura pública de inmuebles, en concordancia con la tradición jurídica aragonesa. En suma, en los contratos de donación, el principio *standum est chartae* está limitado por el art. 633 del Código Civil que impone la forma pública en las donaciones de inmuebles.

El término "hacienda", tradicionalmente, designa a las fincas rurales en las que existen diversos cultivos, árboles frutales, ganado, pertenencias para la explotación, casa del agricultor y otras dependencias tales como graneros, establos, corralizas o cobertizos. Ello constituye un conjunto de relaciones de intereses que se desarrollan en torno a una propiedad, concurrendo como medio para satisfacer las necesidades humanas de cualquier clase. Como el propio donante ha cedido su hacienda, como un "todo", no cabe separar de ese todo la maquinaria y los semovientes; dándose así cumplimiento a la observancia 1.^a *De aequo vulnerato* que señala: *De foro stamus chartae*. Se pretende así perpetuar el patrimonio familiar con la finalidad objetiva y subjetiva de que los bienes de la Casa, siempre unidos, ofrezcan amplia base económica a aquellas personas que los poseen (S. Audiencia Territorial de Zaragoza 31-10-1935). La unidad del objeto del negocio gratuito impone que la inexistencia del mismo con referencia a los bienes inmuebles lleve a la inexistencia de todo el negocio (SS TS 29-1-1960, 4-3-1975, 10-10-1977, 7-7-1978 y 20-4-1988).

3. STSJ 29-5-1991: TESTAMENTO MANCOMUNADO DE INSTITUCION RECIPROCA Y PACTO AL MAS VIVIENTE: NULIDAD DE TESTAMENTOS POSTERIORES; DERECHO TRANSITORIO (Ponente: Sr. Serrano Bonafonte)

Estando vigente el Apéndice aragonés de 1925, unos cónyuges otorgaron en 1958 testamento mancomunado ante notario instituyéndose mutua y recíprocamente herederos universales; con posterioridad, habiendo entrado en vigor la Compilación de 1967, la esposa otorgó individualmente varios testamentos notariales más, sin notificarlo previamente a su esposo, en 1971, 1977 y 1982: en este último instituye y nombra heredera universal en pleno y libre dominio a una hermana política, revoca todo testamento anterior y concede el usufructo universal de viudedad a su esposo. La esposa (que había sido declarada judicialmente incapaz en 1985 por demencia senil) falleció en noviembre de 1986 y su esposo en diciembre del mismo año; ambos fallecen sin dejar descendencia.

Tanto la sentencia del Juzgado como la dictada en apelación por la Audiencia Provincial pusieron de manifiesto que los testamentos otorgados por la esposa individualmente en 1971, 1977 y 1982 eran nulos en su origen por no haber observado la testadora las disposiciones que se contenían en el art. 19 del Apéndice de 1925 que autorizaba la revocación de un testamento de mancomún por uno solo de los cónyuges, siempre y cuando antes de proceder a dicha revocación notificase por medio de notario al otro cónyuge su intención de llevarla a cabo. La aplicación del Apéndice, en este punto, resulta de lo dispuesto por la disposición transitoria 6.^a de la Compilación: "Las normas sobre revocación o modificación unilateral del testamento mancomunado (art. 97) sólo serán aplicables a los que se otorguen bajo su vigencia." Esta cuestión no es objeto de discusión en el recurso de casación: únicamente se alega en él infracción por inaplicación del art. 95 en relación con el art. 108 de la Compilación; artículos que según la sentencia de la Audiencia no son de aplicación por impedirlo la estricta observancia del principio de irretroactividad.

Partiendo, por tanto, de la validez del testamento mancomunado y de la nulidad de los testamentos posteriores de la esposa, afirma el TSJ que es incuestionable que al producirse el fallecimiento de ésta es su esposo quien la hereda de acuerdo con el testamento de mancomún; el problema surge cuando fallece el esposo días después sin haber dispuesto de los bienes que de su premuerta esposa había recibido. Comoquiera que tal instrumento fue otorgado bajo la vigencia del Apéndice de 1925 y el fallecimiento de ambos cónyuges se produce vigente la Compilación de 1967, lo que ha de dilucidarse es si es posible la apertura de la sucesión de la esposa al haber dispuesto su esposo de los bienes que de ella recibió, lo que supone la aplicación al caso debatido de los artículos 95 y 108 de la Compilación, o si, por el contrario, al ser el esposo el heredero, a su fallecimiento heredan sus herederos los bienes recibidos de la esposa, sin que sea posible la aplicación de tales preceptos.

Como esta cuestión no está expresamente contemplada en las disposiciones transitorias de la Compilación, ha de acudirse a lo prevenido en la 12.^a que remite para la resolución de los problemas de carácter intertemporal al Código Civil "aplicando el criterio que informa sus disposiciones transitorias". De dichas disposiciones interesa resaltar a los efectos de este recurso que la preliminar advierte que carecerán de efecto retroactivo aquellas variaciones introducidas por el Código (Compilación) que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación civil anterior. Por su parte, la número 12 dice textualmente: "Los derechos a la herencia del que hubiere fallecido, con testamento o sin él, antes de hallarse en vigor el Código (Compilación), se regirán por la

legislación anterior. La herencia de los fallecidos después, sea o no con testamento, se adjudicará y repartirá con arreglo al Código (Compilación)”.

Se trata pues —sigue diciendo el TSJ— de determinar si las variaciones introducidas por la Compilación perjudicaron o no derechos adquiridos por el esposo en relación con la herencia de su esposa. La respuesta ha de ser evidentemente negativa puesto que —abstracción hecha de que el esposo no tenía ningún derecho adquirido— dicho señor heredó realmente a su esposa, adquiriendo en consecuencia por tal título todos los bienes y derechos que a ella pertenecían en el momento de su muerte. Lo que sucede es que el esposo fallece sin haber otorgado testamento y sin haber dispuesto de los bienes que recibió. Y es en este punto donde deben de entrar en juego los arts. 95 y 108.3 de la Compilación. El primero de ellos determina que, salvo declaración en contrario, la institución mutua y recíproca entre cónyuges produce los mismos efectos que el “pacto al más viviente” regulado en la Compilación. Se desprende pues que, la forma de evitar los efectos que el precepto prevé es la declaración expresa en contrario a cerca de su aplicación, declaración que no se produjo por parte de ninguno de los cónyuges, pese al tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la Compilación hasta el fallecimiento de ambos. Por ello, ha de acudirse al art. 108 que regula el “pacto al más viviente” y que en su punto 3.º dispone: “No habiendo hijos, o fallecidos todos ellos antes de llegar a la edad para poder testar, el sobreviviente heredará los bienes del premuerto. En tal caso, fallecido a su vez aquél sin haber dispuesto por cualquier título de tales bienes, pasarán los que quedaren a las personas llamadas, en tal momento, a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido.” Ambas disposiciones deben ser aplicadas a tenor de lo hasta aquí expuesto, máxime habida cuenta de que la última citada no hace sino consagrar y reforzar el viejo principio de la troncalidad del derecho aragonés que tiende a mantener en el grupo familiar bienes que pertenecían a su primitivo propietario.

Finaliza su razonamiento el TSJ diciendo que, además, ha de tenerse en cuenta que el “pacto al más viviente” como tal, aparece regulado por primera vez en la Compilación, pues la referencia que de él se hacía junto con otras instituciones en el Apéndice de 1925 (art. 60) no era una regulación propiamente dicha, sino una mera remisión a los usos locales respectivos para interpretar pactos referidos a la sociedad conyugal. Es, por lo tanto, a partir de la Compilación cuando tiene una definición legal, clara y concreta, por lo que ha de ser aplicado a tenor de lo dispuesto en la disposición transitoria 1ª del Código civil.

4. STSJ 9-11-1991: LA "CASA" ARAGONESA: ORIGEN; NATURALEZA; REGIMEN JURIDICO. SUCESION PACCIONADA: OBLIGACIONES DEL INSTITUIDO; DERECHOS DE LOS HIJOS NO INSTITUIDOS; IRREVOCABILIDAD UNILATERAL; REVOCACION POR INCUMPLIMIENTO DE CARGAS
(Ponente: Sr. San Román Moreno)

Los hechos, sumamente complejos, son los siguientes: en virtud de la escritura de capitulación matrimonial otorgada en 1914, con vistas al proyectado matrimonio entre Mariano e Isabel, el novio aporta al matrimonio 4.000 pesetas, cantidad que recibirá de su madre viuda el día de la boda en pago de su dote y legítimas paterna y materna y de sus derechos en la casa y bienes de sus padres; a su vez, la novia aportará al consorcio matrimonial todos los bienes, derechos y acciones que pertenecen y en lo sucesivo puedan pertenecer a su tía Paula y a la hija de ésta, Fernanda, ambas viudas, quienes la nombran e instituyen heredera universal (de la llamada casa Garcés de Berdún), con carácter irrevocable, y para "después de los días de las instituyentes", que se reservan el señorío mayor, usufructo, la administración de los bienes y la dirección de la casa, con inversión de los productos en provecho común. Estipulan también que, en lo sucesivo, instituyentes y herederos formarán una sola familia, a una mesa y gasto, obedeciendo, respetando y asistiendo éstos a aquéllas hasta su muerte; sin que puedan ejercerse actos de dominio en los bienes, si no es con consentimiento expreso de las instituyentes y herederos o sus sobrevivientes. Los novios pactan entre sí "hermandad o al más viviente o sea que a la muerte de uno de ellos será el otro su heredero universal". Se estipula asimismo que si hubiere hijos del proyectado matrimonio de Mariano e Isabel, uno de ellos será heredero de los bienes y derechos que queden a la muerte del último de los padres; el hijo o hija que ambos o su sobreviviente nombren, siendo los demás tenidos en la Casa y dotados al haber y poder siendo obedientes.

