

El pacto al más viviente en la compilación del Derecho civil especial de Aragón

ANGEL CRISTOBAL MONTES,

Profesor Extraordinario de la Universidad de Zaragoza

SUMARIO: L. *El pacto de agermanamiento.*—II. *Estructura del pacto de casamiento al más viviente.*—III. *Efectos del pacto de casamiento al más viviente.*

I. EL PACTO DE AGERMANAMIENTO *

El precepto a comentar no se hallaba en ninguno de los dos Anteproyectos redactados por la Comisión de juriconsultos aragoneses, sino que aparece por primera vez como artículo 115 en el Anteproyecto de la Sección Especial de la Comisión General de Codificación de julio de 1965, se repite literalmente bajo el número 108 en el Anteproyecto de la misma Sección de mayo de 1966, y, sin ninguna alteración, asimismo, pasó a constituir el vigésimo artículo 108 de la Compilación aragonesa promulgada en 1967.

Trátase del pacto sucesorio de heredamiento recíproco entre cónyuges, heredamiento mutuo en Cataluña (en su modalidad

(*) Artículo 108 de la Compilación aragonesa:

«1. La recíproca institución hereditaria entre cónyuges, o pacto al más viviente, no surtirá efecto cuando el premuerto haya dejado hijos de anterior matrimonio.

2. Habiendo hijos comunes a la disolución del matrimonio, el pacto equivale a la concesión de viudedad universal y de la facultad de distribuir la herencia.

3. 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.»

condicionada), casamiento al más viviente o agermanamiento, que en Aragón tiene larga tradición y práctica, y consiste en la recíproca institución de herederos que se hacen en capítulos (de ordinario) los contrayentes no herederos de sus respectivas casas («solteros») para el caso de que fallezcan sin hijos, circunstancia esta última que explica el que con mucha frecuencia tal tipo de pacto sucesorio se otorgue cuando el matrimonio lleva ya bastantes años de existencia y no ha habido descendencia. Dadas las consecuencias que puede tener (y que más adelante se considerarán), el pacto de casamiento al más viviente implica o puede implicar institución paccionada de herederos, sustitución pupilar y fideicomiso de residuo, amén de que su inserción hace innecesario estipular garantías respecto a la dote, ordenar el reconocimiento establecer la reversión, etc.

De ordinario, su tenor literal solía ser, con ligeras variantes, el siguiente: «Los contrayentes pactan *agermanamiento*, esto es, se instituyen mutua y recíprocamente herederos universales para el caso de morir sin hijos o con tales que fallezcan antes de la edad de poder testar, o que, rebasándola, mueran a su vez sin descendencia y sin disponer. El sobreviviente dispondrá libremente (o sólo *inter vivos* y a título oneroso) de los bienes de ambos consortes, y si muriese sin hacerlo los bienes que quedaren se distribuirán así...» (o «serán adquiridos...»).

En el Derecho catalán vigente, el equivalente pacto sucesorio, denominado heredamiento mutua, ha quedado normado en el artículo 95 de la Compilación en estos términos: «El heredamiento mutua constituye una institución contractual recíproca de heredero entre los esposos contrayentes a favor del que sobreviva, con los efectos del heredamiento simple. El cónyuge que premuera no transmitirá a sus sucesores derecho alguno derivado del heredamiento mutua. El heredamiento mutua no surtirá efecto en el caso de que el cónyuge premuerto deje hijos de anteriores matrimonios. Podrá pactarse que el heredamiento quede sin efecto, si el cónyuge premuerto fallece con hijos comunes, así como subordinarlo a cualquier otra condición. El cónyuge supérstite que quede heredero sujeto a fideicomiso no tendrá derecho a la cuarta trabazón».

La diferencia básica entre la normativa catalana y la aragonesa es clara, pues mientras en la primera el pacto produce efectos aunque al fallecimiento de uno de los cónyuges queden hijos comunes (haciendo falta cláusula expresa en sentido contrario para privar de eficacia al heredamiento mutua concertado), en la segunda es presupuesto indispensable que no haya hijos comunes a la disolución del matrimonio.

Pacto tan peculiar como el de agermanamiento, de acusado tinte individualista, no es de fácil acomodo en el sistema del Derecho consuetudinario altoaragonés, en el que predomina lo troncal y familiar y hay tendencia clara hacia la vinculación y el señorío.

