

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XX
FASCICULO IV



OCTUBRE - DICIEMBRE.
MCMLXVII

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Director

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO
Catedrático de la Universidad de Madrid

Consejo de Redacción:

ÁMADEO DE FUENMAYOR, CHAMPIN
Catedrático de D. civil y Abogado
del I. C. de Madrid

ARTURO GALLARDO RUEDA
Letrado del M. de Justicia
y Registrador de la P.

JAIME GUASP DELGADO
Catedrático de D. procesal y Abogado
del I. C. de Madrid

ANTONIO HERNANDEZ GIL
Catedrático de D. civil y Abogado
del I. C. de Madrid

LUIS LOPEZ ORTIZ
Magistrado del Tribunal Supremo

SEBASTIAN MORO LEDESMA
Letrado de la D. G. de R. y Notariado
y Abogado del I. C. de Madrid

RAFAEL NUÑEZ LAGOS
Notario de Madrid

MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIROS
Letrado de la Dirección General de Registros
y del Notariado

RODRIGO URÍA GONZALEZ
Catedrático de D. mercantil y Abogado
del I. C. de Madrid

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid

Secretario:

JUAN HERNANDEZ-CANUT ESCRIVA
Profesor A. de D. civil y Abogado
del I. C. de Madrid

SUMARIO

Páginas

Estudios monográficos

LUIS MARTÍN BALLESTEROS Y COSTEA: <i>Introducción a la Compilación de Derecho civil de Aragón</i>	651
MANUEL BATALLA GONZÁLEZ: <i>Antecedentes y panorámica de la Compilación aragonesa</i>	675
FRANCISCO PALÁ MEDIANO: <i>La familia en la Compilación del Derecho civil de Aragón</i>	697
JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO: <i>El Derecho de familia en la nueva Compilación aragonesa</i>	723
FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA: <i>La viudedad en la Compilación del Derecho civil de Aragón</i>	755
SANTIAGO PELAYO HORE: <i>Los pactos sucesorios</i>	819

Bibliografía

Libros	867
--------------	-----

CASTAN TOBEÑAS, José: *La justicia y su contenido a la luz de las concepciones clásicas y modernas*, por Jesús Carnicero y Espino.—IRURZUN GOICOA, Domingo: *Donación de reserva de la facultad de disponer*, por Jesús Carnicero y Espino.—*La riforma del diritto di famiglia*, por Rodrigo Bercovitz.—LARENZ, Karl: *Allgemeiner teil des Deutschen rechts*, por Rodrigo Bercovitz.—MONET Y ANTON: *Problemas de técnica notarial en la adquisición de pisos y locales en edificio por construir*, por Jesús Carnicero y Espino.—*Schweizerisches privatrecht*, por F. de D.—VICENTINI, Giovanna: *La responsabilita civile nella giurisprudenza*, por Red.—WORTLEY, B. A.: *Jurisprudence*, por F. de C.

Revista de revistas

Por Rodrigo Bercovitz y Antonio M. Morales Moreno 899

Jurisprudencia

I. Sentencias comentadas:

Arrendamiento de local de negocio con cláusula de estabilización de la renta, por José Bonet Correa 917

II. Sentencias de suplicación:

1. *Sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Madrid* 925
2. *Sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Barcelona* 928

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL. M. 125.—1958.

IMPORTANTE

Todas las reclamaciones que los suscriptores de este ANUARIO deseen formular sobre retrasos o irregularidades en su distribución y recepción se ruega las dirijan directamente a:

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERVICIO DE PUBLICACIONES

Duque de Medinaceli, 6 y 8

MADRID

TOMO XX
FASCICULO IV



OCTUBRE-DICIEMBRE
MCMLXVII

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.ª

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

**EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones
sostenidas por los autores de los originales publicados**



MINISTERIO DE JUSTICIA
V CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

A.G.E.S.A.—Rodríguez San Pedro, 40.—Madrid.

Introducción a la Compilación de Derecho Civil de Aragón

LUIS MARTIN-BALLESTERO Y COSTEA
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza

Introducirse en la nueva Compilación de Derecho civil de Aragón, entrar dentro de ella, asomarse, como prólogo al estudio concreto de sus instituciones en su nueva redacción legal, a la exégesis de su articulado, puede hacer conveniente la formulación de las siguientes preguntas:

¿Existía realmente la necesidad de una nueva Ley civil aragonesa?

¿Cuál ha sido el proceso y cuáles las incidencias de la Compilación de Derecho civil de Aragón recientemente puesta en vigor?

La primera pregunta se descompone, a su vez, en otras dos: Una acerca de la realidad foral y más concretamente de la subsistencia y vigor del Derecho civil aragonés; y la otra del estado en que se encontraba la legislación vigente sobre esta materia y las alteraciones que por defecto o insuficiencia o nuevas condiciones de vida, hacían precisa una nueva Ley que recogiera la experiencia reflejada principalmente en la Jurisprudencia de los Tribunales.

Nada importa que estas premisas nos trasladen una vez más al campo siempre delicado y espinoso de la llamada cuestión foral (1). Una vez más habremos de asistir al debate que enconadamente se produjo a lo largo de todo el siglo XIX y durante el período de la codificación para decidimos sobre la procedencia de mantener un Derecho civil hispánico, de recia y gloriosa tradición, delimitado principalmente en la organización de la familia y en las sucesiones (2). Realidad histórica que en el caso de Aragón venía a ser ratificada por la existencia del Apéndice al Código civil correspon-

(1) V. DE CASTRO, *Derecho Civil de España I*, págs. 232 y 259, y *La cuestión foral y el Derecho Civil*, en Anuario de Derecho Civil, t. II, págs. 1003, 1046. LACRUZ, *La discusión actual en torno a los derechos forales*. Arbor, julio-agosto 1948. MARTÍN-BALLESTERO, *Aragón ante la unificación del Derecho Privado*, en Revista de Derecho Privado, marzo 1944; y *La unificación del Derecho privado en España*, Anuario de Derecho Civil, t. IX, fasc. II, págs. 505-532.

(2) LORENTE SANZ y MARTÍN-BALLESTERO, *La norma en el ordenamiento jurídico aragonés*, pág. 17. MARTÍNEZ SARRIÓN, *En torno a la familia foral*, Revista de Derecho Privado, 1964, págs. 380 y siguientes.

diente al Derecho foral de Aragón del año 1925, que nos ofrece el ineludible hecho de todq un Cuerpo sistemático de Derecho privado de Aragón, vigente y consiguientemente observado en la práctica de las relaciones jurídicas de los aragoneses, los instrumentos notariales y las decisiones de la jurisprudencia (3).

No quisiéramos remontarnos más lejos, puesto que la realidad del Apéndice foral aragonés pudiera bastarnos, pero bueno es co-tejar el caso de Aragón con el de cualquier otro Derecho histórico español, declarado subsistente en toda su integridad por el artículo 12 de nuestro Código civil (4). Y pensar que todo un cuerpo de Derecho, unos sistemas jurídicos que en orden a la familia y a las sucesiones aparecen como completos, bien merecen, por lo menos, la atención que hoy se prodiga a un solo código, a un manuscrito y hasta a una piedra, cuando estos hallazgos suponen un enriquecimiento, a veces un tesoro, del patrimonio histórico nacional. En el caso de Aragón, Derecho singularísimo y autóctono, el interés por su estudio, su vivencia y su regulación actual, no puede ser mayor.

Sobre estas bases, y procurando objetivamente apartar toda aquella pasión desordenada con que se estudiaron los Derechos forales en el novecientos y en lo que va de siglo, la nueva Compilación de Derecho civil de Aragón debe presentarse llanamente ante nuestro estudio como última etapa de un proceso lógico, de evolución y de perfeccionamiento, que siempre ha tratado de corregir imperfecciones pasadas o, más en el fondo, de depurar lo que verdaderamente constituía la entraña de una institución (5). Todo ello con vistas a una mejor observancia actual e, incluso, a una posible extensión a España entera como modelo a seguir en razón a su bondad y a que por esta bondad se había mantenido contra todos los embates de los tiempos de incomprensión o de olvido (6).

El Derecho Civil de Aragón no puede, no debe tirarse como lastre inútil en una España en pleno resurgimiento y en la exaltación de sus mejores valores. Era lógico, es lógico, que con cierto reposo y en la seriedad de un estudio riguroso, se tratara de dictar una ley actual, con la técnica más depurada posible, que diera nueva sabía a un ordenamiento jurídico que fue timbre de honor de Aragón

(3) GIL Y GIL, *Precedentes inmediatos y ligera crítica del Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón*. Discurso de apertura de curso en la Universidad de Zaragoza, 1928. CASTÁN, *Derecho Civil español*, t. I, vol. I, pág. 256.

(4) MARTÍN-BALLESTERO, *Los artículos 12 y 13 del Código Civil y el problema de las fuentes en Derecho Foral*, en Anuario de Derecho Aragonés, 1944.

(5) V. CASTÁN, *Derecho Civil español*, t. I, vol. I, pág. 207, y muy recientemente y en una magnífica síntesis de su evolución y características estructurales, en *Aragón y su Derecho*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, mayo 1967, pág. 770 y siguientes.

(6) La generosidad y el noble deseo de Aragón hemos tratado de recogerlo en el citado trabajo sobre *La norma...*, Zaragoza, 1944, pág. 7 y siguientes; y esta comunicación y extensión de lo que estimamos como bien propio fue una de las ideas motrices del Congreso Nacional de Derecho Civil.

y de España y objeto de estudio y emulación de los juristas más extraños (7). He aquí como considero, verdaderamente justo, el planteamiento de la cuestión; la razón de esta introducción.

Todavía podría agregar, como en un aseguramiento de esta vivencia actual del Derecho civil de Aragón, que se ha llevado a cabo y muy recientemente una encuesta sobre la observancia actual de sus instituciones y alguna otra más detallada y concreta como sobre el régimen de propiedad en Aragón (8). Una y otra con resultado francamente positivo.

Relatemos y comentemos, ahora, cuál ha sido el proceso de elaboración de esta nueva Ley.

La Compilación de Derecho civil de Aragón de 8 de abril de 1967, es consecuencia directa del Congreso Nacional de Derecho civil celebrado en Zaragoza en el mes de octubre de 1946 (9). Supone un proceso largo, de más de veinte años, que es preciso relatar, aunque sea en apretada síntesis, antes de adentrarse en la exposición crítica del articulado de la nueva Ley.