En 1941, Fernanda, Mariano e Isabel, y el hijo de éstos llamado Fernando, otorgan escritura notarial de compraventa en virtud de la cual Fernanda vende a Fernando la nuda propiedad de 37 fincas, y a Mariano e Isabel el usufructo vitalicio de dichas fincas, usufructo que se extinguirá y consolidará con la nuda propiedad, a la muerte del último de los dos usufructuarios. El mismo día, Mariano, Isabel y su hijo Fernando otorgan un documento privado por el que Fernando "como continuador que ha de ser de la casa y bienes, llamada Garcés de Berdún, se compromete a tener en su casa y compañía, a sus hermanos de doble vínculo llamados Josefina y Antonio, asistiéndolos en todas sus necesidades, bien se hallen sanos o enfermos, mientras se conserven en estado de soltería y cuando contraigan matrimonio o aun sin contraerlo, quie-

ran salir de modo definitivo de la casa, como si fuera para casar, pero una vez muertos los padres de los tres, se le entregará a cada uno las ropas y el ajuar, según costumbre de la casa y pueblo y además la cantidad de diez mil pesetas, en dinero, trabajando ellos, en cambio, mientras estén en la casa, en beneficio de la misma casa y siendo obedientes, tanto a Fernando, como a sus padres. Documento privado firmado por todos ellos.

Fernando se ausentó de Berdún y de la casa en el año 1951, fijando su residencia en Zaragoza, donde ejerció el comercio y donde tuvo y tiene su domicilio, salvo en las temporadas que pasa en Berdún, quedando en la casa con sus padres, la hija de éstos Josefina, que permaneció en estado de soltería; en cuyo estado y casa continúa actualmente. La madre, Isabel, falleció en Berdún en 1970. En 1972, el viudo otorgó testamento notarial abierto en el que por sí y "como fiduciario de su fallecida esposa, asigna y deja en concepto de legítima paterna y materna y demás derechos sobre la "casa" a sus hijos Antonio y Fernando, la cantidad de mil pesetas a cada uno, e instituye heredera universal a su hija Josefina. En 1973, el padre interpone demanda solicitando la nulidad del contrato de compraventa de 1941, alegando a tal fin que todos los bienes relacionados en el citado contrato ingresaron en el patrimonio de su esposa, en virtud de lo pactado en la escritura de capitulaciones matrimoniales de 1914, correspondiendo ahora a su viudo; pleito que termina por sentencia firme, ya fallecido el actor (1975), que desestima la demanda y absuelve al demandado, su hijo Fernando (S. AT Zaragoza 7-11-1975).

Posteriormente, Fernando ejercita contra su hermana Josefina acción real al amparo del art. 41 de la LH (año 1976), y acción reivindicatoria (año 1978): la sentencia del Juzgado (1979), totalmente confirmada por la de la Audiencia (1980), estima en parte la acción reivindicatoria y condena a Josefina a que haga entrega al demandante del importe de los frutos, rentas y utilidades que haya percibido de su patrimonio desde 1975; pero, por otra parte, estima la acción reconvenzional ejecitada por Josefina y declara su derecho a permanecer en la casa Garcés de Berdún y trabajar las fincas que integran su patrimonio en los términos establecidos en el documento privado de 1941. La ejecución de esta sentencia da lugar a nuevos incidentes procesales, apelaciones e incluso casación, sobre liquidación de los frutos o beneficios (STS 3-1-1985) y sobre la posesión de las fincas rústicas y urbanas del patrimonio de la casa, que la S. de la Audiencia de Zaragoza de 7-5-1985 estima corresponde a Fernando, sin perjuicio del derecho de Josefina a habitar en la casa y trabajar las fincas, bajo la obediencia de Fernando y en beneficio de la casa.

En la demanda origen de la S. del TSJ, Fernando pide que se condene a su hermana Josefina a entregarle los frutos, rentas y utilidades que haya percibido por las cosechas de los años 1982 a 1985, a reintegrarle en la

posesión de determinados bienes muebles que se relacionan; y, por último, solicita que se declare resuelto el contrato de 1941 por incumplimiento por la demandada de sus obligaciones y la no obligación del demandante de tener en su casa y compañía y asistir en sus necesidades a la demandada, procediéndose a su lanzamiento de la casa; Josefina se opone a la demanda y formula reconvencción solicitando que se declare resuelto el contrato sucesorio contenido en la escritura y documento privado de 1941, por el que se instituyó heredero y continuador de la casa Garcés de Berdún al actor reconvenido, y que, en defecto de esa institución válida de heredero, se declare que la totalidad de los bienes que integran el patrimonio de la casa corresponden a la demandada reconveniente, como heredera única de sus padres. La sentencia del Juzgado estima la excepción de cosa juzgada en cuanto a la petición de entrega de frutos, rentas y utilidades desestimando el resto de excepciones y pedimentos tanto de la demanda como de la reconvencción; en cambio, la sentencia de apelación condena a Josefina a que haga entrega a Fernando del importe líquido de los frutos, rentas y utilidades percibidos en los años agrícolas 1982-83 a 1984-85, y a que le reintegre en la posesión de los bienes muebles reseñados, desestimando las demás pretensiones de la presente *litis*. La demandada interpone el recurso de casación objeto de la presente sentencia.

El TSJ, después de desestimar la alegada violación de la presunción *iuris et de iure* de la cosa juzgada en relación con la liquidación de frutos y beneficios (por tratarse de prestaciones de cumplimiento sucesivo no coincidentes en el tiempo), acepta la tesis, sostenida por todas las sentencias que hasta ahora se han producido en los sucesivos pleitos entre los hermanos Fernando y Josefina, de que la escritura pública de compra-venta y el documento privado de 1941 "forman un todo característico y diferencial de un heredamiento de casa aragonesa". Por ello, y para el más ordenado y sistemático examen y resolución de los motivos del recurso, el TSJ cree preciso un estudio introductorio de la naturaleza de la "casa aragonesa".

La institución de la "casa aragonesa", muy arraigada, hasta tiempos recientes, en la región del Alto Aragón, tiene su origen en la costumbre; hunde sus raíces en el principio de la libertad civil, compendiado en el tradicional axioma *Standum est chartae*; y en defecto del pacto o disposición, la casa se rige por la costumbre o uso local (arts. 60 del Apéndice y 1.1, 2, 33, 99 y 107 de la Compilación; SS ATZ 13-10-1933, 12-1-1959 y TS 4-7-1953, entre otras). La mayor parte de la doctrina y, desde luego, la jurisprudencia, siguiendo a un ilustre jurista que la definió como "una comunidad familiar, que es a un mismo tiempo sociedad de producción, de consumo y de gananciales", considera que pertenece a la esencia de esta institución o, cuando menos, es nota característica, la integración del

heredero en la casa y familia, su trabajo en provecho y al servicio de la misma para su continuación en el tiempo, más allá de la vida de las personas; de manera que se ha podido decir que el heredero está al servicio de la casa y no ésta a su servicio. Y ese servicio, provecho y continuidad de la casa, se logra, principalmente, mediante el nombramiento de un heredero único, al punto que casa y designación de heredero único son instituciones que recíprocamente se justifican (así, lo entiende la Exposición de Motivos de la Compilación de 1967). Y así lo destacaron, también, las SS de la ATZ 22-11-1947, 19-2-1951 y 3-7-1961, declarando esta última que “este heredamiento no produce sólo una transmisión presente o futura entre las partes..., sino que crea algo más: una comunidad familiar a la que todos tienen obligación de aportar sus ingresos y su trabajo, su amor y su afán”. Es, pues, por costumbre, nota que caracteriza esta institución de naturaleza paccionada, familiar y sucesoria, que el heredero instituido contractualmente, ya sea de presente o de futuro, viva en la casa y trabaje para ella con miras a su provecho y continuidad en el tiempo.

Esa concepción consuetudinaria de la casa es la que informa la carta fundacional documentada en la escritura pública de 1914, completada y en parte desarrollada por la duplicidad de estipulaciones contenidas en la escritura de compraventa y en el documento privado de 1941, que, pese a todos sus defectos formales y materiales, ambos documentos conforman un pacto válido de institución o nombramiento de heredero de la casa Garcés a favor de Fernando; pacto que aunque es de futuro, es decir, para después de los días de los instituyentes —“como continuador que ha de ser”—, es, como todo pacto sucesorio, de carácter irrevocable unilateralmente y en eso se diferencia de las disposiciones testamentarias que se rigen, en general, por el principio de la revocabilidad. Entiende el TSJ que, aunque no exista una estipulación específica al respecto, la obligación de convivencia y trabajo en y para la casa del instituido heredero inspira el documento privado de 1941, y ha sido cumplida por Fernando hasta el año 1951. Pero no, después.