Costa decía de él que constituye el último paso en la marcha de los derechos en beneficio del cónyuge: viudedad foral, viudedad consuetudinaria, casamiento en casa, casamiento en casa con facultad de vender y agermanamiento serían las sucesivas fases del avance, habiéndose excedido el pueblo altoaragonés en lo que era vivo *desideratum* de la filosofía del Derecho (1).

Sapena, que ha estudiado a fondo la figura en el terreno, sobre todo en Ribagorza, encuentra que los cónyuges se agermanan cuando, por tratarse de matrimonio de «solteros», no hay casa que perpetuar; cuando no hay más sucesor cualificado de la misma que el heredero, pues los otros hermanos o no existen o de ella se han desarraigado; cuando las virtudes del «forastero» o su parentesco próximo con el heredero influyen en su designación como tal para un problemático futuro; cuando interesa la detracción de la dote del mismo, que por su elevada cuantía pone las aportaciones en un plano de igualdad; cuando se ha formado una nueva casa juntando otras dos y se quiere mantener, etc. De todos ellos, el más frecuente es el de matrimonio de «solteros»; y aunque lo normal es que el agermanamiento se pacte en las capitulaciones matrimoniales, también cabe el mismo fuera de capítulos (en el Somontano) (2), debiendo advertirse, en fin, que, aunque frecuentemente se le dé esta denominación, no es pacto de casamiento al más viviente la institución mutua y recíproca otorgada por los cónyuges en testamento mancomunado (3), no obstante el parecer contrario de Solano (4).

II. ESTRUCTURA DEL PACTO DE CASAMIENTO AL MAS VIVIENTE

La regulación que al pacto de agermanamiento da el artículo 108 de la Compilación excluye la eficacia del mismo cuando el cónyuge premuerto deje hijos de anterior matrimonio y cuando a la disolución del vínculo por el deceso de uno de los cónyuges queden hijos comunes, previsiones del todo naturales, habida cuenta de la razón de ser y finalidad de dicha convención sucesoria.

(1) COSTA, *Derecho consuetudinario y economía popular en España*, I (Alto Aragón). Barcelona, 1902, pp. 203 y ss.

(2) SAPENA, *El pacto sucesorio en el Alto Aragón*, en *Revista de Derecho privado*, 1954, pp. 773 y ss.

(3) Habiendo capitulaciones, Costa señalaba que el agermanamiento se pactaba fuera de capítulos, a escondidas, para evitar que se enterasen los parientes.

(4) SOLANO, *Mi contribución respecto a la sucesión contractual en el Alto Aragón*, en *Anuario de Derecho aragonés*, 1944, p. 347.

El supuesto más simple y puro del agermanamiento tiene lugar pues cuando sobrevenido el óbito no hay hijos, en cuyo caso la herencia del premuerto pasa a corresponder al supérstite como heredero contractual que es. Sapena dice que el agermanamiento surte sus efectos en esta hipótesis como una institución de heredero sujeta a condición, lo que no es cierto, porque la ausencia de hijos no es un evento condicional, arbitrario y contingente introducido por la libre voluntad de las partes, cual ocurre con las genuinas condiciones en cuanto elementos accidentales de los negocios, sino un requisito de eficacia, necesario, constante y exigido por la ley para que la institución recíproca de herederos pueda surtir efectos, esto es, constituye una auténtica *conditio iuris*.

El segundo supuesto se produce cuando habiendo tenido hijos los otorgantes del pacto, fallecieron aquéllos en su totalidad antes de llegar a la edad para poder testar. La razón es clara, porque al fallecer los hijos antes de ostentar la capacidad de poder disponer *mortis causa*, pueden los padres nombrar sustitutos a sus descendientes menores de catorce años (sustitución pupilar), y esto es lo que realmente ocurre con el pacto que se comenta, el cual supone el nombramiento de sustituto a favor del cónyuge supérstite.