Primeramente, en el proceso de su elaboración, reafirmaremos ya la importancia de aquel Congreso Nacional de Derecho civil de Zaragoza, que marca no sólo para Aragón, sino para España entera y para la codificación de su Derecho, un hito transcendental (10).

(7) Como simple y destacadísimo ejemplo de la atención que ha merecido el Derecho civil histórico de Aragón, podemos y debemos citar la obra de TRLANDER, *Los Fueros de Aragón*, Lund, 1937, y la traducción aragonesa de la obra *In excelsis Dei Thesauris*, de Vidal de Canellas, conocida con el nombre de *Vidal Mayor*, en tres volúmenes, Lund, 1956.

(8) La primera encuesta fue llevada a cabo por iniciativa de LORENTE SANZ como comunicación a la I Semana de Derecho Aragonés de Jaca, que se desarrolló durante el año 1943 y fue objeto de una comunicación leída en la sesión inaugural de la II Semana de Jaca, 28 de julio de 1943, bajo el título de *Avance del resultado de la encuesta sobre la observancia actual del Derecho Civil aragonés*. Después, y en mi Cátedra de la Facultad de Derecho de Zaragoza, fue llevada a cabo muy ampliamente una encuesta sobre la propiedad en Aragón (caracteres y cultivos principales, extensión media, división, propiedad familiar y adscripción a la Casa, régimen de explotación de la tierra, acceso a la propiedad, servidumbres, etc.), y que fue objeto de una conferencia en la Institución Fernando el Católico en 20 de marzo de 1963.

(9) La literatura crítica sobre el Congreso Nacional de Derecho Civil es ya bastante abundante. V. PELAYO HORE, *El Congreso Nacional de Derecho civil*, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, noviembre 1946; LACRUZ, *El Congreso Nacional de Derecho civil de 1946*, y muy recientemente la excelente síntesis que hace de este proceso SANCHO REBULLIDA en *Significado y Compilación del Derecho civil de Aragón*, en la Revista Nuestro Tiempo, septiembre 1967 y separata, pág. 8.

(10) En realidad no se contaba en Aragón con otro precedente que el del Congreso de Jurisconsultos del año 1880, que J. COSTA relatara en su libro *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses*, Madrid, 1883. No es simple vanidad el dejar constancia de la íntima y entrañable historia interna de este Congreso, que propuse al Presidente del Consejo de Estudios de Derecho aragonés, D. JUAN MONEVA, y que preparamos en una unión de fuerzas y de anhelos comunes cuando consideramos superada la primera etapa de la actuación pública de nuestro Consejo de Estudios en las Semanas de Jaca.

Hasta entonces contábamos solamente con el Código civil y un proyectado sistema de Apéndices, del que sólo había sido realidad el de Aragón en 1925 (11). Y no olvidemos que nuestro Código civil en el párrafo 2.º de su artículo 12 proclamaba la integridad del Derecho foral escrito o consuetudinario, sin que el Código rigiera sino únicamente como derecho supletorio (12). Es decir, que estábamos todavía en la precaria solución que se dio a la Codificación española de todo el siglo XIX, que no logró sino una codificación del llamado Derecho común tras un apartamiento de los Derechos forales que, según la Ley de Bases y tras el fracasado proyecto del Decreto de Alvarez Bugallal, habrían de ser recogidos en unos pequeños cuerpos que recibían por tales el nombre de Apéndices.

Había una repulsa unánime a tal sistema de Apéndices. Y en prueba de ello es que sólo había tenido realidad el de Aragón en 1925, y eso también con la censura de los Juristas aragoneses que nunca mostraron su satisfacción por la publicación de su cuaderno foral (13). Y no es vano citar que ni siquiera los proyectos anteriores en el mismo Aragón, los de 1899 y 1904, ni los de Cataluña de 1899 y 1930, este como norma interpretativa aplicado por el Tri-

(11) Dejando aparte las Compilaciones de Derecho Histórico, en cumplimiento de la Ley de Bases y como trabajo preparatorio se redactó un *Proyecto de Código civil de Aragón*, editado por una Comisión de la Diputación de Zaragoza en 1899 y que es conocido con el nombre de proyecto RIPOLLÉS; después se dictarían los proyectos de Apéndice, de FRANCO Y LÓPEZ, en 1899, y el llamado de GIL BERGES, en 1904, y aún podríamos citar el proyecto PINIES, siendo Ministro de Gracia y Justicia y que ofreció presentar, contestando una pregunta de D. JUAN ALBARADO en la sesión del Congreso de 8 de abril de 1921. El Apéndice, único que tuvo sanción legal, lleva fecha de 7 de diciembre de 1925, para empezar a regir el 2 de enero de 1926. En el proceso de su elaboración se publicaron cuatro trabajos críticos sobre él, de otros tantos Juristas que concurrieron a la información pública, a saber:

AZPEITIA, *El Proyecto de Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho foral de Aragón. Comentarios y problemas*, Madrid, 1924; PALA MEDIANO, *Observaciones al proyecto de Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho foral de Aragón*, Barbastro, s. f.; MARTÍN COSTEA, *Observaciones al Proyecto de Apéndice de 1924*, Calatayud, s. f. (reeditado por el Anuario de Derecho aragonés, tomo VII), y VIDAL TOLOSANA, *El Apéndice aragonés al Código civil general. Informe*, Huesca, 1924. A ello hay que agregar la información abierta por la Revista de Legislación y Jurisprudencia que en sus dos volúmenes del año 1924 publicaba la crítica de D. JOSÉ CASTÁN, *Observaciones al Proyecto de Apéndice*; JUNCOSA, *El proyecto de apéndice aragonés al Código civil*, y VITORIA, *Observaciones al proyecto de apéndice foral aragonés*.

(12) V. MARTÍN-BALLESTERO, *Síntesis y Guía del Derecho civil*, tomo I, Zaragoza, 1959, pág. 66; y *La integración del Derecho foral y el común en el concepto genérico del Derecho civil hispánico*, Universidad, núm. 1, 1947; además del trabajo citado: *Los artículos 12 y 13...*, en Anuario de Derecho aragonés, 1944.

(13) V. MARTÍN-BALLESTERO, *Los Derechos forales de la primera mitad del siglo XX*, El libro homenaje a la memoria de D. JUAN MONEVA Y PUYOL, Zaragoza, 1954; en las notas 31 a 34, unos ejemplos de esta censura y de las instituciones que silencia o que recoge de un modo imperfecto el Apéndice de Aragón.

bunal Supremo, ni los de Baleares ni Vizcaya, habían logrado tener sanción legal (14).

Por una serie de razones y entre ellas por la posición adoptada en Aragón en la guerra civil española de 1936 al 39, eran los aragoneses y sus juristas los llamados a reemprender la difícil y ambiciosa tarea de consolidar el Derecho foral poniéndolo al día y abriendo el más amplio horizonte hacia una unificación futura del Derecho privado español. Para ello Aragón instituyó en íntima relación con su Universidad un Consejo de Estudios de Derecho aragonés que con una fuerza innegable irrumpió brusca y hasta sorprendentemente en el ámbito jurídico nacional (15), celebrando reuniones periódicas en Jaca (16), primero, y después en Teruel y Tarazona (17), que desde el primer momento interesaron a los demás juristas de las regiones forales y que muy pronto habría de derivar su actividad hacia la más amplia proyección nacional en el intento de reunir a los letrados de toda España en un Congreso Nacional capaz de abordar el tan espinoso como insolucionado problema de la diversidad patria de ordenamientos civiles (18).

(14) En Cataluña el proyecto de Apéndice de 1899, siendo ponente DURAS Y BAS, que redactó la famosa memoria preparatoria del Código civil, y preparó la modificación de los artículos 12 y 15; y el último intento, anterior a su Compilación de 1930, redactado por una Comisión continuadora de lo que creó el Real Decreto de 24 de abril de 1899 y que estaba firmada por MALUQUER Y VILADOT, como Presidente, y HUERTADO, BORREL, ANGUERA DE SOJO, MARTÍN MIRALLES, MASPONS, QUEROL y ABADAL. El Real Decreto de 24 de abril de 1889 creó la Comisión especial que había de redactar el anteproyecto de Derecho civil foral de Vizcaya y Alava, que el 9 de febrero de 1900 dio por terminado su encargo. V. las exposiciones de motivo de las restantes Compilaciones forales de Baleares, Galicia y Cataluña.

(15) El Consejo de Estudios de Derecho aragonés fue creado en Zaragoza en el año 1941, recogiendo su génesis y sus propósitos en *Las palabras iniciales* de D. MIGUEL SANCHO IZQUIERDO, y en *Los propósitos y fines del Consejo de Estudios de Derecho aragonés* de SANCHO SERAL, publicadas en la primera Semana de Derecho aragonés, Jaca, 1942, págs. 11 y 157.

(16) La I Semana de Derecho aragonés de Jaca se celebró del día 27 de julio de 1942 al día 2 de agosto, en siete sesiones en donde se discutieron hasta 18 comunicaciones, publicadas en unión de los discursos de apertura y de clausura por la Universidad de Zaragoza en ese mismo año. La II Semana tuvo lugar al año siguiente, discutiéndose en ella hasta 23 trabajos presentados y que igualmente constituyen un volumen publicado aquel año. Desde entonces, a partir de 1944, las actividades de estas Semanas de Jaca, encabezadas con la ponencia general, han sido publicadas, dando origen al portavoz del Consejo de Estudios de Derecho aragonés en el Anuario de Derecho aragonés.

(17) En el año 1947, un grupo de juristas navarros, catalanes y aragoneses, se reunieron en Monserrat a iniciativa del Consejo de Estudios de Derecho aragonés, y ya para ver de llevar a la práctica las conclusiones del Congreso Nacional del Derecho civil, continuando o culminando las reuniones que en las Semanas de Jaca se habían tenido con los juristas navarros (ARELLANO, SANTAMARÍA, MONTORO, PUEYO, ABADÍA, IRIBARREN, MAIZA y ARRIAGA) y del Colegio de Barcelona (PORCIOLES y PASCUAL SERRES). En los días 29 y 30 de junio y 1.º de julio de 1951, tuvieron lugar las jornadas de Derecho aragonés en Teruel, y en los días 4, 5 y 6 de julio, las Jornadas de Tarazona-Tudela.