También la cuestión relativa a la posesión de determinados bienes muebles ha de resolverse preferentemente desde el pacto o documento, conforme al principio *Standum est chartae*; y, en su defecto, conforme a los usos y costumbres locales, a los principios que informan el ordenamiento jurídico aragonés, y, en último término, a las normas del Derecho supletorio (SS ATZ 7-7-1898, 13-10-1933 y 3-7-1961). Por ello, considera la Sala que, manteniéndonos en el estricto campo de la posesión, la sentencia recurrida, al aplicar la presunción contenida en el art. 449, en relación con lo dispuesto en los arts. 448 y 464 del CC, en los que fundamenta su decisión, incurre en error al resolver la cuestión debatida; puesto que fun-

dando Fernando la acción recuperatoria de la posesión en su condición de heredero continuador de la casa Garcés, habrá de resolverse la acción ejercitada, en defecto de pacto, con arreglo a la costumbre y a los principios que tradicionalmente inspiran el ordenamiento jurídico aragonés, al tratarse de una institución consuetudinaria. Y es que ninguna eficacia puede reconocerse a la acción recuperatoria de la posesión frente a la acreditada posesión continuada de Josefina, durante más de un año y día, mientras no sea vencida en juicio de propiedad (principio de Derecho aragonés, sancionado en el Fuero 1.º *De iure iurando*, y Fuero 6.º *De fideiussoribus*, ambos de 1247, en el Fuero 30 *De aprehensionibus* de 1436 y en la Observancia 13.ª *De fideiussoribus*). Pues ha de tenerse en cuenta que el heredero instituido continuador de la casa Garcés lo fue de futuro, que aunque como institución contractual era irrevocable, al abandonar la casa en el año 1951 perdió voluntariamente la posesión o coposesión sobre esos bienes, cuya posesión ahora trata de recuperar. Josefina debe ser amparada en esa prolongada situación posesoria, que ha mantenido de manera pacífica y no interrumpida eficazmente, sin que pueda ser destruida por el simple juego de las presunciones aunque sean *de iure* (art. 448 CC); situación posesoria, por otra parte, reconocida y amparada por la S. ATZ 7-5-1980 que declaró el derecho de Josefina a permanecer en la casa Garcés y, en consecuencia, a poseer o co-poseer los bienes de la casa en la que se reconoce su derecho a vivir.

Para el TSJ es claro que el instituido heredero, aun tratándose de institución contractual de futuro, al abandonar Berdún y fijar su residencia en Zaragoza desde 1951, ha incumplido gravemente la obligación de permanecer y trabajar en la casa y para la casa y, en particular, las obligaciones que como tal heredero aceptó en relación a sus hermanos Josefina y Antonio. Y aunque la modificación o revocación de una institución de heredero paccionada exige la intervención de todas las partes interesadas o de sus herederos o causahabientes, sin embargo la revocación o resolución por incumplimiento de las cargas impuestas al heredero fue admitida de antiguo por la doctrina, desde los más antiguos comentaristas hasta los más modernos juristas, tanto en el supuesto de que se hubiere estipulado en las capitulaciones la sanción de revocación en los casos de abandono de la casa por el heredero instituido (SS ATZ 27-10-1923, 12-3-1925, 13-10-1933 y 19-2-1951 y otras), como si no se hubiera incluido una estipulación en tal sentido (S ATZ 3-7-1961). Por tanto, ha sido doctrina unánime que, en el supuesto de incumplimiento grave de las obligaciones impuestas al heredero, podían los instituyentes revocar la institución por aplicación de lo dispuesto en el art. 647 del CC. Y esa tendencia doctrinal y jurisprudencial, fundada en la costumbre, ha sido acogida en la Compilación de 1967, que para el supuesto de revocación de la institución de heredero por

incumplimiento de "condiciones" o cargas, se remite a las normas del CC sobre donaciones (art. 103.3 Compilación). Ha de acudirse, por consiguiente, a lo dispuesto en el art. 647 del CC ("ley especial") con preferencia a lo previsto en el art. 1124 del mismo Cuerpo legal (*lex generalis*) y a la doctrina jurisprudencial que lo interpreta. El art. 647 CC reconoce al donante la facultad de revocar, siendo el único legitimado para instar la declaración judicial de revocación de la disposición o institución contractual de heredero (la revocación no se produce, pues, *ipso iure*, sino a instancia del donante). Por otra parte, la unánime opinión doctrinal y jurisprudencial considera que esta acción es intransmisible a los herederos del donante o disponente, siempre que pudiendo haber ejercitado en vida la acción revocatoria, no lo hubiera realizado (SS TS 6-2-1954, 29-11-1969, 10-12-1975 y ATZ 27-10-1923). Por todo ello, entiende la Sala que Josefina carece de legitimación para el ejercicio de la acción revocatoria de la institución de heredero, puesto que los instituyentes (sus padres), pudiendo hacerlo, no revocaron la institución pese al prolongado incumplimiento del heredero, sin que el testamento otorgado en 1972 ni la acción de nulidad de la escritura pública ejercitada en 1973 (en ambos casos por el padre viudo) puedan considerarse suficientes, ni jurídica ni efectivamente, para que se les pueda atribuir una clara, inequívoca o manifiesta voluntad revocadora de la institución de heredero, válidamente ejercitada en vida y, en consecuencia, transmisible a sus herederos.

5. STSJ 13-2-1992: VENTA DE FINCA EN COPROPIEDAD ENTRE EL CONSORCIO MATRIMONIAL Y EL PATRIMONIO PRIVATIVO DEL ESPOSO ENAJENANTE: NULIDAD POR FALTA DE CONSENTIMIENTO DE LA ESPOSA; INEFICACIA TAMBIEN DEL CONTRATO EN CUANTO A LA CUOTA PARTE PROPIA DEL CONTRATANTE VENDEDOR

(Ponente: Sr. García Rodeja y Fernández)

Los demandantes, marido y mujer, impugnan la venta en documento privado de una finca indivisa perteneciente en parte al consorcio matrimonial (patrimonio común) y en parte al patrimonio privativo del esposo, por haber sido realizada por el marido sin el consentimiento de la esposa. Probada la falta del consentimiento de la esposa y solicitada la nulidad del contrato, tanto las sentencias de instancia como la de casación entienden que procede declarar la nulidad absoluta de la compraventa, debiendo restituirse las partes recíprocamente lo que haya sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses.

En cuanto a la posibilidad de disposición del marido en la parte de

finca privativa, dice el TSJ que, según el art. 51 de la Compilación, corresponde a cada cónyuge la disposición de sus propios bienes. Y el hecho de que no conste la renuncia expresa del otro cónyuge no supone la nulidad de la venta, sino la permanencia del derecho expectante de viudedad; dicha renuncia se prevé conste en documento público cuando se realiza de manera independiente al acto de disposición (art. 74.1 Compilación); en relación a los bienes comunes, la intervención del cónyuge en la enajenación o su consentimiento a ella equivale a la renuncia del derecho expectante, salvo reserva expresa (art. 76.2 Compilación). Pero la inadmisión de esta pretensión de validez parcial del contrato, con independencia de los problemas de la necesidad del consentimiento uxorio en la enajenación de la porción consorcial de la finca objeto del contrato, resulta de que, al efectuarse la presunta venta de "la totalidad de la finca de la Viña", la finca está en situación de copropiedad entre el consorcio matrimonial de los demandantes y propiedad exclusiva del marido, por mitades indivisas. La venta de dicho bien común requiere la unanimidad de los copartícipes y no existiendo la adecuada conformidad del consorcio, el marido, por sí no puede vender la finca indivisa (SS TS 19-12-1985, 8-7-1988 y 25-6-1990); la enajenación de una finca por uno de los copropietarios sin consentimiento de los demás es nula, sin que quepa ya alegar la subsistencia de la validez parcial del contrato en cuanto a la parte de titularidad del contratante vendedor, por cuanto que el objeto de la compraventa es la finca como unidad física y jurídica, lo que trasciende a la infraestructura causal del negocio viciándolo por nulidad radical.

6. STSJ 25-3-1992: LEGITIMACION INDIVIDUAL DE CADA CONYUGE PARA LA ADMINISTRACION Y DISPOSICION DE LOS BIENES COMUNES INCLUIDOS EN EL TRAFICO HABITUAL DE SU PROFESION: NO ES NECESARIO DEMANDAR AL OTRO
(Ponente: Sr. Serrano Bonafonte)

Justino y otros copropietarios de una finca concertaron en 1977 un contrato por el que "permutaban" dicha finca a dos constructores, ambos casados, quienes se comprometían a entregar a los propietarios del terreno el 25 % de la obra resultante en sótanos, planta baja y pisos; correspondiendo a Justino el 12,50 %; el contrato no fue suscrito por las esposas de los constructores.

Fallecido Justino y también uno de los constructores, la esposa e hijos de Justino reclaman al constructor vivo (Francisco) y a la herencia yacente y herederos del otro el cumplimiento del contrato de "permuta" y, por tanto, la entrega de determinados bienes inmuebles. Francisco se opone a la demanda alegando falta de *litis* consorcio pasivo necesario por no haberse

demandado también a su esposa. Las sentencias de instancia reconocen en favor de los actores un 12,50 % de la obra realizada y remiten la individualización de dicha cuota a los trámites de ejecución de sentencia.