Sapena afirma que en esta hipótesis, interpretando rectamente la voluntad del difunto al espíritu del pacto, tan defecto hay de hijos en este caso como en el anterior. Lo que tampoco es exacto, ya que en el primer supuesto no puede haber nunca transferencia de la herencia del cónyuge premuerto a los hijos porque no los hay, mientras que en el segundo semejante transmisión tiene lugar, pero como el hijo falleció antes de tener capacidad para poder testar actúa la sustitución pupilar que el agermanamiento supone a favor del padre sobreviviente, ya que sin esta previsión los bienes podrían ir a poder de terceras personas, antes que al cónyuge viudo, por la vía del abintestato.

En cambio, tiene razón al considerar, para la hipótesis realmente insólita de que el hijo fallecido antes de cumplir catorce años deje descendencia legítima, que en tal caso no entra en juego el agermanamiento si tales descendientes no fallecen en las mismas condiciones que sus padres, pues mientras vivan ocupan su lugar en la sucesión del abuelo premuerto (5).

Pero, realmente, el único supuesto que amerita consideración detenida es el del fallecimiento de los hijos antes que el padre supérstite, habiendo sobrepasado los catorce años y no habiendo dispuesto de los bienes del premuerto. ¿Es eficaz en este caso el pacto de agermanamiento?

El problema todavía se complica más si alguno de tales hijos fue nombrado heredero. Según Solano el pacto se concierta para

(5) SAPENA, *El pacto sucesorio...*, loc. cit., p. 768.

los casos de no tener hijos, o, si se tienen, de morir antes de llegar a los catorce años, «o antes de hacer institución de heredero» (6). También Acedo piensa que la condición resolutoria del agermanamiento es la supervivencia de un hijo, complementada por su nombramiento de heredero, por lo que el pacto se resuelve total y definitivamente con tal designación, y, aunque el hijo fallezca sin descendencia, el padre sobreviviente ya no puede adquirir la herencia del premuerto porque la institución hereditaria recíproca había quedado resuelta con aquel acto (7).

Frente a esta opinión, Sapena considera que el nombramiento de heredero no basta para enervar la efectividad del «casamiento», ni tampoco se precisa para que así suceda. No basta, porque si después de ser designado fallece el heredero sin hijos y sin disponer, no quedando otros descendientes del agermanado premuerto, se da la condición esencial para la efectividad del pacto. Este caso es similar al del hijo único aún no nombrado heredero que fallece en iguales condiciones, pues ambos representan la totalidad de los derechos a la herencia y son únicos sucesores universales del padre fallecido; si en el último surte efectos el agermanamiento, como el propio Acedo admite, no hay por qué negárselos en el primero; en ambos murió el sucesor sin dejar fijado el suyo por imperio legal o voluntad manifestada, por lo que en ambos también debe ocupar su lugar el viudo sobreviviente (8).

Lo que no advierte Sapena es que en el supuesto de hijo único no nombrado heredero falta la voluntad dispositiva de los padres respecto a los hijos, mientras que en caso de nombramiento de heredero hay una disposición efectiva respecto al designado que, incluso, tratándose de institución de presente, produce la adquisición de la propiedad de los bienes por el heredero en vida de ambos padres, hecho que por necesidad tiene que reflejarse en la operatividad del pacto de casamiento al más viviente.

Prescindiendo de este polémico punto del nombramiento de heredero a favor de alguno de los hijos, Sapena, contra el sentir mayoritario de la doctrina aragonesa (Lacruz, Martín-Ballester, Barrachina, Batalla, etc.), sostuvo que el pacto de agermanamiento es eficaz en caso de fallecimiento de todos los descendientes antes que el viudo y sin disponer, aun habiendo sobrepasado la edad de catorce años, al estimar que de no surtir efectos en este caso los bienes pasarían a terceras personas antes que al cónyuge superviviente, sin intervenir la voluntad de los hijos titulares de un derecho abstracto o concreto a los mismos; porque, en resumen, la sucesión forzosa del cónyuge fallecido o de sus descendientes y la vo-

(6) SOLANO, *Mi contribución...*, loc. cit., p. 347.

(7) ACEDO, *Notas sobre el agermanamiento o casamiento al más viviente...*, en *Segunda semana de Derecho aragonés*, Jaca, 1943, pp. 197 y ss.