(18) Por orden de 3 de agosto de 1944, se autoriza al Consejo de Estudios

El Congreso Nacional de Derecho civil de Zaragoza de 1946 tuvo éxito (19). Fue bien acogido en España, y a él acudieron representantes de todos los territorios con el mejor espíritu y un bien probado deseo de encontrar una solución a la diversidad legislativa. El Consejo de Estudios de Derecho Aragonés logró primeramente la oportuna autorización ministerial que lleva fecha de 3 de agosto de 1944 y en la que se reconoció su trascendental finalidad y la oportunidad de buscar en aquellos momentos en que los esfuerzos nacionales tendían a buscar de nuevo en el hondo de la tradición jurídica española los principios de justicia cristiana que en los siglos de nuestra grandeza informaron nuestras instituciones, la resolución de los problemas que esa situación de diversidad legislativa tenía planteados (20). Con esta autorización se comenzó por circular a unas Delegaciones territoriales que se constituyeron en las cabeceras de las Audiencias, un cuestionario con 29 preguntas acerca de la vivencia del Código civil y de las instituciones jurídicas más fundamentales, con 11 preguntas especiales para los territorios forales, en donde se trataba de indagar acerca de la tradición jurídica de la región, la vitalidad de su actual régimen jurídico, la coexistencia con el Derecho civil y el grado de penetración de éste y los problemas que con ello se habían planteado (21).

de Derecho aragonés para convocar y reunir en Zaragoza un Congreso de juristas, cuyo proceso y desarrollo ha sido objeto ya de abundante literatura jurídica. V. PELAYO HORE y LACRUZ, *ob. cit.*, y la propia síntesis de la Exposición de motivos de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, como anteriormente hicieron las de Cataluña (y en su discusión en Cortes los discursos de los Sres. PORCIOLES e ITURMENDI, publicados en la edición del "Boletín Oficial del Estado"), Alava y Vizcaya, Galicia y Baleares, haciendo resaltar este hito fundamental de la historia jurídica patria.

(19) El éxito del Congreso Nacional de Derecho civil puede con facilidad demostrarse, tanto en la reseña de sus sesiones, con una asistencia numerosísima de juristas de toda España, que habían trabajado en su fase preparatoria y que vinieron a Zaragoza a número superior al centenar, como por el hecho objetivo de haber recogido el Gobierno en la fundamental de sus conclusiones en el Decreto de 23 de mayo de 1947 y en las Ordenes de 24 de junio y 23 de julio del mismo año, punto de partida de la Compilación que comentamos y de toda otra Compilación foral.

(20) Estas palabras resumen la idea motriz del Congreso y forman parte de la Orden de 3 de agosto de 1944, cuya historia interna, casi íntima hube de relatar en el Libro homenaje a la memoria de D. JUAN MONEVA, pág. 337.

(21) El cuestionario a las Delegaciones Territoriales contenía un total de 29 preguntas, de ellas 10 especiales para los territorios forales. Quizá convenga transcribirlas para dar idea del alcance que tuvo la información previa al Congreso Nacional de Derecho Civil, repitiendo una vez más el amplio espíritu de colaboración con que todas las Delegaciones territoriales respondieron a este cuestionario, con extensos y valiosísimos informes:

Helas aquí: 1. ¿Responde el Código civil vigente a la tradición jurídica española? 2. ¿Satisface el Código las necesidades de la vida jurídica en la actualidad? 3. ¿Ha penetrado el Código civil vigente en la conciencia jurídica del pueblo español? 4. ¿Conoce el pueblo los principios fundamentales de las instituciones civiles según la legislación vigente? 5. ¿Se observa en los usos convencionales, en las resoluciones de amigables componedores y, en general,

Hemos afirmado en alguna otra ocasión que sólo por haber podido recibir las contestaciones a este cuestionario y por la nobleza de miras y la precisión técnica con que fueron emitidos los informes de las Delegaciones territoriales, merecía la pena haber convocado el Congreso Nacional de Derecho civil (22). Efectivamente, el material que ya se disponía con esta encuesta, que anteriormente habíamos llevado a cabo nosotros en Aragón, era valiosísimo y cons-

en la observancia del Derecho civil, alguna reacción contra las normas vigentes? ¿En qué materias o instituciones? 6. ¿Qué instituciones consuetudinarias viven fuera de la ley y son observadas en la actualidad? 7. ¿Se estiman suficientemente estudiadas las manifestaciones del Derecho español en sus monumentos o fuentes genuinas y en la observancia del Derecho? 8. ¿Se estima, por el contrario, que tales materias requieren aun un trabajo de investigación previo, largo y reposado? 9. ¿Cómo debe organizarse un trabajo colectivo para conocer la tradición jurídica española en todo el territorio y tratar de crear una doctrina jurídica nacional? 10. ¿Qué conflictos de Derecho interregional se presentan más frecuentemente? 11. ¿Se estima definitivo el sistema de un Código civil general con Apéndices para las llamadas Regiones forales? 12. ¿Sería preferible al sistema de Apéndices la introducción de variantes en los artículos del Código civil general para recoger las especialidades forales? 13. La publicación del Código civil general y sus apéndices o variantes ¿debe ser simultánea o sucesiva? 14. ¿Se estiman acertadas y suficientes las reglas del Derecho interregional contenidas en los artículos 14 y 15 del vigente Código? 15. ¿Sería conveniente, por ejemplo, llevar al Código el principio de la inmutabilidad del régimen económico del matrimonio en el espacio y en el tiempo? 16. ¿Podrían limitarse los llamados Derechos forales, sin grave daño de la vida jurídica, a determinadas materias?: a) Relaciones patrimoniales entre padres e hijos. b) Régimen económico del matrimonio. c) Sucesión intestada. d) Sucesión testada (reservas y legítimas). e) Sucesión contractual. 17. ¿Es posible la fusión de los varios Derechos hispánicos en un Código Nacional moderno asentado en las tradiciones jurídicas españolas? 18. Si se adopta la solución de un Código Nacional único, ¿qué instituciones y principios de las legislaciones forales podrían y deberían extenderse a todo el territorio nacional? PREGUNTAS ESPECIALES PARA TERRITORIOS FORALES. 19. El Derecho civil vigente en este territorio foral, ¿responde a la tradición jurídica de la región? 20. El Derecho civil vigente en este territorio, ¿satisface las necesidades de la vida jurídica actual en esa región? 21. El Derecho foral en ese territorio, ¿mantiene una vitalidad plena, atenuada o exigua? 22. ¿Con qué frecuencia e intensidad se aplica el Código civil, principalmente en situaciones en que pudiera coexistir con el Derecho foral? 23. ¿Qué decisiones jurisprudenciales de Juzgados y Tribunales de la Región y del Tribunal Supremo, interpretando normas de Derecho foral o de Derecho interregional, han afectado al Derecho vigente en ese territorio con alguna trascendencia? 24. ¿Qué soluciones adopta la Administración pública ante alegaciones de Derecho foral en materia de mayoría de edad, sucesiones, sociedad conyugal, etc.? 25. ¿Se conocen casos de olvido del Derecho foral por soluciones más cómodas? 26. ¿Se ha acentuado la difusión del Código civil? ¿Qué problemas ha planteado? 27. ¿Qué cuestiones se han suscitado, no resueltas o resueltas contradictoriamente, debido a la imprecisión de los Derechos regnicolas? 29. ¿Hay casos de desuso de alguna norma o alguna institución?

(22) Existe un propósito, efectivamente no llevado a cabo todavía, pero no definitivamente abandonado, de publicar los informes de las Delegaciones Territoriales, con las oportunas glosas y que quizá ahora, con motivo de la publicación de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, pueda ser una realidad inmediata. Sería un antecedente básico de la nueva etapa legislativa.

tituía una base firmísima para tratar de construir todo un nuevo plan orgánico de codificación del Derecho patrio (23).

Y así llegamos al Congreso. No es esta ocasión de repetir sus incidencias ni siquiera el conjunto y detalle de sus conclusiones. Pero sí recordar el reconocimiento unánime de la realidad de lo foral que en las declaraciones previas de las conclusiones aprobadas se hizo constar por los juristas de toda España, dando fe de una observancia y un arraigo innegables por el afecto que a los regímenes jurídicos forales o territoriales dispensan los naturales de los respectivos territorios y por responder sus instituciones a la organización familiar social y económica y afectar a vitales intereses de carácter moral y material (24).

El Congreso reprobó el viejo y fracasado sistema de Apéndices y aconsejó como solución y como camino para llegar a la elaboración de un Código general de Derecho civil, la compilación de las instituciones forales, su promulgación y vigencia. Con ello establecía un nuevo sistema, quizá no bien valorado aún (25).

Un año después, 23 de mayo de 1947, el Gobierno de la nación, recogiendo las conclusiones del Congreso Nacional de Zaragoza en lo que tienen de esenciales, inició por Decreto de esa fecha la preparación de un Código general mediante el propugnado proceso de elaboración, que en su primera etapa había de estudiar las instituciones forales, creando comisiones de juristas en los distintos territorios, bajo la presidencia del Presidente de la Audiencia Territorial y con el encargo de formular unos Anteproyectos de Compilación a base de los actuales proyectos de Apéndices (26). Aragón, que ya tenía vigente el suyo y que por aquella insatisfacción ya formulada

(23) El substratum nacional que permitiera construir doctrinalmente el Código General de Derecho civil español, fue unas de las ideas determinantes y una de las conclusiones más firmemente aceptadas en el Congreso Nacional de Derecho civil. Se consignó en la conclusión primera, apartado c).

(24) Para reforzar esta afirmación unánime se alteró el plan de conclusiones que había propuesto la Comisión de ponencia y se llevaron las frases que hemos transcrito a una Declaración previa con las que comienza el texto de las conclusiones aprobadas por el Congreso Nacional de Derecho civil de Zaragoza.

