

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González y Martínez

Año XLIV * Marzo - Abril 1968 * Núm. 465

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE :

Excmo. Sr. D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS :

Excmo. Sr. D. Ramón de la Rica y Arenal.

Ilmo. Sr. D. Federico Bas y Rivas.

Ilmo. Sr. D. Pedro Cabello de la Sota.

Ilmo. Sr. D. José Luis Lacruz Berdejo.

Excmo. Sr. D. Juan Vallet de Goytisolo.

Ilmo. Sr. D. Ginés Cánovas Contiño.

Excmo. Sr. D. Juan José Benayas y Sánchez Cabezudo; y

Ilmo. Sr. D. Narciso de Fuentes Sanchiz.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN :

Sr. D. Luis Díez Picazo y Ponce de León.

SECRETARIO DE LA REVISTA :

Sr. D. Fernando Muñoz Cariñanos.

Dirección : General Mola, 72.—Madrid-6.—Teléf. 2 25 53 16.

Precio : 200 pesetas al año.

Número suelto : 50 pesetas.

La Revista no se identifica con las opiniones
sostenidas por sus colaboradores.

Depósito legal: M. 968.—1958

Se cumple ahora, aproximadamente, un año de la fecha de la entrada en vigor de la nueva Compilación del Derecho civil especial de Aragón. Es éste un cuerpo legal con la suficiente importancia y la suficiente envergadura, dentro del Derecho civil español, para ser estudiado con el necesario detenimiento y con la necesaria atención. Como en muchas ocasiones se ha dicho, un futuro Código civil de España sólo puede ser el resultado común y la obra común de los diversos Derechos civiles españoles. Ello nos impone la obligación de intentar un análisis cuidadoso de cada uno de los textos donde se recogen nuestros Derechos civiles especiales. Por esta razón, hemos dado cita en nuestras páginas a los más prestigiosos juristas aragoneses, con el fin de que sus plumas acometan una seria y profunda labor de exégesis y de comentario de la Compilación. También por esta razón hemos creído oportuno dedicar un número monográfico a esta materia. Al mismo tiempo quisiéramos desde aquí formular un propósito: trataremos de dedicar, siempre que la ocasión lo aconseje, un número de la REVISTA a estudiar con carácter monográfico aquellos nuevos cuerpos legales que por su trascendencia dentro de la órbita del Derecho privado o por sus repercusiones teóricas y prácticas en él lo merezcan.

S U M A R I O

	Págs.
«Objetivos y método de la codificación aragonesa», por JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO	285
«La capacidad de las personas, por razón de la edad, en la Com- pilación del Derecho Civil de Aragón», por FRANCISCO SANCHO REBULLIDA	319
«La esposa administradora en la Compilación del Derecho Civil de Aragón», por FRANCISCO PALÁ MEDIANO	349
«Comunidad conyugal continuada», por JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA.	405
«La viudedad en la Compilación aragonesa», por MANUEL BATA- LLA GONZÁLEZ	437
«La sucesión intestada en el Derecho aragonés», por JOSÉ M. ^a BE- LLED HEREDIA	469
«Las legítimas en la Compilación», por JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO.	505
«Los derechos reales en la Compilación del Derecho Civil de Ara- gón», por FRANCISCO SANCHO REBULLIDA	541
«El derecho transitorio en la Compilación aragonesa», por JOSÉ LORENTE SANZ	583

Objetivos y metodo de la codificación aragonesa

SUMARIO: I. La elaboración del Apéndice.—II. La reforma del Apéndice. Comisión de 1935.—III. La Comisión compiladora y el Seminario.—IV. El renacimiento de los estudios de Derecho aragonés.—V. La perspectiva histórica.—VI. La inspiración en el Derecho comparado.—VII. ¿Revisión del Apéndice?—VIII. Los límites de la codificación.—IX. Los «nuevos» institutos.—X. La Junta de parientes y otros ejemplos.—XI. Estilo y contenido de la Compilación.—XII. Efemérides de la Comisión aragonesa.—XIII. La Comisión de Codificación y las Cortes.—XIV. Final.

I. LA ELABORACIÓN DEL APÉNDICE.

A raíz de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, en noviembre del siguiente año celebraba una reunión confidencial representantes de las Diputaciones provinciales, Colegios de Abogados y Universidad de Aragón, acordando designar una Comisión para que redactara el proyecto de Apéndice aragonés al Código civil general. Formaban parte de ella, entre otros, GIL BERGES, CASAJÚS, RIPOLLÉS e ISÁBAL: según dice la advertencia previa al proyecto que, como resultado de las deliberaciones, se publicó en 1899, «repartidos los trabajos por ponencias, discutidas éstas y articuladas *en gran parte*, se encargó su ordenación al señor RIPOLLÉS, quien presentó el anteproyecto, que fue detenidamente revisado. En 1895 quedaron hechas las correcciones acordadas», pero, por las circunstancias, no se publicó el proyecto, «en el cual todavía los señores CASAJÚS y RIPOLLÉS, debidamente autorizados, hicieron algunas enmiendas y adiciones». Este proyecto se designa como el

de 1899 (si bien ésta no es la fecha de su elaboración, sino de su publicación), y también como «proyecto RIPOLLÉS», dado que la parte principal corresponde a este catedrático de Derecho civil en la Facultad cesaraugustana.

El proyecto consta de 201 artículos, extensos por lo común; regula las instituciones legales aragonesas con gran detalle, completando las lagunas del Derecho escrito; omite bastantes de las consuetudinarias; sigue el orden del Código civil.

Promulgado el Real Decreto de 24 de abril de 1899 sobre constitución de las Comisiones encargadas de redactar los Apéndices forales, se designó para Aragón una nueva asamblea, esta vez oficial, en la que persistían tres de los ocho vocales de la anterior: GIL BERGES, ISÁBAL y CASAJÚS.

También en esa Comisión, desarrollado el trabajo de las ponencias, se encomendó a uno de sus miembros, GIL BERGES, unificar la labor realizada. Al parecer, y si nos atenemos al testimonio de GIL Y GIL, dicha labor debió ser muy de principio, y probablemente parcial, siendo fundamentalmente GIL BERGES quien redactó entero el proyecto de Apéndice, al cual prestaron su conformidad los restantes miembros de la Comisión. Se concluyó y cursó a la Comisión de Códigos a principios de 1904, y se imprimió en ese mismo año, por lo cual es conocido como «proyecto de 1904» o, con mayor frecuencia, como «proyecto GIL BERGES», por evidentes razones. Es sumamente extenso, no sólo por sus 370 artículos, sino por la desmedida longitud de muchos de ellos; presta especial atención al Derecho consuetudinario, y, en general, sus preceptos son minuciosos y detallistas al extremo, con precisiones acaso más propias de una obra doctrinal que de un texto legal.

El trabajo durmió el sueño de los justos en el Ministerio de Gracia y Justicia (lugar, sin duda, el más indicado), hasta que, en 1923, la Comisión permanente de Códigos lo refundió, dejándolo reducido a una cuarta parte, pese a la presencia, en ella, de los letrados aragoneses don Marcelliano ISÁBAL y don Vicente PRINIÉS, que trataron de salvar cuanto pudieron. Publicado el proyecto por Decreto de 26 de febrero de 1924, y abierta información pública, la Comisión de Códigos formuló el texto definitivo: tanto en la primera redacción como en la segunda parece que fue don Antonio MAURA quien llevó la voz cantante, y aunque dicho señor,

sin duda, examinó cuidadosamente los informes elevados a la Comisión por letrados aragoneses (se imprimieron los muy interesantes y extensos de MARTÍN COSTEA, AZPEITIA, VIDAL TOLOSANA y PALÁ), de hecho la Comisión, empeñada en minimizar al máximo el Derecho aragonés, no dio su brazo a torcer en ningún aspecto, y, por el contrario, la redacción definitiva entrañó una nueva reducción del texto, en el que no se introdujeron ni siquiera las reformas técnicas razonadamente solicitadas. Todavía ISÁBAL, en su necrología de don Antonio MAURA, dibuja la posición de éste, en la Comisión, como favorable, al menos hasta cierto punto, al Derecho aragonés; mas si se tiene en cuenta «la docilidad que a su presidente ofrendaron los demás vocales», de que nos informa GIL Y GIL, hay que convenir en que todos estarían de acuerdo en una línea de drástica reducción de las instituciones forales y de su formulación en el texto legal, de la que se apartarían ocasionalmente con pequeñas concesiones: prueba evidente de lo peligroso de confiar la redacción de una Compilación territorial a una mayoría ajena al territorio.

II. LA COMISIÓN REVISORA DE 1935.

Promulgado el Apéndice para empezar a regir el 2 de enero de 1926, al sustituir a un maremagnum de textos de los siglos XII a XV, escritos en un inconcebible latín, representaba, por ese solo hecho, una mejora. Pues bien, esa ventaja circunstancial, independiente de la voluntad de sus autores, es la única que aportó. Puede decirse—y no precisamente en elogio del fenecido Cuerpo legal—que en la misma fecha nació la aspiración a sustituirlo. Nueve años tardó en concretarse, con el nombramiento de la Comisión revisora en el año 1935, de la que han perdurado, entre sus trabajos iniciales, una ponencia preparatoria de la labor de la Comisión y unos cuestionarios, muy bien concebidos, en los que se interrogaba a los juristas aragoneses sobre las orientaciones prácticas y las formulaciones técnicas de la reforma.

Mención especial merece la indicada ponencia (obra de dos foralistas fallecidos, don Julio ORTEGA SAN IÑIGO y don Pedro DE LA FUENTE, y sobre todo, según creo, de PALÁ MEDIANO y SANCHO SERAL),

que señala un cambio de rumbo en las directrices seguidas hasta entonces en la codificación aragonesa, y que había de influir decisivamente en cuanto se hiciera después. Se inicia con una justa crítica del Apéndice, señalando cómo, por la fidelidad con que repite palabras o frases de los textos históricos, «han quedado oscuros preceptos cuya conciliación o explicación era difícil»; «por otra parte, el temor a faltar a esa fidelidad ha impedido a los redactores del Apéndice una labor sistemática, indispensable en una legislación, excepcional no por instituciones peculiares, sino por principios básicos; por tener sus cimientos asentados en una concepción de la vida y del Derecho fundamentalmente distinta de la que informa la legislación común». Y frente a la oscuridad y—sólo a veces—excesiva concisión del Apéndice, pone de relieve cómo «la necesidad de que la Ley, como los contratos, sean fácilmente comprensibles y no dejen lugar a dudas, obliga a usar en su redacción un estilo especialísimo, sacrificando a la claridad, en muchas ocasiones, reglas gramaticales y retóricas, usando de éstas con gran libertad».

El examen crítico termina con un detenido estudio de la regulación, en el Apéndice, de la costumbre y del principio *standum est chartae*, con juicio igualmente desfavorable.

Plantea la ponencia a continuación el problema de las instituciones que deben recogerse en el nuevo Cuerpo legal y el doble modo de hacerlo: «consignarlas según resultan en el Cuerpo legal de Fueros y Observancias o de costumbres jurídicas vigentes, u ordenarlas según las necesidades de la vida jurídica aragonesa en la actualidad»; propugnando esta segunda solución, si bien sin perder de vista, como último objetivo, «el deseo de la unificación, contribuyendo a la formación de un Derecho español que sea el resultado de la fusión de los diferentes Derechos propiamente hispánicos, entre los cuales existen semejanzas y coincidencias que no cuidó de recoger el Código civil vigente». Tales aspiraciones no se oponen a que en el proyectado Cuerpo legal se incorporen diversos preceptos a institutos aragoneses desaparecidos en el Apéndice: así, «disposiciones encaminadas a plantear o resolver el problema de las fuentes en el sistema del Derecho aragonés; a definir y regular la función del Consejo de parientes; a mantener la ilección foral de ausentes y menores; a conservar algunas for-

mas tradicionales de usucapición; a insertar en el sistema el principio de *ius usus innocui* defendido en las observancias; a resolver el problema del límite de la sucesión intestada de los colaterales; a dar valor y colocación adecuadas al principio foral representado por el apotegma *standum est chartae*; a regular el consorcio foral v la sucesión contractual, y a establecer normas supletorias de la voluntad en materia de pactos corrientemente agregados a las capitulaciones matrimoniales».

En cuanto a la elaboración técnica, la ponencia parte de la conciencia jurídica del pueblo aragonés y de la renovación de su Derecho mediante la costumbre y la libertad civil, afirmando, en consecuencia, la necesidad de estudiarlo en protocolos y sentencias; la de considerar «el Derecho de Aragón como un sistema jurídico completo con personalidad propia, procediendo a su codificación en forma acomodada a las necesidades de la vida jurídica actual y sin más limitaciones que las que resultan de la situación constitucional»; la de repristinar las instituciones romanizadas y entender muchos de los Fueros y Observancias como una resistencia contra la romanización; y, en fin, la de crear «una técnica nueva acomodada a las exigencias de la vida jurídica aragonesa, prescindiendo de aquellas construcciones creadas para otros sistemas de Derecho, cuando en ellas no encajen las instituciones del aragonés».

La redacción sería «por periodos cortos, evitando en lo posible los incisos y oraciones subordinadas de gran extensión, y procurando señalar la concordancia o relación de unos preceptos con otros».

Con la mira puesta en la meta lejana de la unificación del Derecho civil español, el nuevo Cuerpo legal trataría de ahondar en las semejanzas entre los diversos Derechos hispánicos, y prescindiría de cuanto no pareciera indispensable mantener, de modo que, «por el número de instituciones conservadas y la extensión de las disposiciones difiera poco del contenido del actual Apéndice foral, y que, comparado con él, represente una revisión del mismo, en el que se hayan hecho las adiciones, supresiones y modificaciones necesarias, aparte de una más perfecta sistematización de la materia obtenida por el método seguido en la codificación».

Don José CASTÁN, miembro de la Comisión, en interesante carta en la que se adhiere con algunas salvedades y matizaciones a la ponencia, proponía «una nueva conclusión en la que se abordase directamente el problema de la técnica legislativa que haya de seguirse. A mi juicio, del propio carácter del Derecho aragonés y de las finalidades de la obra legislativa actual se infiere (y ello se deduce también de las consideraciones todas que formula la ponencia) que ha de adoptarse una técnica muy sobria y flexible, que se limite a establecer las directivas fundamentales de cada institución jurídica, dejando lo demás a la regulación de las costumbres comarcales y locales y a la prudente interpretación y arbitrio del juzgador».

III. LA COMISIÓN COMPILADORA Y EL SEMINARIO.

Reorganizada la Comisión revisora, se volvió a reunir en abril de 1944, acordando la reanudación de sus trabajos; mas pronto éstos quedaron aplazados en espera de la celebración del Congreso Nacional de Derecho Civil de 1946.

Celebrado el Congreso, sus conclusiones representaban una notable modificación en los propósitos y finalidades de la codificación de los Derechos territoriales, y las normas que el Gobierno dictó para llevarlas a efecto preveían unas Comisiones más amplias. Nombrada la aragonesa en 1948, se constituyó y emprendió sus trabajos a ritmo muy lento, llegando a aprobar un título preliminar y los preceptos relativos a personas y Derecho de familia no patrimonial, incluso Junta de parientes.

A principios de 1953 la Comisión se amplía: a la vez, examinando las causas del lento progreso de su labor (fundamentalmente, las muchas ocupaciones de sus miembros, que hacían difícil el desarrollo de un *modus operandi* tan concienzudo como el trazado por la ponencia de 1935, siempre en vigor como directiva general) adopta una iniciativa felicísima, según ha demostrado la experiencia. Un Seminario dependiente de la Comisión, y compuesto por especialistas jóvenes y con tiempo disponible, realizaría los trabajos de investigación y acopio de materiales, de modo que los vocales de la Comisión de jurisprudencia, para redactar su ante-

proyecto, tuvieran a la vista, sin verse obligados a recogerlos personalmente, todos los elementos de juicio precisos.

Empieza entonces una etapa que falta en las restantes codificaciones forales, y que explica la superioridad de la aragonesa. Siete u ocho años de labor de un equipo de juristas amantes del Derecho aragonés y preparados para estudiarlo, dedicados a investigar orígenes y fuentes, criticar y situar éstas, recoger jurisprudencia y antecedentes prelegislativos, comparar con otras legislaciones, acopiar doctrina aragonesa y foránea, plantear la más amplia problemática de cada materia y, tras esa labor más o menos individual, proponer la dogmática y el sistema de conceptos y traducir en esquemas de normas el resultado de todo ello, discutiendo primero la orientación general y luego cada palabra y cada idea, hasta que la fórmula recibiera el asenso de todos o, al menos, de la mayoría.

En tres aspectos superó el Seminario las previsiones, más modestas, de la Comisión de Jurisconsultos al fundarlo. Uno, en cuanto a la amplitud del encargo recibido, que en un principio, al menos una parte de la Comisión, creyó ser meramente el de recopilar materiales. El Seminario reelaboró los recogidos y, desde el primer momento, terminó su labor, dentro de cada materia, proponiendo un articulado completo, modo de actuar que pronto ratificó la Comisión. A esto contribuyó, sin duda, que en el Seminario participasen—y éste es otro aspecto no previsto—miembros distinguidos de aquélla: citaré a PALA MEDIANO y LORENTE SANZ, cuya constancia fue ejemplar. Con ellos, y colaborando, un grupo selecto y estudioso de juristas que, aun jóvenes, ejercían ya profesión jurídica (Notario, Juez, Abogado, Procurador) o contaban con cierta experiencia; en parte eran o devinieron doctores, profesores adjuntos o ayudantes; y tenían muchos en su haber buenos trabajos y publicaciones, se consiguió un equilibrio notable entre la práctica y la teoría, y que las discusiones semanales tuvieran altura científica sin perderse en las nubes.

Finalmente, el Seminario, excediendo su posición subordinada, perfeccionó y completó cuanto en relación al método, estilo y finalidades en la labor codificadora había propuesto la ponencia de 1935; directrices definitivas que, aceptadas prácticamente por la Comisión, primero con reservas por parte de alguno de sus

miembros, y luego sin ellas, explican también el enorme progreso que se observa en la Compilación en relación con el Apéndice.

IV. EL RENACIMIENTO DE LOS ESTUDIOS DE DERECHO ARAGONÉS.

A su vez, la constitución del Seminario fue posible merced al impulso adquirido por los estudios del Derecho regnicola, que habían iniciado poco antes una nueva fase. Tales estudios desde nuestros últimos clásicos habían perdido el nivel europeo, y acen-
túan su crisis a partir del principio de siglo, paliada acaso por la presencia de dos vigorosas individualidades: don Joaquín GIL BER-
GÉS y don Marceliano ISÁBAL, quienes, por su estilo y orientación, pueden considerarse como últimos representantes de la generación de foralistas del Congreso de 1880. Fallecidos en 1923 y 1930, res-
pectivamente, toma el relevo una nueva, reducida y selecta gene-
ración de estudiosos, que iniciando individualmente sus trabajos en los años veinte o poco antes, se encuentra en la Comisión de 1935. Por esa época los esfuerzos dispersos de la nueva genera-
ción van uniéndose en torno a la figura, ya patriarcal, de don Juan MONEVA y PUYOL, y confluyen, en 1941, en la fundación del Consejo de Estudios del Derecho aragonés, la cual no fue una meta,
sino, al contrario, un punto de partida. Merced a él, los estudiosos del Derecho foral tomaron mayor conciencia de que nuestro De-
recho era algo valioso que debía pervivir, y que sólo perviviría mediante una labor organizada; escribieron, y algunos investiga-
ron; en frecuentes reuniones hicieron obra científica colectiva; tuvieron una publicación común (el Anuario de Derecho aragonés, aparecido en 1944 después de dos tomos que recogen trabajos y conferencias de 1942 y 1943, y que hoy sigue publicándose); y, sobre todo, cuidaron previsora-
mente de hallar apoyo y relevo en las generaciones más jóvenes, hasta entonces ajenas a estas preo-
cupaciones. Y es así cómo entre 1945 y 1955 los estudios de Derecho foral, institucionalizados en el Consejo, adquieren el auge que iba a hacer posible la Compilación tal cual es.

La generación de GIL BERGÉS e ISÁBAL es de recopiladores de nuestros fueros y observancias, nuestras costumbres y nuestra doc-

trina clásica. Sus dos obras más acabadas, el proyecto de Apéndice de 1904 y la «Exposición de los Fueros y Observancias» de don Marceliano, recogen, describen y sistematizan lo anterior, con gran copia de datos y excelente criterio, pero apenas crean. Ni el proyecto de Cuerpo legal ni la obra doctrinal se proponen otra meta.

La que podríamos llamar «generación del Apéndice» incorpora a los trabajos de Derecho foral nuevas preocupaciones, nacidas acaso de una mayor lectura y aprovechamiento de libros extranjeros; de mayor sentido histórico, y de la necesidad, cada vez más apremiante, de resolver nuevos problemas planteados por unas circunstancias económicas y sociales en acelerada evolución, con los viejos textos o con un Apéndice que nació asimismo viejo.

La generación más joven, próxima aún a las aulas universitarias, recibe de la anterior y hace suya una inquietud nueva: la del método. Formada en unas técnicas más modernas, cree llegado el momento de ampliar los horizontes del estudio del Derecho aragonés, y lo consigue en buena parte.

V. LA PERSPECTIVA HISTÓRICA.

El Derecho civil debe ser—aunque puede no serlo—un Derecho histórico, y los Derechos forales lo son por excelencia. Así, mientras el Código civil supone, en buena parte, la ruptura con la tradición anterior, a la que la doctrina dio la espalda demasiado pronto, el Apéndice recoge o trata de recoger con la mayor fidelidad los institutos y reglas del «Cuerpo legal de Fueros y Observancias». Por eso, el estudio del Derecho aragonés en la formulación de 1926 había de partir de sus antecedentes.

Y aún era más precisa la investigación histórica en el plano de la política legislativa, es decir, de la redacción de un nuevo texto legal, si a él se había de llevar el genuino Derecho regnícola, y si las normas actuales habían de ser exponente del espíritu y las finalidades de las antiguas.

Esta investigación faltaba casi del todo. Los pocos libros existentes se preocupaban de coordinar los textos de los fueros y observancias conservados en vigor, pero sin crítica, sin plantearse problemas de origen o de interpretación, sin estudio de los ante-

cedentes y doctrina contemporánea, y aun sin situar cada texto dentro de la época: como si todos hubieran aparecido en un mismo día y con el mismo valor. Con lamentable falta de profundidad, de perspectiva temporal, se consideraba al Cuerpo de Fueros y Observancias como nacido en bloque, ya adulto, en 1552, interpretándolo como si tuviera en sí mismo la razón de su existencia, independientemente de las diversas condiciones a que responde el nacimiento de cada una de sus normas. Se olvidaba que en Aragón las instituciones jurídicas abarcan, muchas veces, más de una época: nacen, se desarrollan, se transforman y mueren a lo largo de siglos. Entonces la labor de periodificación, de colocación de cada norma en su tiempo y momento, es indispensable si queremos conocer exactamente cada instituto, y sobre todo caracterizarlo frente a las particulares condiciones políticas, económicas y sociales de cada una de las épocas por las que atraviesa. Sólo así sabremos cuál es el efecto concreto que, con cada norma, se pretendía producir, y, por tanto, únicamente así podremos reproducirlo ahora.

En particular, y como he dicho en otro lugar, «dentro de la legislación aragonesa se contraponen claramente una época caracterizada por el predominio de elementos autóctonos, germánicos y canónicos, que yo denomino *época de los fueros*, y otra en la que es cada vez mayor la intrusión del Derecho romano de glosadores y comentaristas, y que llamo *época de las observancias*. La divergencia entre las concepciones jurídicas de ambas épocas se observa en casi todas las instituciones. Véase, por ejemplo, cómo la comunidad continuada, que en la primera fase es un resultado evidente de la comunidad familiar, en la segunda viene considerada como un caso de indivisión poco deseable, surgido automáticamente de la omisión del inventario de los bienes muebles. Y cómo las arras tienen una significación muy distinta en la primera época, donde juegan el papel de dote de marido, y en la segunda, donde equivalen a una contradote. Y así en el sistema de legítimas, en la comunidad hereditaria, en la comunidad matrimonial, en la usucapión», etc.

En definitiva, en los más importantes institutos aragoneses la regulación no constituye un sistema, sino una secuencia: a partir de un núcleo inicial las normas van imponiendo una evolución y

marcando distintos caminos. Estudiadas todas juntas, y a la vez, no es posible descubrir su verdadera fisonomía. Como tampoco lo es estudiando únicamente los textos legales, sin acudir a la doctrina de cada época (por tanto, también a los comentaristas manuscritos de los siglos xiv y xv) y a los documentos de aplicación del Derecho; u olvidando que los textos forales recopilados en el Código de Huesca de 1247 o las observancias de 1428 tienen antecedentes en fueros o compilaciones anteriores (las de Jaca, por ejemplo), o bien versiones más extensas («Vidal Mayor», observancias de Jacobo DE HOSPITAL).

Sin duda, un estudio histórico de este género supone una labor improba, no exigible a todo el que pretenda escribir sobre Derecho aragonés, pero necesaria si se quiere conocer a fondo y de veras un Derecho nacido hace tantos siglos, y más si se pretende reformarlo y completarlo con arreglo a su espíritu. Por fortuna, en la nueva generación fue posible suscitar varias vocaciones de civilista-historiador, que han dejado la tarea comenzada. Puede servir de modelo a este respecto el libro de Mariano ALONSO Y LAMBÁN, el gran jurista aragonés, prematuramente fallecido, sobre el testamento en nuestra alta Edad Media: seguramente la obra más seria que se ha escrito en España sobre Historia del Derecho privado. Sólo veinte años antes era absolutamente impensable que pudiera elaborarse en Aragón un trabajo así: había buenos historiadores con conocimientos jurídicos, pero no había privatistas con instrumental de historiador.

Naturalmente, no faltaron los escépticos (generalmente, no dotados para esta clase de investigaciones) que motejaron esta tarea de «arqueología jurídica», especie de manía de recoger y clasificar trastos viejos, innecesaria y hasta perturbadora para interpretar o enunciar la norma. Como si la recopilación y adaptación de unos textos del siglo xiii o el xv, no requiriera una previa averiguación de su exacto significado y, aun más, de los efectos que con ellos se pretendían en su circunstancia. Y como si la interpretación de un texto vigente tomado de textos históricos no exigiera, como algo evidente e indispensable, dirigirse a las fuentes.

VI. LA INSPIRACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.

Inició asimismo la generación joven—con algún relativo precedente en la anterior—el tratamiento monográfico de instituciones completas. Antes, la doctrina se reducía a particulares problemas suscitados por algún fuero, observancia o artículo del Apéndice. La monografía, en cambio, se sitúa en posición diferente: pretende plantear la problemática entera del instituto, a lo largo de su evolución y confrontado con las variadas situaciones que se producen en la vida real, extrayendo de las normas unos principios válidos para resolver aquellas cuestiones que no encuentran acomodo en el texto legal y para sistematizar la exposición del conjunto.

En una tarea así, era indispensable la ayuda de aquella doctrina extranjera que operaba sobre regulaciones coincidentes; en ella podíamos percatarnos de problemas y soluciones que luego contrastábamos con nuestros textos legales privativos. Gracias a ese modo de trabajar, la bibliografía jurídica aragonesa ha crecido diez veces en calidad y cantidad.

No se trata de extranjerizar nuestro Derecho, sino de aprovechar experiencias e ideas ajenas para interpretar o formular mejor el propio. Por ejemplo: el régimen legal francés de comunidad matrimonial se extiende a los bienes muebles y a las ganancias, como el aragonés clásico. En el curso de siglo y medio, la discriminación de qué bienes son propios del marido y la mujer, y cuáles comunes de ambos, había llegado en la doctrina y la jurisprudencia francesas a una precisión extrema, mientras en Aragón, sea por causa de una economía más primitiva, sea por herencia de una doctrina más pobre, seguían sin plantearse—ni menos resolverse—los problemas de la propiedad intelectual o industrial, el seguro, la renta vitalicia, los derechos personalísimos o intransmisibles, las participaciones en sociedades, las indemnizaciones por perjuicios a los propios bienes o a la propia persona, la subrogación, etc., frente al consorcio conyugal. Yo dediqué a ellos, por sugerencia de un gran foralista de la generación anterior, mi tesis doctoral: 500 páginas impresas—publicadas luego dispersas—, llenas de citas de autores franceses y alemanes, de quienes tomé la

casuística, y de transcripciones de manuscritos del siglo XIII al XVI, y de autores clásicos aragoneses, que me orientaron en las soluciones. Sin aquellas obras extranjeras apenas hubiera podido escribir. Y sin embargo, el resultado es neta y genuinamente aragonés, y ha pasado a los artículos 37 y 38 de la Compilación, en este punto, como en tantos, enormemente más expresiva, más técnica, más completa y más lógica que el Apéndice. Con una particularidad, y es que nosotros, los extranjerizantes importadores de novedades, no hemos copiado en la Compilación un solo artículo de Código extranjero, mientras que los hispánicos recopiladores de nuestra tradición castellana, no encontraron mejor representante de ella que el Código civil francés, del que transcribieron literalmente bastantes centenares de preceptos.

Y no sólo el Derecho vigente puede aprovechar con fruto la obra escrita en otros países. También para el estudio del Derecho histórico resulta útil la consulta de manuales y monografías, singularmente de Derecho germánico o de Derecho francés de costumbres, en donde cabe encontrar similitudes y sugerencias valiosas para la construcción de nuestro propio sistema tradicional y para distinguir sus diversos periodos.

VII. ¿REVISIÓN DEL APÉNDICE?

Con estas orientaciones inició el Seminario el estudio de un Derecho, como el aragonés, que, cegadas sus fuentes legislativas a comienzos del siglo XVIII, no había podido o sabido renovarse desde entonces. A los nuevos hechos técnicos, la revolución industrial, los cambiados supuestos sociales, se aplicaban hasta 1926, y aun también en parte desde entonces, unas normas formuladas, casi totalmente, en los años 1100 a 1370 (observancias de SALANOVA y HOSPITAL): el resto, hasta 1600. Es más: desde los primeros intentos de codificación, que culminan en el Apéndice de 1926, había triunfado, en principio, el criterio ultraconservador de transcribir, traducido, el conjunto de normas tradicionales, siquiera con algunas adaptaciones, modificaciones, supresiones y complementos. El resultado no puede considerarse brillante: mereció la repulsa general de los juristas aragoneses, y, entre los de fuera, sólo templadas

alabanzas de un civilista tan eminente como poco favorable a los Derechos forales: mi gran amigo el profesor Federico DE CASTRO.

Por eso, frente a la idea de revisar el Apéndice, se abrió pronto paso la de construir un nuevo Cuerpo legal, equivalente a lo que aquél hubiera debido y podido ser. No se pretendía, desde luego, prescindir de lo ya hecho y vigente, en cuanto sirviera de experiencia y contraste, pero sí retrotraer el estudio a las normas del Derecho tradicional; confrontarlo con las necesidades del momento actual y las previsibles en el futuro; tener presentes todos los problemas que cada instituto iba presumiblemente a plantear, y, frente al barroquismo verbal y la pobreza de ideas de nuestro primer intento codificador, enunciar unas reglas en las que, con el menor número de palabras compatible con la claridad, se trazasen las líneas maestras de la institución y tuviera el intérprete medios de resolver, sin grandes vacilaciones, las dudas que la aplicación del texto pudiera suscitar.

En general, puede decirse que quienes han trabajado en profundidad el Derecho aragonés se inscribían en esta segunda posición, no por afán de acentuar un hecho diferencial (pues nadie pretendía redactar un articulado deliberadamente diverso del anterior, ni negaba la conveniencia de atenerse al texto de 1926, cuando sirviera), sino conscientes de la incompatibilidad entre la formulación del Apéndice en casi todos sus preceptos y un intento codificador serio. Mientras que la mera revisión del texto de 1926 tuvo en su favor a quienes no se percataban de la imperfección suma del Apéndice, o deseaban acabar pronto, o veían en un Cuerpo nuevo y distinto (con error, según creo) un obstáculo a la unificación del Derecho civil, o ponderaban la molestia de estudiarlo o la inicial falta de seguridad en su aplicación.

En la Comisión aragonesa la cuestión se planteó abiertamente hacia 1954, al examinarse el articulado presentado por el Seminario en tema de luces y vistas, estimando la ponencia encargada de dictaminarlo, con arreglo «a lo que consideraba verdadero alcance del encargo recibido» y a «los términos de la misión que el poder público encomendó a la Comisión...», que no tratándose de elaborar un sistema completo de Derecho aragonés y totalmente al margen en cuanto a contenido y estructura del actual Apéndice al Código civil, lo que procede en materia en la que no se apre-

cia la necesidad de establecer grandes diferencias en relación con el Derecho común, es retocar ligeramente los textos del Apéndice para dejar aclarados aquellos puntos que en la práctica han podido ofrecer dificultades de interpretación o plantear problemas que reclamen solución legal». Nótese, con todo, cómo la ponencia distinguía, al parecer, entre materias que no presentan grandes diferencias con el Derecho común, y las que sí las ofrecen.

Dejando a un lado la cuestión del «alcance del encargo recibido», que examinaremos en seguida, creo que la postura de la ponencia se fundó en las ya señaladas razones de facilitar el paso al Código único y mantener, con los textos habituales, la seguridad jurídica.

No parece admisible la primera, y así lo dije entonces, si la unificación de los Derechos españoles—más español el aragonés que el del Código civil—ha de hacerse, en su momento, sobre una base de igualdad, y no mediante una progresiva absorción por el Código. Si los Derechos forales han de aportar un día al Cuerpo general del Derecho civil español sus instituciones más genuinas y valiosas, lo importante y deseable no es que se hayan desfigurado éstas en un intento de parecerse a las del afrancesado Código vigente, sino que, conservando las discrepancias originarias, se hallen formuladas en lenguaje claro y correcto, con técnica moderna, adaptándose a los supuestos económicos y sociales de hoy, y ofreciendo solución a cuantos problemas puede presentar la vida real. Lo cual no era posible mediante una simple revisión del Apéndice.

Aún más, en el caso, el acercamiento del Derecho aragonés al común y la política del «ligero retoque» llevaban consigo el reconocimiento de una clasificación de las servidumbres, en continuas y discontinuas, que en Aragón no era aceptada y que del Código deberá desaparecer, por su falta de fundamento, en la primera revisión.

De mayor consideración es el argumento derivado de la seguridad jurídica: unas normas aplicadas durante cierto tiempo, han sido objeto de estudio e interpretación; se han implicado en el sistema de conocimientos de los juristas e incluso del vulgo, y tienen ya, simplemente por eso, una razón de subsistir. A la inversa, una norma nueva crea en los primeros momentos cierto clima de

inseguridad, y comporta situaciones transitorias que requieren, a su vez, otras normas para resolverlas. Un simple retoque de los preceptos del Apéndice de 1926 representaba, así, una solución que no carecía de ventajas: la reforma, mera aclaración de lo que en aquél aparecía oscuro, muchas veces mediante la simple introducción en el texto de interpretaciones jurisprudenciales consagradas, dejaría casi intacto el patrimonio de conocimientos y experiencias de los juristas, mejorando la norma sin modificarla gran cosa en su contenido y respetando en principio su redacción.

Mas, aparte de que las consideraciones de comodidad profesional son de un orden muy secundario—y muy transitorias—frente a la deseable perfección de la norma, esta solución era imposible partiendo de un Apéndice incompatible hoy con cualquier trabajo legislativo serio, y en el que no sólo habían de cambiarse algunas normas, párrafos o palabras, sino que debían corregirse y plantearse de nuevo la regulación de muchos institutos y el tono general. Dado el desenfoque inicial, no se trataba, simplemente, de expresar unas mismas ideas con otro lenguaje, sino de un nuevo punto de partida, un distinto desarrollo conforme a otro método, y hasta una sustitución por otras más generales o exactas de las ideas que debían enunciarse. Entonces, la conservación parcial del lenguaje del Apéndice hubiera dado lugar a extraña diversidad de redacción entre unos y otros preceptos, mientras una refacción completa permitía prescindir del estilo barroco, reiterativo, oscuro e ineficaz de la versión de 1926, empleando, por el contrario, un lenguaje más claro, directo y de mayor intensidad normativa.

Piénsese, en otro aspecto, que, tras una modesta revisión del Apéndice, que no hubiera podido borrar sus pecados originales, el texto revisado hubiera seguido pareciéndonos a muchos necesitado de reforma; algo, así, nuevamente provisorio y efímero, cuyo epílogo natural sería su sustitución por otro cuerpo menos defectuoso o por un Código civil general al que poco hubiera podido aportar. Mientras la nueva Compilación, nacida de esa otra tendencia que podríamos llamar maximalista, respetando en cuanto ha podido lo existente, deja convertidas las instituciones de nuestro Derecho en algo inmediatamente aprovechable para una futura codificación, y, presumiblemente, con las naturales imperfecciones

de toda obra humana, no dará lugar, como ocurrió con el Apéndice, a un movimiento unánime en petición de su inmediata reforma.

VIII. LOS LÍMITES DE LA CODIFICACIÓN.

Correlativamente al dilema entre revisión o nueva redacción, quedaba planteado, una vez más, en el seno de la Comisión aragonesa, el problema de los límites de la Compilación por razón de la materia, es decir, de hasta dónde podían llegar las transformaciones o innovaciones que los compiladores introdujeran en las normas e institutos del Derecho foral.

Hay algo evidente, y es que cualquier Cuerpo foral que se apruebe por el órgano legislativo, al tener rango de Ley, vale y deroga lo anterior, por muy divergentes que sean sus normas, y aunque supusieran la práctica supresión del Derecho territorial correspondiente, o, al contrario, una ampliación con preceptos enteramente nuevos y sin enlace con la tradición jurídica del territorio. Huelga, pues, hablar de unos límites puestos a los futuros Apéndices forales por la Ley de Bases del Código civil, desde el momento en que ésta no tiene rango constitucional, y puede ser derogada del mismo modo como se derogan todas las Leyes: por otra.

Las disposiciones (de rango inferior al de Ley) que, de acuerdo con las conclusiones del Congreso Nacional de Derecho Civil, a las que hacen expresa referencia, crearon Comisiones territoriales para realizar la tarea compiladora, no eran demasiado precisas acerca de la naturaleza de los Cuerpos que se habrían de elaborar, si bien el empleo de la palabra «Compilación», como algo distinto y de superior organicidad e importancia frente a los denominados «Apéndices», da idea de que en la mente del estamento ejecutivo las posibilidades eran bastante amplias, y así se desprende especialmente del artículo 3.º del Decreto de 23 de mayo de 1947, a cuyo tenor, «los anteproyectos de Compilaciones de las instituciones forales o territoriales que elaboren las Comisiones *podrán* hacerse tomando por base los actuales proyectos de Apéndice, para llegar a una sistematización adecuada de las instituciones histó-

ricas, teniendo en cuenta su vigencia y aplicabilidad en relación con las necesidades y exigencias del momento presente, adaptándose a la sistemática del Código civil y evitando coincidencias y repeticiones».

En otro lugar dije, hace casi veinte años, que «mientras unos entienden que cada Compilación debe abarcar todas las instituciones forales, creen otros llegado el momento de suprimir aquellas que, aun vigentes, no parezcan de acuerdo con los supuestos sociales y económicos de nuestro tiempo. Optan algunos por redactar un Código, lo más restringido posible, en el que incluso se prescindiera en ocasiones de la pureza del Derecho propio para ir aproximándose, mediante soluciones transaccionales, a los preceptos del Código civil de 1889, y estiman que así, colocando las nuevas normas en un punto medio entre su antiguo contenido y el Derecho común, facilitan el día de mañana la unidad total. No falta quien desee que el trabajo de las Comisiones se reduzca a la traducción ordenada de los textos forales hoy en vigor, ni quien defienda la construcción de un nuevo Derecho que formule, con arreglo a los supuestos actuales, normas inspiradas en los preceptos antiguos». En realidad, dentro de la norma del artículo 3.º citado caben, con mayor o menor esfuerzo de adaptación, todas estas variedades: el Gobierno dejaba a elección de los territorios el talante, estilo, intensidad y extensión de la nueva formulación de su Derecho. Naturalmente, luego la Comisión de Codificación haría, con el proyecto foral, lo que bien le pareciera, y el órgano legislativo podría rectificar, a su vez, desde la primera a la última línea de la labor de los Cuerpos consultivos: poder que, ciertamente, se aprovechó de hecho en beneficio de los Derechos forales, rectificando y restituyendo variaciones del proyecto regional hechas por la Comisión general de Codificación: así, en particular, en cuanto al catalán.

Si, pues, a fin de cuentas, sería Ley cuanto el estamento legislativo aprobase, desde este punto de vista resulta ocioso discutir si la Compilación aragonesa debía o no limitarse a los institutos regulados en el Apéndice, o si podía o no introducir nuevas normas: todo era posible, pues todo podía llegar a ser Ley; le bastaba para ello reunir los votos suficientes.

Desde otro punto de vista, sin embargo, se objetó que una Com-

pilación excesivamente innovadora de los viejos textos no se «ajustaría al encargo recibido». Es decir, no se niega que sea posible teóricamente presentar un anteproyecto, por decirlo así, maximalista, pero se entiende que, en el caso concreto, lo que el ejecutivo había pedido a las Comisiones regionales era algo mucho más modesto, y en particular a Aragón, dadas la vigencia del Apéndice y la existencia previa de una denominada «Comisión revisora», a la que la Comisión compiladora venía a suceder, subrogándose en el mismo cometido de mera revisión.

Esta manera de razonar nacía de una interpretación restrictiva del artículo 3.º del Decreto citado, como si tal precepto se dirigiera a ordenar la mera conservación, en nuevos Cuerpos, de las regulaciones históricas, si bien suprimiendo aquellas incompatibles con «las necesidades y exigencias del momento presente». Mas el sentido de la disposición es otro. Para discernirlo, hemos de partir: a) de la declaración previa del Congreso Nacional de Derecho Civil, donde se plantea el problema de la vigencia, en los territorios de Derecho propio, de «regímenes jurídicos que, por falta de renovación u otras causas, no responden del todo a los supuestos sociales de la vida civil de hoy», bien entendido que en el Código civil «no pueden hallar los territorios forales normas adaptadas a los principios y sistemas en que se inspiran sus respectivos ordenamientos civiles»; y b) de su conclusión primera, en la cual se prevé, como solución última, «un Código general de Derecho civil que recogerá las instituciones de Derecho común, de los Derechos territoriales o forales y las peculiares de algunas regiones, teniendo en cuenta su espíritu y forma tradicional, su arraigo en la conciencia popular y las exigencias de la evolución jurídica y social»; y como programa inmediato, *pero formando parte* de la elaboración de ese Código civil general, «la Compilación de las instituciones forales o territoriales, teniendo en cuenta no sólo su actual vigencia, sino el restablecimiento de las no decaídas por el desuso y las necesidades del momento presente».

Si comparamos el texto de estas declaración y conclusión con el artículo 3.º del Decreto, queda claro que el encargo dado a las Comisiones compiladoras brindaba a éstas una gama latísima de posibilidades, pues si los regímenes forales no responden del todo a los supuestos sociales actuales, está claro que las Compilacio-

nes tenían que provocar esa adaptación, la cual no podía consistir en abandonarse a la regulación del Código civil en lo no previsto expresamente en las normas históricas (puesto que en él no pueden hallar los territorios forales normas adaptadas a sus principios), y entrañaba, por tanto, la elaboración de un nuevo Derecho; y si, por otra parte, el Código general habrá de tener en cuenta las exigencias de la evolución jurídica y social, con ella debían contrastar igualmente las nuevas Compilaciones los preceptos históricos periclitados, para transformarlos. Quedaba, así, a criterio de cada Comisión, a la vista de las viejas normas y de los nuevos supuestos, la orientación definitiva de su propio proyecto.

Ni qué decir tiene que el haber aceptado en 1926 un Apéndice que no fue discutido por los Cuerpos colegisladores, no podía colocar a Aragón en situación de inferioridad frente a las otras regiones españolas que conservaban su Derecho propio.

IX. LOS «NUEVOS» INSTITUTOS.

No constituía exceso, pues, prolongar, en una Compilación, la línea histórica, injustamente interrumpida, a fin de reelaborar las instituciones existentes, de modo que quedasen reguladas ahora como si hubieran podido evolucionar regularmente al compás de los tiempos.

Los enemigos del Derecho foral han combatido siempre esta posibilidad de renovación, comprendiendo que si conseguían la fosilización de aquél, a la larga tenían la partida ganada. Algunos de ellos, especialmente apasionados, mantenían que los Derechos forales no podían cambiar en nada, y debían ir desapareciendo conforme sus normas se fueran quedando viejas y fuera de lugar. Y aun los más liberales, sólo consideraban posible la renovación, dentro de institutos conocidos, regulados y practicados hoy, para sustituir alguna norma especialmente inapropiada o perturbadora (por ejemplo, en el Apéndice de 1926, para introducir el derecho de representación en favor de los hijos de hermano). Ideas éstas compartidas asimismo por muchos juristas de las regiones

forales, quienes, por razones de simplificación y comodidad, defendían la inmediata unificación legislativa.

Dejo aparte ahora la distinción entre los partidarios de la unidad de legislación civil y los de conservar los Derechos forales, materia sobre la que ya he expuesto mi opinión más de una vez. El hecho es que, a partir de 1948, reconocidas la observancia y trascendencia de los Derechos forales, y la necesidad de conservarlos, había que formularlos nuevamente, siendo preciso decidir sólo, entonces, hasta donde alcanzaba la posibilidad de modificar las reglas del Derecho histórico.

A mi entender, la pregunta, debidamente formulada, llevaba implícita la respuesta, pues carecía de sentido mantener los Derechos forales, cuyo valor se reconocía por el poder ejecutivo, sin los cambios requeridos por el paso del tiempo, amén de que al hacer eso se dificultaba la transferencia de los institutos territoriales al hipotético Código civil general.

Entiendo, pues, que en los Derechos forales era posible introducir cambios, incluso notables, y así también si tales cambios aumentaban la distancia entre el instituto en cuestión y el Código civil. Con ello, contra lo que pensaban algunos, no se había de dificultar la unificación, a menos que se hiciera consistir ésta en un acercamiento paulatino de los Derechos forales al Código, considerado como una especie de inmejorable arquetipo. No siendo así, el hecho de que, en busca de una regulación más adecuada, más clara o técnicamente más perfecta, el contenido de un instituto de Derecho foral sin correspondencia con el Código se ampliase, o, teniéndola, se apartase más de él, no representaba, para el futuro, ningún obstáculo a la unificación de los Derechos territoriales españoles, la cual no se ha de hacer, precisamente, sacando una especie de imposible media aritmética entre regulaciones opuestas (media que, por lo demás, es matemáticamente posible siempre, cualquiera que sea la diferencia entre los extremos), sino, a lo más, y si no se conserva ninguna particularidad territorial en el futuro Código, eligiendo la que mejor cuadre con los sentimientos, idiosincrasia y circunstancias del mayor número de españoles, y a la vez choque menos agudamente con los del resto. Y para ese supuesto lo verdaderamente importante no es la similitud del instituto foral con el Código civil, sino que aquél

se formule con la mayor perfección, adecuación y actualidad posibles, a fin de que su experimentación en la Compilación foral correspondiente pueda informar con exactitud sobre su virtualidad y conveniencia, y la redacción adoptada servir de patrón a quienes en el futuro redacten el Código general.

Así, pues, incluso esta razón de preparar el camino del futuro Código, y de tener el Derecho propio en condiciones de aportar a él todo lo bueno de sus instituciones, aconsejaba urgentemente proceder en las Compilaciones con la máxima libertad.

Que esto se podía hacer, ha quedado demostrado, tanto en relación al estamento legislativo, cuya voluntad es soberana en la materia, como al ejecutivo, cuyo encargo era amplio e impreciso.

Que esto se debía hacer, parece claro, pues el vecino de territorios de Derecho foral no tiene menos derecho que el de los de Derecho castellano a que le modifiquen una legislación, un traje o una carretera que se le han quedado viejos.

Pensar lo contrario implica concebir los Derechos territoriales como una especie de privilegios regionales, buenos para historiadores y folkloristas, pero con los que hay que acabar tan pronto lo vaya haciendo posible el estado de civilización y progreso del pueblo respectivo.

Si, opuestamente, se piensa, como yo, que entre los Derechos llamados forales y el castellano llamado común la diferencia apenas es más que cuantitativa, se aceptará asimismo que si el Derecho castellano del Código civil ha podido renovarse con entera libertad y sin referencia a lo que antes se practicaba en Castilla, apreciando la conveniencia de la reforma únicamente desde el punto de vista de su utilidad actual o futura, lo mismo deberían poder hacer los compiladores forales en esta su primera oportunidad en doscientos cincuenta años. Y si no tanto, que tampoco lo pedimos, si enunciar reglas o configurar institutos que, aun no existentes como generales en el Derecho antiguo, se estiman justificados por anteriores líneas históricas y por su adaptación a aquellos para quienes los establece la Ley.

X. LA JUNTA DE PARIENTES Y OTROS EJEMPLOS.

Algo así ha sucedido con la Junta de parientes que establece la Compilación foral sobre la base de dos institutos ya tradicionales: el Consejo o Junta de parientes consuetudinario, no regulado por el Derecho escrito y operante en aquellas comarcas aragonesas donde es costumbre el otorgamiento de capítulos, y la intervención de los parientes en diversos actos de régimen económico familiar y sucesorio, con arreglo al pacto, o incluso a algunas disposiciones del Derecho escrito que la establecen para casos concretos, también en el Apéndice de 1926.

Desde un punto de vista de mera *conservación* de nuestro Derecho, en su sentido más estricto de tomar lo existente y ponerlo «en conserva» (como quien introduce en una lata, luego herméticamente cerrada, los melocotones del año), el establecimiento de la Junta de parientes resultaba una herejía: la extensión de un instituto consuetudinario a una parte muy extensa de Aragón, donde es desconocido, alejando nuestro Derecho del Código civil y dando lugar, previsiblemente, a pleitos y cuestiones que de otro modo no se hubieran suscitado. 5

Con una visión más amplia, la cuestión tiene enfoque muy distinto. No se trata sólo—desde luego—de regular la Junta de parientes para aquellas domarcas donde se practica habitualmente, aclarando puntos oscuros de la costumbre. Este pensamiento no era ajeno a la Comisión aragonesa, desde 1935, pero la extensión de la Junta de parientes a partes de Aragón donde no tenía vivencia obedeció, naturalmente, a otro orden de consideraciones: el de la conveniencia del instituto para resolver determinadas situaciones familiares, supuesto que no se trataba de introducir algo enteramente nuevo y desconocido en todo el reino, sino experimentado ya en algunas comarcas o en preceptos del Apéndice; algo que, apareciendo como un producto genuinamente aragonés, y de acuerdo con el espíritu y modo de ser de nuestro Derecho, podía ser extendido al resto de los regnicolas con títulos mucho mejores que los que sirvieron para imponer, por ejemplo, el protutor o el Consejo de familia a los castellanos, y, de rechazo, a los aragoneses.

Por su parte, el Seminario partió tan estrictamente de esta base, que no sólo suprimió el protutor, sino que sustituyó al Consejo de familia por la Junta de parientes en tema de tutela: era lógico elegir, para los aragoneses de las regiones de Derecho escrito, un instituto más próximo a ellos que el copiado del Código civil francés. Se seguía así la presumible evolución del Derecho aragonés, si hubiera podido renovarse. Y se brindaba al codificador castellano un modelo muy español para cuando quisiera aprovecharlo.

La Comisión foral no admitió el cambio del Consejo de familia por el de parientes (con lo que desaparecía una de las justificaciones más palpables de éste), y lo reguló exclusivamente como un órgano llamado a decidir particulares cuestiones cuando lo previeran así la costumbre, el pacto o la Ley. De hecho, en la Compilación se exige el consentimiento o apreciación de la Junta de parientes en unos cuantos supuestos en los que, sin ellos, quedaría sin protección una voluntad presumiblemente débil o coaccionada, o sería preciso un acto de jurisdicción voluntaria, o se iniciaría un litigio, sin que ello represente una intromisión excesiva en zonas reservadas antes al arbitrio particular, sino, o la continuación de la intervención de dos parientes prevista por el fuero, o un suceso de la intervención judicial.

Esta misma justificación es la que aduce la Exposición de Motivos de nuestro nuevo Cuerpo legal. Añadiendo que, supuesta la admisión en él de la Junta, se consideró conveniente que «se insertasen normas sobre composición, constitución, funcionamiento y eficacia; para reglamentarla y para que sirviese de Derecho supletorio, pues la experiencia había demostrado la frecuencia de litigios originados por la carencia de preceptos relativos a esta institución».

En todo caso, no está destinado este trabajo a justificar los particulares institutos regulados por la Compilación desde el punto de vista de su utilidad y eficacia concretas (cuestión ésta de mera apreciación: en la Comisión aragonesa yo no fui de los defensores acérrimos de la Junta de parientes), sino a justificar cómo, supuestas las razones de utilidad y eficacia, era posible cambiar el Derecho aragonés histórico, continuando la línea de su evolución

e incluso introduciendo institutos nuevos, en alguna relación con los ya existentes, o al servicio de ellos.

Como evidentemente cabía y cupo reformar particularidades en la regulación de cada instituto de los tradicionalmente aragoneses, o bien fabricar una normativa para aquellos que, admitidos en Aragón al amparo de la autonomía de la voluntad, y practicados por costumbre en algunas comarcas, carecían de reglas que concretaran sus líneas fundamentales, las condiciones de su ejercicio u otorgamiento, sus consecuencias y efectos, etc. Tal ocurría, por ejemplo, con la sucesión contractual. El Seminario se halló ante una problemática sin resolver, planteada por un instituto en plena vigencia, practicado sobre todo en tierra de capítulos, pero también, aun escasamente, fuera de ella, y que podía prestar en todo Aragón excelentes servicios. El instituto era aragonés, mas las soluciones no podían ser tradicionalmente aragonesas, porque apenas había tradición sobre muchos puntos dudosos. De ahí que los compiladores hubieran de recurrir a la literatura extranjera —alemana y suiza en este caso— para, conocido el elenco de principios y problemas a través de ella, poder formular las reglas que parecían más acordes con el espíritu del Derecho aragonés, dejando resueltas cuestiones que, de lo contrario, hubieran dado ocasión a litigios, y un modelo que podrán aprovechar el legislador castellano o, en general, el español, para cambiar el Código civil o para redactar uno común a toda España.

XI. ESTILO Y CONTENIDO DE LA COMPILACIÓN.

Con estos criterios, la Compilación aragonesa ha llegado a ser un Cuerpo firmemente asentado en la tradición histórica, pero formulado con técnica moderna, y en el cual las instituciones «que conviene conservar» han sido adaptadas a los supuestos vigentes, traduciendo más la eficacia de la norma tradicional que su letra. No es así una colección de venerables reliquias o de restos arqueológicos, expuestos en cerradas vitrinas a la contemplación admirativa de las gentes, sino un Cuerpo de preceptos muy actuales, traduciendo la sustancia de nuestro Derecho de otros tiempos a

planteamientos sociales y económicos, problemas, preocupaciones y modos de vida rigurosamente contemporáneos.

«Las directrices fundamentales que se han seguido en la redacción de la Compilación—dice su excelente Exposición de Motivos—pueden resumirse así: se mantiene la tradicional vivencia y el peculiar entendimiento de la institución familiar aragonesa; se actualiza el ordenamiento, adaptándolo a las necesidades y exigencias económicas y sociales de nuestros días, teniendo en cuenta la importancia que hoy se atribuye a la riqueza mobiliaria y la promoción social de la mujer; se ha procurado una mayor precisión técnica al formular las reglas de Derecho; se han revisado los preceptos que recogía el Apéndice de 1925 y, finalmente, se ha tratado de aproximar ese Derecho especial al Derecho general».

Es lo que pretendían el Seminario y la Comisión: trasfundir la sustancia del Derecho aragonés, más en su espíritu que en su letra, en un Código moderno, eludiendo la pesada hipoteca que supondría el mero catálogo fotográfico de las «instituciones que se deben conservar».

Por eso, la redacción del nuevo Cuerpo legal es enteramente independiente de la de los textos del Cuerpo de Fueros y Observancias: no porque deliberadamente se haya evitado la coincidencia, sino porque dado el casuismo de aquéllos, su vinculación inmediata a la época en que se redactaron, y, en cuanto a las observancias, la formulación de muchas como excepciones al Derecho común romano-canónico, estaban necesitados, al menos, de una generalización que diese a las nuevas reglas la virtualidad normativa y la riqueza de principios que, hasta el presente, habían de ser obra ulterior de la interpretación.

Y gran parte de lo dicho puede aplicarse al Apéndice de 1926, en el fondo simple *excerpta* del proyecto GIL BERGES, del cual ISÁBAL trató de salvar lo más posible, aun a costa de dejar las instituciones simplemente indicadas y a falta de regulación suficiente.

Conviene volver a insistir en esto. El proyecto de 1904 era de lenguaje más bien premioso, detallista en extremo (no supo desligarse del carácter casuista de los fueros, y aun lo acentuó) y poco propicio a la generalización: en particular, su descripción (más que regulación) de las costumbres altoaragonesas es un verdadero da-

guerrotipo. No pocas veces. además, hay en el texto legal apreciaciones o motivaciones de muy escasa relevancia jurídica.

Algunos de los autores del proyecto, y en particular GIL BERGES, a quien se debe fundamentalmente, conocían obras de Derecho francés, que utilizaron para completar el elenco de problemas planteados y resueltos, ciertamente en número notable. Pero al adicionar tantos problemas y soluciones parciales al texto de los fueros, los artículos habían llegado a alcanzar extensión desmedida: por término medio, cada uno la de tres o cuatro del Código civil.

En esto se fijó, sin duda, la Comisión permanente de codificación, cuando, en los años veinte, inició la redacción del proyecto que había de ser Ley. Pero su manera de acortar el trabajo anterior hasta dejarlo reducido a la quinta parte tuvo, aparte la supresión absoluta de las descripciones del Derecho consuetudinario, más de selección y reducción de periodos sueltos que de generalización de unos principios que sólo existían *in nuce*. Tal es la obra de don Antonio MAURA, cuya prosa no es tan frecuente en el Apéndice como generalmente se cree. No faltan, naturalmente, preceptos que debió redactar él, pero la mayor parte son abreviaturas y refundiciones en las que se sirve de las mismas palabras que la redacción de 1904, sólo que elegidas un poco a salto de mata.

En conjunto, el Apéndice, más manejable que el texto de GIL BERGES, era mucho más incompleto, y dado el procedimiento empleado para redactarlo, de muy escasa utilidad con vistas a una ulterior formulación que lo sustituyera.

Los compiladores, desde el primer momento, trataron de redactar un proyecto breve, sintético y claro (me remito a la ponencia preliminar de 1935): por tanto, y aun contra la proclamada y buena voluntad de ellos, sin posible relación con el Apéndice. Sobre todo en los intentos iniciales se observan esas condiciones de brevedad y claridad con gran rigor: pocos párrafos en cada artículo, y a ser posible uno; pocas oraciones en cada párrafo, y siempre en estilo directo. Aun cuando luego hubo que hacer concesiones, la Compilación vigente muestra cómo el propósito se mantuvo en lo fundamental. Tiene ésta doble número de artículos que el derogado Apéndice (aparte las disposiciones transitorias), y, sin embargo, un número de letras en su articulado (prescindiendo de tí-

tulos y subtítulos) prácticamente igual a él. Y pese a que la densidad de ideas y mandatos es triple, el texto es notoriamente más claro.

Es también más susceptible de generalización: más rico en principios generales. Los compiladores estudiaron con gran detenimiento y tuvieron muy presente la casuística: en particular, el Seminario fue en ello sumamente riguroso, y así se explican sus seis o siete años de sesiones. Pero tuvieron buen cuidado de no hacer una obra casuística, sino una con la cual, concebidos los preceptos en términos suficientemente amplios, cupiera resolver todos los casos.

Otra preocupación de los compiladores fue la dogmática. Es patente cómo la Compilación ha vertido las reglas de los fueros y observancias en un sistema de conceptos completamente moderno y vigente. Elaborada con buen conocimiento de la civilística actual, sus preceptos, dirigidos, como es natural, a determinar consecuencias prácticas, responden, sin embargo, a ideas generales bien delimitadas sobre la estructura, naturaleza y función de todas las instituciones y revelan al observador atento la ayuda de un andamiaje dogmático que, desmontado al terminar la obra, sigue mostrando en ella su aportación.

La misma preocupación aparece en la sistematización de los preceptos, realizada muy a fondo y con criterio rigurosamente científico, acaso más visible en el proyecto aragonés que en el de la Comisión de codificación.

XII. EFEMÉRIDES DE LA COMISIÓN ARAGONESA.

Desde que en 1953 inició sus trabajos el Seminario, la Comisión aragonesa operó sobre los datos, materiales y proyectos suministrados por él: por supuesto, con absoluta libertad para cambiar cuanto quiso, que no fue mucho en definitiva, porque a la minuciosidad y documentación del trabajo que le fue presentado, se unió la circunstancia, antes explicada, de concurrir al Seminario algunos de los miembros más conspicuos de la propia Comisión.

El envío de los proyectos (y en su caso informes) del Seminario fue haciéndose, a partir de 1954, por instituciones. La Comisión se

había dividido, para el estudio de las diversas materias, en Subcomisiones, y a éstas fueron pasando los documentos presentados. Las propuestas de las Subcomisiones fueron, a su vez, examinadas y reelaboradas por el pleno de la Comisión, en reuniones que se convocaban luego de haberse cursado aquéllas, con antelación, a los vocales. Hasta 1960 estas sesiones fueron muy escasas, si bien cada una de dos o tres días. Así se fue aprobando, en principio, parte importante de un primer intento de Compilación.

Concluidas totalmente las tareas del Seminario en 1961, con la presentación de un proyecto articulado completo (en parte, como digo, ya examinado por la Comisión), el Consejo de Estudios de Derecho Aragonés convocó, en junio, unas jornadas de estudio, abiertas a todos los juristas aragoneses, en las que, sin discutir el articulado, se examinaron las grandes líneas a que obedecía y los principales problemas de política legislativa que planteaba. Seguidamente, en el curso 1961-1962, la Comisión, en una larga serie de sesiones, reexaminó todo el trabajo del Seminario y de ella misma, modificándolo en diversos extremos, e imprimiéndolo luego con el título de *Anteproyecto de Compilación del Derecho civil de Aragón, redactado por la Comisión de jurisprudencias aragonesas nombrada por el Ministerio de Justicia*, julio de 1962.

Este anteproyecto se repartió entre todos los juristas aragoneses, entre los cuales abrió la Comisión una información pública, no tan concurrida como hubiera sido de desear, pero en la que no faltaron interesantes aportaciones, destacando el estudio realizado por un grupo importante de Notarios y Registradores; análisis detenido de lo más notable del proyecto, que fue impreso, y que se tuvo muy en cuenta en lo sucesivo.

Terminada la información, la Comisión, en la primera mitad de 1963, celebró una nueva y prolongada serie de sesiones, reelaborando detenidamente el anterior anteproyecto a la luz de los resultados de la información pública y de las meditaciones de sus propios miembros durante todo ese tiempo, traducidas en un número bastante crecido de razonadas enmiendas. Todos los materiales de estudio se repartieron con antelación, y la discusión fue profunda y viva, en particular en materias que habían sido objeto de impugnación por los concurrentes a la información pública. Tanto en este periodo de sesiones como en el anterior, el papel

principal, entre los impugnadores de diversos puntos del proyecto, correspondió al Registrador de la Propiedad (hoy jubilado) y colaborador de esta REVISTA, don Manuel BATALLA, competente, agudo e incisivo civilista, con larga y brillante historia profesional, a quien la Compilación debe cambios de importancia. Sus oponentes habituales fueron el Notario (también jubilado hoy) PALÁ MEDIANO, científico profundo, y de tanta experiencia jurídica como amor al Derecho de su tierra, y LORENTE SANZ, de quien hablo luego.

Quede claro, no obstante, que las discusiones sobre cuestiones de principio, siempre en un clima amable y todos con deseo de acertar, se concretaron a pocos institutos—la Junta de parientes, la tutela y ciertas cuestiones de régimen matrimonial, sobre todo—, mientras en los demás las divergencias versaron sobre extremos secundarios, siendo asimismo bastantes las enmiendas y observaciones en las que no se produjo discrepancia, al aceptarlas la Comisión por unanimidad.

Desde su reforma y nueva etapa, en 1948, la Comisión fue presidida por los sucesivos presidentes de la Audiencia Territorial, uno aragonés, don José MILLARUELO (q. e. p. d.), y dos foráneos, don Ginés PARRA y don Jesús RIAÑO. Los tres dirigieron las discusiones con altura y discreción; estudiaron las ponencias; apartaron ideas y se identificaron con el Derecho aragonés: el segundo hasta el punto de pedir y obtener, por residencia, la vecindad civil aragonesa.

Secretario de la Comisión lo fue el profesor MARTÍN BALLESTERO, fiscal y civilista, foralista por raigambre y vocación, que intervino activamente en las discusiones y enmiendas, y, en particular, determinó la reintroducción del consorcio foral.

Resultado de la última y definitiva serie de sesiones (más la revisión de una Comisión de estilo, limitada a cuestiones gramaticales), es el anteproyecto definitivo, que se envió a la Comisión de codificación, y fue impreso en julio de 1963.

En conjunto, ese anteproyecto sigue siendo, en esencia, el primitivamente presentado por el Seminario, al que la Comisión aragonesa dio mayor aspecto práctico frente a cierto exceso doctrinal, perfeccionando numerosas cuestiones de detalle y cambiando alguna regulación de principio, acaso—esto es opinable—no siempre con fortuna.

XIII. LA COMISIÓN DE CODIFICACIÓN Y LAS CORTES.

Ya en la Comisión de codificación el anteproyecto aragonés pasó a una Sección especial, integrada por los señores CASTÁN, JORDÁN DE URRIÉS, BONET, PELAYO HORE y CABANAS, a la que se añadió, como vocal foral, LORENTE SANZ. La elección de vocal hecha personalmente por el Ministro ITURMENDI, fue muy afortunada: LORENTE, foralista y civilista de la generación del Apéndice, con larga práctica en la Administración y en el foro, autor de buenos trabajos científicos y comentarista de jurisprudencia en el Anuario de Derecho aragonés, había compartido la labor de las anteriores Comisiones, y muy asiduamente la del Seminario, por lo que su conocimiento del articulado a discutir era profundo y de primera mano, como coautor del mismo.

En principio, no me parece que la amplitud con que el proyecto aragonés estaba expuesto a la iniciativa de la Comisión general de codificación, como luego del órgano legislativo, correspondiera enteramente al espíritu del Congreso Nacional de Derecho Civil. Estimo que Leyes que exclusivamente habian de gobernar el antiguo reino de Aragón, no debían ser redactadas, en última instancia, en Madrid, y considero que el procedimiento adecuado hubiera sido actuar los órganos centrales (aparte su colaboración y asesoramiento, tan valiosos) en función de censura, para hacer observaciones y rectificaciones que condicionasen la conversión del proyecto en Ley, pero conservando la Comisión aragonesa la posibilidad de rectificar o retirar su proyecto, de modo que éste, en definitiva, sólo pudiera ser aprobado o reprobado en bloque.

No fue así, si bien la Sección especial de la Comisión de codificación puso muy buena voluntad en su trabajo, y no introdujo demasiadas alteraciones sustanciales en el anteproyecto. Tuvo incluso la atención de permitir al vocal foral la consulta con foralistas aragoneses sobre las cuestiones más arduas o aquellos cambios que ofrecían mayores dudas, de modo que no sólo una representación (siquiera oficiosa) aragonesa estuvo bien informada del curso de los trabajos, sino que pudo presentar contrapropuestas y sugerencias, reproducidas y cursadas en seguida a todos los miembros de la Sección especial por su Secretario, y aceptadas en parte.

Finalmente, terminada la revisión del proyecto aragonés, y formulado por la Sección el suyo, esa representación pudo conocerlo e informar sobre él: de los consultados, cuatro enviaron extensos informes a la totalidad en el último trimestre de 1965, que, igualmente reproducidos y repartidos, se tuvieron muy en cuenta en la redacción definitiva del texto de la Sección, sobre el que influyeron manifiestamente.

En dicho texto aparecen recortadas las disposiciones preliminares de la Compilación, disminuyéndose el alcance de la costumbre y el principio *standun est chartae*; se atenúa un tanto el papel de la Junta de parientes; se suprimen innecesariamente unos cuantos preceptos, o partes de ellos, introduciéndose otros tampoco muy necesarios (ciertamente, alguno a sugerencia de los foralistas consultados); se mejoran técnicamente no pocas normas, haciéndolas más comprensivas o concretando mejor su efecto; se estropea alguna, a veces sin llegar a comprender bien su alcance; se altera el sistema con dos fallos que me parecen graves en la que se llama «sociedad conyugal paccionada» y en las instituciones consuetudinarias; y, sobre todo, se introducen variaciones muy numerosas, de tipo gramatical (o con la pretensión de que sólo fueran eso) en el articulado: variaciones en su gran mayor parte acertadas, y algunas mucho, de modo que el estilo de nuestro Cuerpo legal, por la intervención preponderante de JORDÁN DE URRÍES, alcanza un grado poco común de perfección, y creo que deberá servir de ejemplo para cualquier codificación civil del futuro. Es de lamentar, en este aspecto, algún cambio introducido por la Comisión de Cortes, que lo empeora: por ejemplo, frente a la rotunda expresión del artículo 4.º del proyecto, según el cual «el matrimonio causa mayoría de edad», el texto de la Compilación aprobado vuelve a otra redacción más larga y premiosa.

Antes de mediar el año 1966, formulado por la Sección especial el proyecto definitivo, pasaba al pleno de la Comisión. En él se presentaron escasas enmiendas, y aprobado prácticamente el de la Sección, se cursó al órgano legislativo.

En conjunto, el articulado de la Comisión de codificación es, a mi entender, superior al de la Comisión aragonesa (como el de ésta, tomado igualmente en conjunto, mejora al del Seminario; es lógico, aunque en bastantes casos concretos no ocurriera así).

Los errores de la Sección son inferiores a sus aciertos, y aun aquéllos, no son todos exclusivamente suyos. Es lástima que una nueva intervención de la Comisión aragonesa no hiciera posible, respetando los progresos, eliminar algunas tachas sobre las que incluso con facilidad hubiera cabido acuerdo entre ambas Comisiones.

Aparecido en el *Boletín Oficial* de las Cortes el proyecto, tampoco las enmiendas fueron muchas. Acaso un plazo más amplio para formularlas—que no hubiera sido injustificado, dada la extensión, complejidad y trascendencia de este Cuerpo legal—hubiera permitido a los foralistas aragoneses, a través de los Procuradores, enmendar algunos criterios de la Comisión de Codificación. De hecho, la ponencia—y así lo manifestó en diversas ocasiones uno de sus miembros, confidencialmente—mantenía una actitud de gran apertura, que por la indicada rapidez no pudo ser debidamente aprovechada.

Es posible que a esas alturas hubiera tenido también eficacia una información pública, o al menos una audiencia a la Comisión aragonesa: en ésta se podía hacer labor colectiva, mientras las sugerencias a los Procuradores no siempre representaban puntos de vista mayoritarios.

En el pleno de la Comisión de Cortes la discusión fue breve: tan sólo dos sesiones. Aparte otras cuestiones de menor importancia, el debate se centró sobre el tema de la sucesión contractual fuera de capítulos matrimoniales, punto en el cual la mayoría mantuvo el criterio permisivo del proyecto aragonés (compartido por el de la Comisión de codificación, pero no por la ponencia), llegándose a una solución llamada transaccional, por iniciativa (convenida con algunos juristas aragoneses) del Notario aragonés Alberto BALLARÍN, gran defensor de todo el proyecto regnícola: se permite el contrato sucesorio fuera de capítulos exclusivamente entre parientes en cualquier grado. De hecho, esta fórmula salva todo lo fundamental de las aspiraciones aragonesas, pues el Fisco impedirá prácticamente la contratación entre extraños, la cual, por otra parte, fuera del marco de las instituciones consuetudinarias, no se practica.

Acaso la entusiasta y trabajosa defensa del punto de vista ara-

gonés en este extremo, contra el criterio de la ponencia, hizo descuidar otros también importantes, y en los que la vuelta al criterio de la Comisión foral hubiera representado una mejora.

Son muchos los intervinientes en la Comisión que ayudaron a defender las aspiraciones aragonesas, y a todos debe Aragón reconocimiento. Séame permitido citar en esta REVISTA, fundada en otro tiempo por Registradores de la Propiedad, los nombres de POVEDA MURCIA y LÓPEZ MEDEL.

Mención aparte merece la labor de don José CASTÁN, aragonés de pro, eminentísimo civilista, que colaboró activamente en todas las Comisiones aragonesas desde la de 1935; presidió luego la Sección especial y el pleno de la Comisión de codificación, y en ellas apoyó las soluciones de nuestro—y su—anteproyecto; aportó todo el caudal de sus conocimientos y experiencias para mejorarlo, y veló por la conservación de sus esencias; interviniendo, finalmente, de modo decisivo, en favor de la sucesión contractual fuera de capítulos.

XIV. FINAL.

El objeto de tantos trabajos, desvelos, entusiasmo y amorosa solicitud, ha devenido la Ley 15/1967, de 8 de abril, sobre Compilación del Derecho civil de Aragón. Es, creo, un buen texto legislativo, un ejemplo para otros territorios, una feliz aportación al Derecho español, actual y futuro. Pero también, para quienes en algún modo o grado hemos sido protagonistas de su elaboración —y eso ya no es fácil de reflejar en estas páginas—, una aventura de amistad humana, de mutua comprensión, de desinteresada solidaridad. Valía la pena vivirla.

JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO.

La capacidad de las personas, por razón de la edad, en la Compilación del Derecho Civil de Aragón (*)

SUMARIO: I. ANTECEDENTES: 1. Derecho histórico. 2. El Apéndice de 1925. 3. Apreciaciones críticas.—II. TRABAJOS PRE-LEGISLATIVOS: 4. La propuesta del Seminario. 5. El Anteproyecto provisional. 6. La información pública: A) Informe del Colegio Notarial y de los Registradores de Aragón. B) Informe del Colegio de Abogados de Zaragoza. 7. El Anteproyecto definitivo. 8. El Proyecto.—III. LA COMPILACIÓN DE 1967: 9. Sistemática. 10. La mayoría de edad por matrimonio. 11. Emancipación. 12. La edad intermedia. 13. Aprobación de cuentas de administración.

I

ANTECEDENTES

1. *Derecho histórico.*

El fuero *de contractibus minorum*, de 1247, declaró nulas las donaciones hechas por menores; y, como aclaración, añadía: *mi-norem intellige infra quatuordecim annos*.

(*) Sobre el Derecho histórico, proyectos de Apéndice y Apéndice de 1925, *vide* mi anterior estudio *La edad en Derecho aragonés* (en el libro homenaje *A la memoria de don Juan Moneva y Puyol*, publicado por el Consejo de Estudios de Derecho aragonés. Zaragoza, 1954, págs. 341-393), y la bibliografía allí citada. Con referencia a la Compilación, alude a esta materia SÁINZ DE VARANDA en la conferencia pronunciada, dentro del ciclo organizado por el Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, *Las normas en el Derecho civil de Aragón. Derecho de la persona y de la familia* (publicada con las restantes del ciclo, en el *Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*, núm. 26, 1 de julio de 1967; *vide*, principalmente, págs. 55 a 57).

A esta mayoría de edad, fijada en los catorce años, se refieren también, explícita o implícitamente, en la misma Compilación de Huesca de 1247, los fueros 3 *de solutionibus* y 1, 3, 4 y 5 *de praescriptionibus*.

El fuero *ut minor XX annorum*, de 1348, dispuso que los menores de veinte años no pudiesen hacer donación, remisión o liquidación de cuentas a sus tutores, curadores, administradores o procuradores, ni a otras personas, como tampoco enajenar por ningún título—salvo en testamento o codicilo, desde los catorce años—sus bienes inmuebles, sino por propia necesidad y hasta su límite, con autorización judicial. En el mismo año el fuero *de liberationibus* reiteró que los pupilos no podían hacer quita, liberación o absolución, u otro contrato con sus tutores, aunque tuviesen más de catorce años, hasta que cumpliesen los veinte; y que sólo podían hacerlo con el consejo de los dos parientes más cercanos de la rama de procedencia de los bienes y con la autoridad del Juez.

Sin embargo, la observancia única *de contractibus minorum*, al rechazar para los menores la *restitutio in integrum* por gozar del beneficio de ileción por fuero, afirmó: *de consuetudine etas minor est usque ad XIV annos*. En parecido sentido se expresan las observancias única *de privilegio minorum* y 4 *de privilegium absentium*.

Más que derogación de los fueros de 1348 por estas observancias (como entendió ISÁBAL), hay, a mi entender, una regulación un tanto ambigua, difícil de encajar en las directrices romanistas ni en las categorías dogmáticas posteriores. Las observancias—de cuya fecha de vigencia, por otra parte, no se puede responder—señalan el límite final del beneficio de ileción, y a este efecto refieren la mayoría de edad en los catorce años; los fueros de 1348 tratan de una capacidad dispositiva y liberatoria plena, señalándole un límite inicial, y a este efecto fijan la mayoría de edad en los veinte; como clave de coordinación entre ambas edades, los fueros de 1348—en especial el *de liberationibus*—describen la capacidad del *madiae aetatis*, como un mayor de edad en aprendizaje, controlado parental o judicialmente en los actos dispositivos importantes.

El fuero *que los menores de veynte años*, de 1564, dispuso que los menores de veinte años, no casados, no pudiesen contratar ni

obligarse, excepto en capitulaciones matrimoniales, sino con voluntad de sus padres o del sobreviviente de ellos, y en su defecto con consentimiento del Juez. En 1585, el fuero *de las obligaciones de menores de veinte años* declaró que la asistencia de los padres, con cuya voluntad podían obligarse los mayores de catorce años y menores de veinte, se entendiese cuando el padre o la madre no se hubiesen casado otra vez.

Se observa en estos fueros tardíos una mayor extensión del ámbito de actuación en que el mayor de catorce años y menor de veinte necesita asistencia.

Con base en estas fuentes la doctrina regnicola y la jurisprudencia—ésta con algunas contradicciones—entendió que, en Derecho aragonés, la mayoría de edad se adquiría a los catorce años, si bien, conforme a unos patrones diversos de los romanos, esta mayoría de edad no comportaba plena capacidad de obrar.

Hasta los catorce años, en el Derecho histórico, la regla general—con algunas excepciones, como ser testigos en testamento en despoblado (cfr. el fuero 1 *de tutoribus* y la observancia 26 *de generalibus privilegiis*) y reclamar alimentos (MOLINO, PORTOLÉS, VIDIÉLLA)—es la incapacidad; pero el menor de catorce años, incapaz, está protegido por el fuero (cfr. fueros 4 *de donationibus* y 4 *de tutoribus* y la observancia 2 de este título); destaca, en esta protección, el beneficio de ileción (cfr. las citadas observancias *de contractibus minorum*, *de privilegiis minorum* y 4 *de privilegium absentium*). Por lo demás, hay algún indicio en los decisionistas de la posibilidad de habilitación de edad para actos que no fuesen de enajenación de inmuebles, si bien con ratificación solemne, después de cumplidos los catorce años, del contrato celebrado antes.

Desde los catorce años hasta los veinte eran mayores de edad, pero con capacidad imperfecta. La regla general es la capacidad; pero, como excepción, en numerosos actos jurídicos—los más importantes, por otra parte—necesitan la asistencia de los padres o del Juez. Hay como un entrenamiento o aprendizaje para la plena o perfecta capacidad de obrar. A los catorce años extingue la tutela y se tiene—al menos hasta el fuero de 1564—capacidad para los actos de administración (Pedro DE MOLINOS, VIDIÉLLA, Resolución de 27 de enero de 1874, y SS. A. Z. de 27 de septiembre

de 1876 y 30 de junio de 1887; cfr., en contra, S. A. Z. de 28 de febrero de 1860) y acaso también para enajenación de muebles; y desde luego, para otorgar testamento y capitulaciones matrimoniales. Para los actos de disposición se requiere—en condiciones a veces problemáticas y que sería necesario referir a las distintas épocas y fuentes vigentes—complemento de capacidad, pero no suplemento. Prescindiendo aquí de los problemas exegéticos de las fuentes históricas, lo que interesa dejar puntualizado es que quien contrata, quien otorga su consentimiento, es el mayor de catorce años, si bien con asistencia de otras personas (padres, Juez).

A su vez, el mayor de catorce años, menor de veinte, casado, era mayor de edad con capacidad perfecta.

Y el mayor de veinte años tenía también plena capacidad de obrar: *In hoc Regno filius familiis maior 20 annorum quos libest contractus sine licentia patris inire potest... Bona immobilia alienare libere pose* (PORTOLÉS), etc.

2. El Apéndice de 1925.

El Apéndice de 7 de diciembre de 1925, que rigió desde el 2 de enero de 1926 hasta la entrada en vigor, el 1 de mayo de 1967, de la Compilación del Derecho civil de Aragón de 8 de abril de 1967, declaró mayores de edad: 1.º a los menores de veinte años, desde el momento en que contraen matrimonio (art. 10). Unos y otros eran capaces para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones contenidas en el mismo Apéndice (art. 11), y siempre que el Código se refiere a la mayor edad, se aplicará a los aragoneses conforme a esta norma (art. 10, § 2). Sin embargo, para que el casado menor de veinte años, pudiera aprobar las cuentas de tutela o de otra administración, se requería asistencia y conformidad de dos parientes del marido y dos de la mujer, los más cercanos, varones y de más edad (art. 12, §§ 1 y 2). No requeríase, en cambio, tutor, ni prestación de fianza, para la administración del patrimonio del padre ausente (art. 7, § 2).

El tercer párrafo del artículo 12 contenía una norma semejante al artículo 321 del Código civil relativa a las hijas de familia mayores de edad, pero menores de veinticinco años.

La capacidad del *mediae aetatis* estaba regulada en el artículo 13: el soltero mayor de catorce años y menor de veinte podía celebrar por sí toda clase de contratos, pero con asistencia del padre o de la madre, que conservase sobre él la autoridad y, en su defecto, con la de su tutor; no necesitaba tal asentimiento para disponer de sus bienes en testamento. Pero, además, disponía el artículo 3.º, prescripción 3.ª, que si vivía independientemente del padre o de la madre, con el beneplácito de ellos o por otro motivo legítimo, le correspondería la propiedad, el usufructo y la administración de sus bienes, «arregladamente a lo estatuido en este Apéndice y en el Código de comercio acerca de la capacidad para contratar». Y el artículo 4.º autorizaba a la mujer del ausente, mayor de catorce años, a ejercer la administración de su patrimonio sin asistencia de tutor.

La Ley de 13 de diciembre de 1943 fijó en los veintiún años la mayoría de edad para todos los españoles; en este aspecto quedaron modificados los preceptos del Apéndice; pero, acogiendo una de las enmiendas de los Procuradores aragoneses, dejó subsistente lo dispuesto en el artículo 10, 2.º (mayoría de edad por matrimonio) y en el 13 (capacidad del mayor de catorce años y menor, desde entonces, de veintiuno).

3. *Apreciaciones críticas.*

El sistema histórico de capacidad por razón de la edad sólo mereció juicios favorables; «sin pasión que pueda oscurecer el entendimiento—escribía ISÁBAL, y tal apreciación no era insólita—, creo que será difícil hallar en esta materia regulación superior, ni siquiera igual, en acierto, a la de nuestro Derecho».

Saliéndose de las categorías romanas, supo, en efecto, el Derecho aragonés atemperarse mejor a la realidad vital de la naturaleza humana, sin mengua de la seguridad jurídica. El moderno Derecho comparado ofrece hoy, como conquistas de la técnica jurídica, lo que tan sencillamente tenía ordenando nuestro antiguo Derecho; comparándolo con los preceptos del Código civil, decía ORTEGA SAN IÑIGO, que, por extraña paradoja, éstos resultaban anticuados.