(8) SAPENA, *El pacto sucesorio...*, loc. cit., p. 769.

luntad de quien puede disponer de la herencia del mismo vencedor al casamiento al más viviente, pero éste, en cambio, prevalece en todo caso sobre la sucesión intestada. En su sentir, el pacto debe producir sus efectos en todos aquellos casos en que la aplicación de las normas de sucesión legítima llevaría la herencia del cónyuge premuerto a manos distintas de las del viudo con quien se hermanó. «No se trata de un problema de posible discusión doctrinal—asevera—, sino de simple recogida de costumbre. Si al capitulante altoaragonés que pacta agermanamiento se le pregunta caso por caso si quiere conferirle efectos en los casos que hemos examinado contestará afirmativamente en todos; éste ha sido el resultado de nuestra indagación en Ribagorza. Y es que no nos cansaremos de repetirlo, al agermanarse los cónyuges fijan el destino a sus herencias: primero, sus descendientes; segundo, las personas por éstos designadas cuando pudieren hacerlo; y en defecto de todo ellos, siempre antes que los sucesores legítimos de los mismos, el viudo» (9).

Y, posiblemente, tal fuera la costumbre altoaragonesa, única norma aplicable en esta materia hasta la promulgación de la Compilación, ratificada, además, por la previsión de los otorgantes del pacto que solían establecer, según antes se expuso en el modelo del mismo transcrito, el agermanamiento, amén de para los supuestos tradicionales, también para el caso de que los hijos falleciesen habiendo rebasado la edad de testar con tal que muriesen sin descendencia y sin disponer (se entiende: sin descendencia legítima y sin disposición universal).

Hoy, a la vista del artículo 108 de la Compilación aragonesa, la posición de Sapena resulta insostenible, porque el párrafo tercero del mismo sólo atribuye al cónyuge sobreviviente los bienes del premuerto en los exclusivos casos de que no hayan tenido hijos o, habiéndolos tenido hayan fallecido todos ellos antes de llegar a la edad para poder testar, lo que implica una clara y terminante exclusión (*inclusio unius exclusio alterius*) del tercer supuesto patrocinado por Sapena.

Porque aunque se alegase que dicho caso podría tener admisión a tenor de que el artículo 107 de la Compilación dispone que «cuando un pacto sucesorio se refiera a determinada institución consuetudinaria deberá aquél interpretarse e integrarse con arreglo al uso u observancia de tal institución», se debería replicar que por su espíritu, finalidad y dicción (obsérvese que no salva lo establecido o declarado en otro sentido por los interesados) el artículo 108 y, en concreto su párrafo tercero es una norma imperativa del tipo prohibitiva y conocido es que en el Derecho vigente aragonés, aunque la costumbre integra las disposiciones de la Compilación y tiene fuerza obligatoria (arts. 1.º, 1 y 2.º, 1), tales

(9) *Ibid.*, pp. 768 y ss.

cometidos y eficacia quedan supeditados al hecho de que «no sea contraria al Derecho natural o a las normas imperativas o prohibitivas aplicables en Aragón».

III. EFECTOS DEL PACTO DE CASAMIENTO AL MAS VIVIENTE

Cuando a la muerte de uno de los cónyuges queden hijos de un anterior matrimonio del mismo sabido en que el pacto de agermanamiento carece de eficacia en cuanto falta un elemento para integrar el supuesto de hecho de la norma que lo contempla: la ausencia de descendencia legítima (art. 108, 1).

Lo mismo ocurre cuando en el idéntico evento de deceso de uno de los esposos haya hijos comunes. La ley dice que, en este caso, el pacto equivale a la concesión de la viudedad universal y de la facultad de distribuir la herencia (art. 108,2), concesión la primera absolutamente irrelevante y anodina, si se tiene en cuenta que en el Derecho aragonés «la celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge el usufructo de viudedad sobre todos los bienes del que primero fallezca» (art. 72,1), y que «el fallecimiento de un cónyuge atribuye al sobreviviente con derecho expectante el de usufructo sobre los bienes afectos y, desde ese momento, su posesión» (artículo 79).

Por el contrario, si no ha habido hijos o han fallecido todos ellos antes de alcanzar la edad para poder otorgar testamento es cuando el pacto en estudio genera, como antes se veía, sus peculiares consecuencias y despliega la totalidad de sus efectos, determinando que el cónyuge sobreviviente herede por la vía de la sucesión paccionada la totalidad de los bienes del premuerto (artículo 108,3).

