

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

DEPÓSITO LEGAL: M. 968.—1968.

A ñ o X I	Septiembre-Octubre 1964	Núms. 436-437
--------------	-------------------------	---------------

Cuestiones fundamentales de viudedad foral navarra (*).

I

PLANTEAMIENTO

Esta conferencia contempla viudedad foral navarra desde tres diferentes ángulos:

Uno, sociológico y político, en el que pongo de relieve la inserción de la viudedad en un determinado sistema familiar.

Otro, histórico, que corrobora esa tesis, mostrando el origen fáctico de la viudedad.

Y otro, jurídico, concretado a la naturaleza y estructura del usufructo vidual. En este orden de ideas analizaré tres aspectos: el *teleológico* de la naturaleza familiar de este usufructo, el *causal* de su condición onerosa y el *estructural* de su carácter familiar, real y legal.

En este aspecto estructural discurriré rápidamente, en primer lugar, sobre el contenido del derecho, que presenta notables semejanzas con el usufructo; en segundo lugar, sobre su nacimiento *mortis causa*, que hace jugar aquí ciertos principios de Derecho sucesorio; en tercer lugar, sobre su naturaleza legal, que ha de permitir, consecuentemente, ciertas medidas de protección en vida

(*) Conferencia leída el 6 de junio, en la Institución «Príncipe de Viana», de Pamplona.

de ambos cónyuges, y en cuarto lugar, sobre su incidencia en un patrimonio individual y consecuencias que acarrea.

II

PRIMER ORDEN DE IDEAS: EL SOCIOLOGICO

A tres orientaciones fundamentales reconduce Cossio los sistemas jurídicos en tema de los derechos del cónyuge viudo (siquiera los concrete a la mujer). Existe—dice—, en primer término, una serie de normas que tienden a favorecer la permanencia de la mujer en la familia del marido, reconociéndole al efecto un conjunto de derechos constitutivos de su «viudedad», unas veces establecidos contractualmente y otras por imperativo de la costumbre, pero siempre vinculados, más que a la sucesión propiamente dicha, al régimen económico matrimonial, en cuanto se dirigen, sobre todo, a mantener la unidad del organismo que la familia constituye, mediante un aplazamiento de la división material de su patrimonio. Un segundo grupo de normas, partiendo también de la base de que el viudo no es un heredero propiamente dicho, y admitiendo como un hecho la salida del mismo del organismo familiar al disolverse el matrimonio que a ella le mantenía vinculado, considera como decisiva la obligación alimenticia, que se mantiene íntegramente a cargo de la herencia del premuerto. Finalmente, un tercer grupo, superando tales puntos de vista y equiparando en el orden sucesorio al marido y a la mujer, tiende a conferir tanto a uno como a otro derechos propiamente sucesorios en concurrencia o con exclusión de los demás parientes.

Cada término de esta clasificación se corresponde muy de cerca con determinados tipos de organización del régimen económico del matrimonio. Los derechos del cónyuge sobreviviente y la situación de los esposos en la economía del matrimonio no son (más todavía en lo que atañe a la mujer) dos cuestiones distintas y autónomas, la una de Derecho de sucesiones y la otra de familia, como parecen creer muchos autores; al contrario, constituyen lo que, hablando en términos matemáticos, podríamos denominar una *función*. La cuantía de la expectativa sucesoria del viudo se ha

señalado siempre por el legislador teniendo en cuenta los beneficios que percibe mediante el régimen matrimonial, de modo que tales derechos sucesorios tienen su máxima amplitud en aquellos Ordenamientos en los que cada cónyuge es ajeno a la actividad adquisitiva del otro: más generalmente, ello se traduce, en la práctica, en que la mujer no participa en las ganancias del marido (por ejemplo, Italia, y sobre todo Inglaterra). A la inversa; otras legislaciones—y éste es el caso del Derecho aragonés y también del propio Derecho navarro—si no conceden al cónyuge sobreviviente ningún derecho sucesorio, le compensan con extraordinaria largueza en el campo del régimen económico del matrimonio, incluida en él la viudedad foral.

La diversa configuración de los derechos del viudo no obedece, por tanto, al acaso, sino que viene en cierto modo predeterminada por la contextura de la familia-tipo que, en cada país, o ha sido en otros tiempos, paulatinamente moldeada por la costumbre, o, en cualesquiera, ha servido de dato primario e ineludible al legislador.

La institución del usufructo viual presupone, al menos en sus comienzos, en el impulso inicial, una institución familiar fuerte, extensa y unida por fuertes vínculos, creados, no ya simple ni principalmente por el afecto, sino por una economía y unas tradiciones comunes. Es entonces cuando la familia representa una célula social completa; autónoma, casi autosuficiente: sus relaciones con el exterior apenas se distinguen de las que hoy configura el Derecho internacional público. Una célula duradera también, en la que los individuos se suceden y se sustituyen sin alteración de su sustancia: en la que se vive, a la vez, de cara a un pasado continuamente presente en el pensamiento de esos individuos, y frente a un porvenir que hay que preparar para los que después seguirán dando vida a la célula, igual y estable a través del tiempo. Es esta fungibilidad de los componentes de la célula la que convierte el nacimiento, el matrimonio o la muerte, en meros episodios, capaces para acelerar o retardar el ritmo de la vida familiar, pero no para detenerlo, mientras haya familiares y un patrimonio, pobre o rico, aumentado o disminuido, que sirva de base a su convivencia y se halle destinado, *in complexu*, a las generaciones futuras. A ellas se sacrifica el presente, como ellas, a

su vez, lo inmolarán, si preciso fuere, a un futuro más lejano: lo que importa no son los componentes del grupo, sino la perduración del mismo, a la que sirve igualmente una fuerte disciplina interna que perdura también, con escasos cambios, tras la mayor edad de los hijos.

Frente a este tipo de familia autónoma y duradera, se opone otro en la que cada matrimonio es base de una célula distinta, de modo que lo episódico es la célula misma, totalmente independiente de las otras, y mero agregado de individuos que, nacido en torno a un hombre y una mujer casados, está destinado a disolverse, al menos, al disolverse el matrimonio y extinguirse así el centro de cohesión familiar. Estas células inestables, sin pasado ni futuro distintos del de los individuos que las integran; sin viabilidad para perdurar a través de las generaciones, no pueden servir de núcleo a una adscripción subjetiva o una propiedad vinculada. Su desagregación y muerte es un fenómeno previsto, y la consiguiente separación de los bienes que acaso estuvieran unidos sirviendo a una finalidad colectiva, inevitable. La sucesión, a su vez, se contempla entonces en términos individuales, igualitarios, inorgánicos, pues los bienes no tienen un fin permanente e intemporal al que servir. El individuo reina: su voluntad gobierna el grupo, que puede reducir o acaso eliminar; son los sentimientos personales, y no ancestrales imperativos, los que mantienen la cohesión de tan inestable agregado. «El hogar—dice Cossio—es simplemente un nido transitorio que se toma a renta, vacío de tradición y de recuerdos, y nadie siente otros deberes que los que imponen los vivos entre los que se desenvuelve su actividad diaria: las generaciones que vengan después habrán de resolver sus propios problemas; ya que a cada día debe bastarle su trabajo.»

Cossio llama a estos tipos familiares, respectivamente, familia-comunidad y familia-sociedad. Acaso podríamos denominarlos, mejor, buscando su paralelo en la teoría de la persona jurídica, familia-fundación y familia-asociación, correspondiendo a la clasificación de LE PLAY entre familia estable e inestable.

Es la primera la que ha sido caldo de cultivo originario de la viudedad foral. Parece que en ella el fallecimiento de un cónyuge no debería tener repercusión alguna sobre el estado de las relaciones patrimoniales, verificándose tan sólo un cambio subjetivo

en los titulares de una de las cuotas. Pero aun entonces ha de tenerse en cuenta la distinta naturaleza de, por una parte, la relación entre los parientes de sangre y, por otra, el parentesco político del cónyuge sobreviviente con los familiares del premuerto; entre los parientes de sangre, aunque se separen del núcleo familiar, el vínculo no desaparece; en cambio, el cónyuge supérstite sin hijos, siquiera continúe en la casa y bienes del difunto, no está vinculado familiarmente a la comunidad. Además, no cabe eliminar la eventualidad de que contraiga nuevas nupcias, creando así una nueva familia, ni el hecho de que, aun ingresando en una comunidad familiar por el matrimonio, conserva siempre las relaciones de sangre con sus parientes propios. Todo ello exige una atenta regulación de los derechos que puedan corresponder al viudo en el núcleo de bienes familiares, si se pretende conservar éste para las generaciones futuras en el mismo estado, al menos, en que se recibió de las pasadas.

. Esta particular situación del viudo, por lo demás, supone un punto de conexión entre la familia estable y la inestable. En aquélla, la incógnita en el propósito y destino común de mantener la unidad absoluta del grupo a pesar del fallecimiento de uno de sus componentes, viene representada por la posible separación del cónyuge supérstite, cuya convivencia es directamente incoercible, y a quien hay que disuadir de su idea de salir del consorcio familiar, o en otro caso hacer su decisión inocua, mediante un régimen matrimonial y sucesorio que condicione sus derechos, o que los configure alternativamente apreciando su permanencia o ausencia en la familia, evitando que la cuantía de su participación en el patrimonio familiar sea tal que, al retirarla, quede éste económicamente destruido, y brindándole, como alternativa, un puesto en el hogar que continúa; el goce de los bienes familiares y el trato y el poder personal y patrimonial correspondientes. No será, entonces, un heredero, ya porque no los hay propiamente, o porque sólo Dios puede hacerlos, o porque, simplemente, no se ha querido dejar en sus manos la amenaza de una acción divisoria de los bienes familiares. Es, así, algo menos, pero también, si se quiere, en muchos y muy principales aspectos, mucho más.