El Apéndice recogió en parte el espíritu histórico, aunque ya modificado por la práctica y las concepciones resultantes del Código civil. Verdad es que fijó, como edad de mayoría, los veinte años y no los catorce; pero es igualmente cierto que el concepto y tratamiento de la mayoría de edad—como límite poco flexible y prácticamente unitario entre la incapacidad y la capacidad de obrar—instaurado en el Código, obligaba a elegir, entre los dos hilos del Derecho histórico, la edad de veinte años si no se decidía —y ello era poco compatible con el sistema de «Apéndices»—a prescindir del sistema y concepto del Código, incluso como término de referencia. Así lo entendieron también quienes informaron el proyecto de 1924. En cambio, respecto de la regulación del mayor de catorce años se formuló algún reparo: En los textos —decía, por ejemplo, PALÁ—era capaz, aunque se requiriese vigilancia o asistencia; el Apéndice invierte los términos y, de la lectura del artículo 11, relacionado con el 10, § 2.º, resultará que el mayor de catorce años comenzará su aprendizaje en la vida jurídica por los negocios más complejos, en los que tendrá la iniciativa y la gestión, con la asistencia de determinadas personas que, a la vez, le representarán en los negocios más sencillos; AZPERTIA proponía, en la regulación de esta edad—entre los catorce y los veinte años—la vuelta al Derecho histórico; y VIDAL TOLOSANA observaba que sería un acertijo averiguar la forma en que el mayor de catorce años podría realizar los actos de administración.

La Ley de 1943, en su significación más honda, constituye (prescindiendo de la trascendencia práctica que pueda suponer la fijación en veintiún años de la edad de mayoría) una ofensa grave para Aragón y su ordenamiento. Referido a Aragón el preámbulo resultaba un puro contrasentido, pues, al calificar de «premio a la juventud» el adelantamiento de la mayoría de edad, su retraso constituía, evidentemente, un castigo; las enmiendas presentadas y los votos particulares formulados, rebatieron irremisiblemente todos los argumentos de la ponencia, pero ésta prevaleció al fin y se fijó la mayoría de edad, también para Aragón, en los veintiún años. Los estudios que se están realizando—y de los que dio noticia la prensa diaria del pasado 20 de diciembre de 1967—para un nuevo adelantamiento de la edad de mayoría, demuestran lo desconsiderada e injusta que fue para Aragón, en este punto, la Ley

de 1943. En cambio, prevaleció la enmienda relativa a la mayoría de edad por matrimonio y a la capacidad del mayor de catorce años.

II

TRABAJOS PRE-LEGISLATIVOS

4. *La propuesta del Seminario.*

He aquí cómo propuso el Seminario de la Comisión compiladora que se articulase la regulación de la capacidad de las personas por razón de la edad:

«Artículo A. *Mayoría de edad.*—Además de los que han cumplido veintiún años, son mayores de edad los que contraen matrimonio válido».

Con ello el Seminario, partiendo de la intangibilidad de la Ley de 1943, conservaba la mayoría de edad por matrimonio, tan justificada en el Derecho histórico, como en la naturaleza de las cosas, tan beneficiosa en la práctica, y tan alabada en la doctrina.

Lo más discutido y ponderado en esta materia fue si convenía especificar o no el alcance—a efectos civiles, a efectos de Derecho privado, a efectos civiles, mercantiles y administrativos—de la mayoría de edad por matrimonio. Finalmente, se entendió que, sin perjuicio de su aclaración en la Exposición de Motivos, no especificando nada el texto legal significaba que su alcance era el mismo que el de la mayoría de edad por cumplimiento de veintiún años, tal como lo delimita la Ley de 1943.

La inclusión del calificativo «válido» para el matrimonio determinante de la mayoría tenía por objeto, principalmente, impedir la aplicación de la regla 3.^a (2.^a, después de la reforma de 1958) del artículo 50 a quienes lo hubiesen contraído con infracción del 45, ambos del Código civil.

No se reprodujeron en la propuesta normas de limitación o excepción equivalentes a las contenidas en el artículo 12 del Apéndice, por entender el Seminario que no era necesario: las correspondientes a los dos primeros párrafos, porque, sin necesidad de

una expresa remisión, ya resultaba del artículo D; y la del tercer párrafo porque el artículo 321 del Código civil, reformado por su Ley general, regiría también con independencia del reenvío expreso.

«Artículo B. *Emancipación*.—La emancipación, con los demás requisitos y todos los efectos con que la regula el Código civil, podrá ser concedida a los aragoneses que tuvieran catorce años cumplidos.

El menor de edad, mayor de catorce años, que, con el beneplácito de sus padres o mediando justa causa viva independiente de ellos, conserva la administración de todos sus bienes».

Fue este artículo B el más discutido en el seno del Seminario: llamaba la atención que se regulase una institución absolutamente extraña al Derecho aragonés y, en cambio, en condiciones distintas a las reguladas en el Cuerpo importador. Pero una consideración atenta de la cuestión mostró que la razón de que el Derecho aragonés jamás hubiese acogido la emancipación era—aparte su correlación con la patria potestad—*que no la necesitaba*: si se alcanzaba la mayoría de edad a los catorce años, ¿para qué la emancipación?... Así, la misma explicación lógica de su exclusión en el Derecho histórico venía a aconsejar su inclusión desde el momento en que se había retrasado hasta los veintiún años la edad de mayoría en Aragón: pero su inclusión debía ser «foralizada», encarnando el espíritu del sistema histórico, lo cual daba por resultado la norma contenida en el primer párrafo de este artículo B: Si en Aragón se era mayor de edad a los catorce años, y por esto no existía emancipación; si al retrasar la edad de mayoría a los veintiuno ya tenía razón de ser la emancipación en nuestro Derecho, lo lógico era que se pudiese conceder a los que tuviesen catorce. En cierto modo ya había hecho lo mismo el Apéndice con la llamada «emancipación tácita» (art. 3.º, 3), recogida ahora en el segundo párrafo del artículo B, con lo cual el sistema resultante era hasta más coherente y sistemático.

«Artículo C. *Situación del mayor de catorce años*.—El menor de edad, mayor de catorce años, puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos, con asistencia de las personas mencionadas

en el artículo 13-E (personas administradoras de los bienes de los menores). No se requiere tal asistencia en aquellos actos y contratos para los cuales esta Compilación conceda capacidad al menor.

Cuando exista oposición de intereses, se suplirá la asistencia de los padres conforme al artículo 165 del Código civil, y la del tutor por su sustituto, sin necesidad de aprobación judicial o parental».

Como puede observarse, el Seminario trató de reglamentar con todo cuidado la capacidad del mayor de catorce años, menor de veintiuno, por ser donde podía mejor recogerse la esencia del Derecho histórico y verterla aprovechando la permisión del artículo 3.º de la Ley de 1943.

La cuestión ofrecía dificultades y no resultaba sencillo traducir, dentro de los límites ya impuestos, la verdadera esencia del Derecho histórico. En éste, desde que la *plena capacidad* sólo se reconoce a los sujetos que han cumplido veinte años, concediéndola *restringida*, completada o asesorada, desde los catorce, parece que se haya invertido el sistema: que los sujetos entre catorce y veinte años, en lugar de ser *mayores con capacidad restringida* son *menores con capacidad* ampliada; empero, esto no fue así; como ya observara PALÁ en 1924, si el mayor de catorce años puede hacer todo menos lo que se le prohíbe puede hacer mucho más que si puede hacer sólo lo que se le permite...; como los actos de administración no están especificados en la Ley puede hacerlos si es mayor con capacidad limitada y no puede hacerlos si es menor con capacidad ampliada...

Naturalmente, el Seminario no podía ya configurar al mayor de catorce años, conforme al sistema histórico, como un mayor de edad con capacidad limitada; tenía que, a pie forzado, configurarlo como menor con capacidad ampliada; pero sí que podía recoger el espíritu del Derecho histórico ampliando expresa y nominalmente el número de actos en los que se le anticipaba la capacidad... Esta línea de conducta, sobre estar respaldada por el argumento histórico, lo estaba también, a primer examen, por el argumento lógico, pues, en principio, parece absurdo que el mayor de catorce años, aunque necesite asistencia, puede realizar por sí

los actos más importantes y, en cambio, no puede realizar los más sencillos.

Pese a la fuerza de estos argumentos el Seminario adoptó la resolución opuesta, acogida ya en el Apéndice. Partiendo de que su actuación—asistida—se refiere a los actos y contratos, lo que queda encomendado a sus representantes es la mera administración ordinaria del patrimonio. Pero ello no supone que «se le conceda lo más y se le niegue lo menos», sino que se le llama para lo importante y se le dispensa de lo menudo y cotidiano, que más ha de suponerle molestia que enseñanza y que más supone traba que consideración. En el fondo no es lógico—ni sea éste el fin del Derecho histórico—que el mayor de catorce años administre sus bienes viviendo con sus padres y sí, en cambio, que sea él, asistido de éstos, quien venda o arriende.

Por ello el Seminario terminó—a través de una profunda revisión crítica—adoptando el sistema del artículo 13 del Apéndice.

Por lo demás, el Seminario mantuvo el término «asistencia», que tiene matices diferenciales con el de «consentimiento», utilizado por la ponencia de 1947. Y las personas llamadas a prestar esta asistencia, en lugar de enumerarla, se designaron mediante remisión a las que administran el patrimonio del menor; con tal expediente se hacía innecesario determinar cuándo cesaban tales personas en su función: según el fuero *de las obligaciones de menores de veinte años* la desempeñaban «si se conservan viudos»; la misma fórmula utilizaron los proyectos de 1889 y 1904; el Apéndice y la ponencia de 1947 decían: «si conservas sobre él la autoridad»; pareció al Seminario que, mediante la remisión, la adecuación de la asistencia con la autoridad era completa y se incluía el supuesto de «tutela real».

Siguiendo la línea del Apéndice, se prescindió de la asistencia judicial supletoria que, justificada históricamente, aun en materia familiar, no lo está en nuestros días.

Y se señalaron las excepciones a la necesidad de asistencia mediante remisión a la misma Compilación y al Código civil; en este punto lo más dudoso era si se debía conservar o no, como excepción, la que el Derecho histórico y los proyectos de Apéndice formulaban junto a la testamentificación activa: el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales; finalmente, se decidió no resolver

aquí la cuestión y dejar esta fórmula amplia de remisión a la respectiva *sedes materie* de la misma Compilación y al Código civil.

Se previó y solucionó la oposición de intereses en el sentido en que lo había propuesto, como enmienda, a la ponencia de 1947, el vocal señor PALÁ.

«Artículo D. *Cuentas y finiquito de la administración.*—El que no haya cumplido veintiún años sólo puede aprobar las cuentas de administración de sus bienes y dar finiquito de las responsabilidades derivadas de la misma con la asistencia y asentimiento de los padres, si viviesen ambos, y del consejo de parientes en los demás casos».

Se mantenía, mediante este precepto, la tradicional excepción a la capacidad del que había alcanzado anticipadamente la mayoría de edad por matrimonio: el menor de veintiún años, casado, se supone que tiene capacidad negocial, pero no experiencia e independencia de juicio frente a quien posiblemente lo ha tenido consigo desde niño; por eso el fuero *de liberationibus* se justifica con aquel proemio: «*Ad removendas fraudes et deceptiones que frequenter per tutores...*», etc. Pero, al mismo tiempo, la norma significaba (para los restantes mayores de catorce años, un matiz complementario y diferencial de la asistencia dispuesta en el artículo anterior); y quedaba referido al caso de tutela, pero incluida la real.

El fuero *de liberationibus*, no contradicho en esto por el *ut minor XX annorum*, llamaba a los dos parientes más próximos de la rama de procedencia de los bienes, y exigía autorización judicial. Los Proyectos de Apéndice no contenían esta norma. El Apéndice, en el párrafo 1.º del artículo 12, se remitía al tercer párrafo del artículo 58 (dos parientes del marido y dos de la mujer, varones, los más cercanos y de más edad); ello había merecido alguna objeción: en primer lugar, como este tercer párrafo del artículo 58 hace el llamamiento proveyendo al supuesto de que estuviesen «fallecidos todos los ascendientes», aquí se prescindía de los padres, sin motivo que lo justifique y en hipótesis posibles de administración especial de bienes determinados por parte de un tercero; en segundo lugar, no parece justo, ni adaptado a las corrientes legislativas actuales, prescindir de las mujeres que, ade-

más, en muchas ocasiones, son las que mejor conocen el trasfondo de la administración extinguida. La ponencia de 1947 había optado por la asistencia de la Junta de parientes, fórmula que tampoco parecía adecuada al supuesto de vivir los padres y existir, no obstante, administración especial de bienes determinados.

Con la fórmula del Seminario, si vivían ambos padres, ellos eran los llamados a asistir al hijo menor de veintiún años en el finiquito de cuentas del administrador; en el caso de faltar uno de los padres, como éste forma parte de la Junta de parientes, con los que fuesen del progenitor ya fallecido, no se precisaba especificación; la simple invocación a la Junta servía igualmente cuando viviese uno sólo de los padres y cuando hubiesen muerto los dos.

5. *El Anteproyecto provisional.*

En su primer Anteproyecto la Comisión compiladora introdujo pocas—pero importantes—modificaciones a la propuesta del Seminario; se regulaba la materia en el título I (*De las personas y de las relaciones entre parientes*), como capítulo I, bajo la rúbrica *De la capacidad de las personas por razón de la edad*. El articulado quedó redactado como sigue;

«Mayoría de edad.

Artículo 4.º Además de los que han cumplido veintiún años, son mayores de edad los que contraen matrimonio válido».

Como se ve, el artículo 4.º es exacta reproducción del que, como A, había propuesto el Seminario.

«Emancipación.

«Artículo 5.º La emancipación, con los requisitos y todos los efectos con que la regula el Código civil, podrá ser concedida a los aragoneses».

No pareció bien a la Comisión compiladora que, al incorporar la emancipación a nuestro ordenamiento—como consecuencia del retraso, en él, de la edad de mayoría—, se autorizase a partir de

los catorce años y se suprimió esta particularidad, sin la cual, por otra parte, no quedaba, a mi entender, muy justificado este artículo 5.º

Con ello, además, se reprodujo de nuevo el contrasentido existente en el Apéndice entre la llamada «emancipación tácita» y la emancipación propia, pues el segundo párrafo del artículo B se llevó, en el Anteproyecto, el artículo siguiente.

«Situación del mayor de catorce años.»

Artículo 6.º El menor de edad, mayor de catorce años, puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos con asistencia de las personas mencionadas en los artículos 14, 22 y 24. No se requiere tal asistencia en aquellos actos y contratos para los cuales esta Compilación o el Código civil conceden capacidad al menor.

Cuando exista oposición de intereses, se suplirá la asistencia de los padres conforme a lo dispuesto en el artículo 165 del Código civil y la del tutor por su sustituto, sin necesidad de aprobación judicial parental.

El menor de edad, mayor de catorce años, que, con el beneplácito de sus padres o mediante justa causa, viva independientemente de ellos, tendrá la administración de todos sus bienes».

Igual que el artículo C del Seminario, más lo que en su propuesta aparecía como párrafo segundo del B.

El artículo 14 trataba de la administración de los bienes del hijo menor y, para desempeñarla, llamaba a la persona designada por aquel de quien el menor hubo los bienes; al padre y a la madre que conserven la autoridad familiar, respectivamente para los bienes de abolorio paterno y materno; y a los padres, como función aneja a la autoridad familiar, para cualesquiera otros bienes.

El artículo 22 se refería a la tutela *ad bona* en los bienes troncales y disponía que correspondía al tutor nombrado por el testador o donante, a los padres que tendrían la administración de los bienes troncales del incapaz si éste fuera menor, y al cónyuge sobreviviente nombrado por el otro cónyuge para los bienes troncales de los hijos menores comunes; en defecto de todos ellos, la sendos tutores para los bienes de abolengo paterno y materno entre los familiares de la línea de donde procedan los bienes.

Y el artículo 24 encomendaba la tutela *ad bona* de los bienes no troncales al tutor de la persona del menor o incapacitado.

«Cuentas y finiquito de la administración.

Artículo 7.º El que no haya cumplido veintiún años sólo puede aprobar las cuentas de administración de sus bienes y dar finiquito de las responsabilidades derivadas de la misma, con asistencia y asentimiento de los padres, si viviesen ambos, y del Consejo de parientes en los demás casos».

También en este artículo la Comisión compiladora acogió textualmente la respectiva propuesta del Seminario (art. D).

6. *La información pública.*

Ultimada la redacción provisional del Anteproyecto en el mes de julio de 1962, el 15 de septiembre siguiente la Comisión compiladora abrió un plazo de información pública «para que las Corporaciones y entidades interesadas y los estudiosos del Derecho aragonés que lo tengan a bien, expongan por escrito las observaciones que crean conveniente formular».

De los varios informes presentados se hicieron públicos el del Colegio Notarial y Registradores de Aragón y el de la Junta de Gobierno del Real e Ilustrísimo Colegio de Abogados de Zaragoza; uno y otro contienen alguna observación al capítulo I del título I del Anteproyecto:

A) El informe del Colegio Notarial de Zaragoza y de los Registradores de las tres provincias aragonesas, que lleva fecha 19 de marzo de 1963, dice, a este respecto, que «las disposiciones del Anteproyecto relativas al capítulo I del título I ofrecen algunos problemas sobre los que nos parece debemos exponer nuestra opinión:

Entiende que no suscita ninguna dificultad el artículo 4.º del Anteproyecto, cuyo contenido es sustancialmente igual al artículo 10 del Apéndice, suprimiendo—y bien, por no ser necesario—el párrafo tercero de éste.

También estima bien suprimido el artículo 11 del Apéndice que, si justificado en su fecha por las controversias de los fueristas sobre el alcance de la mayoría de edad y sus efectos, habida cuenta que para muchos la mayoría de edad no era a los veinte años a los catorce años, después de más de treinta años de vigencia del Apéndice hacía ya innecesario que se reprodujese en el Anteproyecto.

No conociendo la respectiva propuesta del Seminario, este informe dice respecto del artículo 5.º del Anteproyecto: «Dadas las facultades que el Apéndice concedía a los mayores de catorce años no era muy necesario, pero nunca creímos que estuviera prohibida la emancipación en el Derecho actual»; sin embargo, concluye que «no hay inconveniente en que se incluya un artículo que expresamente lo autorice».

La principal objeción se refiere al artículo 6.º del Anteproyecto que «recoge el mismo principio del artículo 13 del Apéndice en su párrafo primero, con dos modificaciones: que el menor mayor de catorce años puede celebrar toda clase de actos y contratos, siendo así que el Apéndice sólo habla de contratos, cosa a la que no ponemos nada en contrario, porque los actos jurídicos que no sean contratos (comparecer en juicio) es lógico que pueda realizarlos con los mismos requisitos si puede realizar contratos; y la segunda modificación es que, así como el Apéndice exige la asistencia del padre o madre que conserve sobre él autoridad, y en defecto de ellos, la del tutor (conste que no se exige autorización del Consejo de familia, sino sólo tutor); en este caso habla de la asistencia de las personas mencionadas en los artículos 14, 22 y 24».

Pues bien, a esta segunda modificación opone los siguientes reparos:

1.º Se sustituye una asistencia clara, expuesta en un artículo sencillo, por una asistencia cuya determinación se expone en cuatro artículos.

2.º Se sustituye la asistencia del padre o la madre por la de la persona de quien el menor hubo los bienes... Si ésta hubiera querido tutelar, controlar los contratos sobre los bienes donados, hubiera dicho sus medidas al efecto. Si no puso condiciones parece

lógico pensar que la asistencia del padre será normalmente superior a la del extraño.

3.º La asistencia de la madre para los actos y contratos sobre los bienes de abolorio materno no exige, al parecer, la del padre.

4.º Se extiende la troncalidad a un extremo al cual el Derecho aragonés no había llegado y se quebranta la autoridad familiar de padre.

También en cuanto a los párrafos segundo y tercero del artículo 6.º del Anteproyecto oponía este informe que eran innecesarios, pues se limitaban a recoger la doctrina del Código civil.

B) El informe de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados se centraba, en esta materia, en el artículo 6.º del Anteproyecto.

En primer lugar, aludía al problema de la capacidad procesal del mayor de catorce años menor de veintiuno.

Se reconoce en el informe que la inclusión en el artículo 6.º del Anteproyecto del término «actos», además de contratos (a diferencia del artículo 13 del Apéndice), ya incluye la capacidad procesal, con las debidas asistencias, porque el proceso está constituido por una serie de *actos* procesales; pero como la cuestión había sido debatida hasta entonces, para que en lo sucesivo no pudiera plantearse el problema, propugnaba el Colegio de Abogados que se incluyera en el artículo 6.º una afirmación explícita de aquella capacidad procesal o que, al menos en la Exposición de Motivos se aludiera al estado de la cuestión en el artículo 13 del Apéndice y a que la palabra «actos» introducida en el 6.º de la Compilación se refería, entre otros, a los procesales.

Se decía también en este informe que el artículo 6.º adolecía «de un casuismo tal que desvirtúa el principio general de capacidad que pretende sentar», y que «las reiteradas remisiones a otros artículos y aun a textos distintos, dificulta su comprensión y la aplicación de su contenido y dejan en la indeterminación la capacidad del aragonés menor de edad, para mayor de catorce años, en determinados actos de la vida jurídica».

Las complejas remisiones no aclaran totalmente la cuestión porque si la persona de quien el menor obtuvo los bienes dispuso

que éste podía enajenarlos por sí, sin más trabas, ofrece la duda de si tal ordenación sería o no válida».

Terminaba el informe esta materia señalando que el artículo 7.º aún añadía dos excepciones más al principio general de capacidad de esta clase de menores, con lo que su facultad de celebrar por sí toda clase de actos y contratos devenía un tanto ilusoria.

7. *El Anteproyecto definitivo.*

Con el resultado de la información pública la Comisión compiladora volvió a estudiar el Anteproyecto e introdujo en él algunas modificaciones; la redacción definitiva está fechada el día de Santa Isabel, Infanta de Aragón, 8 de julio de 1963.

En el Anteproyecto definitivo se reproducen la sistemática y rúbricas del provisional; y, con la misma numeración, se reproducen también los artículos 4.º y 5.º

En el artículo 6.º se introducen dos retoques:

a) La remisión que el provisional hacía a los artículos 14 (administración de los bienes de los hijos menores), 22 (tutela real en bienes troncales) y 24 (tutela real en bienes no troncales), se hace, en el Anteproyecto definitivo, al artículo 14 (cuyo contenido aparece, a su vez, modificado) y el artículo 18 (pluralidad de tutores).

El nuevo artículo 14 llama a la administración de los bienes del hijo menor al padre, y en su defecto a la madre, sin distinguir si los bienes son o no de abolorio ni, en su caso, paterno o materno, y únicamente exceptúa aquellos respecto de los cuales haya ordenado lo contrario la persona de quien provengan.

Y el nuevo artículo 18 se limita a disponer que, cuando se hayan designado varios tutores para un mismo menor por distintas personas, el Consejo de familia resolverá quién de ellos haya de desempeñar la tutela; y que las otras personas designadas tendrán la administración de los bienes adquiridos por el pupilo de quien las nombró. La modificación responde a que, en el Anteproyecto definitivo, desaparece la tutela *ad bona* como apartado sistemático y se reducen a este precepto las normas aplicables.

b) El segundo retoque consiste en añadir a las excepciones de necesidad de asistencia—que en el Anteproyecto provisional eran «los actos y contratos para los cuales esta Compilación o el Código civil conceden capacidad al menor—”el inciso” u otras Leyes especiales». Quedaba con ello incluido, como caso más destacado, el contrato de trabajo.

En lo restante, el artículo 6.º del Anteproyecto definitivo es idéntico al del provisional:

«Situación del mayor de catorce años.

Artículo 6.º El menor de edad mayor de catorce años puede celebrar por si toda clase de actos y contratos con asistencia de las personas mencionadas en los artículos 14 y 18. No se requiere su asistencia en aquellos actos para los cuales esta Compilación, el Código civil u otras Leyes de aplicación general conceden capacidad al menor.

Cuando exista oposición de intereses se suplirá la asistencia de los padres conforme a lo dispuesto en el artículo 165 del Código civil y la del tutor por su sustituto, sin necesidad de aprobación judicial ni parental.

El menor de edad mayor de catorce años que con el beneplácito de sus padres o mediando justa causa viva independientemente de ellos, tendrá la administración de todos sus bienes».

Finalmente, el artículo 7.º suprime la asistencia y asentimiento de los padres, si viviesen ambos, para la aprobación de las cuentas y el finiquito de las responsabilidades por parte del menor de veintiún años, llamando en todo caso únicamente a la Junta de parientes:

«Cuentas y finiquito de la administración.

Artículo 7.º El que no haya cumplido veintiún años sólo puede aprobar las cuentas de administración de sus bienes y dar finiquito de las responsabilidades derivadas de la misma, con asistencia y asentimiento de la Junta de parientes».

8. *El Proyecto.*

La presidencia de la Comisión compiladora elevó el Anteproyecto definitivo al Ministerio de Justicia; éste lo remitió a la Comisión general de codificación, cuya Sección civil, a la que se añadió un vocal representante de la Comisión compiladora, elaboró el Proyecto de Ley y lo presentó al Ministerio; el Consejo de Ministros acordó pasase a las Cortes españolas, cuyo *Boletín Oficial* del 14 de noviembre de 1966 lo insertó en sus páginas, designó la ponencia que había de informarlo, y anunció el plazo de presentación de enmiendas.

Conforme a la nueva sistemática que la Comisión de codificación dio a la Compilación (introduciendo el patrón Libro), la capacidad de las personas por razón de la edad constituye la rúbrica del capítulo 1.º del título 1.º («de la capacidad y estado de las personas») del libro primero (*Derecho de la persona y de la familia*). Está integrado por los artículos 4.º, 5.º y 6.º

El artículo 4.º, con el mismo contenido, se le dio nueva redacción:

«Mayoría de edad.

Artículo 4.º El matrimonio causa mayoría de edad».

Se suprime el artículo 5.º del Anteproyecto relativo a la emancipación; ciertamente, suprimida la particularidad de poder ser concedida a los aragoneses desde los catorce años, resultaba un precepto estéril, como ya apuntaba el informe del Colegio Notarial y Registradores de Aragón (*supra*, 6, A). Por otra parte, su posibilidad queda aludida en el primer párrafo del nuevo artículo 5.º

Con ello, la materia del artículo 6.º pasa a ser, en el Proyecto, la del 5.º

«Del mayor de catorce años.

Artículo 5.º 1. El menor de edad, cumplidos los catorce años, aunque no esté emancipado, puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos, con asistencia, en su caso, de su padre, madre, tutor o Junta de parientes.

2. Cuando exista oposición de intereses, se suplirá la asistencia de los padres conforme a lo dispuesto en el Código civil, y la del tutor por el sustituto, sin necesidad, en ambos casos, de aprobación judicial o parental.

3. El mayor de catorce años que, con beneplácito de sus padres, o mediando justa causa, viva independiente de ellos, tendrá la libre administración de todos sus bienes».

En el primer párrafo se introduce la alusión a la emancipación; y la excepción a la necesidad de asistencia se sustituye por el inciso «en su caso». La remisión a las personas llamadas a asistir se sustituye por la enumeración de éstas, que no coincide plenamente (por lo pronto la Junta de parientes no estaba llamada en el Anteproyecto) y sin especificar si se trata de un orden respectivo a las situaciones (como resultaba de las anteriores redacciones del precepto) o de un orden de prelación.

En el párrafo segundo la remisión al Código se hace sin especificar artículo.

Y del párrafo tercero se suprime el límite final de la edad a que se refiere la norma. Nada empece al contenido de la misma, pero sí a su interpretación, que, literalmente, excluye los actos de disposición, del mayor de edad, por cuanto es también mayor de catorce años.

«Aprobación de cuentas de la administración.

Artículo 6.º El que no haya cumplido necesita, para aprobar las cuentas de administración de sus bienes y dar finiquito de las responsabilidades derivadas de la misma, la asistencia y asentimiento de la Junta de parientes y, en su defecto, autorización judicial».

La diferencia con el Anteproyecto—aparte la redacción—se cifra en la autorización judicial subsidiaria.

III

LA COMPILACION DE 1967

9. *Sistemática.*

El Proyecto fue estudiado y discutido en las Cortes y, con las modificaciones acordadas en el seno de la ponencia, fue aprobado como Ley 15/1967, de 8 de abril, sobre Compilación del Derecho civil de Aragón; su texto se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* del siguiente día 11, comenzando a regir, conforme al artículo 1.º del Código civil, el día 1 de mayo.

La sistemática de esta materia es la misma que la del Proyecto: Libro primero, *Derecho de la persona y de la familia*. Título primero, *De la capacidad y estado de las personas*. Capítulo primero, *De la capacidad de las personas por razón de la edad*.

El capítulo comprende tres artículos: el 4.º (*Mayoría de edad*), el 5.º (*Del mayor de catorce años*) y el 6.º (*Aprobación de cuentas de la administración*).

10. *La mayoría de edad por matrimonio.*

He aquí cómo ha quedado en el texto vigente el tan retocado artículo 4.º:

Mayoría de edad.

Artículo 4.º *Tendrán la consideración de mayores de edad los menores desde el momento en que contraen matrimonio.*

Frente al sistema del artículo 315 del Código civil, en el que el matrimonio produce la emancipación perfilada en el 59 y en la regla 2.ª del 50, en el Derecho aragonés produce mayoría de edad.

Esto es así desde antiguo; de una manera expresa desde 1585 (*fuero de las obligaciones de menores de veinte años*), es decir, desde que se va limitando la capacidad de los mayores de catorce

años menores de veinte (recuérdese su relación con el fuero de 1564, *que los menores de veinte años*); antes, apenas hubiera tenido sentido la salvedad.

El sistema fue conservado por el Apéndice de 1925 e incluso respetado por la Ley de 1943, cuyo artículo 3.º declaró subsistente lo dispuesto en el número 2.º del artículo 10 del Apéndice.

Pero si el contenido de esta norma se ha mantenido en todas las vicisitudes prelegislativas, su formulación ha sido variada; en la propuesta del Seminario y en los Anteproyectos de la Comisión aragonesa la referencia es subjetiva y acumulativa al supuesto de los veintiún años (*supra*, núms. 4, 5 y 7); en el Proyecto se suprime, por innecesaria, la referencia a la mayoría de edad por cumplimiento de veintiún años, y la originada por matrimonio se formula mediante referencia objetiva; desaparece también el calificativo «válido» del matrimonio causativo de la mayoría de edad (*supra*, núm. 8); la Compilación vuelve a la referencia subjetiva en términos menos enérgicos, de simple «equiparación», sin producir el calificativo válido ni la alusión a la mayoría alcanzada por el cumplimiento de los veintiún años.

El vigente artículo 4.º me sugiere las siguientes consideraciones:

a) El sistema de mayoría de edad, por patrimonio está plenamente justificado en el Derecho histórico aragonés; en el plano doctrinal se justifica por el argumento—muy común en la doctrina—de que quien es capaz para uno de los actos más trascendentales de la vida, debe serlo también para otros menos trascendentales y en cierta medida necesarios para el cumplimiento de las obligaciones de estado mediante él adquiridas.

b) El ámbito de eficacia de esta mayoría de edad—relaciones de Derecho público, mercantiles—será el mismo que el de la producida conforme a la Ley de 1943 por el cumplimiento de veintiún años.

c) La supresión de la alusión a la mayoría de edad por cumplimiento de veintiún años merece, a mi entender, juicio favorable; no hacía ninguna falta decirlo para que así fuese, y hasta repugnaba que un texto legal aragonés lo mencionara expresamente.

d) La supresión del calificativo «válido» hace aplicable los artículos 69 y 51 del Código civil. Es decir, que el cónyuge inocente en un matrimonio nulo alcanza mayoría de edad; en cambio, el matrimonio canónico válido, de quien estuviese legalmente casado mediante matrimonio civil, no produce este efecto.

Por virtud del artículo 76 del Código civil, para que se reconozca esta mayoría de edad el matrimonio deberá inscribirse en el Registro civil; una vez inscrito, la mayoría se reconocerá desde el momento de la celebración si la inscripción se solicitó dentro de los cinco días siguientes, y desde la fecha del asiento—en perjuicio de derechos legítimamente adquiridos por tercero—en otro caso. Se aplicarán también normalmente los artículos 78 y 79 del Código civil.

Pero la supresión del calificativo «válido», como requisito necesario y suficiente, puede conducir a la aplicabilidad—y, en este aspecto, me parece una lástima—del artículo 50, 2.º, del Código civil a los contrayentes que contravengan el artículo 45 del Código civil. En realidad, evitar este efecto fue la razón determinante en el Seminario por calificar de válido al matrimonio causativo de mayoría.

e) Con la actual versión—dada por una Ley general—del artículo 321 del Código civil, resultaba innecesario el artículo 12, 3.º, del Apéndice, por lo que la Compilación, con buen criterio, no lo reproduce.

f) Así, las únicas limitaciones al alcance de esta mayoría de edad están constituidas por el artículo 321 del Código civil y por el artículo 6.º de la propia Compilación.

g) Aunque no tenga trascendencia práctica, encuentro incorrecta la expresión, introducida en las Cortes, «tendrán la consideración», en lugar de las empleadas en el Proyecto y Anteproyectos (*son* mayores de edad).

11. *Emancipación.*

Nada contiene al respecto la nueva Compilación aragonesa, como tampoco— pese a la propuesta del Seminario—el Anteproyecto ni el Proyecto.

Sigo pensando que era más conforme al espíritu del Derecho histórico aragonés, y a su adaptación a nuestros días, así como más armónico con el resto del sistema de la Compilación, el que en Aragón se pudiese conceder desde los catorce años.

a) En el Derecho histórico no existía emancipación, no ya por no existir patria potestad (pues autoridad familiar siempre existió), sino por no hacer falta mientras la mayoría de edad se alcanzaba a los catorce años.

b) Desde el momento que la edad de mayoría se retrasa a los veintiuno, la traducción de aquel sistema parece conducir a la posibilidad de emancipación desde los catorce.

c) La denominada en la doctrina «emancipación tácita» se puede alcanzar desde los catorce años; así lo dispone el párrafo tercero del artículo 5.º de la Compilación:

3. *El mayor de catorce años que, con beneplácito de sus padres o mediando justa causa, viva independiente de ellos, tendrá libre administración de todos sus bienes.*

Es decir, que si un padre y un hijo convienen en que éste administre libremente todos sus bienes, para conseguirlo con eficacia jurídica tienen que separarse.

Sin embargo, rechazada la particularidad de que en Aragón se pudiese conceder al menor desde los catorce años es preferible que—como hace la Compilación siguiendo al Proyecto y a diferencia de los Anteproyectos—se prescinda de la remisión expresa al Código civil; para que rijan los artículos 316 a 319 de éste—asi como los artículos 1.º a 4.º y 46 de la Ley del Registro civil y el 176 de su Reglamento—no se requiere, ciertamente, tal remisión.

12. *La edad intermedia.*

He aquí cómo ha quedado regulada en los dos primeros párrafos del artículo 5.º de la Compilación:

Artículo 5.º 1. *El menor de edad, cumplidos los catorce años, aunque no esté emancipado, puede celebrar por sí toda clase de*

actos y contratos, con asistencia, en su caso, de su padre, madre, tutor o Junta de parientes.

2. *Cuando exista oposición de intereses, se suplirá la asistencia de los padres conforme a lo dispuesto en el Código civil, y la del tutor por el sustituto, sin necesidad, en ambos casos, de aprobación judicial o parental.*

La exégesis de este precepto merece los siguientes comentarios:

a) La Compilación mantiene el desplazamiento incoado en el Derecho histórico y consagrado ya en el Apéndice: el mayor de catorce años y menor de veintiuno no es ya un mayor con capacidad restringida o matizada, como en aprendizaje, sino un menor con capacidad anticipada o ampliada, como en preparación; ello significa que la regla general es la incapacidad de obrar y la excepción la capacidad; lo que, a su vez, significa que para las actuaciones no conferidas en el artículo 5.º carece de capacidad de obrar.

Pero con la actual redacción del precepto, estas actuaciones—correspondientes a los padres, a quien le transmitió los bienes por título lucrativo al tutor (cfr. arts. 12 y 15)—se limitan a la mera administración del patrimonio del mayor de catorce años, menor de veintiuno.

Como he explicado, dada la finalidad del sistema, no significa éste que se le conceda capacidad para lo más importante y se le niegue para lo menos, sino que es llamado para hacer por sí, aunque asistido, los actos importantes que resultan, además, formativos para él; y se le dispensa de lo cotidiano y menos interesante a su formación y preparación para la vida.

b) En efecto, frente a la formulación del artículo 13 del Apéndice, ya desde la propuesta del Seminario (y antes en la ponencia de 1947), al término «contratos» se añade el de «actos»; con ello quedan incluidos los negocios jurídicos no contractuales, las declaraciones unilaterales de voluntad y la comparecencia en juicio, punto éste muy debatido con relación al Apéndice.

c) La Comisión de Códigos incluyó en el Proyecto—y así ha quedado en la Compilación—que esta capacidad la tiene el menor

de edad, cumplidos los catorce años, «aunque no esté emancipado». Suprimido, también desde el Proyecto, el artículo 5.º, con este inciso se determina indirectamente la posibilidad de emancipación en nuestro Derecho.

d) Los actos y contratos los celebra el menor; el consentimiento negocial es del menor, y a él debe ser referida la disciplina jurídica del mismo.

La asistencia de otras personas es una especie de *conditio iuris* de eficacia del negocio.

¿Qué entidad jurídica tiene esta asistencia? A mi juicio no se trata de un consentimiento negocial concomitante y complementario del que emite el menor. SÁINZ DE VARANDA entiende que acaso tampoco se identifica con el «asentimiento»; empero, si se admite esto último, quedaría reducida su entidad a que el consentimiento del menor, para ser eficaz, había de ser emitido en presencia de quien le asista y después de haberle oído, pero desvinculado del tenido del Consejo. Sin embargo, el término histórico *con voluntad* parece señalar a la permisión, autorización o aprobación del contenido del consentimiento del menor.

e) La determinación de qué personas hayan de asistir al mayor de catorce años ha sufrido muchas modificaciones en el *iter* pre-legislativo; la Compilación ha adoptado, finalmente, la misma fórmula del Apéndice, pero añadiendo la Junta de parientes.

Ciertamente, las remisiones de los Anteproyectos podían resultar un tanto complejas, según denuncian los informes mencionados (*supra*, núm. 6), pero no me parecen demasiado oscuras o dificultosas y, a mi juicio, se ajustaban mejor al conjunto del sistema patrimonial familiar aragonés. Con el texto vigente resultará que, viviendo los padres, se antepondrá la asistencia de éstos a la de la persona designada por aquel de quien el menor hubo los bienes objeto del acto o contrato en cuestión; que, en vida del padre, asistirá éste en los actos relativos a bienes de abolorio materno, etcétera. Cabría sostener, con todo, que el «en su caso» se refiere a la situación y naturaleza de los bienes objeto de contratación: que «en caso de que haya persona designada por quien transmitió los bienes al menor» asistirá esta persona al menor; «en caso de que el acto o contrato se refiera a bienes de abolorio materno» le asis-

tirá la madre, etc. No creo, sin embargo, que el texto de la Compilación tal como ha quedado promulgado, dé para tanto.

Por otra parte, con la remisión de los Anteproyectos quedaba aparejada la asistencia paterna a la conservación de la autoridad familiar, y por eso no se reproducía la fórmula del Apéndice en este punto; la Compilación ha vuelto al sistema del Apéndice, pero omitiendo tal limitación; entiendo, no obstante, que regirá por vía de interpretación: que, cuando los padres, viviendo, hayan perdido la autoridad familiar, asistirá al menor su tutor.

Por último, no aclara el artículo 5, 1.º, si el orden de los llamados es prelativo, concurrente o electivo; parece que en cuanto a los padres entre si y respecto del tutor no hay problema: se trata de prelación; pero la actuación asistencial de la Junta de parientes—si no prevalece la interpretación del «en su caso» antes aludida—no queda muy clara.

f) Ya desde la ponencia de 1947 se reguló el supuesto—omitido en el Apéndice—de la oposición de intereses. El sistema de la propuesta del Seminario (inspirada en aquella ponencia) ha prevalecido sin más alteración que la supresión (carente de alcance práctico), a partir del Proyecto, del número del artículo del Código.

Asistirá al menor un defensor judicial, caso de oposición de intereses con los padres; el protutor, si lo hubiere (cfr. art. 18, 1.º), y en otro caso el vocal que designe el Consejo de familia (*ibidem*, 2) cuando la persona llamada sea el tutor y tenga intereses contrapuestos. Pero sin necesidad de aprobación judicial o parental.

g) Se prescinde en la Compilación (ya en el Proyecto) de la salvedad contenida en la propuesta del Seminario y en los Anteproyectos—incluso ampliada en el definitivo—de no requerirse asistencia en los actos y contratos para los cuales la misma Compilación, el Código, u otras Leyes de aplicación general, conceden capacidad al menor.

Realmente tal salvedad resulta innecesaria.

h) Es de observar, por último, que en el aspecto formal la rúbrica y el párrafo tercero del artículo 5.º sigue denominando al sujeto de esta situación «mayor de catorce años», pero en el texto

del párrafo primero lo describe como «menor de edad, cumplidos los catorce años»; corrección de estilo introducida también por la Comisión codificadora al redactar el Proyecto.

13. *Aprobación de cuentas de administración.*

La Compilación ha mantenido en esta cuestión el sistema establecido en el Anteproyecto definitivo; he aquí cómo ha quedado el texto vigente:

Aprobación de cuentas de la administración.

Artículo 6.º *El que no haya cumplido veintiún años necesita, para aprobar las cuentas de administración de sus bienes y dar finiquito de las responsabilidades derivadas de la misma, la asistencia y asentimiento de la Junta de parientes o autorización judicial.*

Históricamente, esta norma aparece como una limitación a la capacidad del mayor de edad por tener catorce años o por matrimonio. Es precisamente en 1348, cuando los fueros *ut minor X annorum* y *de liberationibus* comienzan a poner restricciones al mayor de edad que no ha cumplido veinte años, cuando el segundo de los fueros citados prohíbe que los pupilos, aunque hubiesen cumplido los catorce años, hasta los veinte, den cuentas de finiquito y liberación a sus tutores y administradores, sin el consejo de los dos parientes legales y más próximos de la rama de que los bienes procedieran y con la autoridad del Juez. La disposición parece referida a situaciones de orfandad—el fuero habla de pupilos—, pero teniendo en cuenta la coexistencia de la tutela real con la autoridad familiar de los padres, la mayoría de edad en los catorce años, y que la llamada a los parientes no está especificada sino por criterios de proximidad y troncalidad, bien puede referirse el fuero, forzando su directa intención, al consejo del padre o de la madre y de otro pariente de la misma rama.

Cuando la mayoría de edad se desplaza a los veinte años esta norma quedó constituida en excepción a la capacidad de obrar del mayor de edad por matrimonio, pero menor de veinte años; sin

embargo, al propio tiempo, se convierte en particularidad de la capacidad del *mediae aetatis* en los casos posibles en que cesare la administración antes de alcanzar la mayoría de edad. Con todo, ya se comprende que el supuesto normal de aplicabilidad es el de tutela por carecer el menor de padres, y mayoría de edad por matrimonio anterior al cumplimiento de veinte años.

Así fue recogida en el Apéndice: como excepción a la capacidad del mayor de edad por matrimonio (párrafos primero y segundo del artículo 12; su misma situación sistemática y el inciso «aunque haya contraído matrimonio», así lo evidencian) y, de rechazo, como complemento a la asistencia del tutor, en defecto de padres (artículo 13), si cesaban en su cargo antes de que el pupilo cumplierse los veinte años (veintiuno). Por eso se remite al artículo 58, 3.º, en donde se llama a dos parientes de cada rama y se prescinde de los padres. Es decir, el supuesto normal de aplicabilidad sigue siendo el huérfano sometido a tutela que, antes de alcanzar la edad de mayoría, contrae matrimonio: es mayor de edad, se extingue la tutela y hay que rendir cuentas de ella.

El Seminario, preocupado por los supuestos de tutela real, redactó el precepto en forma que fuese directamente aplicable tanto a los casos de vivir los padres (existiendo, no obstante, administración de bienes a cargo de otra persona) como a aquellos otros en que la tutela respondiese a su falta.

El Anteproyecto provisional siguió la misma línea; pero, tras la información, el definitivo volvió a ceñirse al supuesto de hecho normal: mayoría de edad por matrimonio del menor de veintiún años que, por carecer de padres, ha tenido tutor; por eso, en él se estableció la asistencia y el asentimiento solamente de la Junta de parientes, prescindiendo de los padres. El Proyecto mantuvo el mismo criterio requiriendo, subsidiariamente, autorización judicial. Y la Compilación lo mismo, pero con carácter indistinto.

Ahora bien, tal como ha quedado redactado el artículo 6.º se pueden dar algunos resultados un tanto anómalos, o, por lo menos, no previstos; en particular:

a) Si el menor de veintiún años contrae matrimonio y los padres, administradores de su patrimonio, han dado motivos para tener que rendir cuentas (art. 12), aquél no puede aprobarlas sin

la asistencia y asentimiento de los parientes señalados en el artículo 20, 2.º Es posible que este resultado sea razonable y provechoso, pero dudo que estuviese previsto al redactar el artículo 6.º

b) Cuando en el mismo supuesto (menor de veintiún años que contrae matrimonio y viven sus padres) haya administrado determinados bienes su administrador, nombrado por quien se los hubiese transmitido por título lucrativo (art. 12, 1.º), la rendición de cuentas de éste requerirá la asistencia y el asentimiento, no de los padres, sino de los parientes.

c) Si en vida de los padres cesa por cualquier causa el administrador de los bienes donados o transmitido *mortis causa* por un tercero, el menor de veintiún años—a quien, en los restantes actos o contratos, le asisten sus padres (art. 5.º, 1.º)—necesitará, para aprobar las cuentas, la asistencia y el asentimiento de los parientes.

Todo ello hace pensar que acaso debió adoptarse claramente uno de los dos posibles sistemas: aquel al que respondía, seguramente, el Derecho histórico y el Apéndice y—entonces—ceñir muy precisamente el supuesto de hecho al pupilo carente de padres; o aquel otro que trató de establecer el Seminario y entonces no prescindir en los llamamientos de los padres.

Dos últimos comentarios al artículo 6.º: No parece que la asistencia y asentimiento de la Junta de parientes tenga más entidad jurídica que la asistencia requerida en el artículo 5.º, 1.º; cabría hallar un matiz diferencial en que el asentimiento debe ser positivo y expreso, mientras la asistencia cumple con la mera presencia sin oposición o disentimiento. En otro caso habría que limitar la función de la asistencia del artículo 5.º, 1.º, en la forma ya aludida [*supra*, núm. 12, d)]. Finalmente, el requisito de la asistencia y asentimiento de la Junta de parientes y el de la autorización judicial son—como en otros pasajes de la Compilación—indistintos, no supletorio o subsidiario el segundo del primero.

La esposa administradora en la Compilación del Derecho Civil de Aragón

SUMARIO: 1. La posición jurídica de la mujer casada en el Derecho moderno. 2. Recepción de las nuevas ideas en la Compilación aragonesa.—3. La esposa administradora, tema de este estudio.—4. Régimen matrimonial primario en el Código civil.—5. Régimen matrimonial primario en la Compilación aragonesa.—6. La administración de los bienes matrimoniales en la vida social familiar.—7. Facultades legales de la esposa administradora y sus funciones en el gobierno y dirección del hogar familiar.—8. El sistema aragonés de unidad en la administración y goce de los bienes matrimoniales.—9. Los bienes parafernales y su evolución histórica.—10. Los parafernales del Código civil español.—11. En el Derecho comparado.—12. La administración de los bienes matrimoniales en el Derecho aragonés.—13. Carácter de la administración.—14. La participación de la esposa.—15. En el Derecho comparado.—16. En el Derecho aragonés.—17. Responsabilidad de la esposa administradora.—18. Actos exceptuados de la licencia marital.—19. La administración por la esposa en circunstancias anormales del matrimonio. 20. Administración marital de los bienes propios de la esposa.—21. La facultad concedida a la esposa para recabar la administración de sus bienes privativos.—22. Percepción e inversión de los frutos.—23. Otros problemas.—24. Peligros y daños de una mala administración.—25. La administración en los regímenes convencionales.—26. Juicio crítico y conclusión.

1. La *posición* jurídica de la mujer casada es un tema apasionante que ha producido abundante literatura y ha provocado grandes reformas en el Derecho de familia durante el segundo tercio del presente siglo. La potestad marital y la incapacidad de la mujer casada, instituciones que han llegado al siglo **xx**, se han calificado de anacrónicas, injustas e ilógicas, y se dice de ellas que no responden a la realidad social ni a los nuevos conceptos sobre la dignidad de la mujer y la organización de la familia.

La reacción se muestra en reformas legislativas. Muchos países modifican sus Códigos recibiendo las nuevas tendencias: Bélgica, en 1932 y 1958; Francia, en 1938, 1942 y 1965; Holanda, en 1956; Brasil, en 1962; Canadá (Quebec), en 1964; Japón, en 1947, y España, en 1939 y 1958. Otros países promulgan Leyes especiales sobre el Derecho de familia: Alemania (República Federal), en 1957 y 1961; Hungría, en 1952, 1957 y 1959; Noruega, en 1927, 1930 y 1931; Suecia, en 1920 y 1958; Rumania, en 1954 y 1956; Polonia, en 1964; Checoslovaquia, en 1963; Yugoslavia, en 1946, 1948 y 1955; Rusia, en 1926, 1936 y 1944; Alemania (República Democrática), en 1965; Gran Bretaña, en 1935 y 1964; Dinamarca, en 1925; Finlandia, en 1929, 1948 y 1951; Colombia, en 1932; Cuba, en 1917 y 1950, y Argentina, en 1926. En los Códigos modernos se reciben los nuevos conceptos, y así, en los de Italia de 1942, Grecia de 1940, Túnez de 1956, Guatemala de 1964 y Portugal de 1967.

2. La compilación del Derecho civil de Aragón había de recibir los nuevos conceptos sobre el gobierno de la familia y la capacidad jurídica de la mujer casada en normas que, por tener precedentes y manifestaciones en la legislación y en la vida aragonesas, habían de separarse de las contenidas en el Código civil general, rectificado ya en parte por la Ley de 24 de abril de 1958.

La recepción de las nuevas tendencias ha sido fácil, pues, como se verá más adelante, la mujer casada gozaba en Aragón de una consideración especial y las diferencias de posición jurídica con el marido eran mínimas. Algunas de las normas del Cuerpo legal de Fueros y Observancias se refieren a ambos cónyuges o dicen expresamente que lo que se dispone para el marido es aplicable a la mujer y viceversa.

3. Limitándose este trabajo a la consideración de la esposa como administradora según la nueva ordenación del Derecho civil de Aragón, se examinarán las funciones de ella en el gobierno y dirección del hogar y en la administración de los bienes matrimoniales, de los de ambos cónyuges, dando así un sentido amplio a la palabra administración.

Para explicar e interpretar las normas de la compilación que se refieren al tema propuesto habremos de partir de conceptos

fundamentales y de su evolución histórica, que dividiremos convencionalmente en dos periodos: el de la discriminación, social y jurídica de las personas por el sexo y sus corolarios de la potestad marital, la incapacidad de la mujer, la protección de la esposa, la prohibición de los pactos entre cónyuges y la inmutabilidad *post nuptias* del régimen económico del matrimonio, y el de aplicación del moderno principio de igualdad entre los cónyuges, con sus corolarios de la capacidad de la mujer casada y su colaboración en el gobierno del hogar familiar, bien con funciones propias, bien delegadas por el marido o actuando en sustitución de éste.

4. Las nuevas normas del Derecho civil de Aragón en la materia de este trabajo tienen, como hemos dicho, precedentes en el Derecho del antiguo Reino, y otras, sin tener precedentes en el propio Derecho, responden a necesidades actuales y a las tendencias doctrinales de nuestro tiempo, y han sido trabajadas o vaciadas en moldes contruidos con arreglo a los principios que han inspirado otras normas tradicionales.

Pero, con todo esto, la recepción de las nuevas tendencias en la compilación aragonesa tropezaba con las normas de lo que pudiéramos llamar «régimen matrimonial primario», contenidas en el título IV del libro I del Código civil y más especialmente, por lo que a la materia que nos ocupa se refiere, en la sección 4.^a del mismo título, que lleva la rúbrica «De los derechos y obligaciones entre marido y mujer».

No obstante la contradicción existente entre el primer párrafo del artículo 12 del Código civil y el 5.º de la Ley de Bases, lo cierto es que el título IV del libro I ha tenido vigencia en todo el territorio español desde la promulgación del Código. De las normas comprendidas en la sección 4.^a (arts. 56 al 66), la mayor parte se refiere a los efectos del matrimonio en las personas de los cónyuges. En cuanto a los efectos patrimoniales establecidos en los preceptos que han de constituir la base del régimen económico matrimonial, el único que tiene este carácter es el contenido en el artículo 59, que dispone que el marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal, y tal norma no tiene valor imperativo, puesto que admite, como excepciones a la regla gene-

ral, la estipulación en contrario y lo dispuesto en el artículo 1.384 sobre la administración de los bienes parafernales.

Pero las normas que determinan los efectos del matrimonio en las personas de los cónyuges condicionan y encierran en límites estrechos las relaciones patrimoniales. De aquéllas resulta claramente la posición preponderante del marido y, en su consecuencia, la de subordinación de la esposa: el marido debe proteger a la mujer y ésta obedecer al marido (art. 57); la mujer está obligada a seguir a su marido donde quiera que fije su residencia (art. 58); el marido es el representante de su mujer y ésta no puede, sin licencia de aquél, comparecer en juicio (art. 60); tampoco puede la mujer, sin licencia o poder de su marido, adquirir a título oneroso o lucrativo, enajenar sus bienes, ni obligarse, salvo en los casos y con las limitaciones establecidos por la Ley. Fuera de la sección 4.^a otras disposiciones del Código, también de carácter imperativo, completan el régimen matrimonial primario y son aplicaciones del principio de subordinación de la esposa (arts. 1.315, 1.319, 1.320, 1.334, 1.338, 1.387, 1.394, 1.444, 1.458 y 1.716). La doctrina y la jurisprudencia han atenuado el rigor de una interpretación estática o histórica de los preceptos citados. Y por otra parte, la misma jurisprudencia ha extendido a los llamados territorios forales algunas de las citadas normas del Código no comprendidas en el título IV del libro I.

5. Los redactores de la Compilación aragonesa hubieron de plantearse el problema de desarrollar en el nuevo texto legal el principio de igualdad o paridad entre los cónyuges que ha sido recibido en las Constituciones modernas y aplicado en las Leyes civiles de muchos países. La aplicación del principio de igualdad no hubiera sido difícil. En el antiguo Cuerpo legal de Fueros y Observancias no aparece precepto alguno que establezca la subordinación de la esposa con la institución de la potestad marital y sus secuelas del deber de obediencia y de la interposición de la licencia como regla general para todos los actos jurídicos de la mujer. Las limitaciones que producía el matrimonio, no ya en la capacidad jurídica, sino en el poder de disposición sobre los bienes matrimoniales, se referían a ambos cónyuges que habían de actuar conjuntamente o uno de ellos con el consentimiento del otro.

La paridad entre cónyuges aparece en las mismas rúbricas de los textos forales. La rúbrica *Ne vir sine uxore; aut uxor sine viro alienare potest* corresponde a los fueros promulgados por Jaime I en Huesca, año 1247, y el segundo de ellos dice: «*Statuimos quod vir sine uxoris assensu, nec uxor sine assensu viri sui possint alienare bona eorum*». Las Observancias que establecen los requisitos para la enajenación por el marido de los bienes muebles y de los inmuebles en los que la mujer ha de tener viudedad, llevan la rúbrica general *Ne vir sine uxore, vel e contra, possit alienare*. La Observancia 5.ª, *De donatiunibus*, después de disponer que, según uso del Reino, la esposa puede dar entre vivos o dejar en testamento sus bienes a su marido sin consentimiento de los próximos parientes, añade: «*et similiter vir suae uxori*». El fuero único, *De rebus, quas morta prima uxore, vir debeat, recipere ante partem* (Jaime II, Aragón, 1.307), rectifica un fuero anterior, con el argumento de que «*Non est aequum, vel rationabile, quod vir et uxor ad tantam imparitatem debeant iuducari*». En el fuero 3.º, *De tutoribus* (Juan II, Calatayud, 1461), después de disponer que «*la muller tutriz relictá de sus fillos en el testament o codicillo de su marido, pueda administrar la tutela aunque se case*, dice: «*Aquesto mesmo haya lugar en el marido lexado tutor de sus fillos en el testament o codicillo de su muller*». La paridad se da también en la Observancia 1.ª, *De tutoribus*: «*Observatur quod mortuo viro, vel uxore filiis minoribus datur tutor ratione bonarum quae habent ex parte patris, vel matris defunctae*». La asistencia a los hijos menores se atribuye a los padres conjuntamente o al sobreviviente de ellos según el fuero único: «*Que los menores de veinte años* (Monzón, 1564), *proveyendo a los inconvenientes que resultan de las posturas, contractos y obligaciones que se hacen por los menores de edad de veinte años*». Y la paridad se reitera en la materia disponiendo el fuero único: «*De las obligaciones de menores de veinte años*» (Monzón-Binéfar, 1585), disponiendo con referencia al fuero de 1564: «*Que en quanto habla de las obligaciones hechas con voluntad de sus padres o del sobreviviente de ellos, se entienda quando el tal padre o madre no se hubieren casado otra vez*». Cuando en la Observancia 32, *De jure dotium*, se habla del consentimiento del marido, se da la explicación de que se trata del poder de disposición: «*Item uxor non potest pedere debitan quod ei debebatur*,

nisi eum consensu viri, quod ipse sit dominus et administrator rerum mobilium».

A pesar de los antecedentes históricos expresados y de la generalización del principio de igualdad jurídica entre los cónyuges en todos los países civilizados, los redactores de la Compilación no se atrevieron a desarrollarlo en normas generales que rechazara la aplicación en Aragón de las establecidas en la sección 4.^a del título IV del libro I en el Código civil.

Hallándose en preparación la Compilación aragonesa se publicó la Ley de 24 de abril de 1958 reformando el Código civil. Esta reforma alcanzó levemente al régimen económico matrimonial, pero respetó todo el contenido de la sección 4.^a del título referido. En el preámbulo de la Ley se recibe el principio de igualdad («el sexo no debe dar lugar a diferencias y menos a desigualdades de trato jurídico»; «la familia, por ser la más íntima y esencial de las comunidades, no puede originar desigualdades»); pero, al mismo tiempo, se reitera el «principio de la autoridad marital» por «exigencias de la unidad matrimonial» y como «una potestad de dirección que la naturaleza, la religión y la historia atribuyen al marido dentro de un régimen en el que se recoge fielmente el sentimiento de la tradición católica que ha inspirado siempre y debe inspirar en lo sucesivo las relaciones entre los cónyuges».

En las Compilaciones del Derecho civil de Vizcaya y Alava, Cataluña, Baleares y Galicia no se contienen normas que rechacen los artículos 56 al 66 del Código civil. Excepcionalmente, y conforme a lo ya previsto en el artículo 61, se prescinde de la licencia marital para todos los actos de adquisición, administración, enajenación, gravamen o disposición de bienes de la mujer, de los parafenales y, en caso de separación, de todos los bienes en general (arts. 49 de la Compilación de Cataluña y 4 de la de Baleares). Sin embargo, las Compilaciones contienen normas que rechazan la aplicación en sus respectivos territorios de aquellas otras del Código, de carácter imperativo, que completaban en dicho Cuerpo legal el «régimen matrimonial primario» y que no habían tenido vigencia en dichos territorios; son las que se refieren, principalmente, a la contratación entre cónyuges, al otorgamiento y novación *post nuptias* de las capitulaciones matrimoniales, a la participación en el gobierno del hogar familiar, etc. (arts. 45 de la

Compilación de Vizcaya y 7.º, 11, 20, 21, 22, 23, 24, 31, 44, 61 y otros de la de Cataluña).

Otra Ley, ésta de carácter general, la de 22 de julio de 1961, reconoce «el principio de no discriminación por razón de sexo ni estado», pero lo limita al ejercicio de los derechos políticos, profesionales y laborales y recuerda lo dicho en el preámbulo de la Ley de 24 de abril de 1958 acerca de la necesidad en el matrimonio de una potestad de dirección que se atribuye al marido. Y así, después de establecer que la mujer podrá celebrar toda clase de contratos de trabajo (art. 4.º), dispone que «cuando por la Ley se exija la autorización marital para el ejercicio de los derechos reconocidos en la presente deberá constar en forma expresa, y si fuere denegada, la oposición o negativa del marido no será eficaz cuando se declare judicialmente que ha sido hecha de mala fe o con abuso de derecho».

Con estos antecedentes inmediatos, los redactores de la Compilación aragonesa respetaron el *statu quo* sobre la vigencia en Aragón de los artículos 56 al 66 del Código civil, pero manteniendo las normas históricas que daban mayor libertad a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y los colocaban en un plano de igualdad jurídica; y así estos principios tradicionales de libertad e igualdad han tenido en la Compilación un desarrollo más amplio recibiendo las ideas de nuestro tiempo. Con ello, la figura de la esposa administradora ha adquirido en el Derecho aragonés mayor relieve, extensión y profundidad.

6. Conocidos los precedentes legislativos y puestos en relación con las ideas modernas sobre el Derecho de familia, no podía prescindirse de la realidad social. «La vida del Derecho, dice GURVITCH, se halla ligada a la vida social por relaciones todavía más estrechas e íntimas que las que unen a esta última con la vida moral e incluso con la vida religiosa». Aun no compartiendo esta escala o prelación de valores, pues para nosotros la misma vida social ha de fundarse o asentarse en los principios morales y religiosos, entendemos que a toda nueva ordenación jurídica debe preceder un análisis sociológico. Y para conocer los hechos sociales en la materia que nos ocupa, debemos observar la dinámica de la economía doméstica en los diferentes tipos de familia por medio de

encuestas, estadísticas y estudios económicos. A estos instrumentos o medios de investigación podremos añadir nuestra experiencia personal, el conocimiento directo de la vida en muchos hogares familiares. La economía doméstica es muy variada y corresponde a los diferentes tipos sociales.

La familia obrera vive del salario del marido complementado por los que obtienen a veces la mujer y los hijos que trabajan. Cubiertos hoy en gran parte por la Seguridad Social los gastos extraordinarios de enfermedad y la subsistencia en las situaciones de paro o cesantía, los ingresos de la familia, incluido en ellos el llamado subsidio familiar, se invierten en una proporción elevada en la adquisición de artículos de consumo (alimentos, vivienda, vestido y calzado, educación de los hijos cuando no es gratuita, etc.). La función de la esposa es en este punto muy importante: cuida casi exclusivamente del hogar y de la educación de los hijos, labor que no le deja tiempo para dedicarse a trabajos extra-domésticos; lleva la administración de la casa, y para ello recibe de su marido y de sus hijos la casi totalidad de sus salarios; con ellos atiende a los gastos ordinarios y diarios de la familia y aun a los extraordinarios, de pagos periódicos, por las compras a plazos; y de la *manera* de llevar su casa depende la posibilidad y realidad del ahorro familiar. Con estos ahorros, y de acuerdo con su esposo, dispone la adquisición de bienes que no son de consumo o que tienen mayor importancia (la compra del piso, un vehículo de motor, etc.).

La familia del funcionario modesto o empleado a sueldo funciona en su economía de modo semejante a la del obrero.

En la familia artesana, que muchas veces no necesita de capital, la situación y la vida son muy parecidas. La esposa tiene una mayor colaboración en el oficio del marido y muchas veces lleva las cuentas de su pequeño negocio. A este tipo puede asimilarse la familia labradora que cultiva directa y personalmente sus tierras.

Estos tres o cuatro tipos de familia son los más numerosos y en ellos la función de la mujer en la economía del hogar es preponderante.

La familia que vive principalmente de los honorarios o derechos obtenidos en el ejercicio de una profesión liberal o similar que ejerce el marido presenta varios tipos correspondientes al vo-

lumen, muy vario, de los ingresos de su economía. En muchos de ellos la esposa dirige el hogar, cuida del cobro de honorarios y atiende a los pagos, y aun alguna vez dirige en su aspecto económico el consultorio, despacho o clínica del marido.

En las familias de economía más alta (propietarios, rentistas, comerciantes, industriales, etc.) puede observarse que el marido lleva la dirección y administración de los bienes conyugales, de todos ellos; en tanto que la esposa dirige el hogar con los fondos que previamente y a tal fin le entrega su marido.

Según lo dicho, es casi general la unidad de administración dentro del matrimonio, que tiene un solo presupuesto para una unidad económica que dirigen y gobiernan ambos cónyuges y que, en gran número de casos, administra la esposa.

Es excepcional la administración separada. No es frecuente que la esposa administre sus bienes propios o privativos (los parafernales del Código civil), separados así de los de su esposo y de los comunes; ocurre esto en las grandes casas, que, por el volumen de sus negocios o propiedades, necesitan organizar y mantener una administración separada con sus servicios de dirección técnica y con su propia contabilidad.

Los Códigos decimonónicos no reflejan, ni mucho menos ordenan, esta vida familiar; todo el sistema en ellos está fundado en la preminencia del marido y en la protección de los intereses de la mujer. Claro está que, siguiendo una dirección contraria, tampoco la ordenación jurídica de la vida familiar puede adelantarse a las realidades sociales. Es aleccionador lo ocurrido en Turquía al adoptar en 1926 el Código civil suizo de 1907, adaptado al país turco, en el que hasta entonces regía el derecho musulmán, por una Comisión de juristas; la asimilación ha sido difícil y todavía no es completa porque el Código adoptado, que en el país de origen era conservador y tradicionalista, resultaba revolucionario para Turquía, sobre todo en las materias de capacidad civil, estatuto de la mujer, matrimonio, tutela, etc.

7. Las facultades de la esposa como administradora y sus funciones en el gobierno y dirección del hogar familiar resultan de las Leyes y del contrato o capitulación matrimonial. Pero los pactos nupciales tienen sus límites, establecidos en los Códigos en formas negativas y positivas.

Las formas negativas se manifiestan en normas de carácter general que limitan el principio de la autonomía de la voluntad o libertad de pacto. Así, el Código civil español, después de reconocer en el artículo 1.315 el principio de libertad para estipular en capitulaciones, otorgadas antes de celebrar el matrimonio, las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros, establece en el artículo 1.316 las limitaciones a dicho principio con una prohibición general: «No podrán los otorgantes estipular nada que fuere contrario a las Leyes o a las buenas costumbres (variante del principio general contenido en el artículo 1.255 del mismo Código que prohíbe los pactos contrarios a las Leyes, a la moral y al orden público), ni depresivo de la autoridad que respectivamente corresponde en la familia a los futuros cónyuges». Con esta última limitación se mantiene la posición de desigualdad entre los cónyuges, conforme a las disposiciones contenidas en los artículos 56 al 66 del Código que atribuyen la autoridad al marido e imponen a la esposa la obediencia al mismo.

El Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho civil de Aragón de 7 de diciembre de 1925, después de repetir en su artículo 46 el principio general contenido en el 1.315 del Código, lo acomoda en su artículo 59 al sistema aragonés, que expresa el apotegma *Standum est chartae* (cuyo significado y extensión no se determinan en el Apéndice), y establece como límites particulares para los pactos nupciales los que resulten de prohibición expresa en la legislación aragonesa y las opuestas a los fines esenciales del matrimonio.

La Compilación aragonesa de 1967 reduce las limitaciones de los pactos nupciales a las que resulten preceptuadas en la propia Compilación y rechaza las estipulaciones que sean contrarias a los fines propios del matrimonio (arts. 23 y 25).

La moral, la religión y las normas sociales rechazan la consideración del matrimonio como simple forma de coexistencia o convivencia o como una institución que asegura al marido un poder o autoridad sobre su mujer; y estiman, por el contrario, que la unión conyugal es una comunidad permanente de vida para la consecución de fines, principalmente de orden moral, espiritual, afectivo y social, y también de orden material que imponen a ambos cónyuges el deber de asegurar la subsistencia del hogar con-

yugal y familiar según sus posibilidades y con espíritu de colaboración y solidaridad. Estas ideas han sido recibidas universalmente y pueden estimarse comprendidas en el Derecho natural, cuyas normas limitan la libertad de pacto según el apotegma *Stantum est chartae* desarrollado en el artículo 3.º de la Compilación aragonesa.

Con estos nuevos preceptos, aun manteniendo el sistema de preponderancia del marido que se conserva en la institución de la licencia marital, las formas negativas quedan suavizadas en sus principios y abren paso a normas positivas que disminuyen la desigualdad entre cónyuges, suprimen la llamada incapacidad jurídica de la esposa y dan a ésta una mayor participación en el gobierno del hogar y en la administración de sus bienes.

Las formas positivas de limitación de los pactos matrimoniales se manifiestan en los preceptos que integran lo que se llama «régimen matrimonial primario» o «régimen matrimonial de base», aplicables en todo caso y cualquiera que sea el régimen paccionado.

Estos preceptos son muy pocos en el Derecho de Aragón, según la Compilación de 1967. Del sistema del Código civil serán aplicables los artículos 56 al 66, pero ya hemos advertido que de ellos el 59, que atribuye al marido la administración de los bienes de la sociedad conyugal, no tiene carácter imperativo; y el 61, que establece la licencia marital, admite la posibilidad de que la mujer pueda actuar sin ella en los casos señalados por la Ley.

Los demás preceptos del Código civil, fuera de la sección 4.ª del título IV del libro I, que completan el régimen matrimonial primario, no tienen aplicación a los matrimonios aragoneses por ser opuestos a las normas del Derecho territorial o especial. Contra lo dispuesto en los artículos 1.315, 1.319 y 1.320 del Código, la Compilación en el artículo 26 permite que los capítulos matrimoniales puedan otorgarse y modificarse durante el matrimonio; y el artículo 29 admite la validez de aquellos pactos y declaraciones consignadas en escritura pública, aun fuera de capítulos, por los cuales, a efectos de extender o restringir la comunidad, ambos cónyuges atribuyen a bienes muebles la condición de sitios o a éstos la de muebles. Sancionada con la nulidad en el artículo 1.334 del Código toda donación entre los cónyuges durante el matrimonio, las permite el artículo 24 de la Compilación, que admite, en gene-

ral, la contratación entre cónyuges (contra, el art. 1.458 del Código). El artículo 30 de la Compilación permite al marido dotar a su mujer en la limitación contenida en el segundo párrafo del artículo 1.338 del Código, que concuerda con su propio sistema, pero no con los preceptos ya citados de la Ley aragonesa. Estimamos que es válido entre cónyuges aragoneses el pacto por el cual pueda la esposa vender y gravar sus bienes privativos sin licencia de su marido o habilitación judicial, contra lo dispuesto en el artículo 1.387 del Código general para los bienes parafernales, precepto éste que la jurisprudencia había aplicado a territorios forales singularmente a Cataluña. Los comentaristas del Código civil consideran que la licencia marital es manifestación de la soberanía del esposo y su renuncia depresiva para su autoridad, lo que entra de lleno en las prohibiciones del artículo 1.316.

Pero en el sistema de la Compilación no puede estimarse que la renuncia a la licencia marital o pacto de que la esposa pueda libremente enajenar sus bienes privativos sea contraria a los fines del matrimonio. Concuerda con disposiciones del Código general, ya examinadas, el artículo 1.349, según el cual la renuncia a la sociedad de gananciales no puede hacerse durante el matrimonio sino en el caso de separación judicial; y conforme al sistema de la Compilación, la comunidad conyugal puede disolverse por la voluntad de ambos cónyuges expresada en capítulos matrimoniales (art. 52).

La discriminación o desigual jurídica entre los cónyuges aparece manifiesta en las normas contenidas en el capítulo VI del título III del libro IV del Código general, que lleva la rúbrica «De la separación de los bienes de los cónyuges y de su administración por la mujer durante el matrimonio». Cuando la separación se haya acordado a instancia del marido, subsisten sus facultades como administrador de los bienes del matrimonio, con los derechos y obligaciones establecidos para la vida normal (art. 1.435); si la separación se hubiera acordado a instancia de la mujer, se transferirá a ésta la administración de todos los bienes del matrimonio, cuando el marido haya sido condenado a una pena que lleve consigo la interdicción civil, y la administración de su dote y de los demás bienes que le hayan correspondido en la liquidación de la sociedad conyugal, cuando la separación se haya acor-

dado por haber sido declarado ausente el marido o por haber dado motivos para el divorcio. Pero, además, en los casos expuestos, la mujer (sólo está dispuesto para ella) no puede enajenar ni gravar durante el matrimonio, sin licencia judicial, los bienes inmuebles que le hayan correspondido en caso de separación ni aquellos cuya administración se le haya transferido. Cuando no habiendo lugar a la separación de bienes y, en su caso, a la disolución de la sociedad conyugal se transfiere a la mujer la administración de los bienes del matrimonio, por estar el marido prófugo o declarado rebelde en causa criminal o hallarse absolutamente impedido para la administración y no haber proveído sobre ella, los Tribunales determinarán las limitaciones que estimen conveniente, establecidas por el Código solamente para la esposa administradora.

Las limitaciones que a la mujer casada imponen en los casos expuestos la Ley y los Tribunales, según el sistema del Código, desaparecen en la Compilación por las declaraciones contenidas en los artículos 7.º y 48, que examinaremos más adelante.

Con los preceptos citados de la Compilación aragonesa son muy pocas las normas de forma positiva contenidas en el Código civil aplicables al régimen matrimonial imperativo aragonés. Este queda delimitado en su propio Derecho por las normas de carácter negativo contenidas en los artículos 3.º y 25 ya citados de la Compilación. Son tales preceptos lo suficientemente amplios para que la doctrina y la jurisprudencia los desarrollen en corolarios o aplicaciones que en otros sistemas legislativos de reciente formulación o reforma se han llevado a preceptos positivos dando mayor extensión al capítulo o título que regula los derechos y deberes del esposo, incluyendo entre ellos la colaboración estrecha, la contribución a la subsistencia común y de los hijos, la adquisición, utilización y conservación de los bienes indispensables para la vida familiar y la solidaridad y ayuda mutuas, todo ello en un plano de igualdad.

8. Hasta aquí hemos intentado encuadrar en sus líneas generales el sistema establecido por la Compilación aragonesa para el régimen económico o patrimonial del matrimonio. Las facultades de la esposa como administradora resultarán de las líneas particu-

lares o específicas del régimen legal (en defecto de pacto) y de los diferentes regímenes convencionales.

En el régimen legal aragonés, que es el de la comunidad de bienes muebles y adquisiciones (arts. 37, 38 y 39 de la Compilación), la administración es única para todos los bienes matrimoniales (arts. 48 y 49).

El sistema de unidad de administración es el clásico en el Derecho aragonés. La mujer no tiene bienes reservados ni parafernales, pues todos los suyos se consideran aportados al matrimonio, como los del marido, para levantar las cargas matrimoniales y todos son administrados por éste.

La observancia séptima de las de la rúbrica «*Declarationes monetatici*» dice así: «*Item, si aliqua domina habens et obtinens iura parafernalia de quibus potest facere suas proprias voluntates; si colvet unum morabatinum. Dicendum est, quod in Regno Aragorum, uxor non possit habere bona parafernalia; quia undecumque ei obveniat, eo iure censetur, quo alia bona quae tempore contracti matrimonii habebat maritus suus, et ipsa non tenetur solvere, nisi unum morabatinum; sed si sit extra Regnum, et possit habere bona parafernalia et habeat, tenetur solvere morabatinum.*» Esta observancia no ha sido siempre bien entendida. Digamos, ante todo, que se trata de una norma fiscal referente al impuesto que se llamaba monedaje o de maravedí y que, además, se refiere al régimen matrimonial legal. La definición de los bienes o derechos parafernales contenida en la observancia transcrita corresponde al concepto más genuino; parafernales son los bienes propios de la mujer en los «que puede hacer su propia voluntad», es decir, que administra, disfruta y dispone. La declaración de que la esposa no puede tener en el reino de Aragón bienes parafernales debe entenderse referida, como se ha dicho, al régimen matrimonial legal y no como una norma imperativa que prohíba el pacto por el cual queden fuera de la administración única de los bienes matrimoniales y del usufructo común determinados bienes privativos de la mujer, pues esto sería contrario al principio general de libertad de pacto. Dice luego la observancia que los bienes de la mujer, cualquiera que sea su procedencia, se reputan del mismo derecho que los demás bienes que su marido tenía al tiempo de contraer matrimonio, con lo que

se recuerda una vez más la paridad entre cónyuges y que los bienes de ambos se aportan al matrimonio, aunque cada uno de ellos conserve el dominio de los inmuebles respectivos.

La comunidad de goce de todos los bienes matrimoniales se mantiene en el Derecho consuetudinario francés en los siglos xiii al xiv, y por ello, para la conservación de tal goce familiar, los actos de disposición sobre bienes inmuebles, propios o comunes, han de ser consentidos por la mujer y aun por los hijos. En los antiguos Derechos germánicos no se conocían tampoco los bienes reservados; la comunidad de vida exigía una comunidad o unión en la administración que se expresaba en los Espejos de Sajonia y Suevia con la frase «marido y mujer no tienen en vida bienes separados».

9. El concepto genuino de los bienes parafernales corresponde a su etimología; pero ha variado en el espacio y en el tiempo, perdiendo su carácter de bienes extradotales, dentro del régimen dotal, e introduciéndose en los regímenes de comunidad. Así, en España la Comisión que redactó el Código civil vigente, siguiendo el precedente del Proyecto de 1951, atribuyó al marido la administración de los bienes de ambos cónyuges; luego cambió de criterio y decidió conservar la institución de los bienes parafernales, según resultaba ordenada en las Leyes de Partidas (4.^a, título XI, Ley 17) y en la Novísima Recopilación (Ley 3.^a, título IV, libro X), sistema en el que la mujer conserva el dominio y la administración, pero los frutos forman una sola masa con los demás bienes matrimoniales (conf. arts. 59, 1.382, 1.384 y 1.385 del Código civil).

En otros Códigos la figura de los bienes parafernales aparece como propia del régimen dotal, legal o convencional, y va desapareciendo para ser sustituida por la de los bienes reservados que, establecidos por ley, por pacto o por voluntad del causante o donante, cabe en todos los regímenes matrimoniales, excepto en los de separación, en el que todos los bienes son reservados, es decir, que el dominio, usufructo y administración pertenecen al respectivo cónyuge titular.

La reforma de 13 de julio de 1965 suprimió en el Código de Napoleón el capítulo III del título V del libro III, que regulaba

como convencional el régimen dotal y cuya sección IV trataba de los bienes parafernales, en los que la mujer conservaba todos sus derechos. Reducida la comunidad conyugal en el régimen francés a las adquisiciones, el artículo 1.428, reformado, dispone que cada cónyuge tendrá la administración y goce de sus bienes propios; pero pueden convenir ambos que el marido administrará los bienes propios de la mujer, y para este caso (en virtud de la llamada cláusula de unidad de administración [arts. 1.505 al 1.510, reformados]) entrarán en el activo de la comunidad el goce o usufructo de los bienes propios de uno y otro esposo, y en el pasivo común, las cargas usufructuarias correspondientes. Así, pues, han desaparecido del Código civil francés, como instituciones anacrónicas, la dote y los parafernales.

Prescinde de estas instituciones el Código civil alemán. En el régimen matrimonial ordenado como legal por tal Código, que es el de administración y goce por el marido de los bienes de su mujer (Nutzverwaltung), ésta tiene, no obstante, la administración de su patrimonio reservado (Vorgehaltsgut), al que se aplican las normas establecidas para la separación de bienes (artículos 1.363, 1.365 y 1.371). El patrimonio reservado de la mujer comprende: las cosas destinadas exclusivamente a su uso personal (artículo 1.366); lo que adquiere por su trabajo o por el ejercicio independiente de un negocio (art. 1.367); los bienes reservados en contrato matrimonial (art. 1.368); lo que adquiere por herencia o legado o a título gratuito por acto entre vivos, si el causante o donante determina que los bienes así adquiridos han de integrarse en el patrimonio reservado (art. 1.369), y lo adquirido por subrogación o negocio jurídico que se refiera al patrimonio reservado (art. 1.370). Los demás bienes de la mujer se consideran aportados al matrimonio (*eingebrachtes Gut*), y quedan sometidos a la administración y goce del marido en los términos, con los límites y las obligaciones que se regulan en BGB.

La aplicación del principio de igualdad formulado en la Ley fundamental de la República Federal alemana (la *Bonner Grundgesetz*, de 23 de mayo de 1949) en términos muy amplios (*Männer und Frauen sind gleichberechtigt*) se llevó a efecto por la Ley de 18 de junio de 1957 sobre la igualdad de cónyuges, que modificó totalmente el título V de la sección primera del libro IV («Efectos

del matrimonio en general») y casi totalmente el título VI (I. «Del régimen legal de bienes»), estableciendo como tal el de comunidad de ganancias y enriquecimientos (*Zugewinnngemeinschaft*), intermedio entre el de separación y los de comunidad. No ha lugar en este régimen a la distinción entre bienes propios y adquisiciones ni entre bienes aportados y reservados, ni entre bienes personales y matrimoniales; cada cónyuge rige su fortuna, adquiere, administra, disfruta y dispone de sus elementos de manera autónoma (artículo 1.364), y al cesar la vida conyugal, las ganancias y enriquecimientos adquiridos por ambos esposos se comunican, mediante compensaciones, por mitad (art. 1.363).

También en el Código civil suizo han desaparecido la dote, sustituida por los bienes aportados en el régimen legal, y los parafernales, sustituidos por los bienes reservados de la mujer. Aparte estas diferencias, existe la siguiente, que es fundamental: en el régimen dotal, los parafernales, que administra la esposa, son los extradotales, es decir, los no entregados como dote; en el régimen legal (unión de bienes), los bienes aportados, que administra y disfruta el marido, son todos los no reservados. Los bienes reservados, que administra y disfruta la mujer, como en el régimen de separación, reciben tal carácter de la ley (en normas imperativas que forman parte del régimen matrimonial primario, del contrato de matrimonio y de liberalidades de tercero. Los bienes reservados por la ley son: los efectos destinados al uso personal, los bienes de la mujer que sirvan para el ejercicio de su profesión o de su industria y el producto de su trabajo realizado fuera de su actividad doméstica.

El Código italiano de 1942 mantiene en el régimen legal, que es el dotal, el concepto genuino de los bienes parafernales. Estos son, según el artículo 210, los bienes de la mujer que no han sido constituidos en patrimonio familiar, en dote o en comunidad. Vemos aquí que los parafernales, que se habían manifestado y eran propios del régimen dotal, pueden darse en el régimen convencional de comunidad, limitado en el Código de Mussolini a la comunidad de frutos y adquisiciones.

Así también en el Código civil español, pero con la siguiente diferencia muy importante: en el español, los frutos de los pa-

rafernales son comunes o gananciales; en el italiano (art. 212), la mujer no sólo tiene la administración, sino también el goce.

El artículo 29 de la Constitución vigente en Italia establece el siguiente principio: «El matrimonio ha de ser ordenado sobre la igualdad jurídica y moral de los cónyuges y con los límites establecidos por la Ley en garantía de la unidad de la familia.» Podríamos resumir este principio en el apotegma «la igualdad en la unidad de la familia», entendiendo que la unidad es el *prius*, y la igualdad el *posterius*; la unidad, el principio, y la igualdad, el resultado o el modo de manifestación de la unidad. El principio constitucional, las doctrinas modernas y las reformas introducidas en otros países han provocado en Italia estudios, Congresos, conversaciones, etc., para la reforma del Derecho de familia. En el proyecto que para eco ha presentado el Ministro de Justicia Reale Oronzo se suprime la figura de los bienes parafernales y se sustituye el régimen matrimonial legal, que hoy es el dotal, por el de comunidad de bienes, a la que pertenecerían las adquisiciones hechas después del matrimonio por uno u otro de los cónyuges, excepto las derivadas de donación o sucesión (art. 217), completándose el sistema del régimen nuevo con las siguientes normas: no se hacen comunes los bienes de uno de los cónyuges destinados al ejercicio de una Empresa; cada uno de ellos conserva la titularidad de los bienes que hubiere adquirido antes del matrimonio o que, adquiridos después, no formen parte de la comunidad legal (art. 210), y cada uno de ellos tiene el goce y la administración de los bienes de que es titular (art. 212), debiendo contribuir a levantar las cargas matrimoniales en proporción a sus propias condiciones económicas.

En el mismo proyecto se crea una institución para sustituir a la dote. Recibe la denominación de fondo patrimonial y estará constituido por cualquiera de los cónyuges o por un tercero con bienes muebles o inmuebles y la finalidad de sostener las cargas matrimoniales. Salvo que se hubiera dispuesto otra cosa, el fondo pertenece a ambos cónyuges. Es administrado por el marido de acuerdo con la mujer, y sus frutos han de ser invertidos en la satisfacción de las necesidades de la familia. Si no se ha dispuesto lo contrario, los bienes del fondo sólo pueden enajenarse,

obligarse o vincularse por el consentimiento de ambos cónyuges y la autorización judicial, en caso de necesidad evidente.