Formulado recurso de casación por Francisco, el TSJ entiende que no existe litisconsorcio pasivo necesario. Entre otras sentencias del TS, se trae a colación la de 26-9-1986, referida a la sociedad de gananciales del CC, que afirma lo siguiente: "La exigencia de demanda conjunta a ambos cónyuges no guarda armonía con el carácter individual de la calidad de deudor, cualesquiera que sean las masas patrimoniales que tal actuación individual haya podido sujetar a responsabilidad, ya que cuando la ley establece que uno de los cónyuges como órgano social puede obligar los bienes gananciales hay que entender este mandato legal hasta sus últimas consecuencias, que no es sólo la de poder realizar una prestación, sino también la responsabilidad aneja de unos bienes, en este caso los gananciales, si hay incumplimiento, y sin que pueda atribuirse al acreedor la carga de tener que demandar a los dos cónyuges cuando únicamente ha contratado con uno solo de ellos, así como tampoco obligar al cónyuge no deudor a que sea parte en el proceso cuando aunque se vea afectado no está obligado ni directamente ni como fiador." Por su parte, el TSJ recuerda que en el caso los actores ejercitan dos tipos de acciones: una de carácter personal tendente a conseguir la obtención de la validez del contrato, y otra de carácter real que postula la entrega por parte del demandado de determinados bienes de carácter inmueble. Pues bien, tal circunstancia en modo alguno obliga a dirigir la demanda contra la esposa del recurrente puesto que —como dice la S TS 25-4-1969 en asunto de plena identidad con el que aquí se debate— "el objeto contractual no consiste en un bien inmueble ya existente y como tal incorporado a una sociedad de gananciales, sino que supone una obligación de hacer y entregar una cosa específica 'asimilable a un arrendamiento de obra, que la convierte en contrato mixto o atípico', tratándose en suma de una edificación empresarial en construcción, siendo de notar que... la relación jurídica establecida, y por la que se acciona, lo fue exclusivamente entre los actores y el demandado, sin que la esposa de éste tuviera en ello intervención alguna, ni activa, ni pasiva..."

Entiende también el TSJ que no se han infringido los arts. 37, 48 y 79 de la vigente Compilación del Derecho Civil de Aragón. Porque, si bien es cierto que el art. 37, en su apartado 1.º, establece que constituyen el patrimonio común los bienes inmuebles o sitios adquiridos a título oneroso, constante el matrimonio, a costa del caudal común, y que el art. 79 atribuye al cónyuge sobreviviente con derecho expectante el usufructo sobre los bienes afectos, no puede olvidarse que el art. 48, tras disponer en su apartado 1.º que "la administración y disposición de los bienes comunes y las decisiones sobre la economía familiar corresponden a ambos cónyuges conjuntamente o a uno cualquiera de ellos con el consentimiento del otro", en su apartado

2.º dice: "Frente a terceros estará legitimado cada cónyuge: a) para realizar actos de administración y *disposición* incluidos en el tráfico de su profesión, arte u oficio". La Compilación de 1985 (Ley 3/85, de 21 de mayo) introduce los principios constitucionales de igualdad jurídica entre los cónyuges optando por la participación conjunta e igualitaria en la gestión común (art. 48.1), pero posibilitando a la vez una gestión libre de los bienes comunes que estén incluidos en el tráfico habitual de su profesión, arte u oficio (art. 48.2.1). Lo que la Compilación persigue no es sino proteger a quienes contratan con una persona casada con el fin de agilizar y aun facilitar el tráfico jurídico, que se vería comprometido y muy seriamente dificultado si en cada acto o contrato hubieran de concurrir necesariamente ambos cónyuges; de ahí que la novedad del precepto reside en otorgar plena validez a los actos de administración o disposición que un cónyuge realice, afectando el patrimonio de la comunidad consorcial. El cónyuge disconforme con los actos ejecutados por el otro puede oponerse a las operaciones llevadas a cabo por aquél, porque sus facultades permanecen intactas, pero tal oposición solamente puede surtir efecto en la relación intercónyuges y no frente a terceros. Podrá el disconforme acudir a la Junta de Parientes o al Juez —art. 49— para hacer valer su oposición, pero en modo alguno tal oposición puede afectar al acto dispositivo o de mera administración ejecutado.

Por otra parte, precisa el TSJ que, aunque al tiempo de la celebración del contrato mixto o atípico (año 1977) regía la Compilación de 1967 que exigía para actos de disposición voluntaria sobre inmuebles el consentimiento del otro cónyuge, en la actualidad el reformado art. 48.2.1 no contiene tal exigencia para aquellos actos de disposición que estén incluidos en el tráfico habitual de la profesión, arte u oficio del cónyuge que dispone, sin que pueda haber duda alguna sobre la aplicabilidad de tal precepto puesto que la disposición transitoria segunda de la Compilación (Ley 3/1985) la establece "cualquiera que fuera la fecha de celebración del matrimonio."

Acreditado que el recurrente es promotor de viviendas, demostrada la plena aplicación del art. 48.2.1 de la Compilación, habida cuenta, además, de que el art. 41.5 de dicho cuerpo legal establece como cargas de la comunidad las deudas del marido o de la mujer, en cuanto redunden en beneficio común o hayan sido contraídas en el ejercicio de una actividad útil a la comunidad, sin olvidar tampoco que el art. 42 dispone que cada cónyuge, en la explotación regular de sus negocios o en el desempeño de su profesión, obliga siempre, frente a terceros de buena fe, a los bienes comunes; todo ello acarrea la desestimación del recurso, sin que sea necesario razonar la denunciada inaplicación de preceptos del Código Civil (arts. 1344, 1375 y 1377), por la simple razón de que al ser la cuestión debatida materia expresamente regulada en la Compilación, es de aplicación este cuerpo legal y no el Código (art. 1.2 Compilación).

7. STSJ 18-6-1992: OPCION DE COMPRA DE LOCAL CONSORCIAL OTORGADA POR LA ESPOSA CON AUTORIZACION DEL MARIDO
(Ponente: Sra. Bandrés Sánchez-Cruzat)

Los demandantes (Alberto y Félix) suscribieron con Carmen, el 28 de noviembre de 1986, un contrato de compraventa de negocio propiedad de ésta y su esposo —por quien comparecía, además de por sí—; tres días más tarde, los mismos intervinientes, suscribieron nuevo contrato de arrendamiento con opción de compra sobre el local en que el negocio se hallaba establecido, pactando el precio, plazo, forma y condiciones para el ejercicio de este derecho de los arrendatarios a comprar el local. Sin embargo, los propietarios niegan que existiera autorización del marido a la esposa para vender el local, por lo que estiman que, según el art. 48.1 de la Compilación, la opción de compra concertada por la esposa es inválida.

El TSJ considera como hecho probado por el Tribunal *a quo* que el marido autorizó por escrito a la esposa para que, en nombre y representación suya, pudiese vender el negocio, y que el consentimiento para vender un negocio sin restricción comprende la facultad de disponer de todos sus elementos patrimoniales y por tanto también del local, salvo prueba en contrario. Acreditado en autos que la esposa contrató la opción de compra con la autorización —equivalente al consentimiento— de su esposo, no se ha producido la denunciada infracción del art. 48.1 de la Compilación. Por consiguiente, desestima el recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia que había declarado que los demandados están vinculados por el contrato de opción estipulado en el documento privado de 1 de diciembre de 1986, y que, no obstante, no procede condenar a los demandados al otorgamiento de escritura pública de venta, mientras los actores no ejerciten el derecho de opción en la forma pactada.

8. STSJ 29-9-1992: CAPITULACIONES MATRIMONIALES: CONSORCIO UNIVERSAL ENTRE MATRIMONIOS (“JUNTAR DOS CASAS”); PREVISION HEREDITARIA DE UNIDAD: INCUMPLIMIENTO; FIDUCIA SUCESORIA
(Ponente: Sr. García-Rodeja y Fernández)

En 1917 se otorgó documento notarial de capitulaciones matrimoniales, nombramiento de heredero y sociedad familiar; en dicho documento se contienen los capítulos del matrimonio entre Juan Antonio y Antonia, la designación de Juan Antonio como heredero de sus padres, y, además, se establece un consorcio de aportación de bienes entre este matrimonio y el de la hermana de Juan Antonio, “juntando las casas”; se regula tam-

bién, mediante fideicomiso, el destino del patrimonio de la casa así formada, estableciendo que "uno de los hijos del matrimonio de Juan Antonio y Antonia será heredero de todos los bienes que constituyan la sociedad familiar, aquel o aquella que elijan los cuatro consocios, los que sobrevivan aunque fuere el último, y, en defecto de los cuatro, lo designarán los parientes más cercanos mayores de edad, uno por cada consocio, dirimiendo la discordia si entre ellos se suscitare el señor cura de la parroquia".

En 1980, ya fallecidos todos los consocios, los dos hijos de Juan Antonio y Antonia suscriben un documento privado en el que deciden que uno sería heredero y el otro legatario; añadiendo que dicho pacto obligaría también a su respectiva descendencia.

En 1985, fallecidos también los hijos de Juan Antonio y Antonia, los fiduciarios colectivos otorgaron documento notarial en el que designan heredera universal con las condiciones naturales, forales de abolorio y las establecidas en la carta capitular de sus abuelos en 1917, a una nieta de Juan Antonio y Antonia.