En la familia inestable, a la que el legislador o los propios componentes quieren dotar de alguna mayor perdurabilidad, congruen-

te con la asunción de finalidades algo más amplias, es también el cónyuge viudo una pieza clave; es su continuación al frente de la familia la que asegura la prórroga de ésta, y para ello, legislativa o convencional o testamentariamente, se trata de configurar su posición en forma semejante a la de la familia estable.

Es precisamente por esta función que puede jugar en la familia inestable por lo que hoy la viudedad no sólo perdurará, sino que una importante corriente de opinión reclama su extensión a toda España. La estructura jurídica impuesta otrora por determinadas condiciones de hecho, pretende convertirse en determinante de la producción de estos mismos hechos que antes la impusieron. Lo que primitivamente fue consecuencia de la comunidad familiar, pretende ahora emplearse como causa de ella.

De hecho, si la viudedad fuera un fenómeno sólo propio de familias fundamentalmente estables, hubiera debido desaparecer en aquellas ciudades de territorio foral donde el tipo familiar apenas presente diferencia con los de los otros territorios españoles. El que no haya sido así, demuestra la ambivalencia de esta forma de favorecer al cónyuge viudo.

La unidad familiar no es necesariamente intrínseca a la viudedad como causa que la determina: basta que sea, en otros casos, el efecto que con ella se pretende conseguir.

III

DIGRESION AXIOLOGICA

Pero causa o resultado, principio o fin, no hay duda de que la unidad familiar constituye, en una u otra forma, el fundamento de la viudedad.

MORALES, en su Memoria, lo pone de relieve para el Derecho del Fuero General. «No era—dice—una atención a la viuda desamparada; no era una parte de la herencia conferida al cónyuge superviviente en consideración al vínculo contraído; era una institución familiar que atendía, sí, a este género de consideraciones, pero además atendía a que la sociedad conyugal no se rompiera totalmente por el fallecimiento de uno de los cónyuges, a que

continuase hasta la muerte de ambos sin disolverse la familia, no quedando el viudo ò viuda sin relación ni enlace cò los hijos, con separación de bienes como extraños. Por ello, no habla el Fuero de la tutèla de hijos de infanzones, y si de la tutela de hijos de villanos: por ello, los hijos quedaban en poder y guarda, no sólo del padre viudo, sino de la madre, en lo cual se ve claramente la patria potestad materna: por ello, cuando el padre viudo manifestaba a sus hijos que no podía menos de repetir matrimonio, y que recibiesen su parte de bienes maternos, les concedía el fuero que si quisieren la tomasen, y si no querían, no los pueda obligar a ello el padre, *pero se casará y tendrá casa con la muger y los hijos*; es decir, continuará sin disolverse la sociedad conyugal, la familia.» Aduce, por último, la colocación del capitulo del Fuero, no en el lugar donde se trata *del destin o testamento*, ni de las sucesiones, sino *de casamientos y cosas pertenecientes a ellos*.

El propio autor, cuando se hace cargo de las objeciones más corrientes contra la idea de configurar los derechos del cónyuge viudo como un usufructo vitalicio sobre todos los bienes del premuerto, lo hace desde el punto de vista de la conservación de la unidad familiar y en cuanto se aparta de ello, sus consideraciones suenan a falso. Para él, el argumento de que este tipo de beneficio viudal «es antieconómico, pues ha sido siempre funesto mantener divididos por largo tiempo la propiedad y el usufructo», y de que «el cuidado de los bienes es flojo, dando lugar a que se esquilmen y a que se hagan mejores en ellos», se borra ante consideraciones de orden ético, y sólo en segundo lugar ante otras de orden legal. «Cuandó el matrimonio—dice—se disuelve por fallecimiento de uno de los cónyuges quedando hijos, ¿se comprende que el padre o madre viudos que continuán con la guarda y educación de éstos, que són, sobre hijos de sus entrañas, los qué han de heredar los bienes todos de la sociedad conyugal sin división de maternos y paternos; se comprende, repetimos, que quiera esquilmar los bienes, que no quiera mejorarlos? ¿Será más conforme a los principios económicos esa continuación común productiva y no costosa, o una división de bienes en costosa testamentaria, una administración separada, gastos y cuentas separados entre padre ò madre y sus hijos?»

«Pero se va al caso más remoto, al menos frecuente, pues más

son los matrimonios con sucesión que sin ella; se va al caso de quedar el sobreviviente sin hijos. Respondan por nosotros las Leyes de Cortes y el Fuero. Entre las obligaciones del usufructuario, la primera es la recepción minuciosa de inventario; la pena de pagar el duplo en las ocultaciones; y respecto del cuidado de los bienes», establece el legislador minuciosa especificación.

En cambio, cuando sale el autor del orden familiar, responde a esta misma objeción con un argumento tan débil como el de que ha pasado la edad de largas vidas de los patriarcas y la media de edad del hombre es corta.

Al argumento de que la viudedad es expuesta a introducir la inmoralidad en la familia porque divide al que posee y al que ha de venir a ser dueño, responde acertadamente que más divide la separación de bienes entre el viudo o viuda y sus hijos. Por aquel derecho «continúa la sociedad familiar que formó el matrimonio, aunque desaparezca uno de sus sostenes, pues queda el otro que asume toda autoridad y dirección, y a su alrededor se agrupan y estrechan más los tiernos vástagos. Por él continúa la comunión de bienes, que pasarán las más de las veces a los hijos sin dividirse en paternos y maternos, pues se fundieron con las bendiciones nupciales y no pudo separarlos ni la muerte. Por él la madre viuda, lejos de decaer en consideración, adquiere más autoridad, más deberes, con la guarda y educación de sus hijos. Por él no se cambia bruscamente el modo de ser del viudo o la viuda que no aportó apenas bienes, pero a quien los pingües aportados por su consorte colocaron en una posición social de la que en otro caso tendría que descender bruscamente, porque sólo a sus hijos tocaba continuar en el boato y desahogo, y ella, con haberlos echado al mundo, como una mera representación del derecho sucesorio paterno, había concluido su misión de mujer fecunda, sin que tenga que continuar en la de madre cariñosísima ni en la de verdadera y única interesada, sobre todos los del mundo, en la educación moral y religiosa y el porvenir de sus hijos. Por él no podrá pasar la madre viuda que quede en tales condiciones por la humillación de deber a sus hijos la pensión que la sostenga».

Un análisis más detenido de las ventajas e inconvenientes de la viudedad, ya cuando hay hijos, ya cuando no los hay, y sea en los casos corrientes o en los de viudo binubo, podría ocupar una

entera conferencia, y no entra en la finalidad de ésta, una vez que hemos situado sociológicamente a la viudedad, y estamos en condiciones de contrastar, con ayuda del dato histórico, la realidad de cuanto llevamos dicho.

IV

SEGUNDO ORDEN DE IDEAS. EL ASPECTO HISTORICO. CUESTIONES DE REGIMEN MATRIMONIAL

En definitiva, pues, en un estudio de tipo más bien abstracto y *a priori*, vemos que la viudedad foral tiene su explicación sociológica y su principal justificación ética en la idea de la conservación de la familia. Ahora vamos a comprobar cómo el usufructo viudal se desarrolla, en efecto, en la historia, precisamente en el marco de la vida familiar, como un medio de defensa de la familia, y además, como derivación, ante unas cambiadas circunstancias económicas y sociales, de institutos más antiguos destinados a idéntica finalidad.

Mi buen amigo Joaquín ABADÍA, sobre la base de la innegable influencia que el *Corpus iuris civilis* ejerció en la mentalidad jurídica navarra, apunta la idea, desde luego en forma muy dubitativa, de que tal vez el llamado usufructo foral se inspire «quizá en la asignación usufructuaria que desde épocas lejanísimas se hacía en Roma al supérstite para garantizarle holgada subsistencia sin quebranto de la unidad del patrimonio, y para que los bienes no salieran de la familia del causante o de sus herederos, práctica ésta en la que von MAYR encuentra el origen más probable del usufructo ordinario».

No me parece muy segura esa atribución, y más bien pienso que el usufructo foral, en una época en que la influencia romanista no era tan marcada como a partir de la segunda mitad del siglo XIII, nació por transformación de la posición jurídica del cónyuge viudo en la comunidad familiar.

En el Derecho aragonés es bastante fundada la conjetura de que inicialmente la comunidad conyugal estaba reducida al matrimonio con hijos. Indicio, muy significativo, es el sistema de arras

muertas al nacimiento del primer hijo, que siguen algunas fuentes antiguas.

Se recordará que las arras son, en España, un equivalente del *Wittum* y la *Morgengabe* germánicos, y del *douaire* francés. En Aragón y Navarra las hallamos en documentos desde el siglo *x*i, con caracteres algo imprecisos. En general, sirven para asegurar la situación de su viuda. De los documentos se deduce que las arras consisten primitivamente en bienes inmuebles determinados o en una cantidad en metálico.

En Aragón hay una importante diferencia de régimen entre las arras de la infanzona de una parte y las de la franca y la villana de otra, manifiesta en cuanto a los efectos del nacimiento del primogénito. Pues mientras tal acontecimiento da lugar a la pérdida de las arras asignadas a la mujer ciudadana o villana, mejora la posición jurídica de la noble. Las arras, se dice en fuentes de otros reinos, en las que también se prevé su extinción cuando sobreviene descendencia, *son muertas*. Este sistema de *arras muertas* en la mujer no infanzona se halla en todas las fuentes aragonesas que tratan con algún detenimiento la materia. Así en las colecciones de Derecho de Jaca, que tanta influencia tuvieron en Navarra.