10. La institución de los bienes parafernales se conserva en el Código civil español, según se ha dicho, con la modalidad castellana de que sus frutos forman parte del haber de la sociedad conyugal y están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio (art. 1.375). Esta modalidad, tal como se entiende por los tratadistas, elimina ciertos problemas y principalmente el de la determinación de la proporción en que ha de contribuir la esposa al levantamiento de las cargas matrimoniales por sus bienes privativos, parafernales, reservados, no aportados, en los que le corresponde en otros sistemas no solamente el dominio, y la administración, sino también el disfrute o goce. Este, que es el gran problema que se presenta en los modernos regímenes matrimoniales de igualdad, parece eliminado, *prima facie*, en el sistema español, pues en éste todos los frutos de los parafernales pertenecen a la sociedad de gananciales. Pero surgen en este sistema otros problemas. El primero de ellos es el de si han de ser entregados tales frutos al marido como administrador de la sociedad de gananciales (art. 1.412), porque si la aportación al fondo común es modal, es decir, para el levantamiento de las cargas matrimoniales (art. 1.386), ¿*quid* si tales cargas no existen o si, habiéndolas, pueden satisfacerse con una parte de los frutos de los parafernales o si el marido da a éstos otro destino? La jurisprudencia ha resuelto con cierta timidez estos problemas, influyendo seguramente en cada caso sus circunstancias especiales. Las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1902, 2 y 27 de octubre de 1909 y 24 de mayo de 1915 reconocen el derecho del marido a la administración de los *productos* de los bienes parafernales, que no debe confundirse—así se dice—con la administración de los mismos bienes. En alguna de dichas sentencias se añade que la mujer podrá usar de su derecho (¿qué derecho y cómo se ejercita?) si el marido intentara otro destino que el legal a esos productos. Se suaviza aquella interpretación rigurosa en otras sentencias por las que se niega al marido la administración y disposición de los productos de los parafernales cuando, por vivir separado de su mujer y no tener familia, no

hay cargas matrimoniales (sentencia de 8 de noviembre de 1907, 21 del mismo mes y año, 15 de enero de 1917, 27 de octubre de 1909, 18 de noviembre de 1911, 12 de julio de 1929 y 14 de enero de 1928). En alguna ocasión ha dicho el Tribunal Supremo: ninguno de los consortes puede durante la asociación familiar responder privativamente de los productos parafernales ni hacer efectivas deudas contraídas por aquéllos (sentencias de 30 de diciembre de 1915 y 24 de abril de 1928).

No es propio de este lugar un estudio particular sobre los frutos parafernales en el Código civil, pero puede ser útil para la interpretación que más adelante se hará de una norma de la Compilación. Por ello, aunque sea brevemente, seguiremos tratando este problema colateral al tema de nuestro estudio. Creemos que debe ser reconsiderada la obligación que, deducida por la jurisprudencia y los tratadistas del artículo 1.385 del Código, tiene la mujer de entregar a su marido los productos de los bienes parafernales. El artículo 1.401 dispone que son bienes gananciales los frutos, rentas o intereses percibidos o devengados durante el matrimonio procedentes de los bienes comunes o de los peculiares de cada uno de los cónyuges (los propios del marido y los dotedales y parafernales de la mujer). El artículo 1.392 completa y explica el citado antes diciendo que el marido y la mujer harán suyos por mitad, al disolverse el matrimonio, las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges constante su unión. Así, pues, los frutos de los productos parafernales «forman parte del haber de la sociedad conyugal» (artículo 1.385), pero con las limitaciones establecidas en el mismo artículo y en el siguiente respecto a su destino y responsabilidad. Se ha dicho que el artículo 1.386 regula más bien las relaciones entre el marido y sus acreedores, quienes para obtener satisfacción sobre los frutos parafernales por las obligaciones personales de aquél tendrán que probar que redundaron en provecho de la familia (sentencia de 28 de mayo de 1940).

Entendemos que de los preceptos examinados no puede deducirse la obligación de entregar al marido los productos de los bienes parafernales. Ello pugna con el sistema mismo. Ya es extraña por sí misma la situación de una persona que es dueña de determinados bienes, los administra y ha de entregar los frutos

obtenidos a otra persona que administra, a su vez, un consorcio al que aquélla pertenece. Las posiciones jurídicas de los interesados nos llevan a considerar la idea de la necesidad de una rendición de cuentas, que ni presta el marido como administrador de la sociedad conyugal ni la mujer como administradora de sus bienes parafernales. Pero, además, la sujeción de los frutos a las cargas del matrimonio no tiene en el artículo 1.385 antes citado el sentido de responsabilidad—materia que trata el siguiente artículo 1.386—, sino de destino o inversión, que queda limitado al levantamiento de las cargas del matrimonio, que acaso no sean todas las que pesan sobre la sociedad de gananciales (art. 1.408). Y esto podemos verlo comparando la distinta ordenación establecida en el Código para la dote inestimada y para los bienes parafernales. Los frutos de la dote inestimada pertenecen al marido como usufructuario (art. 1.357), quien puede disponer de tales frutos libremente. La limitación general que se contiene en el último párrafo del artículo 1.413, según el cual no podrán perjudicar a la mujer ni a sus herederos los actos de disposición que el marido realice en contravención de este Código y en fraude de la mujer, se refiere a los bienes mismos (confr. arts. 1.359 y 1.361), pero no a los frutos.

Los frutos de los bienes parafernales han de ser invertidos por la esposa administradora, pues habrá de disponer de ellos para atender a los gastos de explotación y conservación de los mismos bienes (sentencia de 11 de marzo de 1955), y tratándose de Empresas agrícolas, industriales o comerciales, para constituir y aumentar en lo necesario un capital de explotación y un fondo de reserva. El marido no es usufructuario ni siquiera administrador de los bienes parafernales, y lo que se le comunica en el sistema de sociedades gananciales del Código es el beneficio o ganancia obtenida por el administrador. Esta ganancia está sujeta, es decir, trabada, con la contribución al sostenimiento de las cargas matrimoniales, y en su día, disuelta la sociedad, a división con el marido. Es interesante a este respecto lo dispuesto en el artículo 1.360 del Código (pero trabajado por sus comentaristas) para el régimen sin comunidad o de unión de bienes: «Cuando los cónyuges hubiesen pactado que no regirá entre ellos la sociedad de gananciales sin expresar las reglas por que hayan

de regirse sus bienes, se observará lo dispuesto en el presente capítulo (III. «De la dote») y *percibirá* el marido, cumpliendo las obligaciones que en él se determinan, todos los frutos que se reputarían gananciales en el caso de existir aquella sociedad.» Es el sistema del *usufructus maritalis*, llamado de la unión de bienes, en el que todos los bienes matrimoniales, los del marido y la mujer, se reúnen en las manos de aquél; no constituyen un patrimonio común pero sí una unidad económica en la que el marido tiene la administración, el usufructo y, con ciertas limitaciones, el poder de disposición. Es el régimen legal en Suiza y lo fue en Inglaterra y Canadá (Ontario), conforme a la Common-law, hasta las reformas que concedieron a las mujeres casadas sobre sus propios bienes los mismos derechos que a una mujer no casada. Y obsérvese que en este régimen sin comunidad regulado en el Código español, el marido percibe los frutos de todos los bienes matrimoniales, haciendo suyas las obligaciones y cargas del matrimonio, de las que queda liberada la mujer, quedando limitada la responsabilidad de los bienes propios de ésta (ya no se llamarán parafernales) a la procedente de los gastos diarios usuales de la familia causados por ella o de su orden bajo la tolerancia del marido (art. 1.362).

De *lege ferenda*, si no desaparece con la reforma del Código la institución de los bienes parafernales, habrá de ser profundamente modificada para recibir el principio de igualdad reconocido ya en España, porque la regulación vigente es una manifestación de la desigualdad fundada en la *fragilitas* de la mujer, que ha de ser amparada en su debilidad por el marido. En el sistema vigente, el marido puede disponer discrecionalmente de los frutos sobrantes o no consumidos de sus bienes propios y de los comunes; la mujer, en cambio, no puede hacerlo, según la tesis corriente, pues ha de entregar a su marido todos los productos de sus parafernales y éste puede disponer de ellos según su criterio, aplicándolos a sostener las cargas matrimoniales e invirtiendo los sobrantes en la adquisición de otros bienes que serán considerados gananciales (perdiendo la condición de frutos parafernales), a los que no se podrá aplicar el artículo 1.386 del Código.

11. Todavía se conserva la institución de los bienes parafernales en algunos países. En varios de ellos, con su carácter ge-

nuino; la mujer conserva el dominio, la administración y el disfrute.

Así, en Bélgica; pero en el proyecto Migny (1966) se sustituye la figura de los parafernales por la de bienes propios de uno y otro cónyuge que los administrará y, como titular, los registrará sin más limitaciones que las establecidas en la Ley, aplicables a ambos, por las que ciertos actos de disposición han de ser consentidos por el cónyuge no titular.

En el régimen convencional de comunidad de ganancias, regulado como sistema convencional en el Código brasileño de 1942, la administración de todos los bienes corresponde al marido; pero la Ley de 27 de agosto de 1962 ha modificado varios artículos del Código, disponiendo, para el régimen de comunidad parcial, que la mujer tiene el dominio, el usufructo y la administración de sus bienes.

En el régimen venezolano, que es el de la sociedad de ganancias, se ha sustituido la función de los parafernales por la de los bienes propios, referida a ambos cónyuges, y cada uno administra y puede disponer de ellos libremente, aunque se requiere el consentimiento del otro para los actos a título gratuito o para renunciar a una sucesión o legado.

En la Compilación del Derecho civil de Cataluña se conservan los bienes parafernales en su forma genuina, acomodada al régimen dotal o de separación de bienes, que tanto arraigo tiene en aquella región (art. 49). Así, también en Mallorca y Menorca (artículos 4.º, 65 y 66 de la Compilación del Derecho civil de Baleares).

En algunos países y en los regímenes matrimoniales de comunidad, el marido administra, en general, los bienes de la mujer y percibe sus frutos, que ingresan en el fondo común. Pero tales bienes han perdido también el carácter típico de los parafernales, aunque aparecen como distintos de los dotales.

En el Código portugués de 1967, los bienes de la mujer, como los privativos del marido, han recibido la denominación de propios (art. 1.722) para distinguirlos de los comunes (art. 1.724) en el régimen legal de comunidad de adquisiciones. La administración de unos y otros corresponde al marido (art. 1.678), con excepción de los bienes reservados a la mujer, que administra ella misma.

El régimen matrimonial regulado para Vizcaya en la Compilación de su Derecho especial es el llamado de comunicación foral de bienes, que produce, constante matrimonio, una especie de comunidad universal, si bien a su disolución, no habiendo hijos, se devuelven al cónyuge propietario de ellos o a sus herederos los bienes que no sean ganancias (arts. 42, 43, 44 y 49). La administración de los bienes del matrimonio (que serán todos por la comunicación foral) se rige por el Código civil y, por consiguiente, corresponde al marido (art. 46 de la Compilación).

En Argentina y en Austria los bienes de la mujer son administrados por el marido, pero esta administración se basa en una presunción de carácter especial que se estudiará más adelante.

Del examen comparativo de los sistemas de administración y goce de los bienes extradotales de la esposa en las legislaciones vigentes resulta: que en la mayor parte de ellos la administración y el goce corresponde a la mujer; que en otros la administración corresponde al marido, y el goce, al matrimonio; que en algún sistema, como en el de unión de bienes, corresponden también al marido el goce o usufructo, y que quizá en un solo caso, que es el del Código civil español, la administración corresponde a la mujer y los frutos forman parte del haber de la comunidad o sociedad de gananciales.

Aparte del problema que consideramos, quedan los sistemas matrimoniales de separación de bienes, en los que cada cónyuge conserva el dominio, el usufructo y la administración de sus bienes respectivos, y el de comunidad universal, en el que no hay bienes propios o privativos, salvo los reservados, que administra y disfruta el cónyuge titular, aunque a veces sean comunes.

12. En el Derecho aragonés antiguo el marido administraba para el consorcio conyugal todos los bienes matrimoniales. Resulta así de la Observancia 1.^a, *De rerum amotarum*, que dice: «*De consuetudine Regni, vir constante matrimonio est administrator bonorum sedentium; et dominus et administrator bonorum omnium mobilium communium inter eum et suam uxorem, sic, quod mobilia administrat prout, vult, dando, distrahendo et alias alienando; licet in morte et mortis tempore vir de uso Regni hoc facere non potest.*».

Una somera exégesis del texto transcrito será necesaria para situarlo dentro del régimen matrimonial ordenado en el Cuerpo general de Fueros y Observancias. La misma Observancia nos recuerda que los bienes muebles, cualquiera que sea su procedencia (*bonorum omnium mobilium*), se comunican entre los cónyuges (Observancias 9.^a, 28, 31, 33, 43 y 44, *De jure dotium*; Observancias 1.^a, 2.^a y 3.^a, *De secundis nuptiis*; fuero único, *De rebus quas mortua prima uxore*; fuero único, *De adevantagiis*; fuero único, *De rebus sive adevantagiis*; fuero único, *De rerum amotarum*; fueros 1.^o y 2.^o, *De secundis nuptiis* y otros). De los inmuebles son privativos los adquiridos constante matrimonio por el cónyuge respectivo a título lucrativo, y comunes, los granjeados o adquiridos a título oneroso (fuero 1.^o, *De jure dotium*; Observancia 1.^a, *De secundis nuptiis*, y 53, *De jure dotium*).

La Observancia comentada dice que el marido es administrador de los bienes sitios (los inmuebles por naturaleza y los muebles aportados al matrimonio en calidad de sitios) y administrador de los bienes muebles. La palabra dueño tiene aquí el valor y significado de titular de disposición (Observancia 1.^a, *Ne vir sine uxore*, y Observancias 24, 25, 29, 32, 33, 36 y 41, *De jure dotium*).

Así, pues, en el régimen aragonés antiguo el marido administra todos los bienes matrimoniales, incluso los privativos de su esposa, que son los inmuebles que aportó al matrimonio (o los muebles aportados como sitios) y los adquiridos luego por ella a título lucrativo.

El sistema se recibe en el Apéndice aragonés al Código, que denomina «sociedad conyugal tácita» al régimen matrimonial legal, y en su artículo 49 se dispone que «el marido es el administrador y el representante, así en juicio y fuera de él, de la sociedad conyugal, sin que a la mujer le quede atribuido, salvo pacto en contrario, el manejo de bienes algunos en concepto de parafinales.

La Compilación reitera el sistema de unidad de administración o de administración única en los artículos siguientes: «Artículo 48: El marido es el administrador de la comunidad». «Artículo 49: El marido administrará los bienes privativos de la mujer». Es evidente—no hacía falta que la Compilación lo dijera—que el marido administra sus bienes propios o privativos.

Los artículos 48 y 49 de la Compilación parecerán anacrónicos y contrarios al principio de igualdad jurídica entre cónyuges que ha penetrado en las legislaciones modernas como una conquista atribuida al movimiento llamado feminista. Pero en esta materia hay que conjugar la unidad familiar y la paridad entre cónyuges para obtener un resultado armonioso y justo y satisfacer así los fines e intereses familiares que son comunes. No se trata de mantener la preponderancia del marido y la subordinación de la esposa a la que aquél y la Ley han de proteger. Se trata de examinar las ventajas y los inconvenientes que tiene la administración única en la vida normal de la familia y, de otra parte, acomodar el régimen jurídico de administración a los usos sociales y familiares.

En favor del principio de unidad se alegan las siguientes ventajas: asegura la unidad económica de los patrimonios con un solo presupuesto de ingresos y gastos y bajo una sola dirección, que puede ser concordada entre los cónyuges; asocia estrechamente a los cónyuges en la satisfacción de sus intereses comunes; responde, en general, a la intención presunta de los consortes, y mantiene entre ellos el espíritu de solidaridad. Desde un punto de vista práctico la unidad de administración eliminará muchos problemas a los que ya hemos hecho referencia.

En contra del principio de unidad y en favor del sistema que atribuye a cada uno de los cónyuges la administración de sus bienes propios, se alegan muchas razones: las conocidas sobre el principio de igualdad; la de que no es posible reducir a la mujer casada a la condición de un menor de edad; la de que si la discordia surge entre los cónyuges sobre la administración de los bienes matrimoniales o surge peligro para la mujer, tiene ésta en la administración de sus bienes propios un medio de poner a salvo los productos de éstos, que ya no se confundirán con los demás del matrimonio, y la de que la administración separada es necesaria e indispensable cuando entre los bienes propios de la esposa figuran explotaciones que exigen cierto movimiento de dinero o capital.

El problema, dentro ya del proceso legislativo de reforma, se planteó en Francia al mismo tiempo que en Aragón. El proyecto de reforma del *Code*, en cuanto a los regímenes matrimoniales,

contenía la solución clásica, aunque formulada de otra manera; el marido tiene la administración de los bienes propios de la mujer y ejercita las acciones relacionadas con tal administración. El Senado francés, en sus dos votaciones (año 1961) aprobó el texto propuesto; pero la Asamblea nacional aceptó la enmienda presentada al mismo que atribuía a la mujer la administración de sus bienes propios. El proyecto fue retirado. Después de una encuesta oficial, que dio el resultado de una opinión mayoritaria a favor de la administración propia, una proposición de Ley llevó de nuevo el problema a las Cámaras, en las que, sin oposición alguna, se admitió la reforma del sistema vigente. Para obviar los inconvenientes del nuevo hubo que introducir ciertas modificaciones en el régimen matrimonial, tan importantes y acaso tan fundamentales que un comentarista afirmó que la comunidad de adquisiciones (antes de bienes muebles y adquisiciones) había quedado reducida a cero.

En el proceso de elaboración de la Compilación aragonesa el sistema de administración por el marido de los bienes de la mujer no tuvo oposición, y pasó por los anteproyectos redactados en 1962 y 1963 por la Comisión de jurisconsultos aragoneses, por el anteproyecto de la Comisión General de Codificación de 1965 y por el proyecto que presentó el Gobierno a las Cortes y fue publicado en su *Boletín Oficial* el 14 de noviembre de 1966.

Para obviar los inconvenientes del sistema de administración única por el marido y para acomodarlo a las ideas modernas sobre la promoción de la mujer casada, la Compilación hubo de introducir algunas reformas en el propio régimen patrimonial de la familia y en el gobierno del hogar, procurando disminuir la desigualdad entre las posiciones jurídicas de los cónyuges, dando una mayor intervención, en extensión y profundidad, a la esposa y concediéndole medios para proteger sus bienes propios y aun los demás matrimoniales.

13. La gestión o administración de los bienes matrimoniales ha de tener un carácter *sui generis* y distinto de la gestión por cuenta de otra persona, en la que el gerente administra intereses ajenos, y de la gestión de bienes indivisos en la que no existen intereses comunes o distintos de los particulares de cada condueño.

El administrador de bienes matrimoniales, el marido o la mujer, ha de acomodar su gestión al interés común o colectivo del consorcio conyugal o de la familia.

La administración atribuida a uno u otro de los consortes debe entenderse no como un derecho subjetivo, sino como una potestad establecida o concedida para servir el interés del titular de los bienes y el del consorcio, y más bien como un deber recíproco de asistencia (*mutuum adiutorium*), que no puede renunciarse, pues va unido al propio vínculo matrimonial. Estos deberes recíprocos de asistencia y colaboración aparecen formulados en casi todas las legislaciones con frases que no son vanas o retóricas, sino que tienen valor normativo, puesto que producen ciertos efectos, aunque a veces sean solamente negativos.

El cónyuge no administrador ha de tener alguna participación en la gestión ha de disponer de instrumentos legales de información, vigilancia y control para evitar las consecuencias de una mala gerencia y hasta para obtener la reintegración o atribución de ella.

Por último, la responsabilidad por los actos de la gestión ha de recaer primeramente sobre el patrimonio común, pero subsidiaria, conjunta o solidariamente sobre los patrimonios privativos según la naturaleza y destino del débito contraído.

14. En la Compilación aragonesa se han recibido los conceptos y principios antes expresados en fórmulas o normas sobrias que tienen algún antecedente histórico.

El artículo 48 trata de la administración como de una *función*, con las facultades necesarias para su ejercicio, y es función, no derecho subjetivo, puesto que, según el mismo artículo y el 50, puede pasar de un cónyuge a otro en determinadas circunstancias. En el mismo artículo 48, la administración está relacionada con el hogar, y en el 50, con los intereses familiares.

El párrafo segundo del mismo artículo 48 dice: «La mujer participa en la administración con las facultades necesarias para el buen gobierno del hogar.» Este precepto, quizá mal colocado bajo la rúbrica «Administración de la comunidad», tiene, en nuestra opinión, carácter imperativo y debe aplicarse cualquiera que sea el régimen matrimonial, legal o paccionado. Aún en el de separación se da, como hemos dicho, una comunidad de vida dentro del

hogar o sede del matrimonio, con el uso o goce en común de la vivienda (propiedad de uno de los cónyuges o de ambos o arrendada a su propietario), de sus servicios, del mobiliario y ajuar de casa, ropas y menaje, etc., con una mesa común. Esa vida comunitaria y en un mismo hogar tiene sus gastos e ingresos; es decir, su propia economía, que podríamos llamar doméstica (véase artículo 64 de la Compilación), y requiere un gobierno y una dirección. Por su propia dignidad y por su especial y natural capacidad y aptitud, la esposa no puede estar apartada de estas funciones hogareñas. ¿En qué medida o proporción ha de participar? En esta materia no cabe una aplicación matemática del principio de igualdad: en todo caso, apreciada en todo su total valor la participación de la esposa, puede estar equilibrada o compensada con el trabajo o la participación del marido. Lo que no puede admitirse es que la esposa ocupe en el hogar la posición subordinada de un servidor doméstico; por ello, y para evitarlo, la Compilación dice que la esposa ha de participar en el *gobierno* del hogar.

El nuevo texto foral no indica la índole y cuantía de tal participación. La indeterminación es acertada, pues en la realidad de la vida social y familiar la participación de la esposa en el gobierno del hogar varía desde una dedicación total y absorbente, que le impide cualquier otra actividad, hasta la simple dirección.

Por otra parte, la función de la esposa en el gobierno del hogar se presenta en la Compilación como una participación en la administración de la comunidad dentro del régimen legal; pero es indudable que aun dentro de un régimen de separación absoluta de bienes, el hogar requiere un fondo común, que se formaría con las contribuciones de los cónyuges para atender a los gastos y cargas comunes, y así, en todo caso, habrá una administración del fondo común con sus ingresos y gastos, en la que necesariamente, por las razones dichas, ha de intervenir la esposa.

15. El Derecho comparado nos ofrece soluciones y sistemas para determinar la participación de la esposa en el gobierno y administración del hogar, materia que ha ido evolucionando en las reformas legislativas y que ha sido incluida por casi todas ellas en lo que se viene llamando «régimen matrimonial primario».

Una breve reseña de estas reformas puede ser útil para el estudio de la materia en la Compilación aragonesa.

El Código de Napoleón no reconocía a la esposa participación alguna en el gobierno del hogar; la esposa debía obediencia a su marido, quien tenía obligación de protegerla (art. 113) y de proporcionarle todo lo necesario para las necesidades de la vida (artículo 214). Las Leyes de 22 de octubre de 1942 y de 13 de julio de 1955 modificaron los artículos citados, dándoles la siguiente nueva redacción: «Art. 213. El marido es el jefe de la familia y ejerce esta función en interés común del hogar (*ménage*) y de los hijos. La mujer concurre con el marido en la dirección moral y material de la familia, en su mantenimiento, en el cuidado de los hijos y en la preparación para la colocación de éstos.—Artículo 214. Si las convenciones matrimoniales no regulan la contribución de los cónyuges a las cargas del matrimonio, contribuirán en proporción a sus recursos (*facultés*) respectivos. Las cargas del matrimonio incumben, a título principal, al marido, que está obligado a suministrar a la mujer todo lo que es necesario para las necesidades de la vida según sus facultades y su estado. La mujer cumple (*s'acquitte*) su contribución tomándola de los recursos que administra y disfruta, por su dote y sus aportaciones a la comunidad, por su actividad en el hogar y su colaboración en la profesión del marido.»

La Ley alemana (República Federal) de 18 de junio de 1957 ha modificado algunos artículos del Código, aunque manteniendo la atribución al marido del poder de decisión en todos los asuntos concernientes a la vida matrimonial (art. 1.354). El artículo 1.356 del BGB decía que, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.354, la mujer está autorizada y obligada a dirigir el hogar común (*Hauswesen zu leiten*) y obligada a trabajar en el hogar y en los negocios del marido en tanto sea corriente tal actividad según las circunstancias en que vivan los cónyuges. El nuevo artículo 1.356 dispone que la mujer dirige el hogar bajo su propia responsabilidad y que cada esposo está obligado a ayudar a su cónyuge en el ejercicio de su profesión o en sus negocios. Un nuevo artículo del BGB, el 1.360, a), al regular la extensión de las obligaciones de los cónyuges acerca del mantenimiento de la familia, dice: «El marido está obligado a dar a su esposa, con anticipación

y para un espacio razonable de tiempo, su contribución para levantar las cargas del matrimonio.»

El Código civil suizo atribuye también a la esposa la dirección del hogar («economía doméstica» en el texto italiano del art. 161). Aunque según el artículo 162, el marido es el representante de la unión conyugal, la representación «para las necesidades corrientes del hogar corresponde tanto a la mujer como al marido.

El Código italiano de 1942 no fue progresivo en la materia que estudiamos; mantiene la potestad marital y la posición de subordinación de la esposa, mantenida y protegida por el marido (artículos 144 y 145). El Proyecto Reale Ortona presenta los siguientes nuevos textos: «Art. 144. Los cónyuges establecen de acuerdo una dirección unitaria para la vida familiar. En caso de desacuerdo prevalece la decisión del marido.—Art. 145. La mujer, en el caso de que la decisión del marido sea gravemente perjudicial para la vida de la familia, puede recurrir al Juez.»

En el régimen primario holandés, según resulta de las modificaciones introducidas en el Código civil de 1838 por la Ley de 14 de junio de 1956, no hay una administración común o única a pesar de que el régimen legal es el de comunidad universal; cada uno de los cónyuges administra los bienes titulados o adquiridos a su nombre, aunque hayan de *caer* en la comunidad. Por ello no puede hablarse propiamente de una participación de la mujer en la administración de los bienes comunes, pero sí de los fondos aportados por ambos cónyuges para satisfacer las necesidades del hogar. Así el artículo 162 dispone que «el marido está obligado a poner a disposición de su esposa, que viva con él, las cantidades suficientes para las necesidades normales del hogar»; y puede tener en cuenta el importe de lo que debe participar la esposa en las cargas normales del hogar según sus propios recursos.

En Yugoslavia (el régimen matrimonial es el de separación de bienes con una comunidad parcial reducida a la fortuna adquirida por el trabajo) fue desarrollado ampliamente el principio de igualdad en la Ley de 9 de abril de 1946; y su artículo 8.º dice que la dirección del hogar se lleva por uno u otro de los cónyuges o por los dos a la vez, según convenga.

Una Ley de 27 de agosto de 1962 modificó parcialmente el Código civil del Brasil de 1916, dando nueva redacción a los si-

guientes artículos: «Art. 233. El marido es el jefe de la sociedad conyugal, función que ejerce con la colaboración de la mujer, en interés común del hogar y de los hijos.—Art. 240. La mujer tiene el derecho y el deber de vigilar la dirección material de la familia.» Es de advertir que la Ley de 1962 introdujo en el Brasil como régimen legal el de separación de bienes.

La influencia francesa se observa en la Ley de 1 de julio de 1964, sobre la capacidad de la mujer, que modificó el Código civil de Canadá (Quebec). El artículo 174 del Código, que recibió las nuevas normas sobre el gobierno del hogar, establecidas en la reforma francesa de 1942, dice así: «La mujer concurre con el marido para asegurar la dirección material y formal de la familia, para proveer a su mantenimiento, para cuidar de los hijos y para preparar su colocación.» Sigue en aquel país como régimen legal el antiguo francés, la comunidad de bienes muebles y adquisiciones, en la que el marido administra todos los bienes del matrimonio.

El nuevo Código civil de Portugal, que entró en vigor el 1 de junio de 1967, mantiene al marido como jefe y representante de la *familia* con facultad para decidir en todos los actos de la vida conyugal común (art. 1.664), y le atribuye la administración de los bienes del *casal*, incluyendo los propios de la mujer y los bienes dotales (art. 1.670). En el artículo 1.677, y bajo la rúbrica «Gobierno doméstico», dice: «1. Pertenece a la mujer, durante la vida en común, el gobierno doméstico, conforme a los usos y a la condición de los cónyuges.—2. Ambos cónyuges deben contribuir en proporción a los respectivos rendimientos y productos a los gastos domésticos correspondientes a la condición económica y social de la familia; si el marido no entrega a la mujer lo que es debido para este efecto, puede exigir la mujer que le sea entregada directamente la parte de los rendimientos o productos del marido que señale el Tribunal.»

El artículo transcrito del Código portugués establece las normas instrumentales para determinar el montante o límite del presupuesto del hogar y de la familia, lo que se llama *el tren de vida*.

En un sistema de comunidad de frutos o goce, en el que, además, el marido administra todos los bienes comunes y propios, la suma de los recursos que obtenga el administrador será la deter-

minante del tren de vida, aplicando una parte de tales recursos, los necesarios, para levantar las cargas matrimoniales, y fijándose así el presupuesto de ingresos de la economía doméstica.

Si el régimen matrimonial es el de separación de bienes u otro en el que haya administraciones separadas, sin comunicación inmediata de beneficios, el tren de vida será el determinado por las aportaciones de los cónyuges para levantar las cargas matrimoniales.

En la determinación del presupuesto de la economía del hogar ha de participar la mujer, sin que pueda admitirse una facultad decisiva o un poder discrecional del marido en términos absolutos y sin recurso alguno.

16. Volvamos al Derecho aragonés para completar el estudio de la participación de la mujer en la administración de los bienes de la comunidad. Tal participación comprende, según el artículo 48 de la Compilación, las *facultades necesarias* para el buen gobierno del hogar. Parece a primera vista que hay aquí una división o diferenciación de quehaceres, funciones y facultades entre marido y mujer, que determina la respectiva competencia (*la Anderstärtigkeit*, de que hablan los juristas alemanes), y ello para evitar actuaciones distintas o repetidas sobre un mismo asunto. En todo caso, y para evitar esto último, debe existir entre los cónyuges una comunicación mutua y una colaboración estrecha en sus actuaciones, que producirán como resultado la unidad en la dirección de la vida familiar y la paridad jurídica entre los cónyuges. El acuerdo entre marido y mujer establecerá una distribución de facultades para el buen gobierno del hogar; el acuerdo podrá ser expreso o tácito, resultando éste de la misma vida familiar.

A falta de acuerdo pueden ser aplicables por analogía las normas contenidas en el artículo 9.º de la Compilación en relación con el artículo 12 del mismo Cuerpo legal. El artículo 9.º atribuye a los padres, conjunta o separadamente, según los usos sociales o familiares, el deber de crianza y educación de los hijos menores, así como la adecuada autoridad para cumplirlo, y dispone que, en caso de divergencia en el ejercicio de dicha autoridad familiar, decidirá el padre. Es de notar que, según el artículo 12, corresponde al padre la administración de los bienes del menor. En esta mate-

ria, la decisión del padre resuelve la divergencia con su esposa, lo que presupone una comunicación previa entre ambos para lograr la *concordia discors*. Así, pues, la decisión del padre no sería legítima en los casos de no haber oído a la madre o de ser contraria a los usos sociales y familiares. Creemos que la similitud de situación en las personas y en las cosas permite aplicar, por analogía, los artículos 9.º y 12 de la Compilación, para la determinación de las facultades que corresponden a la esposa en el gobierno del hogar.

17. A una mayor participación de la esposa en el gobierno del hogar y en la administración de la comunidad ha de corresponder un aumento de sus responsabilidades:

En el sistema del Código civil, la participación de la mujer en la administración de los bienes gananciales (entre los que figuran los frutos de sus parafernales) es mínima. Sin licencia de su marido, excepcionalmente, puede comprar aquellas cosas que por su naturaleza están destinadas al consumo ordinario de la familia; y con la tolerancia o licencia tácita del marido, que se manifiesta en el consentimiento del uso y disfrute, puede comprar joyas, muebles y objetos preciosos (art. 62). Sin la licencia marital no puede realizar ningún otro acto de administración de los bienes gananciales. Para *obligarlos*, como dice el artículo 1.416, necesita el consentimiento del marido, lo cual es lo mismo que si éste se hubiera obligado. En cuanto a la responsabilidad por deudas u obligaciones contraídas por la mujer, también es mínima y corresponde a sus mínimas facultades; y así, para hacer efectivos sobre los bienes de la dote inestimada (art. 1.362) y sobre los parafernales (artículo 1.385), los gastos diarios y usuales de la familia causados por la mujer o de su orden bajo la tolerancia del marido, habrá de hacerse, previamente excusión de los bienes gananciales y de los del esposo.

En la Compilación aragonesa no existe la discriminación apuntada. La misma responsabilidad alcanza a los bienes comunes por los actos del marido en el ejercicio de sus facultades legales de administración, en la explotación regular de sus negocios o en el desempeño de su profesión, que por los actos de la esposa que *legalmente administre* o por la gestión de la industria, comercio o profesión que ejerza (art. 42). En defecto de bienes comunes, los

cónyuges responden con sus bienes propios de las atenciones legítimas de la familia y de las particulares de cada cónyuge (artículo 41-1); la responsabilidad es solidaria frente al acreedor, pero en la relación interna la deuda común se divide por mitad entre los consortes. También responde cada uno de los cónyuges con sus bienes propios por las deudas comunes que contrae; pero podrá repetir del otro la mitad de lo pagado si demuestra que la deuda redundó efectivamente en utilidad común (art. 43-2).

18. Las Leyes o disposiciones generales para todo el territorio español que establecen excepciones al sistema general de la licencia marital para los actos de la mujer casada (operaciones en las Instituciones de Previsión y Ahorro, etc.) son compatibles con las normas de la nueva Ley aragonesa, y en todo caso se refieren a las llamadas relaciones externas (relaciones con terceros) o alteran levemente el sistema de administración.

Así, el artículo 53 de la Ley del Contrato de Trabajo (texto refundido de 1944), dice: «Puede cobrar la mujer casada la remuneración de su trabajo si no consta la oposición del marido. Para que esta oposición tenga efecto habrá de formularse ante el Magistrado de Trabajo... o al Juez municipal, quienes autorizarán o no a la mujer para recibir por sí el salario y para invertirlo en las necesidades del hogar.» Podríamos sostener que, en Aragón, la oposición del marido a que se refiera este artículo no sería admisible en circunstancias normales, pues el cobro del salario y su inversión en las necesidades del hogar están comprendidos en las facultades atribuidas a la mujer por su participación en la administración de los bienes matrimoniales. En el caso expuesto, la mujer podría ser privada por resolución judicial, en procedimiento sumario, de aquellas facultades si en su ejercicio incurriera en culpa grave o negligencia habitual, con notorio perjuicio de los intereses familiares; pero esto ha sido establecido en el artículo 50 de la Compilación aragonesa, sin discriminación, para el *cónyuge administrador*.

19. En circunstancias excepcionales o anormales de la vida conyugal, la esposa administra la comunidad y aun los bienes propios del marido, juntamente con los suyos. He aquí los textos. El

artículo 48-3 de la Compilación aragonesa, dice: «Las funciones de administración de la comunidad *pasan íntegras* a la mujer cuando el marido resulte incapacitado o desaparezca de su domicilio, aun dejando representante, y en los demás supuestos del artículo 1.441 del Código civil.» En el párrafo segundo del artículo 7.º se dispone: «Si el ausente fuera el marido, la esposa ocupará la posición de aquél respecto del matrimonio conyugal.» Y en el artículo 51 se completa el sistema con esta disposición general: «El *cónyuge administrador*, por sí solo, puede enajenar los bienes comunes; mas para actos de disposición voluntaria sobre inmuebles y establecimientos mercantiles necesitará el consentimiento del otro cónyuge o, en su defecto, aprobación de la Junta de parientes y, en otro caso, autorización judicial.»

Dentro del sistema general del Código civil, que regula con minuciosidad las situaciones excepcionales a que se refieren las normas transcritas de la Compilación, hay también un precepto general y de purificación aparente entre marido y mujer. Dispone el artículo 1.442 del Código que «la mujer en quien recaiga la administración de todos los bienes del matrimonio tendrá, respecto de los mismos, idénticas facultades y responsabilidad que el marido, cuando la ejerza, pero siempre con sujeción a lo dispuesto en el último párrafo del artículo anterior y en el artículo 1.444. En el último párrafo del artículo 1.441 se trata de las limitaciones que los Tribunales pueden establecer en determinados casos en los que se confiere a la mujer la administración de los bienes del matrimonio. Y en el artículo 1.444 se dispone que la mujer no podrá enajenar ni gravar durante el matrimonio sin licencia judicial los bienes inmuebles que le hayan correspondido en caso de separación ni aquellos cuya administración se le haya transferido, y limita también o condiciona la enajenación de valores públicos o créditos de empresas y compañías mercantiles. Así se ve que la purificación establecida en principio por el artículo 1.442 es aparente, porque las limitaciones a que se refiere se aplican solamente a la mujer administradora y no al marido, con lo cual se sustituye la licencia marital por la judicial. La limitación establecida en el artículo 1.413 del Código civil (reformado por la Ley de 24 de abril de 1958) se refiere al marido administrador, quien para enajenar y obligar, a título oneroso, los bienes de la sociedad de ganaciales,

necesitará el consentimiento de la mujer, o en su defecto, autorización judicial a solicitud fundada del marido para actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles; pero esta limitación, referida en principio a la situación o vida normal del matrimonio, regirá también en las situaciones anormales, y se refiere a los bienes de la sociedad de gananciales. La disparidad o discriminación ha desaparecido en la Compilación aragonesa en la materia que nos ocupa.

Para poder interpretar tales disposiciones y determinar la posible aplicación de las normas del Código general en Aragón como derecho supletorio, convendrá examinar por separado las situaciones excepcionales del matrimonio en cuanto a la administración de sus bienes y la atribución de esta función a la esposa. Distinguiremos las situaciones en las que subsiste la sociedad o comunidad conyugal (A), de aquellas otras en las que puede acordarse por los Tribunales, a instancia de uno de los cónyuges, la separación de bienes (B). Aparte trataremos de la situación excepcional producida por la separación personal (divorcio) de los cónyuges (C):

A) En este primer grupo pueden comprenderse las siguientes situaciones del marido: incapacidad temporal (a); incapacidad permanente (b); prodigalidad (c); interdicción en tanto no se pida la separación de bienes (d), y ausencia en tanto no se pida la separación de bienes (e):

a) *Incapacidad temporal del marido.*—El artículo 1.141 (*in fine*) del Código civil dispone: «Los Tribunales conferirán también la administración a la mujer (de los bienes del matrimonio), con las limitaciones que estimen convenientes, si el marido estuviere prófugo o declarado rebelde en causa criminal, o si hallándose absolutamente impedido para la administración no hubiere proveído sobre ella.»

La Compilación aragonesa, haciendo referencia expresa a los supuestos del artículo 1.441 del Código, dispone, en su artículo 48-3, que las funciones de administración de la comunidad pasan íntegras a la mujer, aun dejando representante; y con ello rechaza la aplicación en Aragón del artículo 1.441 del Código. No tendrá en

este caso la mujer aragonesa más limitaciones que las establecidas para el marido y antes expuestas.

En esta situación *pasan* inmediatamente a la mujer, y en toda su integridad las funciones de administración que representaba el marido: si éste estuviera prófugo o declarado rebelde en causa criminal, ya no hará falta otra declaración, y la esposa podrá proveerse fácilmente de la documentación necesaria para justificar oposición del marido a que se refiere este artículo no sería admitido de Trabajo... o el Juez municipal, quienes autorizarán o no. Para el caso de hallarse impedido el marido (habrá de tratarse de un impedimento temporal y no de una incapacidad permanente), la justificación de tal situación, necesaria para la actuación externa o con terceros, podrá obtenerse de los Tribunales en acto de jurisdicción voluntaria.

b) *Incapacidad permanente*.—Dentro del sistema del Código civil hay que distinguir dos periodos en la situación de incapacidad permanente.

Si esta situación requiere someter al marido a la tutela de su persona o bienes, estamos ya en uno de los supuestos o previsiones del artículo 1.441 del Código (que la mujer sea tutora de su marido) y de aplicación del artículo 48-3 de la Compilación aragonesa.

Pero entre la declaración de incapacidad que corresponde a los Tribunales y la toma de posesión por la mujer del cargo de tutor media un espacio de tiempo y existe una situación de interinidad, para la cual se proveen medidas de protección de la persona y de conservación de los bienes del incapaz, primero por el Juez municipal (art. 293 del Código) y luego por el Consejo de familia (artículo 231). El tutor entrará en funciones más tarde (art. 205), y hasta entonces no podrá la mujer tutora administrar los bienes del matrimonio, a menos que el Juez municipal o, en su caso, el Consejo de familia le encomienden tal función.

La Compilación atribuye a la mujer íntegramente las funciones de administración de la comunidad desde el momento en que su marido, por sentencia firme, ha sido declarado incapaz. Así resulta de la frase «cuando el marido resulte incapacitado» del artículo 48-3; es decir, desde que fue declarado incapaz.

c) *Prodigalidad*.—No está comprendida esta situación en el artículo 1.441 del Código, pues éste, en su número 1.º, se refiere al caso de que la mujer sea tutora de su marido con arreglo al artículo 220 del mismo Cuerpo legal (tutela de los locos o dementes y sordo-mudos). En este caso, es el artículo 225 el que atribuye a la mujer, no la tutela que corresponde a otras personas (art. 227), sino la administración de sus bienes privativos (dotales y parafernales), los de los hijos comunes y los de la sociedad conyugal.

No dice el Código quién administra los bienes privativos del pródigo, pues su artículo 225-1 atribuye al tutor solamente la administración de los bienes de los hijos que haya tenido de anterior matrimonio. La sentencia declarando la prodigalidad determinará (art. 221-2) los actos que quedan prohibidos al incapacitado, las facultades que haya de ejercer el tutor en su nombre y los casos en que por uno o por otro habrá de ser consultado el Consejo de familia.

Estimamos que es aplicable a este caso el artículo 48-3. de la Compilación aragonesa porque la prodigalidad es una de las causas de incapacidad (arts. 199 y 200) del Código, aunque no sea total (art. 221).

d) *Interdicción del marido en tanto no se pida la separación de bienes*.—La separación de bienes por interdicción civil de uno de los cónyuges se decreta por los Tribunales *a solicitud* del otro (artículos 1.432 y 1.433 del Código).

Según el artículo 230 del Código, la tutela de los que sufren interdicción se difiere por el orden establecido en el artículo 220, conforme al cual la tutela del interdictado corresponde a su cónyuge. Así, pues, esta situación se halla comprendida en el número 1 del artículo 1.441 del Código civil, y en su consecuencia en el artículo 48-3 de la Compilación, siendo aplicable al caso lo dicho *sub A-b*

e) *Ausencia del marido en tanto no se pida la separación de bienes*.—El supuesto está previsto expresamente en el número 2 del artículo 1.441 del Código civil («cuando *pida* la declaración de ausencia del marido») y en el número 3 del artículo 48 de la Compilación («cuando el marido desaparezca de su domicilio»).

También en esta situación pueden distinguirse dos periodos: el

primero de ellos media entre la desaparición del marido o desde que se recibieron las últimas noticias, y la petición o declaración de ausencia legal, y ha de durar por lo menos un año desde la desaparición si no hubiera dejado apoderado para la administración o tres si hubiere encomendado la administración de todos sus bienes a un apoderado (art. 183 del Código, reformado por la Ley de 8 de septiembre de 1939).

En este primer período se solicita del Juez, no habiendo persona que represente legalmente al desaparecido, el nombramiento de un *defensor* que le ampare y represente en los negocios que no admiten demora sin perjuicio grave, cargo que ha de recaer en el cónyuge presente mayor de edad, no separado legalmente (artículo 181), quien, según el artículo 2.036 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (reformada en esta materia por la de 30 de diciembre de 1939), siendo la esposa, habrá de obtener licencia del Juzgado para todos aquellos actos en que con arreglo al Código civil le sea precisa autorización marital, licencia que podrá serle concedida con carácter general, atendidas las circunstancias de la persona y del caso. Resulta, pues, que en esta situación del marido y según el Código, la mujer sólo podrá seguir administrando libremente sus bienes parafernales y comprar las cosas destinadas al uso diario de la familia; todavía no se ha transferido a la mujer la administración de los bienes del matrimonio y, por consiguiente, no es aplicable a esta situación el artículo 1.442 del Código.

La Compilación aragonesa atribuye a la esposa en este primer periodo de la ausencia, y antes de que se pueda pedir su declaración, las funciones de administración de la comunidad («cuando desaparezca de su domicilio», dice el artículo 48-3), actuando en lo demás como defensora del ausente con arreglo a las disposiciones del Código civil y de la Ley procesal.

El segundo período se inicia desde que «se pide la declaración de ausencia del marido», pues desde este momento, según el artículo 1.441-2, se transfiere a la mujer la administración de los bienes matrimoniales. Sin embargo, el artículo 1.442, que atribuye a la esposa en el caso referido la administración de todos los bienes del matrimonio, no ha sido concordado con las reformas que en la materia de ausencia se introdujeron en el Código y en la Ley procesal por las Leyes del año 1939. Desde que se pide la declara-

ción de ausencia legal hasta que se concede o decreta, la mujer del desaparecido necesita obtener del Juzgado la correspondiente licencia para todos los actos en que conforme al Código le sea precisa la autorización del marido (art. 2.041 de la Ley procesal), y declarada la ausencia, si el representante fuera el cónyuge, tendrá éste las mismas amplias facultades para la administración de los bienes sin necesidad de rendir cuentas y sólo requerirá autorización judicial para actos de transmisión o gravamen, a *menos de que* el Juez aprecie circunstancias singulares que aconsejen imponerle alguna limitación (art. 2.046 de la Ley procesal).

Pero cualesquiera que sean las discordancias entre los artículos 189 y 1.442 del Código civil (reformado el primero de ellos por la Ley de 8 de septiembre de 1939) y la Ley de Enjuiciamiento Civil (modificada el 30 de diciembre del mismo año), no afectan al Derecho aragonés por las disposiciones contenidas en el artículo 7.º de la Compilación, que, concordadas con las del artículo 48, podemos concretar o sintetizar en la siguiente fórmula: las funciones de administración pasan íntegras a la mujer, desde que el marido desaparezca de su domicilio, aun dejando representante, ocupando la posición del ausente respecto del patrimonio conyugal y pudiendo disponer libremente de sus propios bienes.

B) *Separación de bienes*.—Se decreta por los Tribunales, a solicitud del marido o la mujer (art. 1.433 del Código), cuando el cónyuge del demandante hubiera sido condenado a una pena que lleve consigo la interdicción civil (a) o hubiera sido declarado ausente (b).

Acordada la separación de bienes, quedará disuelta la sociedad de gananciales (art. 1.434 del Código) o comunidad de bienes (artículo 52, 47 de la Compilación), y se procederá a su liquidación.

a) *Separación de bienes por interdicción del marido*.—Estudiada ya (*supra* A-d) la situación respecto a la administración de los bienes comunes o gananciales hasta que, por solicitarlo el cónyuge del interdictado, se decreta la separación de bienes y se practica la liquidación de la sociedad conyugal disuelta, trataremos ahora de la situación de la administración de los bienes adjudicados a los cónyuges.

El artículo 1.436 del Código dispone en su primer párrafo que si la separación se hubiere acordado a instancia de la mujer por interdicción civil del marido, «se transferirá a la misma la administración de todos los bienes del matrimonio y el derecho a todos los gananciales ulteriores, con exclusión del marido». Ya no puede hablarse en esta situación de sociedad o comunidad que ha sido disuelta. La administración recaerá sobre los bienes que en las operaciones de liquidación resulten adjudicados al interdicto y a su cónyuge por sus haberes respectivos.

Mas en tanto se lleva a cabo la liquidación ha de proveerse una administración provisional que ha de corresponder a la mujer (artículo 1.441-3). Más adelante veremos las limitaciones establecidas para esta situación por el Código civil.

b) Separación de bienes por ausencia del marido. Para esta situación dispone el artículo 1.436 en su segundo párrafo que la mujer entrará en la administración de su dote y de los demás bienes que por resultado de la liquidación le hayan correspondido. Pero, según el segundo párrafo del artículo 1.441-2, se transferirá a la mujer la administración de los bienes del matrimonio, debiendo comprenderse en esta última fase los bienes adjudicados al causante.

La Compilación ha disipado en su sistema toda duda en esta materia de la ausencia con la disposición contenida en el número 2 de su artículo 7.º: «2. Si ausente fuera el marido, la esposa ocupará la posición de aquél respecto del *patrimonio conyugal*.»

Sería interesante traer aquí todas las normas que sobre la ausencia se contienen en el Cuerpo legal de Fueros y Observancias. Basta a nuestro propósito hacer referencia a ellas.

En el Fuero único *Ut Frates* (Pedro I en Zaragoza) se dispone que los hermanos o consanguíneos del ausente a quienes por Fuero corresponden sus bienes podrán recobrarlos del procurador a quien hubiesen confiado su representación, transcurridos diez años desde que estuviere ausente del Reino de Aragón. La observancia 7.ª, *De tutoribus*, dice que por costumbre del Reino no se dará curador al que despilfarra o disipa sus bienes, si no es, además, mentecato o insensato. No hay disposición alguna sobre la interdicción civil, institución que debía ser desconocida. Y fuera del privilegio de los ausentes *causa Republicae*, que no pasó al Apéndice aragonés

del Código civil, queda solamente la Observancia 27, *De jure dotium*, que dice así: «*Item, viro absente uxor administrat, tenet et regit bona viri; nisi ipse alium de praedicta specialem facerit procuratorem.*»

La norma transcrita es una observancia, es decir, una costumbre escrita y comprendida en la Compilación «*Observantiae consuetudinesque Regni Aragonum*» y agrupada con otras bajo la rúbrica *De jure dotium*. Es la respuesta a una consulta determinada o la reacción contra la pretensión de aplicar normas extrañas contrarias a una costumbre propia vigente. No puede deducirse de ella un corolario negativo, como sería la afirmación de que solamente en el caso de ausencia y no en otras situaciones en las que el marido no puede administrar, corresponde esta función a su esposa.

La observancia 27 que comentamos pasó, modificada y ampliada, al Apéndice aragonés al Código civil en las siguientes normas: «La menor edad de la esposa del ausente no obstará para conferirle, con relevación de fianza, la administración, la cual podrá ejercer sin asistencia de tutor cuando sea mayor de catorce años» (artículo 4.º); «hecha la declaración judicial de ausencia cesarán los apoderados o procuradores que el ausente tuviese nombrados, sin perjuicio de que la persona encargada de la administración pueda renovarles el mandato» (art. 5.º); «la mujer del ausente, además de tener libre disposición de los bienes propios de ella, podrá disponer de los bienes comunes de la sociedad conyugal en tanto cuanto sea necesario para las atenciones de la misma» (artículo 6.º). Completando lo dispuesto en el artículo 48 de la Compilación, la observancia 27—traducidos y concretados sus términos con expresiones rotundas—pasó al artículo 7.º de aquel Cuerpo legal, que rechaza para la situación de ausencia del marido la aplicación del artículo 1.444 del Código civil general. Es posible que en el proceso de elaboración de la Compilación haya pasado inadvertida la posibilidad de que, establecida una norma especial para la situación de ausencia, pudiera deducirse una solución distinta para otras situaciones similares, como es la de separación de bienes por interdicción del marido (*supra*, B-a). Las situaciones son idénticas: ha quedado disuelta la sociedad conyugal (art. 52-1 de la Compilación y 1.417 y 1.433 del Código); se ha practicado la

liquidación y han sido divididos los bienes comunes; subsisten, sin embargo, el hogar conyugal y familiar, con sus cargas (art. 1.434), que requiere unidad de administración y goce, y finalmente, aunque la situación es permanente, no es definitiva, porque cesa la separación de bienes, sin declaración alguna de voluntad, al desaparecer la causa (art. 1.439 del Código), en estos casos, al presentarse el ausente o al cumplir su condena el interdictado.

C. Separación de personas.—La separación de las personas (divorcio) de los cónyuges—materia modificada en el Código por la Ley de 24 de abril de 1958—produce la suspensión de la vida en común de los casados (art. 104) y, entre otros efectos de carácter patrimonial, la separación de bienes, teniendo cada uno de los cónyuges separados el dominio y la administración de los que le correspondan (art. 73-4).

La situación producida por la separación de personas y bienes es definitiva, pues sólo cesa por la reconciliación (art. 74), que exige un *acuerdo* entre los cónyuges. Por esto queda liberada la esposa de la licencia marital, y no tienen aplicación las limitaciones impuestas a la mujer en los artículos 1.442 y 1.444 del Código para la disposición de su dote y parafernales, cuya administración recobra o conserva, y para la disposición de los bienes que se le hayan adjudicado en la liquidación de la sociedad conyugal. Para comprender esta última afirmación basta leer el texto del artículo 73 del Código anterior a la reforma de 1958. Decía el artículo 73: «La sentencia de divorcio producirá los siguientes efectos: 4.º La separación de los bienes de la sociedad conyugal y la pérdida de la administración de los de la mujer, si la tuviere el marido y si fuere quien hubiere dado causa al divorcio. 5.º La conservación por parte del marido inocente de la administración, si la tuviere, de los bienes de la mujer, la cual solamente tendrá derecho a alimentos.»

En cuanto a la administración de los bienes durante la sustanciación del proceso de separación de personas, regirán las normas contenidas en la regla cuarta del artículo 68 del Código civil, también reformado en 1958: «4.ª En cuanto al régimen económico matrimonial, se seguirán las siguientes reglas: El marido conservará la administración y disposición de sus bienes. Se transferirá a la mujer la administración de los parafernales que hubiese en-

tregado al marido, pero necesitará autorización judicial para los actos que excedan de la administración ordinaria. Se mantendrá en cuanto a los bienes dotales el régimen anterior a la presentación de la demanda, salvo que el juez estime conveniente transferir a la mujer la administración de los bienes de la dote inestimada. El juez, atendidas las circunstancias del caso, podrá excepcionalmente conferir a la mujer la administración de los bienes gananciales o de alguno de ellos. Será necesaria licencia judicial para los actos que excedan de la mera administración de los gananciales, *cualquiera* que sea el cónyuge que los administre. Se procederá con criterio análogo al señalado en esta regla 4.ª cuando el régimen económico matrimonial sea distinto del de gananciales.» Recaída sentencia de separación y siendo firme, disuelta la sociedad o comunidad conyugal, se aplicarán en Aragón las normas contenidas en el artículo 54 de su Compilación para la administración provisional hasta que se hubiere ultimado la liquidación de la sociedad conyugal disuelta.

Para comprender mejor los efectos de las situaciones matrimoniales reseñadas en lo referente a la administración de los bienes privativos del marido y de la misma mujer, así como a las limitaciones del poder de disposición sobre dichos bienes y los comunes o gananciales que quedaren de esta categoría, será conveniente considerar previamente los efectos de tales situaciones en la vida común de los cónyuges y en la dirección y gobierno del hogar conyugal.

Salvo en la situación de separación de personas (C), en las demás que hemos contemplado el hogar conyugal continúa con su economía y sus cargas y con la necesidad de un gobierno y dirección.

Unas veces el marido continúa viviendo en el hogar, como en los casos de impedimento (A-a), incapacidad permanente (A-b) y prodigalidad (A-c); decimos que vive en el hogar y más exactamente sería decir que puede vivir en el hogar. En los casos A-a) y A-b) no puede ejercer el marido su autoridad paterna y marital. En el caso A-c), aunque conserva el varón la autoridad familiar (artículo 224 del Código), no administra más bienes suyos y privativos que los que la sentencia de declaración de prodigalidad le

ha atribuido; los que le han sido prohibidos serán administrados por los organismos tutelares (art. 221).

En esta situación de continuidad de la vida conyugal, el gobierno y dirección del hogar ha de corresponder a la mujer, continuando la unidad de goce de todos los bienes matrimoniales y la de administración en los casos A-a) y A-b), no en el de prodigalidad, pues, como hemos dicho, la administración de los bienes privativos del pródigo corresponde en su caso al tutor.

En orden a la disposición de bienes en las situaciones de continuidad de la vida conyugal distinguiremos. De los bienes de la comunidad dispondrá la mujer como lo haría su marido, conforme a lo dispuesto en el artículo 51 de la Compilación. De los bienes propios del marido pródigo dispondrá éste o sus organismos tutelares, según se haya ordenado en la sentencia de prodigalidad. En el caso de incapacidad permanente, dispondrá la mujer tutora según lo ordenado en las normas generales de la tutela. Y en la situación de impedimento temporal (A-a), tratándose de una situación temporal, no permanente, habrá que solicitar la autorización de los Tribunales, conforme a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 1.441 del Código civil, por tratarse de actos de disposición que exceden los de una administración normal, por muy amplia que sea.

En las mismas situaciones, el poder de disposición sobre los bienes privativos de la mujer puede tener algunas limitaciones: en primer lugar, la interposición de la autoridad marital, caso de ser necesaria; en segundo lugar, también si procede, la interposición de la autoridad judicial para suplir la marital. En cuanto a la licencia marital, si ésta se funda, según las últimas Leyes generales españolas, no en la incapacidad de la mujer, sino en la necesidad de una dirección familiar única, parece que no sería necesaria, porque en todos los casos de continuidad del hogar conyugal su dirección y gobierno, al menos en lo económico, corresponde a la mujer en las situaciones consideradas. Si se mantiene la licencia en razón a la necesidad de conservar los bienes afectos a la economía del hogar, que son todos los del matrimonio, el argumento debiera valer para limitar en dichos casos el poder de disposición del marido sobre sus bienes propios. Sin embargo, una interpretación literal de los textos legales llevará a las siguientes conclusiones: en el caso

de impedimento temporal (A-a), por las razones expuestas, la mujer que administra todos los bienes del matrimonio habrá de solicitar autorización de los Tribunales; en el caso de incapacidad permanente (A-b), la mujer tutora podrá disponer de sus propios bienes, y en el caso de prodigalidad (A-c), no requerirá licencia del pródigo, que, aunque conserva la autoridad marital, no la tiene en el orden patrimonial, pues ha sido privado de poder para disponer de sus propios bienes.

En otras situaciones la vida conyugal ha sido interrumpida. El marido no vive en el hogar porque se halla prófugo o rebelde en causa criminal. Esta situación es temporal y dura hasta que el prófugo o rebelde se presenta o comparece ante las autoridades respectivas. Si la situación se prolonga y no se tienen noticias del marido, nos hallaremos en el caso de ausencia. En tanto, las soluciones son las mismas apuntadas más arriba para la situación de impedimento temporal.

En otras situaciones la vida conyugal se suspende y en ellas la suspensión es permanente porque subsiste hasta que cesan las causas de suspensión. Son estas situaciones las de ausencia (A-e) y (B-b) y de interdicción del marido (A-d) y (B-a). En estos casos continúa el hogar conyugal bajo la dirección y gobierno de la mujer hasta que se presenta el marido o cumple su condena, en cuyo momento se reanuda o puede reanudarse por la sola voluntad de éste la vida en común de los cónyuges. La problemática sobre la disposición de los bienes comunes y de los privativos de la mujer ha sido ya tratada. Para los actos de disposición sobre los bienes del ausente y del incapacitado se estará a las normas del Código civil, actuando la mujer como tutora del interdictado o representante del ausente.

Y por último, decretada la separación de personas (C), recordamos que la separación de personas y bienes entre los cónyuges es definitiva, pues sólo el *acuerdo* de reconciliación puede reanudar la vida conyugal y las relaciones económicas entre los cónyuges. En tanto, cada uno de ellos regirá libremente su economía personal, si bien con las obligaciones establecidas en el párrafo segundo del artículo 1.434 del Código civil.

20. Conforme al sistema aragonés de unidad de administración y goce, el marido administra los bienes de la mujer en la vida

jurídica normal del matrimonio. En el Derecho antiguo se decía que el marido administraba todos los bienes del matrimonio, pues no se conocían en el régimen legal los bienes parafernales. La Compilación aragonesa contiene disposiciones expresas en esta materia. El artículo 49 dice que «el marido administrará los bienes de la mujer», y el artículo 37-3 considera bienes comunes «los frutos de los bienes tanto comunes como privativos».

La administración marital de los bienes privativos de la mujer es contraria al principio de igualdad, porque la esposa no administra ni interviene en la administración de los bienes del marido. Y es precisamente este punto el que ha sido reformado en casi todos los países, pasando a la esposa la administración de sus propios, y ello aun dentro de un régimen más o menos amplio de comunidad conyugal en el que se mantenga la unidad de goce, la participación de productos y beneficios o la división *in natura* o por compensación de las ganancias obtenidas por ambos cónyuges constante matrimonio (vid. los regímenes de comunidad en Alemania, Cuba, Dinamarca, Francia, Hungría, Perú, Polonia, Portugal, Rumanía, Venezuela y otros países). Subsiste el sistema de administración marital en muy pocos países (Bélgica, Chile, Suiza y algunos más).

Las ventajas que se obtienen de la administración única de todos los bienes matrimoniales, que son, entre otras, la vinculación más estrecha de los esposos, la simplicidad del sistema y su concordancia con las realidades o hechos de la vida social familiar, han decidido la conservación de la administración marital única en el nuevo Ordenamiento del Derecho aragonés.

Por otra parte, la administración marital se concibe hoy no como un derecho subjetivo, sino como un deber nacido del mismo estado familiar, deber que obliga también a la mujer cuando la Ley le confía o transfiere la administración de los bienes comunes y aun los del marido. Así, se habla en el artículo 48 de la Compilación de las *funciones* de administración, y en el artículo 50, de los *intereses familiares*, que el administrador debe cuidar y salvaguardar. El poder de administración de los bienes comunes o de los bienes propios de un cónyuge por el otro no resulta de un mandato legal o tácito, que exige la subordinación del mandatario, acomodando su actuación a las instrucciones del mandante, y la rendi-

ción de cuentas, sino de la atribución de la misma Ley y, en el caso de acuerdo o pacto, de la delegación acordada. Así, se dice en el artículo 48 de la Compilación que la mujer *participa* en el buen gobierno del hogar con las facultades necesarias y que a ella en determinadas circunstancias pasan íntegras las demás funciones de administración. Así, también habrá que considerar como delegaciones de una función familiar los llamados poderes entre esposos para el gobierno del hogar y la administración de bienes, aunque tales delegaciones sean revocables.

21. Para evitar los inconvenientes de la administración marital o unidad de administración por el marido, contraria en principio a la paridad entre los cónyuges, la Compilación ha introducido en el Derecho aragonés un nuevo precepto, por el que se concede a la esposa la facultad de recaer para sí la administración de sus bienes privativos: «El marido administrará los bienes privativos de la mujer, en tanto ella no recaer para sí la administración.» El sistema tiene precedentes o concordancias en el Derecho comparado.

En el Código civil general austriaco de 1811, y dentro del régimen legal de separación de bienes, la administración marital de los bienes de la mujer queda establecida mediante la ficción de un mandato: el artículo 1.238 disponía que, *en tanto* la mujer no se oponga, se da la presunción de derecho que ha confiado al marido, como *legítimo procurador*, la administración de sus bienes privativos; el marido—añade el artículo 1.239—es considerado como un procurador cualquiera provisto de mandato, pero sólo es responsable de la sustancia de la cosa o del capital y no está obligado a rendir cuentas durante el matrimonio, entendiéndose saldadas al finar la administración. El sistema se mantiene en la reforma del Código introducida por una Ley federal de 1956 que mantiene también el régimen de separación de bienes. Dice el artículo 1.238 en su nuevo texto que, salvo *declaración contraria* de la mujer, la presunción legal es que ella ha confiado a su marido, en su calidad de representante legal, su patrimonio libre, y el nuevo artículo 1.239 añade que, en relación con esta gestión, el marido será considerado como cualquier otro administrador de bienes con plenos poderes, pero sólo será responsable por el capital o nuda propiedad y no ha

de rendir cuentas, entendiéndose aprobada su gestión hasta el día que cesa en la administración. La oposición de la mujer o declaración contraria a la administración marital se formula por una simple declaración ante el secretario del Tribunal competente.

En la República Argentina se aceptó una solución similar a la austriaca. Aunque el régimen legal en aquel país es el de comunidad de las cosas muebles fungibles y las adquisiciones, la Ley de 22 de agosto de 1926 en su artículo 3.º dispone que la mujer administra sus propios bienes y dispone de ellos a título oneroso; pero estas facultades son teóricas, pues para que tengan efecto real es preciso que sean confirmadas por una declaración escrita de la mujer que se inscribe en un Registro público especial; a falta de esto, se presume que el marido ha recibido mandato de administrar los bienes de su mujer.

En Bélgica, el proyecto del Ministro Wigny de 1965, que propone el sistema de comunidad de adquisiciones como régimen legal, dice en su artículo 146-2 que el marido administra los bienes propios de su mujer; pero se prevé en el artículo 147-2 que la mujer puede en *todo momento* recobrar la administración de sus propios por declaración al *greffier* del Tribunal de la última residencia conyugal, bajo reserva de la oposición del marido si tal decisión está inspirada por motivos contrarios al interés del hogar.

La norma de la Compilación aragonesa que faculta a la mujer para recabar la administración de sus bienes privativos procede del informe presentado a la Comisión de jurisconsultos aragoneses por el Seminario que trabajó a su servicio y ha llegado con las mismas expresiones al texto legal, sin oposición alguna, más bien acompañada de aprobación y elogio. En este ambiente, que probablemente se extenderá al campo de la doctrina y de los Tribunales y aun al mismo pueblo, la sobriedad de la norma no será obstáculo para que la problemática que presente su aplicación se resuelva con facilidad.

La esposa—dice el texto—ha de *recabar* la administración; el verbo recabar es lo suficientemente expresivo para entender que es bastante la declaración unilateral de la esposa de querer administrar sus bienes privativos, declaración dirigida al marido administrador, pero no de carácter recepticio, aunque para que produzca ciertos efectos ha de ser conocida por éste, sin que por ello

la recepción sea requisito esencial para la validez de la declaración. Si el marido administrador recibe la declaración y, conforme con ella, entrega a la esposa la administración de los bienes de ésta, no hace falta nada más para que en las relaciones internas entre los cónyuges se opere la transferencia de funciones o facultades. En todo caso, siempre será válido cualquier acuerdo sobre la materia (artículo 24 de la Compilación). Para las relaciones externas frente a terceros, la declaración aceptada por el marido habrá de constar en documento auténtico.

A falta de aceptación o aprobación del marido será preciso comunicarle en forma auténtica, si no se hubiere hecho, la declaración de la esposa de querer administrar, y para hacerla efectiva frente a terceros habrá que presentar a éstos la declaración notificada al marido. Esta notificación puede practicarse notarial o judicialmente. La notificación notarial al marido puede presentar problemas de interpretación, sobre todo si no es personal. La notificación procesal por medio del acto de conciliación o de acto de jurisdicción voluntaria ofrecerán al marido, de una parte, la ocasión de oponerse, y de otra parte, salvarán todos los inconvenientes de la falta de recepción por resistencia del marido u otras causas.

La oposición a la voluntad de la declarante sólo podrá admitirse cuando se fundamente en la capacidad o ineptitud de la esposa para administrar sus bienes o hallarse en alguna de las circunstancias que le impiden o le privan del ejercicio de tal función.

Para la efectividad del recobro, la esposa ha de recibir o pedir, en su caso, la posesión de sus bienes privativos que no se hallen ya en su poder y que por su naturaleza requieran la entrega o posesión material. Ante la negativa del poseedor de tales bienes, procederá, según nuestra opinión, el interdicto de adquirir (art. 1.635 de la Ley de Enjuiciamiento civil) por el procedimiento de la posesión judicial regulado en los artículos 2.056 y siguientes de la misma Ley.

22. La esposa administradora percibirá los frutos de los bienes que administra y que pertenecerán al patrimonio de la comunidad, como cuando los administraba el marido. La diferencia está en que el marido era a la vez administrador de la comunidad. ¿De-

bemos deducir de esto que la esposa administradora ha de entregar al marido los frutos percibidos por ella? El problema ha sido ya estudiado (*supra*, núm. 10) con referencia a los bienes parafernales en el régimen matrimonial establecido en el Código civil.

Pero en el régimen aragonés los bienes de la mujer son los dotales (arts. 30 y 31 de la Compilación), sometidos a un régimen especial cuya administración no puede recobrar la mujer más que en los casos taxativamente señalados en la Ley, y los privativos, enumerados en los artículos 38 y 39. No se habla en la Compilación de los bienes parafernales porque esta figura jurídica ha sido sustituida por la de bienes privativos, con una misma regulación para los de cada uno de los cónyuges y sin más diferencia que la de la unidad de administración, que puede dividirse por la voluntad unilateral de la esposa.

Si la nueva norma ha sido introducida para restablecer la paridad entre los cónyuges, ésta quedaría rota inmediatamente si la mujer hubiera de entregar a su marido los frutos percibidos por ella.

El problema se planteó en la reforma francesa de 1965 diciendo que habiendo sido modificado el sistema de responsabilidad por las cargas matrimoniales, que antes pesaba a título principal sobre los bienes del marido y en la nueva Ordenación corresponde a ambos cónyuges, cada uno de éstos debe conservar la gestión de sus propios, percibir sus frutos y disponer de ellos cumplida su obligación de contribuir a levantar las cargas del matrimonio. Por esta consideración se modificó el artículo 1.403 del *Code*, introduciendo la siguiente norma, aplicable a los bienes propios de cualquiera de los cónyuges: «La comunidad no tiene derecho más que a los frutos percibidos y no consumidos.»

En el sistema de la Compilación aragonesa la responsabilidad por el ejercicio de las facultades de administración es la misma para el marido que para la mujer que administra (art. 42). Y ambos, en defecto de bienes comunes, responden *solidariamente* por las atenciones legítimas de la familia y las particulares de cada cónyuge, incluyendo en ella la crianza y educación de los hijos y la de los legítimos de uno solo de aquéllos (arts. 43 y 41-1). Ya vimos cómo la responsabilidad de la esposa en el sistema del Código civil es mucho menor (*supra*, núm. 17). Y por ello estimamos

que en el régimen aragonés la mujer que legalmente administra debe percibir los frutos y puede disponer de ellos con el mismo cuidado y diligencia a que está obligado el marido administrador. En todo caso, perteneciendo los frutos de los bienes de la mujer administrados por ella al patrimonio común, los bienes que con tales frutos adquiriera serán comunes, conforme a la presunción establecida en el artículo 40 de la Compilación.

23. En esta breve exposición de la problemática que ofrece la administración recabada por la esposa quedan por estudiar algunos puntos interesantes. Uno de ellos es si ha de recabarse la administración de todos los bienes privativos o si podrá la mujer pedir solamente la de alguno de ellos. Creemos que esto último es admisible.

También puede plantearse la cuestión de si estará obligado el marido a recibir la administración que la mujer recabó para sí. Estimamos que, en general, el marido se halla relevado por su misma mujer del deber de administrar sus bienes y que, por ello, no puede renacer tal deber por la simple voluntad de la esposa. Únicamente habría que admitir esto en caso de necesidad y como manifestación del deber de asistencia entre cónyuges.

24. Al llegar aquí se presentan los peligros de una mala administración—por culpa o negligencia del administrador u otras causas—que puede ser dañosa para los intereses de la familia a la que están afectos todos los bienes matrimoniales y para los intereses del titular de dominio de los bienes administrados. El peligro, por lo que a los intereses de la mujer se refiere, es ahora mucho mayor: antes los bienes propios de la mujer se reducían en el régimen legal a los inmuebles aportados por ella al matrimonio o adquiridos después a título lucrativo; ahora, por la presunción del artículo 39 de la Compilación, han aumentado considerablemente y algunos de los considerados como sitios (las explotaciones agrícolas, ganaderas, mercantiles e industriales) son a veces de complicada y aun arriesgada administración. Esto justifica que cuando la mujer la recaba para sí haya de poder llevarla con libertad y plenitud de facultades. Sería injusto limitarla para la mujer en

sus bienes propios y concederla al marido libremente sobre los bienes de aquélla.

Para los peligros de una mala administración, la Compilación aragonesa ha establecido un remedio aplicable a cualquiera de los cónyuges que administren bienes matrimoniales. Dice el artículo 50: «El cónyuge administrador puede ser privado por resolución judicial, en procedimiento sumario, de las facultades que le conceden los artículos anteriores si en su ejercicio incurriere en culpa grave o negligencia habitual, con notorio perjuicio de los intereses familiares.»

La norma es muy amplia, y el remedio único, la privación de la administración. ¿Bastará una actuación gravemente culposa o una negligencia habitual que produzca el peligro o temor de que se producirá el perjuicio? ¿O será necesario que el daño se haya producido?

25. Dentro de los amplios límites señalados en la Compilación aragonesa (*supra*, núm. 7) para la regulación por pacto del régimen económico del matrimonio y de la familia, las funciones de la esposa como administradora, así como las del marido, pueden recibir por pacto o acuerdo de los cónyuges una ordenación distinta de la contenida en la misma Compilación para el régimen legal.

Como ya dijimos, el pacto o los pactos pueden consignarse en escritura pública, en capítulos matrimoniales otorgados o novados antes y después del matrimonio o fuera de capítulos. Por regla general, en los capítulos se modifica el régimen legal o se establece un régimen convencional distinto, y en el pacto fuera de capítulos se contiene una declaración concorde acerca de determinados hechos o cosas que o varía en lo fundamental el régimen legal o paccionado. En capítulos resultarán ordenadas de una manera general las funciones de administración de los bienes matrimoniales comunes y privativos.

El acuerdo sobre la administración que no signifique establecimiento de un nuevo régimen matrimonial o su novación puede ser válido conforme a lo dispuesto en el artículo 24 de la Compilación y no exige como requisito esencial la forma solemne o pública.

Para que produzca efectos frente a terceros será preciso con-

signarlo en documento público e inscribirlo, si fuera procedente, en un Registro público. Del acuerdo sobre la administración de los bienes privativos de la esposa habla el artículo 49 de la Compilación, y esto puede extenderse, dentro del sistema de libertad, a cualesquiera otros bienes.

Los pactos capitulares, las estipulaciones y los acuerdos sobre la administración de los bienes matrimoniales pueden ser muy variados. Los sistemas establecidos en las reformas legislativas de muchos países en el presente siglo ofrecen modelos de administración de los bienes comunes: sistemas de gestión conjunta, que requiere el consentimiento de ambos consortes; de gestión concurrente o solidaria, en la que cada cónyuge por sí solo puede regir la comunidad; de gestión individual, que puede ser centralizada en uno de los cónyuges o dividida entre ellos por las diferentes clases de bienes, etc. Las dificultades surgen cuando se quiere llevar el principio de igualdad a sus últimas consecuencias.

26. En general, debemos señalar como acertadas las disposiciones de la Compilación aragonesa sobre las funciones de la esposa en el gobierno del hogar y en la administración de los bienes matrimoniales, preceptos que tienen su arraigo en sus precedentes históricos y en la realidad social.

Una reforma en el Derecho general o común de España sobre las relaciones personales entre los cónyuges abriría el paso a una aplicación más amplia del nuevo Derecho civil de Aragón.

FRANCISCO PALÁ MEDIANO.

Decano Honorario del Colegio Notarial de Zaragoza.

Comunidad conyugal continuada

Requisitos para su existencia.—Continuación forzosa y continuación voluntaria (arts. 60 y 61 Comp. arag.)

SUMARIO: I. La continuación del consorcio en el Derecho histórico.—II. La regulación del Apéndice.—III. La Compilación Idea general.—IV. Los supuestos de hecho para la continuación de la comunidad.—V. Continuación pactada en capítulos o dispuesta en testamento.—VI. Continuación cuando queda descendencia. La «presunción de acuerdo tácito» y la notificación de la voluntad en contrario.—VII. Continuación forzosa habiendo descendientes menores de edad.—VIII. Resumen esquemático.

I

LA CONTINUACION DEL CONSORCIO EN EL DERECHO HISTORICO

Documentos aragoneses de época muy temprana—se conoce uno del 825—dan testimonio de que la muerte de uno de los cónyuges no disolvía necesariamente la comunidad matrimonial de bienes. Lo que no es posible deducir con seguridad de los documentos—explica LACRUZ (1)—es si la comunidad (que, a semejanza de otros Ordenamientos jurídicos, debía resultar simplemente del hecho de seguir viviendo en común) se disolvía en todo caso por voluntad de cualquiera de los comuneros o bien era obligatoria para alguno de ellos; ni se tenía lugar de modo exclusivo en los matrimonios con descendencia o también en los que se disolvían sin ella. Pre-

(1) *El régimen matrimonial de los fueros de Aragón*, ADA, 1946, págs. 120 y sigs.

sumiblemente, lo mismo que en el posterior ordenamiento de los fueros, el establecimiento de la comunidad por regla general ocurría existiendo hijos del matrimonio, y era legal e inmediato a la muerte de uno de los cónyuges, salvo que el sobreviviente quisiera dividir los bienes. Los precedentes de la Compilación de Huesca aluden a la comunidad del cónyuge viudo con los hijos del premuerto y no hacen mención de que tuviera lugar con otros herederos. Es decir, las fuentes suponen que la comunidad se continúa con los hijos, y no tratan del caso de que se siga con los herederos del cónyuge premuerto de un matrimonio sin descendencia seguramente porque tal continuación no era obligatoria para ninguna de las partes ni tampoco frecuente.

Los documentos parecen demostrar que lo que continúa es una comunidad dinámica, con un patrimonio capaz de aumentar mediante nuevas conquistas. Todo lo adquirido desde el momento del matrimonio hasta el tiempo de dividir la comunidad continuada ha de incluirse en el caudal partible (2).

Las fuentes de los siglos XII y XIII no regulan la materia de las adquisiciones hechas por el viudo o por los herederos durante la continuación, y es natural, ya que estando los bienes en la mayor parte destinados a los hijos no se plantea el problema de cuáles sean los derechos del viudo sobre los nuevamente adquiridos.

La Compilación de Huesca conserva las reglas anteriores sobre la comunidad continuada. Así, el fuero segundo, *De donationibus*, reproduce la que se halla en una de las recopilaciones privadas sobre las donaciones del viudo continuador de la comunidad a los hijos comunes. Y el fuero primero, *De secundis nuptiis*, vuelve a presuponer, como el de Jaca, que habiendo hijos, la división tiene lugar cuando el sobreviviente va a contraer segundas nupcias, añadiendo después, al final, un párrafo que falta en el Derecho de Jaca y que pone singularmente de relieve cómo la división se efectúa sólo por voluntad del cónyuge sobreviviente y no de los hijos (3).

(2) Fuero 8.º, *De communi dividundo* (copiado a la letra del de Estella): «Si filius remanserit puerulus et postea veniat ad perfectam aetatem et quesierit partem de mobili aut immobili sui patris, de his quae sunt in praesentia habebit partem sui patris...»

(3) «Tamen quocumque pater voluerit dare partem filiis, compellantur filii recipere, si incontinenti vult tradere eis partem ipsorum: aliter compelli non debet, idest si incontinenti nollet eis tradere. Idem est de matre».

Pero, además, el fuero primero, *De iure dotium*, introduce en el Derecho aragonés un principio nuevo: el de conservación, en todo caso por la viuda, de la tenencia de los bienes que hubo juntamente con su marido, es decir, tanto de los consorciales como de los privativos: *Defuncto viro, uxor vidua, licet ab eo filios habuerit, omnia quae simul habuerant possidebit, ea tamen vidua existente. Et licet non accipiat virum, si manifeste tenuerit fornicatorem vel adulterum, amitat viduitatem et dotes ac si duxisset virum.*

Del texto de dicho fuero se desprende que la mujer, tanto si tiene hijos como si no los tiene, debe retener la totalidad de los bienes que poseía juntamente con su marido mientras no contraiga nuevas nupcias y lleve vida honesta. Es dudoso si el fuero pretende atribuir a la viuda con hijos un derecho de usufructo o si le autoriza a continuar la comunidad contra la voluntad de éstos. Prácticamente ocurre lo segundo, por la dificultad de individualizar los muebles y por aplicación de los fueros del título *De secundis nuptiis*. Como quiera que sea, este fuero suele ser citado como fundamental en la concesión por la ley del usufructo de viudedad; usufructo que seguramente desde el momento en que comenzó a regir la norma que lo imponía se restringió a los inmuebles y así permaneció hasta la actual Compilación.

Con la restricción a los inmuebles se trataría quizá de evitar la inevitable confusión que del usufructo universal se produciría con la comunidad continuada; con tal restricción es fácil distinguir en la práctica el ejercicio de la viudedad de la continuación del consorcio: si se usufructúan los inmuebles y se dividen los muebles, o al menos se hace inventario de ellos, hay viudedad legal; si nada cambia en el estado de cosas anterior a la disolución del matrimonio hay comunidad prorrogada. La prórroga de la comunidad depende simplemente del hecho de la indivisión y así no se limita a los hijos.

Mientras que en los fueros, y sobre todo en el derecho vivo, que podemos conocer a través de los documentos más antiguos, la continuación del consorcio parece mostrarse como una forma comunitaria y familiar de explotación de bienes, sobre todo agrícolas, prevaleciendo el aspecto dinámico y productivo; en las observancias prevalece, por el contrario, el momento estático de indi-

visión de unos bienes muebles que no se han inventariado y pasan a primer plano las preocupaciones por la dificultad de la prueba de su pertenencia, obviada con una partición de todos los muebles de que al tiempo de dividir esté en posesión el viudo.

Observancia segunda, *De iure dotium*: *Nota quod de consuetudine Regni est quod mortuo altero coniugum omnia quae superstes expendidit non veniunt in divisione nisi esset factum inventarium de bonis mobilibus.*

Observancia 22.^a, *De iure dotium*: *Item maritus tenetur dividere omnia bona mobilia quae inveniuntur tempore divisionis, non illa quae fuerunt tempore mortis uxoris, nisi factum fuerit inventarium, iurando quod non apartavit aliquid de dictis bonis in fraudem.*

Observancia 57.^a, *De iure dotium*: *Item bona mobilia dicuntur consumpta et habentur pro consumptis quando non constat in quo fuerum possita...*

LA RIPA explica de esta manera la continuación del consorcio: «En llegando el caso de morir uno de ellos, las más de las veces, al menos muchísimas, sucede que no se hace inventario, empara ni otra diligencia relativa a la descripción de los muebles, ni hay quien luego inste la partición; por esto se haya prevenido en nuestras leyes que si ni a instancia del sobreviviente ni de los herederos del difunto no se hace legítima descripción, embargo, inventario u otra cosa que persuada que el sobreviviente o los herederos quieren separarse de la sociedad, continúa ésta no de la misma forma que si sobreviviese el marido, pero poco menos; porque mientras no se separe expresamente o por alguna de aquellas diligencias, puede gastar y consumir de lo que queda, aunque lo que se aumentare deberá entrar y quedar en la comunión» (4).

Si el viudo pasaba a segundas nupcias debía dividir los muebles y entregar su parte a los herederos del primer cónyuge. De no hacerlo así, estos herederos tendrían parte en todo lo que el viudo ganare con su segundo cónyuge, siendo distinta la división según se realizara durante las segundas nupcias, después de éstas o durante terceras o ulteriores.

(4) *Tratado de los derechos de los cónyuges en el matrimonio a los bienes que poseen durante él y de la división de ellos entre los mismos y sus herederos, en Ilustración segunda a los cuatro procesos forales de Aragón, Zaragoza, 1828, páginas 231 y sigs.*

Debe insistirse con RIVAS PÉREZ en que «es la dificultad de prueba, tanto en cuanto al origen de los bienes que existen en el acervo común en el momento de la división como respecto a los que existían al cesar el consorcio lo que constituye la justificación de la comunidad continuada. Los autores clásicos hablan de una presunción de voluntad de continuar el consorcio conyugal por el hecho de no dividir, pero lo que se desprende de las fuentes es que la llamada continuación de la comunidad se encierra en el mismo hecho de la indivisión» (5).

II

LA REGULACION DEL APENDICE (6)

El Apéndice, de acuerdo con sus precedentes (Proyectos 1899 y 1904, Memoria FRANCO y LÓPEZ...), pretendió mostrarse respetuoso con el Derecho de Observancias en tema de continuación de consorcio, introduciendo, sin embargo, algunas modificaciones—bien intencionadas, pero deficientemente realizadas—que pretendían prestar nueva vitalidad a la institución.