Para resolver los problemas interpretativos de la cláusula capitular que regula la sucesión en el patrimonio del consorcio familiar, la sentencia de la Audiencia estableció los siguientes criterios: a) que el fallecimiento de los "hijos", antes de haberse hecho designación de heredero por los fiduciarios, lleva a la posibilidad interpretativa lógica y consagrada jurisprudencialmente, de incluir al "nieto"; b) la naturaleza de la institución de la "Casa aragonesa" regulada en el contrato de 1917 tiene como principio esencial el mantener la unidad patrimonial para el sustento de la familia, y la sucesión establecida pretende mantener esa unidad patrimonial mediante el nombramiento de un sucesor único, medio de poder lograr la subsistencia futura de dicha casa; y c) la designación de este heredero único queda plenamente establecida en la disposición sucesoria capitular, atribuyéndose a los propios consortes o a los parientes que se fijan, sin que exista otro cauce válido para efectuar la designación referida. Dice el TSJ que, al establecerse de manera expresa estos criterios en la resolución recurrida, no sólo no se ha producido ninguna ilógica o inadecuada labor hermenéutica, sino que se ha cumplido con la función que al juzgador atribuye el principio del Derecho aragonés de estar a la voluntad de los otorgantes, *standum est chartae*.

En relación a la declaración de invalidez del documento privado de 1980, efectuada por el Tribunal de instancia y que el TSJ considera totalmente correcta y fundada, la sentencia de casación añade las siguientes precisiones: a) los que suscribieron el documento privado, en favor de los cuales existía simplemente "un derecho a ser herederos", no lograron que se efectuase la designación en favor de ninguno de ellos en la forma prevista en las normas sucesorias pactadas, careciendo de base y eficacia la

condición de heredero o legatario que se atribuyen; b) se contradice la pretensión de atribución de los bienes de la "casa", por mitad, con la voluntad clara y terminante de quienes la constituyeron de que pasasen formando una unidad material a un "hijo" (o sucesor, según lo dicho) del matrimonio que se "casaba en casa"; c) ninguna persona, ni los propios constituyentes de dicha unidad aisladamente, ni los que podían ser designados herederos, tenían facultades para contradecir la voluntad conjunta de la *chartae*, ley para aquéllos y para éstos, y el documento de 1980 supone por tanto la infracción de la norma legal del art. 3 de la Compilación; y d) podría hablarse también, sin salirse del ámbito de la regulación del Código Civil, de que el pacto contenido en tal documento se encuentra prohibido por el art. 1271 al tratarse de acuerdo sobre herencia futura; y podría entenderse, en términos generales, que se trataba de acuerdo sometido a condición, la de ser declarado heredero uno de ellos, que al no darse extinguiría el mismo, según el art. 1.117. Incluso, según la norma aragonesa, podría entenderse que sus efectos nunca podrían producirse por el defecto formal de no haberse otorgado en escritura pública, si le diese el sentido de pactos o capitulaciones y de acuerdo con el art. 58 del Apéndice y 25.2 de la Compilación. Por último, respecto a la vinculación de lo acordado en este documento para los hijos de los otorgantes, recuerda el TSJ la doctrina jurisprudencial que reconoce legitimación a los herederos forzosos para impugnar la nulidad absoluta o relativa de los actos de su causante, y añade que en casos de nulidad absoluta como el contemplado se puede, directamente, desconocer su eficacia sin necesidad de específica impugnación, como recoge el aforismo: *quod nulum est, nullum effectus producit*.

En cuanto al documento público otorgado en 1985 con la finalidad de designar e instituir heredero en relación a los bienes integrantes de la institución fiduciaria, en favor de una nieta, por quienes se atribuyen la condición de parientes más cercanos de los consocios instituyentes, nada es preciso declarar a los fines de la resolución de este litigio; pero, aunque a efectos meramente dialécticos se afirmase su nulidad, no por ello podría darse lugar a las pretensiones de los recurrentes de que se daría un inmediato acceso a la sucesión intestada, pues por el contrario volvería a originarse una situación de pendencia hasta que los fiduciarios cumplieran el encargo en forma adecuada.

9. STSJ 4-11-1992: RETRACTO DE ABOLORIO: PRESUPUESTOS Y FINALIDAD; LEGITIMACION ACTIVA; PRUEBA DE LA TRONCALIDAD; EJERCICIO CONJUNTO DEL DERECHO DE RETRACTO; INTERPRETACION RESTRICTIVA; MODERACION EQUITATIVA DEL EJERCICIO DEL RETRACTO POR LOS TRIBUNALES

(Ponente: Sra. Bandrés Sánchez-Cruzat)

El derecho de retracto de abolorio compete a los más próximos parientes del vendedor, comprendidos dentro del 4.º grado civil, por el orden de mayor proximidad, para redimir los bienes raíces que hayan sido enajenados y procedan de los abuelos comunes, en los términos señalados en la ley. En este sentido, se ha pronunciado el Derecho aragonés a lo largo de toda su trayectoria histórica: el TSJ señala como fuentes históricas o textos más significativos los Fueros 1.º a 5.º *De communi dividundo* y el Fuero 1.º *Familiae herciscundae*, todos ellos de 1247, Fuero "Que tenga lugar el beneficio de la saca en las vendiciones de bienes sitios que se hicieren por Corte" de 1678, y las Observancias 2.ª, 8.ª y 16.ª *De consortibus eusdem rei* y 21.ª *De generalibus privilegiis*.

El objetivo de la institución del derecho de abolorio está en volver a integrar, en una unidad, las heredades desintegradas o dispersadas por las sucesivas particiones hereditarias a través de la compra-venta por personas extrañas a la familia, siempre que se reúnan unos concretos requisitos.

Gozan del derecho de abolorio o de retracto los parientes colaterales hasta el 4.º grado, por la línea de procedencia de los bienes. Esta exigencia legal ha sido uniforme en la trayectoria de la institución, salvando el período de vigencia del Apéndice que fijó el parentesco requerido en el 6.º grado de consanguinidad legítima (art. 76). Los Fueros antes citados establecían expresamente que ninguna persona puede pedir la heredad que otro posee diciendo contra su poseedor que la heredad fue de su bisabuelo; impidiéndose así la pretensión a los bienes de bisabolorio. En el caso, la parte correspondiente a Pilar queda fuera del alcance del art. 149.1 de la Compilación al hallarse ésta en el 5.º grado de parentesco respecto de cualquiera de los retrayentes de los bienes troncales, pues es biznieta del matrimonio de Filomena y Mariano y los actores son nietos por otra rama del mismo matrimonio. No desvirtúa lo anteriormente expuesto el hecho de que Pilar recibiera los bienes en representación de su madre (art. 141.1 Compilación): su situación actual es la de pariente de 5.º grado de los demandantes, con independencia de que haya heredado por prelación de sus progenitores o lo hubiera hecho por primera herencia de ascendiente; y es que, aunque el derecho de representación en la sucesión en bienes troncales de abolorio carece de limitación de grado (art. 133

Compilación), para el ejercicio de otros derechos, de naturaleza diferente, habrá de estarse a lo expresamente regulado para ellos, y en el ejercicio del derecho de retracto de abolorio éste no puede ejercitarse *in infinitum* o por los ulteriores descendientes (art. 141.1 Compilación), sino limitado al 4.º grado por imperativo legal (art. 149.1). No procede, por tanto, el retracto sobre los bienes que pertenecieron a Pilar y que suponen la mitad indivisa de los bienes objeto del retracto de abolorio.

La permanencia de parte de los bienes inmuebles objeto de retracto en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del disponente (art. 149.1 Compilación) no ha sido suficientemente acreditada por la parte recurrente, a quien corresponde demostrar la troncalidad de los bienes (art. 1214 CC), por lo que éstos bienes quedan excluidos del retracto.

El retracto ejercitado conjuntamente en concurrencia de otros no está contemplado en el Derecho aragonés, y si bien el art. 149.3 de la Compilación recoge el término "de si concurren dos o más parientes" lleva al establecimiento de una preferencia, que resulta también de la remisión a los arts. 133 y 132.3 del referido texto legal. Dada la finalidad del retracto de abolorio, la adquisición conjunta por dos o más parientes puede entenderse y justificarse cuando vienen determinadas por una situación personal de los actores en que se encuentren integrados, bien como consortes de "Casa aragonesa" cuya continuidad y engrandecimiento busca la institución contractual, o al menos cuando explotan en conjunto o colaboración bienes de naturaleza rústica o urbana, de manera unitaria; difícilmente cabe la justificación de tal actuación conjunta, cuando como en el caso de Autos no aparece ningún vínculo de dicha naturaleza entre los actores.

En términos generales, afirma el TSJ que, no acreditándose por los actores que los derechos a que se reduce el retracto vengan a suponer ningún incremento o mejora de la "Casa aragonesa" o explotación agrícola-ganadera, que ni siquiera consta posean los actores (dos de ellos jubilados y vecinos de Zaragoza y el otro industrial con residencia en Sabiñánigo), la finalidad con que nació el derecho al retracto de abolorio no se da en este caso concreto.