¿Qué significa esta resolución de las arras?

En el terreno de la pura hipótesis puede pensarse que en Aragón el sistema de bienes en los matrimonios de infanzones fuera en su origen algo diferente del de los villanos. Entre éstos—a los que se asimilan luego los burgueses—la comunidad comenzaría con el nacimiento del primer hijo, siendo indiferente luego que tal hijo no sobreviviera. Y precisamente el comienzo de la comunidad sería causa de la desaparición de las arras, porque el fin a que tienden de asegurar la viudedad de la mujer quedaba mejor cumplido por la cuota que a ella corresponde sobre los bienes comunes a la disolución de la comunidad.

En Navarra, el sistema de arras, y a la vez la viudedad (lo que indica la originaria relación entre ambos institutos) son propios exclusivamente de los infanzones. La mujer villana no tenía otra protección que su participación en la comunidad conyugal.

Más en la misma línea que la idea de las arras muertas, sólo que en dirección opuesta, hay algún indicio en el Fuero General

dé que acaso, originariamente, el otorgamiento de arras a la mujer excluía la comunidad conyugal. Así cuando explica: «Et tiempo passado, si las creaturas quisieren et disieren al padre *datnos nuestro dreyto*, develis dar el padre, si las arras ha las harras pór suert, si no la meatat de las heredades a lur esleyta de los fillos.» Acaso este pasajé sea resto de un anterior régimen en el que la mujer tuviera su viudez prótegida alternativamente (no cumulativamente) por las arras o el consorcio.

Peró lo cierto es que en el Fuêro General, al que cñho hoy mi estudio, la comunidad conyugal se halla ya del todo caracterizada: Esta comunidad no es exclusivamente de gananciales, siquiera no sólo el régimen vigente hoy en Navarra és éste, sino què se afirme unánimemente por los autores ser el régimen establecido por el Fuero General.

La confusión no es de hoy. Seguramente cuando en 1558 una Ley de las Cortes de Tudela ordena que «casando padre o madre segúnda vez sin hacer partición de bienes con las criaturas del primer matrimonio, lo conquistado y mejorado durante el segundo sé cõmunique con las criaturas del primero y se reparta en tres partes iguales», rigé yã en Navarra el sistema de comunidad de adquisiciones por título oneroso constante matrimonio. Mas nó és ése el que aparece en el Fuero, en el cual podemos observar una dualidad de soluciones, dependientes de diversas circunstancias.

Entre villanos, en los casos normales, la composición del patrimonio consorcial se determina a la disolución del matrimonio. Si muriendo uno de los cónyuges quedan hijos suyos y del *supérstite*, han de dividirse todos los biènes de ambos, adquiridos por cualquier título antes o después del matrimonio. No quedándo hijos, sólo son comunes los muebles y las conquistas, como en Aragón. Las fuentes son muy claras: «Como quoando villano casados ovien-do fijos de ganancia muere el uno, deve criar ata que ayan hedat... et la partición deve ser atal, que la meatat de todàs las heredades del padre deven prender et de la madre éstas creaturas, eylla prendiendo unos vestidos pora si; et lo al deste marido e destà myjer, heredad ho mueble, partanlo por meyo. Quoál que muère seneš creaturas, las heredades del muérto deven torniar a su naturà» (2, 4, 19 a 22).

: Idéntico sistema se desprende para los infanzones del Fuero

General, 4, 2, 3: en ausencia de hijos, las heredades deben devolverse a los parientes del cónyuge propietario, y en cambio, si hay hijos, deben dividirse entre el sobreviviente y los herederos del premuerto.

El régimen de comunidad universal impuesto por el fuero a los matrimonios con hijos debió observarse, acaso, mientras los bienes paternos y maternos, y especialmente los que componían el patrimonio familiar, estaban destinados a ellos. El hecho de que las heredades de un cónyuge pasasen a ser propiedad vitalicia del otro, carecería entonces de trascendencia. Por eso en Vizcaya, donde el derecho a disponer para después de la muerte ha estado siempre muy limitado, y en especial en cuanto a los bienes troncales, ha continuado sin dificultad el régimen de consorcio universal entre los cónyuges con descendientes. Si tal comunidad no subsistió en Navarra, acaso fue debido a la introducción de la libertad de testar.

El proceso de transformación del sistema alternativo del Fuero General debió comenzar en el mismo siglo XIII y terminar en el XV. Primero desaparecería la comunidad universal legal. Luego, el concepto de conquista se reduciría a las adquisiciones por título oneroso.

V

COMUNIDAD CONTINUADA Y VIUDEDAD

Pero, además, entre infanzones, la muerte de uno de los cónyuges no disuelve necesariamente la comunidad conyugal de bienes. Sobre todo habiendo hijos continúa una comunidad dinámica, con un patrimonio capaz de aumentar mediante nuevas conquistas.

En mi opinión, es esta comunidad continuada la que se configura tan claramente en el inicio del fuero «*Como deve tener fealdat y fanzon biudo*» (4, 2, 3): «Y fanzon casado, con su muger oviendo creaturas, si muere la muger el marido deve tener las heredades de la muyller et las suias teniendo fealdat, et todo el mueble deve rezebir et todas las deudas pagar mientre toviere fealdat, et deve crear et conseyllar sus creaturas.» No se regula en

este capítulo la institución de la viudedad, tal como lo concebimos hoy. El infanzón que tiene las heredades y los bienes muebles, suyos y de su mujer, y que paga todas las deudas y que alimenta y educa a sus hijos, es un continuador de la comunidad matrimonial que luego habrá de dividir por medio con aquéllos cuantos bienes posee. El viudo no es propiamente un usufructuario, sino un consorte administrador con poderes muy amplios, que pierde cuando se desvía en su ejercicio o cuando contrae segundas nupcias. Tales poderes no alcanzan, por lo demás, a la enajenación de los inmuebles, y ni aun los propios.

Adviértase, además, que si el fuero concede a los hijos, en determinados casos, la facultad de impedir la división de los bienes, ha de ser porque el ejercicio de tal facultad les reporta alguna ventaja. Y de nada les sirve a los hijos impedir o practicar la división de unos bienes conyugales indivisos que se hallan sometidos al usufructo del viudo, y en cambio les es muy ventajoso continuar la indivisión si los frutos de los bienes indivisos, y aun de los aportados, van a incrementar el caudal partible, según sucede en el Fuero General. De donde se deduce que, en este supuesto, no hay verdadera viudedad.

En cambio, si el matrimonio de infanzones se disuelve sin descendencia, no hay continuación de la comunidad, sustituida aquí por la viudedad legal, que compete al cónyuge sobreviviente. Así, sin duda posible, el propio Fuero General: «Marido et muyller casados ensemble, no oviendo creaturas, muerta la muyller el matheredades de la muger deven al parentesco tornar. Otrossi, las heredades de la muger deven al parentesco tornar. Otrossi, las heredades del marido deven tornar al parentesco del marido» (4, 2, 3). El usufructo vidual versa aquí sobre inmuebles perfectamente individualizados. Nada se dice de los bienes muebles: es posible que se dividieran inmediatamente a la disolución del matrimonio entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del fallecido, para que los frutos de los inmuebles usufructuados ingresaran en el patrimonio del viudo sin confundirse con una masa de bienes comunes muebles ya inexistente. Muy claro se ve esto, asimismo, en otro pasaje: «Et si oviere muyller et viniere, podrá tener fealdat et tener las heredades del marido en fealdat, et cobrar la meatad del mueble» (2, 4, 13).

La viudedad recae exclusivamente sobre los inmuebles; la mujer no percibe en los inmuebles sino su parte y no puede pretender que se le entregue la mitad correspondiente a los herederos de su marido para usufruirla.

Nótese que, independientemente de los bienes a que afecta y los casos en que se produce, la viudedad es siempre y por su propio concepto especie distinta de la comunidad continuada. Aun aplicada aquélla al caso de haber hijos del matrimonio y extendida a todos los bienes del cónyuge difunto, sigue teniendo con ésta diferencias de estructura muy importantes. La comunidad continuada excluye la división de los bienes consorciales por definición, como resultado normal de la continuación del funcionamiento del consorcio, cuyo patrimonio varía en cada momento. La viudedad excluye la partición sólo de hecho, por razones prácticas, aunque en rigor nada se opone a que se atribuyan a los herederos del marido, en nuda propiedad, o una cuota en el patrimonio del cónyuge premuerto, u objetos determinados de él: por lo demás, puede la viudedad alcanzar sólo a ciertas categorías de bienes o a bienes individualmente determinados dentro de un patrimonio, en cuyo caso únicamente se suspende la partición respecto de aquéllos.

Por comparación con otras fuentes, hay que suponer que la viudedad no es un instituto antiquísimo en el momento de redactarse el Fuero General. Funcionalmente es redundante con las arras, que también tienen como finalidad asegurar la subsistencia de la viuda (aunque luego hayan de pasar a los hijos), y en el Fuero sigue manteniéndose la incompatibilidad con el consorcio postmatrimonial, incompatibilidad que deriva de razones técnicas ineludibles, a saber, que ambos institutos reclaman la posesión y administración de los bienes—por lo cual no pueden coexistir dos administraciones y posesiones, una por cada título—, y que el destino de la totalidad de los frutos es en cada caso diferente, por lo que no puede destinarse una totalidad, a la vez, a dos masas patrimoniales.