Según su articulado, «el fallecimiento de un cónyuge, si el matrimonio ha sido válido y no está decretada la separación de bienes al cesar el consorcio lo que constituye la justificación de la los herederos del finado»; sin embargo, «cuando al morir el marido o la mujer la sociedad conyugal no posea bienes algunos o los que existan sean por su naturaleza infructíferos, o no excedan de las deudas, se entenderá totalmente disuelta». Además, «la muerte del marido o de la mujer determinará la disolución inmediata de la sociedad cuando el superviviente y todos los herederos del finado así lo acuerden, al menos que el finado en su testamento o en capitulación matrimonial haya prohibido a éstos que promuevan la disolución durante la viudez del sobreviviente; prohibición que les obligará, aunque sean herederos forzosos, mientras tanto que el

(5) *Esquema de la comunidad legal continuada aragonesa en el Derecho de los Fueros y Observancias*, en *Homenaje a la memoria de don Juan Moneva y Puyol*, Zaragoza, 1954, pág. 639.

(6) Véase DELGADO ECHEVERRÍA, *La comunidad conyugal continuada en el Apéndice aragonés*, ADA, XIII, págs. 181-295.

viudo no se haga sospechoso de mala administración»; y «no estorbándolo la prohibición antedicha, cualquiera de los herederos del cónyuge finado puede pedir la disolución de la sociedad continuada en lo que le afecta» (art. 53).

Con ello parece que la continuación del consorcio es un efecto automático de la muerte de uno de los cónyuges—siempre que se den los requisitos que hemos visto—, del mismo modo que la comunidad conyugal fue efecto de la celebración del matrimonio. Los autores especulaban, sin embargo, sobre la base de una presunción de voluntad de los interesados, o del viudo o incluso del difunto.

Novedad importante (además de la cesación de la sociedad continuada por el hecho de contraer el supérstite segundas nupcias, a menos que todos los partícipes acordaran proseguirla) fue la introducción del elemento «trabajo en familia». Seguía diciendo el párrafo primero del artículo 53: «Siquiera (esta sociedad continuada) quede circunscrita a los bienes comunes existentes y a los aumentos que con ellos y con los peculiares de cada partícipe se obtengan *trabajando en familia*; de modo que la sociedad continuada no comprenderá los bienes y derechos que durante la continuación adquieran los interesados por separado del caudal común». Este punto, por constituir novedad, por sus defectos técnicos y por sus notables consecuencias prácticas, fue el que mayores dudas y problemas hubo de suscitar.

La intención del legislador del Apéndice al introducir el elemento de «trabajo en familia» (tomado del Proyecto de 1904, artículo 38) parece haber sido evitar las posibles injusticias producidas al atribuir a los herederos la mitad de los productos que el viudo haya adquirido con su propio trabajo, y en esta intención de equidad encuentra su justificación. Pero hay que convenir con LACRUZ en que los problemas que esta encomiable idea del legislador presentaba en la práctica eran muy complejos (7).

La doctrina más extendida entendió que el trabajo en familia era un requisito para la continuación de la comunidad, sin el cual debía considerarse disuelta. «Es el trabajo en familia, con los bienes comunes y con los propios de cada partícipe—escribía CAMÓN AZNAR—, el elemento primordial determinante de la existencia de

(7) LACRUZ-SANCHO, *Derecho de Familia*, Barcelona, Bosch, 1966, pág. 274.

la continuación de la sociedad conyugal» (8). En mi opinión, sin embargo, en la normativa del Apéndice, la comunidad conyugal continúa tanto si los partícipes trabajan en común como en el caso contrario; ahora bien, la presencia o no de este trabajo tendrá consecuencias importantísimas en orden a la composición del patrimonio de la sociedad y, por tanto, sobre los derechos de los partícipes a la disolución de la misma. Puede advertirse la presencia de dos tipos de sociedad continuada, diferenciados precisamente por el elemento «trabajo en familia».

a) Si no hay trabajo en familia, los aumentos que por su cuenta consigan los herederos y el supérstite con sus propios bienes no forman parte de la comunidad. En cuanto a los aumentos producidos por los bienes comunes, pertenecerán al viudo, si tiene viudedad sobre los bienes, y en los que excedan ingresarán en el patrimonio común, como accesiones del mismo, y serán repartibles en su día y caso. Por lo demás, se aplica la regulación legal de la continuación del consorcio, en especial por lo que se refiere a los poderes de representación y gestión del viudo, quien, además, obra con base en los artículos 55-3.º y 71.

b) Si todos los partícipes trabajan en familia se hacen de la sociedad y se dividirán por mitad entre el viudo y los herederos del premuerto en su momento tanto los aumentos de los bienes comunes como los de los privativos de cada partícipe alcanzados en la colatoración del trabajo familiar. En este caso, el usufructo legal del viudo permanece en suspenso: «Cuando la sociedad legal subsista continuada, simultáneamente con la viudedad legal, los aumentos o productos que se obtengan trabajando en familia con los bienes peculiares de cada consorte y con los comunes no pertenecerán exclusivamente al supérstite, sino que acrecerán al caudal divisible en su día y caso» (art. 72, regla 4.ª «En cuanto a los derechos»).

En cualquier caso, «el disfrute de la viudedad legal por el sobreviviente puede coexistir con la sociedad continuada entre éste y los herederos del finado; pero la viudedad universal, al contra-

(8) *Regulación de la sociedad conyugal continuada en Aragón*, en *Homaje a la memoria de don Juan Moneva y Puyol*, Zaragoza, 1954, pág. 232.

rio, determina la inmediata disolución de la sociedad conyugal por muerte de uno de los consortes» (art. 64-2.º).

Ahora bien, en Aragón es normal que el viudo incumpla la obligación de inventario que en el plazo de cincuenta días le imponía el artículo 68 del Apéndice, sin que los herederos se la exijan, disfrutando el viudo de los bienes sin contradicción y sin que se proceda a dividirlos. En estas situaciones de indivisión prolongada, no por anómalas menos reales, aun cuando por fuerza de la interpretación dominante sobre el trabajo en familia no se quisiera ver una verdadera comunidad conyugal continuada, no podía dejarse de apreciar la producción de algunos de sus efectos: en especial la administración por el viudo y la legitimación de éstos en todos los pleitos en que fuera parte la comunidad (sentencias A. T. Z. de 6 de enero de 1957 y 6 de abril de 1961). LORENTE se ocupó de individualizar estas situaciones, hablando en estos casos de «seudo-sociedad conyugal continuada», «consorcio o comunidad *sui generis*», «consorcio continuado o similar» (9).

III

LA COMPILACION. IDEA GENERAL

La regulación del Apéndice era deficiente y objeto de críticas por todos los que de ella se ocuparon. Tampoco podía pensarse en la vuelta pura y simple a las observancias, en las que la preocupación por las dificultades de prueba, el papel casi mágico del inventario y la falta de comprensión de la dinámica de los patrimonios familiares hacían del consorcio prorrogado algo muy cercano a una comunión incidental, una mera situación provisional de indivisión. El camino emprendido por la Compilación puede interpretarse, a la vez, como una vuelta al Derecho consuetudinario más antiguo y una atención realista a los problemas actuales de la economía de la empresa media de carácter familiar.

Además, recogiendo la experiencia de las situaciones de indivisión mantenidas largamente en el tiempo, sobre todo como con-

(9) *La omisión del inventario en la viudedad*, en *Homenaje a la memoria de don Juan Moneva y Puyol*, Zaragoza, 1954, pág. 509.

secuencia práctica del ejercicio de la viudedad, se dedican varias normas a la administración por el viudo en estos supuestos. Aunque no se habla en estos casos de simple indivisión con administración por parte del viudo de comunidad conyugal continuada (expresamente se dice que la comunidad conyugal ha quedado disuelta por muerte de uno de los cónyuges), se les aplica una normativa que recoge el espíritu, y aun parcialmente la forma, de la regulación de observancias: el artículo 53. No me ocupo de estos supuestos en el presente trabajo.

A la comunidad conyugal continuada se dedica un título, el quinto del libro I, separado del correspondiente al régimen económico matrimonial, con lo que los perfiles de la institución se destacan con notable claridad. Es básica—y constituye novedad—en esta comunidad continuada la exigencia de que los principales ingresos de la sociedad conyugal provengan de explotaciones agrícolas, ganaderas, industriales o mercantiles; esto supuesto, la continuación puede ser forzosa (por pacto en capítulos o disposición en testamento) o voluntaria; esta última, sólo posible si queda descendencia del matrimonio. Se presta notable atención a la presencia de descendientes, llegando a configurar una forma de continuación forzosa cuando entre los descendientes que sucedan en todo o parte de la explotación hubiera alguno menor de edad y no quedaren otros descendientes habidos por cualquiera de los cónyuges en anterior matrimonio.

Además, se hace compatible la comunidad continuada con la viudedad universal; innovación importante, ya que de otro modo la continuación de la comunidad se haría casi ilusoria, supuesta la extensión por ley del usufructo de viudedad a todos los bienes del cónyuge primeramente fallecido.

Los diferentes supuestos de continuación de la comunidad conyugal se regulan en los artículos 60 y 61 (libro I, título V, capítulo primero, «Normas generales»).

Artículo 60. Uno. Continuará entre el sobreviviente y los herederos del premuerto la comunidad existente al fallecimiento de uno de los cónyuges, siempre que los principales ingresos de la sociedad conyugal provengan de ex-

plotaciones agrícolas, ganaderas, industriales o mercantiles:

1.º Obligatoriamente, si así se hubiera pactado en capítulos o dispuesto en testamento mancomunado por ambos cónyuges.

2.º Potestativamente, si, aun sin pacto o disposición, hubiese quedado descendencia del matrimonio.

Dos. La comunidad continuada es compatible con la viudedad universal.

Artículo 61. Continuación con los descendientes.

Uno. En caso de no haberse pactado en capítulos o dispuesto en testamento mancomunado, para la continuación de la comunidad con los descendientes se requiere la voluntad concorde de todos los interesados. Se entenderá que hay acuerdo tácito de continuarla si en el término de un año, a contar del fallecimiento del cónyuge premoriente, ninguno de los interesados notifica en forma fehaciente a los restantes su voluntad en contrario.

Dos. No surtirá efecto la voluntad en contrario si entre los descendientes que sucedan en todo o parte de la explotación hubiera alguno menor de edad y no quedaren otros descendientes habidos por cualquiera de los cónyuges en anterior matrimonio.

IV

LOS SUPUESTOS DE HECHO PARA LA CONTINUACION DE LA COMUNIDAD

La sociedad conyugal tan sólo debe continuar en los supuestos taxativamente señalados por la ley, y nunca en ausencia de alguno de los requisitos legales; la voluntad de los interesados nunca podría configurar, fuera de estos casos, una sociedad como la que la Compilación regula en los artículos 60 y siguientes. Dados estos

requisitos, la voluntad privada puede hacer obligatoria la continuación o bien impedirla o aun alterar dentro de ciertos límites la estructura y el funcionamiento de la comunidad.

En principio el problema es muy simple: cuando se disuelve un matrimonio por muerte de uno de los cónyuges y el régimen económico de este matrimonio comporta un patrimonio común, cuyos principales ingresos provengan de explotaciones agrícolas, ganaderas, industriales o mercantiles, son eficaces los pactos y disposiciones por los que ambos cónyuges hacen obligatoria la continuación; en ausencia de estos pactos o disposiciones, sólo si ha quedado descendencia del matrimonio puede continuar la comunidad, y continuará sin más si ninguno de los interesados notifica a los demás su voluntad en contrario (a esto se reduce, como veremos, el «acuerdo tácito»), y de manera forzosa si entre los descendientes que sucedan en todo o en parte de la explotación hay algún menor de edad. Examinaremos primero los requisitos comunes a todos los casos, que son los que se deducen del párrafo primero del artículo 60, para estudiar después los peculiares de la continuación forzosa y de la potestativa.

Son en cualquier caso requisitos necesarios para la continuación de la comunidad conyugal en Aragón los siguientes:

a) *Muerte de uno de los cónyuges*.—Sólo cuando el matrimonio que dio origen a la comunidad conyugal se disuelve por muerte de uno de los cónyuges puede producirse la continuación de esta comunidad. Se excluyen todos los demás supuestos, tanto de disolución del matrimonio (divorcio vincular, dispensa *super ratum*, privilegios paulino y petrinio) como de disolución de la comunidad de bienes (declaración de nulidad, separación de bienes por separación personal, interdicción o ausencia). Las fuentes históricas hablaban siempre de fallecimiento de un cónyuge, sin aludir a otros supuestos ni siquiera para excluirlas. El artículo 60 parte de la misma idea, tan básica, que no desarrolla expresamente, pero que, sin lugar a dudas, recoge al establecer la posibilidad de continuación «al fallecimiento de uno de los cónyuges» «entre el sobreviviente y los herederos del premuerto».

En cuanto a la declaración del fallecimiento de uno de los cónyuges, puesto que produce la apertura de la sucesión del ausente o desaparecido (art. 196 del Código civil), no parece ha-

ber obstáculo en que la comunidad conyugal continúe entre el cónyuge presente y los herederos del declarado fallecido (a menos que con anterioridad se haya instado la separación de bienes consiguiente a la declaración de ausencia). Es más, el régimen de la comunidad continuada es más adecuado para la protección de los eventuales derechos del ausente en caso de que vuelva o se pruebe su existencia que la aplicación del Código civil.

b) *Régimen preexistente de comunidad.*—No es preciso que el régimen de bienes durante el matrimonio haya sido el legal, sino que cualquiera de ellos que comporte un patrimonio común es bastante para sostener la continuación. Por tanto, la continuación de la comunidad es posible también cuando el régimen del matrimonio disuelto haya sido regulado por capitulaciones matrimoniales (que establezcan, por ejemplo, una comunidad universal o reducida a los gananciales, etc.), siempre que los cónyuges no la hayan excluido expresamente en sus pastos y no hayan optado por la separación de bienes.

En el Apéndice derogado, con base en la doctrina desarrollada bajo el Derecho de Observancias, se exigía algo más que la vigencia de un régimen de comunidad en abstracto y la existencia consiguiente de un patrimonio común: se exigía que en el patrimonio hubiese bienes, que éstos fueran fructíferos por naturaleza y que resultasen superiores a las deudas (art. 53-4.º Apéndice). No estaba claro qué debía entenderse por bienes fructíferos por naturaleza (quizá, en la intención del legislador, sólo los que producen frutos naturales, lo cual no resulta muy comprensible), ni cuándo debía resultar la superioridad del activo (requisito que más parecía una reminiscencia de la ya antigua posición jurisprudencial que exigía la liquidación de la sociedad conyugal para apreciar la existencia de bienes gananciales). La Compilación no recoge ninguna de estas exigencias, que en cierto sentido son sustituidos por la muy importante de la procedencia de los ingresos de la comunidad.

c) *Ingresos procedentes de explotaciones agrícolas, ganaderas, industriales o mercantiles.*—Una de las finalidades perseguidas con la continuación del consorcio, quizá la más importante, es la de conservar la cohesión del patrimonio y del grupo familiares, no simplemente prolongar la indivisión—que, en cuanto tal, puede

no responder a ningún interés—, sino mantener los medios de producción con que cuenta el grupo familiar en la misma eficacia económica alcanzada con anterioridad a la muerte de uno de los cónyuges, manteniendo asimismo una similar distribución de los beneficios.

En el terreno económico, la familia no es hoy normalmente, sobre todo en la ciudad, una unidad de producción: hoy es, ante todo, un grupo primario de consumo, con caracteres propios dentro de la economía de mercado (10); pero no se excluye que el grupo familiar pueda desempeñar todavía funciones de entidad productora, principalmente en el sector primario, y en la pequeña empresa de tipo artesano, susceptible de desenvolverse con la sola participación del trabajo del grupo familiar (11).

Por otra parte, el grupo familiar, sin constituirse en unidad de producción, puede, a través de sus miembros, ser titular de los medios de producción y dador de trabajo asalariado, manteniendo estrecha vinculación con la empresa a través de la dirección personal de la misma y la repercusión directa de los resultados de

(10) Y las consecuencias jurídicas de esta función económica serán muy importantes; por ejemplo, en materia de cargas del matrimonio, o de alimentos entre parientes.

(11) Mauricio SERRAHIMA (*Derecho de Familia y Derecho de Empresa*, ADA, X, 1959-1960, págs. 409-412) enfoca todo el Derecho familiar catalán bajo el prisma de la empresa familiar agrícola, cuya continuidad pretende proteger aquel Derecho, sobre todo a través de la regulación de la sucesión de los administradores del patrimonio y de la empresa agrícola familiar. Análoga consideración podría hacerse para el Derecho familiar aragonés.

La «casa» aragonesa, como la catalana, la navarra, la casería asturiana y vizcaína, cualesquiera sean sus notables diferencias, coinciden todas en constituir una empresa familiar agrícola (cfr. MARTÍN BALLESTEROS, *La casa en el Derecho aragonés*, Zaragoza, 1944).

En el Derecho común se encuentran numerosas alusiones al trabajo familiar. La Ley de Contratos de Trabajo, de 26 de enero de 1944, excluye de su ámbito de aplicación «los trabajos de carácter familiar, donde solamente estén ocupadas personas de la familia o por ella aceptadas, mientras que los que trabajen no se consideren asalariados» [art. 2.º, a)]. El artículo 4.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos (11 de junio de 1964) se refiere a la «pequeña industria doméstica» ejercitada por el inquilino, su cónyuge, o determinados parientes. El Reglamento de Arrendamientos Rústicos (29 de abril de 1959), al definir el «cultivador directo y personal» (art. 83-3.º) lo amplía al caso en que las operaciones agrícolas se realicen «por los familiares (del arrendador o del arrendatario) en su más amplio sentido, que con él convivan bajo su dependencia económica»; estos familiares son los que el artículo 86 denomina «familiares cooperadores».

En el Derecho agrario puede considerarse como fundamental el concepto de «empresa familiar agrícola».

su gestión sobre los consumos familiares. Puede hablarse también de empresa familiar en este segundo sentido.

En cualquiera de los casos apuntados, las interrelaciones empresa-familia se producen en ambos sentidos. En particular las vicisitudes del grupo familiar producen sus efectos en las actividades de producción: la edad de sus miembros, sus matrimonios, el régimen de bienes de los mismos, la muerte y la transmisión *mortis causa*, etc. Aunque no sin entrar en contradicción con la organización actual de la producción predominantemente a través de las grandes empresas de capitales y la gestión directa del Estado, el Ordenamiento jurídico procura garantizar la continuidad de la empresa familiar, tanto en interés de la familia como de la producción.

En esta perspectiva debe verse la norma que comentamos. Como advierte LORENTE (12), «la alusión a la principal fuente de ingresos de la sociedad conyugal, referida a explotaciones agrícolas, ganaderas, industriales y mercantiles, responde al designio de compaginar el espíritu del Derecho civil aragonés con las exigencias de la civilización industrial y de la economía neocapitalista. La coincidencia del principio de conservación del patrimonio familiar con las consignas sobre estructuras mínimas de las empresas infunde vigencia social a esta institución, que resulta actualizada». El legislador aragonés, con fuerte base en la tradición jurídica de la tierra (el Derecho aragonés se formó en una sociedad en que el grupo familiar de producción agrícola revestía una importancia primordial) ha creado una normativa en la que para casos concretos se asegura la permanencia en el tiempo de las explotaciones familiares (13).

(12) En *Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza*, 1 de julio de 1967, página 96.

(13) Obsérvese además cómo los principios familiares se sobreponen a los puramente económicos en la regulación de las explotaciones familiares: en los artículos 64 y 65 la prestación de trabajo en actividades de dirección o realización viene exigida a los miembros del grupo familiar atendiendo a criterios extraeconómicos, de situaciones personales, capacidades y exigencias del patrimonio; haciéndose depender el derecho de alimentos de cada miembro (o mejor, el derecho a ser atendido en sus necesidades en el seno del grupo familiar) de su efectiva colaboración, medida con los mismos criterios. El grupo familiar es el ámbito humano en que puede aplicarse con normalidad el principio comunista de participación en el trabajo según las propias posibilidades, y participación en los beneficios según las propias necesidades, y a tal criterio se adapta la Compilación en las normas que consideramos.

El primer problema que surge es el del concepto mismo de explotación agrícola, ganadera, industrial o mercantil. La Compilación lo emplea en otros lugares (arts. 39-1.º, 58-2.º, 72-2.º, 102-1.º), pero no pretende en ningún momento definirlo ni da indicación alguna para su determinación. Obsérvese que evita el término de «empresa», utilizando el más anodino de explotación, probablemente para indicar todo conjunto de bienes orgánicamente relacionados entre sí, sobre los que se ejercita una actividad laborativa mediante la cual son susceptibles de producir beneficios.

Si la explotación, ya durante el matrimonio, se desarrollaba bajo la forma de sociedad con personalidad jurídica, parece que debe excluirse la continuación. «Es aventurado todavía—observa LORENTE SANZ (14)—el apuntar soluciones para esta hipótesis; pero bueno será recordar que si la sociedad mercantil constituida con personalidad jurídica cumple todos o casi todos los objetivos de la comunidad continuada (cohesión o conservación del grupo familiar mediante cláusulas de preempción y retracto de participaciones), incluso los de indole económica, no parece que sea necesario ni conveniente que los continuadores de la sociedad conyugal se acojan al régimen de comunidad continuada.» Parece imposible superponer la comunidad conyugal continuada, dada la estructura organizativa de criterio familiar y jerárquico que determina la Compilación, a una sociedad mercantil previamente constituida, quizá entre los mismos familiares, que explote los bienes comunes, ya que su organización y funcionamiento serán diferentes y sometidos a la normativa general de las sociedades mercantiles.

No se acaban con esto los problemas. Es el mismo LORENTE quien prosigue: «La circunstancia constitutiva de que los principales ingresos de la sociedad conyugal procedan de explotaciones agrícolas, ganaderas, industriales o mercantiles hará que incida sobre la comunidad continuada toda la problemática del Derecho de la empresa, especialmente la del usufructo y la sucesión hereditaria en la misma. Deudas, amortizaciones, financiación, capitalización, mejoras, ampliaciones del negocio, creación de otros nuevos, etc., todo ello abre un ancho campo a los estu-

(14) Op. cit., pág. 95.

diosos de los problemas de la comunidad continuada en sus relaciones con el Derecho económico y mercantil; incluido, por supuesto el ordenamiento de las situaciones concursales y la consideración de la comunidad desde el punto de vista tributario. No se olvide que al Impuesto de Renta de Sociedades están sujetas las comunidades de bienes que explotan algún negocio cuyos rendimientos deban ser gravados en el Impuesto Industrial, cuota de licencia» (15). No puedo—por falta de fuerzas—seguir la invitación de este autor tendente al estudio de este interesante aspecto de la comunidad continuada.

Cabe observar—para situar la problemática en sus justos términos—que la explotación puede no pertenecer al patrimonio común, sin que ello obste para que la comunidad continúe. Es decir, se exige que los principales ingresos comunes sean procedentes de una explotación, pero nada se precisa sobre la titularidad de la misma, que lo mismo puede ser común que corresponder al viudo o al cónyuge premuerto como bienes privativos. Y la hipótesis en que la explotación sea ajena a la comunidad no será rara, ya que el apartado primero del artículo 39 considera aportadas al matrimonio como sitios (y, por tanto, las excluye de la comunidad) las explotaciones de que hablamos. No hay, pues, ninguna dificultad en que continúe entre el viudo y sus hijos una comunidad conyugal cuyos principales ingresos procedían de la explotación privativa del cónyuge difunto (antes bien, tal continuación será obligatoria en el supuesto del apartado segundo del artículo 61).

En este caso no hay cotitularidad sobre la explotación, que pertenece íntegramente a los herederos del difunto. El viudo tendrá la posesión y administración de la misma, precisamente en ejercicio de su viudedad; si por cualquier causa carece de ésta, podrá tener como representante legal de sus hijos menores o voluntario de los demás herederos; si tampoco esto, la administración de la explotación corresponde a los titulares o sus representantes. La comunidad continuada alcanza sólo a las ganancias. Si la explotación es propia del sobreviviente, la comunidad conyugal podrá continuar (si ha quedado descendencia del

(15) Op. cit., pág. 99.

matrimonio), pero no se impondrá forzosamente, ya que los descendientes no serán sucesores en la explotación.

Por último, cuando los ingresos procedentes de la explotación se consideren los «principales» de la comunidad conyugal, es cuestión que deberá examinarse en cada caso; con las dificultades consiguientes cuando la continuación se produzca sin acuerdo expreso, ya que los problemas se plantearán, quizá años después, al pretenderse la división. Parece que han de ser principales en forma absoluta (más del 50 por 100 de los ingresos del consorcio), sin que baste con que sean superiores a los de las demás fuentes de ingresos individualmente consideradas.

V

CONTINUACION PACTADA EN CAPITULOS O DISPUESTA EN TESTAMENTO

En Aragón, como en los demás territorios forales, los capítulos no son simplemente el instrumento en que se realizan las aportaciones de bienes y se establece el estatuto que ha de regir los derechos patrimoniales de los cónyuges durante el matrimonio, sino que contienen tradicionalmente la previsión de todas las eventualidades familiares más allá de la muerte de los cónyuges que los otorgan, asegurando la situación del cónyuge viudo y la sucesión en el patrimonio familiar, tendiendo siempre a la conservación de la casa en manos de las futuras generaciones. Cabe perfectamente en su contenido el establecimiento de la continuación de la comunidad conyugal a la muerte de uno de los cónyuges, prohibiendo a los herederos del premuerto instar la división del consorcio (16).

(16) BARRACHINA (*Derecho foral español*, Castellón, 1911, t. I, pág. 161) admite, para el Derecho de Observaciones, la posibilidad de regular en capítulos esta continuación: «Como en éstas (capitulaciones) pueden establecer los cónyuges todo cuanto tengan por conveniente acerca del régimen económico de la familia y destino de los bienes, no vemos razón que impida que establezcan los pactos de esa asociación familiar, impropriamente llamada legal, en la cual podemos decir continúa, en espíritu, el cónyuge fallecido y siguen estrechados los vínculos del parentesco».

Si la continuación se ha pactado en capítulos, el viudo no podrá pedir la división (división que en el Derecho vigente favorecería sus intereses, ya que pasaría a percibir todos los frutos de los bienes como usufructuario universal, sin compartirlos con los herederos). Tampoco podrán pedirla los herederos—que no son parte en los capítulos—, aunque sean legitimarios, sin que esto deba extrañarnos, ya que con la prohibición de dividir se les favorece con respecto a la situación legal con usufructo del viudo.

A las mismas consecuencias puede llegarse a través de la disposición establecida en testamento por ambos cónyuges (17). Testamento que ha de ser mancomunado (no exigían esto los Anteproyectos: *cfr.* art. 130 Ant. 1962 y art. 126 Ant. 1963), en los que la obligación recíproca de continuar el consorcio habrá de considerarse como constituyendo disposiciones correspectivas o recíprocamente condicionadas a todos los efectos que de este carácter hace derivar la Compilación. No hay inconveniente en que ambos cónyuges en su testamento mancomunado establezcan la continuación para el caso de morir uno de ellos y no el otro.

Puede todavía especularse sobre la continuación impuesta por un cónyuge en su propio testamento a sus herederos. Esta continuación obligatoria, bajo la forma de prohibición de pedir la disolución, estaba prevista expresamente en el Apéndice para mientras el supérstite se conservara viudo y no se hiciera sospechoso de mala administración (arts. 53-2.º y 31-2.º, no del todo coincidentes) (18).

(17) En el testamento de Sancho Galíndez, fechado en 1066 (*cit.* por LACRUZ, *El régimen matrimonial en los fueros de Aragón*, ADA, 1946, pág. 121), se encuentra la siguiente cláusula: *Ego, Sancto Galindiz supra nominato, mando et destino quod si vixerit super me coniugi mea domina Urraca in suos dies tandiu illa fuerit non partant ad illa ullo de suos filios in toto isto quod est supra scripto, nisi illum que illa eis quisierit dare pro grato et sine fortia, et habeat mea anima comendata. Similiter ego Urraca, mando et sic destino ut si vixerit supra me isto seniore meo supra scripto, in suos dies tandiu ille fuerit, non ei partant suos filios nec ullos meos causa, et habet mea anima comendata.*

(18) Decía así el artículo 53-2.º:

«La muerte del marido o de la mujer determinará la disolución inmediata de la sociedad cuando el supérstite y todos los herederos del finado así lo acuerden, a menos que el finado, en su testamento o en capitulación matrimonial, haya prohibido a éstos que promuevan la disolución durante la viudez del sobreviviente; prohibición que les obligará, aunque sean herederos forzo-

La continuación no se le imponía al viudo; esto no podía hacerlo el otro cónyuge por sí solo, ya que sería tanto como privarle unilateralmente del ejercicio de la viudedad legal, sino que se dejaba a la voluntad de éste el continuar o no, sin que los herederos pudieran oponerse. Pienso que tal prohibición sería perfectamente válida en el nuevo Derecho, con límites semejantes a los que tenía en el antiguo, que se impondrían ahora por la vía del artículo 68.

Tanto en el caso de pacto en capítulos como en el de disposición en testamento se requiere que los principales ingresos de la comunidad conyugal provengan de explotaciones agrícolas, ganaderas, industriales o mercantiles. Este requisito parece que ha de darse en el momento del fallecimiento de un cónyuge (siendo indiferente su existencia en el momento de la confección de la capitulación o testamento), funcionando como *conditio iuris* de eficacia. No se precisa, en cambio, que el matrimonio tenga descendencia y menos que ésta viva al morir uno de los cónyuges, con lo que en estos casos, y sólo en estos casos, la comunidad puede estar formada por el viudo y herederos del premuerto no descendientes de ambos.

Por lo demás, es claro que los cónyuges podrán configurar la continuación del consorcio con notable libertad, del mismo modo que pueden hacerlo respecto de la comunidad durante el matrimonio; es difícil señalar con qué límites, pareciendo los más claros los que más inmediatamente derivan de la naturaleza familiar de la institución. Así, no podrán privar de la administración al cónyuge viudo, ni alterar los sujetos de la comunidad (cónyuge viudo y herederos del premuerto) ni admitir la libre disposición de la posición de comunero. Si se traspasan estos límites (o los que se suponga elementos mínimos para que la comunidad continuada no se desnaturalice), la voluntad de los cónyuges puede ser eficaz; pero no podrá hablarse de comunidad conyugal continuada, sino que ésta se convertirá en una comunidad voluntaria

sos, mientras tanto que el viudo no se haga sospechoso de mala administración».

Y el artículo 31-2.º:

«Puede prohibir (el testador) a los descendientes que promuevan la disolución de la sociedad conyugal continuada, mientras el cónyuge superviviente se conserve viudo y no se haga sospechoso de mala administración, salva siempre la obligación de prestar éste a aquellos alimentos adecuados».

o indivisión *sui generis*. Como en toda la vida jurídica, la apariencia no podrá ser desdeñada, especialmente por lo que respecta a terceros (19).

VI

CONTINUACION CUANDO QUEDA DESCENDENCIA. LA «PRE-SUNCION DE ACUERDO TACITO» Y LA NOTIFICACION DE LA VOLUNTAD EN CONTRARIO

Fuera del caso en que la voluntad de los cónyuges haya establecido la continuación, no bastan los requisitos hasta aquí enumerados, sino que es necesario además que haya quedado descendencia del matrimonio; es decir, que éste haya sido fecundo y que en el momento de su disolución todavía viva algún descendiente. Con ello se evitan situaciones, totalmente injustificadas, de continuación del consorcio con herederos extraños a la familia, manteniéndose con mayor pureza el carácter familiar de la comunidad, a la vez que se recogen las tendencias de nuestro Derecho más antiguo (20).

(19) Cfr. LORENTE SANZ, op. cit., pág. 98

(20) Para el Derecho medieval, véase LACRUZ, *El régimen matrimonial de los fueros de Aragón*, ADA, 1946, especialmente pág. 121.

En el Congreso de jurisconsultos aragoneses de 1880 la sección correspondiente hizo al pleno la siguiente propuesta, sobre el tema III del capítulo III del cuestionario: «2.º Caso de que el Congreso no aprecie esta modificación que la sección propone se introduzca en el derecho de viudedad (modificación que consistía en la extensión por ley de la viudedad a los bienes muebles, sin que en tal caso se dé lugar a la continuación de la sociedad conyugal, y que fue aprobada por el Congreso), y que subsista lo que hoy está vigente, o sea, la *sociedad conyugal continuada*, únicamente debe existir cuando los herederos del cónyuge premuerto fueren sus hijos, por lo que respecta a los bienes muebles no inventariados, y aún en este caso sólo continuará durante la vida del cónyuge sobreviviente si permanece viudo.

De modo similar, el Proyecto RIPOLLÉS reducía la comunidad al supérstite y los hijos comunes (art. 128). Sin embargo, el Proyecto GIL BERGÉS la extiende a todos los sucesores del premuerto (art. 38), y el mismo camino siguió el Apéndice (art. 53).

La tendencia a reducir la comunidad al solo caso de haber descendientes comunes es compartida por las legislaciones extranjeras que admiten alguna especie de continuación de la sociedad conyugal, como el Derecho alemán, el de los Países Bajos y el de Suiza, con variantes (en el Derecho alemán, todos los descendientes comunes llamados por la Ley a la herencia; en el Derecho suizo, sólo en caso de pacto entre el sobreviviente y los hijos; en los Países Bajos, sólo en favor de los descendientes menores de edad: KIPP y WOLFF, *Derecho de Familia*, pág. 445, ed. esp.).

Obsérvese, con todo, que la condición de miembro de la comunidad deriva de la de heredero del cónyuge difunto y no directamente de la de descendiente del matrimonio. El legislador parece pensar en el supuesto, normal quizá, pero no único, en que, bien por deferirse la herencia *abintestato*, bien por voluntad del causante, los descendientes son herederos y no hay más herederos que ellos; sin reparar en la posibilidad de herederos extraños que concurren con los descendientes e incluso excluyendo a éstos, que pueden ver satisfecha su legítima sin atribución del título de heredero a ninguno de los legitimarios (21).

Si ninguno de los descendientes es heredero, la comunidad no puede continuarse con los descendientes (lo impide el inicio del artículo 60) ni probablemente con los herederos, salvo que se hubiera pactado en capítulos o dispuesto en testamento. Pero siendo heredero alguno de los descendientes—y, en consecuencia, miembro de la comunidad—no debe excluirse que pueda ser miembro también un eventual heredero extraño.

A esta última afirmación podría oponerse la rúbrica del artículo 61, así como el inciso de su párrafo primero «para la continuación de la comunidad *con los descendientes...*», que parecen excluir a cualquier otro partícipe. La opinión afirmativa se apoya en el número 2.º del apartado 1.º del artículo 60 y en la evolución que ha seguido el texto del artículo 61 desde los Anteproyectos; además, en la anormalidad que supondría hacer imposible la continuación cuando los descendientes compartan la herencia con extraños, aun contra la voluntad concorde de todos los interesados; anormalidad que, en su caso, resultaría totalmente contraria a la finalidad pretendida en el apartado 2.º del artículo 61.

El texto del artículo 61, como digo, ha sufrido diversas alteraciones hasta llegar a la redacción definitiva. Alteraciones que, si bien no cambian su sentido general, matizan en varios modos el acuerdo tácito de los interesados y la obligatoriedad de la continuación habiendo descendientes menores de edad.

Para su mejor comprensión, convendrá tener a la vista los antecedentes, incluyendo la parte correspondiente al actual artículo 60.

(21) Supuesto extraño, se dirá, pero muy posible, dentro de la normativa de la Compilación: Véase LACRUZ BERDEJO, en el *Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza*, 1 de julio de 1967, pág. 102.

Anteproyectos de 1962 y 1963. Título V: de la comunidad conyugal continuada. Capítulo primero: Normas generales.

Artículo 130 (126 del Ant. 1963). *Cuándo tiene lugar.*—Al fallecer uno de los cónyuges, constante un régimen de comunidad, si los principales ingresos de la sociedad conyugal proviniesen de explotaciones agrícolas, ganaderas, industriales o mercantiles podrá continuar la comunidad entre el supérstite y los herederos del premuerto: 1.º Cuando se haya pactado así en capítulos o dispuesto por ambos cónyuges en testamento. 2.º Cuando el matrimonio tenga descendencia. La comunidad continuada es compatible con la viudedad universal.

Artículo 131 (127 del Ant. 1963). *Continuación obligatoria.*—La continuación de la comunidad será obligatoria en el caso del número 1.º del artículo anterior y cuando algún descendiente que suceda en todo o en parte de la explotación sea menor de edad y no haya descendientes de otro matrimonio de los cónyuges.

Artículo 132 (128 del Ant. 1963). *Continuación presunta.* (Continuación tácita en el Ant. 1963.)—Con la salvedad de lo prescrito en el artículo anterior, en el caso del número 2.º del artículo 130 (126 del Ant. 1963), la sociedad conyugal se entenderá que continúa si en el término de un año siguiente al fallecimiento de un cónyuge el supérstite no notifica en forma fehaciente a los descendientes partícipes en la explotación, o cualquiera de éstos a aquél y a los demás, su voluntad contraria a la continuación.

En la Comisión de Codificación se introdujeron modificaciones un poco por todo, mejorando en ocasiones el texto (como en el párrafo primero del art. 60) y haciéndolo menos claro (por lo menos a primera vista), sobre todo en el artículo 61. Se llegó así a un primer texto (julio de 1965) en el que, aparte de otros retoques, se refunden en un solo artículo los 127 y 128 del Anteproyecto de 1963, que se titulará «Continuación con los descendientes», en que se requiere la voluntad concorde de los interesados, introduciéndose el acuerdo tácito y dejándose de llamar continuación obligatoria a la que se produce en caso de descendientes menores (22).

(22) Texto de julio de 1965.—*Cuándo tiene lugar.*—Artículo 59. Uno La comunidad existente al fallecimiento de uno de los cónyuges continuará entre el sobreviviente y los herederos del premuerto en cualquiera de los casos siguientes: 1.º Que así se hubiera pactado en capítulos, o dispuesto en testa-

En este texto todavía está muy claro que los herederos extraños también pueden ser partícipes de la comunidad concurriendo con descendientes.

El artículo 61 actual (el 60 pasaría directamente a su forma definitiva) aún sufrirá nuevas redacciones (marzo y mayo de 1966) (23).

Con todos estos textos a la vista (cuyo valor, ciertamente, es el de mero material preparatorio en la tarea legislativa, pero que mientras no tengamos jurisprudencia son la guía más segura para la interpretación) podemos pasar al estudio de la comunidad continuada con los descendientes, y en particular con la naturaleza y especies del acuerdo entre los interesados. Mas en concreto ¿qué es ese «acuerdo tácito»?

Recordemos que en el Derecho de Observancias la continua-

mento por ambos cónyuges mancomunadamente. 2º Que, aun sin pacto o disposición, haya quedado descendencia del matrimonio. Dos. En uno u otro caso la continuación de la comunidad requiere, además, que los principales ingresos de la sociedad conyugal provengan de explotaciones agrícolas, ganaderas, industriales o mercantiles. Tres. La comunidad continuada es compatible con la viudedad universal.

Continuación con los descendientes.—Artículo 60 Uno. En el caso prevenido en el núm 2º del apartado 1 del artículo anterior, para la continuación de la comunidad se requiere la voluntad concorde de todos los interesados. Dos. Se entenderá que hay acuerdo tácito de continuarla, si en el término de un año, a contar del fallecimiento del cónyuge premoriente, ninguno de los interesados notifica en forma fehaciente a los restantes su voluntad en contrario. Tres. Continuará la comunidad, y no surtirá efecto la voluntad en contrario, si entre los descendientes que sucedan en todo o parte de la explotación hubiera alguno menor de edad y no quedaren otros descendientes habidos por cualquiera de los cónyuges en anterior matrimonio.

(23) Texto de marzo de 1966.—*Continuación con los descendientes.*—Artículo 61. Uno. En caso de no haberse pactado en capítulos o dispuesto en testamento mancomunado, para la continuación de la comunidad se requiere la voluntad concorde de todos los interesados, entendiéndose que hay acuerdo tácito de continuarla, si en el término de un año, a contar del fallecimiento del cónyuge premoriente, ninguno de los interesados notifica en forma fehaciente a los restantes su voluntad en contrario. Dos. No surtirá efecto la voluntad en contrario, si entre los descendientes que sucedan en todo o parte de la explotación hubiera alguno menor de edad y no quedaren otros descendientes habidos por cualquiera de los cónyuges en anterior matrimonio.

El texto de mayo deja intacto el párrafo 2º, y en el 1º sustituye «entendiéndose que hay acuerdo...» por «Se entenderá que hay acuerdo...» (precedido de punto y seguido); y, como más importante, introduce el inciso «con los descendientes», después de «para la continuación de la comunidad». En mi opinión, como he indicado en el texto, este inciso no pretende excluir a los herederos extraños, sino evitar que pudiera entenderse posible la continuación aun no habiendo descendientes, ya que el texto de marzo, debido a las alteraciones introducidas, no se hacía expresa referencia al requisito del núm. 2º del apartado 1º del artículo 60 (actual).

ción se produce por el hecho mismo de la indivisión, si bien los autores aducen como fundamento de la misma la voluntad presunta de los herederos y del viudo (24) El Apéndice, en la misma línea, decía que «se presume la sociedad a falta de pacto expreso en contrario» (art. 53).

Con este planteamiento, en mi opinión, se confunden dos cosas diferentes; a saber: la idea que se hace el legislador sobre la normal conducta, deseos y sentimientos de la generalidad de los destinatarios de la norma, que hacen oportuno mantener la institución del consorcio prorrogado (como, podríamos decir, la viudedad o el beneficio de inventario), y la eficacia de la voluntad de los concretamente interesados en cada caso sobre la continuación del consorcio. La aceptación general de la institución por los aragoneses puede suponerse y sobre esta base mantenerla en el nuevo Derecho en lugar de suprimirla. Pero con ello nada se prejuzga sobre el fundamento o fuente concretos de cada comunidad continuada. En teoría, la continuación de la comunidad conyugal puede ser tanto efecto de la ley, que la determine para cuando se reúnan determinados supuestos de hecho, como de la autonomía negocial de los futuros miembros. En este último caso deberían aplicarse al negocio constitutivo las normas generales de los negocios jurídicos, en particular sobre capacidad de obrar y vicios del consentimiento.

(24) Véase RIVAS PÉREZ, *Esquema de la comunidad legal continuada aragonesa en el Derecho de los Fueros y Observancias*, en el *Libro homenaje a Moneva*, pág. 639.

SÁNCHEZ ROMÁN (*Estudios de Derecho civil*, tomo V, volumen II, pág. 1.583 de la 2.^a edición), que dedica algunas líneas a la comunidad continuada aragonesa, afirma que su fundamento consiste en una «presunción de la voluntad de los interesados, de que subsista entre ellos, aunque modificada, esa especie de sociedad que trae causa y es continuación de aquella conyugal de bienes, convencional o foral, del matrimonio disuelto», y algo más abajo: «su fundamento es la indicada voluntad presunta del sobreviviente».

CAMÓN AZNAR (*Regulación de la sociedad conyugal continuada en Aragón, en Homenaje a la memoria de don Juan Moneva y Puyol*, Zaragoza, 1954, página 228), llega por este camino a definir la sociedad continuada como «la que en Aragón subsiste después del fallecimiento de uno de los cónyuges, por imposición del cónyuge premuerto establecida en testamento o capitulación matrimonial para durante la viudez del sobreviviente o por acuerdo del cónyuge sobreviviente y los herederos».

La S. A. T., Zaragoza, 23 de abril de 1927, afirma como indiscutible que la «esencia, el principio fundamental de la sociedad continuada, es la voluntad de los herederos del cónyuge premuerto de seguir manteniendo la cohesión del patrimonio familiar».

El artículo 61, inspirado en la doctrina anterior (cuyo fallo fundamental he señalado), y queriendo quizá evitar las críticas —mal dirigidas— a las presunciones de comunidad, al exigir la voluntad concorde de todos los interesados parece indicar que la comunidad continuada nace precisamente de un negocio plurilateral de tipo asociativo: negocio que sería eficaz únicamente en presencia de los requisitos exigidos por la ley, pero que, por lo demás, se amoldaría por completo a la disciplina de los actos negociales. Sin embargo, quizá pensando que tal acuerdo no se ha producido nunca en la vida real (25), el legislador introduce, para evitar la inutilidad de su obra, la «presunción de acuerdo tácito».

Ya el término, justamente puesto en cuarentena por la doctrina, nos hace dudar sobre su naturaleza (26).

Viene a la memoria la vieja discusión, ya superada, entre quienes entendían que el régimen matrimonial, en ausencia de capitulaciones, era simplemente un efecto de la ley y quienes pretendían basarlo en un contrato tácito. A pesar de las expresiones utilizadas por el Código civil (*vid.* arts. 1.315-2.º, 1.318-2.º y 1.325) y de la colocación misma de sus preceptos (contrato sobre bienes con ocasión de matrimonio), la tesis contractualista se encuentra totalmente desacreditada (27) por razones semejantes a las que nos llevan a similar conclusión para la comunidad continuada, en el supuesto que nos ocupa.

Entiendo, pues, que en Aragón, fallecido uno de los cónyuges, la comunidad conyugal continúa entre el supérstite y los herederos del premuerto cuando los principales ingresos de aquella pro-

(25) Como observa CAMÓN (ob. cit., pág. 231): «En el momento de proceder a la disolución de la sociedad continuada es cuando surgían los problemas, principalmente para determinar si después de la muerte del primer cónyuge existió o no sociedad continuada, quiénes la formaban y modo de practicar la división y adjudicación del patrimonio; y por ello se atendió principalmente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a resolver el problema de equidad mas que a perfilar una figura jurídica».

(26) Obsérvense las dudas del legislador: en el Ant. 1962 se habla de «continuación presunta»; en el de 1963, de «continuación tácita». En cualquier caso, lo tácito, o lo presunto, no será la comunidad, que, como tal, sólo puede existir o no existir (y no lleva vida silenciosa, salvo en metáfora, ni necesita de conjeturas), sino el negocio constitutivo, el cual, ciertamente, sí podría manifestarse por hechos concluyentes, o por un comportamiento, aun silencioso, expresivo de la voluntad que lo anima.

(27) LACRUZ BERDEJO, *Derecho de Familia, el matrimonio y su economía*, Barcelona, Bosch, 1963, pág. 247.

cedan de explotaciones agrícolas, etc., y haya quedado descendencia del matrimonio, y esto automáticamente, como efecto directo de la ley. El «acuerdo tácito» se desvanece: aunque se pruebe que no lo hubo (por ejemplo, la declaración contraria de uno de los interesados no notificada fehacientemente a los demás, o aun, para mayor claridad, notificada notarialmente a algunos de ellos, pero no a todos) las consecuencias serán las mismas; aunque falte la voluntad concreta y aunque el comportamiento abstencional sea inconsciente (por ejemplo, heredero que no llega a conocer su designación en el plazo de un año a contar desde la muerte del causante), la comunidad continúa. Es irrelevante que haya habido o no voluntad consciente y, en consecuencia, se excluye la aplicación de las normas relativas a la idoneidad del sujeto y de la voluntad, en particular sobre capacidad de obrar y vicios del consentimiento.

No quiere decir esto que la voluntad de los interesados sea irrelevante; antes bien, puesto que la continuación (salvo el supuesto de descendientes menores) es potestativa, pueden el supérstite o los herederos declarar su voluntad en contrario, que evitará la continuación (quizá simplemente provocará la disolución). Pero no es lo mismo decir que la comunidad continúa *porque* lo quieren los interesados que imponer la continuación si no manifiestan (y de forma determinada) su voluntad en contrario, y decir ambas cosas a la vez es contradictorio, ya que se admite que, de no producirse correctamente tal manifestación, la comunidad continuará, aunque los interesados no lo quieran.

En otro sentido será también relevante la voluntad de los interesados, ya que tienen la posibilidad de acordar expresamente la continuación. Será raro que así se haga, pero puede ser útil, si se pretende dar mayor fijeza a la situación y, sobre todo, si se pretende modificar en algo el estatuto legal (dentro de límites que no desnaturalicen la institución); por ejemplo, señalando un término hasta cuyo cumplimiento no pueda pedirse la disolución o concretando las facultades del viudo y la colaboración de los demás partícipes (*vid.* art. 65). Es cierto que tal pacto entre los herederos y el viudo sería igualmente posible aunque nada dijera la ley, y así sucedía bajo el Aréndice derogado (en el que sólo indirectamente tenía una base legal en el párrafo primero del

artículo 72, que se refería a los convenios entre el viudo y usufructuario y los interesados en la propiedad); pero el texto de la Compilación servirá para disipar toda duda, y en este aspecto no resulta del todo inútil.

Veamos ahora esta notificación de la voluntad en contrario. La primera cuestión es la del alcance y efectos de la voluntad contraria. Concretamente, si evita la continuación de la comunidad o disuelve la que hubiera continuado hasta ese momento: eficacia *ex tunc* o *ex nunc*. El texto del artículo 61 parece invitarnos a la primera solución: puesto que para la continuación de la comunidad se requiere la voluntad concorde de todos los interesados, y puesto que se muestra no existir tal acuerdo, no se ha producido la continuación. Si esto es así, la comunidad conyugal quedaría disuelta a la muerte de los cónyuges (*vid.* art. 52-1.º), puesto que no procede la continuación. ¿Qué normas han regido los bienes hasta la notificación? En principio, las mismas que en cualquier caso de disolución por muerte, contenidas en el artículo 53; pero frente a terceros será relevante la apariencia de continuación, en cuya consideración se aplicarán las normas correspondientes de la continuada.

Supongamos ahora que el partícipe que notifica la voluntad en contrario es un heredero con intereses minoritarios en la herencia. ¿Se hace definitivamente imposible la continuación entre el supérstite y el resto de los herederos? Tal parece, a primera vista, exigir el texto del artículo 61; pero no resulta muy sensato ni muy coherente, dada la posibilidad que en todo momento tiene un partícipe de separarse (fuera de los casos de continuación forzosa, en que no hay cuestión) (art. 69), sin que su separación, mientras no represente intereses mayoritarios en la herencia (*cfr.* art. 63-2.º), produzca la disolución de la comunidad. Ciertamente, podría argüirse que esta separación de un partícipe está prevista para el tiempo posterior al año, pero que durante éste toda disidencia ha de implicar disolución total. Pero, aparte de que la distinción no tiene base segura (el art. 69 parece que ha de poderse aplicar en todo caso), tampoco el efecto de la disolución total viene exigido por el artículo 61, interpretado en relación con los 68 y 69. Del final del apartado 1.º del artículo 61, interpretado *a contrario*, se deduce que cuando se notifique la

voluntad contraria a la continuación no se entenderá que hay «acuerdo tácito». Pero no ha de obstar para que haya acuerdo expreso entre el viudo y los restantes herederos («voluntad concorde de todos los interesados»), que, por supuesto, no afectará al disidente, pero que será suficiente para que la comunidad continúe entre quienes la pactaron. Obsérvese, además, que en los Anteproyectos (art. 132 del de 1962; art. 128 del de 1963) sólo era relevante la voluntad contraria del supérstite y de los descendientes partícipes en la explotación, con exclusión de cualquier otro interesado.

La manifestación de la voluntad contraria a la continuación parece ser una declaración (negocial) unilateral recepticia, que, cuando entrañe disolución total de la comunidad, puede calificarse de ejercicio de un derecho potestativo. La exigencia de forma fehaciente es oportuna, sobre todo con respecto al viudo, que en la mayoría de los casos quedará en posesión de todos los bienes (28).

El término (mejor plazo) de un año debe considerarse de caducidad.

VII

CONTINUACION FORZOSA HABIENDO DESCENDIENTES MENORES DE EDAD

Hemos tratado ya de la continuación que se produce obligatoriamente por haberse pactado en capítulos o dispuesto en testamento. En aquel caso, la obligatoriedad, para el viudo, dependía de su propia voluntad, y se dirigía más bien a los herederos del premuerto, prohibiéndoles pedir la división.

Pero hay otro supuesto en que el legislador ha creído oportuno obligar al viudo a permanecer en la comunidad, compartiendo así con sus descendientes los rendimientos posteriores de los bienes del matrimonio, en vez de hacerlos propios como efecto del usu-

(28) Para el Derecho alemán, en que el viudo puede siempre poner fin a la comunidad continuada, el negocio de supresión del cónyuge supérstite puede ser declaración unilateral de supresión dirigida al Tribunal de la Herencia en forma públicamente legalizada, o bien contrato judicial o notarial con los descendientes. KIPP y WOLFF, ob. cit., pág. 452.

fructo vidual universal. Y es el caso en que alguno de los descendientes que sucede en todo o en parte de la explotación sea menor de edad y no queden otros descendientes habidos por cualquiera de los cónyuges en anterior matrimonio (art. 61, 2.º).

En los Anteproyectos (arts. 131 del de 1962 y 127 del de 1963) este supuesto se incluía en el mismo artículo que el anterior, denominándose a ambos «continuación obligatoria». En el texto definitivo, y después de las transformaciones que hemos visto, no aparece directamente la declaración de obligatoriedad, pero el alcance del precepto es el mismo: impedir al viudo (también al hijo menor y a los demás partícipes, pero especialmente al viudo, que es el perjudicado) disolver la comunidad y recibir su parte en la misma, ya que recibiría igualmente el resto de los bienes del matrimonio para usufructuarlos. El descendiente menor de edad se ve favorecido, ya que será partícipe de todas las ganancias alcanzadas por el viudo durante la continuación con cualquier clase de bienes, a la vez que se evita que pueda quedar desprotegido por su menor edad ante un usufructuario que incumpla sus obligaciones (ya que, en la práctica, el menor no podrá pedir las garantías adecuadas, ni intervenir en la forma que le concede el artículo 85 y concordantes).

El medio técnico por el que se llega a esta continuación forzosa es criticable, ya que, enlazando el apartado 2.º del artículo 61 con el anterior, se declara ineficaz una voluntad contraria a la continuación, que si no fuera por esta declaración legal de ineficacia, destruiría la «presunción de acuerdo tácito», con lo que la continuación, faltando la voluntad concorde, no podría producirse. Formalmente, la continuación, según el texto legal, se apoya, aun en este caso, en el acuerdo tácito, que así muestra claramente su naturaleza de ficción inútil. Pero no vale la pena insistir. Aunque la técnica sea deficiente, los resultados que se alcanzan son claros y muy aceptables.

Como puede verse, no es necesario para esta continuación forzosa que haya sido prevista en capítulos o en testamento, ni basta con que los principales ingresos de la comunidad conyugal provengan de explotaciones agrícolas, ganadera, industriales o mercantiles, y con que alguno de los partícipes sea un descendiente menor de edad. Además, este descendiente menor ha de ser par-

ticipe precisamente de la explotación, bien sea que ésta perteneciera al patrimonio común, bien al cónyuge premoriente. En este segundo caso, el viudo administra la explotación como usufructuario (ya que, como continuador, sus poderes se reducen a los bienes comunes), pero los frutos ingresan en la comunidad (véase el artículo 63, 1.º).

Si la explotación pertenece exclusivamente al viudo, la continuación no es forzosa, como no lo es cuando queden otros descendientes de anteriores matrimonios.

La menor edad es relevante en el momento de la disolución del matrimonio, sin que la ley especifique los efectos de la mayoría de edad alcanzada durante la continuación forzosa; seguramente desde ese momento, tanto el viudo como cualquiera de los partícipes, pueden pedir la disolución (o la separación, en su caso), pero mientras no lo hagan, la continuación no termina.

Continuación forzosa, por último, no significa que los interesados no puedan disolverla de modo alguno, sino únicamente que no puede disolverse más que por voluntad de todos los interesados, incluido, naturalmente, el menor, en cuya representación actuará su representante legal, o cuando lo sea el viudo, dada la oposición de intereses, un defensor judicial o el Ministerio Fiscal (*cfr.* art. 5.º, 2.º; 68, 2.º, y 165 del C. c.). Negar esta posibilidad de disolución no tiene sentido, ya que los intereses del menor están suficientemente garantizados con la intervención del juez o del Ministerio Fiscal, y la disolución puede venir exigida por conveniencias económicas. El apartado 2.º del artículo 61 no lo impide, ya que se limita a negar eficacia a la voluntad de *uno* de los interesados, callando para el caso ahora planteado.

VIII

RESUMEN ESQUEMATICO

Como resumen de lo hasta aquí expuesto, presento el siguiente cuadro, en el que se recogen los diversos supuestos de continuación de la comunidad conyugal, tal como nos los ha mostrado la precedente investigación:

Primero. Para que continúe la comunidad conyugal entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del premuerto es necesario:

a) Que se disuelva el matrimonio por muerte de uno de los cónyuges.

b) Que exista un patrimonio común en el momento de la disolución del matrimonio.

c) Que los principales ingresos del patrimonio común provengan de explotaciones agrícolas, ganaderas, industriales o mercantiles (aunque la explotación no sea ella misma un bien común).

Segundo. Dados todos estos supuestos, la comunidad conyugal continúa en los siguientes casos:

A) Aunque no haya quedado descendencia del matrimonio:

a) Forzosamente (es decir, sin que pueda disolverse por voluntad de sólo alguno de los partícipes), si así está pactado en capítulos o dispuesto en testamento mancomunado por ambos cónyuges.

b) Forzosamente para los herederos (no para el viudo) si su causante les hubiese prohibido pedir la división.

B) Si hubiese quedado descendencia del matrimonio:

a) Forzosamente (es decir, sin que pueda disolverse por voluntad de sólo alguno de los partícipes) si entre los descendientes que sucedan en todo o parte de la explotación hubiera alguno menor de edad y no quedaren otros descendientes habidos por cualquiera de los cónyuges en anterior matrimonio.

b) Por disposición de la ley, si ninguno de los interesados notifica de forma fehaciente a los restantes su voluntad en contrario, en el plazo de un año, a contar desde el fallecimiento del cónyuge premuerto.

c) Por voluntad concorde de los interesados, si ésta llega a manifestarse válidamente.

JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA.

La viudedad en la Compilación aragonesa

SUMARIO: Antecedentes.—La viudedad, institución de Derecho de familia — Problemas de Derecho inter-regional.—Viudedad universal, salvo pacto o disposición expresa.—Reducción de la viudedad por disposición unilateral de cualquiera de los cónyuges y su relación con el pacto.—Matrimonio de viudo o viuda con descendientes de anteriores nupcias.—Derecho expectante y disposición de bienes comunes a él afectos.—Usufructo viudal. Nacimiento.—Inventario y fianza.—Disponibilidad del derecho de viudedad y de los bienes.—Derechos y obligaciones del viudo usufructuario.—Intervención de los nudo-propietarios. Transformación del usufructo.—Extinción del usufructo viudal.—Derecho intertemporal

Es un tanto atrevido intentar escribir sobre viudedad aragonesa cuando tantos juristas, muy destacados, se han ocupado del tema. Ciertamente que esta institución tan entrañable, vivida en la región con extensión e intensidad muy superior a cualquiera otra, merece una atención especial y nunca resultarán superfluos los estudios que a ella se dediquen, pero no lo es menos que hemos de revestirnos de verdadera audacia para afrontar el tema cuando sobre él se han publicado estudios nada menos—por citar algunos—que de tres prestigiosos catedráticos de Derecho civil: LACRUZ BERDEJO, MARTÍN-BALLESTERO y SANCHO REBULLIDA.

Empecemos por consignar estos trabajos, puesto que debe entenderse nos referimos a ellos, cuando citemos a sus autores. De LACRUZ BERDEJO, *El régimen matrimonial de los Fueros de Aragón*, en «Anuario de Derecho Aragonés», 1946, págs. 19 a 153, y en el propio Anuario, págs. 353 a 356, *Sobre algunos caracteres del Derecho de viudedad*. De MARTÍN-BALLESTERO, *De la viudedad*, confe-

rencia pronunciada en el Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, publicada en el *Boletín*, número 26, págs. 105 a 126. De destacado interés por ser posterior a la promulgación de la Compilación. Y de SANCHO REBULLIDA, *La viudedad aragonesa*, en «Anuario de Derecho Aragonés», 1955-1956, págs. 11 a 213, que constituye un verdadero tratado de la institución, y *La viudedad en el anteproyecto de Compilación del Derecho civil de Aragón*, conferencia pronunciada en el Colegio antes citado, publicada en su *Boletín* número 8, págs. 19 a 34, y también de sumo interés por referirse al primitivo anteproyecto de la Comisión aragonesa, sometido a información, que hubo de sufrir, en esta materia, algunas modificaciones en el segundo anteproyecto de la propia Comisión, pasando éste, en esencia, a la Compilación aprobada.

ANTECEDENTES

Remitimos al lector a los trabajos que acabamos de citar, si quiere penetrar a fondo en este particular, ya que es nuestro propósito, principalmente, relacionar las disposiciones de la Compilación con las del derogado Apéndice, deteniéndonos en las diferencias más destacadas y las cuestiones que pueden suscitar.

Dejemos de lado, por tanto, discurrir sobre si la viudedad tiene su origen en el Derecho romano o en el germánico, y admitiendo que haya derivado del sistema de arras y de la comunidad continuada, parece indudable que por costumbre fue extendiéndose con mayor o menor amplitud y que la primera disposición legal, clara, respecto de ella es el fuero primero, *De jure dotium*, de la Compilación de Huesca, de 1247, pero limitando el derecho a la viuda, siendo el fuero primero, *De alimentis*, quien claramente convierte este derecho de viudedad en recíproco para ambos cónyuges, pero extendido sólo a los inmuebles. Como institución netamente consuetudinaria y carente de una regulación legal sistemática, son muchas las observancias que de ella se ocupan, cuya enumeración no vamos a hacer aquí.

Contenían normas sobre viudedad, como es natural, los dos proyectos de Apéndice de FRANCO y LÓPEZ y el de 1904, que en su Exposición de Motivos la calificó de «la institución más mimada

en Aragón». El proyecto de 1924 la reguló en los artículos 57 a 85, y éstos, con no mucha variación, pasaron al Apéndice hasta hace poco vigente, que dedicó a la viudedad los artículos 63 a 75, de la mayoría de los cuales nos ocuparemos en confrontación con los preceptos de la Compilación (arts. 72 a 88, ambos inclusive), aprobada por Ley 15/1967, de 8 de abril.

LA VIUDEDAD, INSTITUCION DE DERECHO DE FAMILIA

Sobre esto no ha sido unánime la doctrina; algunos tratadistas de Derecho civil, principalmente los que han dedicado más atención al Derecho común, y también algunos foralistas, han considerado la viudedad como de Derecho sucesorio, pero son muchos más los que han estimado la institución como de Derecho de familia, aunque sin grandes razonamientos en apoyo de esta apreciación.

Este carácter de Derecho de familia se desprende de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de noviembre de 1916, al decir: «Que dicho usufructo aragonés se distingue esencialmente del creado por el Código civil por su nacimiento, contenido, modificación y extinción, pues mientras aquél establece un derecho de goce sobre bienes familiares relacionado con el estado de viudedad y con la protección y dirección de los hijos comunes, cuando los hubiera, el último crea un valor patrimonial independiente que aumenta el activo del cónyuge *superstite* y puede ser pagado en una renta vitalicia y con los productos de determinados bienes o un capital en efectivo».

Como de Derecho de familia se consideró la viudedad en los distintos proyectos de Apéndice, y decía categóricamente el de 1904, en su artículo 128, que no tiene carácter sucesorio.

A la misma conclusión hay que llegar por la regulación del Apéndice, no sólo por su colocación, sino también porque el artículo 63, primero dedicado a la viudedad, empieza con estas palabras: «La celebración del matrimonio atribuye por ministerio de la Ley a los cónyuges...»

Pero realmente ha sido LACRUZ BERDEJO quien para demostrarlo ha aducido convincentes razones como éstas: «a) El origen de la institución. Desciende de un tipo de aportación matrimonial—las arras—y de la continuación de la comunidad entre cónyuges. b) Históricamente, se ha regulado siempre como Derecho de familia; ni los fueros y observancias ni la doctrina han atribuido a la viudedad consecuencia alguna de Derecho de sucesiones, ni han suplido sus lagunas con las normas que rigen la herencia. También los proyectos de Apéndice siguen idéntica dirección: es más, el de 1904 advierte en su artículo 128 que la viudedad no tiene carácter sucesorio, pese a ser un derecho que se determina por el fallecimiento de cualquiera de los cónyuges. El de 1898 remitía en su artículo 145, para colmar sus lagunas, al título 6.º del libro 2.º del Código civil, sin mencionar el libro 3.º c) Institucionalmente no es concebible la viudedad, tal como viene regulada en el Derecho aragonés histórico y vigente, 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 es superior al de los acreedores y preferente al de los legatarios, no depende de la voluntad del causante y precede al derecho de los legitimarios. En Aragón no pueden darse los conflictos que resuelve el artículo 811, ni los que pueden existir en determinados casos de aplicación del artículo 812 del Código civil. Por otra parte, tampoco puede calificarse el usufructo viudal de legado, puesto que no es una deuda de los herederos, sino un gravamen con el cual reciben éstos los bienes. Es, además, un beneficio legal—no procede de la voluntad del causante—, que lleva consigo la posesión civilísima, y no cede ante los acreedores de la herencia. En realidad, la adquisición del viudo no puede ser de Derecho sucesorio porque no es a título lucrativo, sino oneroso. Sólo así puede explicarse su preferencia sobre los acreedores. d) El Apéndice regula la viudedad en la parte correspondiente al régimen matrimonial, y en ningún caso supone que se trate de sucesión *mortis causa*, sino siempre Derecho de familia. Al no ser la viudedad institución de Derecho de sucesiones, no se aplican a ella las normas del Apéndice y Código civil sobre incapacidad, indignidad y desheredación, así como tampoco las de aceptación, renuncia, responsabilidad del heredero, etc.».

Es de advertir, en cuanto a esto último, que la Compilación en el artículo 78 sí señala como causas de extinción del derecho expectante de viudedad, las de indignidad para suceder.

Es indudable que la Compilación plenamente confirma que la viudedad se considera de Derecho de familia.

Se divide la Compilación en cuatro libros: I. *Derecho de la persona y de la familia*.—II. *Derecho de sucesión por causa de muerte*. III. *Derecho de bienes*.—IV. *Derecho de obligaciones*. Pues bien, en el título VI de ese libro I—*Derecho de la persona y de la familia*—están incluidos los artículos 72 a 88, destinados a la regulación del derecho de viudedad, y del primero de esos artículos son estas precisas palabras: «*La celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge el usufructo de viudedad..*»

Distinta es la consideración que en Navarra se da al allí llamado usufructo de fidelidad (*fealdat*), un tanto parecido a la viudedad aragonesa.

Es la de Navarra la única Compilación que resta por aprobar, pero llegó a presentarse a la Diputación Foral en el año 1959 por la Comisión compiladora un proyecto con el título de *Fuero Recopilado de Navarra*, en el que la numeración, en vez de por artículos, es por lo que llama Leyes, y en él figura lo siguiente: «Ley 201—*Ley aplicable*—. El usufructo de fidelidad se determina por el estatuto personal del marido al tiempo de disolverse el matrimonio por muerte de uno de los cónyuges». Muy recientemente, debida a los juristas GARCÍA GRANERO (Juan), NAGORE YARNOZ (José Javier), AIZPUN TUERO (Jesús), D'ORS PÉREZ-PEIX (Alvaro), LÓPEZ JACOISTE (José Javier) y ARREGUI GIL (José), ha visto la luz la denominada *Recopilación privada del Derecho privado foral de Navarra*, y en su título X, *De las limitaciones de la libertad de disponer*, capítulo I, *Del usufructo de fidelidad*, se lee: «Ley 212. El cónyuge viudo tiene el usufructo de fidelidad sobre los bienes y derechos que al premuerto pertenecían en el momento del fallecimiento. El usufructo de fidelidad se determina por el estatuto personal del marido al tiempo del fallecimiento de cualquiera de los cónyuges».

Si claramente se deduce de esto que la viudedad navarra es de Derecho sucesorio, terminante resulta la nota correspondiente a esta «Ley 212», inserta en la misma publicación, que dice: «El es-

tatuto personal se establece atendiendo al matiz sucesorio acusadísimo del usufructo foral navarro, en contraposición al criterio que suelen mantener los foralistas aragoneses respecto del usufructo de viudedad en aquella región».

PROBLEMAS DE DERECHO INTER-REGIONAL

Sentado que la viudedad aragonesa es institución de Derecho de familia, no pueden negarse ciertas conexiones con el de sucesión, y así, ampliada considerablemente en la Compilación, como luego veremos, al considerarla universal sin necesidad de disposición expresa en este sentido, en seguida surge cierta relación con el Derecho sucesorio, al admitir su reducción por testamento.

Pero cuando plantea serios problemas, esto de que la viudedad sea de Derecho de familia, es en el cambio de regionalidad, y estos conflictos siempre hacen relación al Derecho sucesorio.

Supongamos dos casos:

1.º Que celebrado un matrimonio bajo la legislación aragonesa, por traslado posterior de residencia a territorio sometido al Código, ahí se adquiere vecindad civil, bajo la que fallece uno de los cónyuges.

2.º Matrimonio celebrado bajo el Código civil, con vecindad civil aragonesa al fallecimiento.

Distintas soluciones se han propuesto para estos casos, pero estimamos que ninguna satisfactoria.

Nos parece esencial, al abordar este problema, partir de la inmutabilidad del régimen económico del matrimonio, sin que le afecten los cambios posteriores de estatuto, principio admitido hasta en el orden internacional.

Magistralmente estudia LASALA SAMPER esta cuestión en *El régimen matrimonial de bienes: Derecho internacional privado e inter-regional*.

El artículo 2.º de la convención de La Haya de 1905 dispone que los efectos del matrimonio sobre los bienes de los cónyuges, tanto inmuebles como muebles, se rigen por la Ley nacional del

marido en el momento de la celebración del matrimonio. El cambio de nacionalidad de los cónyuges o de uno de ellos no ejercerá influencia sobre el régimen de bienes.

Es también de singular interés la conclusión segunda, párrafo b), de las aprobadas en el Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en Zaragoza en el año 46, mucho más si se tiene en cuenta que a él asistieron notables juristas de toda España y que fue aprobado por unanimidad dicho párrafo, según el cual el régimen económico del matrimonio quedará determinado, en defecto de capitulación, por la Ley (común o foral) del marido al tiempo de contraerlo y no sufrirá modificación por cambio de regionalidad o de Leyes (inmutabilidad en el espacio y en el tiempo, aclara entre paréntesis).

Lástima que esto no se haya convertido ya en derecho positivo, por ser cierto que disposición terminante en este sentido, de carácter general, no la hay, y ha sido una Compilación, la de Alava y Vizcaya, aprobada por Ley de 30 de junio de 1959, la que recogiendo este principio, en el artículo 41 dispone que el régimen de bienes en el matrimonio, una vez contraído éste, es inmutable aun en el caso de pérdida o adquisición voluntaria o involuntariamente por parte del marido de la cualidad de vizcaíno infanzón. Hay que reconocer que declaración semejante a ésta sería más propia de una disposición de carácter general.

SANCHO REBULLIDA, partiendo de la inmutabilidad de régimen y aun sin apoyo—al menos directo—en textos legales, propone como solución más justa y viable «conceder al cónyuge *supérstite* las ventajas de la Ley aragonesa como más favorable», diciendo que para el caso primero (matrimonio sujeto a Ley aragonesa con adquisición posterior de vecindad civil de Derecho común), «la eliminación de uno de los beneficios se funda en 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 que el papel de la legítima vidual queda cumplido con el usufructo vidual aragonés, 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».

Aun estimando razonable esta solución, creemos que puede resultar perjudicial para el viudo, aunque ello sea más difícil después de la vigencia de la Compilación, puesto que, no existiendo pacto o disposición en contrario, da a la viudedad carácter de universal, sin que unilateralmente pueda reducirse a menos de la mitad del caudal. Pero cuando con arreglo al Apéndice la viudedad legal se extendía sólo a los bienes inmuebles, podía ocurrir que la cuota del Código fuera superior a la viudedad aragonesa, mucho más habiendo sido aquélla ampliada en la última reforma.

Aun después de la vigencia de la Compilación, como por disposición unilateral, siempre que no exista pacto en contrario, puede en algunos casos quedar la viudedad reducida a la mitad del caudal, si esto ocurriera y no dejase el cónyuge fallecido descendientes ni ascendientes, la cuota usufructuaria del Código sería superior, puesto que, después de la reforma del 58, es de dos tercios de la herencia (art. 838), y nos parece que esto, como más favorable, es lo que procedería asignarle. También, como vamos a ver, cuando la cuota del Código sea de la mitad del caudal, por no existir descendientes, pero sí ascendientes (art. 837), puede resultar más favorable que la viudedad aragonesa, si ésta hubiera quedado reducida a la misma cuantía.

Y es que hay que tener en cuenta también la distinta naturaleza de uno y otro usufructo. La viudedad aragonesa, en primer lugar, no es exclusivamente un derecho, por llevar consigo obligaciones familiares, y aisladamente no es negociable más que de acuerdo con los herederos, y esto con la condición de que no sean descendientes. En cambio, la cuota del Código civil no está afecta a aquellas obligaciones, y además de poder ser satisfecha, según el artículo 839, con una renta vitalicia o los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo, puede ser objeto de toda negociación, y así el artículo 108 de la Ley Hipotecaria, al disponer que no podrán hipotecarse los usufructos legales, exceptúa de la prohibición el concedido al cónyuge por el Código civil.

Entendemos por esto que siendo evidente el derecho a la viudedad aragonesa, que nació con la celebración del matrimonio, tampoco pueden mermarse los que le corresponden con arreglo al Código, por el que se rige la sucesión del cónyuge fallecido, y que, por consiguiente, parece lo procedente adjudicarle por separado la

cuota del Código para que sobre ella pudiera negociar con la libertad a que hemos aludido, y que el resto quedase afecto a la viudedad derivada de la celebración del matrimonio.

Problema de mayor gravedad y de difícil solución plantea el segundo supuesto, matrimonio al que por su celebración es aplicable el régimen del Código y fallecimiento, bajo vecindad civil aragonesa, de uno de los cónyuges.

Fundamenta SANCHO REBULLIDA la aplicación también a este caso de la Ley aragonesa, «en la relación íntima en que se encuentran en el Derecho aragonés los beneficios *mortis causa* procedentes del régimen matrimonial y el 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».

No puede negarse que este razonamiento es tan inteligente como bien intencionado, y tenemos entendido que la solución propugnada se ha aplicado amistosamente en algunos casos, pero más que por disposición legal, por imperio del buen sentido y por ese indudable prestigio que acompaña a la viudedad aragonesa, que influiría en los herederos, seguramente, aragoneses ya, por nacimiento o residencia.

No conocemos ninguna resolución judicial, pero dudamos mucho que en esa vía prosperase la solución apuntada, por estimar que legalmente no puede defenderse. Si damos por indudable que al régimen económico del matrimonio ha de aplicarse el estatuto personal del marido y que la viudedad aragonesa es institución de Derecho de familia y nace de la propia celebración del matrimonio, tal derecho nunca puede derivarse del celebrado bajo el régimen del Código, para el que no existe ese Derecho de viudedad y menos como institución de Derecho de familia.

El propio SANCHO REBULLIDA, con referencia al Derecho sucesorio, nos dice que «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».

Ocurrida, por tanto, la defunción con vecindad civil aragonesa, a la sucesión ha de aplicarse la Compilación, y es claro que am-

parado en ella, ningún derecho de carácter hereditario puede alegar el cónyuge sobreviviente.

Lamentable, lamentabilísimo, que se quede sin la cuota del Código ni la viudedad, completamente injusto, y ello pide con urgencia una disposición de carácter general que termine con éstas y otras anomalías.

VIUEDAD UNIVERSAL, SALVO PACTO O DISPOSICION EXPRESA

Es una de las grandes novedades de la Compilación, introducida para adaptar la institución a la práctica más generalizada.

El artículo 63 del Apéndice, primero y más esencial de los dedicados a la viudedad, decía: «La celebración del matrimonio atribuye a los cónyuges, *solamente respecto de los bienes raíces o inmuebles* que hayan aportado a aquél o que con posterioridad adquirieran... el derecho expectante y recíproco de usufructuar el uno los del otro... »

Resultaba evidente de este precepto la limitación de la viudedad legal a los inmuebles.

El artículo siguiente la hacía extensiva a los muebles que por estipulación en capitulación u otro documento público se conceptuasen como raíces o inmuebles, o que se declarasen aportados al matrimonio por el cónyuge a propia herencia suya y de los suyos. Es decir, lo que con expresión clásica, que conserva el artículo 39 de la Compilación, se ha denominado aportación o adquisición como *sitios*.

También en el artículo 66 se hacían por separado dos enumeraciones, por las que se reputaban como inmuebles, al efecto de comprenderlos en la viudedad legal, ciertos bienes o derechos, que bien implicaban una subrogación o tenían garantías que los asemejaban a los inmuebles y, en todo caso, significaban casos verdaderamente excepcionales.

Lo cierto es que en la práctica, no existiendo estipulación o disposición que expresamente concediese la viudedad universal, el usufructo del cónyuge sobreviviente quedaba, en la casi totalidad de los casos, reducido a los inmuebles por naturaleza.

Ya en unas jornadas de Derecho aragonés celebrados en Zaragoza en junio de 1961, para recibir orientaciones antes de procederse por la Comisión a la redacción del oportuno anteproyecto, propusimos que la viudedad se presumiese universal, pero pudiendo reducirse en la forma que luego veremos; presentamos una enmienda en este sentido, e insistimos en el periodo de información del primitivo anteproyecto, en una conferencia en el Colegio de Abogados de Zaragoza, que publicó su *Boletín* número 8, habiendo después hecho suya esta propuesta Notarios y Registradores de la Propiedad en el correspondiente informe.

La fundábamos en ser un hecho cierto que, quizá sin excepción, tratándose de matrimonios normales, siempre que por pacto o testamento se abordaba este particular de la viudedad, resultaba concedida con carácter de universal.

Parecía lo natural que esta práctica tan extraordinariamente generalizada en *todo Aragón*—hay que resaltar esto, que no podría decirse de ninguna otra institución—, se elevase a presunción legal, pero solamente presunción, sin que pudiera admitirse la imposición, en todo caso, de este mayor alcance de la viudedad, puesto que, por testamento, no existiendo pacto, debía poder reducirse a los inmuebles, que es la extensión que daba a la legal el Apéndice, y por pacto, sobre todo en capitulación, hasta suprimirse.

Al pedir esto hacíamos hincapié en que había que evitar que la pereza en otorgar testamento ocasionase la pérdida de tantas viudedades universales, que seguramente se darían si los cónyuges recapacitasen sobre ello.

En el segundo anteproyecto de la Comisión aragonesa ya fue recogida esta propuesta que ha pasado a disposición legal por el artículo 72 de la Compilación, que dice: «1. La celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge el usufructo de viudedad sobre *todos los bienes* del que primero fallezca, a salvo lo pactado en instrumento público o lo dispuesto de mancomún por ambos cónyuges».

Por tanto, no existiendo pacto en contrario, se dará la viudedad universal en todos los casos tan frecuentes de fallecimiento *intestado*.

REDUCCION DE LA VIUDEDAD POR DISPOSICION UNILATERAL DE CUALQUIERA DE LOS CONYUGES Y SU RELACION CON EL PACTO

Como se ha dicho, no debía admitirse la imposición de la viudedad universal, y tanto el definitivo anteproyecto de la Comisión aragonesa como la Compilación abordan este problema, diciendo la última en el propio artículo 72: «2. Por voluntad de uno de los cónyuges, expresada en testamento o instrumento público, podrá reducirse el derecho de viudedad del otro a los inmuebles por naturaleza y a los sitios comprendidos en el número 1 del artículo 39». (Explotaciones agrícolas, ganaderas, mercantiles e industriales, con cuantos elementos estén afectos a unas y otras.)

De esto resulta que por voluntad de cualquiera de los cónyuges, no existiendo pacto, que siempre habría que respetar, puede reducirse la viudedad del otro a los inmuebles y las explotaciones agrícolas, ganaderas, mercantiles e industriales, lo cual ya supone una extensión de la viudedad que pudiéramos llamar forzosa, puesto que, vigente el Apéndice, virtualmente quedaba reducida a los inmuebles.

Pero todavía podía ocurrir que montasen poco estos bienes en el caudal, y con ello quedase corta la viudedad, lo que nos hizo proponer que al usufructo de viudedad quedasen afectos bienes cuyo valor no fuera inferior al de la mitad del caudal hereditario del cónyuge fallecido.

Esta propuesta no tuvo el asenso de la mayoría de Notarios y Registradores, como expresa su informe, por el temor de que la fijación de esta cuota dificultase las operaciones hereditarias, pero estimamos un acierto que anteponiendo, como debe ser, la justicia a la sencillez, se aceptase tanto en el segundo anteproyecto de la Comisión aragonesa, como en la Compilación, cuyo artículo 72 termina diciendo: «Si el valor de unos y otros—inmuebles y explotaciones—no representa la mitad del caudal hereditario, se extenderá la viudedad a otros bienes hasta completar dicha mitad».

Parece que a este precepto que impide que por voluntad de uno de los cónyuges se reduzca la viudedad a menos de la mitad, rela-

cionándolo con el artículo 3.º de la Compilación, se ha dado una interpretación que no compartimos.

En ese artículo 3.º se consagra el principio *standum est chartae* diciendo: «Conforme al principio *standum est chartae*, se estará en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria al Derecho natural o a norma imperativa aplicable en Aragón».

Considerando como tal norma imperativa la que dispone que el valor de los bienes sujetos a viudedad ha de equivaler, como mínimo, a la mitad del caudal, parece llegarse a la conclusión de que a este valor ha de extenderse necesariamente la viudedad, suponiendo ello una limitación al pacto.

En la conferencia a que ya hemos aludido decíamos «... que se presumiese concedida con carácter universal, con excepción del caso en que existan hijos de matrimonio anterior del cónyuge premuerto, y pudiendo siempre reducirla, por testamento al usufructo de los inmuebles, y *por pacto, sobre todo en capitulación, hasta suprimirla*». Posterior fue la propuesta de que se fijase el mínimo del caudal, si el valor de los inmuebles—se agregaron a esto después las explotaciones agrícolas, etc.—no lo alcanzase.

Creemos que esto es, exactamente, lo recogido en la Compilación.

El apartado 1.º del artículo 72, que bien puede decirse sienta la primera y más fundamental regla sobre viudedad, después de atribuir a cada cónyuge el usufructo sobre todos los bienes del que primero fallezca, agrega: «a salvo lo pactado en instrumento público o lo dispuesto de mancomún por ambos cónyuges».

No existe, por tanto, limitación alguna a que por voluntad concurrente de los dos cónyuges, se establezca sobre viudedad lo que se quiera, hasta su total supresión, pero, claro, para ello hace falta el asenso de ambos.

El apartado 2.º contempla el caso de unilateralidad. Da por descontado que no existe pacto, que de haberlo habría que respetarlo, por el apartado 1.º, y así nos dice: «Por voluntad de uno de los cónyuges... podrá reducirse la viudedad del otro a los inmuebles... Si el valor de unos y otros no representa la mitad del

caudal hereditario se extenderá la viudedad a otros bienes hasta completar dicha mitad».

Parece claro que *un cónyuge, por sí*, es el que no puede reducir la viudedad a menos de la mitad del caudal, pero esta limitación no puede estimarse como norma imperativa a los efectos de cercenar la aplicación del apotegma *standum est chartae*, puesto que, en primer lugar, se refiere a disposición unilateral no a pacto, el cual, de contrario, expresamente ha quedado admitido, sin ninguna restricción, en el apartado 1.º del repetido artículo 72.

Mayor claridad arroja todavía la Exposición de Motivos de la Compilación, donde, con notoria semejanza a palabras nuestras, se dice: «Se deja a salvo lo que, en contra o menoscabo de esa universalidad, e *incluso en contra del nacimiento de este derecho, se acuerde por ambos cónyuges*. Mas por *voluntad unilateral de uno de ellos* sólo podrá reducirse a los inmuebles por naturaleza y a las explotaciones agrícolas, ganaderas, industriales y mercantiles; y si unas y otras no representan la mitad del caudal hereditario, habrá de completarse esa cuantía con el usufructo de otros bienes».

También el artículo 75 dice que «el derecho de viudedad se rige en *orden de prelación por el pacto, la costumbre...*»

Esto, además, responde a una práctica bastante generalizada, pues cuando matrimonios mal avenidos se acogen a la posibilidad de otorgar capitulaciones matrimoniales después del matrimonio y establecen el régimen de separación de bienes, éste va siempre acompañado de pacto renunciando a la viudedad, renuncia que también suelen contener las capitulaciones referentes a segundas nupcias, siendo en estos casos innecesaria la precaución a que vamos a referirnos.

MATRIMONIO DE VIUDO O VIUDA CON DESCENDIENTES DE ANTERIORES NUPCIAS

Como acabamos de decir, no es excepcional que en estos matrimonios, en la correspondiente capitulación, se limite y hasta se suprima el usufructo de viudedad; pero ello, que tanto puede afectar a los hijos de matrimonio anterior, no debía quedar supe-

ditado a la voluntad de los contrayentes, y era aconsejable que, con carácter imperativo, se establecieran ciertas limitaciones.