Pero es que, además, el derecho de abolorio es una restricción al libre ejercicio de la propiedad, y en cuanto tal es de interpretación restrictiva (SS AZ 9-7-1880, 30-6-1919 y 28-12-1925).

Por último, la Sala considera que el derecho de moderar equitativamente el ejercicio del derecho de abolorio o en su caso de retracto, que el art. 149.2 de la Compilación concede a los Tribunales, debe entenderse se centra esencialmente en la concurrencia o no de la finalidad familiar que justifica y late bajo toda institución de retracto de abolorio, lo que lleva al Tribunal a hecer uso en el caso de autos, por todo lo ya expresado, de tal moderación denegando la posibilidad de retraer por abolorio.

10. STSJ 23-3-1993: REGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: APLICACION DIRECTA DEL DERECHO ARAGONES; CARGAS DE LA COMUNIDAD: GASTOS DE LOS LITIGIOS ENTRE CONYUGES AL CESAR SU VIDA EN COMUN; GESTION DE LOS BIENES COMUNES; DISOLUCION Y LIQUIDACION DE LA COMUNIDAD: APLICACION DE LOS ARTS. 1394, 1396, 1397 Y 1398 CC.; EL DOBLE CONTENIDO DEL INVENTARIO DEL ART. 55.2 DE LA COMPILACION
(Ponente: Sr. García-Rodeja y Fernández)

No es adecuada la cita del art. 1361 del CC, realizada por la sentencia de apelación, por tener aplicación directa el Derecho aragonés, en especial el art. 40 de la Compilación.

La sentencia de apelación, confirmando la del Juzgado, estima que son carga de la comunidad las costas pagadas por la esposa, por insuficiencia de las *litis expensas* concedidas en su día para la tramitación judicial de la separación, actuaciones que concluyeron con sentencia definitiva que, revocando la de instancia, no dio lugar a la separación pretendida. La sentencia del Juzgado no hace fundamentación sobre tal imputación al caudal común y la de la Audiencia invoca el art. 1318 del CC. Entiende el TSJ que dicho artículo no es contradictorio con la normativa aragonesa, pero que resulta evidente que no se han tenido en cuenta los preceptos de la Compilación, en especial el art. 46, cuyo contenido esencial coincide con el referido del CC.

El marido recurrente alega la inaplicación del art. 41 de la Compilación para no considerar tales gastos carga de la comunidad. Al respecto, dice el TSJ que los gastos de litigios de un cónyuge frente a terceros o contra el otro cónyuge vienen incluyéndose en el número 1.º de tal precepto como atenciones legítimas "particulares de cada cónyuge" siempre que se efectúen en relación a la familia; entendiéndose constituyen cargas de la comunidad por propia naturaleza, diferenciadas de las que regulan los demás números del precepto, en el sentido de que son obligaciones, por sí mismas y en definitiva, del consorcio familiar, con los efectos que el apartado 1º del art. 43 establece. Con este planteamiento interpretativo existe la posibilidad por tanto de estimar que los gastos que tienden a la cesación o disolución de la convivencia matrimonial en el ámbito humano y personal de los cónyuges, por imposibilidad de convivir o de pervivir en el matrimonio, por causas legalmente establecidas y reconocidas por resolución judicial en el procedimiento preciso a dicho fin, son una actuación en beneficio de los miembros de la familia y, por tanto, inequívocamente carga de la comunidad, admitiéndose las excepciones de actuación temeraria o de mala fe, que en el presente caso no pueden tenerse por concurrentes, aunque no se logre la solución pretendida por el promovente; pero, con independencia de este planteamiento, en este caso hay razones

distintas, con una base esencial en la equidad y teniendo en cuenta el art. 3.2 del CC., que obliga a mantener que los gastos solicitados en demanda como carga de la comunidad se tengan por tales porque no demostrándose lo contrario ni negándose por el recurrente, que no aparece tenga bienes de su exclusiva propiedad, él mismo cargó los gastos de aquel referido litigio entre los de la comunidad que de hecho viene administrando con carácter exclusivo; incluso puede pensarse en la aplicación de la doctrina de los actos propios y la adecuada igualdad de la situación de los cónyuges; si el recurrente con actos inequívocos y de evidente trascendencia jurídica ha aplicado como gasto de la comunidad sus propias costas o incluso las *litis expensas* abonadas, no puede ahora mantener postura contraria defendiendo que éstos integran una carga del patrimonio exclusivo de la solicitante, que no tenía en el momento de devengarse el gasto, ya que el consorcio continuó hasta la obtención de la sentencia definitiva (de disolución del consorcio matrimonial) en anterior litigio.

En cuanto a la administración de la sociedad consorcial aragonesa no puede olvidarse la situación legal que existió hasta la reforma de la Compilación en 21 de mayo de 1985, pues hasta ese momento sí existía una absoluta preeminencia del marido como administrador y representante de la comunidad en juicio y fuera de él, como establecía el art. 49 del Apéndice y que se mantuvo en el texto de la Compilación de 1967, art. 48.1, en que se afirmaba que el marido es el administrador de la sociedad, lo que supone una realidad jurídica de tal situación hasta el año 1985. La actual regulación atribuye la administración a ambos cónyuges conjuntamente, pero no excluye que la efectúe "uno cualquiera de ellos con el consentimiento del otro" (art. 48.1), pudiendo ser tal consentimiento general, especial, expreso o tácito, y también está legitimado cada cónyuge "para realizar actos de administración ordinaria del patrimonio consorcial, así como los de administración y disposición incluidos en el tráfico habitual de su profesión, arte u oficio" (art. 48.2.1.º), de directa aplicación al supuesto de autos en que aparecen como ingresos fundamentales de la comunidad familiar los obtenidos por la actividad mercantil del recurrente en el gremio de la zapatería. Lo que hace que la continuación de la administración por uno de los cónyuges, en matrimonios contraídos con anterioridad, como ocurre en el supuesto de autos, venga a ser una situación normal por razón de tácito consentimiento del otro cónyuge, sin que suponga contradecir los preceptos legales y sin olvidar que siempre cabría la modificación de dichas normas por pacto de acuerdo con el art. 36 en relación con el 3 de nuestro Derecho Civil. Admitido por el propio demandado, hoy recurrente, que desde el 3 de noviembre de 1986 ha sido de hecho el administrador del haber conyugal, carece de todo fundamento el motivo del recurso que pretende hacer recaer sobre la esposa las responsabilidades de tal administración que no ha ostentado.

Respecto al inventario, indica la Sala que si bien es cierto que la sentencia del Juzgado señala la necesidad de fijar el activo y pasivo del régimen económico matrimonial que existió entre los litigantes y está actualmente disuelto, refiriéndose a los arts. 1396 y 1397 del CC., sin hacer siquiera mención del art. 55 y concordantes de la Compilación, que fueron invocados expresamente por la parte demandante (en deficiencia de tener en cuenta las normas peculiares y de aplicación preeminente del Derecho aragonés frente al Derecho común), sin embargo no se separa del suplico de la demanda en la estimación parcial de la misma y de la solicitud de reconocimiento de crédito que por la parte demandada se formuló, dado que los arts. referidos del CC pueden, además, estimarse aplicables como complementos de las normas de la Compilación, no contradictorias, y por defecto de las mismas.

Es cuestión esencial la fijación de la fecha de liquidación de la sociedad conyugal, porque la misma determina el momento que debe tenerse en cuenta para determinar la situación económica del consorcio disuelto y que debe recogerse, necesariamente, en el inventario que deba realizarse para la liquidación de aquélla; tal fecha no es otra que la de la sentencia que decretó la separación matrimonial y la liquidación de la sociedad, el 19 de enero de 1990, de acuerdo con el art. 1394 del CC de plena aplicación en Aragón; y así se pide por la parte demandante de manera implícita.

En cuanto al contenido del inventario, el art. 55.2 establece unas normas genéricas y puede mantenerse que como complemento de las mismas tienen vigencia los arts. 1397 y 1398 del CC, no sólo por su mayor pormenorización del contenido del inventario, sino también por una más actual regulación de algunos extremos, como es el de la valoración de las cantidades pagadas y que constituyen créditos de la comunidad a liquidar; la aplicación de estas normas también es justificada por la doctrina como complemento necesario de la remisión que el art. 52.2 de la Compilación realiza a los arts. 1392 y 1393 del referido Código. La aparente discrepancia entre dichas normativas es la de que el art. 55.2 de la Compilación prevé un doble contenido del inventario: la situación del patrimonio común en el momento de cesar el matrimonio y el estado de dicho patrimonio al tiempo de formalizarse tal inventario, comprendiendo así la gestión realizada de los bienes por el "cónyuge sobreviviente". Tal referencia al "cónyuge sobreviviente" vuelve a repetirse en los arts. 57 y 58, lo que lleva, no a desconocer el contenido de la Sección sexta de la Compilación comprendida en el título genérico de liquidación y división "de la comunidad", pero sí a tener en cuenta que la normativa está pensada para los casos en que ésta se deriva del fallecimiento de uno de los cónyuges y la compleja relación que puede originarse sobre el patrimonio indiviso del consorcio familiar en la legislación aragonesa: usufructo viudal universal, existencia de testamentos con fiducia o recíprocos entre cónyuges o pactos

sobre "la casa", que entre otros supuestos llevan a una liquidación muy diferida en el tiempo desde el momento de la disolución matrimonial y el legislador, evidentemente en aras de la economía jurídica, pretende resolver en un sólo momento la liquidación de los dos patrimonios: el consorcial y la comunidad postmatrimonial que surge desde la disolución hasta la liquidación definitiva, comunidad esta última que normalmente viene a regirse, salvo los supuestos de especialidad foral, por las normas de la comunidad ordinaria y en este sentido han de citarse las sentencias del TS 21-11-1987 y 17-2-1992, entre otras. Si la parte promoviente se limitó a solicitar el inventario de bienes en el momento de haberse decretado judicialmente la extinción del consorcio, por separación matrimonial, no hay inconveniente a que así se conceda.