Una evolución posterior, realizada sobre todo no por vía legislativa, sino mediante la *interpretatio* de los textos antiguos, va a dar a la viudedad su configuración actual, ampliándola a todos los bienes; sustituyendo con ella a la comunidad continuada en el caso de no haber hijos y extendiéndola a los villanos. Pero des-

cribirla excede a la finalidad de esta parte histórica, destinada a demostrar que el origen familiar de la viudedad no sólo es un presupuesto sociológico, sino un hecho real (1).

VI

TERCER ORDEN DE IDEAS. EL ASPECTO JURIDICO POSITIVO. NATURALEZA FAMILIAR DE LA VIUDEDAD.

Y llegamos a la última parte de esta conferencia, en la que trataré algunos puntos fundamentales en tema de la naturaleza jurídica de la viudedad y ciertas consecuencias que de ella derivan.

En primer lugar, en un aspecto que es principalmente teleológico, porque la solución nos viene dada por la finalidad del insti-

(1) Entre los Derechos comarcales, el fuero de la val de Funes da cómo subsistente la comunidad de bienes entre cónyuges, después de disolverse por muerte el matrimonio, en una norma que detalla las consecuencias de no haber dividido con los hijos del primer matrimonio antes de contraer el segundo y en otra que autoriza al cónyuge sobreviviente para enajenar sus heredades propias sin partición hecha con los herederos de la mujer, prohibiéndole, en cambio, donar el mueble (no distingue si se trata del mueble adquirido antes de la disolución del matrimonio o después de ella) y las heredades gananciales. Pero no parece que la comunidad pueda continuar siendo contraria a ello la voluntad de los hijos.

Con relación a la viudedad, ordena el Fuero que «toda muger infanzona terna sus arras en todos los bienes que dexare su marido en fealdat».

Es de suponer que, como ocurre en todos los restantes ordenamientos estudiados aquí, la viudedad de la mujer con hijos es más propiamente una prórroga del consorcio conyugal, mientras sin hijos, seguramente tiene un carácter de usufructo viudal más marcado, incluso con la atribución a la mujer, a modo del *Verfangenrechts* de las fuentes germánicas, de la totalidad de los bienes muebles consorciales.

Nótese que el Fuero de la val de Funes limita la viudedad legal a las arras, quedando al arbitrio del marido asignar además otros bienes a la mujer. Nada se dice de la viudedad del marido.

Según el Fuero de Tudela, el marido que quiere contraer nuevas nupcias ha de partir con los hijos de la primera mujer. También, pues, era corriente en él la subsistencia de la comunidad.

Apenas sabemos ya nada más: ni siquiera si la continuación dependía de la voluntad del padre, o de los hijos, o de ambos.

Consta que el marido tenía viudedad sobre las heredades dadas por el padre o la madre o la mujer, y también debía ocurrir al contrario. «E si muere la filla a qui es dada esta hereditat siendo casada, el marido puede i tener viudedat, e no al si la muller non se la i quisiere dar.»

El Fuero unifica la regulación de las arras para todas las clases sociales, y concede a la mujer un derecho de usufructo en todo caso. Evidentemente se trata de normas de origen moderno.

tuto, hay que convenir en que la viudedad no es un derecho de naturaleza accesorio, sino familiar. Así lo demuestran, en primer lugar, el origen del instituto que ahora acabo de describir y su ulterior desarrollo histórico, en el cual la viudedad es siempre un derecho de familia sin que se le atribuyan consecuencias de Derecho de sucesiones, y sin que se suplan las lagunas de la regulación legal, salvo en puntos muy concretos como el del inventario, con las normas que rigen la herencia.

Además, positivamente no es concebible la viudedad, tal como viene regulada en el Derecho navarro, como un derecho sucesorio. No es una sucesión a título de heredero, porque aun suponiendo que un sucesor en el usufructo universal pueda considerarse heredero, el derecho que el viudo tiene sobre los bienes no se le confiere como una consecuencia de la asunción *in complexa* de las posiciones jurídicas del causante, a las cuales continúa ajeno en todo lo que no atañe al usufructo (por ejemplo, le será inaplicable el art. 911 Cc.). Por ende, en Navarra no pueden darse los conflictos que resuelve el artículo 841, ni los que se producen en determinados casos de aplicación del 812 del Código civil. Por otra parte, tampoco puede calificarse el usufructo viudal del legado, puesto que ni es ordenado por el causante ni es una deuda (de entrega de propiedad o de posesión) de los herederos, sino un gravamen con el que reciben éstos los bienes. Es, en definitiva, un beneficio legal—insisto en que no procede de la voluntad del causante—que lleva consigo la posesión civilísima y no convierte al beneficiario en deudor de las deudas del difunto, siquiera el caudal relictivo siga respondiendo de ellas.

Finalmente, si la doctrina ha colocado el usufructo foral a veces entre los derechos sucesorios, de hecho lo ha tratado como un derecho de familia. Hoy, esta condición se hace más patente en el proyecto de Fuero recopilado, que, en divergencia con el anteproyecto y con las anteriores tentativas de Apéndice foral, regula el instituto dentro del régimen de bienes de la familia.

Mucho menos cabe pensar que la finalidad perseguida por la viudedad se resuelva en un derecho de carácter alimenticio, pues aun cuando este instituto cumpla en cierta medida tal finalidad, su configuración técnica poco tiene que ver con la institución alimentaria; opera aun en el caso de que el cónyuge posea bienes

suficientes para su sustento (todavía algún fuero municipal castellano niega la viudedad a la mujer que no hizo alguna aportación económica al matrimonio), y por otra parte su extinción se halla determinada por causas como la celebración de segundas nupcias, la vida inmoral o el incumplimiento de las obligaciones usufructuarias (cfr. Cossío).

La calificación de la viudedad como derecho de familia plantea importantes problemas en su encuentro con los derechos sucesorios que pudieran corresponder al cónyuge viudo en virtud de su estatuto personal, que puede ser distinto en el momento de celebrarse el matrimonio (momento que determina el régimen económico del mismo para en adelante) y el del fallecimiento. Un cambio de regionalidad o nacionalidad puede superponer al derecho familiar de viudedad, proveniente del régimen del matrimonio y reclamable por el viudo al disolverse la comunidad conyugal, el derecho sucesorio que otorga al cónyuge sobreviviente el Código civil o el que pueda derivar de la legislación nacional que en el momento de disolverse el matrimonio por muerte tengan los cónyuges. En cambio, la adquisición de la vecindad foral navarra por unos cónyuges podría arrebatar al sobreviviente los derechos legítimos que le acordase la legislación anterior sin comunicarle, en contrapartida, el usufructo foral de viudedad (2).

(2) SANCHEZ REBULLIDA plantea así, para el Derecho aragonés, las dos eventualidades:

a) Adquirida por dos cónyuges de otra región o nacionalidad la condición de aragoneses, cuando muera uno de ellos, no tendrá el otro derecho al usufructo viudal de Aragón, porque nace con el matrimonio y consiguientemente su existencia depende del régimen matrimonial de los cónyuges que es—por el principio de inmutabilidad del régimen matrimonial—la Ley de su región o país de origen que no les conceda tal beneficio. Por otra parte, la Ley que rige la sucesión del cónyuge premuerto es la de su regionalidad en el momento de la muerte: la aragonesa, que no concede ningún derecho sucesorio al viudo, porque no lo necesita; porque le ha proporcionado ya, una parte importante del patrimonio del causante por vía del régimen matrimonial. El viudo o viuda se encuentra, pues, abandonado a sus propios medios, y nada adquiere del premuerto.

b) Contrariamente, si dos cónyuges aragoneses van a vivir, después de su matrimonio, a región sometida al Código civil, y adquieren allí vecindad, tendrá el sobreviviente, tanto el usufructo viudal aragonés (por ser éste emanación del régimen de bienes del matrimonio, que es el de la regionalidad de los cónyuges en el momento de contraerlo, o sea, el aragonés), como la cuota legítima del Código civil, puesto que la sucesión del premuerto se rige por la Ley de la regionalidad del mismo en el momento de su muerte, o sea, el Código.

El propio autor reseña las soluciones doctrinales propuestas para atender a estos eventos.

MARTÍN BALLESTERO propone la aplicación, con carácter supletorio, del Código

Aunque sin apoyo—al menos directo—en los textos legales, la solución más justa y viable parece sea conceder al cónyuge supérstite las ventajas de la ley navarra, como más favorable. Esta solución encuentra fundamento, para el caso de faltar al cónyuge sobreviviente los beneficios familiares y los sucesorios, en la relación íntima en que se encuentran en el Derecho navarro «los beneficios *mortis causa* procedentes del régimen matrimonial y el

civil en Aragón, por lo que a los derechos hereditarios del cónyuge viudo se refiera, aun advirtiendo la paradoja que implica el buscar remedio a nuestra legislación en una legislación que se dice ha sido inspirada en este punto en la aragonesa. Fundamenta su propuesta en los artículos 12 y 13 del Código y 1.º del Apéndice, y en la consideración de que éste no regula los derechos sucesorios del cónyuge viudo.

Pero como advierte el mismo autor, esta solución tropieza con que la sucesión, en general, si que se halla regulada en el Apéndice, por lo que se hace necesaria la sustracción de la sucesión del cónyuge del total de la institución sucesoria; y con lo que habría de aplicarse, no solamente en los casos de pérdida de la vecindad aragonesa con posterioridad al matrimonio, sino en todos, haciendo coexistir la cuota viudal del Código con la viudedad, y aun con la universal.