El primer anteproyecto de la Comisión aragonesa así lo hacía en un doble sentido. No habiéndose todavía establecido como norma general la viudedad universal, se reducía la legal a la mitad de la normal, cuando viudo o viuda con descendencia casase con persona veinte o más años menor que él, y prohibía en igual caso, pero sin aquella diferencia de edad, conceder viudedad universal.

En el segundo y definitivo anteproyecto de la propia Comisión, al sentar como regla general la viudedad universal, reducía la viudedad para el caso de ulteriores nupcias con descendencia de anterior matrimonio, a los inmuebles por naturaleza y explotaciones agrícolas, ganaderas, industriales y mercantiles, completándola con otros bienes, si aquéllos no alcanzaban el valor de la mitad del caudal, y reiterando la severidad del primitivo anteproyecto, la reducía a la tercera parte del caudal, cuando en la edad de los cónyuges hubiera una diferencia de veinte años o más.

Esta última limitación, que parecía presumir cierta falta de romanticismo por alguna de las partes en estos matrimonios desiguales, fue impugnada por el Colegio de Abogados de Zaragoza en su brillante informe y resulta suprimida en la Compilación, que se limita a decir en su artículo 73: «En el supuesto de matrimonio de viudo o viuda que tuviere descendencia de anteriores nupcias, el derecho de viudedad a favor del otro cónyuge no podrá extenderse a bienes, porción o cuota de ellos, cuyo valor exceda de la mitad del caudal hereditario. Esta limitación quedará sin efecto si al fallecimiento del binubo no sobrevivieren descendientes de aquella procedencia».

Es plausible esta prevención ante el temor de que en estos casos, donde frecuentemente suele producirse cierta tirantez con los descendientes de anterior matrimonio, salieran éstos perjudicados por la inclinación del casado en segundas nupcias a favorecer a su nuevo consorte, pero mucho nos tememos que si esta inclinación se da, el precepto no alcance la eficacia pretendida.

Aquí surge de nuevo un problema relacionado con Derecho sucesorio. En el libro II, que la Compilación le dedica, no se encuentra disposición ninguna que concretamente afecte al viudo, y si el

artículo 119 señala la legítima de los descendientes legítimos en dos terceras partes del caudal, parece indudable que al viudo puede favorecérselo con el tercio de libre disposición.

Conocemos una opinión, respetable por su procedencia, que da a este problema la siguiente solución:

El derecho de viudedad no puede extenderse a más de la mitad del caudal hereditario, lo que equivale, se dice, a que la mitad de ese caudal ha de transmitirse a los legitimarios sin el gravamen del usufructo de viudedad, que habrá de limitarse a la otra mitad, y así tenemos: una mitad o tres sextas partes sin viudedad y otra mitad o tres sextas partes con viudedad. De estas últimas tres sextas partes habrá de tomarse una sexta parte para completar la legítima—dos tercios igual a cuatro sextas partes—, quedando otras dos sextas partes, o sea, un tercio, que el causante puede legar a su esposa como de libre disposición, resultando que corresponden a los descendientes tres sextas partes en pleno dominio y otra sexta parte en nuda propiedad, y a la viuda esta sexta parte en usufructo y dos sextas partes en pleno dominio.

Sintiéndolo mucho discrepamos de esta opinión.

Supongamos que el casado en segundas nupcias con hijos de anterior matrimonio fallece bajo testamento en el que lega a un extraño, en plena propiedad, el tercio de libre disposición, o sea, dos sextas partes del caudal.

Quedan cuatro sextas partes de las que habrá que adjudicar tres, o mitad del caudal, en usufructo a la viuda y en nuda propiedad a los descendientes, a los cuales, por consiguiente, sólo queda en plena propiedad la sexta parte que resta.

Si sustituimos al extraño por el cónyuge, la solución parece debe ser igual, y no pueden adjudicársele en pago del tercio libre bienes que ya están gravados con usufructo no de Derecho sucesorio, sino derivado de la propia celebración del matrimonio y preferente, incluso, a los derechos legitimarios. Ya nos decía LACRUZ BERDEJO en lo antes transcrito: «... el derecho que el viudo tiene sobre los bienes es superior al... y precede al derecho de los legitimarios»; y añadía: «Por otra parte, tampoco puede calificarse el usufructo vidual de legado, puesto que no es una deuda de los herederos, sino *un gravamen con el cual reciben éstos los bienes.*»

El artículo 73, que hemos copiado, limita exclusivamente el de-

recho de viudedad, pero no dice que los descendientes han de adquirir necesariamente en plena propiedad la mitad, como parte a integrar la legitima. En todo caso, una disposición en tal o parecido sentido sería propia del Libro II, cuya rúbrica es «Derecho de sucesión por causa de muerte».

Hay que tener en cuenta que la legitima, en cuanto a disfrute efectivo de la misma, siempre está sometida a la viudedad, a ese gravamen de que nos habla LACRUZ, y así, en caso de matrimonio único, o de segundo sin hijos del anterior, y fallecimiento intestado, por ejemplo, nada pasa en propiedad plena a los legitimarios hasta que la viudedad se extingue.

Es cierto que el Código, en el artículo 836 reformado, en el caso de hijos de matrimonio anterior, hace recaer el usufructo que corresponde al viudo, precisamente del tercio, sobre el de libre disposición, pero el problema en Aragón es completamente distinto, y a ello debe ser debido que no exista en la Compilación precepto semejante, sin duda para ser consecuente con la naturaleza de Derecho de familia asignado a la viudedad. Si quería ponerse alguna limitación a la disposición del tercio libre, ello debía hacerse al tratar de la sucesión.

Pero todavía cabe una interpretación que podría implicar la posibilidad de conceder, virtualmente, en estos casos viudedad universal, quedando, por consiguiente, privados los descendientes hasta de la adquisición de ese sexto de la herencia en pleno dominio a que nos hemos referido.

¿Cabe disposición parecida a ésta? Lego a D. ... (extraño) el usufructo vitalicio de la mitad del caudal, con cargo al tercio de libre disposición, siempre que el valor de tal usufructo no exceda al del tercio del caudal hereditario.

En principio no deja de resultar un tanto anómalo este legado de un derecho de usufructo, pero nos parece que no existe limitación alguna sobre la forma de disponer del tercio libre y que, lo mismo que puede asignarse un bien determinado o una cantidad en efectivo, puede legarse algún derecho como, por ejemplo, censo o usufructo. El problema está en determinar el valor de lo legado para ver si cabe o no dentro del tercio libre. Este problema que, desde luego, es importante, parece haya de resolverse en cuanto al usufructo por las reglas que existen para el impuesto sobre su-

cesiones, aunque siempre podría admitirse una tasación concretada al caso.

Este legado de la mitad en usufructo, tratándose de matrimonios normales, podía tropezar con la dificultad de que los bienes inmuebles y explotaciones agrícolas, ganaderas, mercantiles e industriales, a los que necesariamente ha de extenderse la viudedad, salvo pacto, tuvieran un valor superior a dicha mitad, puesto que la viudedad sería preferente, pero este inconveniente no ocurre en los casos de ulteriores nupcias con hijos de anterior matrimonio que contemplamos, ya que en ellos la viudedad no puede exceder de la susodicha mitad.

Parece lógico que si la disposición indicada a favor de un extraño se admitiese, no debía haber excepción respecto del cónyuge, a quien, por consiguiente, podría legarse, con independencia del usufructo de viudedad de la mitad del caudal, el de la restante mitad, que podría ser simplemente vitalicio, puesto que de disposición del tercio libre se trata, o sometido a alguna condición que produjera su extinción, por ejemplo, al convocar a otras nupcias.

No ocultamos ciertas dudas de que esto prosperase, por parecer opuesto al espíritu del artículo 73, aunque sigamos creyendo que ninguna limitación puede oponerse legalmente a la libérrima disposición del tercio, y en la mayoría de los casos, si nos atenemos a valor, habría de resultar más beneficioso para los legitimarios el usufructo de la mitad del caudal a favor del viudo que el tercio en pleno dominio.

Si volvemos a comparar la viudedad aragonesa con la navarra, se observa que en la última, al estimarse de Derecho sucesorio, no surgen estos conflictos. Refiriéndonos de nuevo a la «Recopilación privada», antes citada, según la Ley 216, del usufructo del cónyuge viudo de segundas o ulteriores nupcias del premuerto quedan excluidos los bienes siguientes:

1.º Los que deben reservarse en favor de los hijos o descendientes del matrimonio anterior, conforme a lo establecido en las Leyes 233 y 234, las cuales se refieren a los bienes que el padre o madre que contrajera segundas o posteriores nupcias hubiera recibido a título lucrativo, a excepción de las arras, de su difunto cón-

yuge, de los hijos que de él hubiera tenido o de los descendientes legítimos de éstos.

2. Los que el cónyuge binubo deba dejar en favor de los mismos hijos y descendientes con preferencia sobre los del matrimonio posterior, según lo establecido en la Ley 231, por la cual los hijos de anterior matrimonio no deberán recibir de sus padres menos que el más favorecido de los hijos o cónyuge de ulterior matrimonio.

3. Los que el cónyuge binubo hubiera adquirido por título lucrativo con llamamiento sucesorio a favor de hijos o descendientes de anterior matrimonio si éstos sobrevivieren.

Todo sencillo y claro.

DERECHO EXPECTANTE Y DISPOSICION DE BIENES COMUNES A EL AFECTOS

La Compilación, con más tecnicismo que el Apéndice, en el que aparecían confundidas las disposiciones sobre el derecho expectante y el usufructo de viudedad, los regula separadamente en los capítulos II y III del título VI del libro primero.

Según el artículo 76, 1: «Los inmuebles por naturaleza y los muebles como sitios del número 1 del artículo 39 (explotaciones agrícolas, ganaderas, mercantiles e industriales) quedan afectos al expectante derecho de viudedad en el momento de ingresar en el patrimonio común o en los privativos».

No parece ofrecer duda alguna la determinación de los bienes afectos a este derecho expectante, puesto que la que pudiera surgir por la larga enumeración que el artículo 39 hace de los bienes muebles que deben considerarse como sitios, en la que aparece comprendido hasta el dinero efectivo, cuya adquisición conste fehacientemente, queda desvanecida no sólo por la mención exclusiva de los del número 1 de tal artículo 39, sino también porque el número 3 del artículo 76 dispone que «tratándose de los *demás bienes muebles* el derecho de viudedad afecta exclusivamente a aquellos que existan al fallecimiento o hayan sido enajenados en fraude de tal derecho».

Como garantía de la efectividad, en su día, de este derecho expectante el apartado 2.º del repetido artículo 76 dice: «Este derecho no se extingue o menoscaba por la ulterior enajenación de *cualquiera de los bienes mencionados en el número anterior*, a menos que se *renuncie expresamente*. Queda a salvo lo establecido sobre responsabilidad por deudas de gestión frente a tercero de buena fe».

El Apéndice, en lugar no muy apropiado, al tratar de la administración y disposición de bienes de la sociedad conyugal (art. 49), decía: En cuanto a los raíces o inmuebles en que pueda corresponder viudedad a la mujer, si no hubiere dado ella *expreso consentimiento* quedará a salvo, no obstante las enajenaciones que hiciere o gravámenes que impusiere el marido. Tampoco las enajenaciones que haga la mujer de inmuebles sobre los cuales tenga el marido derecho expectante de viudedad pueden perjudicarle *sin renuncia expresa* de éste.

De los términos literales de este precepto resultaba que si se trataba de bienes privativos del marido o comunes, de los que también podía disponer, bastaba expreso consentimiento de la mujer, y en cambio, si ésta disponía de sus bienes, precisaba la renuncia expresa del marido.

La práctica había casi prescindido de esta diferencia y, de ordinario, no surgían dificultades cuando ambos cónyuges concurrían al otorgamiento del acto de disposición, aunque no se hiciera esa renuncia expresa.

Recogiendo esta práctica, el primitivo anteproyecto de la Comisión aragonesa se limitaba a decir que el derecho expectante no se extinguía por ulterior enajenación del inmueble si no concurren a ella ambos cónyuges, y se admitía suplir este consentimiento por decisión del Consejo de parientes con aprobación judicial. El definitivo anteproyecto de dicha Comisión, con el mismo criterio de unidad respecto de enajenaciones de uno y otro cónyuge, decía que el derecho no se extinguía si no consentían ambos cónyuges y prescindían de la suplencia de tal consentimiento por el Consejo de parientes.

En el proyecto de Ley enviado a las Cortes por el Gobierno también se hablaba sólo de consentimiento en el artículo 76 y se volvía a admitir el consentimiento subsidiario por la Junta de pa-

rientes y, en su defecto, por la autoridad judicial en los casos de incapacidad, ausencia o negativa infundada.

Nos hemos detenido en el examen de los antecedentes de ese apartado 2.º del artículo 76 para que se vea que si desde un principio se prescindió de diferenciar las enajenaciones de marido y mujer, se optó por el consentimiento, tanto en los anteproyectos como en el proyecto de Ley, pero las Cortes, en definitiva, sin distinción ninguna, se decidieron por la renuncia expresa, sin arbitrar forma alguna especial para suplirla.

Esta variación no deja de ser significativa y parece inspirada en el deseo de llevar hasta el último extremo la defensa del derecho de viudedad.

Cuando se trate de bienes privativos está claro que precisa la renuncia expresa del otro cónyuge al derecho expectante, o habrá de dejarse a salvo, también expresamente, sin que haya forma de sustituir al cónyuge, como no sea con el preciso poder o con la representación legal en caso de incapacidad debidamente declarada, pues respecto a ausencia legal, el otro cónyuge puede disponer libremente de sus propios bienes, según el artículo 7.º, apartado 1.

Más dudas suscita la aplicación del precepto cuando se trata de enajenación de bienes comunes.

El anteproyecto de la Comisión aragonesa, teniendo en cuenta la necesidad de consentir el otro cónyuge la enajenación, a los efectos, precisamente, de este derecho expectante, lo cual hacía que no se realizase ninguna transmisión sin el concurso de los dos, estimó innecesaria disposición parecida a la del artículo 1.413 del Código, pero ya la Sección especial de la Comisión General de Codificación introdujo disposición análoga a la del Código, y no pudo lograrse restablecer la del anteproyecto, aunque sí reducir la necesidad del consentimiento del otro cónyuge a las enajenaciones voluntarias.

La necesidad de este consentimiento, según el artículo 51 de la Compilación, para actos de disposición voluntaria sobre inmuebles y establecimientos mercantiles y la posibilidad de sustituirlo por aprobación de la Junta de parientes y, en otro caso, por autorización judicial, ha suscitado la duda de si respecto de estos bie-

nes comunes es aplicable el artículo 76, que exige la renuncia expresa del derecho expectante.

Realmente crea esta disparidad una situación anómala, pero no compartimos la opinión de quien estima que en caso de disposición de inmuebles y establecimientos mercantiles de carácter común basta con el consentimiento del otro cónyuge que exige el artículo 51.

Debe concederse la debida importancia a la modificación introducida en el proyecto que se sometió a las Cortes y llegar a la conclusión de que cuando se ha sustituido lo del consentimiento por la renuncia expresa no hay manera de excusar ésta, ni aun en el caso de tratarse de bienes comunes. Además, el apartado 2.º del artículo 76, que la impone, no distingue entre bienes privativos y comunes, sino que se refiere a los del apartado 1.º del propio artículo, y éste nos dice que los bienes que cita «quedan afectos al expectante derecho de viudedad en el momento de ingresar en el *patrimonio común* o en los privativos».

No hay, por tanto, más solución si se quiere que los inmuebles y establecimientos mercantiles de carácter común que se enajenen no queden sujetos al expectante derecho de viudedad, que el cónyuge no administrador consienta la enajenación, conforme al artículo 51, y además renuncie expresamente al tan repetido derecho expectante, sin que para esta renuncia juegue la posible sustitución del artículo 51.

Según esto, y ateniéndonos a los términos de la Ley, por raro que parezca, puede darse el caso de que se consienta la enajenación, pero no se renuncie el derecho expectante que, naturalmente, quedaría a salvo.

Coincidente con esta opinión es la de MARTÍN-BALLESTERO, que nos dice: «... el marido no sólo necesita la comparecencia de la mujer para renunciar su derecho expectante de viudedad, sino para la propia enajenación de inmuebles y establecimientos mercantiles, superponiéndose, por así decirlo, dos intervenciones o dos consentimientos de la esposa: un consentimiento para que se enajenen esos bienes de la comunidad doméstica y otro consentimiento u otra renuncia acerca del derecho expectante de viudedad que tenía sobre los bienes que se enajenan. Podrá decirse que son dos partes de la misma cosa; entiendo que no; la emisión o declara-

ción de una voluntad consintiendo en una enajenación es una cosa, pero ésta no quiere decir necesaria y explícitamente que se renunciara al derecho expectante de viudedad sobre la cosa enajenada, y a aquella declaración de voluntad habrá que agregar esta otra de renunciar expresamente al usufructo vidual de los bienes enajenados».

Y no creemos surjan otras dificultades en relación con este derecho expectante, que se extingue, según el artículo 78, mucho más claro que el largo y complejo artículo 64 del Apéndice, por las causas establecidas para el usufructo en el Código civil (art. 513 principalmente), en cuanto le sean aplicables, por las de indignidad para suceder y por la declaración de nulidad del matrimonio, perdiéndola en caso de separación judicial el cónyuge declarado culpable. en tanto no medie reconciliación.

USUFRUCTO VIDUAL. NACIMIENTO

Lo preceptuado en la Compilación respecto al Derecho de viudedad, ya hecho efectivo, por su precisión y orden no creemos planteen serios problemas.

Como es natural, siempre se ha estimado que el usufructo vidual se hacía efectivo al fallecimiento de uno de los cónyuges, pero la confusión en el Apéndice era manifiesta, por la falta de una declaración terminante y la referencia que el artículo 71 hacía a los anteriores, sobre inventario y fianza, si bien terminaba disponiendo que los efectos de la viudedad se entienden siempre referidos al día en que deba comenzar, según Ley, pacto o concesión.

Verdadero contraste con estas disposiciones, largas y confusas, ofrece el artículo 79 de la Compilación que, con sólo las palabras precisas y absoluta claridad, dice que «el fallecimiento de un cónyuge atribuye al sobreviviente con derecho expectante el de usufructo sobre los bienes afectos», agregando, para evitar toda duda sobre posible influencia de inventario, como ocurría con el Apéndice, «y desde ese momento su posesión».

Clarísimo queda, por tanto, que nunca puede suponer dilación, en cuanto al disfrute efectivo de este derecho, lo que pueda ocurrir sobre inventario y fianza.

INVENTARIO Y FIANZA

También sobre este particular reinaba en el Apéndice notoria confusión.

El artículo 68 empezaba por declarar la obligación de terminar el inventario dentro de los cincuenta días primeros de la viudez, sin ninguna excepción ni pallativo; hasta podía dudarse de la posibilidad de dispensa de esta obligación, ya que no se hacía alusión a ella y, en cambio, sí la admitía el artículo 70 respecto a la fianza, pero por analogía se consideró posible esta dispensa, y así la admitió hasta la Audiencia de Zaragoza (severa con la exigencia de inventario) en sentencia de 21 de enero de 1950.

Este precepto que declaraba obligatoria la formalización de inventario había caído en la más general inobservancia, y así PALÁ MEDIANO, con su gran experiencia e insuperable autoridad, en la encuesta sobre *Observancia actual del Derecho foral aragonés* (1942) informa, según dice SANCHO REBULLIDA, que «se formalizan muy pocos inventarios, y los que se hacen fuera de término, sin ocurrir nada», y que es «puramente formal para que sirva de base a la liquidación del impuesto e inscripción de los inmuebles, sin detallar bienes muebles...»

Destaca entre lo escrito sobre esta materia un documentado estudio de LORENTE SANZ titulado *La omisión de inventario en la viudedad*, en *A la memoria de don Juan Moneva y Puyol*, Zaragoza, 1954, del cual es la siguiente conclusión: «Las disposiciones del artículo 68 del Apéndice, al menos en lo que tienen de riguroso sobre plazo y formalidades del inventario y sobre efectos del incumplimiento de esa obligación, están en desuso». Hace seguidamente referencia a la encuesta que hemos citado y continúa: «Y de las contestaciones recibidas se infiere su general desuso. Los protocolos de los Notarios registran escasísimas escrituras de inventario otorgadas por el cónyuge viudo dentro de los cincuenta días consecutivos a la viudez. La práctica constante es la de hacer *relación de bienes* a efecto de declaración para la liquidación del Impuesto de Derechos Reales, dentro del reglamentario plazo de seis meses prorrogables por otros seis, y sin que forzosamente se extienda en escritura pública. Y, parejamente, se halla en desuso

la pérdida de disfrutes y su incorporación de derecho al caudal de la viudedad, que el último párrafo del artículo 68 del Apéndice impone como castigo al viudo incumplidor de la obligación legal de inventario».

No es extraño que con estos antecedentes haya desaparecido de la Compilación aquella obligación de formalizar inventario que el Apéndice imponía como regla general.

El artículo 80, al contrario, sienta como regla general la no obligatoriedad, y en clarísimos preceptos regula las excepciones. Más claro resulta todavía, de estas palabras de SANCHO REBULLIDA, referentes al anteproyecto aragonés, igual esencialmente, en este particular, a la Ley: «Regla general, no hay obligación de inventario; excepción, que lo imponga el premuerto o lo exijan los herederos; excepción de la excepción (que vuelve a ser regla), que el premuerto haya prohibido a los herederos el poder exigirlo; y excepción de la excepción de la excepción (que vuelve a ser excepción), que lo pida el Ministerio Fiscal para salvaguardar las legítimas...»

El inventario deberá formalizarse en el plazo de cincuenta días, contados desde el fallecimiento, cuando resulte impuesto por el causante, y desde el requerimiento en los demás casos.

Como otras medidas cautelares, dispone el artículo 81 que cuando proceda el inventario y hasta tanto se formalice y, en su caso, se constituya la fianza, los herederos podrán instar del Juzgado Comarcal o Municipal del lugar donde se hallen los bienes la adopción, respecto de ellos, de medidas de aseguramiento».

También es clara y terminante la Compilación en cuanto a sanción por incumplimiento de la obligación de formalizar inventario. «El viudo obligado a formalizar inventario que no lo concluya dentro de plazo perderá, entre tanto, los disfrutes de viudedad, que corresponderán a los herederos desde el día del requerimiento hasta la terminación del inventario» (art. 82).

Mucho más lógica, clara y practicable es esta solución que la del artículo 68 del Apéndice, que disponía que tales disfrutes quedarían de derecho incorporados al caudal de la viudedad hasta que se acabase de formalizar el inventario. Esta sanción parecía referirse a esa obligación de formalizarlo, establecida con carácter general, y para el caso de mediar requerimiento se imponía una

análoga a la de la Compilación, pero establecida en lugar inadecuado, al final del artículo 73, después de catorce apartados dedicados a enumerar las causas de extinción del Derecho de viudedad.

DISPONIBILIDAD DEL DERECHO DE VIUDEDAD Y DE LOS BIENES

Ya en el artículo 74 del capítulo I sobre disposiciones generales referentes a este derecho se dice: «Salvo lo dispuesto en el artículo 87, el Derecho de viudedad es inalienable». Parece existir un error en esta cita del artículo 87, puesto que el que realmente establece excepciones o atenuaciones a esa inalienabilidad, como seguidamente veremos, es el 83, y el 87 se refiere a una transformación del usufructo, impuesta en casos extraordinarios, que no parece verdadera excepción de esa inalienabilidad. En todo caso la referencia debió hacerse a los dos artículos.

El error nace del segundo anteproyecto de la Comisión aragonesa, que habiendo variado la numeración de los artículos respecto del primero, en cita semejante a la de la Compilación no tuvo en cuenta aquella variación y repitió el número del primero, y esto mismo parece ha vuelto a ocurrir en la Compilación, aunque en esta se haya modificado el orden sistemático.

El artículo 83 repite la declaración de que «el derecho de viudedad es inalienable».

El 74, después de hacer esta declaración, como hemos visto, añade: «Pero podrá ser objeto de renuncia total o parcial, que deberá constar en documento público».

El anteproyecto de la Comisión aragonesa hablaba de renuncia abdicativa, pero realmente la renuncia que pudiéramos llamar neta siempre es abdicativa, puesto que, en cuanto haya destinatario o cualquiera contraprestación o condición dejará de ser verdadera renuncia para convertirse en donación, cesión u otra figura jurídica.

El artículo 83 contiene dos novedades importantes.

En diciembre de 1961 proponíamos una enmienda a la ponencia sometida a examen de la Comisión aragonesa en el sentido de que cuando no hubiera descendencia del matrimonio pudiesen viudo

y herederos del premuerto pactar sobre viudedad lo que estimasen oportuno.

Habíamos conocido casos de institución a favor de uno de los hijos, en los que la muerte del instituido heredero sin sucesión había dado lugar a una situación muy lamentable. Indispuesta la viuda con los hermanos del fallecido, nudo-propietarios de los bienes y todavía solteros, éstos han tenido que salir de la casa, resultando imposible que ese usufructo que, aun llamado de viudedad, ha de invertirse en beneficio de la familia, cumpla esta finalidad, y abandonada la viuda a sus propios medios, se ve también imposibilitada de administrar los bienes en forma debida, con el consiguiente quebranto en el patrimonio. También hay que pensar en cuanto pueda derivarse de que la viuda, todavía joven, usufructuaria de cuantiosos bienes, violente su inclinación natural a contraer nuevo matrimonio para no perder ese derecho.

También sobre esto se había hablado en las jornadas de Derecho aragonés de 1961, en las que parecía haber obtenido general asenso la indicación de encontrar una solución en el caso de falta de descendencia, mucho más si el viudo es joven. No se nos ocultaba que las cuestiones que entre los viudos y herederos suelen surgir pueden tener solución con una renuncia, fingidamente gratuita, pero nos parece mucho mejor que la transacción esté expresamente autorizada por la Ley, lo cual, sin falsear nada, permitiría una absoluta libertad de pactar, incluso con la adopción de garantías que, en muchos casos, pueden ser necesarias.

Fue abordado y resuelto este problema en el anteproyecto definitivo de la Comisión aragonesa por disposición que conserva la Compilación, que en el apartado 1.º del artículo 83, después de reiterar el principio de inalienabilidad, dice: «No obstante, cuando no haya descendencia del cónyuge fallecido el viudo o viuda puede pactar con los herederos de aquél lo que estime oportuno, respetando las cargas establecidas por el mismo».

El carácter inalienable del usufructo de viudedad, aún no declarado expresamente en la legislación anterior, siempre se ha estimado que le acompañaba, y se deducía también de la prohibición de hipotecarlo (número 2, artículo 108 de la Ley Hipotecaria) y al no figurar el derecho de disponer entre los del viudo usufructuario, que enumeraba el artículo 72 del Apéndice; ello

había suscitado dudas sobre si podían o no enajenarse en plena propiedad los bienes sujetos a este usufructo, y era frecuente acudir al subterfugio de que previamente renunciase a su derecho el viudo gratuitamente, vendiendo los herederos del premuerto en plena propiedad. Planteamos este problema en una de las Semanas de Jaca (*Anuario de Derecho Aragonés*, 1944), llegando a la conclusión de que no debía haber ningún inconveniente en enajenar la plena propiedad, haciéndolo conjuntamente usufructuario y nudo-propietarios, ya que, en otro caso, se recurría a la renuncia gratuita del usufructo, como se ha dicho, con perjuicio del viudo, o se condenaba a paralización la gran masa de bienes que en Aragón está sujeta a viudedad. Parecía lógico, además, que lo que pudieron hacer los dos cónyuges también lo realizasen conjuntamente los herederos del fallecido y el sobreviviente. Pero además el propio número 2 del artículo 108 de la Ley Hipotecaria anterior señalaba otro usufructo como no hipotecable, el de los padres o las madres sobre los bienes de sus hijos (la vigente habla solamente de los usufructos legales, excepto el concedido por el Código al cónyuge viudo, lo cual equivale a lo mismo), y nadie sostenría que no puede enajenarse o hipotecarse, con las debidas formalidades legales, la plena propiedad de esos bienes para atender a las propias necesidades del hijo. Había que estimar, por consiguiente, que la prohibición de hipotecar, y por consiguiente de enajenar, se refería al usufructo como derecho aislado, pero no a la plena propiedad.

Aunque esta tesis había cundido bastante, con gran acierto se declara esto factible en el apartado 2.º del artículo 83 de la Compilación, con la coletilla de que, salvo pacto en contrario, quedarán subrogados el precio o la cosa adquirida en lugar de lo enajenado. Es decir, que el viudo seguirá teniendo usufructo equivalente al que enajenó.

Podíamos terminar aquí, remitiendo al lector a la propia Compilación, respecto de los restantes artículos sobre la materia, que no parece planteen cuestiones de gran importancia, pero les dedicaremos un ligero examen.

DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL VIUDO USUFRUCTUARIO

Sobre esto contiene cuatro reglas el artículo 84.

Entre ellas merece destacarse la primera, que implica importante novedad y sencillez, en relación con el complicado artículo 74 del Apéndice. «A la constitución o extinción del usufructo, la liquidación de los frutos naturales e industriales obtenidos durante el año agrícola o el correspondiente periodo productivo se hará en proporción a la duración en él del respectivo derecho. La misma regla regirá en cuanto a los gastos de producción».

Se aplica, por tanto, a los frutos naturales e industriales, la misma medida que el artículo 474 del Código civil señala para los frutos civiles y, como dice SANCHO REBULLIDA, «se mejora el sistema del Código civil referente al usufructo ordinario y se coloca en la línea de los Códigos más progresivos, como el italiano de 1942».

La regla segunda remite a las disposiciones del Código civil con relación al poseedor de buena fe, para el abono de expensas y mejoras hechas por el viudo usufructuario.

Por la tercera se declaran de cargo del viudo las reparaciones tanto ordinarias como extraordinarias, si los nudo-propietarios son descendientes legítimos suyos.

En la cuarta se recoge la obligación ya impuesta en el artículo 72 del Apéndice sobre alimentos, pero con las condiciones y alcance con que las regula el Código civil, suprimiendo, por tanto, aquella frase imprecisa de «al haber y poder de la casa» y se extiende la obligación, como también disponía el Apéndice, a los hijos no comunes del cónyuge premuerto.

INTERVENCION DE LOS NUDO-PROPIETARIOS.
TRANSFORMACION DEL USUFRUCTO

La Compilación ha previsto que no sea adecuada la administración de los bienes usufructuados, bien por falta de medios apropiados, sobre todo tratándose de viuda, o simplemente por negligencia, y según su artículo 85, «desatendidas por el usufructuario las indicaciones o advertencias que le hicieren los nudo-propie-

rios sobre administración y explotación de los bienes, podrán acudir a la Junta de parientes o a la autoridad judicial, ante la cual también serán apelables los acuerdos de la *Junta*. Un tanto ampulosa resulta esta palabra *junta*, pues se trata, sencillamente, de dos parientes.

Y concordando con esta disposición el artículo 87 dice: «En el caso del artículo 85, si el viudo usufructuario no pudiera o no se aviniera a cumplir el acuerdo de la Junta de parientes o la decisión judicial, podrán pedir los nudo-propietarios la entrega de los bienes y la sustitución del usufructo por una renta a su cargo no inferior al rendimiento medio obtenido en los cinco años últimos y revisable cuando varíen las circunstancias objetivas».

No puede negarse el justo propósito de estas disposiciones, por ser natural que los nudo-propietarios, si ya han alcanzado cierta edad, no puedan ver con calma que la productividad de los bienes sea muy inferior a la que podría obtenerse con una adecuada y más moderna explotación, pero encontramos un tanto difícil determinar el rendimiento medio obtenido en los últimos cinco años, cuando se parte de administración deficiente, seguramente con ausencia completa de contabilidad, y tampoco vemos clara esa variación de circunstancias objetivas que han de dar lugar a la revisión de la renta asignada. Parece que habría de ser una de ellas el movimiento del índice de coste de vida.

EXTINCION DEL USUFRUCTO VIDUAL

Las catorce causas de extinción que contenía el artículo 73 del Apéndice las reduce el 86 de la Compilación a seis, con un párrafo final que nos remite, en lo no previsto, a los artículos 513 y siguientes del Código civil, cuyos preceptos regirán también la extinción del usufructo sobre bienes determinados.

Las causas de extinción que pudiéramos llamar especiales son: renuncia; nuevo matrimonio, salvo pacto en contrario (clara alusión al «casamiento en casa»); llevar el cónyuge viudo vida licenciosa; corromper o abandonar a los hijos o atentar al pudor o fomentar la prostitución de las hijas; incumplir con negligencia grave o malicia las obligaciones inherentes al disfrute de la viu-

dedad, y no reclamar su derecho durante los veinte años siguientes a la defunción del otro cónyuge.

El citado artículo 73 del Apéndice, en su número 11 señalaba como causa de extinción «tener el viudo manceba en su propia morada o con escándalo fuera de ella, o llevar la viuda vida manifiestamente licenciosa o deshonesta».

Mucho más justa la Compilación, señala como causa de extinción llevar el cónyuge viudo vida licenciosa, sin distinción de sexo.

DERECHO INTERTEMPORAL

Dice la disposición transitoria cuarta: «A los matrimonios ya contraídos y subsistentes al tiempo de entrar en vigor esta Compilación les serán aplicables sus preceptos sobre extensión del derecho de viudedad (arts. 72 y 76), pero no se regirán por sus normas los usufructos viduales anteriormente causados».

Y según la quinta: «En el supuesto de matrimonio ya contraído de viudo o viuda que tuvieran descendencia de anteriores nupcias (art. 73), no serán aplicables las normas de la Compilación sobre extensión del derecho de usufructo».

No es aplicable, por consiguiente, a matrimonios anteriores, lo que puede implicar perjuicio, pero si cuanto favorece.

Por tanto, no se darán ya casos de fallecimiento intestado de uno de los cónyuges sin que el sobreviviente tenga viudedad universal, y en los demás casos, salvo pacto, nunca los bienes sobre que recaiga podrán ser de valor inferior a la mitad del caudal hereditario. Terminemos expresando nuestra satisfacción por haberse logrado esta nueva configuración de la viudedad.

MANUEL BATALLA GONZÁLEZ.

La sucesión intestada en el Derecho aragonés

I

DERECHO DE TRONCALIDAD

Antes de iniciar el estudio de la sucesión intestada en el Derecho aragonés parece conveniente realizar un somero estudio del Derecho de troncalidad, ya que apoyándose en él la sucesión intestada aragonesa, su examen nos servirá para encuadrar más ciertamente el Derecho histórico y orientarnos en el examen, interpretación y crítica del vigente.

Define BRAGA DA CRUZ el Derecho de troncalidad diciendo que es «una regla de llamamiento hereditario aplicable tan sólo en la sucesión *ab intestato* de quien fallece sin descendientes, y según la cual los bienes poseídos por el causante con el carácter de *proprios* deben ser atribuidos exclusivamente a los parientes del mismo lado de que esos bienes proceden» (1).

De esta definición se deduce que el Derecho de troncalidad es un principio sucesorio que se aplica exclusivamente a determinada clase de bienes (bienes propios) y a favor de determinados herederos (parientes del mismo lado de que dichos bienes proceden), lo que implica el estudio de sus elementos reales (bienes) y personales (herederos), para conocer los bienes y personas a que es aplicable:

(1) *O Direito de Troncalidade*, Braga, Livraria Cruz, 1941. Tomo I, pág. 19.

A) *Elementos reales*.—La aplicación del principio de troncalidad exige la formación de dos grupos distintos de bienes en la herencia: por un lado, los bienes que tienen procedencia familiar (bienes propios, familiares o troncales); por otro, los que no la tienen (bienes adquiridos). A los primeros se les aplica el Derecho de troncalidad; a los segundos, las reglas generales de devolución sucesoria.

El mismo autor señala cuatro grupos de bienes, a los que debe atribuirse carácter de propios, atendiendo a su procedencia:

1. Bienes heredados de los parientes, con mayor o menor amplitud, según los diferentes derechos y épocas.

2. Bienes donados como anticipo de cuota hereditaria, a los que en una evolución posterior se asimilan los bienes donados por los ascendientes a sus descendientes, aunque no sean como anticipo de legítima, sino por cuenta de la cuota de mejora o de la de libre disposición.

3. Bienes comprados a la familia.—Si bien en los supuestos normales los bienes comprados son el tipo más acabado de bienes *adquiridos*, no ocurre así—y se les atribuye carácter de *propios*—cuando la adquisición procede del ejercicio del derecho de retracto para evitar que tales bienes salgan de la familia.

4. Bienes subrogados en el lugar de propios.—Aunque la solución sea más discutible, el autor citado se inclina decididamente por ella, especialmente en el supuesto de permuta.

B) *Elementos personales*.—El principio de troncalidad manda entregar los bienes *propios* a los parientes de la misma línea de que tales bienes proceden. Ello quiere decir que los herederos, además de tener parentesco, como en todos los supuestos de sucesión intestada, con el causante, han de estar también en relación de parentesco con un anterior propietario de los bienes de quien mediata o inmediatamente los recibió aquél.

Como los descendientes representan ambas líneas paterna y materna, sus derechos sucesorios no son afectados por la tronca-

lidad, que entra en acción cuando faltan los descendientes, con su especialísimo efecto de conceder preferencia a la línea sobre el grado para el llamamiento sucesorio. Se trata, en resumen, de que los bienes relictos por el causante a su fallecimiento, y que sean de origen familiar, no salgan del tronco de que proceden. Supone ello investigar la persona que los hizo entrar en la familia para atribuirlos a los parientes del causante que a su vez pertenezcan al mismo tronco familiar.

La forma más simple de aplicación del principio de troncalidad no lleva la averiguación del origen de los bienes más allá de los padres del causante, distinguiendo solamente dos masas: heredados por parte del padre y heredados por parte de la madre. Los primeros son atribuidos genéricamente a los parientes paternos, mientras los segundos se atribuyen a los maternos. Dentro de cada uno de estos grupos recibirá la respectiva masa de bienes aquel que fuere pariente más próximo del *de cuius*. Lleva consigo el peligro de que pasen los bienes a personas extrañas a la línea de procedencia al no practicarse ulteriores investigaciones.

La forma más normal de aplicación del principio no se contenta con esta simple investigación. Continúa, como antes decía, buscando el origen de los bienes más allá de los padres del causante hasta el primero que los introdujo en la familia. Esta investigación lleva consigo en ocasiones una serie de dificultades, a veces insalvables, especialmente en aquellos supuestos en que los bienes se han transmitido de generación en generación sin posibilidad de determinar quién fue el primer adquirente de los mismos. Normalmente se acepta la máxima de que el primer poseedor conocido debe ser equiparado al primer adquirente e incluso en ocasiones encontramos establecido un límite, por ley o por costumbre, más allá del cual no debe investigarse el origen de los bienes. Algunos Derechos lo fijaron en los abuelos del causante.

La consecuencia fundamental que produce la aplicación del principio de troncalidad es la preferencia de los colaterales y la exclusión de los ascendientes en la herencia de quien fallece intestado y sin descendientes, salvo en el supuesto de bienes propios donados por el ascendiente, en cuyo caso se le concede, cuando sobrevive al causante, el derecho de recobrar tales bienes

(derecho de recobro o de reversión). Veamos cómo se produce esta consecuencia.

Al fallecer una persona en las condiciones indicadas, pueden existir en su herencia dos clases de bienes procedentes de sus ascendientes: heredados de éstos y recibidos por donación. Entre estas dos clases de bienes hay una diferencia fundamental. Mientras la adquisición de los primeros supone la muerte del transmitente, no ocurre así en la adquisición de los segundos. Esto quiere decir que a la muerte del causante puede aún vivir y concurrir a la herencia la persona que le transmitió los bienes por título distinto de sucesión, en cuyo caso se le atribuyen a él en virtud de un derecho de recobro; por el contrario, cuando los bienes fueron recibidos por sucesión, nunca podrá concurrir el transmitente a la herencia del *de cuius*, y serán llamados a heredar en estos bienes los colaterales más próximos de la misma línea de donde procedían, quedando excluido el progenitor sobreviviente y los parientes por esta rama, ya que son ajenos totalmente a los bienes en cuestión. El derecho de recobro se extiende también normalmente a los parientes no ascendientes de quienes procedían directamente los bienes al causante.

En cuanto a la forma de producirse la sucesión de los colaterales, se sigue el criterio de admitir una representación ilimitada dentro de la línea, de forma que en cuanto exista un representante de una línea colateral más próxima, aunque sea más alejado en grado, no será llamado ningún pariente en línea colateral más lejana, aunque sea más próximo en grado. Dentro de la línea, la preferencia de grado actúa con su máxima intensidad (si existen como más próximos parientes dos hermanos y un sobrino carnal de éstos, sólo los primeros son herederos) y no se establece limitación de grado en el llamamiento.

Esta exclusión de los ascendientes, justificada respecto de los bienes troncales por lo anteriormente expuesto, se amplía también en la mayoría de las legislaciones a los bienes adquiridos (2). Tras esta visión conjunta del principio de troncalidad y de sus principales consecuencias podemos pasar ya al examen de la suce-

(2) Por mimetismo, dice LACRUZ («Derecho de sucesión por causa de muerte», en *Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*, núm. 26, página 170).

sión intestada en el Derecho aragonés, distribuyéndola en dos grandes apartados: el primero, referente al Derecho histórico, en el que incluiré también una brevisima referencia a los Proyectos de Apéndice de 1899 y 1904 y al Apéndice foral de 1925, que rigió hasta la publicación de la actual Compilación, y el segundo, dedicado al examen de la institución en el nuevo Cuerpo legal.

II

DERECHO HISTORICO

A) *Apertura de la sucesión.*—No existe ningún precepto especial en el Derecho aragonés histórico que disponga cuándo tiene lugar la sucesión legítima. El buen sentido de nuestros mayores entendió, sin duda, que era suficiente hablar de persona que muere intestada, sin necesidad de más amplias aclaraciones (fuero único *De rebus vinculatis*).

El término *intestatus* no debe tomarse en el sentido estricto de falta de testamento, sino en el más amplio de inexistencia de cualquier disposición de última voluntad, ya que en Aragón la sucesión podía (y puede) regularse también por pacto (3).

Los proyectos de Apéndice de 1899 y 1904 y el Apéndice foral últimamente derogado así lo tuvieron en cuenta, estableciendo este último en su artículo 34 que «para que tenga lugar la sucesión legítima, además de lo estatuido al efecto en el Código, se necesita que la sucesión del causante no esté ordenada tampoco por contrato y señaladamente por capitulación matrimonial».

B) *Orden general de suceder.*—Inspirado el Derecho aragonés en el principio de troncalidad, el orden sucesorio por el mismo acogido es lógicamente el de la exclusión de los ascendientes por los colaterales, exclusión que actúa con mayor o menor intensidad según la forma como el principio indicado se fue reflejando

(3) Que el término *intestatus* no debe tomarse en sentido estricto, sino comprendiendo genéricamente la inexistencia de última disposición, puede deducirse de otros textos, como el fuero 4.º, *De testamentis*, que habla de que «si en el testament, o última disposición, será dispuesto disjunctivamente...», y concluye diciendo que «El present Fuero se estienda solament a los testamentos, e otras ultimas voluntades, que de aqui avant se farán».

a través de la evolución del Derecho regnicola. En breve apunte histórico diremos que la troncalidad aparece tímidamente en el fuero de Daroca de 1142, alcanza su punto culminante en la Compilación de Huesca de 1247 y se atenúa en 1311 y 1461 con la publicación de los fueros primero y segundo, *De successoribus ab intestato*, sobre recobro por los ascendientes (y también por los hermanos, según la última disposición) de los bienes donados, vendidos o enajenados por aquéllos al causante que fallece intestado y sin descendientes y siempre que los bienes se conserven en la herencia. Salvo en estos supuestos, los ascendientes son excluidos por los colaterales, exclusión que se extiende no sólo a los bienes troncales, sino a los adquiridos, según la interpretación más comúnmente aceptada de la observancia 7.^a, *De testamentis*.

Tampoco reconocía derechos sucesorios al cónyuge viudo, excepción hecha del recobro de la firma de dote. Esto no quiere decir que quedase desamparado, pues a su favor tenía el derecho de viudedad, institución de carácter familiar que suplía sus prácticamente nulos derechos sucesorios.

En resumen, el antiguo Derecho aragonés llamaba a la sucesión intestada en primer lugar a los hijos y descendientes legítimos del causante (la descendencia ilegítima no fue nunca admitida), y en segundo lugar, a los colaterales más próximos por la línea de procedencia de los bienes, sin más excepción a favor de los ascendientes y del cónyuge viudo que los recobros citados. Consagró, además, una especial sucesión a favor del hospital de Nuestra Señora de Gracia, de Zaragoza, respecto de los enfermos y dementes que muriesen en él intestados y sin parientes hasta el cuarto grado.

C) *Sucesión de los descendientes*.—Aunque acaba de decirse que el Derecho aragonés llamaba a la sucesión en primer lugar a los hijos y descendientes legítimos del causante, es lo cierto que no existe ningún texto que *directamente* llame a los descendientes a la sucesión de quien fallece sin disposición de última voluntad. Así, ISÁBAL y DEL PLANO. Al decir de este último autor, la sucesión de los hijos fue en nuestros mayores una suposición deducida de los fueros único, *De rebus vinculatis*, y primero, *De successoribus ab intestato*. Sessé llegó a afirmar la aplicación del Derecho común en este punto ante la carencia de disposición foral

específica (*Decisión* 62, núm. 8). Mas la verdad es que son varios los fueros y observancias que nos permiten afirmar que el Derecho aragonés reconocía el orden de descendientes como el primero y más natural orden sucesorio en la herencia de quien falleció intestado (4).

Respecto al modo de suceder cuando concurren hijos y nietos del causante, lo resuelve la observancia 6.^a, *De testamentis*, admitiendo plenamente la aplicación del derecho de representación en la línea descendente, con la consiguiente sucesión por estirpes y por cabezas dentro de cada estirpe.

Todo lo dicho se refiere a los hijos y descendientes legítimos. Los ilegítimos fueron excluidos de la sucesión de sus padres y ascendientes en nuestro antiguo Derecho (fuero único, *De natis ex damnato coitu*, y observancia 25, *De generalibus privilegiis*). La exclusión afecta tanto a los no naturales como a los que tienen esta condición, y no existe ninguna diferencia en cuanto a sucesión en la herencia del padre y en la de la madre, como reconocía Sessé en su *Decisión* 43, núm. 6.

Los adoptivos, en cambio, tuvieron su lugar reservado en la sucesión del adoptante (fuero único, *De adoptionibus*, y observancia 27, *De generalibus privilegiis*). No obstante, este orden sucesorio ya había caído en desuso.

El proyecto de 1899 reconoció un derecho de alimentos a los hijos naturales reconocidos o legitimados por concesión real concurriendo con hijos legítimos y los llamaba a la herencia en defecto de éstos. No así el proyecto de 1904, que, volviendo a la tradición foral, no llamaba en ningún caso a la herencia a los hijos ilegítimos. Tampoco el Apéndice foral de 1925 nombraba a los hijos naturales.

D) *Recobro de la firma de dote*.—La protección económica al cónyuge viudo se plasma en Aragón no a través de una institu-

(4) MARTON señala como textos que confirman lo dicho el fuero 4.º, *De donationibus*, el fuero único, de los en desuso, *De donationibus*, y las observancias 1.ª, 2.ª, 8.ª, 9.ª y 12 de igual rúbrica. A ellos cabe añadir los fueros ya citados, único, *De rebus vinculatis*, y 1.º, *De successoribus ab intestato*. Argumentos son también las disposiciones del fuero 1.º, *De testamentis nobilium*, y único, *De testamentis civium*, y el fuero 2.º, *De exheredatione filiorum*. LACRUZ cita en este sentido una observancia de PELEGRÍN DE ANZANO, cuyo texto hasta ahora no se conoce, contenida en un manuscrito que se conserva en el Museo Británico de Londres.

ción sucesoria, sino familiar, como es la viudedad. En el terreno estricto de la sucesión intestada sus derechos son nulos y únicamente como atenuación a este rigor se le reconoce la posibilidad de recobrar la firma de dote en los términos establecidos por la observancia 42, *De iure dotium*.

El proyecto de 1899 reconoció verdaderos derechos sucesorios al cónyuge viudo en su artículo 76, que niega nuevamente el proyecto de 1904 al establecer a su favor solamente el derecho a recobrar el *excrex* (arts. 277 y 82, regla 2.^a). El mismo derecho de recobro se recoge en el artículo 36 del Apéndice foral a favor del cónyuge sobreviviente que tuviese asignada firma de dote al premuerto fallecido sin descendencia legítima. Su redacción planteó determinados problemas de interpretación, en cuyo examen creo innecesario entrar en esta exposición del Derecho anterior a la normativa vigente (5).

E) *Recobro a favor de los ascendientes*.—Basta remitirnos aquí a lo que luego se dirá al tratar sobre la sucesión de los colaterales y preferencia de éstos sobre los ascendientes, a quienes se reconoce únicamente el derecho a recobrar los bienes donados, vendidos o enajenados por ellos al causante, si se conservan en la herencia (fuero único, *De rebus vinculatis*, y fueros primero y segundo, *De successoribus ab intestato*). La última de estas disposiciones amplió este derecho de recobro a los hermanos respecto de los bienes que hubiesen donado, vendido o enajenado al causante.

Los proyectos de 1899 (arts. 74 y 73, regla 5.^a) y de 1904 (artículos 278 y 279) y el Apéndice foral (arts. 37 y 38) recogieron también el derecho de reversión o recobro a favor de los ascendientes, extendiéndolo estos últimos a los hermanos.

F) *Sucesión de los colaterales*.—Constituye en el Derecho aragonés el segundo orden sucesorio, al no reconocerse a los ascendientes y al cónyuge viudo más que los limitados derechos de recobro que acabamos de ver. Así fue consagrado por el fuero único, *De rebus vinculatis*; los fueros primero y segundo, *De successoribus ab intestato*, y la observancia 7.^a, *De testamentis*. De acuerdo con estos textos, la casi totalidad de los autores aragoneses ad-

(5) V. SANCHO REBULLIDA, «Notas para la interpretación del art. 36 del Apéndice». *Anuario de Derecho aragonés*, 1947-48, tomo IV, pág. 183.

mitió la exclusión de los ascendientes—y consiguiente preferencia de los colaterales—en la sucesión de quien fallece intestado y sin descendencia. Posición contraria fue la adoptada por ANIÑÓN, quien en su tratado *De successionibus ab intestato* se esforzó en demostrar el error e injusticia en que incurrian los autores aragoneses al interpretar nuestras leyes en el sentido de preferencia de colaterales y posposición de ascendientes. Ni sus argumentos ni los de sus detractores hace falta reproducirlos aquí. Que la aislada postura de este autor no reflejaba el derecho observado en Aragón lo demuestra el hecho referido por PORTOLÉS de que después de publicar ANIÑÓN su tratado, el Rey don Felipe II se negó a sancionar en las Cortes de Monzón de 1585 la solicitud que se le hacía para cambiar el fuero de 1247 en el sentido de llamar a la sucesión en el orden regular de la misma a los ascendientes después de los descendientes, alegando que debía de continuar en vigor la costumbre y fuero que hasta entonces se había observado.

En resumen, puede decirse que, conforme a los textos citados y según su común interpretación, en defecto de descendientes heredaban los colaterales, distinguiendo según la procedencia de los bienes: a) Bienes troncales: heredaban los más próximos parientes de la línea de que tales bienes procedían; b) Bienes adquiridos: se dividían por mitad entre ambas ramas, independientemente de que los parientes de padre fuesen más próximos al difunto que los de parte de madre o viceversa.

A diferencia de lo que ocurre en la línea recta descendente, en la colateral se rechazó el principio de representación y no se señaló límite sucesorio en la misma. Así lo consagró la observancia 6.ª, *De testamentis*.

El proyecto de 1899, como antes dije, reconoció verdaderos derechos sucesorios al cónyuge viudo, lo que obligó a distinguir a efectos sucesorios entre colaterales privilegiados, constituidos por los hermanos y sobrinos del causante que heredaban con preferencia al cónyuge viudo, y los colaterales de grado más lejano, que son pospuestos a aquél. El de 1904 vuelve a la tradición foral de preferencia de los colaterales en la forma que regulan los artículos 280 y siguientes y 275, párrafo segundo.

El Apéndice de 1925 regulaba esta materia en su artículo 39,

sin duda el más severamente juzgado por la crítica doctrinal entre todos los que integran el citado Cuerpo legal. Sin penetrar en un estudio detenido del mismo, sí que creo conveniente hacer una referencia a su contenido por haber sido la normativa vigente en tan debatida cuestión durante los cuarenta y un años precedentes a la entrada en vigor de la actual Compilación y por ser una de las materias más profundamente modificadas por ésta respecto al Apéndice en la regulación de la sucesión intestada:

1. *Reglas generales.*—Consagran las reglas 1.^a y 2.^a del precepto que comentamos la sucesión de los hermanos de doble vínculo y de vínculo sencillo, estableciendo sustancialmente las normas siguientes:

a) Los hermanos germanos del causante reciben la totalidad de los bienes de procedencia familiar cuando no existan hermanos unilaterales de aquél. Cuando éstos existan, las reglas a observar son:

b) Bienes de procedencia paterna o materna.—Los hermanos consanguíneos suceden, con exclusión de los uterinos, en los bienes de procedencia paterna; y en los de procedencia materna heredan los hermanos uterinos, con exclusión de los consanguíneos. Si, además, existen hermanos germanos, éstos concurren con los correspondientes hermanos unilaterales en los bienes que procedan del común padre o madre.

c) Bienes que no siendo de procedencia paterna ni materna provienen de otros parientes del causante hasta el sexto grado.—Al llegar al párrafo tercero de la regla 2.^a y al primero de la regla 3.^a, que son los que regulan esta materia, no queda más remedio que prescindir de lo que en ellos dice el Apéndice y remontarnos a lo que parece quiso decir.

El supuesto contemplado por el Apéndice es, sin duda, el de inexistencia de hermanos unilaterales del causante por la línea de donde los bienes proceden, en cuyo caso da preferencia a los parientes más próximos por dicha línea sobre los hermanos unilaterales que puedan existir de la otra.

Dice, en efecto, que en los bienes que no se hubieran podido adjudicar conforme a la regla 2.^a del artículo 39 sucederán, «*aunque existan hermanos del finado*», los parientes colaterales que

tengan parentesco más próximo con el causante de la sucesión por la línea de la persona de quien el causante mismo hubo los bienes», y aquí debemos interpretar el término *hermanos* como referente únicamente a los de vínculo sencillo, puesto que si los consideramos como hermanos germanos habría una manifiesta contradicción con la regla 1.^a de este mismo artículo.

Con mayor precisión solucionaba la cuestión el proyecto de 1904, que en el artículo 280, regla 2.^a, párrafo segundo, decía: «Se reservará para los colaterales de grado o grados ulteriores a quienes de derecho corresponda, según el origen de los bienes, la porción de éstos que vaque por no haberse podido adjudicar a hermanos conforme a la presente regla.»

2. *Límite de grado.*—El Apéndice nada aclara en cuanto a este extremo en el repetido artículo 39, por lo que se ha entendido que quiso conservar la tradición regional de no poner límite a la sucesión en la línea colateral, opinión que admitió el Tribunal Supremo al confirmar en su sentencia de 4 de abril de 1932 la de la Audiencia de Zaragoza de 12 de febrero de 1931, en la que taxativamente se declaraba que las disposiciones del Apéndice no limitan el grado de la sucesión de los colaterales y que el Real Decreto de 1928 nada tiene que ver con esta sucesión.

En la misma doctrina insistió la sentencia de 13 de marzo de 1936 del citado Alto Tribunal.

3. *Derecho de representación.*—El artículo que comentamos reconoce el derecho de representación en la línea colateral limitado a los sobrinos carnales del causante, modificando en esto el Derecho foral en que los tíos excluían a los sobrinos en la herencia del hermano premuerto. Un precedente de esta modificación lo encontramos ya en el proyecto de 1899 (artículo 71, párrafo segundo), criterio que no fue, en cambio recogido por el proyecto de 1904, que estableció la representación solamente en la línea descendente, rechazándola en absoluto para la colateral (art. 275).

4. *Falsa troncalidad del artículo 39.*—La regla 4.^a del artículo 39 pretende resolver sencillamente lo que constituye precisamente el punto clave del sistema troncal: la determinación del

carácter familiar o no familiar de los bienes. Establece que «para aplicar las precedentes reglas, la adquisición inmediata que de los bienes hiciera el causante determinará la persona de quien éste los hubo y se prescindirá de transmisiones anteriores».

Al limitar en esta forma la investigación del origen de los bienes más allá de la persona de quien inmediatamente los hubo el causante, se acepta en su forma más simplista el derecho de troncalidad, con la gravísima consecuencia de que los bienes troncales sigan un curso distinto del debido, saliendo incluso de la familia de procedencia ante esta limitadísima investigación de su origen (6).

G) *Sucesión en bienes no troncales*.—La regulación del artículo 39 es aplicable únicamente a los bienes de que habla su párrafo primero (bienes adquiridos sin condición de reversión o llamamiento a título de herencia, legado o donación, que provengan de cualquier ascendiente o de otro pariente hasta el sexto grado). Para los demás—bienes no troncales—, el artículo 40 del Apéndice remitía a las normas sucesorias del Código civil, lo que equivale a dar entrada a los ascendientes, hijos naturales, cónyuge viudo y Estado en el lugar y forma en que los llama dicho Cuerpo legal.

H) *Sucesión especial del hospital de Nuestra Señora de Gracia, de Zaragoza*.—Por un acto de Cortes de 1626 fue llamada esta benéfica institución a la sucesión de los enfermos y dementes que fallecieran en este hospital *ab intestato* y sin parientes dentro de cuarto grado. El arraigo de esta norma lo demuestra el hecho de que fue conservada por los proyectos de 1899 (art. 78) y de 1804 (art. 283), así como por el Apéndice foral (art. 42).

(6) Véase el siguiente ejemplo: Antonio, abuelo del causante Carlos, estuvo casado en primeras nupcias con María, y en segundas, con Manuela, teniendo un hijo de cada uno de estos dos matrimonios, Tomás y Pedro, respectivamente. Tomás ha hecho donación a su sobrino Carlos de bienes que procedían de María (con quien nada tiene que ver Carlos). Muere Tomás y posteriormente fallece Carlos intestado y sin descendientes, pero con hermanos. Los parientes más próximos de Carlos, por la línea del tío (que es también la del padre Pedro), son los hermanos; y quedarán excluidos los descendientes de Tomás, lo que no ocurriría remontándose en la investigación del origen de los bienes hasta María, pues entonces, como los bienes proceden de ella, los recibirían los hijos o descendientes de Tomás y no los hermanos de Carlos, evitándose así que bienes de una rama determinada saliesen de ella para ir a parar a otra a la que eran totalmente ajenos.

III

COMPILACION DEL DERECHO CIVIL DE ARAGON
DE 8 DE ABRIL DE 1967

Parece innecesario aclarar que al iniciarse la labor compiladora del Derecho foral aragonés, de conformidad con el Decreto de 23 de mayo de 1947, ni por un momento se suscitó duda sobre la conveniencia de mantener una especial regulación para la sucesión intestada, siguiendo los cauces tradicionales y respetando el ejemplo dado por los Proyectos de Apéndice y por el propio Apéndice entonces vigente. La cuestión quedaba reducida —admitida la conveniencia de conservar la institución— a encontrar la regulación que, respetando su espíritu tradicional, fuese adecuada a las necesidades actuales.

Forzosamente tuvieron que surgir dificultades motivadas, en primer término, por las que la propia materia entraña, y en segundo lugar, por ser algo intimamente ligado a la organización económica y social, tan distinta en nuestros días de aquéllos en que la Compilación de Huesca y los fueros y observancias posteriores la perfilaron en un sentido adaptado a la época. Por otra parte, el Apéndice foral, según hemos tenido ocasión de ver, regulaba una parte importante de la sucesión intestada, la de los colaterales concretamente, con una incorrección que obligaba a prescindir de él como elemento utilísimo que podía haber sido para indicar la pauta a seguir en una normativa actual de la materia. No así en otros puntos, como aquellos en que más fielmente recogía el Derecho histórico, por tratarse de materias a las que también hoy día puede ser aplicable sin apenas variación, puntos que fueron tenidos en cuenta como base para la elaboración de los Anteproyectos, sin más que simplificar algún texto o corregir defectos de redacción que la doctrina había puesto de relieve.

Al enfrentarse la Comisión compiladora y el Seminario a quien ésta encomendó los trabajos preparatorios con la misión de construir un texto articulado en que se contuviera la regulación de la sucesión intestada, se encontraron ante la necesidad de seguir

uno de estos dos caminos: el primero, consistente en hacer tabla rasa de toda regulación existente y con base en el Derecho histórico, doctrina de los autores, Proyectos de Apéndice y texto legal vigente de 1925, regular íntegramente la sucesión intestada en todos sus matices y aspectos en la forma que se creyese más respetuosa con el Derecho histórico y más adaptada, al mismo tiempo, a la actual situación social, económica y jurídica de la región aragonesa. Otro camino más sencillo, menos ambicioso, pero también más práctico, consistía en efectuar esa regulación con las mismas inspiraciones dichas, pero sin olvidar que al lado de especialidades forales hay puntos que aparecen regulados en igual sentido en el Código civil y en el especial de Aragón, e incluso que la evolución sufrida por la vida al cabo de tantos siglos hizo aconsejable pensar en prescindir de algunas peculiaridades forales y aceptar para ellas la reglamentación del Código general.

Seguir la primera orientación, tanto en esta materia como en las demás, hubiera llevado a crear un Código completo de Derecho aragonés, y no he de insistir en que no era esto lo pretendido. La segunda, en cambio, permitía conservar una regulación de la sucesión intestada al mismo tiempo clásica y actual, manteniendo íntegramente, con las necesarias adaptaciones, el Derecho histórico aragonés en determinados puntos, regulando otros con normas más nuevas, inspiradas en el Derecho tradicional, pero con visión actual de los problemas, y remitiendo, finalmente, para otros al Código general, ya por coincidir la regulación de ambos Derechos—inútil, entonces, la duplicidad de normas—, ya por tratarse de normas que no se estimaban irrenunciables o se veían inadecuadas para nuestro tiempo.

La sucesión intestada aparece regulada en el título VI del libro II, artículos 127 a 136, que deben completarse, en lo procedente, con las «Normas comunes a las diversas clases de sucesión» contenidas en el siguiente título del mismo libro. Su estudio irá sistematizado siguiendo el articulado del texto legal.

A) *Apertura de la sucesión intestada.*

Artículo 127. En defecto de sucesión ordenada por testamento o pacto, se abre la sucesión legítima conforme al Código civil y esta Compilación.

Dos requisitos son, pues, necesarios: inexistencia de testamento e inexistencia de pacto sucesorio, por la posibilidad—ya indicada y que la Compilación mantiene—de poder regularse también la sucesión en forma paccionada en el Derecho aragonés.

Personalmente creo podía haberse mantenido la redacción del artículo 74 del Proyecto de la Comisión aragonesa, que decía: «Para que tenga lugar la sucesión intestada, además de lo estatuido al efecto en el Código (con lo que se incluían todos los supuestos de apertura de sucesión intestada contemplados por el artículo 912 del mismo), se necesita que la sucesión del causante no esté ordenada tampoco por pacto.»

B) *Sucesión a favor de los descendientes legítimos.*

Artículo 128. La sucesión «ab intestato» se defiere, en primer lugar, conforme a los artículos novecientos treinta y uno a novecientos treinta y cuatro del Código civil.

Coincide exactamente con el texto del Proyecto (art. 75) y en esencia con el artículo 35 del Apéndice, limitándose a simplificar el texto mediante la remisión al Código general, pues, como ya se indicó, en este orden sucesorio no actúa la troncalidad.

Existiendo descendencia de dos o más matrimonios del padre, por ejemplo, sus bienes los heredan por igual todos sus hijos (o descendientes de éstos por representación), sin distinción, incluso respecto de los que a aquél procediesen de una u otra esposa, salvo la actuación de los correspondientes derechos de recobro que más adelante se examinarán. Como se desprende del epígrafe del artículo (el mismo que encabeza este apartado) y de los preceptos del Código civil a que éste se remite, siguen sin tener carácter de

herederos *ab intestato* en Aragón los hijos naturales (7). Tampoco se nombran los hijos adoptivos, ni se hace referencia a ellos en ningún otro texto de la Compilación, por lo que habrá que entenderlos excluidos de la sucesión intestada. Téngase en cuenta, no obstante, que al formalizarse la adopción se atribuyen ya al adoptado en la inmensa mayoría de los casos determinados derechos sucesorios, y que en defecto de regulación expresa de la institución habrá que aplicar los que le reconocen los artículos 174 y 179 del Código civil, aunque entendiendo la referencia de este último a los derechos de los hijos naturales reconocidos a los que éstos tienen conforme a la Compilación. Me limito a dejar apuntado el problema, sin entrar en más detalles, que excederían de los límites de este trabajo.

C) *Recobro de la dote y firma de dote.*

Artículo 129. 1. El que asignó dote o firma de dote a su cónyuge las recobrará si éste falleciere sin descendientes legítimos comunes y sin haber dispuesto expresa y singularmente de las mismas.

2. En las propias circunstancias, premuerto el asignante, sucederán en tales bienes quienes en el momento del recobro resulten ser sus herederos.

Mantiene el presente artículo este recobro de tan honda raigambre en el Derecho aragonés. Su texto recoge el contenido en el artículo 76 del Proyecto, con ligeros retoques de redacción y la aclaración de que el fallecimiento tiene que ocurrir sin dejar el causante descendientes legítimos *comunes*, palabra esta última que no figuraba en el Proyecto.

Como indiqué en el lugar correspondiente, la regulación de esta materia en el artículo 36 del Apéndice ofrecía algunos problemas de interpretación que se han salvado en el nuevo texto, al que complementa el artículo 131, de común aplicación a este recobro

(7) El artículo 121, párrafo 2.º, reconoce a los hijos naturales y reconocidos un derecho a pedir alimentos en las condiciones que el mismo expresa.

y al de liberalidades y que más adelante se examinará. Su redacción demuestra que el recobro procede tanto si el asignante es el marido como la mujer. Aunque lo normal será lo primero, no hay que olvidar que la dote puede ser asignada por la mujer al marido cuando ésta es la dueña de la casa y el marido va a casar a ella (8). Así se puso de relieve en las sesiones del Seminario, y por eso se redactó el artículo hablando genéricamente de *cónyuge* que asignó dote o firma de dote, expresión que aceptó la Comisión aragonesa y ha recogido el texto definitivo. Sin embargo, precisa resaltar la diferencia radical que existe entre los artículos del Proyecto y de la Compilación referentes a la firma de dote y en los que lógicamente ha de apoyarse la interpretación del que ahora comentamos.

El artículo 95 del Proyecto decía: «Constituyen la firma de dote los bienes o cantidades que *un cónyuge asigna al otro* con ocasión de matrimonio y en correspondencia a la dote que recibe. La firma de dote sólo se hará efectiva en la proporción en que el *cónyuge asignante* haya recibido la dote.» Y aunque el artículo siguiente hablaba solamente de la mujer al tratar de la enajenación y renuncia de la dote o firma de dote, el artículo 97, relativo a la extinción y destino de la dote o firma, volvía a insistir en que «pierde *cada cónyuge* la dote o firma de dote constituida por *el otro...*». En resumen, según el Proyecto, la dote y la firma de dote podían constituirse por cualquiera de los cónyuges, y es, por consiguiente, correcta la redacción de su artículo 76, estableciendo su recobro a favor del cónyuge asignante; es decir, sea éste el marido o la mujer.

La Compilación, por el contrario, establece, en su artículo 30 y bajo el epígrafe *Firma de dote*: «El *marido* puede otorgar dote o firma de dote a su *mujer*, reconociéndosela si es indotada o aumentando la que recibe» (9); y en los artículos siguientes habla

(8) Recuérdese también la institución de' «Reconocimiento», vigente en el Derecho consuetudinario Altoaragonés, de que trata COSTA en su *Derecho consuetudinario del Alto Aragón*, y que recoge también ISÁBAL en la *Enciclopedia Jurídica Española*, voces *Firma de dote* (tomo 16, pág. 430) y *Reconocimiento* (tomo 26, pág. 678).

(9) Se habla de dote o firma de dote, y no sólo de esta última, como hacía el Apéndice, con objeto de salvar el inconveniente de que por una estricta aplicación del término empleado se entendiera aplicable el recobro solamente a la firma de dote, mas no a la dote misma, según se puso de relieve en las sesiones del Seminario. Téngase en cuenta que, como dice ISÁBAL (*Enciclopedia Jurídica Española*, voz *Donación propter nuptias*, tomo 12, pág. 644), «la palabra

también exclusivamente de la mujer como posible asignataria de la dote o firma. Parece suponer esto un cambio sustancial del criterio del Proyecto, cambio que recoge mejor la tradición foral, aunque desconozca alguno de esos excepcionales supuestos de que antes hablé de dote o firma constituida por la mujer al marido y el *reconocimiento* del Derecho consuetudinario altoaragonés. Ahora bien, si esto es así, ¿por qué no se modificó congruentemente el artículo 129, diciendo «el *marido* que asignó dote o firma de dote a su *esposa*»? Quizá no se reparó en ello, acaso no se creyó necesaria la modificación, o tal vez se mantuvo el texto deliberadamente para incluir los casos de excepción referidos, aunque sea difícil compaginar esto con los textos citados de los artículos 30, 31 y 32 del mismo cuerpo legal (10).

El análisis de este artículo puede hacerse distinguiendo los dos aspectos, real y personal, que juegan en la figura del recobro total:

a) *Bienes sobre los que recae el recobro*.—El recobro que estudiamos se extiende en principio únicamente a los bienes mismos que se asignaron como dote o firma de dote y siempre que se conserven en la herencia del causante, por no haber dispuesto éste de ellos *expresa y singularmente*. Plantea esto una serie de problemas que someramente indicaré:

1. *Identidad de los bienes*.—El derecho de recobro sólo puede ejercitarse sobre los bienes mismos asignados como dote o firma de dote. Así se deduce del artículo comentado cuando refiriéndose a dichas dote o firma dice «*las* recobrará» y «sucederán en *tales* bienes». Ahora bien, como el artículo 31, párrafo segundo, admite la enajenación por parte de la mujer de estas aportaciones con

dote, en el lenguaje genuinamente foral aragonés, no significa lo que en Roma y Castilla, sino lo que más comúnmente viene llamándose firma de dote». Ello no quiere decir que no existiese también la dote en su sentido clásico de aportación que hace la mujer, u otra persona por ella, para ayudar al marido a sostener las cargas del matrimonio, si bien en Aragón sus efectos son algo diferentes por el especial régimen conyugal de comunidad de muebles y adquisiciones. También el artículo 31, párrafo 1.º, de la Compilación se refiere a la dote asignada a la mujer por sus ascendientes.

(10) LACRUZ, aunque no plantea este problema, acepta el criterio que inspiró el texto del Proyecto. Así se deduce del contenido general de su comentario a este precepto y especialmente cuando dice: «el cónyuge dotado (la mujer, regularmente)» (Loc. cit., pág. 174).

los requisitos que en él se establecen, cabe pensar en el supuesto de que el precio obtenido se reinvierta en otros bienes determinados. ¿Qué consideración jurídica tendrán éstos? A mi juicio, deberían entenderse subrogados a todos los efectos en la posición que ocupaban los enajenados y admitirse, por consiguiente, el recobro de los mismos en iguales términos que hubiera procedido para aquéllos. Debe objetarse, sin embargo, que mientras el párrafo primero de este mismo artículo establece claramente que cuando se enajenan los bienes que constituyen la dote asignada por los ascendientes hay obligación de reinvertir el precio en otros bienes determinados que gozarán de igual condición jurídica, nada de esto dice el párrafo segundo, al tratar de la enajenación de la dote o firma asignadas por el marido. Podría entenderse que este párrafo segundo es un mero complemento o aclaración del primero en el sentido de exigir también para la enajenación de la dote o firma de dote del marido el consentimiento de las personas mencionadas en el párrafo anterior y sin perjuicio de los demás requisitos y efectos allí establecidos. La interpretación me parece bastante forzada, pues el párrafo segundo se refiere no sólo a la enajenación, sino también a la renuncia de la mujer a la dote o firma o a las garantías de las mismas, lo que obliga a concluir que si se le permite renunciar absolutamente a estos beneficios, no hay razón para entender exigida la reinversión del precio en el caso de enajenación, con la subrogación consiguiente de los nuevos bienes en el lugar de los enajenados, y que de haberlo querido así lo hubiera señalado expresamente.

No veo inconveniente, por el contrario, para admitir esta subrogación cuando enajenados bienes de la dote o firma se reinvierta el precio en otros bienes determinados, siempre que esta reinversión pueda comprobarse en forma inequívoca. Bien estará por ello y para obviar cualquier duda, atendido, además, lo preceptuado en los artículos 25, 26, 28 y 29 de la Compilación, que en la correspondiente escritura pública se haga constar esta circunstancia.

2. Existencia de los bienes en el caudal hereditario.—Naturalmente que si, conforme a lo que acaba de exponerse, los bienes de la dote o firma de dote han sido enajenados sin producirse subrogación de otros en su lugar, falta la base para que el recobro

se produzca. Pero la disposición de esos bienes puede hacerse también a título *mortis causa*, en cuyo caso desaparece también el derecho de recobro, siempre que de ellos se haya dispuesto *expresa y singularmente*, locución que se introdujo por el Seminario en el texto del artículo presentado al mismo por la Ponencia para evitar que el mero hecho de instituir heredero genéricamente a determinada persona—pongamos como ejemplo más general—fuese causa bastante para entender que había mediado disposición de la dote o firma de dote, con lo que quedaba burlado el recobro y contrariado el espíritu que anima esta materia (11).

3. Donaciones constante matrimonio.—Entiende LACRUZ (12) que cuando, aun sin decirlo, la donación revista el aspecto de una constitución de dote o firma (por ejemplo, finca donada por el marido a la mujer en escritura pública, reteniendo aquél expresamente la administración), se impone la solución favorable a su equiparación a estas instituciones y la aplicación del derecho de recobro. No así en los demás casos, ya que el recobro de liberalidades, según el artículo 130, se concede únicamente a los ascendientes y hermanos, sin mención alguna del cónyuge.

b) *Personas a cuyo favor se establece este recobro*.—Sujeto normal del recobro es el propio asignante, y por premoriencia del mismo, «quienes en el momento del recobro resulten ser sus herederos». El primer supuesto no plantea problemas. Respecto del segundo conviene hacer algunas precisiones. Según el artículo que examinamos, tienen derecho al recobro los que serían herederos del asignante al tiempo de producirse este derecho (es decir, en el momento de fallecer el cónyuge asignatario), no quienes efectivamente heredaron al asignante en su día. De acuerdo con esto, si el asignante dejó testamento, se atribuirá el derecho de recobro a los herederos en el mismo instituidos, siempre que vivan y sean capaces de heredar al tiempo de surgir el derecho de recobro (13), reci-

(11) Téngase en cuenta que según el artículo 31, párrafo 3.º, habiendo descendientes comunes, éstos heredan con independencia de la legítima los bienes recibidos por la mujer como dote o firma de dote asignadas por el marido, pudiendo disponer la mujer de ellos solamente en favor de tales descendientes.

(12) Loc. cit., págs. 173 y 174.

(13) Entiendo deben entrar en juego los derechos de representación y de acrecer que se hubiesen previsto en el testamento.

biendo los bienes de la dote o firma en la misma proporción en que cada uno participe en el caudal por su título de heredero (14). Si el asignante fallece *ab intestato*, hay que distinguir: si los bienes objeto del recobro tenían el carácter de *proprios*, suceden en ellos quienes tengan la condición de herederos troncales respecto de los mismos; si dichos bienes tenían el carácter de *adquiridos*, suceden en ellos los herederos *ab intestatos* del asignante, según el orden del Código civil (15).

D) *Recobro de liberalidades.*

Artículo 130 Los ascendientes o hermanos de quien fallece «ab intestato» y sin descendencia legítima recobran, si les sobreviven, los mismos bienes que hubieran donado a éste y que aún existan en el caudal.

2

Siguiendo un criterio similar al del comentario del artículo anterior, distinguiré:

a) *Bienes sobre los que recae el recobro:*

1. Identidad y existencia de los bienes.—Al igual que en el caso anterior, recae este recobro sobre *los mismos bienes* donados si aún existen en el caudal del causante. Las consideraciones arriba hechas son aquí aplicables, con las convenientes adaptaciones.

2. Título de adquisición de los bienes.—Solamente actúa el recobro sobre los adquiridos por el causante de sus ascendientes o hermanos a título de donación. Supone esto un cambio bastante importante respecto del Derecho histórico y del Apéndice foral, que, como se vio anteriormente, admitían también este recobro para los bienes que le proviniesen de tales parientes a título oneroso. El cambio de criterio fue motivado por la consideración de que mientras el recobro de donaciones aparece justificado por las razones antes expuestas, es difícil encontrar la misma justifica-

(14) LACRUZ, Loc. cit., pág. 174.

(15) Referido siempre este carácter de herederos a los que lo hubieran sido del asignante al tiempo de producirse el recobro, conforme a lo antes expuesto.

ción cuando se trata de bienes vendidos o enajenados. El vendedor o enajenante, en efecto, habrá percibido en su momento del adquirente la contraprestación correspondiente—el precio, si se trata de venta, otra finca o bien en el caso de permuta, etc.—; y al fallecer ahora el adquirente y producirse el recobro se hallaría con la cosa por él vendida o enajenada y la contraprestación por ella recibida, obteniendo un lucro difícilmente justificable.

No quiero dejar de señalar algunas consecuencias anómalas que pueden producirse en la aplicación de este precepto, no imputables a él ciertamente, sino a la forma de actuar en ocasiones los otorgantes. Veamos los dos ejemplos más característicos: Las transmisiones de padres a hijos son normalmente donaciones, y como tales se documentan. No suscitan problemas a efectos del recobro. Pero también encontramos casos en que un hijo compra una o varias fincas a su padre, pongamos por caso, y documentan el acto como donación para lucrarse de un tipo impositivo más benigno (16). Si el comprador premuere al padre sin descendencia, se producirá un derecho de recobro a favor de éste sobre esos bienes, totalmente improcedente si se atiende al fondo del negocio. Lo mismo ocurre, pero al revés, en las donaciones entre hermanos, disimuladas en la mayoría de los casos como compraventas para eludir la fuerte presión fiscal que pesa sobre aquéllas, con la obigada conclusión de no proceder el derecho de recobro (17).

b) *Personas a cuyo favor se establece este recobro.*—A diferencia del recobro regulado en el artículo 129, que se concede también a los herederos del asignante si éste había ya fallecido, el que ahora contemplamos se limita a las mismas personas que donaron los bienes. El examen comparativo de los textos reguladores de uno y otro no deja duda sobre ello. El único problema es determinar si en esta especial sucesión debe admitirse también el derecho de sustitución que establece el artículo 141. Con LACRUZ me inclino por la respuesta afirmativa, «pues tratándose de una

(16) Me estoy refiriendo, naturalmente, a los casos en que por el poco valor de los bienes resulta más económica la liquidación como donación que como compraventa.

(17) Considero que en todos estos supuestos es fundamental la labor del notario, ilustrando cumplidamente a los otorgantes sobre éstas y las demás consecuencias que este falseamiento del verdadero negocio puede llevar consigo.

«sustitución, ésta vale lo mismo para los legados legales (por así decirlo) que para la sucesión a título de heredero» (18).

E) *Recobro habiendo descendientes.*

Artículo 131. Procede también el recobro ordenado en los dos artículos anteriores si, habiendo ya recaído los bienes en descendientes del finado, fallecen éstos sin dejar descendencia ni haber dispuesto de dichos bienes antes que la persona con derecho a tal recobro.

Los dos artículos anteriores recogen como supuesto de los recobros de que los mismos tratan la inexistencia de descendencia legítima. Y el que ahora examinamos los amplía al caso de existir descendientes en quienes han recaído los bienes y fallecer, a su vez, sin descendientes y sin disponer de tales bienes.

La situación normal será la siguiente: fallecimiento del cónyuge asignatario o donatario; existencia de hijos o descendientes legítimos del mismo que, entre los bienes que heredan, reciben los constitutivos de la dote, firma o donación; y posterior fallecimiento del hijo o descendiente que los recibió sin haber dispuesto de ellos y sin descendencia legítima. Si sólo hay un hijo, el recobro será total; mas si hay varios, sólo se producirá respecto de los bienes o parte de ellos que hayan recaído en el que reúna las circunstancias expresadas.

Aunque el artículo dice solamente «habiendo ya recaído los bienes», sin expresar el título, hay que entender que se refiere únicamente a los recaídos a título gratuito, por la propia naturaleza del recobro (19). Y dentro de los adquiridos por este título, tanto a los procedentes de herencia intestada como testada o donación. El requisito de la sucesión intestada es aplicable únicamente al causante actual, no a la forma como él adquirió los bienes (20).

(18) Loc. cit., pág. 176.

(19) V. LACRUZ, Loc. cit., pág. 176.

(20) El Apéndice foral, refiriéndose al recobro de la firma de dote, establecía: «Habrá lugar a este recobro, aun cuando los bienes hubieran recaído ya por disposición del finado en descendientes comunes...», admitiendo, pues, el supuesto de delación voluntaria y omitiendo en cambio, sin duda por descuido, la sucesión intestada (art. 36).

Según el inciso final de este artículo, es requisito que al fallecer el descendiente que había recibido los bienes viva la persona con derecho al recobro; es decir, la persona que ostentaría este derecho si el fallecido en ese momento fuera el propio cónyuge dotado o el donatario. Por tanto, no heredan los fallecidos con anterioridad, salvo lo dispuesto por el artículo 141 (21).

F) *Sucesión troncal*.—Expuestos al principio de este trabajo los principios generales que inspiran la sucesión troncal y sus consecuencias, limitaré el estudio de esta materia en la Compilación a un breve examen de la regulación contenida en su articulado con las oportunas referencias a las normas de la troncalidad e innovaciones introducidas respecto de la situación anterior. Un estudio completo del tema en toda su complejidad y extensión escapa forzosamente de los límites de este trabajo:

a) *Elementos reales*:

1. Título de adquisición de los bienes.

Artículo 132. Cuando no haya lugar a la aplicación de los artículos anteriores, la sucesión intestada en aquellos bienes que al causante sin descendencia legítima le hubieran provenido, por cualquier título, de sus padres, otros ascendientes o colaterales hasta el sexto grado, se deferirá: ...

Para que proceda esta sucesión los bienes deben reunir los requisitos siguientes:

1.º No serles aplicables los artículos anteriores.—No precisa especial aclaración. Coincide con el artículo 39 del Apéndice, que hablaba de «bienes adquiridos sin condición de reversión o llamamiento».

2.º Haberlos adquirido el causante por cualquier título de sus padres, otros ascendientes o colaterales hasta el sexto grado.—Una importante novedad encontramos aquí, y es la referente a la adquisición «por cualquier título», frente a la adquisición «a título

(21) Véase lo indicado al final del apartado anterior.

de herencia, legado o donación», que establecía el artículo 39 del Apéndice foral. Se admite, pues, también la sucesión troncal en cuanto a bienes adquiridos a título oneroso, quizá pretendiendo recoger una realidad con la que frecuentemente nos encontramos: las ventas entre parientes obedecen al deseo de que los bienes no salgan de la familia, y cuando una persona va a enajenar un bien troncal lo ofrece primero a sus familiares (22), con el fin de evitar que si alguno está interesado en su adquisición tenga que acudir al ejercicio del derecho de retracto gentilicio y pueda efectuarla directamente.

La innovación quizá parezca un tanto atrevida y conviene hacer algunas precisiones.

En primer lugar, el fundamento es puramente subjetivo y hay que reconocer la posibilidad de que un pariente compre la finca no por consideraciones sentimentales de mantenerla en la familia, sino sencillamente porque es una finca que le interesa desde un punto de vista meramente particular y económico, pero estamos ante una presunción legal que hay que aceptar. En segundo lugar, si la adquisición la efectuó una persona soltera o viuda, o casada, pero con dinero propio, o por permuta con finca propia, no se plantea problema. Ahora bien, cuando el adquirente es casado y adquiere la finca con dinero de su sociedad conyugal o por permuta con finca que a ella pertenezca, cabe preguntarse cuál será el carácter y destino de la finca adquirida en tales condiciones. Creo procede concluir que en estos supuestos la finca en cuestión escapa a la actuación del precepto que nos ocupa, puesto que quien adquiere no es el marido o la mujer, sino su sociedad conyugal, y aunque al disolverse ésta se adjudicase al cónyuge de cuya familia procedía, no debe atribuirsele la consideración de bien troncal a los efectos que estudiamos.