Carecen de cualquier fundamentación jurídica las afirmaciones que se efectúan sobre los distintos efectos de las regulaciones contempladas en cuanto a la inversión de la carga de la prueba sobre la existencia de bienes o realización de gastos por la persona que haya administrado las comunidades; lo que ha de afirmarse es que quien ha mantenido la administración de los bienes del consorcio después de su extinción tendrá que rendir cuentas de su labor, lo que incluirá evidentemente la formación de nuevo inventario, si se hiciese preciso, como obligación genérica de toda persona que administra bienes total o parcialmente ajenos.

11. STSJ 21-5-1993: FIDUCIA SUCESORIA: RECONOCIMIENTO DE LA CONDICION DE HEREDEROS EN SENTIDO AMPLIO EN LOS LLAMADOS CON EXPECTATIVA DE SUCEDER; LEGITIMACION PARA ACTUAR EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD
(Ponente: Sr. Serrano Bonafonte)

El testamento en el que se establece la fiducia sucesoria no sirve para justificar adquisición o propiedad de bienes, sino únicamente para acreditar *prima facie* la condición de herederos de la actora y sus hermanos, aunque el cónyuge sobreviviente no haya hecho uso hasta el momento de la facultad fiduciaria que se contiene en la cláusula cuarta del testamento. No habiéndose procedido a la partición y adjudicación de la herencia, concurre en la actora una expectativa que la acredita como parte en el proceso, pues no se le puede negar *a priori* su condición de heredera en sentido amplio, al igual que a sus hermanos.

Aunque M.^a Pilar haya comparecido en autos únicamente en su propio nombre y derecho, sin representar ni pedir nada para sus hermanos, la relación jurídico-procesal está correctamente establecida, no existiendo, por tanto, litisconsorcio activo necesario, de conformidad con la jurisprudencia del TS que considera doctrina inconcusa la de que cualquiera de los

partícipes puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a los derechos de la comunidad, ya para ejercitarlos, ya para defenderlos, en cuyo caso la sentencia dictada en su favor aprovechará a los demás comuneros, sin que les perjudique la adversa o contraria. Por consiguiente, es indiscutible que cualquiera de los comuneros puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a la comunidad.

12. STSJ 30-9-1993: LEGITIMAS: LEGITIMA FORMAL; PRETERICION
(Ponente: Sra. Bandrés Sánchez-Cruzat)

El art. 122 de la Compilación analiza la figura de la preterición colectiva por la falta de mención formal en el testamento de “todos” los legitimarios, por lo que no tiene aplicación al supuesto de autos en que, los hechos básicos y pretensiones de la demanda, se refieren solamente a dos legitimarios, pues los otros dos que gozan de la misma condición fueron nombrados herederos de la causante; sin perjuicio del valor de esta norma en la interpretación del art. 123.

Para analizar el verdadero sentido de la preterición en el Derecho aragonés, debe tenerse en cuenta el derecho histórico que está representado en sus orígenes por dos sistemas opuestos: el Fuero de Daroca de 1142 que recogió la reserva forzosa, por la que nadie puede dejar a un hijo más que a otro, y el Fuero de Jaca de 1063, en la revisión y ampliación que tuvo lugar en 1187 por Alfonso II, donde se reconoce la libertad de testar. Posteriormente, la Compilación de Huesca de 1247 impone la sucesión forzosa, lo que se matiza en las Cortes de Alagón de 1307 con la elaboración de los Fueros 1.º y 2.º *De testamentis nobilium, militum et infantionibus et heredibus eorum instituendis*, extendido con algún matiz en 1311 en las Cortes de Daroca a “todos los ciudadanos”; dicho fuero único recogido en el libro IV de los Fueros, bajo el epígrafe *De testamentis civium et aliorum hominum Aragonum* señala que todos los ciudadanos pueden hacer heredero a uno de sus hijos en sus testamentos, al que quisieren, dejando a los otros hijos *quantum eis placuerit*, cuanto quisieren de sus bienes, excepción hecha de los hombres de la Universidad de Teruel y Albarracín que tienen otros fueros suyos. Dentro de la libertad de testar, esta obligación de dejar algo a cada uno de los hijos ha sido reconocida por numerosas sentencias de la Audiencia de Zaragoza (7-6-1883, 13-7-1900 y 9-7-1921) y del Tribunal Supremo (15-12-1858, 11-3-1864, 17-6-1864 y 10-10-1879), en cuyos considerandos se establece que los hijos no herederos sólo tienen derecho, según Fuero, al *quantum eis placuerit*; de lo que se derivaba que la libertad de testar teniendo hijos o descendientes legítimos no era absoluta, para que no existiera preterición era preciso que el padre o la madre les dejara algo.

El Apéndice Foral recogía en su articulado la libertad de testar, respetando la porción de legítima colectiva de los dos tercios del caudal hereditario del causante, que se establece por primera vez en este texto legal, regulaba los efectos de la preterición, sin establecer los supuestos en que ésta se producía y así se siguió aplicando con influencia de esta legítima legal y pese a la derogación que se efectúa de los Fueros pervive la forma del texto foral con la que indica que ha de dejarse algo a los hijos y que a ese "algo" ha de hacerse referencia en el testamento o pacto sucesorio.

Hoy la Compilación de Derecho Civil de Aragón ha establecido lo que se denomina por la doctrina "legítima formal", que no impone la obligación de dejar "algo" a los legitimarios, pero sí exige que necesariamente sean nombrados o mencionados al menos, en el testamento que los excluya. Lo que ha de determinarse y eso es lo que constituye el objeto de este recurso es en qué forma ha de hacerse esa mención: si basta con la mera referencia a la existencia del legitimario en cualquier parte del testamento (expositiva o dispositiva) y si la mención ha de contener o no una referencia patrimonial. De conformidad con el art. 122 de la Compilación constituye la preterición la falta de "mención formal" en el testamento de un legitimario, de donde cabe deducirse que no es suficiente cualquier tipo de mención para evitar la preterición, sino que ha de tener un carácter formal, y siendo el testamento un acto de disposición de bienes, de conformidad con el art. 667 del CC, dicha mención, a juicio de la Sala, ha de realizarse necesariamente en la parte dispositiva, aunque sea para manifestar que a determinado o determinados legitimarios no se les deja nada, y ello porque lo que debe de tenerse en cuenta es que el testador, precisamente al tiempo de asignar las legítimas, no olvidó la existencia de alguno de aquéllos.

Tampoco puede olvidarse que no consta en autos que la causante haya instituido dotes o donaciones a sus hijos Pascual y Pilar, o les hubiera entregado liberalidades no usuales o les haya facilitado el seguir carrera profesional o artística, o, en suma, les hubiera entregado los derechos que pudieran corresponderles por su legítima materna o paterna (art. 126 Compilación), y que en principio fuera ésta la causa de su omisión, lo que evidentemente evitaría la preterición.

No contradice lo antes expuesto que la práctica siga manteniendo el sistema de hacer asignaciones simbólicas a los legitimarios que realmente resultan excluidos de la herencia, práctica que está en la línea de lo que ha sido doctrina constante con anterioridad a la Compilación según se ha expuesto y sirva de ejemplo de tales asignaciones simbólicas las sentencias que recogían la práctica notarial: así las de la Audiencia de Zaragoza de 20-5-1904, 9-7-1921 y 24-6-1922, donde se dejaban diez sueldos jaque-

ses, cinco por bienes sitios y los otros cinco por bienes muebles; o 100 pesetas en la de 24-6-1922 o en la del TS 20-5-1904 donde se dejaban 5 pesetas.

No puede mantenerse que las normas a aplicar necesiten de su integración con la costumbre, pues la Compilación establece la citada "legítima formal" con la necesidad de ser nombrados o mencionados todos los legitimarios en el testamento que los excluya, si bien no descarta la Compilación otro tipo de liberalidades que recoge en los arts. 120, 124 y 126.

La Sala casa y anula la sentencia recurrida y declara que los hermanos Pilar y Pascual fueron preteridos en el testamento de su madre y tienen derecho a una participación en los dos tercios, del caudal hereditario que constituye la herencia colectiva (art. 119 Compilación) con una porción igual a la del legitimario que resulte menos favorecido (art. 123), sin que en la porción de la herencia que corresponde a la libre disposición (el tercio restante) proceda hacer alteración alguna en la atribución testamentaria, porque las normas contempladas se encuentran en el Capítulo II del Título IV del Libro II de la Compilación que contiene, como su propio título indica, las normas "De protección a la legítima".