Ambas objeciones creemos que tienen suficiente fuerza para rechazarla. La solución carece de fundamento legal, porque la preterición que el Ordenamiento jurídico aragonés hace del cónyuge viudo no es, efectivamente, una laguna sino una omisión intencionada y justificada; es casi un precepto negativo de tales derechos. Y para carecer de fundamento legal, parece más conveniente buscar otra solución más equitativa y que, aunque no se apoye en texto legal concreto, no se oponga tampoco al espíritu que informa el conjunto legal regulador del Derecho de familia y del sucesorio.

PELAYO HORE, aun reconociendo que ello pugna con autorizadas opiniones, argumentos y aun preceptos de Derecho escrito, cree es la solución preferible admitir, en lugar de la inmutabilidad del régimen jurídico del matrimonio, el principio de que dicho régimen varía al variar la ley personal de los cónyuges, si bien dejando a salvo los derechos adquiridos. Se funda principalmente en que, a pesar de que el Derecho de familia y el Derecho sucesorio son conceptos distintos, se hallan tan íntimamente ligados, que las soluciones en uno están dictadas teniendo en cuenta las del otro y constituyen un todo armónico, de tal forma que es imprescindible sea una misma la Ley que los regule, porque si no, ese concierto se destruye y desembocamos en soluciones inesperadas.

Efectivamente, la contemplación del problema es fecunda, y la necesidad de hallarse solución, evidente; pero no creemos deba hacerse conculcando un principio tan universalmente admitido y legalmente vigente (cfr. art. 1.320 del Código civil) como el de la inmutabilidad del régimen económico familiar. Además, tal solución presentaría dificultades de aplicación muy graves, especialmente cuando existieran capitulaciones matrimoniales.

La cuestión, como es natural, no se ha suscitado sólo en los derechos forales. Con referencia a los Tribunales americanos, señala Cossío que en los frecuentes casos de conflictos de leyes que allí se dan, se observa una tendencia hacia la aplicación de la Ley más favorable a los derechos del supérstite, incluso prescindiendo de la voluntad expresa en contrario del testador, calificando unas veces el problema como problema de sucesión y aplicando el *status of the estate*, o caracterizándole como problema de propiedad marital y aplicando la Ley del contrato prematrimonial o la del domicilio conyugal, según el carácter más o menos favorable de las diferentes Leyes en conflicto.

derecho de sucesiones, debiendo entenderse que éste atrae a su órbita aquellos beneficios cuando se trate de cónyuges que no hayan renunciado a ellos y no los tengan atribuidos por la ley del tiempo de su matrimonio». En el caso de concurrencia de beneficios se impone la eliminación de uno de ellos, siendo evidente «la improcedencia de acumular, en cualquier sistema, dos cuotas usufructuarias en favor de un mismo cónyuge viudo: va esto contra los principios generales que informan el sistema sucesorio del Código civil, y desde el momento en que el papel de la legítima viudal queda cumplido con el usufructo viudal, juntamente con la división de la comunidad matrimonial legal, debe entenderse que dichos beneficios quedan calificados con arreglo al propio Código civil como derechos sucesorios y que la legítima del Código es innecesaria» (SANCHO REBULLIDA).

El proyecto de Fuero recopilado, a fin de evitar esta consecuencia, establece en el artículo 201 que el usufructo se determina por el estatuto personal del marido al tiempo de disolverse el matrimonio por muerte de uno de los cónyuges. Con esto, sin duda, se ha evitado el problema, pero cabe preguntarse si es justo arrebatar el usufructo viudal al cónyuge que ha perdido la regionalidad navarra, y que ha adquirido una regionalidad o nacionalidad en la que los derechos concedidos al sobreviviente son notablemente inferiores. Hay más: los autores del proyecto no han reparado en esta otra posible eventualidad: la de que el cónyuge sobreviviente tenga, en el momento de fallecer el premuerto, una regionalidad o nacionalidad en la cual tampoco se le atribuyan derechos sucesorios, al hallarse atendida su situación igualmente por las normas sobre régimen económico matrimonial. En tal caso, estas normas no le serán aplicables, porque dependen de la regionalidad o nacionalidad que se tenía en el momento de contraer matrimonio; tampoco las navarras, por imperativo del fuero recopilado. Con lo cual puede llegar a quedar sin derecho alguno de carácter viudal sobre los bienes del premuerto.

VII

NATURALEZA ONEROSA DE LA VIUDEDAD

En segundo lugar hago notar la naturaleza onerosa o neutra (en todo caso no lucrativa) de la viudedad: su condición de ventaja matrimonial, no de liberalidad de un cónyuge, siquiera legal.

Las normas de régimen matrimonial, y aun las establecidas por la voluntad de las partes, en principio no producen una atribución a título gratuito. Quiero decir que, a diferencia de las donaciones *propter nuptias* y la dote, los beneficios que recibe un cónyuge por imperio de las reglas legales o capitulares establecidas para la economía del matrimonio, no son donaciones, ni podrian ser consideradas como tales por los acreedores o legitimarios. Así, desde luego, los nacidos de la sociedad de conquistas, pero también los provenientes de una sociedad pactada de muebles y ganancias o de una comunidad universal, en la que uno de los cónyuges se enriquece notoriamente en el momento de la celebración del matrimonio; o la exclusión de las ganancias que representa pactar un régimen de separación. Máxime cuando en todos estos casos la atribución no tiene lugar por el cónyuge, sino directamente por la ley.

La viudedad foral, al provenir de normas de régimen económico matrimonial, tampoco puede ser atribución lucrativa. Técnicamente podríamos calificarla, con la doctrina francesa, de «ventaja matrimonial». En calidad de tal, supone un reparto desigual de ventajas ocasionado por una circunstancia—la supervivencia del cónyuge favorecido—que lo justifica plenamente. Incluso la desigualdad es más aparente que real, supuesto que la viudedad es recíproca. Esta reciprocidad, aunque no pueda calificar a la concesión de viudedad de contrato conmutativo, puesto que dicha concesión se hace por la ley y no por la voluntad de las partes, elimina en parte la idea de enriquecimiento unilateral. La creación por la ley del derecho expectante de viudedad en favor de ambos esposos y para que sea ejercitado por el superviviente, podría compararse en ciertos aspectos con la creación de un seguro de renta vitalicia cuya pensión comienza a pagarse a partir de la

muerte del primero de los cónyuges, y cuya prima consiste para cada uno en someter sus bienes al eventual usufructo del otro. Por otra parte, la ausencia de intención liberal que se deriva de la naturaleza legal del beneficio, y la misma regulación del Fuero prueban plenamente que la viudedad legal es una ventaja obtenida a título no lucrativo.

Este carácter oneroso explica que el derecho de viudedad legal, que en Aragón es incluso preferente al de los acreedores de la herencia, en Navarra precede al derecho de los legatarios, como precedería, si los hubiera materialmente, al de los legitimarios: en todo caso, en la regulación positiva vigente no resultaría afectado por una preterición.

En realidad, mejor que de onerosidad se debería hablar de una protección de la ley a las atribuciones que derivan directamente de normas hipotéticas de régimen matrimonial, pues éstas, en sí, no pueden ser actos a título oneroso ni gratuito, tratándose de actos del legislador (o de actos calcados sobre los del legislador y destinados precisamente a sustituir a la legislación) en los que no puede haber nunca correspectivo. Ello, en principio, excluye la consideración de una causa onerosa o gratuita, que sólo es propia, con arreglo al artículo 1.261 del Cc., de los contratos que establecen obligaciones («causa de la obligación»), o, en último término, los que justifican prestaciones (art. 1.901): desplazamientos patrimoniales individualmente queridos por la voluntad de las partes y directamente perseguidos en el contrato.

VIII

CUESTIONES DE ESTRUCTURA

En tercer lugar trataré de explicar la estructura del usufructo viudal, a través de estas cuatro notas: que es un derecho real de goce semejante al usufructo; que su adquisición se verifica por muerte de un cónyuge; que en la fase anterior a su adquisición definitiva tiene derecho a una cierta protección; y que aunque recae sobre bienes individualizados, su título es universal y se refiere a los que debieron pertenecer al caudal relicto.

a) Es, pues, por de pronto, un derecho semejante al usufructo. El profesor Cossío hace notar a este respecto que aunque la forma jurídica mediante la cual se construye esta institución es ordinariamente la del usufructo, con sus obligaciones inherentes (más o menos relativas aquí) de inventario y caución, no puede, sin embargo, pensarse en la existencia de un usufructo propiamente dicho, en primer término porque éste no se constituye en beneficio exclusivo de su titular, sino que le impone la carga del sostenimiento de los hijos, haciendo pensar más bien en una comunidad de bienes que el cónyuge administra en beneficio de la familia, y en segundo lugar por no admitirse los actos de disposición sobre el usufructo, que con su inalienabilidad demuestra ser algo más que un mero elemento económico, hallándose afecto a una finalidad superior, cual es la estabilidad de la familia.

Por su parte, el profesor SANCHO REBULLIDA, en relación a la viudedad aragonesa, entiende que «la referencia al usufructo concuerda mejor con el contenido que con la naturaleza de la institución; es decir, que la viudedad, más que *ser* un derecho de usufructo, *consiste* en un derecho de usufructo; y aun así es necesario advertir que se trata, además, de un usufructo especial, de un usufructo afectado y modalizado precisamente por la naturaleza familiar de la viudedad, lo cual comporta, por una parte, ciertas limitaciones que no existen en el usufructo corriente, y por otra poderes, incluso de disposición, mucho más extensos que los del titular de un usufructo ordinario».