No deja de ser contradictorio, por otra parte, que habiendo negado la Compilación el derecho a recobro sobre los bienes adquiridos a título oneroso de los ascendientes o hermanos, muy razonablemente según se dijo en su lugar, rompiendo con ello la tradición foral, vuelva a romperla aquí en sentido opuesto, admitiéndolo

(22) Normalmente en forma privada, sin los requisitos establecidos por el artículo 151 de la Compilación.

en la sucesión troncal, donde en muchos casos se dará también la injusticia a que aludía al tratar de los recobros de que el heredero reciba el bien del causante y el precio o contraprestación percibido por su enajenación, en perjuicio de otros herederos.

He hablado de una fundamentación subjetiva de la innovación. Objetivamente argumenta LACRUZ que es razonable atribuir estos bienes con preferencia, y en defecto de manifestación de voluntad del causante, a los parientes de los primitivos propietarios. Sin duda, las razones que aconsejan la devolución troncal son en ese caso menos urgentes, pero siguen siendo bastantes, y la fórmula de la Compilación—dice—es preferible a la del Apéndice, aunque reconoce que quizá hubiera sido más acertado conservar la solución del Proyecto aragonés, que a estos efectos distinguía: 1.º Bienes que habiendo pertenecido a la casa o ascendencia del causante se hayan conservado en la familia durante dos o más generaciones, cualesquiera que sean su procedencia y modo de adquisición inmediatos. 2.º Los que dicho causante haya recibido a título gratuito de parientes hasta el sexto grado (art. 81). Como se ve, sólo respecto de los bienes del primer grupo se admite la adquisición por cualquier título, lo que se justifica por tratarse de bienes de neto carácter familiar, que explica en gran parte su atribución exclusiva a los herederos troncales, no obstante los argumentos antes expuestos, y que también seguirán siendo válidos aquí, aunque notablemente atenuados. Y respecto de los bienes que no reúnan esta especial circunstancia, se seguía exigiendo que la adquisición fuese a título gratuito.

Una última razón, más práctica y de experiencia que jurídica, puede aducirse a favor del criterio de la Compilación: la consideración de que las ventas entre familiares encubren muchas veces transmisiones lucrativas simuladas en aquella forma por el excesivo gravamen fiscal que en otro caso tendrían que soportar.

Al igual que en el supuesto de los recobros, se plantea el problema de los bienes adquiridos por subrogación. Los argumentos, *mutatis mutandis*, pueden darse aquí por reproducidos, para concluir a favor del carácter troncal de los bienes subrogados en el lugar de otros de este mismo carácter, máxime, habida cuenta, de que mientras el artículo 130 habla de «los mismos bienes» que se hubiesen donado y que «aún existan en el caudal», el 132 no utiliza

estos términos restrictivos. Creo, sin embargo, que no es fácil encontrar una solución taxativa al problema. Parece, en principio, que subrogación real y troncalidad se oponen: la troncalidad va ligada a la identidad de los bienes, recae sobre bienes concretos; si esos bienes desaparecen, aunque sea por sustituirse por otros, cabe pensar que éstos ya no deben seguir sujetos a las normas de la troncalidad. La afirmación, no obstante, no puede aceptarse sin reservas. Cuando el titular de un bien troncal lo vende o cambia por otro, parece existir un desafecto hacia el bien enajenado o permutado; diríase que ya no le interesa mantenerlo en la familia, y por ello el precio o el bien recibido a cambio entra en su patrimonio con ese estigma de desafecto. Pero puede igualmente ocurrir que sea un mejor deseo de conservar o aumentar el patrimonio el motivo impulsor de esos actos del titular: vende una finca aislada o alejada para adquirir con su importe otra contigua a otra u otras importantes heredades de la casa o permuta directamente esas dos fincas con la indicada finalidad. Resultaría anómalo en estos casos excluir el carácter troncal de la finca así adquirida, y lo mismo cabría decir cuando aun no mediando la especial circunstancia aludida u otra similar la permuta o venta y subsiguiente compra se efectúa con el propósito de sustituir una finca por otra en su completa situación jurídica, por estimar que la finca nueva cumplirá mejor su finalidad familiar que la antigua. En tales supuestos no hay inconveniente en reconocer la existencia de una verdadera subrogación real con todas sus consecuencias.

Tampoco deben olvidarse aquellos casos en que la sustitución de una finca por otra o por precio en dinero obedece a causas ajenas a la voluntad del titular (expropiación forzosa, concentración parcelaria, permuta forzosa de finca rústica en los casos previstos por la ley, etc.).

Y es que en la troncalidad, especialmente en nuestros días, y así parece reflejarlo la Compilación, juegan, en realidad, dos factores: el subjetivo y tradicional de afecto hacia los bienes familiares y el objetivo de conservación dentro de la rama del patrimonio familiar, entendido en un sentido puramente económico. Ello hace extremadamente difícil encontrar una fórmula que se adecue a los variados supuestos de subrogación real y fue causa de que el

Seminario, tras una amplia discusión del tema, abandonase la idea de plasmarlo en una norma legal, juzgando más prudente dejarlo a la interpretación que podrá valorar debidamente las especiales circunstancias del caso para inclinarse por una u otra solución. Ciertamente que esto puede dar cauce a pleitos y cuestiones, pero acaso haya sido preferible dejarlo así, estudiar concienzudamente los problemas que el tema suscite en la práctica y, con la experiencia adquirida, volver sobre él en la revisión decenal de la Compilación, que deseo y confío sea una realidad en su momento.

A propósito del tema el Proyecto aragonés consideraba también bienes de abolorio a los efectos de la sucesión de que ahora tratamos «los que hayan sustituido a todos ellos (se refiere a los indicados en los núms. 1.º y 2.º de este mismo artículo y que antes vimos) cuando la subrogación resulte del título mismo o haya sido declarada expresamente por el causante» (art. 81, núm. 3.º).

Tratándose de adquisición en virtud de retracto gentilicio, creo no debe admitir duda la procedencia de la subrogación, atendido el fundamento de este retracto de evitar que los bienes salgan de la familia.

2. Naturaleza.—Atendido el amplio texto del artículo, no ofrece duda que esta sucesión procede, tanto respecto a los bienes inmuebles como a los muebles que reúnan las circunstancias del párrafo primero, a diferencia del Derecho Histórico, en que los muebles eran equiparados normalmente a los bienes *adquiridos*. La solución es justa atendida la importancia de los muebles en la economía familiar actual. Y dentro de este concepto de *bienes* habrá que incluir los derechos—corporales e incorporeales—, incluidos los derechos de obligación y los créditos, siempre que le hayan provenido al causante de las personas a que el artículo que comentamos se refiere.

b) *Elementos personales*.—La sucesión en los bienes a que se refiere el párrafo primero del artículo 132 que acabamos de examinar, se defiere según este mismo artículo:

Primero. A los hermanos por la línea de donde procedan los bienes, representando a los fallecidos sus des-

endientes. Habiendo sólo hijos o nietos de hermanos, la herencia se deferirá por cabezas.

Segundo. Al padre o madre, según la línea de donde los bienes procedan.

Tercero. A los más próximos colaterales del causante hasta el cuarto grado, entre los que desciendan de un ascendiente común propietario de los bienes y, en su defecto, entre los que sean parientes de mejor grado de la persona de quien los hubo dicho causante a título gratuito. Concurriendo tíos y sobrinos del causante, los primeros serán excluidos por los segundos.

1. Sucesión a favor de los hermanos.—El texto del precepto es claro y no precisa comentarios; si acaso, criticar la referencia al derecho de representación que si necesario en el Apéndice, es inútil en este apartado, al estar establecida con carácter general la sustitución legal en el artículo 141, contrariamente a lo que ocurría en el Apéndice que la limitaba en la línea colateral a los hijos de hermanos, como antes se vio.

2. Sucesión a favor de los padres.—Es, a mi juicio, la innovación más importante introducida por la Compilación en la sucesión intestada. La exclusión de los padres por los colaterales se había conservado como una regla intocable por su arraigo histórico y por entender que era consecuencia inevitable de la aplicación del principio de troncalidad. Sin embargo, un examen detenido del principio y de la historia de la troncalidad nos demostrará cuán fácilmente es rebatible tal prejuicio.

En sus orígenes el principio de troncalidad parte de la idea de que el causante sólo puede tener bienes heredados de una u otra rama cuando el padre o madre, respectivamente, hayan fallecido, por la poca frecuencia del testamento, por lo cual habiendo premuerto al causante nunca podrán heredarle, según se expuso al principio de este trabajo. La exclusión en este caso está justificada. Y si se trataba de bienes que el causante había recibido del padre o madre que aún viven, ya vimos cómo históricamente se les reconoce un derecho de recobro para salvar la injusticia que supondría privarles de ellos en beneficio de los colaterales. Al exten-

derse la práctica del testamento, ya puede ocurrir que el causante, aún viviendo sus padres, haya recibido bienes troncales de otros familiares, y entonces el supuesto es el siguiente: Un tío del causante le ha dejado en testamento una finca, que a su vez había heredado de su padre, abuelo del causante. Al fallecer este último intestado, y sin descendientes y careciendo también de hermanos, viven su padre y un hermano de este último. Aplicando la normativa anterior a la Compilación la finca en cuestión la heredaría el tío con exclusión del padre, produciéndose el curioso e injusto resultado de que reuniendo el padre y el tío las mismas circunstancias en cuanto a relación de parentesco con los anteriores propietarios de la finca (hijos del propietario primitivo y hermanos del que la transmitió al causante) el padre se ve privado de todo derecho sucesorio, no obstante hallarse en grado de parentesco más próximo con el causante que el tío declarado único heredero. Este mismo ejemplo así razonado fue propuesto al Seminario por la Ponencia y dio lugar a la introducción de la innovación que comentamos que, acogida por la Comisión aragonesa en el Proyecto (art. 79, núm. 2.º), ha pasado a constituir hoy norma legal vigente en Aragón.

3. Sucesión a favor de los demás colaterales.—Frente al simplismo del artículo 39 del Apéndice, ya criticado en su lugar, se vio conveniente en los trabajos del Seminario, recoger más técnicamente la actuación del principio de troncalidad en el supuesto que ahora nos ocupa, atendiendo a las dos proximidades de parentesco, digamos así, que deben tomarse en cuenta respecto de los bienes troncales: proximidad de parentesco de los herederos con el causante y proximidad de parentesco de aquéllos con el origen de los bienes.

En primer lugar se busca un ascendiente común al causante y a los posibles herederos, que a su vez haya sido propietario de los bienes, y entre tales descendientes se defiende la herencia a los que tengan parentesco más próximo con el causante hasta el cuarto grado. Sobre esta limitación de grado nada digo ahora, pues he de referirme a ella en apartado independiente.

Si no existen herederos de esta clase, se defiende la herencia no a los parientes más próximos del causante, sino a quienes sean

parientes de mejor grado «de la persona de quien los hubo dicho causante». Así como en el supuesto anterior se contemplan las transmisiones anteriores hasta encontrar ese ascendiente común de que hablábamos, aquí se prescinde de tales transmisiones y se atiende únicamente a la procedencia inmediata de los bienes al causante. Digo que se prescinde de esas transmisiones anteriores, no que no haya habido que investigarlas previamente para comprobar que al no darse las circunstancias exigidas para la aplicación de la regla anterior (primera parte del núm. 3.º del art. 132), deba acudir a la regulación ahora expuesta (segunda parte del número 3.º de dicho artículo). Como razón de esta norma puede aducirse que tratándose de colaterales, tanto respecto del causante como del origen inmediato de los bienes, y dada esa colateralidad, parece preferible aproximarse al origen en obsequio a la presumible voluntad del *auctor* del causante (23).

A diferencia del supuesto anterior, en que es aplicable la regla general de adquisición de los bienes por el causante por cualquier título, en el presente ha de tratarse de bienes adquiridos por el causante a título gratuito. Me surge la duda de si esta diferenciación entre los títulos de adquisición ha sido establecida conscientemente por la Compilación o se debe a no haber reflejado bien el criterio del Proyecto aragonés. Distingua éste, según tuvimos ocasión de ver anteriormente, entre bienes que habiendo pertenecido a la casa o ascendencia del causante se han conservado en la familia durante dos o más generaciones y los que sin reunir dichos requisitos procedían al causante de parientes hasta el sexto grado. Para los primeros se admitía cualquier título de adquisición; para los segundos sólo el título gratuito. La Compilación en cambio no reconoce esta distinción (24), y en el párrafo primero del artículo 132 habla de bienes procedentes al causante de sus padres, otros ascendientes o colaterales hasta el sexto grado *por cualquier título*. Parece lógico que sentado este criterio se hubiera suprimido la referencia al título gratuito de adquisición en el caso de que hablamos, o que, si efectivamente se quería mantener esta discriminación, hubiera sido ya previamente aclarada en el citado pá-

(23) LACRUZ, Loc. cit., pág. 184.

(24) Salvo a los efectos de la limitación de grado.

rrafo primero. El hecho es que, pese al texto inicial del artículo, la distinción queda establecida, y así hay que aceptarla como norma vigente.

Obsérvese que con este criterio podrá producirse la consecuencia (sobre todo cuando se trate de bienes troncales en sentido estricto) de que hereden, dentro de la misma rama parientes más lejanos del causante, pero más próximos al *auctor* en perjuicio de otros más próximos. La solución hubiera sido admitir en estos supuestos una representación ilimitada o sistema de parentelas, e incluso se trató de ello en las reuniones del Seminario, aunque luego no se tuvo en cuenta al regular la sustitución legal, y así quedó también en los textos del Proyecto y de la Compilación. Conviene aclarar que si el transmitente inmediato de los bienes dejó descendientes, éstos han de ser considerados herederos del causante por estar en mejor grado de parentesco con dicho transmitente que cualquier otro colateral y representar mejor que nadie la línea de donde los bienes provinieron inmediatamente al *de cuius* (25).

Una breve alusión para terminar este apartado a la regla final del párrafo tercero, o sea la exclusión de los tíos por los sobrinos, cuando unos y otros concurren a la sucesión. Para ello es necesario que tales tíos y sobrinos estén en igual grado de parentesco con el causante y con su *auctor*, pues si los tíos están en mejor grado de parentesco con éste, por la regla general establecida en la segunda parte del punto primero del número 3.º del artículo 132, excluyen a los sobrinos.

c) *El límite de grado*.—Contrariamente al Derecho histórico y a la normativa anterior (26), la Compilación establece un límite de grado en la sucesión troncal. Si otras innovaciones las he encontrado justificadas, y así lo he hecho constar en los oportunos lugares, debo reconocer la sorpresa que esta norma me causó, no tanto por el hecho en sí de fijar un límite, como por el de señalarlo en el cuarto grado.

El Seminario, después de tratada la cuestión, creyó conveniente

(25) Cfr. LACRUZ, Loc. cit., pág. 86.

(26) Si bien el Apéndice guardaba silencio en este punto, la jurisprudencia interpretó debía seguirse el criterio tradicional de ilimitación de grado, como antes expuse.

mantener el criterio tradicional, aunque no se decidió a consignarlo en el texto del artículo correspondiente, inclinándose por guardar silencio en él y llevarlo a la Exposición de Motivos. Pero la Comisión aragonesa, muy acertadamente, creyó preferible zanjar la duda, e interpoló en el texto propuesto por el Seminario la frase «sin limitación de grado», frase que en el texto de la Compilación ha quedado sustituida por la de «hasta el cuarto grado». Desconozco las razones que pudieron motivar cambio tan radical. Insisto, sin embargo, en que la limitación me parece excesiva. Si se creyó prudente señalar un límite de grado a la sucesión troncal, quizá hubiera sido preferible ampliarlo al sexto. Si estamos considerando bienes troncales los que proceden al causante de parientes hasta el sexto grado, parece que el espíritu de la Compilación es entender que hasta ese límite se extiende la familia a efectos de la troncalidad, y hubiera resultado lógico considerar herederos en esos bienes a los parientes que estuviesen dentro de ese límite. Reducir al cuarto grado la sucesión troncal supone objetivamente una grave quiebra del sistema, y en más de un caso nos encontraremos con que los bienes pasarán a herederos no troncales, por el mero hecho de que los del primer carácter que existan sean parientes más lejanos del cuarto grado (27). Esta limitación de grado tiene una excepción en el artículo 133, que examinamos a continuación.

G) *Sucesión en bienes troncales de abolorio.*

Artículo 133. Tratándose de bienes troncales de abolorio, adquiridos por el causante a título lucrativo y que hubieran permanecido en la casa o familia durante dos o más generaciones, sucederán por su mismo orden los llamados en el artículo anterior, aunque sin limitación de grado.

Recoge este artículo una especial categoría de bienes, los que podríamos llamar troncales en sentido estricto, que corresponden

(27) Recuerdo que en la sesión del Seminario en que se trató este tema, uno de sus miembros, partidario de señalar un límite a la sucesión troncal, reconocía, sin embargo, que éste no podía en modo alguno señalarse en el cuarto grado, pues entonces la troncalidad se venía abajo. Conozco—decía—casos de herencias entre parientes de quinto grado que se plantean con frecuencia y que juzgo hay que mantener y respetar.

a los del artículo 81, número 1.º, del Proyecto aragonés. Respecto de ellos, el orden de suceder es el mismo señalado en el artículo anterior, pero con la particularidad de la ilimitación de grado antes aludida. Siempre es de agradecer que, al menos para este tipo de bienes, se haya respetado la tradición foral, sin duda atendiendo a su carácter netamente familiar, pero conviene observar que se exige como uno de los requisitos haber sido adquiridos por el causante a título gratuito, con lo cual se impide que bienes adquiridos por éste en ejercicio del Derecho de retracto gentilicio tengan dicha condición, aunque hayan pertenecido a la familia durante varias generaciones y el causante haya hecho uso del retracto precisamente para conservarlos en la misma. Según lo antes expuesto, quedarán con la consideración de bienes meramente troncales y actuará para ellos la limitación de grado del artículo 132. Puestos a admitir la adquisición por cualquier título, creo era éste el caso más tipificado para hacerlo así, como el Proyecto de la Comisión aragonesa establecía.

En las dos generaciones a que el artículo se refiere no cuenta, naturalmente, la del causante, sino las anteriores a él; es decir, los bienes han debido pertenecer al menos a la generación de sus padres y antes a la de los abuelos, independientemente del mayor o menor tiempo que en cada una de ellas se hayan conservado.

H) *Deudas de la sucesión.*

Artículo 134. Los herederos troncales concurren al pago de las deudas y cargas de la sucesión en proporción a los bienes que reciban.

Supone otra interesante innovación con relación al derecho anterior, que sólo contenía una referencia al problema en el artículo 41 del Apéndice (28), mas sin dejar cumplidamente resuelta la cuestión.

Al plantearse el problema del pago de deudas y cargas de la sucesión, cabía la posibilidad de que el heredero troncal se negase

(28) Inspirado en el artículo 282 del Proyecto de 1904.

a ello, considerándose una especie de heredero *ex re certa*, que solamente debe responder de aquellas que afectan directamente a los bienes troncales recibidos por él. Considerado como verdadero heredero, no hay razón para excluirlo, y así lo consagra la Compilación, a través de la fórmula, de hacerle responsable de todas las deudas y cargas de la sucesión en la misma proporción en que participa en su activo a través de los bienes recibidos (29).

I) Sucesión no troncal.

Artículo 135. La sucesión en los bienes que no tengan la condición de troncales, o en estos mismos cuando no hubiera heredero troncal, se deferirá con arreglo al Código civil, salvo lo que dispone el artículo siguiente.

Este precepto es fiel reflejo del espíritu que informó el artículo 13 del Código civil, y aún siendo otro punto que contraría la regulación establecida en nuestro antiguo Derecho, pareció conveniente en los trabajos del Seminario conservar la innovación que ya el Apéndice había introducido en esta materia, por tratarse de una norma favorablemente acogida en el ámbito jurídico y en el popular, además de resolver una gran parte del Derecho sucesorio aragonés por remisión al citado cuerpo legal. Salvado lo más genuinamente foral, como es el derecho de troncalidad, no se vio inconveniente en sacrificar y remitir al Derecho común la regulación de la sucesión intesada en bienes no troncales. El

(29) En su trabajo sobre «La responsabilidad por deudas hereditarias en la sucesión *ab intestato* aragonesa» (publicado en *Problemática de la Ciencia del Derecho*, libro-homenaje al profesor José María Pí y SÚÑER, Bosch, casa editorial, Barcelona, 1962, pág. 485), dice LACRUZ que en materia de distribución de la responsabilidad por deudas del causante en la sucesión aragonesa, cabe pensar hipotéticamente en estas cuatro soluciones: a) La primera consistiría en atribuir toda la responsabilidad por las deudas hereditarias a la masa de bienes troncales, debiendo pagarlas, por tanto, exclusivamente quienes los heredan. b) La segunda atribuiría tales deudas a los bienes troncales y a los industriales proporcionalmente a la cuantía en que, respectivamente, se encuentran dentro de la herencia. c) La tercera solución trataría de averiguar qué deudas eran propias de cada una de las dos masas patrimoniales, según la naturaleza de cada una de ellas. d) Por último, una cuarta solución consistiría en atribuir las deudas sucesorias totalmente a la masa de bienes adquiridos, considerando obligados a pagarlas exclusivamente a los herederos de tales bienes industriales, y, al par, libres de ellas a los sucesores en bienes troncales. La segunda de estas soluciones, como puede verse, es la que ha acogido la Compilación.

criterio fue aceptado por la Comisión aragonesa y recogido igualmente por la de Codificación.

J) *Privilegio del Hospital de Nuestra Señora de Gracia.*

Artículo 136. En los supuestos del artículo anterior, el Hospital de Nuestra Señora de Gracia o provincial de Zaragoza heredará ab intestato a los enfermos que fallezcan en él, o en establecimientos dependientes, sin dejar cónyuge ni parientes en línea recta o colateral hasta el cuarto grado.

Acaso pueda discutirse la conveniencia de mantener en nuestros días esta típica norma aragonesa. La diferente organización y régimen del Hospital es fuerte argumento en contra de su conservación. No obstante, se la ha mirado siempre con simpatía no sólo por el Derecho antiguo, sino por el más reciente. Los proyectos de Apéndice la mantuvieron, y lo mismo hizo el Apéndice de 1925, quizá viendo en ella un símbolo del espíritu cristiano y humanitario del Derecho foral aragonés. El Seminario, por su parte, no vio ningún inconveniente en mantenerla, y así lo hizo, aceptando el texto propuesto por la Ponencia, modificándolo ligeramente con el fin de evitar que el Hospital tuviera preferencia sobre los ascendientes y cónyuge, como ocurría en el acto de Cortes, que estableció el privilegio e incluso en el Apéndice.

La palabra *enfermos* se mantiene deliberadamente, con el fin de evitar que pudieran incluirse en este precepto los supuestos, hoy relativamente frecuentes, de personas que fallecen en él a consecuencia de un accidente sufrido fuera del mismo y que solamente fueron trasladados a dicho Hospital como clínica de urgencia o casa de socorro, lo que evidentemente no responde a la idea inspiradora del precepto. Debe tratarse de quienes han ingresado en el Hospital considerado como entidad benéfica, y que utilizando sus servicios gratuitamente (a veces con una módica pensión) es justo que antes de pasar sus bienes a parientes lejanos, que no les atendieron en su enfermedad, queden para la institución que los acogió.

JOSÉ MARÍA BELLED HEREDIA.

Notario.

Las legítimas en la Compilación

SUMARIO: I Antecedentes históricos.—II. Suplementos de legítima y parte libre.—III. El sistema de la Compilación.—IV. Legítima colectiva. Legitimarios.—V. Naturaleza de la legítima. ¿Herencia forzosa?—VI. La legítima global como *pars bonorum*.—VII. Cálculo de la legítima global.—VIII. Determinación y caracteres de la legítima individual.—IX. Legítima formal.—X. El derecho de alimentos: naturaleza y presupuestos.—XI. Cálculo y pago de los alimentos.—XII. Alimentos a los hijos naturales.—XIII. La «legítima dotal».—XIV. Imputación en la legítima.

I

ANTECEDENTES HISTORICOS

En el más primitivo Derecho romano, como en los Derechos germánicos, lo más probable es que la propiedad perteneciera comunalmente a la familia, y, por tanto, que no existiera una propia sucesión a causa de muerte tal como se entiende hoy. Un germanista, BRUNNER, ha dicho que, en los ordenamientos primitivos, el Derecho de sucesiones es una parte del de familia. Lo es también en el Derecho aragonés de los siglos IX a XI, aunque en él la comunidad familiar es ya, verosimilmente, un vínculo moral y un recuerdo de antiguas tradiciones y modos de vida, cuyos restos emergen en forma de concretas limitaciones y vínculos, dentro de un sistema de propiedad individual.

Así, cuando llegamos a conocer nuestro ordenamiento con datos históricos suficientes, todavía hallamos en él, cualificando las relaciones de propiedad, un sistema bastante cerrado de vinculación de bienes a la familia, y en particular a los descendientes.

Precedente de la Compilación de Huesca puede ser, a este respecto, el fuero de Daroca, del año 1142, que impone la vinculación de los bienes a los hijos, con limitadísimas facultades para disponer en favor del alma: concretamente, de seis maravedises. Ni siquiera, habiendo hijos, pueden marido y mujer pactar la comunidad entre ellos, sin duda para evitar que los bienes cambien de tronco.

Que los hijos poseían entonces en Aragón un fuerte derecho de expectativa hereditaria, se deduce, además, de los documentos; de los fueros que señalan las causas por las que puede desheredarse a un hijo, y también de los que conceden derechos sucesorios iguales que los legítimos a los hijos naturales a quienes el padre no señaló legítima en el testamento: estos preceptos se hallan en las Compilaciones privadas que anteceden a la de Huesca, así como en no pocas fuentes navarras, y debían formar un modo de Derecho común del territorio.

En la Compilación de Huesca, encontramos mayor libertad de disponer. La vinculación pesa, principalmente, sobre los bienes inmuebles de abolorio: según el fuero *de immensis et prohibitis donationibus*, el que tiene una viña, o una casa, o una heredad, no puede donarlas, mas si tiene dos o tres, puede dar una al hijo o hija que contrae matrimonio. En cambio, sí que puede dar una heredad por su alma.

El fuero primero de *donationibus* aclara que el villano y el infanzón pueden mejorar a sus hijos en un inmueble, pero siempre que quede a los demás hijos otra heredad u otros campos en que partan. Y lo mismo viene a decir, en forma más simple, el fuero segundo *de exhaeredatione filiorum*. Tales textos tienen su antecedente en las aludidas recopilaciones privadas, ya del Derecho general de Aragón, ya del Derecho de Jaca (que se extendía, al menos, a gran parte de lo que hoy es provincia de Huesca y a otra de Navarra).

En cuanto a los muebles, si bien las fuentes apenas hablan sino de la posibilidad de disponer arbitrariamente de ellos en favor de los hijos, los documentos muestran que era muy corriente el legado de todos ellos o parte, generalmente en favor del alma, y aun habiendo hijos. Esta más libre facultad de disposición parece extenderse también a los inmuebles adquiridos por el causante de procedencia no familiar.

Fue seguramente en la segunda mitad del siglo XII cuando debió ir ampliándose la posibilidad de disponer en favor de extraños sobre los bienes propios, y asimismo de desigualar a los hijos. A esta tendencia, que, sin duda, corresponde con el inicio de la economía burguesa, se adscribe la confirmación de Alfonso II al fuero de Jaca en 1187, en la cual el monarca alaba y confirma que los jacetanos puedan disponer, con hijos o sin ellos, de sus bienes y heredades *sicut eis placuerit*. Este principio de libertad de testar debió ir calando en la opinión y llega (si bien reducido a la libertad entre los hijos) a ser ley general para los nobles en 1307, cuando el fuero I *de testamentis nobilium* dispone, *ut casalia eorum in suo bono statuto conserventur, cum per divisionem filiorum de facili deperire possent*, que los nobles puedan instituir heredero a uno de sus hijos, el que quisieran, dejando a los otros, de sus bienes, lo que bien les pareciera (*quantum eis placuerit*). Cuatro años después, en las Cortes de Daroca de 1311, el fuero *de testamentis civium* extiende a los ciudadanos, a petición de los procuradores de las ciudades y villas, la facultad de instituir heredero a uno de sus hijos, en las mismas condiciones que los nobles.

Con esto quedaba transformado el sistema aragonés de sucesión forzosa en uno de legítima global colectiva. Pero es que, además, en el siglo XV o antes, según testimonian los autores del XVI, se extiende la costumbre de considerar al causante facultado para distribuir sus bienes como quiera, incluso entre extraños, aunque tenga hijos. Miguel DEL MOLINO dice haberlo oído así y haberlo leído muchas veces, y añade que por esta práctica queda modificado el fuero *de exheredatione filiorum*, pues, contra lo manifestado en él, el padre puede desheredar sin causa a los hijos e hijas e instituir a un extraño. Señala, sin embargo, que algunos discrepen de este criterio.

Evidentemente, no se trata aquí de una interpretación de los fueros de 1307 y 1311, sino de una corrección, pues interpretativamente nunca podía llegarse al resultado de ser posible desheredar a los hijos en conjunto. Mas por esta opinión se pronunciaron otros autores ulteriores hasta el siglo XVIII (PORTOLÉS, en parte SESÉ, LISSA, ASSO y DE MANUEL, LA RIPA). Es ya siglo XIX cuando la doctrina reacciona en favor de la correcta interpretación de los fueros, manifestándose, con notoria unanimidad, contraria a que se

pueda instituir a un extraño habiendo hijos. Tal interpretación correcta es la que pasa a los proyectos de Apéndice, al Apéndice mismo de 1926 y ahora a la Compilación foral.

II

SUPLEMENTOS DE LEGITIMA Y PARTE LIBRE

De la regla de libertad de testar entre los hijos derivan (entre otras de menor relieve) dos cuestiones agitadas en la doctrina y la jurisprudencia.

Una, la de si el padre puede asignar a los hijos no herederos los bienes que quiera, incluso de mínimo valor (los cinco sueldos por sitios y cinco por muebles), o bien tiene que dejarles algo sustancial de la herencia, proporcionado a sus facultades, aun sin cuantía fija y determinada por una alícuota de patrimonio. En la jurisprudencia que aplica los fueros y observancias ciertas sentencias deciden que el hijo puede obtener suplemento de legítima cuando los bienes que se le dejan son manifiestamente insuficientes, y con relación al Apéndice alguno mantuvo que la facultad de distribuirlos entre los hijos «discrecionalmente», del artículo 30, incluía cierta dosis de discreción en el reparto, siendo indiscreto, en circunstancias, dejar a los hijos no herederos una parte simbólica del patrimonio. Mas la opinión mayoritaria, tanto en doctrina como en jurisprudencia, se inclinó por la libertad absoluta y la legítima simbólica, si bien no se rechazaba la posibilidad de pedir alimentos el hijo desheredado, equivalente a la de vivir en la casa el hijo soltero no heredero que no percibió legítima, en las costumbres del Alto Aragón (siquiera en esas costumbres la legítima no sea un mero símbolo y sí una cantidad de cierto valor, aunque modesta en relación con el patrimonio; o prestaciones equivalentes, como el pago de una carrera, establecimiento mercantil, aprendizaje de un oficio, etc.).

Otra cuestión era la de si el padre causante tenía facultad de disponer entre extraños de alguna parte de su patrimonio. Por mimetismo con el Derecho castellano, la doctrina optó por el quín-

to de libre disposición, y promulgado el Código civil, no sin ciertas vacilaciones, por el tercio, que es lo que ha pasado al Apéndice y a la Compilación.

III

EL SISTEMA DE LA COMPILACION

El Derecho romano, si en su prehistoria mantuvo muy probablemente la vinculación de los bienes a los agnados y gentiles, en época histórica se nos aparece preconizando la más absoluta libertad de disponer por testamento. A esta libertad se le van poniendo luego límites, los cuales en un primer momento consisten en la pura formalidad de que los *heredes sui* y los *liberi* hayan de ser nombrados en el acto de última voluntad, sin lo cual se entiende que el causante se ha olvidado de ellos, y (según los casos) el testamento o meramente la institución de heredero se anulan, concediendo el pretor a los preteridos, respectivamente, la *bonorum possessio ab intestato* o la *contra tabulas*: tal derecho al nombramiento se denominó, por los pandectistas, «legítima formal».

A fines de la República comenzó a pensarse que el causante estaba obligado a dejar algo a sus más inmediatos parientes, y el Tribunal de los centunviros estimaba que quien no lo hacía así no estaba en sus cabales, y anulaba el testamento *color insaniae*: evidentemente, como una ficción de las muchas con las que el Derecho romano fue evolucionando y adaptando textos legales sobrepasados a las circunstancias de los tiempos. Esta posibilidad de obtener algo de la herencia los herederos *ab intestato* más próximos se llamó derecho de legítima material.

Para la Compilación, nos pareció que, dada la evolución del Derecho aragonés, se ajustaba bien a sus directrices esta partición que sistematizaron los pandectistas, si bien teniendo en cuenta el carácter global de la legítima, y así el capítulo destinado a ella se basa en distinguir:

- a) una legítima material colectiva;
- b) una legítima formal;

c) una legitima material individual, resultante de la asignación, por el causante o la Ley, de la global;

d) un derecho de alimentos de especial naturaleza, que eventualmente corresponde a los descendientes legítimos de primer grado y a los hijos naturales.

La legitima formal se defiende mediante las acciones de preterición e injusta desheredación; la material, también mediante éstas (cuando proporcionan a los legitimarios de primer grado beneficios patrimoniales y en casos el título de heredero), y específicamente por la acción de supresión o reducción de liberalidades del artículo 124, las de intangibilidad de la legitima de los artículos 119 y 125, y la de alimentos del artículo 121. La legitima formal se concreta a los descendientes de primer grado o sus representantes; la material es extensiva a todos los descendientes, en cuanto todos son aptos para recibir los bienes y en cualquiera de ellos puede satisfacerse, si bien sólo pueden reclamarla los legitimarios formales en los casos que luego veremos.

IV

LEGITIMA COLECTIVA. LEGITIMARIOS

De la legitima colectiva, se ocupa el artículo 119, a cuyo tenor:

Dos terceras partes del caudal fijado conforme a lo dispuesto en el artículo 818 del Código civil, deben recaer forzosamente en descendientes legítimos y solamente en ellos. Esta legitima colectiva puede distribuirla el causante, igual o desigualmente, entre todos o varios descendientes, o bien atribuirla a uno solo, con las modalidades establecidas en este capítulo.

Como se ve, la legitima material es un derecho a obtener algo del patrimonio del causante, que se confiere colectivamente a todos sus descendientes, sean o no inmediatos, y sin cuantía individual determinada.

En particular, un ascendiente puede dejar la herencia, en su

totalidad, a uno o varios descendientes de grado ulterior (por ejemplo, un abuelo a sus nietos), sin asignar nada a los de grado intermedio (los hijos del causante, en el ejemplo), mientras cumpla, frente a éstos, el deber de legítima formal impuesto en el artículo 120. El artículo 119 resuelve así una vieja querrela entre los foralistas (exacerbada a partir de la publicación del Apéndice foral, cuyas expresiones eran entre sí contradictorias), en el sentido de la posibilidad de instituir directamente a un nieto, viviendo su padre, en el total de la herencia.

Pero el hecho de que todos los descendientes sean sujetos del deber de legítima material del causante (o sea, estén legitimados para que se cumpla en ellos), no quiere decir que lo sean todos del mismo modo. Cada uno puede *recibir*, pero sólo algunos pueden *reclamar* si el conjunto no recibe o recibe en cuantía insuficiente (los señalados en el artículo 124). Finalmente, algunos, llegado el caso, pueden pedir alimentos (art. 121). Cabe hablar entonces de titulares del derecho a legítima en varios sentidos:

a) Uno, amplio, comprendiendo a todos los descendientes.

b) Otro, más estricto, pero siempre genérico, referido a los descendientes que enlazan directamente con el causante, sin pariente intermedio vivo. Estos pueden pedir alimentos en caso de inopia; tienen derecho a ser mencionados en el testamento, y si no hay institución de heredero pueden llegar a tener un derecho de legítima material individual.

c) Finalmente, en otro sentido, aún más estricto y a resolver concretamente en cada supuesto, que es el de los legitimados para hacer valer la legítima global; los instituidos herederos o donatarios universales (sean descendientes de primer grado o no) y, a falta de ellos, los descendientes de primer grado (cuando hablo de descendientes de primer grado o inmediatos, quiero significar, en lo sucesivo, a quienes descienden del causante sin mediación de persona capaz de suceder; por tanto, también a los nietos cuyo padre ha fallecido). La legítima global entonces se individualiza para poder ser reclamada.

Los legitimarios en sentido amplio no tienen sobre la herencia otro derecho que el que les haya concedido el causante; serán herederos, o legatarios, o favorecidos mediante un gravamen mo-

dal, etc., según aquél haya ordenado; si nada ordenó, los que no son de primer grado nada recibirán.

Sólo son legitimarios propiamente los descendientes legítimos, entre los cuales se han de incluir los legitimados por subsiguiente matrimonio, por aplicación del artículo 122 del Código civil, aun cuando en el Derecho de los fueros la cuestión era más discutible. No se equiparan a los hijos legítimos los adoptivos, que no son legitimarios en ningún concepto, y cuyos derechos sucesorios contractuales, caso de concurrir con hijos legítimos sobrevenidos, se reducirán a cuanto quepa en el tercio libre (cfr. art. 174 del Código civil).

Los hijos naturales reconocidos tienen un crédito eventual de alimentos, sin participación alguna en la legítima global.

A diferencia del Código civil, pues, y salvo lo dicho ahora, no tienen derecho necesario alguno sobre la herencia los descendientes no legítimos; los ascendientes, ni el cónyuge sobreviviente; ni en ellos puede satisfacerse porción alguna de legítima (si bien el viudo obtiene o puede obtener beneficios del causante con perjuicio y a costa de la legítima de los descendientes). No rigen así en Aragón los preceptos del Código civil relativos a estas clases de legítimas (arts. 807-2.º y 3.º, 809, 810, 812 y 834 a 847); tampoco, por haber otros en la Compilación, los que regulan la legítima de los descendientes. En general, la regulación aragonesa forma un sistema casi completo, y el Código civil sólo resulta aplicable, sea por la remisión expresa del artículo 119 al 818 de dicho Cuerpo legal, sea, con las precisas adaptaciones, en tema de desheredación y reducción de liberalidades, materias en las que el Seminario y la Comisión creyeron innecesario formular preceptos específicos.

V

NATURALEZA DE LA LEGITIMA. ¿HERENCIA FORZOSA?

La redacción del artículo 119 plantea el problema de si alguno de los legitimarios debe necesariamente ser instituido heredero, o todos pueden percibir los beneficios que la Ley les garantiza por cualquier título, incluso pudiendo instituir heredero el padre a

persona extraña al círculo de legitimarios en la totalidad de la herencia—por ejemplo, a la esposa—, siempre que la sustancia de lo percibido por el sucesor universal no rebase la tercera parte del patrimonio del causante o lo de que ella quede disponible.

En el Derecho de los fueros de 1307 y 1311 parece claro que la institución de heredero debía recaer precisamente en uno de los hijos, y que lo que tales fueros pretendieron fue meramente excluir la obligación de instituir herederos a todos o la automática condición de herederos de todos, que acaso existiera antes.

El Apéndice de 1926 no atacaba directamente la cuestión, aun cuando de su texto podía deducirse, interpretado con arreglo al Derecho histórico, que las cosas no habían cambiado.

Al formularse el Anteproyecto del Seminario de la Comisión de juristas aragoneses nos pareció que no debía coartarse la voluntad del causante hasta el punto de que en ninguna circunstancia pudiera instituir heredero, habiendo descendientes, a persona distinta de ellos (pariente o extraño), pero que sí debía requerirse, para tal institución, una manifestación clara y explícita de apartar a los descendientes de la condición de herederos. Así, el que hoy es artículo 120 contenía un último párrafo que decía: «Habiendo legitimarios, la institución de heredero en favor de un extraño se presumirá legado».

El texto promulgado no contiene tal párrafo, que fue suprimido por la Comisión general de codificación. La supresión pudo hacerse con el designio de volver al Derecho anterior, o quizá, por el contrario, con el fin de eliminar una presunción que no pareciera bastante justificada. En todo caso, el precepto propuesto no resolvía de modo claro el problema de si es posible eliminar de la institución de heredero a los legitimarios, confiriéndola por entero a otra u otras personas (en la práctica, sobre todo al cónyuge), o, por el contrario, los dos tercios del caudal, o bien la cuota legítima que se halla a cargo de éste una vez imputadas las donaciones, deben dejarse a los descendientes o a uno de ellos por título de heredero. Y la norma vigente es del todo inexpresiva.

En favor de la necesaria condición de heredero de uno al menos de los legitimarios, cabe alegar el Derecho anterior, que no debe entenderse transformado a falta de una expresión clara en la Ley. Mas en pro de la libertad de nombramiento de heredero en

favor de extraños, prescindiendo de los legitimarios, hay importantes razones. De una parte, el tenor literal del artículo 119, que evita hablar de *herederos forzosos* (nótese, además, que tampoco rige en Aragón el artículo 806 del Código civil) y se limita a imponer la obligación de que recaigan en descendientes legítimos los dos tercios del caudal, mas sin expresar por qué título, y, por consiguiente, permitiendo que sea por cualquiera, como el artículo 815 del Código civil. De otra, la regulación de la legítima formal en el artículo 120, el cual establece la exigencia de que se mencione en el acto *mortis causa* a los descendientes inmediatos, pero sin requerir el nombramiento de heredero, y ni aun atribución alguna de bienes. Finalmente, el artículo 124 presenta como normal el supuesto de no haber sido designado heredero ninguno de los descendientes y sólo si entonces no han percibido en conjunto la cuantía de la legítima colectiva podrán pedir la reducción de liberalidades: no la nulidad de la institución o directamente la declaración *ab intestato*.

Todas estas razones inclinan a creer—si bien la solución sigue siendo discutible—que el legitimario no tiene hoy, en el nuevo Cuerpo legal, derecho al título de heredero, ni cabe pretender que uno al menos de los legitimarios sea nombrado tal. Sólo en el caso de preterición total se llegará a conceder forzosamente la calidad de heredero al reclamante, pero entonces por la vía de la sucesión intestada.

Si se opta por la solución contraria (desde luego, también defendible), nos hallaremos ante una doble cualificación de la legítima cercana a la mantenida por GARCÍA VALDECASAS (Guillermo) para el Código civil: una cuota global, resultado del cálculo conforme al artículo 818 del Código civil, y una cuota reservada, recaente sólo sobre el caudal relicto, sólo asignable a título de herencia, y que abarcaría la cantidad de cuota global no satisfecha *inter vivos*, o acaso, rigidamente, los dos tercios de dicho caudal: solución esta última menos probable. La existencia de una cuota reservada modificaría mucho de cuanto vamos a decir a continuación partiendo de la postura contraria de no tener ningún legitimario derecho al título de heredero.

VI

LA LEGITIMA GLOBAL COMO «PARS BONORUM»

Ahora bien, aun en el más probable supuesto de negación de la cuota reservada y de la condición de heredero forzoso, nunca pretendió el legislador convertir la legitima en un simple derecho de crédito. El artículo 119 ordena que recaigan forzosamente en los legitimarios dos terceras partes del caudal computable a estos efectos, y, por tanto, colectivamente, la legitima ha de satisfacerse en cuerpos hereditarios y no como pagando una deuda el heredero dueño de los bienes relictos, sino adquiriendo desde el primer momento los legitimarios un derecho directo (que será derecho real si se trata de cosas) sobre la herencia.

A esto cabría oponer que el artículo 119, a los efectos de la fijación de la legitima, se refiere al *caudal computable*, es decir, a una cifra contable y no al conjunto de bienes concretos constituyentes del caudal relicto. A su vez, el artículo 124 presupone unos *beneficios* recibidos por el conjunto de legitimarios, pero no que se perciban en los objetos que componen en vida el patrimonio del causante, o, a su fallecimiento, el caudal relicto. De donde sería posible la satisfacción de la legitima global mediante legados de cosa propia del heredero, o de cantidad a pagar por éste, o incluso de cosa propia de un tercero: en todos esos supuestos el legitimario sólo tiene la acción del artículo 124, que nace cuando hay infracción del importe de la legitima global, y no si tal importe se ha hecho efectivo en bienes de cualquier clase y propiedad.

Mas la interpretación del artículo 119 no podria hacerse sin tener en cuenta los trabajos prelegislativos, así como el Derecho histórico, ambos muy claros en cuanto a la necesidad de satisfacer la legitima en cuerpos hereditarios. El Derecho de los fueros (como el Apéndice), evidentemente lo impone así a través de la limitación de la facultad de disponer del causante, entre los descendientes. Lo impone asimismo el artículo 125, que si preserva de gravámenes a la legitima global, con mayor razón obliga a asignarla *in natura*. Y, sobre todo, el artículo 119 actual no es sino una corrección de estilo, afortunada desde el punto de vista

gramatical, del artículo 66 del Anteproyecto aragonés, cuya redacción no deja lugar a dudas: «en Aragón—dice—toda la *herencia* que recae en legitimarios es legítima»; «el causante—añade poco después—puede atribuir su *patrimonio*» a un solo legítimo. No se dice que haya de hacerlo a título de herencia, pero sí que la atribución se refiere a sus propios bienes. Y la Comisión de codificación, en este punto, no tuvo intención de alterar el contenido normativo del precepto, y sí únicamente su modo de expresarlo, omitiendo una vieja fórmula aragonesa, que, en relación con el artículo 125, podía ocasionar confusiones.

Por ende, el *caudal* aludido por el artículo 119 es a la vez el relicto y el computable: es legítima del patrimonio del causante aquella porción equivalente a los dos tercios del importe total calculado a estos efectos, disminuidos por la imputación de las donaciones llamadas «colacionables». Dentro de esa porción los beneficios *mortis causa* percibidos por el conjunto de descendientes lo han de ser, precisamente, a costa de la herencia, en cuerpos hereditarios, y no independientemente mediante una entrega de cantidad por el heredero; pudiendo percibirse tales beneficios mediante institución; o legados de cosa cierta, cantidad o cosa genérica propias del *de cuius*; o bien mediante legados de parte alicuota: nunca a través de un gravamen de pago de cantidad o cosa no relictas impuesto al heredero extraño. (Presumiblemente, si el legítimo legatario de cosa ajena a la herencia se conforma con ella, los demás no podrán alegar que se ha infringido, en un co-legítimo, la regla de intangibilidad cualitativa de la legítima.)

En cambio, dentro del conjunto de legitimarios, y una vez satisfecha a uno o varios la legítima colectiva con el caudal, es claro que el causante, que puede no dejar absolutamente nada a cualquiera de ellos o a todos menos uno, puede, con mayor razón, dejarles cantidades o cosas genéricas o específicas no pertenecientes al caudal, y a pagar por el instituido heredero. En ese caso los legitimarios no herederos sí que son simplemente acreedores del instituido, de igual modo que lo es cualquier legatario de cantidad.

Y todavía, respetando la integridad cualitativa de los dos tercios, se puede favorecer a los legitimarios de primer grado con créditos contra el heredero o legatario extraños (aquellos sólo tienen derecho individual a ser mencionados).

La legítima global, así, no representa sólo para el causante (como, según la opinión más aceptable, en el Código civil) un mero freno o límite de tipo negativo: salvo que se haya satisfecho mediante donaciones, existe, desde el momento de abrirse la sucesión, un derecho sobre el caudal mismo (no forzosamente por título de heredero) que en ciertos casos compete al grupo, y en otros al individuo en cuanto concreción del grupo: nunca aisladamente a cualquier legitimario. La localización de este derecho, en principio, depende del causante, pues es él, nombrando al descendiente heredero, o legatario de cosa cierta, o legatario de alicuota o de género, quien determinará la posición concreta del legitimario frente a los bienes. En cualquier caso, nunca se podrá hablar aquí, contra lo que preconizan relevantes autores para el Código civil, de una *pars valoris bonorum*: diversamente, debe aceptarse que al legitimario le compete una *pars bonorum*, si bien no, de modo necesario, una parte alicuota en el caudal. El caso límite es el del legado de cosa genérica, de la que existe en la herencia mayor cantidad de la legada, y respecto de la cual, por tanto, ha de producirse la concentración: si nos atenemos a la disciplina de este tipo de legados, el legitimario es mero acreedor del heredero, conclusión contradictoria con la idea de participación inmediata en los bienes que se deriva del artículo 119, y en servicio a la cual habrá de pensarse en un inicial condominio del heredero y el legitimario-legatario sobre la totalidad del *genus*.

Interpretado así el artículo 119, queda sin validez el argumento deducido del artículo 124: el legitimario material no satisfecho en vida del causante, además de la acción concedida por este precepto, tiene derecho y, por tanto, acción, a percibir su porción en cuerpos hereditarios, y si el causante dispusiera de otro modo, podrá pedir la reducción de las liberalidades (en el sentido que tiene esta expresión en el art. 124) en cuanto perjudiquen cualitativamente su derecho, aunque cuantitativamente no atenten contra él.

Salvo lo aquí explicado y la posibilidad de impugnar los actos del causante en fraude de su derecho, el legitimario material es heredero o legatario con sujeción al régimen normal de estas posiciones jurídicas; responde o no de las deudas, según sea lo uno o lo otro, y correlativamente participa en los bienes con o sin ese gravamen. Nótese que, como hemos dicho, la idea de participación en

los bienes no implica su inclusión en la comunidad hereditaria, ni menos puede pretender que tal participación se mida conforme al activo bruto—compartiendo asimismo el pago de las deudas—, pues el artículo 818 deduce las deudas del resultado de la reunión ficticia de *donatum* y *relictum* para el cálculo de la legítima. Quiero decir que ante un caudal de sesenta gravado con treinta de deudas, Pedro, único descendiente del causante, no puede exigir que se le asignen cuarenta, pagando él veinte de las deudas; al contrario, el causante está facultado para asignarle como legado un objeto hereditario que valga veinte, y hasta es pensable que la elección fuera conferida al heredero.

VII

CALCULO DE LA LEGITIMA GLOBAL

El artículo 119 establece como base para la fijación de la legítima el mismo patrimonio que el Código civil; es decir, la reunión del *donatum* y el *relictum*: la proporción de los dos tercios no se aprecia exclusivamente frente al caudal dejado por el causante, sino al producto de reunir éste y lo que donó en vida. Puede ocurrir, así, que todo el caudal relicto sea de libre disposición, porque el causante hizo efectiva la legítima a los hijos por medio de donaciones; puede ocurrir, al contrario, que nada del caudal relicto sea disponible, porque las donaciones a extraños llenan ya la tercera parte del patrimonio base. En punto al cálculo de la legítima global, entonces no hay diferencia con el Código; como en él, desde luego, no entran en el caudal resultante de la reunión ficticia las dotes y donaciones *propter nuptias* (cfr. art. 1.333), salvo, acaso, en el supuesto de segundas nupcias, frente a los hijos del primer matrimonio.

VIII

DETERMINACION Y CARACTERES DE LA LEGITIMA
INDIVIDUAL

En cambio el cálculo de la legítima individual obedece a principios distintos. Punto de partida podría ser éste: en Aragón no hay más legítima material individual que la que resulta de la existencia de la global y de la necesidad de asignarla a personas concretas. Nadie, salvo el descendiente único, puede alegar, mientras vive el causante, una expectativa legitimaria cuantitativamente medible, aunque todos pueden afirmar que el grupo sí la tiene, y que éste no heredará en cuanto tal grupo, sino, singularmente, uno o varios de sus individuos; a la muerte del causante, si no ha concretado el número y nombre de los legitimarios materiales, la legítima global se hará individual de modo forzoso en todos los descendientes de primer grado: si lo ha concretado, cada uno participará en la forma y medida predispuestas, y en nada si nada le asignó.

La forma normal de concreción de la legítima por el causante es la institución de heredero (singular o plural), con asignación de bienes determinados a los restantes legitimarios de primer grado cuando no todos son instituidos. La institución confiere derecho genérico a la legítima, y no el legado: en particular, confiere de modo exclusivo, junto con la generalidad del derecho a los bienes, la pretensión para completar la legítima lesionada.

Por ende, si el causante instituye heredero a un solo legitimario, a éste corresponden los dos tercios del caudal, con la sola deducción de los bienes concretos (o legados de parte alicuota, no frecuentes en la práctica) asignados *inter vivos* o *mortis causa* a los restantes descendientes. No quiero decir con esto que al instituido heredero se le hayan de asignar las dos terceras partes del caudal relicto, sino que, en cuanto legitimario, tiene derecho él solo a hacer valer la pretensión de legítima, cuya cuantía alcanzará a las dos terceras partes del caudal computable. Los demás

legitimarios, no herederos, habrán de contentarse con lo que tienen, y ello aunque haya infracción del deber de legítima colectiva (véase art. 124).

Si los legitimarios instituidos herederos por el causante son varios, parece que la pretensión de legítima se ha de dividir entre ellos, considerando que a cada uno corresponde una fracción de esos dos tercios del caudal computable proporcional a la cuota en que ha sido instituido heredero. Obsérvese que las pretensiones legitimarias *pro parte*, o la del heredero único, nunca podrán hacerse efectivas contra los otros descendientes, sirviendo simplemente para recuperar los bienes atribuidos a terceros extraños por encima de la porción disponible, o, antes, para tener por no puestos los gravámenes y suprimir o reducir las atribuciones a causa de muerte excesivas.

Resulta así que el proceso de formación de la legítima material individual es notoriamente distinto al del Código civil. En el Código, tras el cálculo del caudal computable, se fija la legítima estricta apreciando la cantidad empleada en mejora efectiva y deduciéndola de los dos tercios. El resto, dividido por el número de hijos, señala los derechos individuales de cada uno, que habrán de ser satisfechos a costa de la sucesión o de la reducción de donaciones en tanto en cuanto no lo hubieren sido en vida del causante mediante liberalidades imputables en la legítima o en la mejora. Estos derechos se podrán hacer efectivos contra cualquiera que los perjudique, incluso los restantes legitimarios.

En Aragón, en cambio, siendo la legítima colectiva, no existe una legítima individual material necesaria y extensiva a todos los legitimarios; lo único cierto es que, al menos uno, tendrá ese derecho. Consiguientemente, no es posible la previa fijación, en todos los casos, de una legítima por partes alicuotas, y si sólo hay, en el primer momento, una legítima global, en la que se imputan todas las atribuciones *mortis causa* e *inter vivos* que han tenido lugar en favor de los legitimarios, sin distinguir entre tercio libre, mejora y reserva. Ningún descendiente puede demandar a otro por infracción de la legítima estricta, ya que, al ser libre la distribución entre ellos, la reserva individual sólo existe en el sentido de que los dos tercios deben distribuirse entre los legitimarios, pero

no en el de que a cada uno haya que darle una parte, por pequeña que sea.

Por supuesto, al no existir en Aragón el instituto de la mejora (aunque a veces se hable de ella, en el sentido vulgar de dar más a un hijo que a otro), no tienen aplicación alguna los artículos 823 a 833 del Código civil.

La renuncia a la legítima, posible en Aragón, antes de morir el causante, produce escasas consecuencias en el cálculo de la legítima global, y alguna más en el de la individual. En principio, y a menos que el renunciante sea único legitimario—en cuyo caso desaparece la legítima—, el haber renunciado uno no reduce el importe conjunto de la reserva, que se reparte entre los restantes legitimarios por derecho propio (art. 985, 2.º, del C. c.): es de suponer que de la renuncia se benefician sólo los legitimarios herederos, si los hay. No parece existir diferencia, a estos efectos, entre la renuncia en vida del ascendiente o la repudiación de la legítima.

IX

LEGITIMA FORMAL

La distribución por el causante de la legítima colectiva tiene una particular trascendencia porque a la vez satisface el derecho de legítima formal de los descendientes inmediatos, y designa, de entre los legitimarios en sentido amplio, quiénes quedan constituidos legitimarios materiales individuales con facultad de reclamar.

A falta de designación del causante, serán esto último todos los descendientes de primer grado. A ellos, además, junto con el derecho (que luego veremos) de alimentos, el artículo 120, de acuerdo con una orientación romana que se acepta luego en todos aquellos sistemas medievales que pasan de la vinculación sucesoria a la libertad de testar entre los hijos (e incluso entre extraños, como en Navarra), les concede un derecho aparentemente honorífico: el de ser mencionados en el testamento del ascendiente vivo más

inmediato (padres; abuelos, cuando el padre o madre, hijo de éstos, han fallecido), si no han percibido bienes en vida de éste. Conforme a él,

1. *Aquellos descendientes sin mediación de persona capaz de heredar, no favorecidos ya en vida del causante o que no lo resulten en su sucesión intestada, necesariamente habrán de ser nombrados, o mencionados al menos, en el testamento que los excluya.*

2. *No equivale a dicha mención, respecto de los nacidos después de otorgarse el testamento, el uso de expresiones no referidas especialmente a ellos.*

Como se ve, la legítima formal no es de cumplimiento absolutamente necesario, sino un sucedáneo de la atribución patrimonial: el que haya sido favorecido en vida del causante, o vaya a serlo a su muerte, porque queda una parte de la herencia a deferir *abintestato*, no podrá considerarse preterido.

Son «favorecidos en vida del causante» los descendientes que han recibido donaciones de las llamadas «colacionables». No valdrían, a este efecto, las donaciones usuales (véase art. 125-1) ni aquellas onerosas en las que la carga, sin ser en beneficio del propio donatario, absorbe prácticamente la totalidad del importe de lo donado (pues, o no son donaciones, o si queda un resto insignificante no podrían estimarse «colacionables»), y seguramente tampoco las remuneratorias de servicios que, en una apreciación de las cosas con arreglo a las concepciones sociales vigentes, sean proporcionadas al servicio que se remunera. En cambio, si se estimarán favorecidos los nietos cuando su padre, premuerto al abuelo, hubiera recibido de éste liberalidades excluyentes de la preterición. El proyecto aragonés lo preveía expresamente, y si bien la Comisión de codificación suprimió las palabras relativas al supuesto, sin duda lo hizo por considerar que bastaba con la regla del artículo 1.038, 1.º, del Código civil, la cual no es simplemente de colación (desconocida en el Derecho aragonés clásico, y hoy sólo existente por disposición expresa del donante), sino de imputación, en cuyo segundo aspecto vale también para nuestro Derecho.

En cuanto a los llamados a la sucesión intestada, no han de resultar económicamente *favorecidos* por ella: valdría, creo, el mero llamamiento por no contener el testamento institución de heredero, aunque reparta todos los bienes en legados, así como el llamamiento a una herencia pasiva, porque en ambos casos el título de heredero concede la legítima material individual, si ha lugar a reducir liberalidades.

Aunque el artículo 120, en sus dos párrafos, habla sólo de *testamento*, evidentemente rige también para el pacto sucesorio.

¿Cuándo se puede entender *mentonado* a un legitimario? Una opinión muy estricta, por similitud con la doctrina del Código civil, entendería que, siendo el testamento acto de disposición de bienes, la mención ha de referirse a la institución, legado, o privación de todo beneficio, de manera que no sería suficiente nombrar a un hijo en el acto *mortis causa*, por ejemplo, para elogiar sus virtudes, sin decir si se le deja o no algo. La tesis más amplia se conformaría con una mención cualquiera, incluso implícita, como si el testador declara inicialmente que de su matrimonio tiene cinco hijos. El proyecto aragonés, en una posición muy acorde con la finalidad de la norma, exigía la mención, «al menos con expresión que dé a entender que el testador ha tenido en cuenta su existencia (la del mencionado) al asignar las legítimas», y ésta es la interpretación más probable del texto actual, que si distingue entre *nombrar*—es decir, citar nominalmente—y *mencionar*, tampoco dice que valga cualquier clase de alusión o referencia, aun muy remota e indirecta; y, al contrario, en el artículo 122 habla de «mención formal».

De acuerdo con la finalidad de la norma, el texto trata de distinguir, en un caso concreto, entre el mero olvido y la omisión voluntaria, aceptando, en principio, que los nacidos después de otorgarse el testamento han sido simplemente olvidados, y, por consiguiente, si no consta lo contrario de modo muy expreso, ordena que la falta de mención equivalga a preterición, y ello aunque se empleen expresiones genéricas, como la asignación de una pequeña cantidad a todo hijo que pretendiere derecho a la herencia, o bien a todos los parientes que con derecho a la herencia se creyeran, etc. (núm. 2). La mención, entonces, ha de ser «referida especialmente a ellos», y, por tanto, explicando que comprende a los nacidos después del otorgamiento del acto *mortis causa*. A éstos

deberán equipararse los sobrevivientes a quienes se creía fallecidos, aun cuando no se hubiera llegado a la declaración de fallecimiento ni a la de ausencia o medidas provisionales tras la desaparición. Mas la distinción entre omisión voluntaria y olvido o ignorancia no va más allá, y la comparación entre el apartado 1.º y 2.º demuestra que, en principio, valen las expresiones genéricas; es decir, que designan a las personas en grupo y por ciertos caracteres comunes, si bien no creo que sean suficientes expresiones muy generales o cláusulas de estilo.

Con lo dicho queda claro asimismo que el artículo 120 no exige dejar nada al legitimario, y si simplemente mencionarlo, quedando con ello satisfecho el derecho de legítima formal. Pareció a la Comisión aragonesa, y antes al Seminario que preparó sus trabajos, que el puro rito de dejar una cantidad simbólica podía refundirse con la mención, ya que aquél, realmente, carecía de contenido. En la práctica resultará raro mencionar a los legitimarios, en el testamento o contrato (que son actos de disposición de bienes), sin desheredarlos expresamente, y sin dejarles nada. Yo creo que, no obstante, haciéndolo así (como si el testador dice: «menciono a mi hijo Juan a los efectos de evitar la preterición», o bien: «a mi hijo Juan nada le dejo de mis bienes»), de una parte se evita la preterición, puesto que se menciona al legitimario; y de otra, no hay injusta desheredación, porque la desheredación individual, habiendo varios hijos, para ser justa o injusta tiene que contener alguna causa, y ello no ocurre aquí.

X

EL DERECHO DE ALIMENTOS: NATURALEZA Y PRESUPUESTOS

La legítima material individual, según lo dicho, como participación en el caudal o crédito contra el heredero, sólo existe por voluntad del causante. Al lado de ésta, el Apéndice de 1926, siguiendo algún precedente clásico, estableció, no un derecho de alimentos invariable y automático del legitimario, pero sí la posibilidad del legitimario de primer grado, de pedirlos en caso de

inopia, a los descendientes que hubieran recibido los bienes del causante, y «en proporción con las respectivas participaciones en la herencia forzosa» (art. 30, 2.º). Se trata, así, de una especie de legítima material eventual, que no es cuota de la herencia, y que puede reclamarse contra los colegitimarios.

La Compilación ha conservado este derecho, con algunas modificaciones. Conforme al artículo 121,

1. Aquellos descendientes sin mediación de persona capaz de heredar que en la distribución de los bienes hereditarios queden en situación legal de pedir alimentos, podrán reclamarlos de los sucesores del causante, en proporción a los bienes recibidos.

2. Los hijos naturales reconocidos tendrán ese mismo derecho, si no concurre descendencia legítima. En otro caso, la cuantía de sus alimentos no podrá exceder del tercio de los frutos del caudal.

El derecho reconocido por este precepto se había designado en el proyecto aragonés con el título de «legítima material individual». La Comisión de codificación lo apellida, con más propiedad, «derecho a alimentos». En efecto, el título se prestaba a confusiones, ya, de una parte, al existir una verdadera legítima material individual (el resultado de la necesaria individualización de la global), ya, de otra, al ser el derecho de alimentos de más tenue entidad y muy distinta naturaleza en relación con la legítima ordinaria, hasta el punto de que el Código civil, que lo concede a los hijos ilegítimos no naturales, omite a estos perceptores de alimentos en la enumeración de los que llama «herederos forzosos» (artículo 807).

La Compilación regula estos alimentos, con todo, como un derecho sucesorio, y con cierta semejanza a la legítima, dado su carácter necesario y su exigibilidad con cargo al patrimonio relicto. El descendiente acreedor de alimentos los reclama en cuanto sucesor, teniendo derecho a ellos, aun contra la voluntad de su ascendiente expresada en acto *mortis causa*; y los reclama a otro suce-

sor del causante por su condición de tal, y no como pariente, caso de serlo.

Además, sólo puede reclamarlos si no ha recibido en vida donaciones tales que, en relación con el valor de la herencia, equivalgan a ellos: hay aquí una suerte de imputación.

El artículo 121 contiene en el apartado 1.º una regulación genérica de la materia, y unas particularidades en el 2.º para los hijos naturales.

Según aquél, la condición de alimentista legitimario la tienen exclusivamente los descendientes inmediatos, y no los restantes descendientes. Estos, si llegan a caer en inopia, podrán reclamar alimentos conforme al Derecho común en la materia; aquéllos, además y primeramente, los exigirán en virtud de un derecho sucesorio. Es, en suma, una oportunidad más, pero siempre para el supuesto legal de necesidad, sin que puedan exigirse en otro caso.

Probablemente, el nacimiento del derecho sólo ocurre si la necesidad sobreviene a raíz de fallecer el causante, y fundada «en la distribución de los bienes hereditarios», o sea al quedar desamparado quien hasta entonces no lo estaba. Si entonces la asignación de una legítima nominal, o, aun sin ello, insuficiente para cubrir sus necesidades, le deja en situación de pedir alimentos, y el caudal tiene volumen suficiente para prestarlos, puede hacer uso del derecho que le concede el artículo 121. Pero si la herencia (entendida en el sentido que ahora veremos) es escasa y, por tanto, la inopia no proviene de la desigual distribución de los bienes, no es aplicable el precepto (o lo es sólo contribuyendo la herencia en una parte): lo mismo ocurre si son muchos los que quedan en idéntica situación, y las rentas de los mismos bienes relictos o de su transformación en otros más fructíferos no bastan para acudir a las necesidades de todos. Finalmente, si la inopia sobreviene luego, es dudosa la posibilidad de hacer valer un derecho que no tiene su origen en el momento de la distribución de los bienes ni obedece sólo a ella: al menos, tal posibilidad no podría perdurar indefinidamente.

XI

CALCULO Y PAGO DE LOS ALIMENTOS

La reclamación se ha de hacer «a los sucesores del causante» y «en proporción a los bienes recibidos».

Surge aquí, como primera pregunta, la de cuál será el caudal que sirva de medida al pago de los alimentos y que garantice éste: si el caudal relicto, o el patrimonio total computable, incluidas las donaciones, o los dos tercios de legítima global, o bien la totalidad del patrimonio del sucesor.

El artículo 121, a diferencia del Apéndice, dice que los alimentos podrán reclamarse «de los sucesores del causante», con lo que parece indicar que la reclamación puede hacerse contra cualquier sucesor, sea legitimario o extraño. Corrobora esta deducción el hecho de haber introducido la Comisión de códigos el término *causante*, donde el proyecto aragonés decía *ascendiente*; parece claro el propósito de aquélla de extender la obligación de alimentos a todo el caudal relicto, incluido el tercio de libre disposición si figura en dicho caudal por no haber hecho el causante donaciones en vida, pues obliga a contribuir a los *sucesores del causante*, legimarios o no, mientras en el proyecto aragonés, que hablaba de los *sucesores del ascendiente*, podía entenderse que sólo los descendientes contribuían, y, por tanto, sólo la parte recibida por ellos.

Por otra parte, de lo dispuesto en el apartado 2.º para los hijos naturales, se desprende asimismo que la medida de los alimentos se establece sobre todos los bienes relictos, contribuyendo en proporción todos cuantos los reciben.

¿Y cuando el caudal sea escaso, por haberse realizado cuantiosas donaciones? En mi opinión, el alimentista tiene, para la defensa de su derecho a los alimentos, las mismas oportunidades que los titulares individuales de la legítima global para defender ésta, al ser idénticas las posibilidades de fraude del causante, y tan respetables los motivos que impulsan al legislador a establecer la legítima global como los de este derecho, si no más estos últimos. En consecuencia, entiendo que si las donaciones fueron en favor de extraños, y los titulares concretos de la legítima global no

intentan reducirlas, podría hacerlo, en la misma proporción como máximo, y a los solos efectos del derecho de alimentos, el descendiente con derecho a ellos. Y si aquellos titulares intentan la reducción, o son ellos los donatarios, el descendiente alimentista podrá pedirles que contribuyan a los alimentos como si el *donatum* formase parte de la herencia, pues aun cuando el artículo 121, 1, habla de *sucesores* del causante, no puede negarse al alimentista una acción paralela a la de reducción de donaciones si no se quiere privar a su derecho de una esencial garantía. Cabría incluso pensar, a falta de reducción, que no es preciso ser heredero para estar obligado a alimentar al legitimario pobre, pues dada la posibilidad, para el padre, de atribuir entre vivos todo su caudal, parece que, al menos en lo relativo a los dos tercios que son objeto de reducción si han sido asignados a extraños, cabe dirigirse contra el donatario exclusivamente para la reclamación de los alimentos.

En cambio, la parte libre asignada a extraños mediante donaciones entre vivos no viene afectada por el derecho de alimentos: la donación, en tal caso, resulta irrevocable al no haber ninguna disposición concreta que permita su revocación. Y dígame lo mismo si la donación se hace a legitimarios no sucesores, si bien, en cuanto a ellos, la fijación del ámbito del «tercio libre» es más difícil (toda la herencia es legítima).

En suma:

a) Medida de la cuantía de los alimentos, en combinación con las necesidades del legitimario, es el caudal relicto íntegro, incluido el tercio libre, si se halla en él. Si el caudal no alcanza a los dos tercios del computable a efectos de la legítima, serán estos los que sirvan de índice.

b) El patrimonio que da la medida señala igualmente a los obligados a prestar. La reclamación se dirigirá contra todos los sucesores, incluso los no legitimarios, en cuanto reciben parte del caudal relicto, como si la primera obligación del ascendiente, antes de dar nada a extraños a causa de muerte, fuera asegurar los alimentos de sus descendientes inmediatos, y no haciéndolo así, resultasen gravados con tal deber de alimentos todos los que reciben algo del caudal; también las legatarios, en principio, dada la posibilidad de distribuir en legados parte importante de la herencia.

c) No obstante, parece que tratándose de legados de pequeña cuantía e imputables a la parte libre, podría pensarse que el causante ha querido liberarlos de la carga alimentaria, sin perjuicio de que su importe se cuente en el caudal para fijar la cuantía de los alimentos. Es decir, que tal cuantía se determine por el importe de toda la herencia, pero contribuyendo al pago sólo los sucesores importantes, entre los cuales se distribuirá la carga en proporción a los bienes que reciben (o recibieron, en su caso).

d) Los legitimarios sucesores responden colectivamente de los alimentos con todos los bienes que reciben, y no con una parte de ellos, incluyéndose probablemente, tanto en el cálculo de la pensión alimentaria como de la contribución a ella, las donaciones que quepan en el tercio libre. A estos efectos y a los de imputación, el Seminario formuló una regla muy significativa, luego suprimida por la Comisión de codificación. Empezaba el artículo equivalente al actual 119, con la manifestación, tomada principalmente del foralista Sessé, de que «en Aragón toda la herencia que recae en legitimarios es legítima» (*in hoc regno tota haereditas est legitima*), con lo que se querían eliminar las distinciones del Código civil entre imputación en la legítima estricta, en la mejora o en la parte de libre disposición, y así también las cuestiones a que podía dar lugar el que cada una de estas partes se entendiera gravada diferentemente a efectos del derecho de alimentos o a cualesquiera otros. Como director del Seminario, se me preguntó, siete años después, y para explicarlo a la Comisión madrileña, cuál era el sentido que daba yo a esa frase, sentido, que, al parecer, dicha Comisión no conseguía desentrañar. La respuesta que di, apresurada, no fue bastante convincente, y la frase, que en todo caso se prestaba a confusiones (cfr., por ejemplo, art. 125) y hubiera debido ser sustituida, fue simplemente suprimida como una mención inútil, pero no porque se intentase cambiar el sentido de la regulación. Este continúa igual, y, por tanto, como si el período suprimido existiera en el texto legal, con la significación que quisieron atribuirle sus redactores.

Como la cuantía de los alimentos ha de ser proporcionada al caudal computable, es posible que, de ser éste pequeño, continúe el deber de alimentos ordinario de los artículos 148 y siguientes

del Código civil, aunque sólo como complemento de lo que se obtenga a costa de los sucesores en virtud del artículo 121 de la Compilación. Entonces, para apreciar el *quantum* de la pensión, jugarán, junto al caudal computable y las necesidades del alimentista, las posibilidades de quien sería alimentante caso de no existir este deber preferente del artículo 121. Queremos decir que ante una herencia pobre y un alimentante muy rico, el importe de los alimentos se calculará de acuerdo con la riqueza del alimentante y la necesidad del alimentista, pero la carga pesará primero, en proporción al importe de la herencia, sobre ésta (incrementada, en su caso, con las donaciones), de modo que al alimentante rico le quedará exclusivamente el resto del gravamen.

Como se ve, el deber del artículo 121 no supone la creación de algo que antes no existiera en abstracto, sino el desplazamiento de la obligación, e incluso el de la base de cálculo, pero sólo en tanto ello sea favorable al alimentista.

Es dudoso si, cuando haya un solo sucesor, podrá prestar los alimentos en su propio domicilio, pues si bien nada se opone a ello en la Compilación, de hecho la fórmula alternativa del artículo 149 del Código civil está pensada para una situación de muy próximo parentesco, que puede no darse aquí. No obstante, del poco afortunado artículo 153 del Código civil podría deducirse la solución positiva. Si los obligados son varios, salvo acuerdo entre ellos, habrán de prestarse en forma de pensión. En todo caso, se trata de los alimentos en sentido amplio del artículo 142 del Código civil.

XII

ALIMENTOS A LOS HIJOS NATURALES

El derecho a los alimentos de los hijos naturales reconocidos, en distinta cuantía según concurran o no con descendencia legítima, no es simplemente la admisión de una realidad ética distinta a la de la época de los fueros, sino también una repristinación del Derecho aragonés más primitivo, en el cual (textos anteriores a la Compilación de 1247) a los hijos ilegítimos se les reconocían amplios derechos sucesorios, luego recortados por el

canonista don Vidal de Canelas, en obsequio a las orientaciones del Derecho canónico, que, por motivos morales, contemplaba con sumo desfavor esta suerte de filiación.

El apartado segundo del artículo 121 no figuraba en el anteproyecto aragonés y fue introducido por la Comisión de Códigos.

No habiendo descendientes legítimos, los hijos naturales pueden pedir alimentos sobre todo el caudal, pero probablemente no más allá, pues entonces no hay parte legítima que dé lugar a reducción de donaciones.

Habiéndolos, no parece que el régimen pueda ser diferente en este aspecto. La limitación de los alimentos al tercio de los frutos, a falta de disposición al respecto, debe favorecer por igual a cada uno de los partícipes, legítimo o no: cada uno podrá excepcionarla en cuanto a su contribución.

Si, como se ha explicado, el derecho de alimentos no es, en su pleno sentido, *legítima*, aunque participe de algunos caracteres suyos, los hijos naturales no son legítimos, según resulta del epígrafe del artículo 121 y del texto del artículo 119. Por consiguiente, no les es aplicable el artículo 141, y sus propios hijos legítimos no les sustituyen, cuando premueren al causante, en la porción alimentaria, solución que viene aconsejada igualmente por el texto del artículo 121-2.º, precepto nuevo y contraria al Derecho anterior, cuyo sentido está claro en relación con el párrafo primero (éste, referido a los descendientes de primer grado *in genere*, y el segundo, a los hijos), y que en todo caso debe interpretarse restrictivamente.

XIII

LA «LEGITIMA DOTAL»

En el más antiguo Derecho aragonés, la dote del marido o arras, de carácter legal, estaba vinculada a los hijos: incluso—la de la mujer noble—sin llegar a pertenecer a ella más que en usufructo. En las observancias se transforma en una contradote y pierde mucho de esa vinculación, que el Apéndice suprimió del todo. Mas la supresión de la antigua norma no pareció a la Comisión aragonesa

suficientemente justificada, pues aun siendo hoy un instituto voluntario y no legal, la dote y firma constituidas por el marido a la mujer tienen un evidente destino familiar, y al menos había de conservarse una característica de la regulación de los fueros, como la adscripción de la dote del marido a los hijos, que no sólo no es incompatible hoy con las concepciones sociales vigentes, sino que nos aparece como de clara conveniencia. De ahí el apartado tercero del artículo 31 de la Compilación, según el cual,

3. *Habiendo descendientes comunes, éstos heredarán, con independencia de la legítima, los bienes recibidos por la mujer como dote o firma de dote asignadas por el marido. La mujer podrá disponer de estos bienes a su arbitrio entre aquéllos.*

Como se ve, la limitación presupone la existencia de descendientes comunes, en cuyo caso la dote o firma juegan el papel de una legítima de especial naturaleza; no habiendo tales descendientes, en cambio, la libertad de disponer *mortis causa* es la misma que para otros bienes cualesquiera, y sólo a falta de disposición interviene la sucesión intestada.

La que llamamos «legítima dotal» funciona independientemente del patrimonio de la esposa dotada, como si se tratase de bienes reservados: en realidad, presenta notables analogías funcionales con la reserva, y más aún con la reversión del artículo 812 del Código civil. Los descendientes reciben los bienes *ex lege*, y si bien la voluntad de la esposa dotada coopera en su asignación señalando en quién o quiénes deben recaer, lo hace como si se tratase de bienes ajenos y ella actuase en calidad de fiduciario, pese a que no hay sustitución legal y consiguiente indisponibilidad *inter vivos*, a menos que la entendamos impuesta por el propio precepto comentado.

Al decir el artículo 31-3.º que los descendientes heredan «con independencia de la legítima», queda claro que los bienes dotalres reservados a ellos ni se cuentan en el caudal computable de la mujer ni se imputan como pago de la legítima, calculándose y pagándose ésta sobre el restante patrimonio de la esposa y como si los bienes dotalres no existieran o de bienes ajenos se tratara. Los

descendientes, por su parte, reciben la «reserva dotal» como una adquisición singular: una *mortis causa capio* que sigue reglas diferentes al patrimonio general de la esposa.

¿Llegan esta divergencia y la vinculación a los legitimarios hasta eximir a la masa dotal reservada de responsabilidad por deudas del causante?

Así ocurriría, en principio, si consistiera en una *reserva* en sentido estricto, en la cual, además, hay obligación de garantizar la subsistencia del patrimonio reservable. Pero el texto legal no establece explícitamente una limitación semejante, y de él se deduce más bien que la dote o firma constituidas por el marido en vida de la esposa tienen el trato normal de cualesquiera bienes dotales y están sujetas a idénticas responsabilidades, sin que se establezca garantía alguna específica en favor de los legitimarios ni éstos puedan defender su expectativa sucesoria por modos distintos de los de la legítima ordinaria.

Acaso la solución era diferente para el Derecho de los Fueros y Observancias, por entenderse en él que la dote del marido en cierto modo seguía perteneciendo a éste constante matrimonio, y aun premuriendo él, la propiedad de la mujer era relativa—cuando no simple usufructo—; así, las observancias se preocupan de advertir que la dote no responde, heredada por los hijos a la disolución del matrimonio, de las deudas del marido dotante, sin hablar de la mujer dotada, sin duda por no creerlo preciso. Pero hoy, a falta de regla expresa, la afección de los bienes dotales vinculados a responsabilidad por las deudas de la mujer es indudable y no presenta especialidad alguna en relación a la dote restante.

Por supuesto, constante matrimonio, la vinculación de la dote y firma del marido a los legitimarios queda indirectamente asegurada por el régimen de garantía, enajenación y responsabilidad de los bienes dotales (de todos ellos, no sólo de los «reservados»). El sistema de garantías es el mismo del Código civil, que si se aplica, asegura la conservación *in natura* de la dote de cosa cierta, y, en valor, la de la de cantidad, a menos que se enajenen legalmente sin reinversión. La alienabilidad es, en casos, bastante más limitada que en el Derecho de Castilla en cuanto a la dote de especie, que requiere el asentimiento de los parientes (únicamente la proveniente de los padres o el marido y no la constituida por extraños o la

mujer, pues, aunque no lo diga expresamente el artículo 31-2.º, así resulta, sin duda alguna, del proyecto aragonés); la dote de cantidad, por su parte, no se hace efectiva hasta la disolución del matrimonio. En cuanto a responsabilidad, la masa dotal únicamente queda gravada cuando media el consentimiento de ambos cónyuges sobre el gravamen o bien cuando la esposa contrajo las deudas en la gestión doméstica y con arreglo al artículo 1.362 (entonces la ejecución sobre los bienes dotales, con la consiguiente enajenación de los mismos, no precisa el asentimiento parental preceptuado por el artículo 31-2.º, pues tal regla no podría imponerse en perjuicio de la propia familia, privándola de un recurso al crédito con el que hacer frente a sus necesidades más perentorias y en daño de los acreedores por sus suministros destinados a tal fin).

Como se ve, no se trata de garantías o ventajas en favor de los legitimarios, los cuales se limitan a aprovecharse indirectamente de ellas y no están protegidos contra el acuerdo de los cónyuges y, en su caso, el asentimiento de los parientes. Además, estas garantías y limitaciones cesan, al menos en gran parte, cuando el matrimonio se disuelve por muerte del marido y la mujer percibe su dote en pleno dominio y administración: únicamente podría discutirse la persistencia de la necesidad del asentimiento de los parientes para las enajenaciones de cosas dotales, precisamente sobre la base de su conservación a efectos de la legítima dotal y habida cuenta que tal asentimiento no es mera defensa frente al opuesto interés del marido, sino, en general, salvaguarda del patrimonio familiar. Fuera de eso, ha de rechazarse cualquier otra limitación nacida del propio artículo 31-3.º, y así, en esta etapa los bienes dotales plenamente alienables ya no están gravados con un número restringido de deudas y, al contrario, responden por todas las de la viuda.

El tema de la responsabilidad *mortis causa* entonces lo hemos de plantear desde otro punto de vista, a saber, si en la liquidación de la herencia estos bienes reciben el trato de un legado preferente a todos y, por ende, están exentos de responsabilidad mientras las deudas de la esposa causante puedan hacerse efectivas sobre el restante caudal relicto.

La solución positiva es más probable, pues no hay aquí un caso

de sucesión troncal (la cual sólo ocurre en defecto de voluntad del causante), sino de sucesión forzosa, en unos bienes concretos y, por tanto, a título singular. El causante pudo obligar *inter vivos* los bienes dotales reservados, porque ninguna norma de tipo sucesorio se lo impide (no parece suficiente la que ordena la reserva, aunque podría pensarse lo contrario); empero no los pudo gravar *mortis causa*, pues si tal reserva es una obligación frente a los legitimarios, tiene preferencia sobre cualesquiera disposiciones testamentarias y afecta a los bienes como una deuda más, inferior en prelación a las restantes, pero representando siempre un *minus*, una detracción en el caudal.

En suma: conservados los bienes que integran la legítima dotal *in natura*, responderán por las deudas que legalmente pudo contraer la mujer causante, según su situación y una vez agotados todos los restantes bienes relictos, se haya o no dispuesto sobre ellos y sean objeto de institución de heredero o de legado. Conservados en valor, los legitimarios cobrarán como una deuda del causante, luego de todos los acreedores.

El final del artículo 31-3.º permite a la esposa dotada disponer de estos bienes entre los legitimarios a su arbitrio. Así, puede proceder con ellos como con la legítima, dándolos incluso todos a un solo legítimo. Además, hablando el precepto de *descendientes comunes*, sin ulterior especificación, es aplicable aquí como interpretativa la norma del artículo 119, siendo posible la disposición en favor de descendientes ulteriores aun viviendo los más próximos (nietos viviendo los hijos). Son permisibles igualmente las limitaciones del artículo 125, y la reclamación se hará, habiendo infracción, en la forma y medida del artículo 124.

XIV

IMPUTACION EN LA LEGITIMA

Disponía el Apéndice de 1926 que «a los legitimarios que a expensas de la casa hayan seguido carrera u obtenido colocación peculiar, se les imputará en pago lo invertido para la una o para la otra», disposición que algún autor encontró contradictoria con

la que suprime la colación; a lo que creo, sin motivo suficiente, pues se trata de una ley especial que deroga la general y, además, relativa—aunque el texto no lo dice expresamente—a los no herederos.

El artículo 126, en la misma línea del ahora citado, y más claro, viene a significar que la libertad del disponente no tiene en la Compilación otro límite que la asignación global de los dos tercios del patrimonio del causante a los descendientes y la mención de los inmediatos no favorecidos; fuera de lo cual, el causante no se halla coartado por un deber de manifestar si la donación que hace a un legitimario debe imputarse a la parte disponible o no.