(25) Siempre creímos que el sistema de Apéndices obligaba a seguir fielmente el cuerpo de Derecho General, consignando tan sólo la excepción; mientras que una Compilación permitía apartarse de aquel cuerpo general de Derecho, en nuestro caso concreto del Código civil español de 1889, abarcando en su totalidad todo un sistema jurídico de Derecho foral e incluyendo en él hasta las fuentes de Derecho o doctrina de las normas jurídicas; por otra parte no del todo claramente aplicables a España entera según el texto del artículo 12, párrafo 1.º, del Código civil.

(26) Destacábase, en esta razón de partir de los proyectos de Apéndice existentes a la conclusión del Congreso, Baleares, que insistentemente pedía la simple aprobación del suyo; en cambio, reprobaban sus proyectos de Apéndice todas las demás regiones, incluso Aragón, que lo tenía en vigor y por cuya modificación convocó el Congreso. Navarra sólo tenía un Anteproyecto de Apéndice oficiosamente elaborado en el seno de la Diputación e impreso por ella en el año 1944.

estaba en trance de su revisión por una Comisión de jurisconsultos nombrada en 1935 y reorganizada en 1940, veía nuevamente reorganizada en la medida que fuera necesario esa Comisión para adaptarla a las prescripciones generales de este Decreto. Y la Orden de 24 de junio de ese mismo año 1947 determinaba la forma en que habían de constituirse las Comisiones para el estudio y ordenación del Derecho foral (27).

Desde entonces han transcurrido veinte años. Veinte años para la elaboración de esta *Compilación de Derecho foral de Aragón*, que, ciertamente, no podrá decirse que se ha redactado con precipitación; aunque en verdad pudo haberse hecho bastante antes y más si se tiene en cuenta que ya podía trabajarse sobre la realidad de un Apéndice foral vigente y que indudablemente había producido una copiosa jurisprudencia, aclarando no poco el panorama de las instituciones aragonesas más necesitadas de una nueva estructura jurídica. Un plan seguramente demasiado amplio para el estudio y la preparación de cuanto debiera de articularse, cambios y pérdidas muy lamentables entre los miembros de la Comisión, amén de alguna otra circunstancia y ausencias obligatorias, retrasó la tarea encomendada. Pero no es sólo vanidad lo que permite llegar a concluir que se ha llevado a cabo una obra buena; bien hecha; en estudio conciso y sereno de una realidad y con una buena técnica jurídica.

Es inevitable y habrá de serme perdonada la añoranza de estos veinte años tan llenos de historia íntima del Congreso y de cuanto vino después (28). Trabajos aislados y con el fervor de aquella inercia de entonces que auguraban una pronta y primera *Compilación*; ausencias y atascos y más de un volver a empezar sobre y por encima de cuanto ya había aprobado, hasta decidir después de varias paralizaciones que un Seminario constituido en el seno del Consejo de Estudios de Derecho Aragonés preparase las sesiones y las tareas de la Comisión de Juristas con la recopilación de datos acerca de cuanto la *Colección de Fueros y Observancias*, los comentaristas clásicos, la doctrina y la jurisprudencia pudieran decir acerca de la materia concreta que iba a ser objeto de estudio para su articulación en el correspondiente Anteproyecto de Ley (29). El Seminario funcionó con las

(27) Ya en el año 1935, y como signo del descontento de Aragón por su Apéndice, se nombró, por Orden ministerial de 15 de junio, una Comisión revisadora del mismo, con encargo de formular un nuevo anteproyecto de ley. Esta Comisión interrumpió sus tareas a causa de la guerra de liberación, y por Orden de 13 de marzo de 1944 fue reorganizada, asumiendo la secretaría el autor de esta reseña. El Decreto de 1947 y la Orden de 1948 fueron para Aragón una simple ratificación del encargo de revisar el Apéndice, pero amoldándole al nuevo criterio y con la más amplia misión de las *Compilaciones*.

(28) En alguna ocasión me ha sido inevitable el recordar en letra impresa algún episodio trascendental de aquel Congreso, cuya secretaría general hube de asumir. V. *Los Derechos Forales en la primera mitad del siglo XX*, página 337 y nota número 56.

(29) La idea de un Seminario que propusiera un texto de trabajo la propuse en la reunión del 16 de mayo de 1953, como complementario o concordante

mismas intermitencias, pero indudablemente cumpliendo bien su misión; agrupando en distintas ponencias a un numeroso y escogido plantel de entusiastas del Derecho aragonés que bajo la dirección en cada Ponencia de un Consejero llegaron a realizar verdaderos tratados exhaustivos sobre los distintos capítulos de nuestro viejo y tradicional Derecho foral (30). Bien podemos repetir que si esta labor previa se publicara a modo de antecedente o exposición de motivos de nuestra actual Compilación pudiera llenar un libro de una extensión superior a mil páginas (31).

Con todo y hasta 1960 la Comisión compiladora, que en escasas ocasiones se había reunido, no volvió a reanudar su actividad inicial. Claro es que en esta nueva etapa contaba ya con un profuso material de estudio, con el trabajo aislado y muchas veces ya completo de varios miembros de la Comisión y también con el ejemplo de algunas regiones como Vizcaya y Alava, primero, después Cataluña y al poco tiempo Baleares, que ya habían visto convertida en Ley la Compilación elaborada por sus distintas Comisiones territoriales (32).

Esta nueva etapa de trabajo de la Comisión aragonesa tuvo un momento o un capítulo muy destacado en junio de 1961. En su afán de recabar colaboraciones y de buscar ayudas a su tarea juzgó oportuno salir al exterior, llamar a cuantos quisieran acudir con su aportación crítica acerca de las cuestiones más fundamentales planteadas en toda la sistemática del Derecho civil de Aragón. Bajo esta idea se organizaron las "Jornadas de Derecho Aragonés", que congregaron en Zaragoza a muchos juristas residentes en el territorio, aragoneses o no (33). Fue una asamblea de compañeros y amigos, de carácter meramente consultivo, sin que (como ya se advertía en la convocato-

al texto articulado que pudiera ofrecer, total o parcialmente, un miembro cualquiera de la Comisión. V. Anuario de Derecho aragonés, VII, 1953-54, páginas 221 y siguientes.

(30) Rendimos desde aquí homenaje al entusiasmo del que luego fue profesor adjunto de nuestra cátedra don MARIANO ALONSO LAMBÁN, y a los señores ARAGÜES ALBALATE, SÁINZ DE VARANDA, BERGUA BELLED, CABALLERO PÉREZ MARTÍNEZ, ARREGUI LUCEA, INFANTE ROMANOS y ASENSIO PALLAS, que formaron el grupo de jóvenes entusiastas dedicados a estudiar el proceso histórico y la formulación actual de las distintas instituciones de Derecho aragonés.

(31) En verdad que también esta labor del grupo de compañeros y discípulos que formaron el seminario ha sido doblemente postergada. Primeramente, porque no se han editado los muy valiosos trabajos demostrativos del rigor técnico con que se trataba de preparar el articulado de la nueva Compilación; después, porque la comisión compiladora en el momento de la redacción definitiva se apartó, y no poco, de aquellos trabajos.

(32) La Compilación de Vizcaya y Alava fue la primera, y lleva fecha de 30 de julio de 1959; la de Cataluña es de 21 de julio de 1960; la de Baleares, de 19 de abril de 1961, y la de Galicia, de 22 de diciembre de 1963.

(33) Se celebraron en Zaragoza del 12 al 15 de junio de 1961. Convocándose a todos los juristas de Aragón, que acudieron en gran número, al salón de actos de la Sociedad Económica de Amigos del País, donde se desarrollaron las sesiones.

ria) se formularan conclusiones. Las opiniones y estudios allí expuestos fueron valiosísimos.

Fueron quince los temas o las cuestiones sometidas a deliberación (34). Desde los más genéricos enunciados acerca de la orientación unificadora, o el perfeccionamiento técnico formal de los textos o la acomodación del Derecho aragonés antiguo y vigente a la actualidad social y económica, a los problemas más concretos acerca del "standum est chartae", la costumbre, el derecho de familia puro, las relaciones de vecindad, la comunidad conyugal legal, la sociedad conyugal continuada, la viudedad, la sucesión testada, las legítimas, la troncalidad y el retracto gentilicio, la sucesión contractual, y otras cuestiones, que así, genéricamente formuladas, constituían el último de los temas de estos interesantísimos coloquios.

Esto dio nuevo impulso a la Comisión compiladora aragonesa, o por lo menos fue índice de su afán de llevar a cabo en el más breve tiempo posible la misión que le había sido encomendada y, efectivamente, un año después, en julio de 1962, se formuló y fue aprobado por unanimidad, mandándose imprimir, el primer Anteproyecto de Compilación de Derecho Civil de Aragón (35). Y he dicho que se mandó imprimir porque en aquella misma línea recta, decidido propósito de excitar el espíritu crítico que pudiera ayudar todavía más al trabajo de la Comisión compiladora, ésta decidió, al mismo tiempo que aprobaba este Anteproyecto, previa la oportuna autorización que obtuvo fácilmente, que se abriera una información pública para que las Corporaciones y entidades interesadas y los estudiosos de Derecho aragonés expusieran por escrito, dentro de un plazo que se les daba, las observaciones que creyeran conveniente formular. Y a tal efecto se dirigió una circular con un ejemplar del Anteproyecto a todos los letrados aragoneses, a más de las Corporaciones públicas, Ayuntamientos, estudiosos de Derecho o prácticos del mismo, que pudieran tener algo que decir en tan crítico período para la vida de nuestro Derecho civil (36).

(34) Se editó un folleto, que lleva fecha de 8 de junio de 1961, en donde se concretaba al detalle cada una de las cuestiones sometidas a debate, numerándose para una más cuidada discusión. Fueron ponentes los señores PALA MEDIANO, SÁNZ DE VARANDA, MARTÍN-BALLESTERO, SANCHO REBULLIDA, ALBALADE GIMÉNEZ, ALONSO LAMBÁN, LORENTE SANZ y LACRUZ BERDEJO.

(35) Constaba de un Título preliminar, sobre disposiciones generales; un título I, "De las personas y de las relaciones entre parientes"; un título II, "De los Derechos sobre las cosas"; un título III, "De la sucesión mortis causa"; un título IV, "De los regímenes matrimoniales"; un título V, "De la comunidad conyugal continuada"; un título VI, "De la viudedad"; un título VII, "Disposiciones interpretativas y limitativas de algunas instituciones consuetudinarias", y un título VIII, "De las obligaciones y contratos". Constaba de 173 artículos.