Me parece acertada esta segunda tesis, pues ciertamente el derecho a percibir los frutos de bienes ajenos, tal como se configura en la viudedad, por su estructura sólo de usufructo puede calificarse. No hay aquí, como en el llamado usufructo paterno (que no es tal usufructo), una indeterminación absoluta en cuanto al objeto; ni, como en la dote, una heterogeneidad de derechos del sujeto activo. Pero las divergencias con el usufructo típico son muy suficientes para que la observación de mi viejo amigo SANCHO REBULLIDA esté plenamente justificada.

b) Además, en otro aspecto, sin tratarse de un derecho *mortis causa* en sentido propio, su adquisición, a raíz de la muerte de un cónyuge, puede hacer jugar aquí ciertos preceptos de Derecho

sucesorio. Por ejemplo, los que se refieren a la responsabilidad por deudas hereditarias. He aquí un punto en el que no he profundizado; señalo la existencia de este problema, verdaderamente digno de estudio.

c) Igualmente digna de estudio sería la cuestión de si, dada la atribución legal de la viudedad para después de la muerte y referida en principio a los bienes que entonces existían, pero realizada a partir de la boda, no tiene el cónyuge algún derecho a salvar su expectativa constante matrimonio, del posible fraude del otro (3). A mi modo de ver, sería preciso aplicar aquí, con las precisas adaptaciones, las normas de la legítima del Cc., pues de lo contrario el fraude sería posible mediante las donaciones en vida.

Este problema no existe en Aragón, merced al carácter de «derecho expectante» que paulatinamente ha ido adquiriendo la viudedad. En el Derecho aragonés no sólo el derecho a usufructuar los bienes (inmuebles) del cónyuge premuerto nace, para el eventualmente favorecido, en el mismo instante de contraer matrimonio (cosa que sucede evidentemente de igual modo en el Derecho navarro, sin que se haya encontrado digna de especial mención), sino que ese derecho grava individualizada y condicionalmente a todos los inmuebles que poseen los cónyuges al casarse y a cuantos adquieren después. Se trata de un derecho subjetivo actualmente existente y recayente sobre un bien concreto, si bien sometido a la condición suspensiva de la premorienda del otro cónyuge. Desde luego, un derecho familiar, de caracteres muy especiales, pero que no por eso deja de ser un derecho patrimonial de gran importancia económica.

El sistema aragonés es, sin duda alguna, el más seguro, pero cabe dudar de que sea el más justo. La afectación a la viudedad versa individualizadamente sobre cada uno de los bienes y no

(3) Conforme al artículo 754 del proyecto de MORALES, en el usufructo se comprenden únicamente los bienes que quedaren al fallecimiento del cónyuge como de su propiedad y, por tanto, no impide aquel derecho la libertad de disponer, administrar o contratar sobre ellos durante el matrimonio.

Los proyectos de 1944 y 1945 establecen en el artículo 69 que «corresponde al viudo el usufructo sobre la universalidad de los bienes relictos a la muerte de su consorte», y en el 70 se consideran excluidos a los bienes enajenados con arreglo a las leyes por el cónyuge difunto durante su vida.

sobre el patrimonio: imprime su sello a cada inmueble en el momento de entrar en propiedad del cónyuge, sin consideración a si la propiedad jurídica está correspondida por la pertenencia económica, y no lo abandona, sin el consentimiento del presunto usufructuario, cuando ese inmueble deja de pertenecer al cónyuge. En consecuencia, el conjunto de bienes sometidos al usufructo viudal puede crecer desmesuradamente, aunque mengüe el patrimonio del cónyuge que es o ha sido propietario de ellos. No se establece proporción alguna entre la entidad de ese patrimonio y el volumen de los bienes afectos al usufructo expectante.

En cambio, el Derecho navarro no reconoce ningún derecho actual a cada cónyuge (condicional o no) en orden al usufructo de los bienes del otro y recayente sobre cada uno de esos bienes, los cuales se transmiten *inter vivos*, en principio, sin esa carga condicional usufructuaria.

Mas, de la negación de la existencia de un derecho expectante singular sobre cada bien, se ha llegado a suponer que el cónyuge supérstite no tiene otro derecho que el de usufructuar, estrictamente, los bienes relictos del difunto (incluida su cuota en los comunes). Yo pienso que esto supone llevar las cosas a un extremo muy lejano a la presumible voluntad del legislador, el cual no ha podido dejar a un cónyuge expuesto a todos los actos que el otro quiera realizar en vida para aminorar su patrimonio. El derecho usufructuario del supérstite tiene una consistencia semejante a la legítima castellana y, por otra parte, supone una ventaja o beneficio matrimonial del cual no puede verse aquél prácticamente privado por una decisión unilateral del otro cónyuge que, por ejemplo, dona casi todos sus bienes en vida. Por esto, y aunque evidentemente el cónyuge no es legitimario en el Derecho navarro (donde no hay legítima material ni para los hijos), me parece indudable la aplicación a este caso del artículo 222 Cc., que le permite pedir la declaración de prodigalidad. En cuanto a las donaciones, al menos podrán revocarse las que demuestre que han sido realizadas en fraude de su derecho.

Cabe preguntarse si la expectativa legal del viudo se halla desprovista de otra defensa. Acaso hubiera sido conveniente incluir en el Fuero recopilado una norma suficientemente flexible, destinada a protegerle. Norma cuya falta en el Derecho histórico

puede explicarse por el sentido de continuación de la comunidad familiar que heredó el usufructo vidual, y la mayor dificultad, en los siglos medios, para las disposiciones de parte importante del patrimonio. No cabe entender que, de un modo absoluto, el cónyuge propietario tiene constante matrimonio, plena libertad de disponer, administrar o contratar sobre sus bienes, sin distinguir entre las enajenaciones a título oneroso y lucrativo; y tampoco que, sin más, el usufructo tiene lugar sobre todos los bienes integrantes de la herencia del cónyuge premuerto. Como para las legítimas del Código civil, aunque quizá con menor intensidad, debería arbitrarse un medio de integrar esa herencia con los elementos que indebidamente salieron de ella.

Acaso diera pie para una interpretación semejante el artículo 70 de los proyectos de 1944 y 1945, al declarar excluidos de la viudedad «los bienes enajenados *con arreglo a las leyes* por el cónyuge difunto durante su vida». La frase «con arreglo a las leyes» brinda un punto de apoyo, siquiera infimo, para esta integración del caudal, entendiendo que las «leyes» incluyen también a los principios que prohíben defraudar la expectativa del otro cónyuge.

IX

EN PARTICULAR, EL USUFRUCTO SOBRE BIENES FIDEICOMITIDOS AL PREMUERTO

Finalmente, y con esto acabo, el usufructo vidual, mediante un título universal, confiere derecho *in re aliena* sobre una serie de bienes concretos, y precisamente los que integran la herencia del causante. Parece evidente que el usufructo versa sobre todos aquellos bienes que componen el caudal relicto, y sólo sobre ellos, y en tanto en cuanto sobre ellos ostente el causante una titularidad susceptible de usufructo (no lo sería, por ejemplo, el depósito). Mas, dejando otros problemas, también dignos de estudio, señalo aquí, por haber tenido repercusión en la jurisprudencia, el de la extensión del usufructo vidual a los bienes que tenía el causante como fiduciario. Normalmente, tales bienes deben pasar al fideicomisario y nunca integran la herencia del causante. Al parecer, tal es

el pensamiento de los autores al interpretar los textos vigentes (4). LACARRA hace constar que el usufructo viudal no se extiende en Navarra a los bienes que el cónyuge posee a título sucesorio con la obligación de que a su muerte pasen a otra persona (pág. 208). Su opinión es reproducida, con palabras bastante parecidas, por

(4) Estos eran, aparte el capítulo III del Amejoramiento de Don Felipe, que poco tiene que ver con el tema y de cuyo contenido da cuenta la Ley que transcribo a continuación, los siguientes:

Nov. recop. 3, 7, 8: «*El capítulo 3.º del amejoramiento del Fuero del Rey Don Felipe, se interpreta respecto a usufructo.* Por el tercer capítulo del amejoramiento del Fuero hecho por el rey Don Felipe, está ordenado, y mandado: que si padre, o madre, o otra persona hiciere donacion por razon de matrimonio, si muriese el que recibe la donacion sin criaturas que debian heredar los bienes de la dicha donacion, y si muriese con criaturas, y las tales criaturas murieren sin llegar a perfecta edad, o después sin criaturas o sin facer testamento, tornen los bienes de la dicha donacion a la persona que la hizo, si vive. Y si fuera muerto el donador hereden los mas cercanos parientes, según Fuero. Y sobre al entendimiento de este capítulo se suelen ofrecer muchas dudas y en particular, si muerto el donatario con criaturas, o sin ellas, el marido, o la muger que sobrevive en viudage podra usufructuar estos bienes así donados; y si este Fuero ha lugar en dotes, como en donaciones hechas en favor de matrimonio. Y para quitar estas dudas suplicamos a V. M. interpretando el dicho Fuero, o como mejor convenga, declare y mande, que el sobreviviente en este caso pueda usufructuar los dichos bienes en viudage, conforme al Fuero y costumbre de este Reino, y sea sin perjuicio de la propiedad debida al donador; y sea y se entienda de las donaciones hechas al tiempo del matrimonio, y del contrato de él, y no de las hechas despues. Y que el dicho usufructo le tenga, aunque en el tal contrato matrimonial se haya hecho mayorazgo de los dichos bienes, y el dicho Fuero se entienda y haya lugar, así en dotes, como en las dichas donaciones en favor de matrimonio. Y de esta manera se declare, aun en todos los casos de antes de esta ley, donde no hubiere litispendencia, si otra cosa no estuviere capitulada por los contrahentes.»