En cuanto a la asignación de los dos tercios, como la desigualdad puede ser total, no hay derechos individuales y el favorecido en vida o en testamento o contrato por el causante no tiene, en principio, que colacionar los bienes recibidos: únicamente se computarán éstos a efectos de formar la masa total (*donatum* más *relictum*) para ver si las liberalidades a extraños pasan del tercio libre. El descendiente donatario o prelegatario conserva todo lo que se le ha atribuido por tales títulos y no se le cuenta en la parte que le pudiera corresponder *como heredero* ni puede nunca, por grande que sea, ser objeto de reducción, salvo el caso de preterición del artículo 123.

a) La mención de los descendientes inmediatos en el testamento puede ser suprimida si han recibido bienes en tal proporción o con tal ocasión, que se les supone dotados ya de su legítima y sin derecho a pedir más. Tal es el sentido del apartado primero del artículo 126 (véase, además, 120-1).

1. *No se considerará preterido el legitimario que a costa del ascendiente haya seguido carrera profesional o artística o recibiera de él liberalidades no usuales.*

Hay aquí un complemento interesante a las reglas sobre preterición. Los gastos de *educación* (es de suponer que hasta la enseñanza secundaria, inclusive) no son colacionables en absoluto y, por ende, tampoco se cuentan a efectos de la legítima: ni para formar el caudal computable mediante la reunión ficticia ni, correspondientemente, para imputarlos en la cuota del legitimario.

Los gastos de una carrera profesional o artística sólo se colacionan por voluntad del ascendiente, siendo discutible que pueda seguirse la misma regla en tema de reunión ficticia e imputación en la legítima, que no es materia de Derecho voluntario y en la cual la solución debe venir dada por datos objetivos.

No obstante, en Aragón la cuestión queda resuelta en parte por el precepto ahora transcrito: al menos los legitimarios con carrera a costa del ascendiente nunca están preteridos, aunque siga siendo dudoso si lo gastado en ellos se cuenta para calcular la legítima, cuestión a la que creo debe responderse negativamente.

b) El anteproyecto del Seminario que preparó el trabajo de la Comisión de juristas aragoneses establecía, por último, que:

Cuando habiéndose impuesto a un heredero, en capitulaciones o testamento, la obligación de pagar ciertas cantidades por vía de legítima a otros descendientes, siguieren luego éstos carrera, obtuvieren colocación o recibieren algo gratuitamente a costa de los bienes del ascendiente, se les imputará en pago lo invertido o donado.

Esta norma, que pretende conservar al máximo la integridad del patrimonio familiar en las regiones de heredero único, computando para el pago de la legítima las cantidades anticipadas por esos conceptos (con lo que se diferencia de la anterior en que es una imputación en pago y no una norma excluyente de la preterición), aparece luego en el proyecto de la Comisión aragonesa y en el texto legal con redacción más complicada; sin embargo, su significado es el mismo. Dice así:

2. *Si con ocasión del nombramiento de heredero en contrato se asignan a cargo del instituido donaciones o dotes a los otros legitimarios, éstos habrán de imputar en pago de su haber lo recibido posteriormente del causante o del heredero, por los conceptos del párrafo anterior.*

3. *La imputación de lo gastado en una carrera se hará en la medida establecida para la colación en el Código civil.*

No aparece mencionado el testador y si sólo quien dispone por contrato, pero no se ve que haya razón distinta cuando, en lugar de contrato, el nombramiento de heredero único y el señalamiento de legitimas se haga en testamento (como decía el proyecto del Seminario): también en ese caso, no obstante la norma sobre colación, de orden general, creo que la decisión debe ser la que el texto legal establece para el contrato.

La imputación de lo gastado en la carrera no podía practicarse en toda su extensión a los efectos del pago de la legítima, sino descontando lo que el legitimario habría gastado viviendo en casa (artículo 1.042 del Código civil), ya que eso le pertenece por derecho de alimentos y no es atribución a título gratuito. La carrera misma, en realidad, también en ocasiones puede entenderse obtenida y exigible por derecho de alimentos, tratándose de una casa de buena posición económica donde la costumbre sea darla a todos los hijos; sin embargo, dado el texto de la ley, se computa para pagar la legítima. Esto implica, al menos, la inclusión de idéntico importe en la reunión ficticia, pues lo contrario supondría un desequilibrio injustificado en beneficio de la parte disponible.

Ejemplo: Juan, Padre de Pedro, gasta nueve en su carrera. Al morir deja 90. No habiendo donaciones colacionales, el caudal computable será de 90 si se cuenta sólo el relicto y de 99 si entra también la carrera. Pero como tal carrera se imputa en la legítima, en el primer caso la parte reservada, que sería de 60, quedaría reducida, por la imputación, a 51, quedando 39 de parte libre: más del tercio. En cambio, si partimos de la base de 99, la legítima es de 66, reducida por la imputación de la carrera a 57: la parte libre es de 33, es decir, exactamente el tercio del caudal resultante de la reunión ficticia.

Aun así, cabe preguntarse si es más ajustado al sentido del texto que la imputación de la carrera se verifique exclusivamente en la relación interna entre los legitimarios, a los efectos de evitar la preterición y pagar las legitimas a que estuviere obligado el hijo heredero, pero sin trascendencia *erga omnes*, de modo que ese importe no cuente frente a los donatarios o legatarios extraños ni para la reunión ficticia ni para imputarlo en la legítima global. En realidad, es la solución más justa cuando el gasto no pueda considerarse extraordinario, pues cualquier otro procedimiento de

cálculo contribuye a ampliar la parte libre a costa de unos dispendios que no tienen, en rigor, el concepto de donaciones y si sólo ficticiamente para unos fines estrictamente señalados por la ley. En el ejemplo anterior, entonces, el caudal sería de 90, y la parte disponible, de 30, debiendo recibir los legitimarios 60 a costa del caudal relicto, comisión hecha de la carrera.

La solución definitiva depende del alcance que se dé al apartado tercero del artículo 126. Si se entiende que es mera explicación del anterior, como parece más probable a la vista del texto y de sus antecedentes (y creo recordar que con esa intención lo adicionó la Comisión aragonesa), se halla referido al pago en dinero de las legítimas asignadas a los hijos no herederos en cantidad fija o bien al haber y poder de la casa, y no desempeña papel alguno en el cálculo o satisfacción de la legítima global.

JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO.

Los derechos reales en la Compilación del Derecho Civil de Aragón

SUMARIO: 1. La sistemática del libro III.—2. El Derecho de luces y vistas, determinante de la misma.—3. Régimen normal de luces y vistas.—4. La servidumbre de luces y vistas.—5. La inmisión de ramas y raíces.—6. Alera foral y adempros.—7. Usucapión de las servidumbres.

1. El anteproyecto de Compilación elaborado por la Comisión compiladora sobre la base de los trabajos preparatorios del Seminario del Consejo de Estudios de Derecho Aragonés estaba dividido en títulos, capítulos y secciones; el título II, bajo la rúbrica «De los derechos sobre las cosas», estaba dividido en dos capítulos: «De las relaciones de vecindad» (arts. 35 y 36 del anteproyecto provisional, 31 y 32 del definitivo) y «De las servidumbres» (artículos 37 a 40 del provisional, 33 a 36 del definitivo).

La Comisión de codificación, al formular el proyecto que, después, el Consejo de Ministros pasó a las Cortes, dividió la Compilación, además y previamente, en libros. Y así, en la vigente Compilación del Derecho civil de Aragón, de 8 de abril de 1967, bajo la denominación *Derecho de bienes*, la regulación de los derechos reales integra el libro III; está dividido en dos títulos: el primero, bajo la rúbrica *De las relaciones de vecindad*, comprende dos artículos, el 143, que regula la *inmisión de raíces y ramas*, y el 144, que contiene el *régimen normal de luces y vistas*; el segundo, bajo la rúbrica *De las servidumbres*, contiene cuatro artículos: el 145, *luces y vistas*; el 146, *alera foral y "adempros"*;

el 147, *usucapion de las servidumbres aparentes*, y el 148, *usucapion de las no aparentes*.

Es interesante destacar la separación sistemática de las relaciones de vecindad y de las servidumbres, y llama la atención en un primer examen que el concepto «luces y vistas» se repita en ambos apartados; en todo caso, merece una explicación porque fue precisamente el estudio del Derecho aragonés histórico en materia de luces y vistas y la comprobación de su ulterior desvirtuación el que aconsejó este tratamiento sistemático de los derechos reales, aunque pueda parecer directamente inspirado en la más moderna precisión doctrinal sobre la materia.

2. En efecto, un tratamiento antihistórico de las normas y del sistema genuino del Derecho aragonés hizo aparecer como *iure servitutis* actos o signos que en realidad suponían mero ejercicio *iure proprietatis*, y ello sobre el confuso telón de fondo constituido por la promiscua regulación del Código civil, que incluye una serie heterogénea de figuras en el apartado común y bajo la denominación genérica de las servidumbres legales.

En el Derecho aragonés histórico, la observancia 6.^a *de aqua pluviali arcenda*, disponía que cualquiera podía hacer ventanas en pared común (*pariete communi*) a su voluntad no sólo para luces, sino también para vistas, aunque el dueño de las casas vecinas las podía cerrar si construía un edificio que llegase a mayor altura de tales ventanas; habrá lugar a esto—terminaba la observancia—cuando la clausura de las ventanas no deje privada de luz la casa, por poder recibirla de otra parte; no siendo así, el dueño de la casa vecina estaba obligado a darle o dejarle por la misma ventana o por otra, a juicio del juez, según uso del reino y buena equidad, luz suficiente para evitar que, quedando completamente a oscuras, resultase inútil para su dueño.

Los autores antiguos no vieron en las primeras disposiciones de la observancia—facultad de abrir huecos y facultad de clausurarlos edificando—el régimen de una servidumbre legal; MOLINO y PORTOLÉS prescinden de este concepto e incluso eluden el término *servitus* (1). La última disposición—obligación de proporcionar luz

(1) MOLINO, *Repertorium Fororum et Observantiarum Regni Aragonum*, Zaragoza, 1585, fol. 114, col. 4.^a; PORTOLÉS, *Scholia sive Anotationes ad Reper-*

suficiente, si la clausura privase de ella a la casa—, constitutiva de una verdadera servidumbre legal, no mereció su atención, sin duda por lo improbable (y, desde luego, infrecuente) del supuesto.

La desviación y confusión entre régimen de vecindad y servidumbre, en materia de luces y vistas, se produjo ya en el siglo XIX como consecuencia de la interpretación de los términos *pariete communi*.

Los fueristas antiguos tampoco se habían planteado el problema de si esta expresión, *pariete communi*, circunscribía el régimen de la observancia a la pared medianera o se extendía a a cualquier pared divisoria, fuese de dominio exclusivo o medianera; la versión más antigua y extensa de las observancias, la de Jacobo DE HOSPITAL, del siglo XIV (anterior, pues, a la redacción oficial), se refiere indistintamente a ambas clases de paredes: *quod quilibet potest facere in suo pariete quam in alieno dummodo non fiat cum danno illius* (2); en otro lugar el mismo autor afirma ser costumbre antiquísima en Aragón abrir toda clase de huecos en pared propia. Esta interpretación era, por otra parte, congruente con la observancia primera del mismo título—*aqua pluviati arcenda*—, que permitía a cualquiera hacer su voluntad en posesión ajena mientras no se causare daño al propietario. Se entendía así que, sin implicar servidumbre, el dueño de una pared divisoria (y, obviamente, el de pared distanciada) y el condueño de pared medianera podían abrir en ellas toda clase de huecos para luces y vistas; pero, precisamente porque ello no suponía servidumbre, el dueño del fundo que las proporcionaba podía edificar en él sin limitación alguna, aún clausurando aquellos huecos.

Y no sólo los fueristas antiguos, autores relativamente recientes, como FRANCO y GUILLÉN DIESTE, refieren el régimen de la observancia a toda pared divisoria sin advertir en ello problema alguno: los autores parecen inclinados—dice ISÁBAL—a que se aplique la observancia a toda pared que exista entre dos fundos,

terium Michaelis Molini, Zaragoza, 1587, págs. 589 y sigs., núms. 7 y sigs. Cfr. ALONSO Y LAMBÁN, en el *Informe sobre derechos sobre cosas* del «Seminario de la Comisión compiladora del Derecho foral aragonés», Zaragoza, 1954, página 12, y *Anotaciones a las Observancias* 6.ª, «De aqua pluviati arcenda», y 7.ª, «De praescriptionibus», en «Universidad», núms. 3 y 4 de 1960, Zaragoza, 1960.

(2) Cfr. el Ms. 236 de la Biblioteca Provincial Universitaria de Zaragoza, fol. 159 vto.

sea verdaderamente medianera o meramente divisoria, entendiéndose que a ambas alcanza la expresión «pared común» (3). En cuanto a los proyectos de Apéndice, FRANCO y LÓPEZ, en su *Memoria* de las instituciones que debían quedar subsistentes, atribuye el derecho de apertura de huecos tanto al dueño de pared medianera como al de pared común (art. 44); el proyecto de 1899 adopta el mismo sistema (art. 44), y también el proyecto GIL BERGÉS, de 1904, que, sin embargo, introdujo ya la norma del acto obstructivo para adquirir, por prescripción, la servidumbre negativa de luces y vistas por hueco abierto en pared propia (arts. 236 y 237; esta norma pasó casi literalmente al art. 14 del Apéndice).

Fueron principalmente las Ordenanzas de algunas ciudades, y sobre todo el Código civil, los que introdujeron la incertidumbre y ocasionaron una interpretación diversa de la tradicional aragonesa: al imponer fuertes limitaciones a la facultad de abrir huecos en pared propia contigua a suelo ajeno (cfr. arts. 581 y 582 C. c.), determinaron que su inobservancia sólo se pudiese fundar en una servidumbre de luces y vistas, o bien que la fundase por prescripción. Mas nótese ya desde ahora que tales limitaciones, y aún mayores, se referían también a la pared medianera (cfr. art. 580 del Código civil).

Ciertamente, ni las Ordenanzas municipales ni el Código civil podían alterar el régimen aragonés; sin embargo, como quiera que la observancia sexta *de aqua pluviali arcenda*, se refería expresamente sólo a *pariete communi*, algunos juristas, olvidando cuál era la situación histórica (4), agitaron el problema ante los Tribunales, alegando que ninguna norma de nuestro ordenamien-

(3) *Exposición y comentario de los Fueros de Aragón*, Zaragoza, 1926, página 205. Otras citas doctrinales, en las anotaciones a la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1930, en la «Revista de Derecho Privado», 1933, pág. 145, nota 1.

(4) Situación que, por lo demás, no era privativa de este Reino. En un libro de mediados del pasado siglo, los *Elementos de Derecho civil y penal*, de GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN (véase la 5ª edición, cuyo tomo primero está editado en Madrid el año 1855), podemos leer, relativamente a la servidumbre de «abrir ventanas que den luz a nuestra heredad», que «esta servidumbre necesita más explicación. Por regla general, todos pueden abrir en su propiedad las ventanas que quieran; pero esta libertad natural, hija del dominio, se halla limitada en muchos pueblos en que las ordenanzas municipales y las costumbres prohíben abrir las que caen a las propiedades inmediatas: en tal caso, el que quiera tenerlas, ha de conseguir el derecho del vecino, y esto es lo que da lugar a la servidumbre».

to permitía abrir huecos en pared propia contigua a suelo ajeno.

Si el *communi* de la observancia sexta se interpreta como medianera, no la había; pero tampoco tenía demasiado sentido que la hubiese en un ordenamiento que desconocía la comunicación y consiguiente limitación del dominio territorial, establecidas por las Ordenanzas y el Código (5); por eso, precisamente, no había habido discusión—ni siquiera planteamiento—sobre si *pariete communi* significaba pared divisoria o medianera; la cuestión carecía de importancia; de hecho la norma sólo tenía contenido positivo referido a la pared medianera, pues respecto de la propia nada era preciso que dijera para que en ella, en todo caso, pudieran abrirse cualesquiera huecos en virtud del derecho de propiedad.

El sistema aragonés no fue, en realidad, alterado por el Código civil, cuyo artículo 13 no podía ser referido a las disposiciones aisladas, sino al conjunto que formaba su propio ordenamiento orgánico. Tampoco lo alteró el Apéndice; conforme a su artículo 15, «el condueño de pared medianera está facultado para abrir en toda la altura de ella, cuando los demás interesados no tienen en su lado edificaciones, o bien por encima de la común elevación, cuando las tienen, cuantos huecos le convengan con destino a luces o vistas, sin sujeción a dimensiones determinadas; pero habrá de colocar rejas de hierro remetidas y redes de alambre, cuyas mallas no excedan de dos centímetros de lado». «En cualquier momento, sin embargo, podrán los comuneros obstruir con nuevas construcciones los huecos antedichos.» Como se ve no hay más novedad, respecto del régimen histórico, que la obligación de colocar defensas en los huecos. En cuanto a la pared propia, el Apéndice no contiene una norma expresa permisiva de la apertura de huecos; sólo regula la adquisición, por prescripción, de la servidumbre de luces y vistas a través de los huecos abiertos en ella, disponiendo el párrafo tercero del artículo 14, que «cuando el dueño exclusivo de un muro abra en él huecos para luces o vistas sobre el suelo ajeno contiguo, el tiempo de la prescripción no se contará sino desde que hubiese prohibido por acto formal al vecino,

(5) No se halla probado, y aún parece improbable, que se recibiera y aplicase en Aragón la constitución del emperador Zenón sobre distancia en la construcción de edificios (C. 8, 10, 12), extendida luego por Justiniano a todo el imperio (h. t. 13).

cosa que a éste le sería lícita sin el gravamen». Mas el que la simple apertura no sea por sí misma apta para fundar la usucapción, no predica—antes al contrario—que el dueño carezca de la facultad de abrirlos al margen de toda servidumbre, subsistiendo, en el vecino, la facultad de clausurarlos al edificar; y así termina diciendo este párrafo: «Se entiende que la apertura de huecos ha de ser sin balcones ni otros voladizos.» Por tanto, así como aún entendiendo referida la observancia sexta a la pared medianera, se mantiene la libertad de apertura de huecos en pared propia, lo mismo sucede si en lugar de aquélla se pone el artículo 15, pues ni éste ni el 14 limitan aquella libertad; en cambio, impiden la aplicación de los artículos 580 y siguientes del Código civil.

Sin embargo, con la complicidad de algunos juristas, estos preceptos tuvieron la virtud de consolidar una jurisprudencia totalmente antihistórica; antihistórica, en el sentido de aplicar criterios actuales a un texto anterior en seis siglos; antihistórica, en el sentido de constreñir con normas foráneas a un texto genuino que sólo tenía sentido en el conjunto de un sistema opuesto a aquel en el que se le trata de encuadrar. Se aísla así la observancia sexta o el artículo 15 como norma «excepcional», relativa a la pared medianera, y se suple la «laguna» del Derecho aragonés en cuanto a la pared propia, mediante la aplicación, como supletorios, de los artículos 580 y siguientes del Código civil.

La Audiencia de Zaragoza—con escasas excepciones (6), que desaparecen a partir del Apéndice—entendió que pared «común» significa «medianera», y aplicó en numerosas sentencias (7)—pues el caso es frecuente—a la pared propia el Código civil. También el Tribunal Supremo, a partir de la Sentencia de 14 de abril

(6) Destaca, entre las excepciones, la S. A. Z. de 3 de marzo de 1892, en la que se dice: «Si la pared en que se hallan abiertas unas ventanas es divisoria entre fundos, debe tenerse como pared común, puesto que esta palabra que emplea la observancia 6.ª, antes citada, no quiere decir que deba ser propiedad de los dueños de ambos predios, sino que se halle entre ellos, no pudiendo admitirse tampoco la doctrina de que la pared, en tal estado, sea divisoria de dos edificios calificados de tales, porque en este caso sería imposible abrir ventanas ni huecos que sirvieran para luces». Esta doctrina, tan lógica, se repite en la S. A. Z. de 27 de diciembre de 1927 («Anuario de Derecho Aragonés», 1964, pag. 388).

(7) La relación de las sentencias antiguas puede verse en ISÁBAL, Op. y loc. cit.: posteriormente, el criterio siguió, consolidado, en la misma dirección; puede verse, por ejemplo, la sentencia de 12 de marzo de 1942, en el *Boletín Oficial de la Provincia* de 27 de febrero y 1 de marzo de 1943.

de 1882; en la de 20 de diciembre de 1927, el Tribunal Supremo entiende la expresión «paredes comunes» como contraria a la de «propias de un solo dueño»; la Sentencia de 27 de diciembre de 1930 afirma que tal era ya el sentido de la observancia sexta, *de aqua pluvis arcenda*, sin que la primera del mismo título sea aplicable, porque el dueño del fundo vecino sufre perjuicio, «ya que la sexta le obliga a darle luces» (!)..., y la sentencia de 2 de febrero de 1962 afirma que la pared propia no está incluida, ni por analogía, en el ámbito del artículo 15 del Apéndice; que, por consiguiente, está sujeta al régimen del Código civil, en cuanto a la apertura de huecos, pudiendo pedir el vecino que tales huecos se obstruyan en cualquier momento; y que el único título que el dueño de una pared propia puede esgrimir para imponer la servidumbre de luces y vistas sobre fundo ajeno es el de la prescripción (8).

Más esta interpretación, además de ser inadmisibile desde el punto de vista histórico, choca con el sentido común: ¿cómo se pueden conceder mayores facultades al condueño de pared medianera que al dueño exclusivo de pared propia?...; quien puede lo más—abrir huecos en pared medianera—puede lo menos—abrirlos en pared propia—; y, pese a los argumentos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1962, constituye mayor inmisión en propiedad ajena abrirlos en pared medianera que el abrirlos en propia; nótese que, con la interpretación jurisprudencial, el sistema resultante en Aragón era inverso al del Código: éste concede «un poco» al dueño de pared propia en el artículo 581, y, por sí mismo, «nada» al de pared medianera en el 580...; en Aragón se queda con el mismo «poco» del artículo 581 del Código civil el dueño de pared propia, mientras al de pared medianera le concede «mucho» el artículo 15 del Apéndice...

La doctrina foral moderna reaccionó contra esta interpretación jurisprudencial; ya PALÁ MEDIANO, en la información pública al proyecto de Apéndice, señaló el verdadero sentido de la obser-

(8) En su fundamentación esta sentencia pretende justificar con argumentos lógicos y razones jurídicas de fondo el resultado que, en las anteriores, aparece como inevitable hermenéutica de los textos vigentes, puede verse su exposición y detallada crítica en LACRUZ, *La interpretación histórica y el Derecho aragonés de luces y vistas*, en el «Anuario de Historia del Derecho», 1961. páginas 187 y sigs.

vancia sexta *de aqua pluvali arcenda* (9); en la Primera Semana de Derecho aragonés, celebrada en Jaca el verano de 1942, decía TEIXEIRA GRACIANETA que el artículo 14 del Apéndice debía ser interpretado no como prohibitivo de la facultad de abrir huecos en pared propia, sino como simple regulador de la facultad de adquirir por prescripción la servidumbre negativa de luces y vistas (10); y LORENTE SANZ recapitulaba así, en 1945, los argumentos en que se sustenta esta opinión foral: Aun suponiendo que el artículo 15 o la observancia se refieran exclusivamente a la pared medianera y que la observancia haya empleado en esa acepción la locución «pared común», una interpretación meditada nos lleva a la conclusión de que dicha regla es igualmente aplicable a los huecos o ventanas abiertos en pared propia, y que, por consiguiente, el uso de esa facultad legal no implica comienzo de prescripción adquisitiva mientras no se dé el acto obstativo contra el predio sirviente. Nos fundamos para ello en las siguientes consideraciones. En primer término, en un principio de interpretación lógica: lo que se puede hacer en pared cuyo dominio se comparte con otro, con más razón podrá realizarse en la pared propia. Además, lo ordinario es que las paredes que por un lado tienen construcciones y por el otro dan a cielo abierto, no sean medianeras; es decir, lo excepcional es la existencia de una pared medianera, o de un trozo de pared medianera, en que pueda abrirse una ventana. Viene en apoyo de nuestra tesis, en segundo lugar, la interpretación sistemática: el texto de la observancia primera, *de aqua pluvali arcenda*, autoriza a cualquiera para utilizar a discreción la posesión ajena, con tal que no lo haga en daño del poseedor. Por último, la interpretación usual abona la misma interpretación: en Aragón se ha venido tolerando que los dueños de paredes propias, contiguas a solares, patios, jardines, etc., abrieran huecos para luces y vistas, en la creencia de que los dueños del suelo, no obstante el tiempo que hubiera transcurrido,

(9) *Observaciones al proyecto de Apéndice correspondiente al Derecho foral de Aragón*, Barbastro, s. d. (fechado en Calanda el 25 de abril de 1924), páginas 41 a 51.

(10) *Apertura de huecos para luces y vistas en muro propio contiguo a suelo ajeno*, en «Primera Semana de Derecho Aragonés», Zaragoza, 1942, página 97.

podrían en todo momento cerrar aquellos huecos elevando edificación (11).

A los argumentos así sistematizados por LORENTE podría añadirse el argumento histórico que se desprende de cuanto antecede: de una parte, la obra de Jacobo DE HOSPITAL, con su versión de la observancia y su testimonio de la costumbre; de otra parte, como argumento más urgente para defender esta interpretación, situar la norma en su momento y circunstancia; es decir, aplicarle una interpretación puramente histórica. A decir verdad, debió chocar a los intérpretes del siglo XIX—y si no ocurrió así sería por su falta de sentido histórico—que durante tantos años no hubiera habido discusión sobre la interpretación de las palabras *pariete communi*, y que la cuestión comenzara a agitarse, a raíz de que las ordenanzas y el Código civil impusieran fuertes restricciones a la facultad de abrir huecos en pared propia contigua a suelo ajeno...; como hemos expuesto, fue este hecho el que dio un nuevo giro a la cuestión, con la colaboración de los juristas, que olvidaron cuál era la situación histórica, situación que ni las ordenanzas ni el Código alteraban y que, en realidad, subsistían—subrogando el artículo 15 en el lugar de la observancia—con el Apéndice.

La interpretación jurisprudencial produjo, además, una perturbación sistemática favorecida por la promiscuidad con que trata el Código esta materia (12), y por cuanto, a través del mismo Código, el Apéndice había adoptado la doctrina del acto obstativo. En el Derecho histórico la cuestión se había desenvuelto en lo que hoy llamamos relaciones de vecindad; en el Derecho del Apéndice, si se interpretaba con criterios históricos, podía también distinguirse nitidamente el régimen de vecindad del de servidumbre; pero nótese, con todo, que con relación a los huecos en pared propia no contenía ninguna norma expresa respecto de las facultades

(11) En el «Anuario de Derecho Aragonés», 1945, págs. 214 y 215; también NAVARRO AZPÉTTIA, *Huecos para lucas y vistas en pared propia, sobre suelo ajeno, en Aragón*, en el mismo Anuario, 1959-1960, págs. 171-195.

(12) No es éste lugar adecuado para explicar cómo, basado en una doctrina errónea sobre la naturaleza «híbrida» de las servidumbres legales, el *Code français* cometió esta promiscuidad conceptual, y, tras de él y del italiano de 1865, el español incluyó con las servidumbres legales (libro III, título VII, capítulo II) normas completamente extrañas a ellas: distancias y obras intermedias (artículos 582-584 y 589-591), medianería (arts. 571-579), recepción de aguas pluviales (art. 586), corte de ramas y raíces (art. 592), etc.

iure domini y si, en cambio, en materia de servidumbre (§ 3.º del artículo 14); decía también TEIXEIRA que en el acto de abrir una ventana en pared propia sobre fundo ajeno vemos, según el artículo 14, dos momentos o situaciones distintos: 1.º, la simple apertura, que no implica existencia de servidumbre, sino facultad inherente al ejercicio del derecho de propiedad, y que podría identificarse con la situación regulada en el artículo 15, al tratar de las luces y vistas en pared medianera; y 2.º, el acto obstativo por parte del dueño del muro prohibiendo al del fundo contiguo realizar cosa que le sería lícita sin el gravamen; en este segundo momento—añadía—es cuando surge la posibilidad de adquirir una servidumbre (13).

Es decir, la facultad de abrir huecos para luces y vista, tanto en pared medianera cuanto en pared propia, no era, de suyo, consecuencia ni título de servidumbre: en cualquier momento podía el dueño del suelo contiguo obstruirlos edificando; se trataba de facultades *iure proprietatis*, y sólo cuando—en el Derecho del Apéndice—se producía el acto obstativo entraba en escena la servidumbre en vías de adquisición por usucapión; todavía, mientras ésta no se consumase, podía el dueño del fundo vecino, en régimen de vecindad, obstruir, edificando, los huecos abiertos por el dueño de la pared. Queda aparte, naturalmente, la servidumbre de luces y vistas fundada en título voluntario o en la disposición del padre de familia, sin regulación expresa en nuestro Derecho.

En cambio, con la interpretación jurisprudencial, la cuestión sistemática se hace mucho más movediza, si se estima que el dueño exclusivo de pared divisoria no puede abrir en ella huecos para luces y vistas sino con las limitaciones de los artículos 580 y siguientes del Código civil, ¿*quid iuris* si los abre?... una de dos: o lo hace fundado en un título de servidumbre (negocio jurídico, disposición del padre de familia), o es un acto ilegal o tolerado que, por sí o en unión de otro hecho (el acto obstativo), puede dar origen a la servidumbre por usucapión. De cualquier modo, el centro de gravedad se nos ha desplazado hacia las servidumbres.

Efectivamente, en materia de medianería, donde una norma expresa había mantenido clara la situación, la jurisprudencia de

(13) Op. cit., págs. 97 y 98.

la Audiencia de Zaragoza observa la diferenciación sistemática: En relación con el Derecho antiguo, puede verse la Sentencia de 16 de abril de 1903 (14); con posterioridad al Apéndice, la Sentencia de 25 de noviembre de 1929 denegó al interdicto de recobrar al que había abierto unas ventanas, obstruidas luego por la edificación de un cobertizo (15); la Sentencia de 13 de septiembre de 1937, especifica que, tanto la observancia como el artículo 15 del Apéndice, al autorizar la apertura de huecos o ventanas en pared medianera, no conceden una servidumbre de luces y vistas propiamente dicha, sino una facultad condicionada, por la que incumbe al dueño del inmueble contiguo para cerrar los huecos abiertos, edificando, pudiendo hacer esto en cualquier momento, y, por tanto, sin que el transcurso de un lapso de tiempo, por largo que sea, pueda dar lugar a la prescripción de uno y otro derechos recíprocos (16); finalmente, la sentencia de 18 de febrero de 1952 considera actos «tolerados» o «permitidos» los de apertura de huecos en pared medianera, insusceptibles para engendrar un derecho de servidumbre u otro derecho real o posesorio que exijan la protección interdictal (17).

Por el contrario, como la Audiencia venía declarando que el dueño exclusivo de pared divisoria no podía abrir en ella huecos para luces y vistas en forma distinta de la permitida por el Código, la misma Audiencia consideró, en una serie de sentencias, que su existencia denotaba la de una servidumbre constituida conforme al artículo 541 del Código civil; es decir, porque el propietario de la pared y del solar contiguo había vendido uno de estos elementos y retenido el otro, considerándose entonces tácita y presuntamente constituida la servidumbre por voluntad de vendedor y comprador. Así, en primer lugar, la Sentencia de 6 de junio de 1932, que impide tapar los huecos que se hallaban practicados en la pared propia al venderse el solar contiguo (18); igualmente la Sentencia de 28 de enero de 1957, no obstante haberse hecho la venta «libre de

(14) En el «Anuario de Derecho Aragonés», 1947, repertorio de SÁINZ DE VARANDA.

(15) «Anuario de Derecho Aragonés», 1946, repertorio de VALENZUELA Y SANCHO DRONDA.

(16) «Anuario de Derecho Aragonés», 1946, pág. 384.

(17) «Foro aragonés», núm. 172.

(18) «Anuario de Derecho Aragonés», 1946, págs. 382.

cargas y gravámenes (19); finalmente, la Sentencia de 17 de junio de 1961 da lugar a un interdicto de obra nueva en vista de que el estado de apertura de los huecos es amparado por el artículo 541 del Código civil, supletorio de la legislación foral, que no trata la cuestión contemplada por este precepto (20).

Algunas sentencias, todas relativas a huecos anteriores a la vigencia del Apéndice, entienden que en pared propia la apertura de hueco inicia, sin más, la usucapión de la correspondiente servidumbre. En particular, es muy expresiva la de 27 de abril de 1937, que califica de positiva a la servidumbre de luces y vistas «en los casos sometidos a las disposiciones que componían el cuerpo del Derecho aragonés con vigencia anterior al actual Apéndice», estimando, por tanto, que «para los efectos prescriptivos se ha de contar el término desde que comenzó la apertura, precisamente porque las disposiciones forales aragonesas, contrariamente a las de Derecho civil común, sólo autorizaban la apertura de ventanas en pared común, careciendo de derecho para hacerlo en la suya propia el dueño del edificio que por medio de ellas comenzaría a disfrutar del beneficio de la servidumbre» (21); esta doctrina se reitera en la Sentencia de 22 de junio de 1945: la existencia de huecos en pared propia sobre suelo ajeno, abiertos con anterioridad al año 1926, es signo de servidumbre, comenzando a correr la prescripción desde su apertura, sin esperar el acto obstativo procedente del dueño del predio dominante (22). Dos sentencias posteriores invocan, de pasada, estos argumentos, pero resuelven fundándose principalmente en otros: la de 29 de mayo de 1947 (23) y la ya citada de 17 de junio de 1961 (24).

Junto a estas decisiones de la Audiencia, otras mucho más numerosas (algunas sólo para el Derecho del Apéndice) niegan la posibilidad de abrir, al amparo de la observancia sexta o del artículo 15, huecos en pared propia contigua a fundo ajeno, pero no por ello consideran iniciada la prescripción por el mero hecho

(19) «Foro aragonés», núm. 11.

(20) «Foro aragonés», núm. 130.

(21) Puede verse, reseñada por LORENTE SANZ, en el «Anuario de Derecho Aragonés», 1944, pág. 529.

(22) «Anuario de Derecho Aragonés», 1945, pág. 212.

(23) «Anuario de Derecho Aragonés», 1947, pág. 408.

(24) «Foro aragonés», núm. 130.

de que los huecos no permitidos se abran; se consideran actos meramente tolerados, incapaces para usucapir la servidumbre si no se completan con el acto obstativo. Esta jurisprudencia se inicia ya en los primeros tiempos de existencia del Tribunal Supremo: la Sentencia de 14 de mayo de 1861 declaró que, según la observancia sexta *de aqua pluviiali arcenda*, así como cualquier vecino tiene derecho a abrir ventanas en la pared común, también lo tiene el otro vecino para edificar obstruyéndolas, y que la servidumbre de luces no prescribe sin que medie un hecho obstativo por parte del que trate de adquirir el derecho contra el que intente obstruir los huecos. Según la Sentencia de 3 de julio de 1907, «la condición de dueño del solar sobre el que se abren ventanas en pared divisoria es tan privilegiada que se le autoriza para tapar dichos huecos, bien lo haga sobre terreno propio, bien convirtiendo la pared común en medianera, siempre que a la casa le queden otras luces, a menos que haya pacto en contrario o se haya ganado por prescripción, y en virtud de un acto obstativo, la servidumbre de luces o vistas, sin que sirva la mera tolerancia» (25). Singularmente expresiva es la Sentencia de 12 de marzo de 1942, que deduce la condición de tolerados de los huecos abiertos en pared propia, de la interpretación del Código civil: «descartada la posibilidad de que las ventanas y huecos abiertos en la pared propia del demandado contigua a la finca de los demandantes sean constitutivos de servidumbre de luces y vistas, hay que conceptualizarlos como simplemente tolerados, y en este caso, cualesquiera que sean las dimensiones de los mismos, tienen los demandantes opción, amparada por el párrafo tercero del artículo 581, para cubrirlos edificando en su terreno o levantando pared contigua a la en que están los huecos o ventanas cuya desaparición se pretende, pues aun cuando este artículo se refiere a huecos cuyas dimensiones no excedan de 30 centímetros en cuadro, con mayor razón comprende a los que excedan de tales dimensiones, en consideración a que éstos, aun siendo tolerados, lejos de ser el ejercicio de un derecho, implican un abuso por parte del propietario de la pared» (26). De tenor parecido, la Sentencia de 20 de marzo de 1942 estima que, como la legislación foral aragonesa no

(25) «Anuario de Derecho Aragonés», 1947, pág. 301.

(26) «Anuario de Derecho Aragonés», 1944, pág. 527.

regula el caso de que los huecos estén abiertos en pared no medianera contigua a propiedad ajena, se hace preciso aplicar a ese caso la legislación común (27). La Sentencia de 8 de noviembre de 1948 afirma que cabe obstruir los huecos abiertos en pared propia del colindante, porque el tiempo de la prescripción no se cuenta hasta el acto obstativo, conforme al artículo 14, 3.º, del Apéndice (28). Disintiendo, para el Derecho del Apéndice, del punto de partida dominante, la Sentencia de 25 de octubre de 1952 afirma que el artículo 14 del Apéndice permite la apertura de huecos en pared contigua a fundo ajeno, lo que no ocurría en el Derecho foral anterior, por cuanto la observancia sexta *de aqua pluvis arcenda* no permitía más que la apertura de ventanas en pared común; pero, como el mismo Apéndice, la Audiencia reconduce la cuestión a la usucapión de la servidumbre: hoy—dice—la apertura no significa adquisición de servidumbre mientras no se realice el acto obstativo a que se refiere el párrafo tercero del artículo 14, quedando a salvo el derecho de obstrucción a favor del dueño del predio contiguo (29). La Sentencia de 5 de abril de 1960, si bien no explica expresamente el momento en que empieza a correr el plazo prescriptorio en materia de luces en pared propia, al hacer referencia, como término inicial, al acto de conciliación, parece referirse al acto obstativo (30). La Sentencia de 17 de noviembre de 1964 pone de relieve la necesidad de acto obstativo en un caso en que lo hubo (31). Finalmente, la Sentencia de 28 de junio de 1965 versa sobre un caso en el cual, existiendo una pared contigua a fundo ajeno con ventanas abiertas desde tiempo inmemorial, el propietario del fundo vecino comenzó a elevar otra pared en su terreno; demandado para que cesase en las obras, la Sala determina que en esa elevación de la nueva pared no hay perjuicio para el demandante, porque no merma su posesión; antes bien, «conforme alegan los demandados, podrían incluso, prosiguiendo las obras en alto, llegar a tapar las ventanas existentes en la pared, conforme a los artículos 14 y 15 del Apéndice foral y 581 del Código civil» (32).

(27) «Anuario de Derecho Aragonés», 1946, pág. 383.

(28) «Anuario de Derecho Aragonés», 1948, pág. 561.

(29) «Foro aragonés», núm. 16.

(30) «Foro aragonés», núm. 75.

(31) «Foro aragonés», núm. 272.

(32) «Foro aragonés», núm. 164.

Explicablemente, al negársele al dueño de pared propia colindante la posibilidad—como facultad dominical—de abrir en ella huecos para luces y vistas, las situaciones creadas por su efectiva apertura reconducían la cuestión a la sede de las servidumbres. Con la promulgación del Apéndice (que tomó del Código la doctrina de las defensas y la del acto obstativo) esta proclividad sistemática era inevitable; nótese que, aunque se admita la facultad *iure proprietatis* de abrir tales huecos, la regulación del artículo 14 los hace aptos, en unión del acto obstativo, para usucapir la servidumbre; y así la Sentencia de 19 de febrero de 1963, interpretando el Derecho aragonés con una exactitud que la hace destacar respecto de las anteriores de la misma Audiencia, declara: «aun admitiendo que los huecos para luces y vistas estuvieran abiertos sobre suelo ajeno contiguo, y aun tratándose de ventanas, balcón y galería en muro exclusivo del actor; dada la redacción de los artículos 14 y 15 del actual Cuaderno foral de Aragón; atendiendo, como nos autoriza la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1945, a la legislación antigua y derogada, para interpretar sus preceptos, y acudiendo no sólo a la observancia sexta *de aqua pluviali arcenda*, sino también a su complemento, la observancia primera del mismo título, a virtud de la cual *cualquiera puede utilizar a su discreción la posesión ajena, mientras lo haga sin daño de aquel de quien es la posesión*; es manifiesto que todos los huecos abiertos para luces y vista en pared propia o común sobre fundo ajeno, con red y reja—requisitos introducidos por nuestro Apéndice—o sin ellos, son actos meramente tolerados que no afectan en absoluto a la posesión, pudiendo, en consecuencia, el dueño del predio sobre el que recaen obstruirlos» (33).

Con todos estos precedentes, el Seminario del Consejo de Estudios de Derecho Aragonés realizó un profundo estudio histórico, que vino a confluir con una distinción conceptual introducida por la doctrina moderna, la distinción entre relaciones de vecindad y servidumbres (34).

No parece adecuado reproducir aquí ni siquiera el resumen de

(33) «Foro aragonés», núm. 62. En el mismo sentido, la reciente sentencia de 15 de noviembre de 1966, en la que ya se invoca, como argumento de autoridad, el art. 36 del proyecto de Compilación.

(34) Los principales autores del estudio reflejado en el correspondiente *Informe* fueron Mariano ALONSO y LAMBÁN y Germán ALBALATE GIMÉNEZ.

esta diferenciación conceptual y sistemática; basta recordar que, especificada a las cuestiones de luces y vistas, hace resaltar que la servidumbre supone, precisamente, la inobservancia de las normas que regulan la vecindad dentro del estatuto normal de la propiedad fundiaria; supone un desequilibrio en la relación de vecindad, con ventaja para un fundo a costa del correlativo sacrificio del otro. Así, en la relación de vecindad, el propietario que proporciona la luz y las vistas conserva indefinidamente el derecho a edificar obstruyendo los huecos; en cambio, el dueño del fundo sirviente no puede hacerlo sino a la distancia legal; es decir, en forma que no prive de luz o de vistas al fundo dominante. El derecho a abrir huecos *iure domini* no se extingue por el no uso, sino tan sólo por renuncia o por servidumbre contradictoria, mientras la titularidad de la servidumbre puede perderse por prescripción extintiva. Etcétera.

3. La reordenación sistemática era consecuencia de la reconstitución a fondo del sistema histórico; si la interpretación jurisprudencial hubiera tenido mayor conocimiento o respeto del mismo, posiblemente no hubiese sido necesario incluir en la Compilación un precepto expreso regulador de la relación de vecindad en materia de luces y vistas, pues la facultad *iure domini* de abrir huecos en pared propia pudo reconocerse también bajo el Derecho del Apéndice y, por supuesto, bajo el de los Fueros y Observancias; pero a la vista de lo expuesto en el número anterior, parece evidente la oportunidad del artículo 144 dentro del título (primero del libro III) de las relaciones de vecindad; su tenor literal es el siguiente:

Régimen normal de luces y vistas.

Artículo 144. 1. Tanto en pared propia, y a cualquier distancia del predio ajeno, como en pared mediana pueden abrirse huecos para luces y vistas sin sujeción a dimensiones determinadas.

2. Dentro de las distancias marcadas por el artículo 582 del Código civil, los huecos carecerán de balcones y otros voladizos, y deberán estar provistos de reja de hierro

remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente.

3. *La facultad concedida en este artículo no limita el derecho del propietario del fundo vecino a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna.*

Queda en él especificado que la facultad *iure proprietatis* de abrir huecos para luces y vistas se refiere, además de a la pared medianera, a la pared propia, cualquiera que sea su distancia del suelo ajeno. Pero debido a su indudable función práctica, se ha mantenido, modificada, la limitación introducida por el Apéndice sobre las defensas de los huecos (35).

¿*Quid iuris* cuando el dueño o condueño de la pared no observa esta limitación?... Por de pronto, parece que el dueño del fundo vecino podrá compelerle a que las observe.

¿Y si no lo hace?... El artículo 145 de la misma Compilación aclara que los voladizos sobre fundo ajeno son signos aparentes de servidumbre, pero que no lo son los voladizos que, aun a distancia menor que la marcada en el artículo 582 del Código civil, caigan sobre fundo propio, ni tampoco la falta de protección en los huecos.

Lo primero—voladizos sobre suelo ajeno—es, pues, problema de servidumbre; lo segundo—voladizos sobre suelo propio, pero no distanciado del ajeno, y falta de protección en los huecos—puede plantear algún problema, pues supone una transgresión del régimen de vecindad (art. 144) que, sin embargo, no «aparenta» la servidumbre de luces y vistas (art. 145).

En principio cabe tratar la situación mediante los siguientes expedientes:

a) Como iniciación, por sí misma o en unión de otro hecho (el acto obstativo), de una servidumbre no aparente de luces y vistas.

Evidentemente, la existencia de voladizo en suelo propio no distanciado o la falta de protección en los huecos, por sí solo no denota servidumbre, pues expresamente les niega valor de apariencia el artículo 145.

(35) Esta «protección semejante o equivalente» supone una novedad respecto del sistema del Código (art. 581) y del Apéndice (art. 15), fácilmente comprensible atendiendo a los métodos y materiales actuales de construcción.

Con la misma evidencia hay que admitir la posibilidad de que tal transgresión al régimen de vecindad responda a la existencia de una servidumbre voluntaria y no aparente de luces y vistas. ¿Pero cabe que, como acto tolerado unido al acto obstativo, inicie la prescripción?

En cierto modo éste sería el resultado de trasplantar al régimen de la Compilación el criterio jurisprudencial relativo al Código civil. Con relación a sus artículos 580 y 582, una copiosa doctrina jurisprudencial (Ss. 12 noviembre 1889, 31 mayo 1890, 8 febrero 1899, 16 junio 1902, 9 febrero 1907, 8 enero 1908, 18 octubre 1909, 8 junio 1918, 27 mayo 1932, 24 mayo 1933, 15 marzo 1934, 19 junio 1951, 9 febrero 1955, 8 junio 1962, 2 octubre 1964 y 6 mayo 1965) afirma que en las servidumbres de luces y vistas hay que distinguir entre los huecos practicados en pared propia y sin voladizos y los henchidos en pared medianera o provistas de voladizos que caen sobre el fundo sirviente; los primeros son signos de una servidumbre negativa y los segundos de una positiva. Así, el Tribunal Supremo admite unas servidumbres negativas dotadas de cierta apariencia; en realidad, también el Código, cuyo artículo 538, en relación con el 537, admite la hipótesis de servidumbres negativas aparentes; suponen éstas un *tertium genus* entre las servidumbres pura y absolutamente negativas, no aparentes y no susceptibles de posesión y usucapión, y las servidumbres positivas, aparentes, cuya mera apariencia manifiesta automáticamente su existencia (al menos, supuesta) y su posesión, dando inicio a la usucapión. Ese *tertium genus* se caracteriza por una disociación entre los conceptos de apariencia y posedibilidad jurídica, basada sin duda en una presunción—de justificación discutible—de tolerancia: la apertura de ventanas a distancia menor de la legal se considera acto meramente tolerado y, por tanto, de una parte, no denuncia *inequívocamente* la existencia de la servidumbre, y de otra, no afecta a la posesión *hasta que se produzca el acto obstativo frente al dueño del fundo que puede resultar gravado*.

Trasplantando este criterio jurisprudencial a la nueva regulación aragonesa cabría entender que los voladizos sobre suelo propio no distanciado o los huecos carentes de defensa son actos

tolerados que, en unión del acto obstativo, pueden iniciar la usucapación de una servidumbre negativa de luces y vistas.

Mas—prescindiendo aquí del enjuiciamiento de la doctrina jurisprudencial en cuanto al Código—a la admisión de este tratamiento referido a la Compilación se opone el que su artículo 145 niega a tal conducta la funcionalidad de apariencia, aunque sea ambigua, y sobre todo, el que la Compilación ha prescindido totalmente de la doctrina del acto obstativo como sucedáneo de la posesión en la usucapación de las servidumbres negativas y de la negatividad misma en el régimen de la usucapación; la Compilación regula expresamente la usucapación de las servidumbres no aparentes, pero siempre que sean susceptibles de posesión (artículo 148); por tanto, aun considerando «acto tolerado» el voladizo o el hueco sin defensa, ello no afecta a la posesión ni a la usucapación (arts. 444 y 1.942 del Código civil).

b) Como inicio de una nueva y propia servidumbre independiente, no de luces y vistas—el dueño del suelo siempre podría obstruirlas edificando—, sino consistente, precisamente, en el ejercicio anormal de la facultad *iure domini*; es decir, en tener los huecos que la ley permite en forma distinta de la permitida, sin defensas o con voladizos sobre suelo propio no distanciado.

Pero entonces el contenido de este derecho no se corresponde con el concepto de servidumbre; si el dueño del fundo vecino puede edificar a distancia menor de la marcada en el artículo 585 y, en realidad, nada se inmiscuye en su propio fundo, no cabe hablar de «gravamen» (cfr. art. 530 C.c.). Por otra parte, el despojo que de su función de apariencia hace el artículo 145 de la Compilación podría referirse también a esta supuesta servidumbre independiente.

c) Como simple ejercicio anormal de la facultad *iure proprietatis*, reconocida en el artículo 144 de la Compilación.

Pero también este tratamiento admite, a su vez, dos soluciones: considerar aquel ejercicio anormal como acto meramente tolerado por el dueño del fundo vecino, que en cualquier momento puede compelerle a que desmonte los voladizos o coloque las defensas; o considerarlo como ejercicio, no *modus servitutis*, pero sí *modus proprietatis*, susceptible de confirmarse por usucapación o, si se

quiere, porque la prescripción opere en sentido liberatorio; es decir, extinguiendo el derecho del vecino a exigir la colocación de defensas o demolición de voladizos. Esta última solución parece la más conforme con el sistema, y así lo entendió el propio Seminario que elaboró la base del Anteproyecto (36).

Empero, con cualquiera de las dos soluciones posibles dentro de este tratamiento, al no tratarse de servidumbre, subsistirá indefinidamente el derecho del dueño del fundo vecino a edificar libremente, sin respetar las distancias del artículo 585 del Código civil.

Así, la contrafigura, en todo caso (también, naturalmente, cuando se respeten las limitaciones del artículo 144), de la facultad de abrir huecos para luces y vistas, concedida al dueño o condueño de la pared, es la concedida al del suelo vecino para obstruirlos edificando en su terreno. Facultad indefinida—no prescribe—que ya reconocía el Apéndice (art. 15) al condueño de pared medianera, y que, según se ha expuesto, aparece aplicada en un número mayoritario de sentencias de la Audiencia, con unanimidad en las más modernas.

No cabe, sin embargo, que el dueño del suelo obligue al de la pared a cerrar los huecos por sí mismo, o que se los cierre él por modo distinto de la construcción, o sea con medios cuya función sea exclusivamente la de clausurar el hueco abierto, sin otra utilidad para el dueño del fundo contiguo que realiza la clausura.

4. En el Título (segundo del Libro III) de las servidumbres, la de luces y vistas se regula en la forma siguiente:

Luces y vistas.

Artículo 145. *Los voladizos, en pared propia o medianera, que caigan sobre fundo ajeno, son signos aparentes de servidumbres de luces y vistas. No lo son la falta de la protección señalada en el artículo anterior ni tampoco los voladizos sobre fundo propio. Queda a salvo lo dispuesto en el artículo 541 del Código civil.*

(36) Pág. 18 del Informe. Sobre la cuestión en el Apéndice, cfr. CAMÓN AZNAR, *Del derecho a exigir la colocación de rejillas y redes en las ventanas o huecos de pared medianera*, en «Segunda Semana de Derecho Aragonés», Zaragoza, 1943, págs. 247-249.

Aparte de ésta no contiene ninguna otra norma específica sobre servidumbres de luces y vistas; por consiguiente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.º, 2, de la propia Compilación, en lo demás regirá el Código civil; es decir, lo que de los artículos 580 a 585 de éste sea compatible con el 145 de la Compilación. Como, por otra parte, el resto de este Título segundo sólo regula la alera foral y la usucapión de servidumbres, regirá también la regulación genérica—constitución, ejercicio, extinción—del Código, a excepción de la usucapión.

Lo específico del Derecho aragonés en esta materia es que las servidumbres de luces y vistas, como consecuencia del régimen de vecindad notablemente permisivo, son no aparentes salvo—en la Compilación—que haya voladizo sobre fundo ajeno. Esto es importante a efectos de usucapión.

Más dificultoso resulta decidir, en algunos supuestos, si se trata de servidumbres positivas o negativas.

En general, y ya con referencia al Derecho histórico (más permisivo aún que el vigente en el régimen de vecindad), la doctrina foral entendió que eran servidumbres negativas, puesto que la facultad de abrir huecos para luces y vistas constituye ejercicio normal del derecho de propiedad o copropiedad, que no limita el del dueño del fundo vecino a obstruirlos edificando, la servidumbre habrá de consistir en privar al dueño del fundo sirviente de esta facultad, que le sería lícita sin la servidumbre (cfr. art. 533 del C. c.); se reconduce así a una servidumbre negativa: *non aedificandi, altium non tollendi, ne prospectui vel luminibus offiatur*, etc.; y si no consta su contenido específico, guardar las distancias prescritas en el artículo 585 del Código civil.

¿Y las servidumbres de luces y vistas que, conforme al artículo 145 de la Compilación sean aparentes?... La servidumbre consistente en tener balcón o voladizo en pared propia o medianera que caiga sobre el fundo sirviente, ¿es positiva o negativa?... La definición legal con la que procede contrastar la situación está contenida en el artículo 533 del Código civil: «Se llama positiva la servidumbre que impone al dueño del fundo sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa o de hacerla por sí mismo, y negativa, la que prohíbe al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre.»

En principio parece que hayan de corresponderse los conceptos de apariencia y positividad; que la mera prohibición de hacer algo impuesta al dueño del fundo sirviente no puede estar demostrada por ninguna apariencia funcional (signos externos que revelan el uso y aprovechamiento de la servidumbre, según el art. 532 del Código civil). A primera vista, entonces, los conceptos de apariencia y negatividad son antitéticos, pues lo que caracteriza a la servidumbre negativa es que en ella la utilización del fundo sirviente consiste sólo en cierta inactividad por parte de su propietario; es decir, en la abstención del ejercicio de alguna de las facultades normalmente contenidas en su derecho de propiedad, abstención que en este caso constituye la sustancia de la utilidad asegurada por la servidumbre. De ahí que la doctrina italiana entienda que las servidumbres negativas no pueden ser aparentes, puesto que la inactividad recíproca que las caracteriza no es compatible con la existencia de un signo aparente de servidumbre. Como dice BARASSI, en las servidumbres negativas en sentido propio es el mismo ejercicio; es decir, el contenido, el que es negativo, porque consiste exclusivamente en una abstención por parte del propietario del fundo sirviente; no hay ejercicio positivo posible para el propietario del fundo dominante. Así, en las servidumbres *non aedificandi, altium non tollendi, ne prospectui vel luminibus officiatur*, que suponen la prohibición de fabricar, de alzar, de realizar obras que disminuyan las vistas o las luces, y, activamente, el derecho de impedir la edificación, el cierre de las vistas o luces, etcétera. Las consecuencias ulteriores, por ejemplo, el ver un amplio panorama porque el vecino no construye, no son ejercicio de la servidumbre, sino goce del estado de cosas que tiene lugar con la abstención. Por eso—se dice—las servidumbres negativas son todas no aparentes: en el ejemplo anterior, aunque sobre el fundo dominante se haya instalado a la distancia reglamentaria un balcón para contemplar el panorama, no varía la naturaleza de la *non aedificandi*, porque dicha instalación no implica por necesidad la servidumbre (37).

(37) CICU, *Servitù prediali*, Milán, 1931, pág. 109. Con referencia al Derecho español, véase el estudio amplio de la cuestión en LACRUZ, *Usucapión de las servidumbres discontinuas o no aparentes*, en la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», noviembre de 1954, y en «Estudios de Derecho Civil», Barcelona, 1958, págs. 37-97; este estudio sirvió de base para el *Informe* del Seminario (cfr. págs. 20-52).

Mas este punto de vista no puede ser el del Código civil español, que admite de modo expreso, según he dicho, la existencia de servidumbres negativas y aparentes a la vez, cuando, al hablar en el artículo 538 de la usucapión de las servidumbres continuas y aparentes, previene que *cuando tales servidumbres sean negativas*, el tiempo para la prescripción comenzará a contarse «desde el día en que el dueño del predio dominante hubiera prohibido, por un acto formal al del sirviente, la ejecución del hecho que sería lícito sin la servidumbre». De donde resulta claro que, en la concepción del Código, hay servidumbres aparentes y negativas, en las cuales la apariencia no denuncia inequívocamente la existencia de la servidumbre, pues para que empiece a contar la prescripción es preciso algo más (el acto obstativo).

Sobre esta base legal, el Tribunal Supremo—como queda expuesto en el número anterior, al tratar del ejercicio anormal de la vecindad—ha sentado la doctrina jurisprudencial de que los huecos practicados en pared propia y sin voladizos son signos de una servidumbre negativa (incapaces para iniciar la usucapión por sí mismos; se requiere, además, acto obstativo), y que los hendidos, en pared medianera o con voladizos que caigan sobre el fundo sirviente son signos de una servidumbre positiva. Alguna de las sentencias allí citadas son particularmente expresivas: la de 8 de enero de 1908, dice que «la servidumbre de luces y vistas puede ser positiva o negativa, según que para la apertura de las respectivas ventanas haya habido o no necesidad de contar con el dueño del predio sirviente, bien por ser de la exclusiva propiedad de quien pretende imponerla las paredes donde aquéllas se abren, bien por corresponderle en todo o en parte, o sea, en concepto de medianería, al dueño del predio sirviente, ya que en este último caso no se limita aquél a prohibir al segundo hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre, sino que le impone una obligación que sólo su consentimiento podría establecer, siendo notoriamente negativa dicha servidumbre en el primer caso y positiva en el segundo»; la Sentencia de 8 de junio de 1918 afirma también que «la servidumbre de vistas por medio de ventanas abiertas en pared medianera es positiva, porque no puede constituirse sin el consentimiento del medianero, presunto o tácito, cuya actitud, activa o pasiva, determina al efecto legal la naturaleza positiva de la servi-

dumbre»; y la Sentencia de 19 de junio de 1951: «La servidumbre de luces y vistas que tales ventanas podían constituir sería una servidumbre negativa, en cuanto no impondría al dueño del fundo sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa, o de hacerla por sí mismo, y únicamente le prohibiría el hacer lo que le sería lícito sin la servidumbre, como tapar dichas ventanas edificando en su propio terreno.»

¿*Quid* para el Derecho de la Compilación?... Como quiera que esta rechaza expresamente, en el artículo 145 la ambigua función de apariencia de los huecos sin defensa o con voladizo sobre suelo propio no distanciado (*supra*, núm. 3), admite, también expresamente, la apertura *iure domini* de huecos en pared propia o medianera (art. 144), y prescinde por completo del acto obstativo, lo único referible a la Compilación de tal doctrina jurisprudencial es que la servidumbre de luces y vistas, consistente en tener voladizo o balcón sobre el fundo sirviente, es positiva, y todas las demás, negativas.

Con ello puede quedar subsistente alguna duda o escrúpulo: la servidumbre consistente en tener voladizo o balcón en pared propia o medianera, pero que caiga sobre el fundo ajeno, es, además de aparente, positiva, por cuanto el dueño del fundo sirviente permite—deja hacer y deja tener—sobre su suelo el voladizo o balcón al del fundo dominante; pero a su vez se ve privado de algo que le sería lícito sin la servidumbre: edificar obstruyendo las luces o vistas (cfr. art. 585 del C. c.).

Desechada la artificiosa tesis de su naturaleza mixta o híbrida (positiva, en cuanto se permite hacer y tener sobre el propio suelo el voladizo ajeno; negativa, en cuanto no se puede edificar a menos de tres metros), la doctrina jurisprudencial sólo puede entenderse en el sentido de que, conforme al artículo 533 del Código civil, para que una servidumbre sea negativa se requiere que *todo* su contenido se agote en la *abstención*; que desde el momento en que al dueño del fundo sirviente se le impone una actividad o un *pati* (hacer algo o dejar hacerlo), aunque al mismo tiempo se le imponga también una abstención.

Entonces la servidumbre de luces y vistas que se aparenta mediante balcones o voladizos en pared propia o medianera sobre fundo ajeno (aparente, conforme al artículo 145 de la Compila-

ción) será positiva; todas las demás (no aparentes, conforme al mismo), negativas; en la Compilación, apariencia y negatividad coinciden. En realidad, lo que sucede es que, como las servidumbres negativas no son susceptibles de posesión y se ha desechado el artificioso sucedáneo del acto obstativo, el régimen de las servidumbres en la Compilación ha prescindido de la clasificación en positivas y negativas de las servidumbres de luces y vistas.

Una última cuestión queda en la exégesis del artículo 145: la expresa salvedad que, en su proposición final, hace del artículo 541 del Código civil. Esta salvedad no figuraba en la propuesta del Seminario; la introdujo, como párrafo tercero del artículo 37 del anteproyecto provisional (33 del definitivo), la Comisión compiladora, en los términos siguientes: «No obstante, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 541 del Código civil, serán signos aparentes los que determina dicho Código.» La Comisión de Códigos modificó la redacción en los términos que han pasado a la ley; su significación es la misma, aunque acaso, sin este antecedente, menos inteligible.

Su actuación puede resultar problemática; en particular ¿significa que los huecos con voladizos sobre suelo propio no distanciado o carentes de defensas, sin ser signos aparentes de servidumbre a otros efectos, lo son para su constitución por disposición del padre de familia? Este parece ser su sentido, pero acaso entonces su redacción no resulte afortunada: al decir el artículo 145 que no son signos aparentes de servidumbre, bastaba que hubiese añadido «salvo a los efectos del artículo 541 del Código civil». En cambio, la lacónica salvedad contenida en el texto vigente ocasiona una interpretación estricta y aislada, limitada a admitir en Aragón la constitución de servidumbres por disposición del padre de familia; salvedad, entonces, ociosa, por cuanto ya resulta del artículo 1.º-2, según he dicho. Se impone así una interpretación coherente con el resto del artículo 145, relativo a los signos aparentes de servidumbre de luces y vistas, y como el 541 del Código civil parte de «la existencia de un signo aparente», el alcance de la salvedad hay que referirlo a lo que para la constitución por disposición del padre de familia (y no a los otros efectos) es signo aparente. Por este camino nos encontramos con lo que explícitamente decía el anteproyecto: el voladizo en suelo propio o la falta de defensas, dentro

de la distancia legal, no son signos aparentes sino en la medida en que, como tales, los considere el Código para la adquisición en Aragón por disposición del padre de familia.

Este resultado interpretativo resultaría sencillo si en el artículo 541 o en otro lugar del Código se especificase qué signos son apariencia de servidumbre de luces y vistas y qué otros no lo son: precepto, pues, semejante al 145 de la Compilación; entonces, si el Código consideraba como signos aparentes alguno de los excluidos por el artículo 145 de la Compilación, la salvedad significaría que los signos admitidos por el Código y excluidos por la Compilación lo serían también dentro de ésta a los solos efectos de la constitución de la servidumbre de luces y vistas por disposición del padre de familia. Empero, ni el artículo 541 ni ninguno otro del Código hacen una discriminación equivalente a la del 145 de la Compilación; en estas condiciones hay que atenerse al concepto abstracto de apariencia contenido en el artículo 532, § 4.³, y a lo deducible de los artículos 580-585. Ahora bien, el concepto abstracto del artículo 532 queda contradicho por la exclusión expresa del 145 de la Compilación con carácter general, y con carácter específico para la disposición del padre de familia quedan también excluidos los huecos permitidos por el 144; algo semejante sucede con la regulación de los artículos 580-585, de los que resultan para el Código como signos aparentes algunos—huecos en pared medianera, por ejemplo—que no lo son en Derecho aragonés al permitirlos el artículo 144 de la Compilación; únicamente quedan las limitaciones de los artículos 581 y 582 del Código civil en cuanto coincidentes con el 145 de la Compilación, es decir, en cuanto ausencia de defensas o existencia de voladizos en suelo propio no distanciado. También, pues, por este camino se llega a la misma interpretación: la falta de defensas y la existencia de voladizos no distanciados no son signos aparentes de servidumbre de luces y vistas salvo que, establecidos tales signos por el propietario de dos fincas, enajenara una sin establecer nada en contrario en el título de enajenación y sin hacer desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura (art. 541 del Código civil). Pero entonces hubiera resultado más sencillo y más claro que el artículo 145, después de negarles consideración de signos aparentes, hubiese añadido «salvo a los efectos del artículo 541 del Código civil».

Si se da el supuesto de hecho del artículo 541 del Código civil, la carencia de defensas o existencia de voladizo no distanciado no sólo consolida el uso anormal *iure dominii*, como en el caso de simple pasividad del vecino (*supra*, núm. 3), sino que se constituye una verdadera servidumbre de luces y vistas. La diferencia es notoria: en el primer caso, el dueño o condueño de la pared que haya consolidado el ejercicio anormal de su derecho de vecindad no puede ser compelido por el vecino para que coloque defensas o desmonte el voladizo, pero siempre puede el dueño del fundo vecino clausurar u oscurecer los huecos edificando en su terreno; en cambio, en el segundo caso, en el supuesto del artículo 541 del Código civil, el dueño del suelo no podrá edificar sino respetando las distancias prescritas por el artículo 585 del Código civil.

Por lo demás, la Compilación—a diferencia del proyecto de Apéndice de 1899—no recoge la servidumbre legal de luces y vistas que se deducía de la observancia 6.^a *de aqua pluvisiali arcenda*, cuando, al final, excepcionaba de la facultad obstruyente el supuesto de que la casa quedara, mediante el ejercicio de tal facultad, privada de luz, en cuyo caso el dueño del fundo vecino estaba obligado a darle o dejarle, por la ventana abierta o por otra, a juicio del juez, según uso del Reino y buena equidad, luz suficiente para evitar que, quedando completamente a oscuras, resultase inútil para su dueño. La razón de la omisión es clara y ya lo advertía el Seminario en su informe: lo inverosímil que resulta el que hoy se dé semejante supuesto; ni siquiera hay noticia de que el caso se plantease ante los Tribunales (38).

Recapitulando lo expuesto en este número y en el anterior podría sintetizarse en el siguiente cuadro la regulación del

DERECHO DE LUCES Y VISTAS

— *Relación de vecindad.*

— *Normal* (legal).

— El dueño o condueño de la pared puede abrir huecos sin sujeción a dimensiones determinadas (art. 144-1);

(38) *Informes*, cit., págs. 16 y 17.

dentro de las distancias del artículo 582 del Código civil, sin voladizos y con defensas (art. 144-2).

- El dueño del fundo vecino puede obstruirlos edificando o construyendo sin sujeción a distancia alguna (artículo 144-3).

— *Anormal* (prescripción).

- El dueño o condueño de la pared puede abrir huecos sin sujeción a dimensiones determinadas, sin voladizos sobre fundo ajeno, pero sí sobre el suelo propio, y sin defensas, dentro de las distancias del artículo 582 del Código civil (art. 145).
- El dueño del fundo vecino no puede compelerle a la demolición del voladizo o a la colocación de defensas; pero puede obstruirlos edificando o construyendo sin sujeción a distancia alguna (art. 144-3).

— *Servidumbre*.

— *Aparente*.

- El dueño o condueño de la pared puede tener huecos en ella con balcones o voladizos que caigan sobre el fundo ajeno (art. 145).
- El dueño del fundo vecino tiene que permitir su inmisión y no puede edificar sino a distancia legal (artículo 585 del Código civil).

— *No aparente*.

- El dueño o condueño de la pared puede tener en ella huecos para luces y vistas.
- El dueño del fundo vecino no puede obstruirlos edificando a menor distancia de las señaladas en el artículo 585 del Código civil.

5. La corrección sistemática ocasionada por el Derecho de luces y vistas, al separar el régimen dominical del de servidumbres, ofrecía una excelente coyuntura para revivir un viejo precepto foral

que la costumbre había mantenido vigente en muchas comarcas aragonesas (39) y que regulaba una auténtica relación de vecindad (40), por cierto, con criterio mucho más comunitario y positivo que el del Código civil: me refiero a la inmisión de ramas y raíces.

Ya el Fuero de Jaca afirmaba ser *for común et antic* que cuando las ramas de un árbol frutal se extendiesen sobre la heredad vecina, el señor de ésta debía tener, por fuero, la mitad de los frutos de aquellas ramas (núm. 38, *De arbore vecinal*). La norma pasó a la Compilación de Huesca en el fuero único *de confinálibus arbóribus*, el cual afirmaba también ser *foris communis, antiquus, et aprobatus*, si bien éste concedía al dueño del fundo vecino, alternativamente, *recipere medietatem fructum illorum ramorum, vel scindere illos* (41). También los Estatutos de montes y huertas de Zaragoza recogieron esta norma en su capítulo 22, precisando que el derecho a cortar las ramas sólo tendría lugar si el dueño del árbol no permitía recoger la mitad de frutos correspondiente al dueño del fundo invadido (42). Aparecía asimismo, aunque limitando el derecho a la cuarta parte de los frutos que cayeran naturalmente, en el § 296 del Fuero de Teruel.

Para EDO QUINTANA se trata de una costumbre de origen germánico acaso enlazada con primitivos usos españoles, como en otras instituciones ocurrió (43). Lo cierto es que concuerda con algunos Derechos germánicos históricos que atribuían al dueño de la finca

(39) Así lo atestigua, para la comarca de Borja, EDO QUINTANA, *El derecho a participar en los frutos del árbol ajeno que invade finca propia*, en el «Anuario de Derecho Aragonés», 1951-1952, pág. 122; tenemos también el testimonio personal, que agradecemos, de José Miguel BUÑUEL, respecto a Aranda de Moncayo, y la constancia personal de supervivencia en el Bajo Aragón.

(40) Para EDO QUINTANA no se trata de accesión ni de servidumbre; nos encontramos—dice—ante un caso de las llamadas relaciones de vecindad (op. y loc. cit.). Los autores del *Informe* del Seminario se inclinaban a considerarlo como un caso de comunidad especial y propia de nuestro Derecho (pág. 6), pero incluían el precepto en el capítulo de las relaciones de vecindad. Seguramente ambas conceptualizaciones son compatibles: se trata de una ordenación de la vecindad que origina una comunidad especial.

(41) También en las distintas versiones de la Compilación de Huesca: Ms. 458 de la Biblioteca Nacional, núm. 178 (TILANDER, *Los Fueros de Aragón*, Lund, 1937); Ms. 207 de la Biblioteca Provincial Universitaria de Zaragoza, párrafo 175 (LACRUZ, *Fueros de Aragón hasta 1265*, en el «Anuario de Derecho Aragonés», 1945).

(42) *Estatutos y Ordenaciones... tocantes y pertenecientes a los montes y huertas de la ciudad de Zaragoza*, Zaragoza, 1672, fol. 9.

(43) Op. cit., págs. 121 y 122.

el derecho de coger para sí los frutos del árbol ajeno que extendiese las ramas sobre su propiedad y el de sacudirlas para que cayera el fruto en su finca; el antiguo Derecho francés conoció también esta participación en los frutos de las ramas inmiscuidas.

En el Derecho navarro, el Fuero General (6,2) atribuye al dueño del campo sobre el que hicieren sombra las ramas del árbol ajeno el derecho de sacudirlas con una pértiga y hacer suyos todos los frutos que cayeran en su tierra, pudiendo también, en determinadas condiciones, cortar las ramas o hacer fuego bajo ellas si se le negaban los frutos.

Este tipo de soluciones comunitarias chocaba con la corriente romanista. Así, en Castilla—donde el Fuero Viejo (5, 4, 12) facultaba al dueño de la heredad para cortar las ramas, también en cierta manera y medida, o hacer suya la mitad de la fruta que cayere en su finca sacudiendo las ramas, y donde la costumbre aflora también en el Fuero Real (3, 4, 15) para admitir la percepción por el dueño del suelo si el del árbol no los recogía el día que cayeren—las Partidas no reconocieron más derecho que el de obligar a que sean cortadas las ramas y raíces o el de cortarlas por sí, y autorizaron al dueño del árbol y, por consiguiente, de los frutos a entrar en la heredad ajena para recogerlos durante tres días (3, 28, 18 y 7, 16, 28). En Cataluña las Constituciones de Santacilia (32), también por herencia romana, admiten sólo el derecho a cortar las ramas y raíces (44).

Esta corriente influyó más en los redactores del Código que los mismos precedentes castellanos e incluso que el *Code* francés, cuyo artículo 673, recogiendo los precedentes citados, además del derecho a cortar las raíces y a obligar a que se corten las ramas, concede a aquel sobre cuya propiedad avancen las ramas del árbol vecino derecho a hacer suyos los frutos que caigan naturalmente en su propiedad (45). Sin embargo, como digo, el Código español no incluyó derecho alguno a participar en los frutos de las ramas inmiscuidas, por lo que, conforme al artículo 354, pertenecen todos al propietario del árbol, y el artículo 592 concede derecho a cortar las raíces y hacer cortar las ramas.

(44) EDO QUINTANA, op. cit., pág. 121.

(45) El párrafo 911 del Código alemán concede derecho sobre los frutos que caigan en el suelo, pero no sobre los pendientes de las ramas que invadan el espacio aéreo.

En Aragón el viejo sistema foral de participación no planteó problemas, por lo que la doctrina—como constata también EDO QUINTANA (46)—le dedicó poca atención. Los proyectos de Apéndice de 1899 y 1904 no mencionan el fuero, si bien el sistema quedaría subsistente como costumbre local a través de sus artículos 1.º y 4.º, respectivamente. ISÁBAL lo menciona como vigente (47). El Apéndice de 1925 tampoco lo recogió en su articulado; sin embargo, de hecho, está constatada, según he dicho, su ininterrumpida observancia consuetudinaria en muchas comarcas aragonesas.

Por ello, y porque la solución del Código resulta en exceso individualista y totalmente antieconómica—con el corte de ramas y raíces nadie se beneficia—, merece crítica favorable la inclusión, en el título primero del libro III de la Compilación, de la siguiente norma:

Inmisión de raíces y ramas.

Artículo 143. 1. Si algún árbol frutal extiende sus ramas sobre la finca vecina, el propietario de ésta tiene derecho a la mitad de los frutos que tales ramas produzcan, salvo costumbre en contrario.

2. Ello se entiende sin perjuicio de poder usar, mediante justa causa, de las facultades que a dicho propietario concede el artículo 592 del Código civil.

La salvedad de la costumbre en contrario no figuraba en la propuesta del Seminario ni en el texto provisional del Anteproyecto de la Comisión compiladora (cfr. art. 35) y acaso pueda ocasionar alguna dificultad de interpretación. Fue el Anteproyecto definitivo, tras la información pública, el que añadió al comienzo del precepto (art. 31) «salvo pacto o costumbre en contrario»; en el Proyecto presentado a las Cortes, tras la revisión de aquél por la Comisión general de codificación, se suprimió la salvedad del pacto, manteniendo la de la costumbre, y así quedó en el artículo 143 de la Compilación. Podría entenderse que en este punto se admite la costumbre *contra legem* nacida después de su vigencia,

(46) Op. cit., pág. 123.

(47) Op. cit., pág. 208.

pero no creo sea ésta la intención del legislador, sino el señalamiento del ámbito de vigencia de la norma, ahora legal; en efecto, como desde 1926 la vigencia de este sistema era puramente consuetudinaria, al formularlo como sistema legal la Compilación pudo imponerlo con carácter general (si bien, siempre en defecto del pacto contrario por virtud del artículo 3.º de la misma Compilación); pudo también confirmar legalmente su vigencia donde la costumbre lo hubiera mantenido hasta su promulgación, y pudo también—es lo que hizo—ratificar y elevar a norma legal la costumbre donde existiera, sustituir el artículo 592 del Código civil donde se aplicara éste como Derecho supletorio del aragonés y respetar cualquier costumbre distinta donde se observara. Empero cabe preguntar: ¿qué costumbre puede ser ésta, después del artículo 13 del Código...? Parece que solamente cabe la hipótesis de una costumbre distinta del sistema del fuero, no coincidente tampoco con el del Código y respetada por su artículo 13; por ejemplo, una costumbre que hubiera mantenido el sistema del Fuero de Teruel; no conozco la vigencia de ninguna. Cabría también que en alguna comarca se aplicase el sistema del artículo 592 del Código civil por vía consuetudinaria y que en ella debiera prevalecer no por subsistencia del 592, sino de la costumbre coincidente; pero tal hipótesis me parece puramente especulativa: en el plano doctrinal sería discutible la vigencia de una norma consuetudinaria cuyo contenido coincidiera con una norma legal de vigencia superpuesta, y en el plano práctico sería sumamente difícil probarlo.

La entrada en juego—mediando justa causa o si el dueño del árbol niega su participación al vecino—del sistema de corte autorizado por el artículo 592 del Código civil fue prevista ya por el Seminario: «Este artículo recoge—decía en su informe—la tradición de nuestro Derecho, pero ajustada a la técnica y necesidades actuales...; se introduce un elemento nuevo de apreciación por los Tribunales y es la justa causa para poder ejercitar la facultad de cortar las ramas que penetren, aun cumpliendo el dueño del árbol la obligación a que le constriñe el artículo. No prevista tal hipótesis, podrían darse situaciones contrarias a la equidad e incluso a la *ratio* económica del precepto: piénsese el caso de la imposibilidad de cortar para edificar, a cambio de unos kilogramos

de fruta...» (48). En consecuencia, la segunda parte del artículo propuesto decía: «... pero en tanto el dueño del árbol le entregue su participación, sólo puede hacer uso de las facultades que le confiere el artículo 592 del Código civil mediante justa causa». La Comisión compiladora hizo suyo este texto y conforme a él formuló el artículo 35 del Anteproyecto provisional; pero, tras la información pública del Anteproyecto, formuló así el artículo 31 del definitivo: «Salvo pacto o costumbre en contrario, si algún árbol frutal extiende sus ramas sobre la finca vecina, el propietario de ésta tiene derecho a la mitad de los frutos que tales ramas producen.» «Si el dueño del árbol no le entrega su participación, el propietario de la finca vecina podrá optar por reclamar aquélla o usar de las facultades que le confiere el artículo 592 del Código civil respecto a la corta de ramas y raíces.» «Podrá también usar de estas facultades mediando justa causa, aun cuando el dueño del árbol le entregue su participación.» En realidad, a la misma solución se llegaba interpretando *a contrario sensu* el texto anterior, pues si para cortar se necesitaba justa causa en tanto el dueño del árbol le diese su participación, parece que no se necesitaría otra causa cuando se la negase; por otra parte, tratándose de una obligación legal, la solución sería optativa entre compeler a cumplirla o usar de la facultad subsidiariamente concedida. En el Proyecto, y lo mismo en el texto legal del transcrito artículo 143, se unifica la excepción, referida a la justa causa; parece indudable que lo será la negativa del dueño del árbol y que, por tanto, subsistirá en este caso la opción entre la reclamación de los frutos o el corte.

La casuística de las razones y circunstancias constitutivas de justa causa es tarea doctrinal y, sobre todo, jurisprudencial.

Regirá también el artículo 592 en cuanto a los árboles no frutales.

6. Así como en el título primero se regula, junto al régimen normal de luces y vistas, como relación de vecindad, la inmisión de raíces y ramas, en el título segundo, junto a la servidumbre

(48) *Informe*, cit., pág. 6.

de luces y vistas se regula, también como servidumbre (49), la «alera foral» y los «adempros» (50). El texto legal es como sigue:

Alera foral y «adempros».

Artículo 146. La «alera foral» y las mancomunidades de pastos, leñas y demás «adempros», cuando su existencia esté fundada en título escrito o en la posesión inmemorial, se registrarán por los estatuido en aquél o lo que resulte de ésta.

La servidumbre de alera—que, uniforme en su esencia, comprende un sinnúmero de derechos de pastos de diversas modalidades—fue legal con anterioridad al Apéndice, al estar regulada—acaso con minuciosidad excesiva—en los fueros, observancias y aun concordias de los lugares afectados; el Apéndice, atendido el remoto origen de muchas de ellas, tuvo la habilidad no sólo de hacerla voluntaria, sino de seguir admitiendo al mismo tiempo, como era tradicional en Aragón, la prescripción inmemorial. Pero el artículo 16 reconocía en el título escrito o en la vigente costumbre su existencia; en realidad, este tratamiento legal no resultaba del todo correcto; la costumbre no es por sí—decía el

(49) El profesor FAIRÉN GUILLÉN, después de intentar considerarla como comunidad de pastos, llega a la conclusión de la imposibilidad y—atendiendo a su causa perpetua, inalienabilidad, gravamen sobre cosa ajena, indivisibilidad, vecindad de predios y utilidad del gravamen—estima que se trata de una servidumbre predial, discontinua, aparente o no, según los casos particulares y sus respectivos títulos, positiva, con aspectos de Derecho público, pero también de Derecho privado (*La alera foral*, Zaragoza, 1951, págs. 207 y sigs.). También PÉREZ MARTÍNEZ, en el *Informe del Seminario* (pág. 57).

FAIRÉN ha estudiado el tema con particular intensidad (cfr., además, *El régimen de pastos de alera foral en la actualidad*, en el «Homenaje a la memoria de don Juan Moneva y Puyol», Zaragoza, 1953, págs. 303-319; *Consideraciones jurídicas sobre los boales en Aragón*, en el «Anuario de Derecho Aragonés», 1944, págs. 399-432; *La llamada alera foral entre los valles de Canfranc y Aisa*, en «Argensola», núm. 14, Huesca; *Faceries internacionales pirenaicas*, Madrid, 1956), y redactó un informe y un boceto de articulado para los trabajos del Seminario.

Cfr. también ABADÍA ESCOLÁ, *La alera foral y los pastos de faceria*, en el «Anuario de Derecho Aragonés», 1951-1952, págs. 85-88.

(50) BORAO define «adempro» (y, por remisión, «ademprivio») como «egido o término común de pastos» (*Diccionario de voces aragonesas*, Zaragoza, 1908, 2.ª ed., pág. 151). La Real Academia Española define «ademprubio» (y, por remisión, «ademprivio») como «terreno de pastos común a dos o más pueblos» (*Diccionario de la Lengua Española*, 18.ª ed., Madrid, 1956, pág. 25).

informe del Seminario—fuente creadora de derechos subjetivos, sino medio y forma de ejercicio de los mismos; en esta materia, título y costumbre no son términos creadores de derechos ambos e incompatibles entre sí; la alera no puede nacer al amparo de una costumbre más o menos prolongada, que tampoco puede ser considerada como título presunto que produce los efectos de la prescripción adquisitiva; en realidad, la costumbre indica simplemente una forma de realización, predicable tanto de un derecho nacido de posesión inmemorial cuanto de otro nacido de título escrito (51). Es muy frecuente el fenómeno—dice FAIRÉN—de que siendo el título originario de la alera foral un antiguo pacto, una concordia, una «pazeria», una sentencia arbitral, este título como tal se haya perdido, quedando solamente recuerdo, memoria de él; así, el pacto se transmite verbalmente de generación en generación y las actuales luchan a veces con la falta de concreción en su regulación, sin hallar un texto al que remitirse; es entonces cuando se rigen por la costumbre (52).

En este aspecto la formulación del artículo 146 de la Compilación parece más técnica que la del 16 del Apéndice. Todavía la propuesta del Seminario matizaba más, pues refería el título escrito y la posesión inmemorial a la *existencia* de la alera; pero en cuanto a su *régimen*, a ellos—título escrito y posesión inmemorial—añadía la costumbre y el propio Cuerpo foral; la Comisión compiladora, tanto en el Anteproyecto provisional (art. 38) cuanto en el definitivo (art. 34), refería también el título y la posesión al *fundamento de su existencia* y a las *fuentes de su regulación*, pero añadía: «integrándose e interpretándose con los usos consuetudinarios y el principio de reciprocidad» (principio muy discutible en cuanto a la alera: lo que ocurre es que ya la Comisión había incluido en el mismo precepto las mancomunidades de pastos, leñas y demás «ademprios»). Fue la Comisión de Códigos quien suprimió esta invocación a la costumbre en el artículo 146 del Proyecto, a mi juicio con buen criterio, pues no creo que pretendiera negar a la costumbre, además de valor de título—que no puede tenerlo—, el de regla de interpretación, incluso integradora, sino que entendió que este valor le venía dado por el artículo 1.º de la propia

(51) *Informe*, cit., pág. 58.

(52) Cfr. el *Informe*, cit., pág. 53.

Compilación. En cuanto a la supresión, como regla interpretativa, de la reciprocidad, ya he dicho que, referida a la alera foral—servidumbre—, resulta muy discutible, y referida a las mancomunidades, su valor interpretativo (al menos de las nacidas de pacto) le puede venir dado por el artículo 1.289 del Código civil.