13. STSJ 11-7-1994: VIUEDAD ARAGONESA: NATURALEZA JURIDICA; ORIGEN Y EXTENSION; FUENTES Y PRINCIPIOS; CARACTER IMPERATIVO DE LA LIMITACION LEGAL DEL ART. 73 DE LA COMPILACION: INEFICACIA DE LA DISPOSICION TESTAMENTARIA QUE CONCEDE EL "USUFRUCTO DE VIUEDAD UNIVERSAL" EN LA MEDIDA EN QUE VULNERA EL ART. 73
(Ponente: Sr. San Román Moreno)

La causante, María, contrajo matrimonio en 1947 con Salvador, de cuyo matrimonio sobrevivió a dicha causante el hijo Joaquín, actor y recurrido en el presente recurso de casación; fallecido Salvador, María contrajo segundas nupcias con Enrique; María falleció en 1990, bajo testamento otorgado en 1982, sin dejar descendencia del segundo matrimonio; en dicho testamento, la testadora concedía en la disposición 2.ª a su segundo esposo "el usufructo de viudedad universal, con relevación de inventario y fianza" y en la 3.ª instituía heredero universal a su citado hijo Joaquín.

Para resolver la cuestión así planteada hay que dilucidar si ha de prevalecer la voluntad expresamente manifestada por la testadora en la citada disposición 2.ª de su testamento (tesis de la parte demandada recurrente) o, si, por el contrario, ha de entenderse afectada esa libertad de dis-

posición, proclamada en los arts. 3 y 72 de la Compilación, por las limitaciones establecidas en los arts. 72 y 73 de la propia Compilación.

El instituto de la viudedad, que la doctrina más autorizada considera como una institución unitaria, aunque diversa en su forma evolutiva y en su contenido jurídico, según se trate del derecho expectante (durante la vida de los cónyuges, vigente el matrimonio —arts. 76 y ss. de la Compilación—) o del usufructo viudal, al fallecimiento de uno de los cónyuges (arts. 79 y ss. de la Compilación); de carácter familiar o acentuadamente familiar, es una institución típica aragonesa, de honda raigambre en la costumbre, nacida para favorecer a la viuda que, posteriormente, devino en protección del “status” del cónyuge viudo, inspirada en el *favor viduitatis* (art. 75.2 Compilación), y enraizada en el pueblo aragonés, quizá, como ninguna otra, pues no ha perdido vigencia ni en el tiempo ni en el espacio.

Así, el derecho de viudedad que se inicia legalmente, salvo pacto en contrario, desde el momento de la celebración del matrimonio (art. 72.1 Compilación), como derecho expectante, que corresponde a ambos cónyuges, con el contenido y extensión a que se refiere el art. 76.1 y 4 Compilación, se transforma en usufructo viudal desde el fallecimiento de cualquiera de ellos (arts. 72.1 y 79 Compilación). Este derecho de viudedad, cuyo origen y contenido definido en la Compilación, aunque plantea en orden a su extensión determinados problemas de interpretación que no son del caso examinar en el recurso, se rige por una serie de principios normativos que se hallan expresamente recogidos en la Compilación y que definen su naturaleza jurídica.

La viudedad en el sistema de la Compilación, sin perjuicio de la aplicación del principio normativo del *Standum est chartae* (art. 3 Compilación), tiene su propio sistema de fuentes, establecido en el art. 75.1 de la Compilación que dispone que este derecho se rige por el pacto, la costumbre, las disposiciones de este Título (el Título VI, del Libro I —arts. 72 a 78, ambos inclusive—) y las del Código Civil, aunque la Sala entiende que, antes de la posible aplicación del Derecho del Código Civil, han de ser tomados en consideración los principios generales en los que tradicionalmente se ha inspirado el ordenamiento jurídico aragonés, a tenor de lo dispuesto en el art. 1.1 de la Compilación.

Pero si en el mencionado artículo 75.1 se dispone el sistema de prelación de las fuentes de aplicación a la institución de la viudedad, no se agotan en él; otros principios legales gobiernan la viudedad aragonesa: el derecho de viudedad es un derecho inalienable (arts. 74.1 y 83.1, con la excepción prevista en el art. 87 Compilación); es renunciable total o parcialmente y, en este caso, expresa o tácitamente (arts. 74.1, 76.2 y 3 y 86.1.1.º Compilación); es reducible, en cuanto a su extensión, por pacto de los cónyuges o testamento mancomunado (art. 72.1) y por voluntad de uno de ellos expresada en instrumento público o en testamento, con ciertas limita-

ciones (art. 72.1) o por ley, en determinados casos expresamente previstos (art. 73.1, 119, 124 y 125.3.º y 4.º, en relación con lo preceptuado en el art. 3, *in fine*, todos de la Compilación). Y, por último, no cabe olvidar que el principio tradicional del *favor viduitatis*, hoy se halla, también, admitido en la Compilación en el art. 75.2 que dispone: "Las cláusulas contractuales y testamentarias relativas a la viudedad se entenderán siempre en sentido favorable a la misma." Estos son, según el TSJ, los principios a tener en cuenta en la resolución del problema, sin concesión alguna a la aplicación del Derecho del CC, en cuanto que esta institución de origen consuetudinario y autóctono, no admite, en principio, otras fuentes de interpretación o integración que las propias del Derecho aragonés (arts. 1.1 y 75 Compilación), salvo en aquellos preceptos a los que expresamente reenvíe la Compilación.

Seguidamente el TSJ se circunscribe al tema *decidendi*: si la limitación legal del art. 73.1 deroga o no el principio de libertad civil que, con ciertas limitaciones, inspira la institución de la viudedad. El art. 73.1 de la Compilación dispone: "En el supuesto de matrimonio de persona que tuviere descendencia conocida con anterioridad, el derecho de viudedad a favor del otro cónyuge no podrá extenderse a bienes, porción o cuota de ellos, cuyo valor exceda de la mitad del caudal hereditario. Esta limitación quedará sin efecto si a su fallecimiento no le sobrevive tal descendencia." Considera el TSJ que de los propios términos del precepto se desprende su carácter imperativo que impone, en este caso, un límite cuantitativo al usufructo, que no puede exceder de la mitad del valor del caudal hereditario y, en ningún caso puede rebasarse dicho límite. Con apoyo en el 72.2 afirma que toda minoración unilateral de la viudedad no puede ser inferior a la mitad del caudal hereditario, debiendo ser completado hasta alcanzar ese límite. Se trata pues de "una restricción legal imperativa" o de *ius cogens* y así se deduce del último párrafo del 73.1. De la imperatividad de la norma deriva la ineficacia absoluta de la disposición testamentaria que establece un "usufructo viudal universal", sin que, por otra parte, quepa interpretar que instaura una manda o legado de usufructo sobre el *quantum* hereditario de libre disposición; ello supone que subsista el usufructo legal sobre la mitad del caudal hereditario del causante en favor del cónyuge del bínubo. En caso de existir un legado de usufructo, cosa que se niega en el supuesto de autos, podrían ser de aplicación las excepciones 3.ª y 4.ª del art. 125 Compilación.

En relación con la aludida disposición testamentaria, afirma el TSJ que no puede decirse que sea inexistente, desde el momento en que está en el testamento y tiene una apariencia de legalidad que no ha sido combatida; ni que sea nula, porque la citada disposición testamentaria era válida en el momento en que se otorgó el testamento y hubiera sido eficaz si al fallecimiento de la testadora no le hubiera sobrevivido el hijo que hubo en el primer matrimonio (art. 73.1 Compilación). Mas aún siendo válida esa

disposición, sí que puede resultar “ineficaz” “o quedar sin efecto” conforme dispone el mencionado art. 73.1 *in fine*, cuando concurran las circunstancias que dan justificación a la norma contenida en el precepto citado.

14. STSJ 27-12-1994: UTILIZACION ARBITRARIA DEL DERECHO CIVIL ARAGONES POR EL RECURRENTE. USUCAPION DE SERVIDUMBRES: LA EXISTENCIA O INEXISTENCIA DE SERVIDUMBRE DE PASO NO INFLUYE EN EL PLEITO
(Ponente: Sr. San Román Moreno)

La única *vis atractiva* para el conocimiento y resolución de este recurso (interpuesto ante el TS, éste declaró la competencia del TSJ) por la Sala del TSJ se fundamenta en la cita, por primera vez en el pleito, de la infracción de los arts. 147 y 148 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, mezclados con otros preceptos en materia de servidumbres del Código Civil, lo que, por sí solo, pone de manifiesto la “utilización”, en ocasiones, del Derecho Civil especial, sin otro fundamento que el criterio arbitrario del recurrente puesto que la supuesta existencia de una servidumbre de paso, no constituye el núcleo temático o cuestionado pretensionalmente en el proceso.

Los arts. 147 y 148 de la Compilación, relativos ambos a la “usucapión de las servidumbres aparentes y de las no aparentes”, y de acuerdo con el sistema de fuentes de la Compilación (art. 1.1), son directa y preferentemente aplicables respecto de la regulación de esa misma materia en el Código Civil, y si los requisitos para usucapir las servidumbres, y la correlativa extinción de ese derecho real, se hallan regulados por la legislación aragonesa, es evidente, sin embargo, que esto carece de influencia en el caso de autos al haber sido “aceptado” en el pleito “el dominio del camino”, careciendo de valor el tema de la existencia o inexistencia de esa servidumbre de paso.

MATERIALES