«Decreto.—A esto vos respondemos, que se haga como el Reino lo pide.»

Nov. recop. 3, 7, 10. «*Sobre el usufructo de la viudedad interpretando el mismo capítulo del Fuero de que trata la anterior* (Estella, año de 1692).—Por la Ley 5.ª, título 5.º, libro 3.º de la Nueva Recopilación interpretando el capítulo 3.º del Fuero hecho por el Sr. Rey D. Felipe, se ordena que el sobreviviente marido, o la muger pueda usufructuar en viudage los bienes en contrato matrimonial donados al predefunto, o predefunta; y aunque por Fuero este usufructo ha sido, y es universal en todos los bienes del tal predefunto, así de los donados en el contrato matrimonial, como de todos los que dejare al tiempo de su fin, y muerte, y lo califica la ley 1.ª, tit. 8.º, libro 3.º de dicha Nueva Recopilación. en que se dispone que el sobreviviente haya de hacer inventario de todos los bienes del difunto para usufructuarlos, y que no lo haciendo pierda el usufructo de ellos, y el estilo, practica, y observancia del Fuero, y leyes intentando pleitos escusados: para que aldalante se eviten semejantes pretensiones; suplicamos a V. M. sea servido de mandar se observe el dicho Fuero, y leyes a la letra, y que la referida no sólo comprende el usufructo limitado a los bienes donados en los contratos matrimoniales, sino universalmente en todos cualesquiera bienes, muebles, raices, derechos y acciones, y cuanto dejare el difunto al tiempo de su muerte, excepto en los bienes partibles y de condicion de labradores, que en esto se observe lo dispuesto por el Fuero.»

«Decreto. Hágase como el Reino lo pide.»

ABADÍA (pág. 198). Verosimilmente, en este punto de vista se sitúan también el proyecto de Apéndice de MORALES, el de 1944 y el de 1945, al concretar la viudedad a los bienes relictos. El Anteproyecto de Fuero recopilado hace explícito este pensamiento en la ley 220, al excluir de la viudedad los bienes recibidos con cláusula que ordene hagan tránsito a otra persona. Con mayor matización, el Proyecto, si bien excluye del usufructo los bienes que al fallecimiento del cónyuge «han de hacer tránsito a otra persona», a su vez exceptúa de esta regla a los donados «propter nuptias» (5).

En cambio, el dictamen de los señores GRACIA GRANERO, LÓPEZ JACOISTE, AIZPUN (Jesús) y NAGORE, mis buenos amigos, extiende el usufructo a todos los bienes que el premuerto posee a título de dueño, «independientemente de que existiera llamamiento o estuvieren afectos a reversión o fideicomiso» (ley 218). Advirtiendo a continuación que «no se comprenden en el usufructo los bienes que el cónyuge premuerto hubiera adquirido por título lucrativo con expresa exclusión del usufructo». Explican los autores del dictamen que «se recogen en esta ley, refundiéndolas en una sola y salvando la contradicción de ambas, las leyes que en el proyecto figuran bajo los números 202 y 179. Esta última contiene, a nuestro juicio, la doctrina más correcta, que debe prevalecer, aunque su colocación es más ajustada y sistemática en el lugar de la 202».

El tema ha sido abordado diversas veces por la jurisprudencia: la S. 22 diciembre 1920 niega el usufructo viudal sobre los bienes fideicomitidos; la de 18 de abril de 1941 no entra en materia por no haberse recurrido este extremo (la Audiencia había

(5) Conforme al artículo 202 del Proyecto «no se comprende en el usufructo de fidelidad los bienes que el cónyuge premuerto hubiese adquirido por título lucrativo con cláusula de que a su fallecimiento habrán de hacer tránsito a otra persona, o con expresa exclusión del usufructo».

«Esto se entenderá sin perjuicio de lo establecido en la Ley 179 para las donaciones *propter nuptias*.»

La Ley 177 considera meros llamamientos sucesorios, salvo expresión en contrario, los hechos en favor de los hijos o descendientes del donatario *propter nuptias*; la 178 permite disponer a tales donatarios, aun mediando esos llamamientos, por título oneroso, y libremente si no los hubiere, a pesar de la reversión que establece el propio artículo en favor de los donantes o herederos de éstos, estableciendo finalmente la Ley 179 que «ni los llamamientos ni la reversión aludidos en las dos Leyes procedentes, obstarán al usufructo del cónyuge viudo del donatario o del que por los llamamientos le hubiere sucedido en los bienes donados, si otra cosa no se hubiera dispuesto en el título de la donación».

admitido dicho usufructo); la de 29 de diciembre de 1956, fundada en las leyes 8 y 10, título VII, Nov. recop., y el capítulo III del Amejoramiento admite el usufructo; y la de 8 febrero 1963 vuelve a negarlo, con invocación de la de 1920) (6).

(6) Sentencia de 22 de diciembre de 1920. Aun dados los términos literales y sentido del capítulo 3.º, libro 4.º del Fuero de Navarra; capítulo 3.º del Amejoramiento y Leyes 8.ª y 10 del título 7.º, libro 3.º de la Novísima Recopilación, que reconocen al cónyuge viudo el usufructo en los bienes del premuerto con cierto carácter de generalidad o universalidad, no puede entenderse que deba ser extendido en absoluto a todos los bienes que por cualquier concepto hubiese gozado el matrimonio en consideración al cónyuge premuerto, sino, como ya tiene declarado el Tribunal Supremo, resolviendo un caso análogo de Derecho foral aragonés sólo a aquellos de que el causante hubiera podido disponer en vida o a su muerte, con cargas o sin ellas, en concepto de dueño; nunca en cualquiera otros en que sólo tuvo en vida un mero disfrute por estar designadas otras personas, ya por contrato, ya por testamento otorgado por un tercero, para gozarlos a la muerte de aquél.

La sentencia, de acuerdo con lo expuesto, niega que tenga la viuda derecho al usufructo foral de los bienes cuyo disfrute tuvo en vida su difunto esposo. con la obligación de pasarlos a su hermana si moría sin hijos.

Sentencia de 18 de abril de 1941. Ciertos bienes donados *propter nuptias* debían pasar a persona determinada en el caso de que la esposa donataria falleciese sin hijos; ocurrido este evento, la persona llamada a suceder en dichos bienes demandó al viudo de la donataria, pretendiendo: 1.º, que se declarase su derecho a los bienes; 2.º, que se declarase asimismo que sobre ellos no se extendía el usufructo foral de viudedad, y 3.º, que en consecuencia se entregasen tales bienes al demandante

La Audiencia de Pamplona accedió al primer pedimento, pero no a los otros dos, y declaró que el demandado tenía derecho al usufructo foral sobre los referidos bienes.

Planteado el recurso de casación, el demandante, que había alegado en primera instancia que el usufructo foral se ha de referir a los bienes, derechos y obligaciones del testador que no se extingan por su muerte, y que la difunta donataria no podía disponer para después de sus días de unos bienes que a su fallecimiento sin hijos debían pasar a dicho demandante, no articuló al respecto el correspondiente motivo de casación, por lo cual el Tribunal establece que «al no haberse impugnado en casación, y por tanto haber quedado firme, la declaración por el Tribunal de Instancia de que el demandado tiene derecho al usufructo foral sobre los bienes de referencia (los fideicomitidos), se desvanece la petición correspondiente.»

Sentencia de 29 de diciembre de 1956. Se trata de un caso complejo, y en el cual el supuesto se aproxima notablemente al de la donación *propter nuptias*. El padre había instituido en su testamento heredera a la madre, con la condición de que los bienes pasasen luego a sus hijos, igual o desigualmente, a voluntad de dicha señora, y falleciendo alguno de éstos sin dejar sucesión legítima, le sustituirían sus hermanos. La madre nombró heredero a su hijo Mariano, en los bienes paternos, reservándose el usufructo de los mismos. Fallecido el hijo sin sucesión, le heredó la madre. Fallecida la madre, la viuda del hijo quiso hacer efectivo el usufructo viudal sobre los bienes asignados a él, en capítulos, y el Tribunal Supremo confirma las sentencias de la Audiencia y el Juzgado, concediendo dicho usufructo, por cuanto el caso «guarda la mayor analogía con lo dispuesto en la Ley 8.ª del título 7.º del libro 3.º de la Novísima Recopilación de Navarra, al disponerse en ella que ese usufructo se tenga, aun cuando en el contrato matrimonial se haya hecho mayorazgo de los bienes de

En realidad, los textos legales están clarísimos, y es incomprensible que haya podido haber duda sobre ellos. El capítulo III del Amejoramiento se refería a los bienes donados *propter nuptias*, que debían revertir a los donantes, y para nada mencionaba a la sustitución fideicomisaria, sino sólo a la reversión sucesoria legal, sin establecer nada directamente, en tema de viudedad. Por ello, no voy a discutir aquí sobre su sentido. La ley 8, título VII, libro III de la Novísima, con el pretexto de interpretar el Amejoramiento, establece una disposición nueva, atribuyendo el usufruc-

la herencia; pues en uno y otro caso el que ha de heredarles está designado por quien le nombró heredero, sin que ellos puedan modificarlo, y la circunstancia de que don Mariano falleciera cuando sólo tenía la nuda propiedad, no afecta en nada al derecho de la cónyuge viuda que se funda en una disposición legal que se le confiere siempre que su marido haya tenido esa herencia, sin distinguir si la poseyó en su integridad o sólo como nudo propietario, sin que por tanto pueda negársele su condición de usufructuaria». En otro lugar recalca la sentencia que «conforme a lo establecido en las Leyes 8.^a y 10 del título 7.^o de la Novísima Recopilación de Navarra, interpretando lo acordado en el capítulo 3.^o del Amejoramiento del Fuero del Rey Don Felipe, el sobreviviente de un matrimonio sujeto a esa legislación, puede usufructuar en viudage no sólo los bienes donados en los contratos matrimoniales, sino universalmente todos, cualesquiera que fueren, muebles, raíces, derechos y acciones y cuantos dejare el difunto al tiempo de su muerte». Las declaraciones de esta sentencia son demasiado generales: a lo menos, hubiera debido distinguir con mayor nitidez el supuesto de asignación de la herencia con carácter *propter nuptias*, por el ascendiente al descendiente (suponiendo que en este caso la madre asignante obrase como en representación de su difunto marido), y los otros casos de donación o institución de heredero con imposición de una sustitución fideicomisaria.