En la propuesta del Seminario se añadía a este precepto un segundo párrafo que decía: «Subsidiariamente regirán los preceptos del Código civil relativos a las servidumbres y las leyes administrativas pertinentes, sin perjuicio del derecho de los interesados a recurrir por la vía que corresponda contra disposiciones administrativas de rango inferior al de esta Ley, acuerdos, concordias y otros actos que lesionen una servidumbre de alera, sea modificándola o extinguiéndola.» En el informe se reconocía la innecesariedad teórica de esta norma, pero se insistía en su oportunidad práctica, basada en la experiencia, como medida tuitiva de los particulares (53). La Comisión compiladora, pese a haber introducido las mancomunidades, limitó esta remisión a los preceptos del Código civil relativos a las servidumbres (§ 2.º del artículo 38 del Anteproyecto provisional y 34 del definitivo). Y en el Proyecto, como después en el texto legal, el artículo 146 queda despojado de este segundo párrafo.

Una última observación crítica en esta materia: tratándose del título relativo a las servidumbres no parece del todo correcto haber incluido las mancomunidades de pastos, leñas y demás «ademprios», que, evidentemente, no son servidumbres. Con todo, tal como ha quedado el contenido del artículo 146, la observación carece de importancia práctica.

7. El resto del título II regula la usucapión de servidumbres.

No procede aquí un planteamiento pormenorizado de la cuestión en general ni la crítica del Código civil en esta materia. por otra parte, ya expuesta en otro lugar (54), y voy a limitarme a la cuestión específica dentro de la nueva Compilación aragonesa.

La regulación de la usucapión de servidumbres era de las más dificultosas; buena prueba de ello dan los prolongados estudios y las enconadas discusiones de que fue objeto en el seno del Semi-

(53) Págs. 54-57.

(54) LACRUZ, *Usucapión...*, cit.

nario. Respondía esta dificultad a que confluían en este punto un ordenamiento histórico relativamente prolijo y de no fácil comprensión—baste citar como botón de muestra la equívoca conclusión a que buen número de autores llegaban nada menos que sobre la cuestión de si se precisaba o no título al interpretar la observancia 7.^a, de *praescriptionibus*, a la luz de la primera y del fuero, también primero, del mismo título—, con una regulación defectuosa y equívoca en el Código civil (arts. 537 y 539), que, a su vez, había influido notablemente en la redacción y, sobre todo, en la interpretación del artículo 14 del Apéndice.

La solución a tan compleja problemática adoptada por la Compilación se basa en las siguientes apreciaciones:

1.^a La distinción entre servidumbres continuas y discontinuas es irrelevante a los efectos de la prescripción adquisitiva (no así a los de la extintiva), por ser perfectamente posible la posesión «continua»—pública, pacífica, inequívoca, con *ánimus utendi iure servitutis*—de una servidumbre discontinua: lo discontinuo es el ejercicio, no la posesión (55). Las legislaciones más progresivas—concretamente el Código italiano de 1942—y los autores modernos lo consideran requisito inútil y perturbador, y el Derecho aragonés no lo había exigido para la usucapión.

2.^a Una cosa es la apariencia y otra la posedibilidad de la servidumbre; no se trata de conceptos necesariamente coincidentes y, ello supuesto, el requisito de la usucapión es la susceptibilidad de posesión, no la apariencia. Sin embargo, esta consideración convenía referirla sólo a la usucapión ordinaria—con buena fe y título—para evitar que los actos meramente tolerados dieran nacimiento a servidumbres viciosas.

3.^a La usucapión extraordinaria del artículo 537 del Código

(55) El error arranca, seguramente, de BARTOLO; al negar que pueda ser continua la posesión de aquellas servidumbres cuya utilización requiere el hecho del hombre, se confunde la continuidad de la posesión con la continuidad del ejercicio de la servidumbre.

Por continuidad no debe entenderse un ejercicio ininterrumpido (como lo demuestra bien claro el artículo 561 del Código civil). La característica de las servidumbres discontinuas y su diferencia esencial de las continuas es la necesidad del hecho actual del hombre cada vez que quiera usarse de ellas. Tenemos, pues, como notas diferenciales, la obra de la naturaleza para el uso de las servidumbres continuas y el hecho del hombre para el de las discontinuas (cfr. LACRUZ, *Usucapión...*, cit., págs. 37-43).

civil (veinte años) y del artículo 14 del Apéndice (56) (diez años entre presentes y veinte entre ausentes) es compatible con la usucapación ordinaria—con buena fe y título—del artículo 1.957 del Código civil, y en este sentido debe interpretarse el 539 del mismo Código (57).

Dejo para después la cuestión de las servidumbres negativas.

Sobre esta base, he aquí—salvada la errata material del Proyecto y del texto legal—la regulación vigente:

Usucapación de las servidumbres aparentes.

Artículo 147. Todas las servidumbres aparentes pueden ser adquiridas por usucapación de diez años entre presentes y veinte entre ausentes (58), sin necesidad de justo título ni buena fe.

Usucapación de las no aparentes.

Artículo 148. Las servidumbres no aparentes, susceptibles de posesión, pueden adquirirse por usucapación de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, con buena

(56) En el *Informe* del Seminario se decía que al párrafo primero del artículo 14 le sobraban palabras, que nada añadían, y le faltaban otras; lo primero porque, si se empieza por afirmar que «todas las servidumbres continuas y aparentes...» resulta innecesario añadir el inciso «cualquiera que sea el derecho en que consistan o la obligación correlativa que impongan»; y lo segundo, por cuanto, admitida—de acuerdo, a la vez, con nuestro Derecho histórico y la mejor parte de la doctrina moderna—la usucapación ordinaria de las servidumbres no estaría de más añadir, con respecto a la extraordinaria, que es la que regula este artículo, que, junto a la posesión idónea *ad usucapionem*, no es necesaria ninguna otra condición: ni título ni buena fe (páginas 34 y 35).

Por lo demás, como el artículo 14 del Apéndice refería la usucapación extraordinaria a las servidumbres continuas y aparentes, la generalidad de los autores deducía que las demás (las discontinuas y las no aparentes) sólo podían adquirirse mediante título, tal como en una primera interpretación se deduce del artículo 539 del Código civil. No era, sin embargo, conclusión necesaria y, en cualquier caso, la supuesta imposibilidad de adquirir por usucapación las servidumbres discontinuas y las no aparentes, ha desaparecido en la Compilación.

(57) Sobre la interpretación del artículo 539 del Código civil, LACRUZ, *Usucapación...*, cit., págs. 60-89.

(58) Como se ve, el nuevo texto no reproduce el segundo párrafo del artículo 14 del Apéndice, relativo al cómputo; simple aclaración innecesaria, aplicable sólo a las positivas, y que nada tiene de foral.

fe y justo título. En todo caso, la posesión inmemorial, pacífica y no interrumpida produce, sin otro requisito, los efectos de la prescripción adquisitiva.

Por consiguiente, la tabla de la usucapión de servidumbres queda en la siguiente forma:

— USUCAPIÓN ORDINARIA.

Resultante del título, la buena fe y la posesión *ad usucapionem* de diez años entre presentes y veinte entre ausentes.

Aplicable a todas las servidumbres susceptibles de posesión, sean continuas o discontinuas:

A las no aparente, por disposición expresa del artículo 148.

A las aparentes, por cuanto si son susceptibles de usucapión extraordinaria (sin título ni buena fe) en los mismos términos, por disposición del 147, con mayor razón lo serán con título y buena fe; por cuanto si el artículo 148 la admite para las no aparentes, con mayor razón debe ser admitida para las aparentes; en último caso, por aplicación del artículo 1.957 del Código civil.

— USUCAPIÓN EXTRAORDINARIA.

Sin otro requisito que la posesión *ad usucapionem* (por consiguiente, la posesibilidad); sin necesidad, pues, de título ni de buena fe. Diez años entre presentes y veinte entre ausentes.

Aplicable sólo a las servidumbres aparentes, pero—insisto—sean continuas o discontinuas.

— POSESIÓN INMEMORIAL.

Más que una forma de usucapión es una presunción de título; por eso la Compilación ha reproducido el texto—de clarísima y excelente redacción—del último párrafo del artículo 14 del Apéndice.

Sin otro requisito, la posesión inmemorial, pacífica y no interrumpida produce, en todo caso, los efectos de la prescripción adquisitiva.

Queda sin resolver expresamente en la Compilación el problema de la usucapibilidad de las servidumbres negativas.

El Apéndice, en cambio, en el párrafo tercero del artículo 14

refería el comienzo de la usucapión de la servidumbre de luces y vistas al acto obstativo, referencia poco conciliable con el párrafo primero en su interpretación dominante—inusucapibilidad de las servidumbres no aparentes (59)—, puesto que el tercero se refería claramente (especificando que los huecos habían de ser sin balcones ni otros voladizos) a la servidumbre *negativa* de luces y vistas (60).

Este tercer párrafo tenía la ventaja de subrayar que en Derecho aragonés la servidumbre de luces y vistas era normalmente (sin voladizos sobre el suelo ajeno) negativa; por eso en una primera propuesta de articulado el Seminario lo reprodujo, eliminando los vocablos ociosos; pero con posterioridad eludió el problema, manteniendo sólo la fórmula de prescripción de las no aparentes, puesto que en la nueva regulación (que permite los huecos *iure domini* y priva a los voladizos en suelo propio y a la ausencia de defensas del carácter de signos aparentes) todas las negativas lo son, y dejó así al intérprete que decidiera si son o no susceptibles de posesión. Y en estos términos queda planteada la cuestión en el texto legal.

Al prescindir la Compilación de la doctrina del acto obstativo y centrar toda la aptitud para la usucapión en la posedibilidad, la cuestión tendría que resolverse rechazando que las servidumbres negativas sean usucapibles, pues propiamente no son susceptibles de posesión: la inscripción del título puede producir efectos de publicidad frente a terceros, pero no es un sucedáneo de la posesión y tampoco puede considerarse como equivalente de ésta el acto obstativo; la prohibición formal no puede bastar, de suyo, para paralizar una regla tan fundamental en el libre ejercicio de los derechos como es aquella por la cual *in facultativis non datur praescriptio*: frente a la oposición, el propietario del fundo a quien se dirige debe tener derecho a encogerse de hombros y continuar, si

(59) Cfr. *supra*, nota 56.

(60) Pudo ser ello consecuencia del criterio jurisprudencial que rechazaba la facultad *iure proprietatis* de abrir huecos en pared propia contigua a suelo ajeno, en relación con el criterio del Tribunal Supremo, ya expuesto, en cuanto al *tertium genus*, de apariencia equivoca o ambigua, constituida por huecos que, no constituyendo ejercicio normal del dominio, podían ser obstruidos edificando. Al menos podría explicarse, en base a estos criterios jurisprudenciales, la concordancia entre los párrafos primero y tercero del artículo 14 del Apéndice.

lo estima más útil, no ejercitando una facultad comprendida en su dominio—la de edificar, por ejemplo—seguro de no perderla por ello (61).

Mas también cabría argumentar de este otro modo: no resuelta la cuestión de las servidumbres negativas en la Compilación, será aplicable—a través de su artículo 1.º-2—el artículo 538 del Código civil, que si en el mismo Código parece inconciliable con el 537, no lo es en Derecho aragonés, en el cual hay que referirlo al artículo 148 de la Compilación, que hace inaplicable el 537 del Código. Puesto que las servidumbres negativas son siempre no aparentes, y puesto que la usucapión de las no aparentes está admitida en la Compilación, cabría entender que el artículo 538 del Código civil tendría en Aragón el siguiente sentido: «Para adquirir por prescripción las servidumbres a que se refieren los artículos 147 y 148 de la Compilación, el tiempo de la posesión se contará... en las negativas desde el día en que el dueño del predio dominante hubiera prohibido, por un acto formal, al del sirviente la ejecución del hecho que le sería lícito sin la servidumbre.»

También dentro de esta hipótesis interpretativa surgiría un obstáculo para admitir la usucapión de las servidumbres negativas: si éstas son siempre no aparentes, sólo serán susceptibles de prescripción ordinaria con buena fe y título, además de posesión (artículo 148); aun prescindiendo de la isusceptibilidad de ser poseídas (admitiendo, pues, que el acto obstativo *suple* a la posesión, originando una institución *sui generis* equivalente a la prescripción), la objeción surge conforme al siguiente planteamiento: si, de una parte, la buena fe supone ignorancia de que el constituyente de la servidumbre no es el verdadero dueño del fundo gravado y la consiguiente creencia de que lo es (art. 1950 del Código civil), y de otra, la notificación formal para que se abstenga de ejecutar el hecho que sería lícito sin la servidumbre debe ser dirigida al verdadero propietario del fundo, parece imposible que concurren a la vez los dos requisitos de la buena fe y la notificación, porque en tanto se tendrá buena fe en cuanto se haga la notificación al propietario aparente, pero no real, y en tanto se hará la notificación al propietario real en cuanto se haya llegado a conocer que el propietario aparente no lo es realmente. Si se trata de

(61) Cfr. LACRUZ. *Usucapión*, cit., págs. 94 y 95.

servidumbre negativa constituida *a dómino*, la usucapión aparece igualmente imposible, porque o el título es nulo de pleno Derecho, en cuyo caso no es hábil para usucapir, o bien es simplemente anulable, en cuyo caso se trata de prescripción extintiva (62).

No se ve otra escapatoria a este planteamiento que la hipótesis de constitución *a non dómino* ignorando esta circunstancia el dueño del fundo dominante, si después el constituyente adquiere el dominio o lo transmite con eficacia adquisitiva a un tercero, y a partir de entonces se produce la prohibición formal dirigida a quien es ya propietario real del fundo que va a gravarse: entonces concurre la buena fe del usucapiante con la notificación al verdadero propietario.

De cualquier modo, creo que esta segunda hipótesis interpretativa es rechazable en su origen: el prescindir la Compilación del acto obstativo no supone una laguna legal a suplir con el artículo 538 del Código civil, sino que supone rechazar este sistema como sucedáneo de la posesión; puede ser significativo lo que a este respecto dice la exposición de motivos de la Compilación: «En cuanto a la usucapión de servidumbres, se prescinde de las discriminaciones clásicas de servidumbres positivas o negativas y continuas o discontinuas, para sentar unas reglas más precisas en base de la distinción entre servidumbres aparentes o no aparentes.»

FRANCISCO SANCHO REBULLIDAL

(62) Cfr. LACRUZ, *Usucapión...*, cit., pág. 95.

El derecho transitorio en la Compilación aragonesa

SUMARIO: 1. Entrada en vigor de la Compilación.—2. Conflictos de Leyes en el tiempo.—3. Las disposiciones transitorias. Forma y sistema.—4. Criterios.—5. Las normas transitorias de remisión.—6. Normas sobre capacidad de las personas por razón de la edad.—7. En materia de ausencia.—8. Las relaciones entre ascendientes y descendientes.—9. Tutela y Junta de parientes.—10. El régimen económico conyugal.—11. Régimen matrimonial paccionado.—12. Régimen matrimonial legal.—13. Pasivo y gestión de la comunidad.—14. Disolución, liquidación y división de la comunidad.—15. Comunidad conyugal continuada.—16. Viudedad: extensión.—17. Viudedad: contenido.—18. La sucesión testamentaria. Testamento ante capellán.—19. Testamento mancomunado.—20. La sucesión contractual.—21. La fiducia sucesoria.—22. Legítimas, sucesión intestada y normas comunes.—23. Apertura de huecos.—24. Servidumbres.—25. Retracto de abolorio.—26. Conclusión.

1. La Ley 15/1967, de 8 de abril, sobre Compilación del Derecho civil de Aragón, se publicó en el *Boletín Oficial del Estado. Gaceta de Madrid*, de 11 del mismo mes (1). En la referida Ley no se señala *vacatio legis*; a diferencia de lo ocurrido cuando se promulgó el Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho foral de Aragón, de 7 de diciembre de 1925, pues en el Real Decreto de aprobación del mismo se preceptuaba que el Apéndice comenzaría a regir con fuerza y autoridad de Ley, cualquiera que sea el día de su publicación en la *Gaceta de Madrid*, el 2 de enero de 1926 (2).

(1) En el número 96 del *Boletín Oficial*, de 18 de abril de 1967, se corrigieron algunas erratas.

(2) Nótese la diferencia entre el Apéndice de 1925 y las Compilaciones de 1959 (Vizcaya y Alava), 1960 (Cataluña), 1961 (Baleares), 1963 (Galicia) y 1967 (Aragón). En el primero, el texto legal fue precedido de un Real Decreto; mientras que las Compilaciones consisten en «leyes», sin aquel aditamento.

Esa falta de norma expresa sobre el comienzo de la vigencia habrá de suplirse con la aplicación directa del artículo 1.º del Código civil, según el cual las Leyes obligarán a los veinte días de su promulgación si en ellas no se dispusiere otra cosa, entendiéndose hecha la promulgación el día en que termine la inserción de la Ley en el *Boletín Oficial del Estado. Gaceta de Madrid*. Como quiera que la Ley sobre Compilación del Derecho civil de Aragón se publicó, como se ha dicho, en 11 de abril, aquel plazo de veinte días se cumplió el día 1 de mayo de 1967 (3).

En resumidas cuentas, el plazo legal de *vacatio legis*—veinte días—, aplicado a la Ley de Compilación de 1967, ha resultado más extenso que el plazo expresamente señalado en el Real Decreto de promulgación del Apéndice de 1925, que fue de diecisiete días (15 de diciembre a 2 de enero).

2. La Compilación Aragonesa contiene una disposición derogatoria de este tenor: «Queda derogado el *Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón* de 7 de diciembre de 1925».

Esta disposición, naturalmente, entró en vigor el día 1 de mayo de 1967; pero claro es que en esa fecha se hallaban vivas, en curso de desarrollo, muchas relaciones jurídicas regidas por las normas del texto legal derogado. Surgen así los conflictos de Leyes en el tiempo, que han de resolverse, en primer término, por las normas especiales dictadas *ad hoc*; en su defecto, por las normas generales de Derecho transitorio; en fin, por el principio recogido en el artículo 3.º del Código civil, conforme al cual las Leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario.

El concepto de *irretroactividad* condiciona la eficacia de las disposiciones derogatorias, pues en todas aquellas situaciones jurídicas para las que la nueva Ley no tenga aplicación inmediata la

(3) A raíz de la publicación de la Ley de la Compilación se suscitó alguna duda sobre el cómputo de los veinte días de *vacatio legis*. Alguien opinaba que entró en vigor el día 2 de mayo. Aunque este punto de interpretación del artículo 1.º del Código civil ha sido poco tratado, nos adherimos al parecer de BONET RAMÓN, según el cual las Leyes empezarán a ser obligatorias el día vigésimo de su publicación (*Código civil comentado*, Madrid, Aguilar, 1962, página 23).

Ley derogada seguirá teniendo un ámbito de eficacia muy dilatado (4).

En una Ley reguladora de relaciones de Derecho privado, preferentemente de familia, como ocurre en la Compilación del Derecho civil de Aragón, puede colegirse la inmensa proyección en el tiempo que tendrá el ordenamiento derogado. El régimen económico matrimonial, la comunidad continuada, la viudedad, el testamento mancomunado, la sucesión contractual y la fiducia sucesoria son instituciones que, en concreto, perviven largos lapsos de tiempo y que se verían gravemente trastornadas si se atribuyera efectos energéticos a la derogación de las antiguas regulaciones.

Las variaciones introducidas en el Ordenamiento civil aragonés por la Compilación de 1967 pueden clasificarse, en atención a la mayor o menor intensidad de la alteración, de la siguiente manera. En primer lugar, existen instituciones que se han remodelado en aspectos que afectan a elementos o preceptos sustanciales. Tal ha ocurrido con el régimen económico del matrimonio, en cuanto a la calificación de bienes comunes y privativos; con los supuestos de continuación de la comunidad conyugal; con la normativa de la revocación del testamento mancomunado, y con la regulación del derecho de usufructo de viudedad.

En segundo lugar, ha reaparecido alguna institución suprimida en el Apéndice de 1925: el consorcio foral.

Por otra parte, hay modificaciones que, no afectando a lo sustancial de una institución, atañen a algún elemento relevante de la relación jurídica respectiva. Otras veces, la variación se refiere a la enunciación de las normas y a la fijación del sentido de algunas antiguas que suscitaban dudas de interpretación. Y hay, finalmente, otras de orden procesal, mejor dicho, sobre modo de ejercicio de derechos o de cumplimiento de funciones.

No es éste el momento de realizar un estudio comparativo de las variaciones introducidas por la Compilación en el Ordenamiento civil vigente cuando aquélla se promulgó. El preámbulo de la Ley es un avance de ese estudio, pero no agota la materia. Nos

(4) Véase Guillermo G. VALDECASAS: *Sobre la significación del principio de no retroactividad de las Leyes*, en «Anuario de Derecho Civil», enero-marzo, 1966, págs. 44 a 53.

aguarda un período de tiempo en que la praxis de la vida jurídica aragonesa ofrecerá casuística no escasa al estudioso.

3. La Compilación del Derecho civil de Aragón inserta, en su parte final, doce *disposiciones transitorias*, de las cuales la última (en la que se hace remisión a las disposiciones transitorias del Código civil) tiene carácter general, y las once primeras constituyen normas especiales relativas a cuestiones concretas determinadas de Derecho intertemporal.

En los Anteproyectos de la Comisión de jurisconsultos aragoneses, con sede en Zaragoza (publicados en julio de 1962 y julio de 1963), nada se proponía acerca de la solución de los conflictos de Leyes en el tiempo. Fue en la Sección especial de la Comisión General de Codificación donde se redactó un proyecto de disposiciones transitorias (años 1965 y 1966).

El sistema adoptado en la Compilación, en esta materia, parece el más conveniente, al recoger cuestiones determinadas y al postular soluciones claras para ellas, evitándose que al aplicar las normas o principios generales de Derecho intertemporal se produzcan dudas y vacilaciones. La seguridad jurídica no sólo no se perjudica, sino que resulta robustecida.

La catalogación de cuestiones especiales, en sendas «disposiciones transitorias», es un ideal del arte legislativo. Con razón Guillermo G. VALDECASAS (5) observa que sería de desear que, siempre que fuera necesario, el legislador agregase a la nueva Ley las oportunas normas de Derecho transitorio, y que éstas señalaran, con toda la precisión posible, la respectiva esfera de aplicación de las Leyes en conflicto, sin dejar ningún vacío o laguna jurídica. Pero es frecuente—dice—que el legislador se ahorre este esfuerzo acudiendo al sencillo expediente de atribuir o negar efecto retroactivo a la nueva Ley, según que se proponga o no someter a su dominio las situaciones jurídicas creadas bajo la Ley antigua. Otras veces—añade—el legislador guarda silencio sobre esta cuestión, y es el intérprete quien tiene que resolver si la nueva Ley es o no retroactiva.

La Compilación del Derecho civil de Aragón, en este punto, se ha atenido, pues, a la buena doctrina de Derecho intertemporal.

(5) Véase loc. cit., pág. 46.

Ha seguido los pasos de la edición reformada del Código civil publicada por Real Decreto de 24 de julio de 1889 (6), del Código civil alemán (7) y del Código civil italiano de 1942 (8).

Esa especificación de cuestiones formuladas como relevantes en las normas transitorias no se contenía en el Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho foral de Aragón de 1925. Bajo la rúbrica de «Disposiciones transitorias» se contentaba con preceptuar que la aplicación de lo establecido en el mismo Apéndice a hechos o actos anteriores a su vigencia se regiría por las disposiciones transitorias del Código civil. De las consecuencias que se produjeron por esta remisión, especialmente en lo atinente al testamento mancomunado, nos ocuparemos más adelante.

En comparación con las disposiciones transitorias de las otras Compilaciones, se observa que la de Aragón ha sido más extensa que aquéllas. La Compilación de Vizcaya y Alava (9) contiene una disposición transitoria general de respeto a los derechos adquiridos, otra especial relativa a los habitantes del término municipal de Bilbao afectados por el nuevo Ordenamiento, y una tercera de remisión a las transitorias del Código civil. En la Compilación de Cataluña (10) hay cinco disposiciones transitorias especiales y una general de remisión al criterio que informa las transitorias del Código civil. Esta norma general, si bien con otras palabras, es lo que únicamente se prescribe, en cuanto a Derecho intertemporal, en la Compilación de Baleares (11). Por último, en la Compilación del Derecho civil especial de Galicia (12) se insertan cuatro disposiciones transitorias especiales y una general de remisión a las transitorias del Código civil.

(6) Sabido es que los redactores del Código civil español en la primera edición se limitaron a declarar—artículo 1.976—que el Código no tendría efecto retroactivo. En la edición vigente, trece disposiciones transitorias y un proemio, más unas interesantes consideraciones en la Exposición de Motivos, han rectificado aquel laconismo.

(7) Ley de Introducción al Código Civil Alemán, Sección cuarta, «Disposiciones transitorias».

(8) Disposiciones para la actuación del Código civil y disposiciones transitorias, Real Decreto de 30 de marzo de 1942, capítulo II, con seis secciones, relativas al Derecho intertemporal de cada uno de los seis libros del Código. Comprende los artículos 114 a 248.

(9) Ley 42, de 30 de julio de 1959.

(10) Ley 40, de 21 de julio de 1960.

(11) Ley 5, de 19 de abril de 1961.

(12) Ley 147, de 2 de diciembre de 1963.

Es de notar que las once disposiciones transitorias especiales de la Compilación de Aragón hacen concreta referencia a artículos numerados de su texto (13), facilitando así su aplicación.

Entendemos que el sistema de normas especiales de la Compilación aragonesa sirve mejor a la certeza del Derecho, que no la remisión general a las disposiciones transitorias del Código civil. Sin embargo, no es opinión unánime. HERNÁNDEZ CANUT, comentando lo normado en la Compilación de Baleares, es de parecer que, con la remisión al Código, se refleja el propósito de simplificación, que fue la meta inmediata a conseguir con este nuevo tipo de ordenación de las instituciones civiles para, en su día, integrarlas bajo un cuerpo único, aunque no unitario (14).

4. Al tratar de indagar el criterio en que se inspiran las disposiciones transitorias de la Compilación de Aragón, es obligado recordar que la doctrina de Derecho intertemporal, si bien recoge un repertorio de principios amparadores de la seguridad jurídica, ha tenido que aceptar soluciones aparentemente menos ortodoxas, cuando graves razones así lo requirieren.

En las disposiciones transitorias especiales de la Compilación aragonesa se ha seguido el criterio comúnmente recibido, según el cual superada la doctrina clásica de los *derechos adquiridos* (15), se parte de la distinción entre *efecto retroactivo* y *efecto inmediato*, y de la teoría de las fases sucesivas de la situación jurídica. La doctrina ofrece una matización especial cuando se enfrenta con la problemática de Derecho intertemporal en la *sucesión testamentaria*, en la *prescripción* y en otras situaciones (16).

Junto con estos principios, se ha tenido en cuenta la revisión de la irretroactividad de la Ley, con la admisión de tipos de retro-

(13) En la Compilación de Cataluña, en tres de sus cinco disposiciones transitorias especiales, se alude expresamente a artículos determinados.

(14) Véase HERNÁNDEZ CANUT: *La Compilación del Derecho civil especial de Baleares*, en «Anuario de Derecho Civil», julio-septiembre de 1961, páginas 659 a 690.

(15) Véase PAUL ROUBIER: *Les conflicts de lois dans le temps*, tomo I, París, 1929, págs 321 y sigs: en donde concienzudamente son examinadas, además de aquella doctrina, las de sus transformaciones, la de LASSALLE, la de la distinción de situaciones jurídicas objetivas y subjetivas y la de los *facta praeterita*.

(16) Véase ROUBIER, loc. cit., págs. 388 y sigs.

actividad menos fuerte o intensa (17). La política legislativa induce a inclinarse por los efectos inmediatos de la Ley nueva en algunos casos en que, por lo menos, se suscitaria la duda sobre la supervivencia de la norma antigua. Pueden servirnos de orientación, a este respecto, los puntos de vista que indica ENNECERUS (18) sobre interpretación de las disposiciones transitorias de la Ley de introducción del Código civil alemán: 1. Normas jurídicas fundadas en razones de moralidad o dictadas para eliminar situaciones inconvenientes en el orden económico y social. 2. Evitación, en lo posible, de que la simultaneidad del nuevo y del antiguo derecho sea de larga duración.

5. No obstante la precisión con que las once disposiciones transitorias especiales de la Compilación aragonesa enfocan la solución de las cuestiones de Derecho intertemporal, ha de notarse que en ellas, de los 153 artículos de que consta aquella, sólo se hace referencia de 33 (19). Los restantes 120 artículos ofrecen materia cuestionable en mínima escala. Sin embargo, aunque se prescindiera de aquellas reglas que sustancialmente puedan identificarse con las respectivas del Ordenamiento derogado, es indudable que siempre restará un número más o menos importante de artículos de la Compilación susceptibles de ocasionar conflictos en el tiempo.

Basta repasar la reseña de diferencias (20) entre el Ordenamiento del Apéndice y el de la Compilación, que se hace en el preámbulo o Exposición de Motivos de ésta, para percatarse de que algunas de ellas no han sido aludidas en las disposiciones transitorias. Ocurre así con la Junta de parientes, la sucesión contractual, las legítimas, la sucesión *ab intestato* y el Consorcio foral.

(17) Véase G. VALDECASAS, loc. cit., pág. 48.

(18) Véase *Derecho civil*, parte general, volumen I, traducción, con notas, de PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, Barcelona, 1934, págs. 246 y 247.

(19) Disposición transitoria *primera*: artículos 37, 38 y 39; *segunda*: artículos 48, 49, 50 y 51; *tercera*: artículos 60 a 71; *cuarta*: artículos 72 y 76; *quinta*: artículo 73; *sexta*: artículo 96; *séptima*: artículo 110; *octava*: artículos 114 a 118; *novena*: artículo 144; *décima*: artículos 147 y 148, y *undécima*: artículo 153.

(20) Se observa en el preámbulo de la Ley de la Compilación que se ha procurado eludir el empleo de voces como «innovaciones», «modificaciones», «alteraciones» y otras sinónimas. Se habla de «remodelación», «institucionalización», «incorporación», «nueva regulación» y otras.

Cuando surja conflicto de aplicación de una u otra Ley, la vieja o la nueva, a materias o casos no previstos en las once disposiciones transitorias especiales de la Compilación, habrá que acudir a la *duodécima*, según la cual las demás cuestiones de carácter intertemporal que pueda suscitarse se resolverán aplicando el criterio que informa las disposiciones transitorias del Código civil.

Serán, pues, de aplicación preferente los principios que inspiran estas disposiciones transitorias, en primer término las especiales, en cuanto se refieran a conflictos análogos a los suscitados por la Compilación. Así, las disposiciones 8.^a y 9.^a sobre tutela y curatela; la disposición 10, sobre Consejo de familia, y la 12, sobre derechos de la herencia. Pero carecerá de eficacia el último inciso de la transitoria 2.^a del Código civil, relativa a revocación o modificación de testamento mancomunado, ya que la disposición transitoria 6.^a de la Compilación se refiere expresamente a este punto.

Quedan, pues, como criterios de carácter general, los que inspiran la rúbrica de «Disposiciones transitorias» del Código en sus dos párrafos preliminares y en sus disposiciones 1.^a, 2.^a, en su primer punto, 3.^a y 4.^a (21).

Para casos no previstos en las disposiciones transitorias especiales de la Compilación aragonesa, ni en las disposiciones transitorias especiales del Código civil (en cuanto resuelvan cuestiones similares), habrá que acudir a las siguientes reglas.

Regla preliminar en el Código: las variaciones introducidas por este Código [por esta Compilación] que perjudiquen *derechos adquiridos* según la legislación anterior, no tendrán efecto retroactivo.

Disposición transitoria 1.^a del Código: «Se regirán por la legislación anterior al Código [a la Compilación] los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código [la Compilación] los regule de otro modo o no los reconozca. Pero si el derecho apareciere por primera vez en el Código [la Compilación], tendrá efecto, desde luego, aunque el hecho que lo

(21) No incluimos la disposición transitoria 13 del Código, porque, por ser una remisión a los principios que sirven de fundamento a las anteriores, queda recogida en la transitoria duodécima de la Compilación.

origine se verificara bajo la legislación anterior, siempre que no perjudique a otro derecho adquirido de igual origen».

El punto inicial de la disposición transitoria 2.^a del Código civil: «Los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma con las limitaciones establecidas en estas reglas».

La disposición transitoria 3.^a del Código civil: «Las disposiciones del Código [de la Compilación] que sancionan con penalidad civil o privación de derechos actos u omisiones que carecían de sanción en las Leyes anteriores, no son aplicables al que, cuando éstas se hallaban vigentes, hubiese incurrido en la omisión o ejecutado el acto prohibido por el Código [por la Compilación]. Cuando la falta esté también penada por la legislación anterior, se aplicará la disposición más benigna».

Disposición transitoria 4.^a del Código civil: «Las acciones y los derechos nacidos y no ejercitados antes de regir el Código [la Compilación] subsistirán con la extensión y en los términos que le reconociera la legislación precedente; pero sujetándose, en cuanto a su ejercicio, duración y procedimiento para hacerlos valer, a lo dispuesto en el Código [en la Compilación]. Si el ejercicio del derecho o de la acción se hallara pendiente de procedimientos oficiales empezados bajo la legislación anterior, y éstos fueren diferentes de los establecidos por el Código, podrán optar los interesados por unos o por otros».

La disposición transitoria 12 de la Compilación aragonesa se refiere al *criterio* que informa las disposiciones transitorias del Código civil. En los proyectos de Apéndice de 1899 y 1904 se proponía que las disposiciones transitorias del Código civil rigieran por analogía. Parece técnicamente más precisa la remisión a criterios.

Ese reenvío que hace la Compilación al Código civil implica una remisión paralela a la doctrina legal y científica que se ha producido al aplicar y estudiar aquellos criterios (22).

(22) Véase DE DIEGO: *Instituciones de Derecho civil*, tomo I, Madrid, 1929, págs. 135 y sigs.; CASTÁN: *Derecho civil español común y foral*, 5.^a edición, tomo I, 1941, págs. 72 y sigs.; CASTRO: *Derecho civil de España*, tomo I, 1942, páginas 541 y sigs. Y todos los demás tratados y manuales de Derecho civil español.

En la escasa jurisprudencia sobre Derecho transitorio, pronunciada después de la promulgación de algunas Compilaciones, el Tribunal Supremo mantiene el tono de respeto a los derechos adquiridos y de supervivencia de la legislación antigua para las situaciones jurídicas nacidas a su amparo (23).

6. El nuevo Ordenamiento sobre *capacidad de las personas por razón de la edad*—artículos 4.º a 6.º de la Compilación—difiere poco de las normas de la legislación derogada—artículos 10 a 13, y 3.º, regla 3.ª, del Apéndice de 1925—.

La asistencia al menor (cumplidos los catorce años) para celebrar toda clase de actos y contratos, que en el artículo 13 del Apéndice habrá de prestarse por el padre, madre o tutor se defiende también a la Junta de parientes, con carácter potestativo, en el artículo 5.º, apartado 1.º, de la Compilación. Parece claro que esta norma es de efecto inmediato, es decir, incluso para los que al entrar en vigor tengan ya cumplidos los catorce años. Encuentra apoyo esta opinión en el espíritu de la disposición transitoria 4.ª y segundo párrafo de la 1.ª del Código civil, en concordancia con la doctrina científica.

Las Leyes sobre el estado y capacidad de las personas incluyen un estatuto que interesa a la sociedad toda entera. Se trata de situaciones jurídicas en curso que caen bajo el dominio de la teoría del efecto inmediato de las Leyes sobre dichas situaciones (24).

La aprobación de las cuentas de administración de sus bienes y finiquito de responsabilidad, por el menor de veintiún años, estaba sujeta en el artículo 12 del Apéndice de 1925, a la asistencia y conformidad de los parientes que se designaban en el tercer pá-

(23) Véase, a este respecto, la sentencia de 4 de octubre de 1962, sobre reserva hereditaria del Fuero de Vizcaya; la Resolución de la Dirección General de Registros de 16 de enero de 1964, sobre sustitución fideicomisaria en el Derecho balear, y la sentencia de 6 de abril de 1967. En esta última se hace esta declaración incidental: «... debiendo afirmar, sin embargo, al modo como hicieron los dos juzgadores de instancia, que dicho texto legislativo especial de Cataluña es, como su propio nombre indica, una Compilación, reducido, por consiguiente, a recopilar sistemática y armónicamente el Derecho vigente con anterioridad, no creando nada nuevo ni que por vez primera hubiese de tener aplicación».

(24) Véase ROUBIER: *Les conflicts de lois dans le temps*, tomo II, París, 1933, págs. 279 y sigs.

trafo del artículo 58; es decir, dos parientes del marido y dos de la mujer, que sean respectivamente los más cercanos, varones y de más edad. El artículo 6.º de la Compilación exige para ese supuesto la asistencia y asentimiento de la Junta de parientes o autorización judicial.

No cabe duda de que la referencia a la Junta de parientes equivale a la llamada de los cuatro que se determinan en el artículo 58 en relación con el artículo 12 del Apéndice; equivalencia que resulta de las normas de Derecho transitorio aplicables a aquella institución. Y en cuanto a la opción para acudir a la autoridad judicial, es de tener en cuenta la misma consideración que anteriormente se ha apuntado con respecto al artículo 5.º de la Compilación.

El apartado 3.º del citado artículo 5.º, en comparación con la regla 3.ª del artículo 3.º del Apéndice—relativa a la capacidad de obrar del menor de veintiún años que vive con independencia de sus padres—, no puede suscitar ninguna cuestión, pues son dos normas sustancialmente idénticas.

7. La Compilación aragonesa, en materia de *ausencia* (artículos 7.º y 8.º), en relación con los preceptos de los artículos 4.º a 7.º del Apéndice, contiene esta pequeña modificación. La administración de los bienes del ausente, cuando no corresponda a su cónyuge, se conferirá primero al heredero contractual y después al heredero *ab intestato* que discrecionalmente designe el Juez, atendidas la cuantía de su porción hereditaria y la proximidad del parentesco. Es decir, aparte la preferencia del heredero contractual, se prescinde del orden del artículo 184 del Código civil a que se refería el artículo 8.º del Apéndice.

Parece incuestionable que estas innovaciones no serán aplicables a las situaciones de ausencia con administrador ya designado, el día en que entró en vigor la Compilación, o situaciones en que la constitución definitiva de la administración estuviera pendiente de la resolución de los Tribunales; regla que se deduce de las disposiciones transitorias 8.ª y 9.ª del Código civil. En los demás casos deberá aplicarse el artículo 8.º de la Compilación por analogía con las normas de Derecho intertemporal sobre tutela y curatela.

8. *Las relaciones entre ascendientes y descendientes* se regulan, en la Compilación, en los artículos 9.º a 14. Sustancialmente coincide su contenido con el Ordenamiento derogado. Son de notar, sin embargo, en orden al Derecho transitorio, las siguientes innovaciones.

El artículo 9.º de la Compilación atribuye los deberes y la autoridad, respecto de los hijos menores, a sus padres conjunta o separadamente, según los usos sociales y familiares. Esta regla debe entenderse de efecto inmediato, ya que se trata de un estatuto legal sobre la familia, aplicable no solamente a los hijos que estén por nacer, sino a las situaciones jurídicas en curso (25). Esta solución se deduce también, aunque indirectamente, de las disposiciones transitorias del Código civil.

En cuanto a los bienes de los menores, y a los *actos de disposición* sobre los mismos, la nueva norma del artículo 13, 2, de la Compilación—autorización de la Junta de parientes o del Juez de Primera Instancia, respecto a bienes raíces, negocios mercantiles o industriales, valores mobiliarios u objetos preciosos—tendrá efecto inmediato, incluso para administraciones ya constituidas; a tenor del criterio que inspira las disposiciones transitorias del Código civil, especialmente la 4.ª y la 8.ª, en concordancia con los principios de la doctrina científica.

9. Los artículos 15 a 18 de la Compilación se refieren a la *tutela*, y en ellos se advierte, más que modificación, la ordenación de supuestos que en el Apéndice de 1925 carecían de regulación. Atañe la cuestión a la coexistencia de varias designaciones de tutor y de varias administraciones, y a la función del protutor.

Por aplicación del criterio de las disposiciones transitorias 8.ª y 9.ª del Código civil estos preceptos sólo tendrán efecto inmediato para las tutelas no constituidas ni pendientes de resolución de los Tribunales al tiempo de la entrada en vigor del nuevo texto.

El mismo criterio de Derecho intertemporal cabe aplicar a las normas sobre designación de vocales del *Consejo de familia* y sobre preferencia para formar parte de él determinados parientes, en el caso de Consejo dativo, que contienen los dos párrafos del artículo 19 de la Compilación.

(25) ROUBIER, obra citada, tomo II, págs. 354 y sigs.

A la *Junta de parientes* están dedicados los artículos 20 y 21 de la Compilación (26). En el artículo 20 se enuncian las tres hipótesis de esta institución: a) que el llamamiento de los parientes sea a virtud de las disposiciones de la Compilación; b) o a virtud de la costumbre; c) o por acto jurídico.

Pues bien, cuando se trate del llamamiento a los parientes establecido por precepto concreto de la Compilación, las normas de los artículos 20 y 21 de la misma se aplicarán a hechos futuros, posteriores a 30 de abril de 1967. Aquí se observará respeto absoluto al principio de irretroactividad de la Ley, del artículo 3.º del Código civil.

En los casos en que el llamamiento de los parientes obedezca a la costumbre o a un acto jurídico, si la actuación de aquéllos no ha comenzado, bien que esté determinada por un hecho anterior a la entrada en vigor de la Compilación (capitulación matrimonial, testamento, fallecimiento del causante), los preceptos sobre composición, constitución y funcionamiento de la Junta de parientes, contenidos en los artículos 20 y 21 de la Compilación, serán también aplicables a estos casos.

Las normas de constitución y funcionamiento son procesales; y respecto de ellas no existe duda sobre su retroactividad de segundo grado, conforme a la disposición transitoria 4.ª del Código civil.

Menos garantía de acierto ofrece esta misma solución para las reglas del artículo 20, sobre composición de la Junta de parientes. Pero bien se entienda que, en parte, son normas de procedimiento, bien se consideren como normas supletorias de la costumbre o del acto jurídico de llamamiento de los parientes, el criterio de retroactividad atenuada resulta de la intención del legislador, deducida del preámbulo de la Ley (27). Es un caso de los en que la doctrina

(26) Téngase presente que la Junta de parientes en funciones de *fiducia sucesoria* tiene una regulación especial en el título IV del libro 2.º de la Compilación, y a ella se remite el artículo 22.

(27) Dice el preámbulo de la Ley: «Se ha considerado conveniente, tanto para el caso de llamamiento legal como para el supuesto de intervención en virtud de costumbre o de autonomía de la voluntad, que se insertasen normas sobre composición, constitución, funcionamiento y eficacia de la Junta de parientes, para reglamentarla y para que sirviese de derecho supletorio, pues la experiencia había demostrado la frecuencia de litigios originados por la carencia de preceptos relativos a esta institución.

se inclina por la retroactividad atenuada, bien por tratarse de situaciones jurídicas en curso de constitución, bien porque, no existiendo norma *ad hoc* en la legislación derogada (o en la costumbre), mal puede hablarse de conflicto de Leyes en el tiempo.

Por otra parte, la disposición transitoria 8.^a de la Compilación, sobre fiducia sucesoria colectiva (de la que nos ocupamos más adelante), recoge el criterio de retroactividad en cuanto a la composición de la Junta de parientes que tenga como función el cumplimiento de una fiducia sucesoria. Si esto es así en materia tan delicada como es la relativa a la designación de heredero, con más razón debe observarse (la retroactividad atenuada) en asuntos familiares de otra índole.

10. Al examinar las cuestiones que puede suscitar la Ley nueva en el *régimen económico conyugal*, hay que sentar el principio general (que, como veremos, tiene excepciones) de que las normas respectivas de la Compilación sólo son aplicables a los matrimonios contraídos desde su entrada en vigor, y que los matrimonios anteriores se rigen por la legislación vigente al tiempo de su celebración.

Este principio general es vulnerable por lo menos en los siguientes supuestos: 1.º cuando exista disposición transitoria especial aplicable que lo contradiga; 2.º cuando, aun sin ella, se trate de una norma que integre el *estatuto legal* de la institución; 3.º cuando la seguridad jurídica (derechos de tercero) aconseje la aplicación de la Ley nueva.

11. Por de pronto, en cuanto al *régimen matrimonial paccionado*, artículos 25 a 35 de la Compilación (28), la nueva normativa no se separa sustancialmente de la derogada. La aplicación del principio *standum est chartae*, que ya el Apéndice de 1925 recogía en su artículo 60, y que ha quedado robustecido y ampliado en su alcance por el artículo 3.º de la Compilación, podrá servir también

(28) Bajo la rúbrica «Del régimen matrimonial paccionado» (capítulo II del título IV del libro I), la Compilación ha comprendido, además del ordenamiento general de la institución, la regulación de algunas otras instituciones, más o menos relacionadas con las capitulaciones matrimoniales, y que en los Anteproyectos de la Comisión de Zaragoza figuraban aparte y en otro lugar, con la rúbrica «Disposiciones interpretativas y limitativas de algunas instituciones consuetudinarias».

para ayudar a resolver las cuestiones de derecho transitorio que se susciten.

El problema que más frecuentemente puede plantearse es el de la *novación de capitulaciones matrimoniales* otorgadas al amparo de la legislación anterior. El Apéndice de 1925, en su artículo 58, preceptuaba que, para novar capitulaciones que antes de matrimonio se hayan otorgado por los padres u otros ascendientes de los cónyuges, se necesitará, aunque éstos sean mayores de edad, la asistencia y conformidad de aquéllos mientras vivan. Y, fallecidos todos los ascendientes que fueron otorgantes en las capitulaciones si no van transcurridos veinte años desde el casamiento, habrán de reemplazarlos en los pactos novatorios dos parientes del marido y dos de la mujer que sean, respectivamente, los más cercanos, varones y demás edad.

En cambio, según el artículo 28 de la Compilación, celebrado el matrimonio, la novación de capítulos requerirá 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.

Por lo mismo que la discrepancia entre uno y otro texto legal no es sustancial, cuesta poco trabajo atenerse al criterio de que la novación voluntaria de una obligación contractual está sujeta a la Ley bajo cuya vigencia fue contraída, en cuanto no afecte al estatuto legal de la institución. No es de aplicar a este caso la disposición transitoria 2.^a del Código civil, que más bien es un trasunto de la regla formal *tempus regit actum*, sino el criterio general atinente a los efectos de la Ley nueva en los contratos que sólo de manera expresa pueden caer, para ciertos extremos, bajo la esfera de la legislación nueva. Se impone la norma preliminar de las transitorias del Código civil: el respeto a los derechos adquiridos.

12. Pasando a estudiar las repercusiones que la nueva legislación haya de tener en el *régimen matrimonial legal* (29), su-

(29) No debe olvidarse que, por precepto del artículo 36 de la Compilación, las disposiciones sobre régimen matrimonial legal, del capítulo III del título IV del libro I, son aplicables también en *defecto de pacto*; es decir, en lo no previsto en capítulos y otras convenciones.

puesta la celebración de matrimonio anterior a 1 de mayo de 1967, hay que acudir, en primer término, a las reglas especiales. La *disposición transitoria 1.ª* de la Compilación establece que las normas sobre *bienes comunes y privativos* del régimen matrimonial legal (arts. 37, 38 y 39) sólo se aplicarán en los matrimonios que se contraigan a partir de la entrada en vigor de la Compilación.

Como quiera que la ordenación sobre bienes comunes y privativos constituye una de las innovaciones sustanciales de la regulación de la sociedad conyugal aragonesa (30), era forzoso decidirse por una u otra solución al encararse con la cuestión de derecho intertemporal que suscitaba la aplicación de la nueva norma. En el ordenamiento de la Compilación se ha pretendido enmendar una injusticia que, con respecto a bienes comunes y privativos, venía sosteniéndose a través del tiempo, a despecho de las alteraciones ocurridas en la conceptualización económica y jurídica de la riqueza mobiliaria (31). En este sentido, desde el punto de vista del derecho justo, la nueva ordenación debería tener efecto inmediato.

Pero si el asunto se enfoca desde el punto de vista de la seguridad jurídica se verá que la única solución ortodoxa es la de respetar el estatuto legal—como convención tácita—a que en el comienzo se sometió el régimen económico del matrimonio. Podría constituir lesión de los derechos subjetivos del uno o del otro cónyuge el alterar ahora—al cambiar la Ley—la atribución del carácter de bienes comunes a los que según el ordenamiento derogado se consideraban como tales.

Cierto es que, de este modo, por espacio de muchos años coexistirán en Aragón dos regímenes matrimoniales legales distintos: los de matrimonios celebrados antes del 1 de mayo de 1967 y los de los contraídos después de entrar en vigor la Compilación. Mas lo que tenga de injusta esta situación podrá enmendarse por voluntad de los cónyuges, ya que, conforme al artículo 26 de la

(30) Compárese el contenido de los artículos 38 y 39 de la Compilación, con el del artículo 48 del Apéndice de 1925, según el cual normalmente tenían la consideración de comunes de la sociedad los bienes de naturaleza mueble congénita o atribuida, cualesquiera que sean el origen y el modo de su adquisición o de su aportación por el marido o la mujer o el de su ingreso en el haber de la sociedad conyugal.

(31) Véase, sobre este particular, la parte que se le dedica en el preámbulo de la Ley de la Compilación.

Compilación (y al art. 58 del Apéndice de 1925), los capitulos matrimoniales pueden otorgarse durante el matrimonio incluso dando a sus estipulaciones efectos retroactivos, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros (32).

13. El *pasivo de la comunidad*, artículos 41 a 47 de la Compilación, no ha sido objeto de atención especial por parte de las disposiciones transitorias de la misma. Aquellos preceptos constituyen una indudable y ventajosa innovación técnica en contraste con los contenidos en el Apéndice; pero, en lo fundamental, serán pocas las cuestiones de Derecho transitorio que se presenten. En las relaciones internas de los cónyuges entre si prevalecerá la Ley antigua, por aplicación de criterios antes invocados. Por lo que respecta a las relaciones con terceros, parece que habrá de aplicarse la nueva legislación; y ello por el principio de buena fe, ya que el tercero no está obligado a conocer el régimen económico a que está sometido el matrimonio que negocia con él (33).

Mayor seguridad ofrece el tratamiento que la Compilación ha dado a las cuestiones de Derecho transitorio sobre *gestión de la comunidad*. La *disposición transitoria 2.ª* deja claramente establecido que los preceptos sobre administración de bienes de la mujer casada, privación de la administración y facultades dispositivas del administrador (arts. 48, 49, 50 y 51) serán aplicables cualquiera que fuere la fecha de la celebración del matrimonio. For consiguiente, aunque se trate de cónyuges unidos en matrimonio con anterioridad a 1 de mayo de 1967, la nueva legislación, en este punto, tendrá efectos inmediatos.

Son importantes las variaciones introducidas por la Compilación bajo la rúbrica de «Gestión de la comunidad»: la participación de la mujer en la administración con las facultades necesarias para el gobierno del hogar, la facultad de la mujer de recabar

(32) En teoría esa tesis es correcta; pero, en la práctica, mucho nos tememos que el otorgamiento de capitulaciones *durante el matrimonio* siga respondiendo, preponderantemente, a motivos distintos de la acomodación a un régimen justo en los bienes privativos y comunes (casos de separación conyugal o de salvaguardia del patrimonio frente a acreedores, etc.).

(33) Véase el artículo 77 de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957 y los artículos 264 y 265 del Reglamento para su aplicación de 14 de noviembre de 1958, relativos a indicaciones sobre régimen económico de la sociedad conyugal.

para sí la administración de sus bienes privativos; la privación, por resolución judicial, de las facultades del cónyuge administrador, y la necesidad del consentimiento del no administrador para actos de disposición voluntaria sobre inmuebles y establecimientos mercantiles, con la posible intervención de la Junta de parientes o de la autoridad judicial.

Esta retroactividad atenuada que se reconoce a los citados preceptos sobre gestión de bienes de la comunidad, responde a consideraciones de justicia, generalmente relacionadas con la actual promoción social de la mujer que, en buena política legislativa, no podían ser desdeñadas (34).

14. En las disposiciones transitorias especiales de la Compilación no aparece ninguna que afecte a cuestiones relacionadas con la *disolución, liquidación y división de la comunidad conyugal*. Parece, a primera vista, que las normas sobre extinción de situaciones jurídicas en curso al tiempo de dictarse la nueva Ley, no tienen efecto retroactivo. Por consiguiente, en principio, todo cuanto se refiera a reintegros, detracciones y reembolsos habrá de regirse por la legislación anterior, en cuanto a la disolución de matrimonio contraidos bajo ella, aunque esta disolución se produzca ya vigente el nuevo ordenamiento. Puede entenderse, pues, que los artículos 55 a 58 de éste no son aplicables a los referidos matrimonios.

En cuanto a lo prevenido en el artículo 53, que regula la situación más o menos provisional de *comunidad disuelta, pero no liquidada*, la coincidencia esencial con el ordenamiento anterior dispensa de plantear problemas de Derecho intertemporal.

Más áridas serán las cuestiones que podrán suscitarse a la vista del artículo 59 de la Compilación, referente a liquidación de varias comunidades. La innovación que representa, frente al artículo 57, regla 4.ª, del Apéndice de 1925 (como éste alteró la norma-

(34) El artículo 51 de la Compilación está inspirado en el párrafo 1.º del artículo 1.413 del Código civil, texto redactado conforme a la Ley de 24 de abril de 1958, si bien difiere de esta norma en algún punto sustancial. La Ley de 24 de abril de 1958 no contenía disposiciones transitorias sobre el ámbito de aplicación temporal del nuevo texto del artículo 1.413. Véase Manuel de LA CÁMARA: *El nuevo artículo 1.413 del Código civil*, «Anuario de Derecho Civil», abril-junio de 1959, págs. 453 y sigs.

tiva anterior sobre el mismo punto), será capaz de plantear intrincados problemas de Derecho transitorio, cuya formulación, solución y comentario excederían los límites de este trabajo.

15. La reordenación de la *comunidad conyugal continuada* en la Compilación (arts. 60 a 71) es difícil que pueda provocar conflictos de Leyes en el tiempo; pues la *disposición transitoria 3.ª*, con cita expresa de aquellos artículos, establece que la comunidad conyugal continuada se regulará conforme a las normas vigentes en el momento del fallecimiento del cónyuge causante.

Sin embargo, podrá suscitarse alguna cuestión, en cuanto a determinados puntos. El artículo 60 de la compilación impone obligatoriamente la continuación de la comunidad si así se hubiera pactado en capítulos o dispuesto en testamento mancomunado por ambos cónyuges. En estos casos podrá ocurrir que tales actos hayan sido otorgados con anterioridad a 1 de mayo de 1967, pero que el cónyuge causante fallezca después de esa fecha. Habrá que preguntarse si será factible la continuación de la comunidad conyugal, aunque los principales ingresos no provengan de explotaciones agrícolas, ganaderas, industriales o mercantiles, toda vez que la Compilación ha establecido (art. 60), como requisito para la continuación de la comunidad, que los principales ingresos de la sociedad conyugal provengan de esas explotaciones.

Entendemos que en ese supuesto, por aplicación del apotegma *Standum est chartae*, el cónyuge supérstite habrá de soportar la obligación de continuar en la comunidad, pero acomodándose a la legislación anterior, bajo la cual se convino. En la hipótesis de testamento mancomunado puede pensarse que cabría la repudiación de las disposiciones y liberalidades procedentes del premuerto.

Otro punto que también puede ocasionar conflictos de Leyes en el tiempo es el de la liquidación y división de varias comunidades sucesivas, con aplicación del artículo 71 en coordinación con el artículo 59 de que antes se ha hablado (35).

(35) El artículo 59 de la Compilación comienza así: «Contraídas por el cónyuge sobreviviente ulteriores nupcias sin previa división, se hará separadamente liquidación de cada comunidad, incluso de la continuada si la hubiere».

16. Dos disposiciones transitorias especiales ha merecido a la Compilación la *viudedad*, y en ellas se da la pauta para resolver los problemas más importantes que, en esta materia, podrán derivarse de la nueva ordenación, a saber, la extensión del derecho de viudedad. En estos extremos las modificaciones del antiguo ordenamiento han sido fundamentales.

La *disposición transitoria 4.ª* de la Compilación atribuye efecto para los matrimonios subsistentes al tiempo de su entrada en vigor, al precepto del artículo 72, que establece el *usufructo universal* sobre todos los bienes del que primero fallezca, salvo pacto en contrario o lo dispuesto de mancomún por ambos cónyuges, con las limitaciones que se señalan en el apartado 2.

También se aplicarán a los matrimonios subsistentes al tiempo de entrar en vigor la Compilación, en virtud de la misma transitoria 4.ª, las normas sobre extensión del derecho expectante de viudedad del artículo 76, es decir, que ese derecho expectante alcanza, con efecto inmediato, a los inmuebles por naturaleza y a las explotaciones agrícolas, ganaderas, industriales o mercantiles con cuantos elementos estén afectos a unas y otras; y las prescripciones sobre renuncia expresa, responsabilidad por deudas de gestión frente a terceros de buena fe, y enajenación de otros bienes muebles en fraude del derecho de viudedad.

Pero estas normas de los artículos 72 y 76 de la Compilación no regirán para los usufructos viduales anteriormente causados, según termina la disposición transitoria 4.ª

Nótese que estas reglas se refieren a la *viudedad legal* y que la extensión de ésta se rige por la legislación vigente en el momento del fallecimiento del cónyuge premoriente. No son aplicables tales reglas a los usufructos viduales ya causados en 1 de mayo de 1967, los cuales, en cuanto a extensión, se someterán a la lesión anterior.

La reforma es de trascendencia, puesto que origina una ampliación inmediata del derecho expectante de viudedad y otra del usufructo de viudedad, siquiera ésta no tenga efecto retroactivo.

Interesa conocer qué regla se aplicará a los usufructos viduales que se causen después de entrar en vigor la Compilación, pero que hayan sido ordenados por testamento unilateral otorgado con anterioridad; y en el cual no se haya concedido el usufructo uni-

versal (36). Entendemos que, por efecto de la disposición transitoria 4.^a de la Compilación, será aplicable el apartado 2.º del artículo 72 y, por consiguiente, el cónyuge viudo gozará del usufructo de inmuebles por naturaleza y de los sitios comprendidos en el número 1 del artículo 39 (explotaciones agrícolas, etc.), y si el valor de unos y otros no representa la mitad del caudal hereditario, se extenderá la viudedad a otros bienes hasta completar dicha mitad (37).

La *disposición transitoria 5.^a* es especialísima y se refiere a la extensión del usufructo de viudedad en el supuesto de matrimonio ya contraído de viudo o viuda que tuviera descendencia de anterior casamiento. Es el caso del artículo 73 de la Compilación que dispone que, en ese supuesto, el derecho de viudedad a favor del otro cónyuge no podrá extenderse a bienes, porción o cuota de ellos, cuyo valor exceda de la mitad del caudal hereditario; limitación que quedará sin efecto si al fallecimiento de binubio no sobrevivieren descendientes procedentes del matrimonio anterior. Pues bien, en virtud de la disposición transitoria 5.^a se excluye de esa limitación del artículo 73 a los matrimonios ya contraídos al tiempo de entrar en vigor la Compilación. Se funda esta exclusión en el designio de evitar que el derecho expectante de viudedad del cónyuge que casó con viudo quede menoscabado.

17. Las disposiciones transitorias 4.^a y 5.^a de la Compilación no atañen a la totalidad de la regulación de la viudedad, sino sólo a la *extensión* de este derecho (38). Si se examinan los demás preceptos comprendidos bajo la rúbrica «De la viudedad», se notarán algunas no leves modificaciones con respecto al ordenamiento de-

(36) No habrá problema si las limitaciones a la viudedad han sido pactadas en capítulos matrimoniales o dispuestas de mancomún por ambos cónyuges; pues el artículo 72, 1, de la Compilación deja a salvo tales pactos y disposiciones.

(37) Según el resultado de una encuesta practicada por los años treinta, era excepcional una disposición testamentaria en que no se concediera viudedad universal.

(38) Una interpretación literal del inciso final de la disposición transitoria cuarta de la Compilación («... pero no se regirán por sus normas los usufructos viduales anteriormente causados») podría hacer creer la irretroactividad absoluta de la nueva legislación en esa materia. Pero, considerando ese inciso en su contexto, hay que pensar que dicha transitoria no afecta a normas distintas de las de los artículos 72 y 76 en ella citados.

rogado. Las normas sobre inventario, fianza, etc., no plantean problemas de Derecho intertemporal. Son las concernientes al *contenido del Derecho de usufructo* las que pueden suscitar algunas cuestiones.

En las reglas sobre disponibilidad de los bienes (art. 83), derechos y obligaciones (art. 84), intervención de los nudo-propietarios (art. 85), extinción (art. 86) y transformación del usufructo (artículo 87) hay materia de conflicto de Leyes en el tiempo.

La problemática se formulará, en el supuesto de usufructos viduales ya causados en 1 de mayo de 1967, sobre los siguientes puntos preferentemente: 1.º liquidación de frutos y gastos a la extinción del usufructo; 2.º abono de expensas y mejoras; 3.º reparaciones ordinarias y extraordinarias; 4.º fiscalización por los nudo-propietarios.

Discuten los tratadistas acerca de si el derecho de usufructo, considerado como derecho real, debe estar regulado en todo tiempo por la legislación vigente en el momento en que se creó, o si, por tratarse de obligaciones derivadas de la Ley, ha de someterse a la regla del efecto inmediato de la nueva (39). Nos inclinamos por la primera opinión, en cuanto respecta al derecho de usufructo viqual aragonés, ya que, junto a la figura del derecho real, se produce una relación personal entre el usufructuario y el nudo propietario, y otra entre aquél y los posibles beneficiarios de la viudedad en cuanto función. Por otra parte, el artículo 75 de la Compilación establece que el derecho de viudedad se rige en orden de prelación, por el pacto, la costumbre, las disposiciones de este título y las del Código civil. Esta referencia al pacto encuadra el problema en el plano de las cuestiones que atañen a la autonomía de la voluntad y a los intereses privados, que se rigen por la Ley antigua, mientras las referentes al orden público se regulan por la nueva legislación (40).

Las cuatro cuestiones arriba apuntadas deben ser resueltas a favor de la inaplicación de las normas de la Compilación en los usufructos viuales causados con anterioridad. No es justo que el usufructuario o los nudo propietarios vean alterada la tabla de

(39) Véase ROUBIER, obra citada, tomo II, pág. 250.

(40) Véase RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil*, traducción y notas de SERRANO SUÑER y SANTA CRUZ, volumen I, Madrid, 1929, pág. 178.

sus derechos y cargas en materia que ha podido ser objeto de pacto.

En el resto de los preceptos sobre viudedad, solamente si se descubriera alguna variación, con respecto a la ordenación del Apéndice, en asunto en que primase el interés o el orden público, habría que reconocer a la Compilación efectos inmediatos incluso en las situaciones jurídicas en curso.

18. En la *sucesión testamentaria* la Compilación ha modificado ligeramente la regulación del testamento ante capellán y sustancialmente la del testamento mancomunado, que se contenían en el Apéndice de 1925.

En relación con el *testamento ante capellán*, las variaciones son más bien de procedimiento (custodia, adveración, etc.); por lo que parece que las normas de la Compilación son de efecto inmediato, a tenor de la disposición transitoria 4.^a del Código civil.

El artículo 93-4.º de la Compilación permite la adveración de estos testamentos, aun cuando hayan fallecido o se hallen imposibilitados para formular sus declaraciones el sacerdote o cualquiera de los testigos. Entendemos que esta regla es aplicable incluso a testamentos ante párroco otorgados con anterioridad a la Compilación.

19. El *testamento mancomunado*, según se regulaba, en cuanto a revocación, en el artículo 19 del Apéndice de 1925, ha sido materia que ha originado bastantes cuestiones de derecho intertemporal (41). Con anterioridad a 2 de enero de 1926 (fecha de comienzo de la vigencia del nuevo ordenamiento) se habían otorgado testamentos mancomunados que, en ese momento, se hallaban en alguna de estas situaciones: a) los dos cónyuges testadores vivían

(41) Artículo 19 del Apéndice: «El testamento otorgado de mancomún puede ser revocado no sólo por ambos cónyuges en esta misma forma, sino también por voluntad de uno de ellos, con tal de que antes de verificarlo haya notificado su intención por medio de notario al otro cónyuge.—Después de morir uno de los otorgantes, el sobreviviente no podrá modificar lo dispuesto de mancomún acerca de sus propios bienes si no renuncia enteramente los beneficios que le provengan de las disposiciones del finado. Para los efectos de lo estatuido en este párrafo se deberá liquidar y definir el caudal propio de cada cónyuge testador, si no constase definido formalmente con anterioridad.—La aceptación por el supérstite de liberalidad a su favor, contenida en el otorgamiento mancomunado, hace irrevocablemente obligatorias para él todas las condiciones y disposiciones del testamento que sean originariamente lícitas».

a la sazón subsistente el matrimonio; b) un cónyuge había muerto y el supérstite tenía aceptadas liberalidades. Conforme a la legislación del Cuerpo de Fueros y Observancias el testamento mancomunado era revocable unilateralmente, por uno de los cónyuges, en cuanto a sus propios bienes. Parecía de justicia que quien testó al amparo de esta legislación anterior conservase el derecho de otorgar nuevas disposiciones, incluso revocatorias, después de 1 de enero de 1926. Más evidente resultaba ese derecho si, en aquella fecha, un cónyuge viudo tenía aceptadas liberalidades del otro.

Frente a este razonamiento, contrario a los efectos inmediatos del artículo 19 del Apéndice, surgieron opiniones contrarias apoyadas en la disposición transitoria 2.ª del Código civil (42). La Audiencia del territorio aceptó la tesis de que la nueva ordenación tenía efectos inmediatos, y anuló revocaciones y modificaciones unilaterales de testamentos mancomunados otorgados al amparo del derogado Cuerpo de Fueros y Observancias, y exigió el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 19 del Apéndice. Así, la transitoria 2.ª del Código civil, que se refería a la regla formal *tempus regit actum*, se convirtió en una norma de fondo (43).

Para salir al paso de interpretaciones similares en la cuestión suscitada por la nueva ordenación del testamento mancomunado, la *disposición transitoria* 6.ª de la Compilación estatuye que las normas sobre revocación o modificación unilateral del testamento mancomunado (art. 97) sólo serán aplicables a los que se otorguen bajo su vigencia. Por consiguiente, los cónyuges que testaron de mancomún al amparo del artículo 19 del Apéndice, habrán de atenerse a este precepto, y si, ya hubiere fallecido uno de ellos,

(42) Disposición transitoria segunda del Código civil: «Los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas. En su consecuencia, serán válidos los testamentos, aunque sean mancomunados, los poderes para testar y las memorias testamentarias que se hubiesen otorgado o escrito antes de regir el Código, y producirán sus efectos las cláusulas *ad cautelam*, los fideicomisos para aplicar los bienes según instrucciones reservadas del testador, y cualesquiera otros actos permitidos por la legislación precedente; pero la revocación o modificación de estos actos o de cualquiera de las cláusulas contenidas en ellos no podrá verificarse, después de regir el Código, sino testando con arreglo al mismo»

(43) La cuestión no llegó, que sepamos, a conocimiento del Tribunal Supremo. Pero la Dirección General de Registros y del Notariado, en Resolución de 17 de octubre de 1939, parece inclinarse por el criterio de irretroactividad del artículo 19 del Apéndice.

la aceptación por el supérstite de liberalidades producirá el efecto que en dicho texto legal se señala. Ocurrirá esto aunque las disposiciones de mancomún no sean correspectivas, pues este concepto de la *correspectividad* no fue recogido en el Apéndice (44).

20. En el Apéndice de 1925 la *sucesión contractual* carecía de una verdadera regulación. Tan sólo el artículo 34, incidentalmente y para definir el supuesto de sucesión legítima, establecía que para que ésta tuviera lugar, además de lo estatuido al efecto en el Código, se necesitaba que la sucesión del causante no estuviera ordenada tampoco por contrato y señaladamente por capitulación matrimonial. Por otra parte, el artículo 60 del mismo Apéndice, inserto en la rúbrica «De la sociedad conyugal paccionada», disponía que cuando las estipulaciones hicieran referencia explícita a instituciones consuetudinarias en el país, tales como las que se citan expresamente, los pactos deberán interpretarse y las omisiones que en ellos se noten suplirse con arreglo al uso local respectivo.

La Compilación dedica todo el título III de su libro II (arts. 99 a 109) a la *sucesión paccionada*, y bajo distinta rúbrica incluye una norma—art. 33—con el epígrafe «Instituciones familiares consuetudinarias».

Comparado uno y otro ordenamiento se observan las siguientes diferencias que pueden originar cuestiones de derecho intertemporal. En primer término, el artículo 99 de la Compilación reduce el uso de la sucesión paccionada al ámbito estrictamente familiar. Debe entenderse que los pactos otorgados antes de la vigencia de la Compilación, al amparo de lo prevenido en el artículo 34 del Apéndice, no están sujetos a esa nueva norma restrictiva (45).

(44) En cuanto a las disposiciones que por voluntad declarada de ambos cónyuges en el mismo testamento o en documento público estén recíprocamente condicionadas, la variación introducida por la Compilación tiene el alcance, según el artículo 97, 3, de que, muerto uno de los cónyuges, no podrá el otro revocar o modificar las condiciones correspectivas que se hallen en vigor.

(45) Es forzoso aludir aquí a la interpretación del inciso de dicho artículo del Apéndice, relativo a la sucesión ordenada por contrato, que guarda conexión con la discusión sobre este punto producida en la Comisión General de Codificación y en las Cortes. En cuanto a la jurisprudencia acerca de la interpretación de ese precepto de la legislación derogada, puede citarse la sentencia de la Audiencia territorial de Zaragoza de 2 de abril de 1958, reseñada en «Anuario de Derecho Aragonés», 1957-1958, *Crónica de jurisprudencia*, páginas 339 y 340.

En segundo lugar, una serie de preceptos de la Compilación en esta materia, tan sólo pueden calificarse de nuevos porque suplen una regulación inexistente en la legislación derogada. No cabe duda de que, en principio, estas normas sólo son aplicables a sucesiones contractuales pactadas con posterioridad a la entrada en vigor del nuevo ordenamiento. Pero una propensión especial de los juristas hacia la suplencia de lagunas de la Ley antigua con los preceptos de la nueva produciría en la práctica la aplicación de estas normas con efecto inmediato. La solución, sin embargo, será menos clara cuando se trate de dar eficacia al artículo 102 de la Compilación sobre facultades dispositivas del instituyente.

No se producirán cuestiones de derecho transitorio, por coincidencia sustancial, en el contraste entre la remisión al uso local que se hace, para interpretación e integración de pactos, en el artículo 60 del Apéndice, y la alusión al uso u observancia que para las instituciones consuetudinarias se contiene en el artículo 107 de la Compilación; o en la remisión a la costumbre, para el alcance de los pactos, del artículo 99-2.º de la misma, o a la costumbre y a los usos locales del artículo 33.

Prácticamente tendrá también fuerza retroactiva el punto segundo del artículo 107, en el que, para las instituciones consuetudinarias, se consideran normas supletorias las generales sobre contratos y disposiciones testamentarias, según la respectiva naturaleza de las estipulaciones.

21. La *disposición transitoria* 7.ª de la Compilación se refiere a la *fiducia sucesoria*, y en ella, a diferencia de lo enunciado en las otras disposiciones transitorias especiales, se cita un artículo del ordenamiento derogado, bien que se haga mención también de otro de la Compilación. Para comprender el sentido de esa norma intertemporal es preciso confrontar no sólo el artículo 29 del Apéndice y el 110 de la Compilación que en aquélla son aludidos, sino también el artículo 114 de la Ley nueva.

El artículo 29 del Apéndice de 1925, con alcance general, permitía al testador que encomendase a su cónyuge, *solo o con asistencia de determinados parientes*, la ordenación y regulación de la sucesión de aquél, la elección de heredero o herederos y la distribución de bienes. Quedaban a salvo, naturalmente, las fiducias su-

cesorias amparadas en instituciones consuetudinarias citadas en el artículo 60 del mismo Apéndice, entre ellas el «heredamiento», con pactos que deban interpretarse o suplirse con arreglo al uso local respectivo (46).

El título IV del libro II de la Compilación (arts. 110 a 118) ha cambiado el sistema. Bajo la rúbrica «Disposiciones generales», del capítulo I de este título, en el artículo 110 se faculta a cada cónyuge para nombrar fiduciario al otro para que ordene la sucesión de aquél entre descendientes y parientes consanguíneos hasta el cuarto grado. Esta es la que podríamos denominar fiducia «individual». Mas en el capítulo II, *De la fiducia colectiva*, se permite encomendar la fiducia a *dos o más parientes* para ordenar la *sucesión de la casa* a favor de descendiente o consanguíneo hasta el cuarto grado.

En el Apéndice, la regla general amparaba la *fiducia colectiva*, aunque no se tratase de nombrar sucesor de la casa. En la Compilación sólo se permite esa clase de fiducia, con llamamiento de varios parientes, dentro de la vida jurídica de la misma casa.

Por eso, la disposición transitoria 7.^a de la Compilación reconoce la supervivencia de la Ley derogada para aquellos casos en que, habiéndose conferido una fiducia colectiva en supuesto distinto del de ordenar la sucesión de la casa, dicha sucesión esté pendiente de apertura (47).

No puede calificarse de atrevida, sino de equitativa, la *disposición transitoria 8.^a*, que preceptúa que las normas sobre fiducia sucesoria colectiva (arts. 114 a 118) regirán incluso en los casos en que aquélla se halle pendiente de cumplimiento, sin perjuicio de los derechos adquiridos. Se justifica este efecto inmediato de la Ley nueva, en situaciones jurídicas en curso constituidas al amparo de

(46) Aun cuando en el artículo 60 del Apéndice no se hace referencia al principio *standum est chartae*, y a pesar de que en el artículo 59 la remisión a ese apotegma se limita a las estipulaciones acerca de la aportación de bienes, del régimen o de la disolución de la sociedad conyugal, la jurisprudencia ha hecho aplicación del mismo principio a cuestiones sobre fiducia sucesoria colectiva.

(47) Hay que presumir que no serán muchos los casos en que tenga aplicación esta disposición transitoria séptima, ya que, por regla general, la fiducia colectiva se otorgaba para ordenar la sucesión de la casa y la designación de heredero.

la legislación derogada, porque, existiendo en ésta un vacío que ahora se llena, mal puede hablarse de conflicto de Leyes.

Tanto las normas de fondo como las de ejercicio de derechos que se contienen en los artículos 115 a 118 de la Compilación están inspiradas en criterios de seguridad jurídica. Y parte de sus normas serían inmediatamente aplicables, aunque así no se hubiera dispuesto expresamente, ya que en tal hipótesis se habría acudido a la transitoria 4.^a del Código civil.

22. En las disposiciones transitorias de la Compilación no son aludidos para nada los preceptos sobre *legítimas*, *sucesión intestada* y *normas comunes a las diversas clases de sucesión*. Sin duda que se pensó que la remisión que la transitoria 12 hace al criterio que informa las transitorias del Código civil, dispensaba de especial consideración. Y, en efecto, el principio recogido en éstas, sobre aplicación a las herencias de la Ley vigente al fallecimiento del causante, aun cuando respetando en lo posible las disposiciones testamentarias (48), suministrará segura orientación para resolver la mayor parte de las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de los artículos 119 a 142 de la Compilación.

Pero hay algunas innovaciones en esta materia que pueden originar vacilaciones. El artículo 141 establece la *sustitución legal*, es decir, lo que vulgarmente se denomina derecho de representación, en caso de heredero o legitimario premuerto o incapaz de heredar o renunciante a la herencia, y salvo disposición del causante ascendiente o hermano. En la sucesión intestada no se producirá ninguna duda; pero en la sucesión testada y en la paccionada cabría alegar la voluntad de los testadores o de los contratantes y el principio *standum est chartae*.

Entendemos que, frente a tales objeciones, prevalecería el claro sentido de la transitoria 12 del Código civil, o la justicia de la nueva norma, y, hasta cierto punto, su carácter de interpretativa de la voluntad del causante (49).

(48) En Derecho civil aragonés habrá que pensar también en el respeto a los pactos sucesorios que, en cuanto materia contractual, se rigen por la regla *tempus regit actum*.

(49) En el Código civil no se admite la representación o sustitución legal en la sucesión voluntaria, salvo la excepción circunstancial establecida en la Ley de 5 de noviembre de 1940.

Más ardua podría parecer la cuestión que ha de plantearse en la aplicación del artículo 142 de la Compilación, por el que se restablece la vieja institución del *consorcio foral*. Se trata de los efectos de la indivisión de bienes inmuebles adquiridos a título gratuito de un ascendiente. Entendemos que esta norma sólo tendrá efecto en los consorcios que se causen después de entrar en vigor la Compilación; conclusión a la que se llega tanto por aplicación del derecho transitorio de herencias como del peculiar de la copropiedad no convencional (50).

23. El artículo 144 de la Compilación ha resuelto expresamente una cuestión que se habían planteado los Tribunales acerca del silencio que guardaba el Apéndice sobre la *apertura de huecos en pared propia*, toda vez que en el artículo 15 del texto legal de 1925 sólo se mencionaba la pared *medianera*. El Tribunal Supremo, en la única vez que hasta él llegó el asunto referido al régimen legal del Apéndice, se adhirió a la tesis de la Audiencia Territorial de Zaragoza, y confirmó el parecer de que, a falta de precepto expreso en el cuaderno foral, sobre huecos en pared propia, debía aplicarse como supletoria la norma del Código civil sobre pared no medianera, o sea, el artículo 581 (51).

La transitoria 9.^a de la Compilación ha venido a desvanecer toda duda. Dice así: «Las disposiciones relativas a apertura de huecos en pared propia o medianera (art. 144) serán también aplicables a las ya construidas al tiempo de entrar en vigor la Compilación».

El criterio en que se funda esta disposición transitoria no puede ser más racional, pues la normativa de las relaciones de vecindad, aparte lo que pueda ser objeto de la autonomía de la voluntad, constituye un estatuto legal de efecto inmediato.

El alcance de esa disposición transitoria 9.^a es tan amplio que incluso tendrá virtualidad para dejar sin efecto situaciones jurídicas establecidas por sentencia firme. Como se trata del contenido del derecho de propiedad y de sus limitaciones, la sentencia con-

(50) No compartimos la opinión de ROUBIER sobre derecho transitorio en indivisiones hereditarias. Véase obra citada, tomo II, pág. 248.

(51) Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1962 y comentarios a ella, con cita de anteriores crónicas de jurisprudencia, en «Anuario de Derecho Aragonés», 1961-1962, págs. 270 y sigs.

traría a la norma del artículo 144 de la Compilación no puede decirse que haya creado derechos adquiridos protegibles por la irretroactividad de la Ley.

Por otra parte, al no existir más que una sentencia del Tribunal Supremo (interpretando el artículo 15 del Apéndice) favorable a la tesis de la Audiencia Territorial de Zaragoza, queda sin dilucidar si la Compilación al mencionar expresamente la pared propia ha modificado el estado de derecho anterior o se ha limitado a aclararlo.

24. Nos llevaría muy lejos el examen comparativo de la regulación de las servidumbres en los ordenamientos de 1925 y 1967. Esta compleja cuestión ha sido muy bien estudiada por SANCHO REBULLIDA en su conferencia sobre «Derecho de bienes. Relaciones de vecindad. Servidumbres» (52).

En una simplificación, que ya anticipamos que deja bastantes cabos sueltos, nos limitaremos a reseñar lo siguiente: En el Apéndice, las servidumbres continuas y aparentes podían adquirirse por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sobreentendiéndose que sin necesidad de justo título ni buena fe; y se admitía expresamente la teoría del acto obstativo para la usucapión de la servidumbre de luces o vistas. En cuanto a las demás servidumbres, incluso las de leñar, pastar y abrevar, la posesión inmemorial pacífica y no interrumpida producía los efectos jurídicos de la prescripción adquisitiva (art. 15 del Apéndice).

En la Compilación se prescinde de la distinción de servidumbres continuas y discontinuas. Las aparentes pueden ser adquiridas por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni de buena fe (art. 147). Las servidumbres *no aparentes* susceptibles de posesión pueden adquirirse por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, con buena fe y justo título. Se mantiene la posesión inmemorial, en todo caso, como presunción de prescripción adquisitiva. Nada se dice del acto obstativo como inicio de la usucapión en la servidumbre de luces o vistas.

(52) Véase en «Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza», 1 de julio de 1967, págs. 195 y sigs.

La *disposición transitoria 10* de la Compilación sólo toma en consideración la modificación consistente en que, en cuanto a algunas especies de servidumbre, que antes no podían adquirirse por usucapión (discontinuas aparentes y servidumbres no aparentes susceptibles de posesión), ahora sí que cabe adquirirlas de esa manera, sin necesidad de buena fe y justo título las aparentes, pero con estos requisitos las no aparentes. Y, en esos supuestos, en que hay modificación de la Ley antigua, la transitoria citada dispone que el término se empezará a contar a partir de la entrada en vigor de la nueva legislación.

Quedan sin solución otras varias cuestiones sobre aplicación del nuevo derecho de servidumbres. No deja de tener interés la que dimana de la supresión del precepto del Apéndice, sobre comienzo de la prescripción adquisitiva en la servidumbre de luces o vistas, cuyo término se contaba desde que el dueño del muro hubiese prohibido por acto formal al vecino cosa que a éste le sería lícita sin el gravamen (53).

25. Son importantes las modificaciones introducidas por la Compilación, en la regulación del derecho de *retracto gentilicio*. Las disposiciones transitorias sólo se han fijado en una, la norma tercera del artículo 150, según la cual en todo caso el derecho de abolorio caduca a los dos años de la enajenación. La *disposición transitoria 11*, recogiendo el criterio racional que se aplica en Derecho intertemporal a las caducidades y prescripciones establecidas *ex novo*, preceptúa que el plazo de dos años comenzará a contarse al entrar en vigor la Compilación para las enajenaciones anteriores.

(53) No es de este lugar el estudio de la cuestión derivada del silencio de la Compilación, en cuanto a la usucapion de la servidumbre de luces o vistas: si debe ser suplido con el artículo 538 del Código civil; o si, por el contrario, los artículos 147 y 148 de la Compilación comprenden todas las hipótesis de usucapion de servidumbres, incluso la de luces o vistas, si se considera no aparente susceptible de posesión; o bien, si debe entenderse que el acto obstativo erróneo no puede originar adquisición de derechos. Según la interpretación que se atribuya a los artículos 147 y 148 de la Compilación, será distinta la solución que se dé a la cuestión de Derecho intertemporal que se haya causado por un acto obstativo producido antes de la entrada en vigor de aquélla, pero sin que en 1 de mayo de 1967 hayan transcurrido los diez años. En su caso, habría que pensar en la aplicabilidad del principio recogido en el artículo 1.939 del Código civil.

En todas las demás cuestiones que puedan presentarse, por diferencias de regulación del derecho de abolorio, habrá que estar, naturalmente, a la fecha de la enajenación, entendida ésta en la forma en que para los retractos en general ha sido interpretada por la doctrina. La litigiosidad sobre el momento de la enajenación arrastrará contienda sobre el derecho aplicable; pero aquí no se tratará de una cuestión de derecho transitorio, sino de un problema de prueba.

26. La sucinta y árida exposición que antecede no agota (ni aspira a ello) la problemática del Derecho transitorio en la Compilación aragonesa. Las cuestiones apuntadas y las soluciones postuladas en algunos casos pueden servir de llamada de atención sobre lo intrincado de estos temas de Derecho intertemporal. Ello obliga al jurista a proceder con redoblada reflexión.

El profesional bisoño, y aun el experto recién llegado a un territorio foral, siente la propensión de aplicar en todo caso la legislación nueva. Sobre su bagaje cultural, sin duda denso y bien cimentado, no opera el recuerdo, o el lastre subconsciente, de las etapas legales anteriores. Quien haya vivido el Derecho civil de Aragón de los Fueros y Observancias y el del Apéndice de 1925, procurará resistirse a la tentación simplista de la aplicación absoluta de lo vigente, y estudiará los casos en toda la insoslayable complejidad que revisten los conflictos de Leyes en el tiempo.

Quiera Dios que, por lo menos, las disposiciones transitorias especiales de la Compilación ayuden a desvanecer las dudas y vacilaciones de veteranos y principiantes.

JOSÉ LORENTE SANZ.

o

.

,

.

o