Al igual que cualquier otro pacto sucesorio, el agermanamiento es naturalmente irrevocable, dado su substrato convencional, requiriendo para su modificación o disolución el acuerdo de ambos cónyuges (art. 103). Claro está que nada obsta a que en la propia estipulación se haya previsto la posibilidad de que pueda deshacerse por la voluntad unilateral de sus otorgantes, mediante la reserva a los mismos o a uno de ellos de la facultad de revocar o *ius poenitendi*.

Cuando el agermanamiento se haya pactado en capitulaciones matrimoniales, cual es lo ordinario, habrá de tenerse en cuenta para su modificación ulterior que, de acuerdo al artículo 28 de la Compilación, «celebrado el matrimonio, la novación de capítulos requeriría la concurrencia de los ascendientes que hayan asistido al otorgamiento de aquéllos para dotar, hacer donaciones o legados o nombrar herederos a los contrayentes o a sus hijos, en cuanto la novación afecte a los bienes y derechos recibidos».

Realizados los presupuestos sobre que descansa el pacto de casamiento al más viviente, el cónyuge superviviente adquiere, como se ha visto, la herencia del premuerto y en cuanto titular de todos los derechos patrimoniales integrantes de la misma podrán disponer de ellos con entera libertad tanto *inter vivos* como *mortis causa*, a título gratuito o a título oneroso, a no ser que en su otorgamiento se hubiese previsto, lo que ocurre con alguna frecuencia, que sólo estará facultado para enajenarlos por acto *inter vivos* y a título oneroso.

Muerto, a su vez, el sobreviviente sin haber dispuesto de los bienes heredados del premuerto, la doctrina anterior a la Compilación dudaba sobre el destino de los mismos cuando en el pacto no se hubiese previsto tal contingencia. De aplicarse las reglas generales de la sucesión *mortis causa*, como, en realidad, se trataría tan sólo de la herencia del último fallecido, pues la del premuerto ya había sido adquirida por éste, deberían ser llamados a suceder únicamente los sucesores legítimos del viudo y no los del fallecido en primer lugar. Contra esta consecuencia, la mayor parte de los autores aragoneses opinaba que en tal caso el caudal relicto debía partirse por mitades, atribuyéndose cada una de ellas a los parientes más próximos de uno y otro cónyuge, al amparo de las normas legales (Observancia 19, *De iure dotium*), de la práctica antigua, de la costumbre reiterada de pactarlo, así, o bien circunscribía semejante consecuencia a algunas comarcas altoaragonesas (10).

Sapena, por su parte, opina que la regla general que debía observarse en defecto de pacto era la siguiente: «El sobreviviente podrá disponer con absoluta libertad de todos los bienes; si así no lo hiciere, aquellos de que no haya dispuesto, cualquiera que fuere su procedencia, quedan integrando en una sola masa común a ambas herencias, correspondiendo por mitad a la de cada agermanado y teniendo lugar la apertura de las dos al tiempo de morir el último de ellos, por lo que a esta época deberá referirse la aplicación de las normas sobre sucesión legítima de los respectivos esposos. Esto es: la del primer fallecido queda condicionada por la muerte sin disposición del sobreviviente con supervivencia de los llamados a ella. Son los parientes de uno y otro cónyuge que vivan al fallecimiento del último de ellos quienes, dividiendo previamente por mitades la única masa, heredarán a ambos».

Hoy la duda está resuelta, porque la norma vigente con evidente realismo y justicia, ya que no es equitativo el que los más próximos parientes de uno y otro consorte hereden cada una de las dos partes iguales resultantes de la división de la masa común formada por los dos patrimonios hereditarios, y acogiendo y respetando el principio de troncalidad tan caro al Derecho aragonés ha

(10) MARTÍ-BALLESTEROS, *La casa en el Derecho aragonés*, Zaragoza, 1944, p. 132.

dispuesto en el inciso segundo del párrafo tercero del artículo 108 de la Compilación que «fallecido a su vez aquél (el cónyuge sobreviviente) 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». Queda la interrogante tan sólo de si éste es el régimen necesario o imperativo o si cabe modificarlo mediante acuerdo en otro sentido de los interesados. En base a la práctica y costumbre aragonesas y a que no hay de por medio exigencias de orden público o buenas costumbres, nosotros nos inclinamos por la afirmativa.