(36) Una circular autorizada por el entonces presidente de la Comisión Compiladora y de la Audiencia Territorial, señor RIAÑO GOIRI, y por mí, como secretario, remitió a todos los juristas el Anteproyecto de Compilación, dándoles el plazo de 30 de noviembre de 1962 para emitir las observaciones que creyeran conveniente formular.

La información pública comprobó el interés de los juristas aragoneses por su propio Derecho y resultó muy eficaz, tanto que el plazo inicial hubo de ampliarse a solicitud de los Colegios Notarial y de Abogados para poder presentar corporativamente un informe acabado sobre todos y cada uno de los extremos contenidos en los distintos artículos del Anteproyecto consultado. Y efectivamente e independientemente de las sugerencias recibidas de particulares (37), hay que destacar el interesante trabajo formulado por la Junta de Gobierno del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza y el extenso y completo opúsculo del Colegio Notarial y de Registradores de la Propiedad de Aragón que aportaban a la Comisión Compiladora no solamente unos valiosos estudios concretos sobre puntos precisos de nuestro Derecho civil, sino el calor y el estímulo de los letrados aragoneses, verdaderamente interesados en la renovación del cuaderno foral aragonés (38).

Quemando etapas, ahora en una labor en ocasiones agotadora, casi en sesión permanente desde el día 11 de junio de 1963, la Comisión reanudó su tarea, y examinando detenidamente las observaciones y enmiendas propuestas, dio redacción definitiva al texto del Anteproyecto de Compilación de Derecho civil aragonés el día 8 de julio de 1963, día de Santa Isabel, Infanta de Aragón (39).

También se imprimió y se difundió el nuevo texto, insertándolo literalmente en el Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza, que había también publicado el Anteproyecto anterior. Con toda la documentación pertinente, el texto definitivo del Anteproyecto de Compilación fue elevado al Excmo. Sr. Ministro de Justicia para que fuera sometido a estudio de la Comisión General de Codificación.

Y comenzó entonces una nueva y definitiva etapa donde los juristas aragoneses dejamos de ser actores principales. No nos desentendimos tampoco de lo que formaba parte de nuestra propia entraña. Y muy principalmente a través de don José Lorente Sanz, miembro

(37) Los informes particulares son de los señores PALA MEDIANO, LORENTE SANZ, LACRUZ BERDEJO, BATALLA, ALONSO LAMBÁN y MARTÍN-BALLESTERO. El registrador de la propiedad señor Batalla pronunció una conferencia, publicada en el Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza, enero 1963, *Comentarios al Anteproyecto de Compilación del Derecho civil de Aragón*.

(38) El plazo inicial de 30 de noviembre de aquel año 1962 hubo de ser prorrogado, primeramente hasta 15 de enero de 1963 y después hasta 15 de abril siguiente, ante la realidad de trabajos en curso y de informaciones anunciadas de los Colegios Notarial y de Abogados y del Cuerpo de Registradores de la propiedad. V. *Informe del Colegio Notarial de Zaragoza y de los Registradores de las tres provincias aragonesas sobre el Anteproyecto de Compilación del Derecho civil de Aragón*, Zaragoza, 1963.

(39) V. los números 24, 25 y 26 del Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, que con la mayor asiduidad y afecto siguió la elaboración de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, publicando los diferentes textos con sus correspondientes cotejos y comentarios. En el último de los Boletines citados, con el texto definitivo aprobado, se publican las Conferencias que el Colegio organizó para divulgar y comentar las distintas partes sistemáticas de que consta la Compilación.

de la Comisión General de Codificación en representación de Aragón, fuimos conociendo día a día los trabajos de ésta. Es de destacar la participación verdaderamente decisiva, nunca bastante ponderada, del señor Lorente Sanz. Sin dejar de asistir ni una sola vez a las reuniones de la Comisión de Codificación, iba informando a los compañeros de Zaragoza de los debates, recogiendo de ellos posibles enmiendas a las propuestas formuladas por los distintos componentes de la Comisión de Códigos. Las deferencias y las atenciones de estos componentes de la Comisión General de Codificación permitieron una comunicación constante con los miembros de la Comisión Compiladora de Zaragoza. Y puede decirse que a través del señor Lorente Sanz, y aun directamente, como lo hizo el señor Palá en sus observaciones al texto que redactó esa Sección especial de la Comisión General de Codificación, pudimos seguir trabajando, conociendo día a día cuanto sobre el Derecho aragonés interesara a Aragón y a la Comisión aragonesa que compiló el Anteproyecto. Prueba de ello es que después de terminada nuestra misión oficial y de haber enviado hasta los libros de actas a Madrid, aún hubo de reunirse la Comisión a instancia de la Sección especial de la Comisión General de Codificación para la redacción de las Disposiciones transitorias (40).

Y surgió el Proyecto de Ley sobre Derecho civil de Aragón. Concluida la tarea de la Sección especial de la Comisión General de Codificación, el Consejo de Ministros, a propuesta del ministro de Justicia, remitió a las Cortes como Proyecto de Ley la Compilación de Derecho Civil de Aragón, que publicaba el Boletín Oficial de las Cortes Españolas con fecha 14 de noviembre de 1966. Conviene que nos detengamos brevemente en este texto y en lo que difiere del texto definitivo del Anteproyecto que en su día se remitió a la Comisión General de Codificación.

El Proyecto de Ley modificó el plan o sistema, distribuyendo las materias en lugar de un Título preliminar y de ocho Títulos de que constaba el Anteproyecto, en un Título preliminar sobre las normas en el Derecho civil especial de Aragón y cuatro Libros dedicados a Derecho de la persona y de la familia, Derecho de sucesión por causa de muerte, Derecho de bienes y Derecho de obligaciones (41).

Se simplificó la Junta de parientes eliminándola como tribunal familiar y modificando la intervención subsidiaria de la autoridad judicial (42).

(40) El Anteproyecto no contenía disposiciones transitorias, que en la Compilación definitivamente aprobada se insertaron en número de doce, y que afectan al Derecho intertemporal y transitorio entre dos legalidades diferentes.

(41) Fue insertado en el Boletín Oficial de las Cortes Españolas de 14 de noviembre de 1966 y publicado en el número 24 del Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza con un interesante y denso prólogo en donde se coteja cuidadosamente con el Anteproyecto redactado por la Comisión de Zaragoza.

(42) Se elimina el artículo 29 del Anteproyecto, modificando la intervención subsidiaria de la autoridad judicial y simplificando la institución en simplemente tres artículos, el 20, 21 y 22 (en el Anteproyecto se regulaba del 23 al 30).

En la administración del régimen económico conyugal y en un acercamiento lógico al Código civil se hizo preciso que el cónyuge administrador necesitara del consentimiento del otro cónyuge o, en su defecto, de la aprobación de la Junta de Parientes o autorización judicial para actos de disposición sobre bienes inmuebles y establecimientos mercantiles (43).

El derecho de acrecer, que en la sociedad continuada se atribuía a los demás partícipes al fallecimiento de uno de ellos, fue suprimido, aunque con un especial derecho de opción para la adquisición de esta cuota si ella recaía en persona no descendiente del partícipe (44).

En el derecho expectante de viudedad se completaba la regla clásica de no extinción por la enajenación no consentida por ambos cónyuges, permitiendo la intervención subsidiaria de la Junta de parientes y de la autoridad judicial en los casos de incapacidad o ausencia o negativa infundada (45).

En la revocación unilateral del testamento mancomunado se dictaban en el Proyecto de Ley determinadas formalidades que no habían sido formuladas en el Anteproyecto de Compilación (46).

En la sucesión paccionada o contractual se exigía el carácter exclusivamente familiar y consuetudinario de estos pactos, más amplios en el Anteproyecto (47).

También era más amplia en el Anteproyecto la fiducia sucesoria, que en el Proyecto de Ley sólo se permitía encomendar a dos o más parientes y únicamente para ordenar la sucesión de la casa (48).

En el Proyecto se incluyó un derecho de alimentos a modo de legítima estricta a favor de los hijos naturales reconocidos, que no habían sido mencionados en el Anteproyecto de Zaragoza (49).

Finalmente, en la sucesión troncal y en el retracto gentilicio se matizan diferencias de grado acerca de los bienes y del tiempo que hayan estos permanecido en la casa, no de igual modo a cómo previamente se habían recogido estos derechos (50).

En general, se puede afirmar que no había diferencia de importancia, sustancial, en ninguna de las instituciones ni en ninguna de las normas del Proyecto de Ley presentado a las Cortes y en relación con el Anteproyecto elaborado por la Comisión de Jurisconsultos arago-

(43) Se aceptó el criterio que en la modificación del año 1958 se llevó al artículo 1.413 del Código civil, en un acercamiento indudablemente lógico.

(44) Artículo 70 del Proyecto.

(45) No era esta sola la novedad en el Derecho expectante de viudedad, que se extendía y regulaba minuciosamente, tal como pasó definitivamente a la ley.

(46) El artículo 50 del Anteproyecto era más simple; y no contenía los tres apartados del actual texto.

(47) En el Anteproyecto, el artículo 59 no limitaba al ámbito familiar y consuetudinario, que en el Proyecto de Ley exigía en los artículos 99 y 102.

(48) El artículo 52, en el Anteproyecto era más amplio.

(49) Artículo 121, 2, no recogido en el Anteproyecto.

(50) Artículos 83 y 85 del Anteproyecto.

neses; y que la Comisión especial creada en el seno de la Comisión General de Codificación que examinó cuidadosa y competentemente la tarea realizada por los juristas regnicolas extremó con éstos sus atenciones y dio cima a su labor originando ese Proyecto de Ley que no difiere prácticamente del elaborado por los juristas aragoneses, que si bien en algún momento sintieron la justa alarma de que pudiera desnaturalizarse el propósito y la forma concreta en que era recogida alguna institución, al fin y en definitiva pudieron considerar como labor propia la revisada y definitivamente formulada por la Comisión General de Codificación. Y no se olvide y téngase muy en cuenta que este propósito y aun este empeño de ser los juristas de cada territorio los que elaboraran sus propias Compilaciones había sido una de las afirmaciones más rotundas del Congreso Nacional de Derecho Civil de Zaragoza y seguía siendo uno de los extremos más defendidos por las voces más autorizadas del campo del Derecho foral, celosas de que no se diera como tarea propia lo que por modificaciones posteriores venía a ser obra ajena (51).