Sentencia de 8 de febrero de 1963. Los demandantes se dirigieron contra la viuda de su hermano, en petición de determinadas fincas que pretendía usufructuar, alegando que tales fincas habían sido heredadas por el cónyuge premuerto con la condición de que a su fallecimiento, si no tenían hijos, pasaran a sus hermanos. Los demandantes alegaban que el usufructo viudal de la demandada no se extendía a tales fincas fideicomitidas. La demandada alegó que al tener su esposo la libre disposición de dichos bienes (se supone que *inter vivos*) estaban sometidos a la viudedad. En lo que aquí interesa, las tres sentencias, uniformemente, declaran la insusceptibilidad de usufructo viudal de esos bienes. La cláusula testamentaria discutida dejaba los bienes por partes iguales a los hijos, en plena propiedad y libre disposición, «excepto aquellos... que mueran sin dejar descendencia, los cuales no podrán disponer de los heredados, por actos *mortis causa*, debiendo recaer lo que les quede en sus hermanos.

La sentencia centra correctamente el problema considerando que «si bien es cierto que las normas especiales vigentes en Navarra establecen en favor del cónyuge viudo un derecho de usufructo universal sobre todos los bienes muebles o raíces, derechos y acciones del cónyuge premuerto, sin embargo, déjase de determinar si entre ellos—y ésta es la cuestión sobre la que versa el litigio—deben comprenderse aquellos bienes cuyo uso y disfrute correspondía al marido, pero sobre los cuales tenía limitada, o mejor prohibida la facultad de disposición *mortis causa*, por haberlo así ordenado el causante de tales bienes en su testamento». Y lo resuelve fundamentalmente sobre la base de la sentencia de 22 de diciembre de 1920 y en el mismo sentido de excluir de la viudedad los bienes fideicomitidos, sin apurar tampoco demasiado la argumentación.

to al cónyuge sobreviviente aunque «se haya hecho mayorazgo de los bienes donados *propter nuptias*». Y la ley 10 siguiente trata de aclarar una duda inverosímil, a saber, si el usufructo sobre los bienes donados *propter nuptias* excluía el correspondiente al viudo sobre los demás bienes de la herencia del premuerto. Para nada se habla de la sustitución fideicomisaria en testamento, en la que la voluntad del testador, por sistema, no podría interpretarse en el sentido de favorecer al viudo del legatario o heredero antes que el fideicomisario. Sinceramente, creo que en este punto la doctrina del dictamen es errónea, y que la tesis exacta es la mantenida por el Anteproyecto de Fuero recopilado, con la salvedad ahora explicada. Ello no obsta a que, desde un punto de vista de política jurídica, la materia admita reforma, y en ese sentido parece oportuna la introducida por el Proyecto al atemperar la ley 202 con la ley 179.

Los autores del dictamen ven una contradicción entre ambas, que, a mi entender, no existe. La ley 202 establece la regla general, congruente con la naturaleza del instituto y con la evidente voluntad de un abstracto causante, según la cual los bienes fideicomitidos, a la muerte del fiduciario, deben pasar al fideicomisario. La ley 179, en un caso particular, y avanzado sobre lo ya previsto por el Derecho navarro, pero en una vía en cierto modo analógica, trata de evitar que, por el juego de la sustitución o reversión, los donantes *propter nuptias*, que casi siempre serán los padres del contrayente, eliminen impensadamente el usufructo del otro cónyuge sobre los bienes donados por razón de matrimonio, y en general sobre los bienes asignados con esta causa, ya que, al parecer (y es la doctrina correcta), cabe también una atribución *propter nuptias* en contrato sucesorio, y por tanto a título de institución de heredero o incluso de legado. La norma, en lo que se refiere a los padres, es muy congruente con una apreciación moral de las cosas, en la cual resulta injusto que unos progenitores, por la simple mecánica de la donación o por el llamamiento *si sine liberis*, priven del usufructo viudal, acaso involuntariamente, a su hijo o hija políticos. Si no quieren que sus bienes sean objeto de tal usufructo, deben decirlo expresamente.

En cambio, cuando, en cualquier otro caso, se dejan bienes bajo sustitución fideicomisaria, sólo cabe presumir que el disponente

proyectó las cosas como las dijo y, por tanto, a falta de manifestación expresa, que no entendió dejar el usufructo de los bienes fideicomitidos al cónyuge del fiduciario.

La diferencia entre el régimen foral vigente y la modificación que propone el Proyecto estriba en que aquél se refiere exclusivamente (Nov. recop., 3, 7, 8) a la reversión ordenada por el capítulo III del Amejoramiento del rey Don Felipe, es decir, la de los bienes donados por razón de matrimonio, a uno de los esposos, por cualquier persona; por tanto, a una sucesión legal y, al parecer, en el caso de la reversión directa forzosa (no es ello seguro: desde luego, en el supuesto de fallecer el donante con hijos, y éstos sin disponer, evidentemente y por su propio concepto, sólo hay reversión legal subsidiaria). Nada dice el precepto de los bienes que tienen que pasar a otra persona por imperativo de la voluntad del testador o causante-contratante, en cuyo supuesto, *de lege lata*, es muy dudoso que quepa aplicar por analogía la solución establecida para la reversión de donaciones, que en cualquier caso hay que excluir rotundamente (y tampoco ha osado establecerlo el proyecto) cuando la sustitución no recaiga sobre liberalidades matrimoniales: «y se entienda—dice la ley recopilada—de las donaciones hechas al tiempo del matrimonio, y del contrato de él, y no de las hechas después».

La única razón válida para mantener la solución de los autores del dictamen sería una costumbre contra ley que hubiera modificado el Derecho foral navarro. Costumbre que, dado el principio «paramiento fuero vienze», habría de demostrarse de modo absoluto, y en calidad de uso interpretativo de las disposiciones emanadas de la voluntad de los causantes navarros. Es decir, que el peso del problema se trasladaría al campo de la interpretación de las declaraciones de voluntad; a través del hecho de que en el Reino los bienes fideicomitidos se usufructúan siempre por el cónyuge sobreviviente sin protesta del fideicomisario, y de que esto es un presupuesto sobre el que operan los testadores, tanto familiares de los instituidos herederos como extraños, cabría llegar a concluir que la regulación ha cambiado hoy en el sentido defendido por los autores del dictamen. Temo que no pueda demostrarse fácilmente la existencia de tal costumbre y la correspondiente disposición de ánimo en los disponentes, pues lo normal, cuando

se ordena una sustitución, es que el testador tienda a favorecer primero a una persona, y luego, no al viudo o viuda de ésta, sino a aquella otra que designa como segundo heredero.

Cabría, finalmente, aunque no parece probable, que una investigación detenida y extensa del uso y la práctica llegase a la conclusión de que el supuesto uso interpretativo existe realmente en relación con las disposiciones hechas por los padres en favor de un hijo con cláusula *si sine liberis*, o con sustitución en favor de sus descendientes (los del hijo fiduciario): en el otro caso de tratarse de un disponente no ascendiente, me parece imposible que pueda demostrarse la general y consciente sumisión de los bienes fideicomitidos al usufructo viudal, aparentemente contradictoria con la voluntad del disponente que hay que respetar (7), y con los intereses de un fideicomisario que no siempre observará una conducta rasiva.

JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO.

Catedrático.

(7) Se objeta que conforme al apartado 2.º del artículo 218 del dictamen, el disponente tiene siempre la posibilidad de excluir al cónyuge, expresándolo así en la disposición fiduciaria. Con esta misma razón podríamos defender que el Código debe modificarse en el sentido de ser siempre segundo fiduciario de los bienes el cónyuge del primero, salvo que el instituyente diga lo contrario. En ambos casos lo que sería preciso probar es que había una poderosa razón, de tipo estadístico, para verificar esa inclusión previa, cosa que no parece corresponder con la voluntad del instituyente, salvo, en las regiones de Fuero, en casos muy concretos.

En otro aspecto la expresión de la Ley 218 del dictamen, según la cual el usufructo se extiende a todos «los bienes que el cónyuge premuerto hubiere poseído a título de dueño» es acertada, por incluir en el usufructo los bienes poseídos *ad usucapionem*. Pero acaso convendría advertir que esta inclusión no reza contra el verdadero propietario de los bienes que los reclame, y que no podría recuperar sólo la nuda propiedad.

Apurando el argumento, aún cabría preguntarse por qué se someten al usufructo viudal los bienes fideicomitidos y no aquellos adquiridos *mortis causa* bajo condición resolutoria: en realidad, la única variación esencial está en que el cese de la titularidad viene en un caso determinado por el fallecimiento del titular, y en otro por acontecimientos distintos. Supongo que la respuesta a esta cuestión se situaría en el campo de las presunciones de voluntad.