El Proyecto de Ley había en las Cortes de convertirse en Dictamen. Dictamen que emitiría la Comisión de Justicia después del reglamentario período de enmiendas, discusión y aprobación. Un proceso delicado y que en Aragón producía de antemano otra clara inquietud.

La inquietud de Aragón se cifraba en el hecho, por otra parte lógico, de que el estudio profundo llevado a cabo durante aquellos veinte años ya relatados y por los especialistas de Derecho aragonés que más podían comprobar a diario en su vida profesional y en contacto con la realidad de la vida el Derecho civil de Aragón, se viera ahora en unas pocas sesiones de no especialistas, al menos en su mayoría, alterado más o menos sustancialmente. La composición de las Cortes Españolas, y concretamente de su Comisión de Justicia, permitía aventurar este juicio nada tranquilizador y hacer volver a repetir desde Aragón y en el seno de su Comisión de Jurisconsultos que si el Anteproyecto por ellos elaborado no parecía bien al legislador, debiera el legislador devolverlo a Aragón para confeccionar otro, pero no modificarlo intensamente.

No pasó de ser esto una suspicacia, pues el paso del Proyecto de Ley a Dictamen fue bastante normal y sin que, en definitiva, las incidencias del proceso de presentación y discusión de enmiendas modificara el Proyecto de Ley en puntos de importancia.

En el artículo 2.º, un párrafo casi aclaratorio acerca de la costumbre y anteponiéndose a la prueba de la misma, vendrá a declarar, volviendo a la redacción del Anteproyecto y en párrafo suprimido en la Comisión de Códigos, que tendrá fuerza de obligar cuando no sea

(51) Este criterio ya se manifestó en el Congreso Nacional de Derecho Civil y fue recogido en el último párrafo de la conclusión 1.ª Y Navarra llegó al extremo de solicitar y obtener que fuera su propia Diputación Foral la que designara la Comisión Compiladora.

contraria al Derecho natural o a las normas imperativas o prohibitivas aplicables en Aragón (52).

Se redacta de un modo distinto el artículo 4.º, acerca de la mayoría de edad, pero declarando ésta, igual que lo que se proponía, desde el momento en que se contrae matrimonio (53).

En el artículo 6.º se equiparan y elevan al mismo rango la Junta de parientes y la autorización judicial, equiparación que luego vuelve a ser repetida en el artículo 13, apartado 2.º, y en el artículo 21, párrafo 4.º (54).

En el artículo 23 se suprime el adverbio “preferentemente” (55).

En el artículo 27, y por aquella equiparación con la Junta de parientes, se ha agregado la frase “o de la autoridad judicial” al hablar de la capacidad para otorgar capitulaciones matrimoniales (56).

En el apartado segundo del artículo 76, sobre el derecho expectante de viudedad, se reduce la no extinción del Derecho por la ulterior enajenación de los bienes afectados a la renuncia expresa, en lugar de los casos que detallaba el Proyecto de Ley y que quedaban de este modo absorbidos o resumidos (57).

Como se ve, no se trataba de alteraciones de importancia, reducidas a veces a nuevas formas de redacción. Pero hubo una enmienda al artículo 99, sobre sucesión paccionada, que llegó a inquietar a esa susceptible opinión jurídica aragonesa, obligándole a intervenir.

El artículo 99 del Proyecto de Ley determinaba la validez de los pactos sobre la propia sucesión, tanto en capitulaciones matrimoniales como por otra escritura pública. En las Cortes se trató de reducir el ámbito de estos pactos sucesorios a las capitulaciones matrimoniales y con carácter personalísimo (58).

(52) Acerca del carácter de la costumbre en Aragón, V. *La norma...*, páginas 73 y siguientes.

(53) V. artículo 10 del Apéndice que, en redacción distinta, sentaba idéntica doctrina legal.

(54) Ya hemos dicho cómo esta equiparación no existía en el Anteproyecto; y en la Compilación se establece para la aprobación de cuentas de la administración de los menores, para el poder de disposición de ellos, cuando se trata de bienes raíces, negocios mercantiles o industriales y valores hereditarios u objetos preciosos, y genéricamente y como norma de funcionamiento de dicha junta de parientes, cuando algún asunto haya de ser sometido a su conocimiento o a la autoridad judicial, transcurrido un mes sin haber obtenido acuerdo.

(55) Indudablemente recorta el régimen paccionado aragonés la supresión del adverbio “preferentemente”, al quedar redactado el artículo 23 de la Compilación en estos términos: “El régimen económico del matrimonio se ordenará por las capitulaciones que se otorguen...”.

(56) Esta equiparación está en la misma línea y forma parte integrante de cuanto se ha expuesto en la nota número 54.

(57) La frase de la Compilación “A menos que se renuncie expresamente” ha sustituido a la siguiente del Proyecto de Ley: “A menos que fuere consentida por el otro cónyuge o subsidiariamente por la junta de parientes y, en su defecto, por la autoridad judicial en los casos de incapacidad, ausencia o negativa infundada”.

(58) En el proyecto enviado a las Cortes se decía textualmente: “Artículo 99, I, son válidos los pactos que sobre la propia sucesión se otorguen, con

Podríamos decir que los juristas aragoneses, y señaladamente los que formaban parte de la Comisión Compiladora, volvieron otra vez a ponerse en movimiento y a trabajar sobre la defensa de lo que después de un largo debate, en su día, reflejaba la opinión más común, tanto desde el punto de vista tradicional como de la actualidad. Se ponía de manifiesto no sólo el hecho de haber sido de siempre aceptada en Aragón la sucesión por contrato y practicarse en la actualidad sin que constara protesta alguna por nadie, sino el haber sido recogida y regulada en otras Compilaciones de Derecho foral que pasaron por las Cortes sin menoscabo de este derecho (59). Y hasta podíamos citar y citábamos ejemplos prácticos, como el del tío soltero que tenía asociado a su empresa a un sobrino y que, lógicamente, uno y otro quieren asegurar la sucesión del negocio con la garantía que da un pacto sucesorio y que no tiene un testamento.

El caso es que, con cierta alarma, se enviaron desde Aragón a todos o casi todos los miembros de la Comisión sendos escritos en defensa de la amplitud de la sucesión contractual en Aragón y ello y, sobre todo, la postura y la defensa espléndida, a modo de lección magistral, dada en el seno de la Comisión por el insigne aragonés, maestro de maestros, don José Castán Tobeñas (60), salvó la situación con el triunfo de esa amplia sucesión contractual, que de ahora en adelante y en virtud de la nueva redacción del artículo 99 no sólo podrá otorgarse en capitulaciones matrimoniales, sino también en escritura pública por mayores de veintiún años que sean parientes consanguíneos o afines en cualquier grado o adoptivos, o que se otorguen en el

carácter personalísimo, en capitulaciones matrimoniales o por mayores de veintiún años en otra escritura pública." Después de la discusión en el seno de la Comisión de Justicia de las Cortes ha quedado definitivamente modificado y redactado de la siguiente forma: "Artículo 99. Son válidos los pactos que sobre la propia sucesión se convengan con carácter personalísimo en capitulaciones matrimoniales. *También lo serán los que se pacten en escritura pública, por mayores de veintiún años que sean parientes consanguíneos o afines en cualquier grado o adoptivos o que se otorguen en el marco de las instituciones familiares consuetudinarias.*" Lo mismo en el Proyecto de Ley que en la Compilación se determina a continuación: "la costumbre determinará el alcance de tales pactos".

(59) V. los heredamientos en Cataluña recogidos en el título IV de la Compilación, artículo 63 y siguientes; la admisión del contrato sucesorio en la Compilación de Baleares. Art. 6.

(60) Como una intervención simbólica de toda una vida dedicada a la enseñanza del Derecho, habrá de ser señalada la intervención en las Cortes y en pro de la integridad del Derecho aragonés del Excmo. Sr. D. JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, insigne aragonés, entonces presidente de nuestro Tribunal Supremo. Su autoridad acalló cualquier oposición, y de este modo hizo triunfar la amplia sucesión contractual del Derecho aragonés y evitó el que la nueva Compilación surgiera con un hueco o tacha de lo que los aragoneses estimaban sustancial. Aragón debe a tan destacado maestro y jurista el homenaje que sus largos años de docencia, sus textos magistrales y su sabiduría y eficacia le han hecho acreedor. Ningún homenaje en el ámbito jurídico habrá de encontrar un eco más unánime; y no sólo en Aragón.

marco de las instituciones familiares consuetudinarias (61). Esta nueva redacción objetiviza, sin duda no poco, el carácter de la sucesión contractual en Aragón al enmarcarla dentro de la institución familiar y de la costumbre, pero, a decir verdad, es que fuera de ella no se podía observar en su desarrollo, tal vez, ni un solo caso de capitulaciones aragonesas.

Todavía en el artículo 102 podemos señalar la eliminación del señorío menor, más que otra cosa en una expresión práctica y por lo que pudiera existir la confusión de este término con el instituido heredero, aunque nos siga pareciendo más adecuada la redacción primitiva de este artículo (62).

Fue, pues, en definitiva, un tránsito, ciertamente peligroso pero feliz, el paso de Proyecto de Ley a Dictamen. Este Dictamen fue aprobado por el Pleno de las Cortes, por unanimidad, el día 8 de abril de 1967, pasando a ser Ley y entrando a regir a los treinta días de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado", que es el correspondiente al día 10.

Consta la Compilación de 153 artículos, una disposición derogatoria, otra adicional y 12 disposiciones transitorias (63). No es un cuerpo de Derecho más voluminoso de lo que era el Apéndice derogado, aunque éste sólo constaba de 77 artículos (64). Proporcionalmente, y aun de modo absoluto, es de menor extensión que otras Compilaciones forales dictadas, aunque sin duda el contenido y la singularidad del Derecho aragonés sea el de mayor importancia patria (65).

Creemos que se ha recogido la tradición foral con fidelidad; sin que esta fidelidad haya sido obstáculo para amoldar algunas de sus

(61) En realidad, un detenido cotejo entre la redacción del actual artículo 99 y el del Anteproyecto elaborado por la Comisión de Zaragoza permitiría llegar a la conclusión de que se ha matizado más y de acuerdo con la doctrina tradicional el ámbito de la sucesión paccionada, sin modificaciones de verdadera importancia. No se olvide que en una y otra redacción se ha mantenido íntegra la disposición de su número 2, remitiendo a la costumbre el alcance de tales pactos.

V. la conferencia de PALA MEDIANO en el número 26 del Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, pág. 138.

(62) V., sobre el carácter y naturaleza del señorío mayor, PALA MEDIANO, *Los Señores Mayores en la familia altoaragonesa*, separata de la II Semana de Derecho Aragonés, Zaragoza, 1944.

(63) El Anteproyecto tenía un número mayor de artículos (173, el de julio de 1962); ya hemos dicho cómo fue modificado en su estructura en la Comisión General de Codificación.

(64) Uno de los argumentos empleados por los fueristas aragoneses a raíz de la publicación del Apéndice de 1925 era el de la escasa extensión, las pocas páginas de la "Gaceta de Madrid" a que quedaba reducido el venerable cuerpo de los "Fueros y observancias del Reino de Aragón".

(65) Puede hacerse un fácil cotejo con las Compilaciones ya vigentes, especialmente como la de Galicia, mucho más reducida en su ámbito, pero mucho más extensa en su redacción. La de Cataluña, también mucho más extensa, hasta llegar a 344 artículos, tiene sus cuatro libros con unas instituciones ordenadas prácticamente igual, pero quizá con un contenido más de detalle o especialidad.

principales instituciones a los supuestos sociales y a las nuevas condiciones de vida que hay que afrontar. Es una Compilación que ha procurado mirar tanto al pasado como al presente y al futuro; y ello es garantía de su bondad y de su eficacia.

Como es lógico, y en razón de la parte de Derecho civil que ha perdurado de modo sustancial desde la época en que fueron cegadas las fuentes legislativas aragonesas hasta nuestro siglo, la Compilación de Derecho civil de Aragón es un cuerpo de Derecho que regula principalmente el Derecho de familia y el de sucesiones (66). De principio sólo hay tres artículos, referentes a normas, antes del Libro primero, que ya directamente se refiere al "Derecho de la persona y de la familia" (67). Al final del artículo 143, en que comienza el Libro tercero, se trata de los Bienes en seis artículos, y a continuación, en el Libro cuarto, del "Derecho de obligaciones", en cinco artículos tan sólo (68).

Pero, en cambio, como tal Derecho de familia y sucesiones, la Compilación de Derecho civil de Aragón es verdaderamente trascendental. Para justificar este calificativo nos bastaría hacer observar cómo, en contra del criterio individualista del Código civil, que desconoce a la familia como entidad natural y que sólo la menciona accidentalmente al tratar de la tutela, la Compilación aragonesa hace de la familia, de la Casa, el eje de su tradicional y de su actual dere-

(66) Los Derechos reales giraban en torno al Derecho de familia; y el mismo Derecho de sucesiones era un derecho normativo de la perdurabilidad de la familia misma y de la transmisión o de aquella propiedad o de los derechos de los miembros familiares. Como ejemplo, nos remitiríamos a las *Instituciones de Derecho Civil aragonés*, de FRANCO Y GUILLÉN, y a sus tres libros, aún con determinadas materias de obligaciones y contratos que han sido separadas en el Derecho moderno.

(67) Hay que subrayar que el poder tratar de normas jurídicas y el hecho de comenzar con ellas, y en tres artículos, la actual Compilación de Derecho Civil aragonés, es la mayor y más trascendental consecuencia de la sustitución del sistema de Apéndices por este otro de Compilaciones. Una Compilación, por abarcar todo un sistema y un ordenamiento jurídico, puede y debe regular sus propias fuentes de Derecho. Un Apéndice, no, porque sigue fielmente a un cuerpo de Derecho, debiendo contener sólo las "instituciones que convenga conservar", como excepción o con carácter meramente modificativo. Así, el hacer consignar en la primera reunión de lo que había de ser Comisión Compiladora de Zaragoza, heredera de la Comisión revisora del Apéndice, acordándose por unanimidad este carácter, de mucha mayor amplitud del encargo que se nos concedía.

(68) Con todo, los seis artículos que en la Compilación tratan de los bienes son importantes para toda una sistemática del Derecho aragonés. Téngase en cuenta que las relaciones de vecindad y el carácter de la propiedad misma en Aragón no siguieron jamás el criterio egoísta e individualista de nuestro régimen de propiedad del Código civil; y de aquí, por ejemplo, la amplitud en la servidumbre de luces y vistas y el carácter social de las instituciones de la alera foral y otras mancomunidades que recoge la Compilación. En el Derecho de obligaciones, en cambio, sólo se contienen meras especialidades, aunque con indudable abolengo jurídico.

cho (69); repitiendo frecuentemente estos términos como expresión de una unidad con un carácter institucional acentuadísimo, mantenedor de las esencias más puras del Derecho aragonés y de la que emanan poderes jurídicos que en su articulado se citan expresamente (arts. 33 a 35, 64, 114), aunque dejando a la costumbre su regulación, como es de rigor (70).

Por este especialísimo carácter familiar del viejo Derecho regnicola, se ha cuidado en la Compilación actualizar y reglamentar de modo completo instituciones como la Junta de parientes, que estaba a falta de una ordenación escrita (71), y que con la extensa y cuidada admisión del pacto, en sus diversas manifestaciones (72), viene a decir del carácter eminentemente voluntario y liberal del Derecho aragonés

(69) Desde mi tesis doctoral *La Casa en el Derecho Aragonés*, Zaragoza, 1944, recogiendo ya una idea de mi maestro MONEVA y PUYOL, en su introducción al Derecho hispánico, Labor IV, números 1.107 y 1.113, los estudios sobre la Casa aragonesa van siendo frecuentes, habiéndose llegado a consignar el término como expresión del especialísimo carácter de la comunidad doméstica en Aragón. En la exposición de motivos de la Compilación se habla de "La ordenación y mantenimiento de la Casa", y en los artículos 33, 34, 35, 64, 114 y 133, el término Casa define y concreta la institución básica del Derecho aragonés y el carácter familiar de sus normas más fundamentales. Por cierto que esta institución también ha sido puesta de relieve recientemente por los juristas catalanes como expresión e interpretación de su peculiar régimen familiar, como la pusieron de manifiesto los señores PORCIONES e ITURMENDI en sus discursos de presentación a las Cortes de la Compilación de Cataluña.

(70) Esta remisión a la costumbre, además del carácter que se otorga a esta fundamental fuente de Derecho en los artículos 1 y 2 de la Compilación, es lógica y hasta necesaria en varias instituciones cuya práctica depende del lugar y de las modalidades de su arraigo. Así, en el artículo 33 de la Compilación, hay una remisión a la costumbre en las instituciones familiares que giran en torno al régimen de capitulaciones matrimoniales; en el artículo 34, a la división de los beneficios obtenidos con el trabajo común al resolverse situaciones de consorcio o comunidad familiar; en el 57, al tratar de las ventajas y su propio contenido y alcance; en el 75, al señalar el orden de prelación de las fuentes y su interpretación en el Derecho de viudedad, en donde el pacto y la costumbre tienen preminencia sobre la norma escrita; en el 99, para determinar el alcance de la sucesión paccionada y sus propias estipulaciones; en el 107, cuando esta sucesión paccionada se refiera a instituciones consuetudinarias; en el 143, en el Derecho de bienes y en la corta de las ramas de los árboles sobre la finca vecina; en el 146, para regular la alera foral y los adempries; y en el 153, último de los artículos de la Compilación, para suplir las omisiones en los contratos relativos a la ganadería.

(71) La Junta de parientes la regulan los artículos 20, 21 y 22, en cuanto a su constitución y funcionamiento, personas que la integran y ámbito de sus atribuciones; pero se remite a las normas de la fiducia sucesoria (art. 110 y siguientes) cuando sean éstas las funciones de tan interesante como tradicional y eficaz institución.

(72) El pacto en Aragón y en la Compilación no sólo está recogido en el artículo 3.º y como principio general, sino muy especialmente en el régimen matrimonial paccionado (art. 25 y siguientes); en la sucesión contractual (artículo 99 y siguientes) y hasta en el carácter que se otorga a la donación universal de bienes y a la donación mortis causa en el art. 101.

en cuanto a la ordenación de la Casa y familia se refiere (73). No olvidemos que en la historia de Aragón la formulación del Derecho privado no era tarea exclusiva del soberano, y que quizá ningún pueblo como el aragonés supo encomendar a los jefes de cada casa la vida y la transmisión de las comunidades domésticas, sobre todo en su aspecto patrimonial rústico. No creo exagerada la afirmación de que la actualización legal que la *Compilación* da a la familia aragonesa habrá de servir de modelo a toda familia española el día que se aborde la construcción jurídica de un Derecho y un Código civil general.

Quizá convenga descender al hecho concreto de haberse tenido en cuenta la importancia actual de los bienes muebles tanto en el régimen económico conyugal como en el Derecho expectante de viudedad (74), las dos partes sistemáticamente más cuidadas del actual Derecho aragonés. Que se ha resuelto de modo acertado el enrarecido problema de la revocación del testamento mancomunado (75). Que la sucesión legítima ha encontrado una formulación y limitación sacada según los órdenes del llamamiento y la naturaleza de los bienes (76). Que se ha reinstaurado el consorcio o fideicomiso foral que los vientos de un individualismo excesivamente interpretado hicieron arrumbar la institución cuando la redacción del Apéndice (77).

(73) Sabida es la amplísima y quizá inigualada libertad civil del Derecho histórico aragonés. Su reflejo y traducción actual y legal la concretaríamos en el "standun est chartae" (art. 3 de la *Compilación*), las relaciones entre ascendientes y descendientes y el régimen de los bienes de los menores (artículos 9 a 14), el carácter principalmente voluntario de la Junta de parientes (art. 20), el régimen económico del matrimonio contenido en capitulaciones (artículos 23 a 35), la comunidad conyugal continuada (arts. 60 a 71), la amplísima concesión que a las determinaciones de voluntad se otorgan en la llamada viudedad foral (arts. 72, 74, 75, 85 y 86, principalmente), la propia naturaleza de los testamentos y muy especialmente del testamento mancomunado (art. 90 y siguientes), la sucesión paccionada (art. 99), la fiducia sucesoria (arts. 110 y 114), la naturaleza de las legítimas (y señaladamente la legítima colectiva del artículo 119), la aceptación de herencia, la colación y la sustitución legal (artículos 137 a 141), el carácter voluntario del consorcio foral (art. 142), la amplitud del régimen normal de luces y vistas y otras servidumbres (arts. 143 a 148) y hasta las escasas normas que se consignan en el derecho de obligaciones (arts. 149 a 153).

(74) Artículos 37, 38 y 39, sobre los bienes que constituyen el patrimonio común de la comunidad doméstica y los privativos de cada cónyuge; y artículo 76, determinando el contenido del Derecho expectante de viudedad.

(75) La jurisprudencia en torno al artículo 19 del Apéndice Foral y a la observancia de notificación por medio de notario que en él se determinaban, revelan claramente la dificultad del problema que se había planteado y que ahora resuelve de modo sencillo el artículo 96 de la *Compilación*, al permitir la revocación o modificación del testamento mancomunado por ambos cónyuges o por uno de ellos en cuanto a sus propias disposiciones.

(76) V. los artículos 127 a 136 de la *Compilación*.

(77) El art. 142 reinstaura esta institución que como dice la exposición de motivos estaba inspirada en los Fueros y Observaciones, y fue eliminada del Apéndice por la absurda creencia de años anteriores de que atentaba al régimen de propiedad individual. Tuve el honor de hacer ver que no era así,

Y fuera de ese fundamental Derecho de familia y de sucesiones, destacamos la enorme importancia de las fuentes del Derecho contenidas en los tres primeros artículos de la Compilación (78). Porque con uno de estos artículos que permitiera vagar hacia la costumbre o al pacto para integrar estas tradicionales normas junto a la Ley, el Derecho aragonés estaba salvado; y se ha salvado de este modo (79). El artículo 1.º de la Compilación integra con ella la costumbre y los principios generales en que tradicionalmente se inspira su ordenamiento jurídico; y la costumbre con la amplitud de tener fuerza de obligar siempre que no sea contraria al Derecho natural o a las normas imperativas o prohibitivas aplicables a Aragón.

De la importancia del pacto en Aragón no es este el momento y el lugar de hablar. El "standum est chartae" formulado en el artículo 3.º de la Compilación tiene luego su desarrollo concreto en la admisión de los pactos sucesorios de tan recio abolengo en Aragón (80). En alguna ocasión hemos hablado de cómo estos y aquellos pactos hicieron a Aragón y a su Derecho (81). La Compilación no podía postergar estas manifestaciones de voluntad de los aragoneses a un segundo término.

Los tiempos cambian y hacen cambiar las cosas, y muy de prisa; demasiado de prisa, a veces. En lo que va de siglo ha cambiado el Derecho —y la economía y la técnica— más que en veinte siglos. No es de extrañar que se haya producido en Aragón una renovación jurídica no lograda desde las Cortes de Monzón de 1547, con el solo paréntesis del Cuaderno foral de la Dictadura en el año 1925. Lo que hay que pensar y estudiar seriamente es si lo legislado ahora responde a una tradición y a unas nuevas condiciones de vida, que indudablemente han sido alteradas profundamente; si en medio de tanto accidente se mantiene íntegra una sustancia, que es lo que ha de perdurar;

destacando no sólo su principalísimo carácter de institución continuadora de la vida familiar, con múltiples ejemplos en la actual situación jurídica, sino su razón de ser eminentemente voluntaria. Rendí con ello homenaje a mi padre, que acudió a la información del Apéndice de 1924 con un trabajo acerca de la conveniencia de mantener esta institución en el cuaderno foral aragonés. V. MARTÍN CÓSTEA, *Del consorcio foral*, Calatayud, 1925.

(78) Habrá que entender desde ahora que por encima del párrafo segundo del artículo 6.º del Código civil están las normas de Derecho civil de Aragón contenidas en los tres primeros artículos de la Compilación.

(79) La limitación para la amplia admisión de la costumbre, aunque se ha cuidado de no hablar de costumbre contra ley, deriva del hecho de integrarla en las propias disposiciones de la Compilación y de que su fuerza de obligar sólo tenga como frontera lo que es contrario al Derecho natural o a las normas imperativas o prohibitivas aplicables en Aragón; ni siquiera a las normas imperativas del Derecho común.

(80) El "standum est chartae", en el Apéndice foral derogado, fue sólo mencionado, y de pasada, en el artículo 59, sin la admisión sustantiva y fundamental que en la Compilación se le da y las consecuencias contenidas en la misma.

(81) V. MARTÍN-BALLESTERO, *Aragón y los Fueros aragoneses ante su actual Compilación*. Separata de "Temis", número 13, 1963.

y si hemos sido fieles al legado que recibimos y hemos sido capaces de mantenerlo en condiciones que pueda ser por mucho tiempo para Aragón y para España entera base y fundamento de un vivir que hilvana las generaciones de un mismo pueblo.

Antecedentes y panorámica de la Compilación Aragonesa

MANUEL BATALLA GONZALEZ
Registrador de la Propiedad

Al tratar de antecedentes de la Compilación del Derecho civil de Aragón, no voy a hacer una abrumadora cita de Fueros y Observancias limitándome a los más inmediatos del proyecto que ha merecido la aprobación de las Cortes.

Realmente puede decirse que la formación de estas compilaciones, aprobadas ya todas excepto la de Navarra, arranca del importantísimo Congreso Nacional del Derecho civil celebrado en Zaragoza en el año 1946; sólo, pues, como dice el Decreto de 23 de mayo del año siguiente, recogiendo el Gobierno las resoluciones de tal Congreso en lo que tienen de esencial, se inicia la preparación de un Código general para España, como aconseja una de las conclusiones, mediante un proyecto, cuya primera etapa ha de ser la compilación de las instituciones forales, ordenándose en este Decreto la constitución de comisiones de juristas que formulen los correspondientes anteproyectos para estudio y aprobación posterior.

Tuve el honor de ser nombrado para la Comisión de Aragón, honor incrementado por haber sido propuesto por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, no obstante desempeñar por entonces Registro no enclavado en la región aragonesa. Esta representación que he ostentado en la Comisión hace que me considere obligado a reflejar mi actuación en la misma, mucho más cuando tienen la atención de escucharme no sólo el Ilmo. Sr. Decano, sino también muchos compañeros.

El anteproyecto formulado, en principio, por la Comisión aragonesa tuvo su origen y principal fundamento en las propuestas hechas por un seminario, entre cuyos componentes procede destacar a los profesores Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida y al también profesor Alonso Lamban, fallecido en plena juventud en trágico accidente de caza y a quien no quiero dejar de dedicar en este momento mi emocionado recuerdo.

A la propuesta de articulado precedieron brillantísimos informes que significan un portentoso y exhaustivo trabajo de investigación, que, con muy poco más, debía convertirse en una historia del Derecho aragonés.

La pena es, en mi concepto, que entusiasmados justamente con la investigación hecha, descuidasen penetrar a fondo en el alcance territorial de lo descubierto, que respecto de gran parte es reducidísimo, y que tampoco atendieran mucho a su actual observancia.

Esto me indujo a manifestar que entendía había cierto desenfoque en la manera de abordar el asunto, cuando por primera vez se reunió la Comisión y se propuso la ratificación de los artículos ya aprobados por la que en 1944 se nombró para revisión del Apéndice.

Con este criterio presenté y defendí una enmienda a artículo por el que se permitía adoptar, aún teniendo hijos legítimos, resucitando el Fuero único de *Adoptionibus* y observancia 27. Tal artículo quedó suprimido por haberse aceptado mi enmienda por 15 votos contra cuatro y dos abstenciones. Permitirme que recuerde aquí a los asistentes a aquella reunión celebrada en el año 48: Castán Tobeñas, Coarasa, Dilla, García Belenguer, García Mansilla, Gascón y Marín, Lacalle, Laguna Azorín (Emilio), Laguna Azorín (José María), Lorente Sanz, Marina (Jesús), Martín-Ballester (Luis), Martín Clavería, Martín Retortillo, Moneva, Muñoz Salillas, Palá, Poza, Sancho Izquierdo y Sancho Seral. Este recuerdo es muy especial y sentido para los que no han llegado al final de estos trabajos.

Cuando parecía que la resolución adoptada indicaba cierta orientación de la Comisión, lo cierto es que debieron suspenderse los trabajos, puesto que hasta el año 53 no se celebró otra reunión, con escasa concurrencia y sin transcendencia, reanudándose, por fin, de modo continuado en abril de 1962.

Reiteraré en aquella ocasión mis opiniones que, entonces y también ahora, más que doctrinales son producto de mi larga experiencia por haber estado desde que empecé la carrera al tanto de los asuntos del despacho de mi padre, que ejerció en Huesca, y haber servido durante muchos años Registros de aquella provincia, habiendo desempeñado, en propiedad o interinamente, todos aquellos en que eran habituales las capitulaciones matrimoniales, con excepción de Benabarre, con la particularidad de que, por la reconstrucción de algunos de ellos, el número de capitulaciones examinadas fue infinitamente superior al normal. Este es mi único bagaje; poder presumir de haber vivido el derecho foral, donde se practica, mejor, practicaba, en toda su integridad, con el examen de capitulaciones —esto que alguien ha llamado el Código de la “casa” aragonesa—, quizá a millares.

Por si esto era poco, el resto de mi carrera lo pasé en Cataluña y Navarra, y para final, más de ocho años en Zaragoza, lo que me ha permitido constatar la diferencia con el Alto Aragón, ya que ni una sola capitulación clásica llegó en esos años a mis manos.

El desempeño de registros en Cataluña y Navarra me puso de manifiesto la gran diferencia que, en cuanto a su aplicación, existía entre los derechos de aquellas regiones y el de Aragón. En primer lugar, el de Aragón, bien o mal, figuraba ya recogido en un Apéndice, cuya vigencia durante cuarenta años no se podía desconocer ni

orillar. En cambio, el de aquellas regiones ha estado hasta ahora disperso y petrificado. Pero además, los de Cataluña y Navarra, con mayor o menor intensidad, y con alguna particularidad comarcal en el de Cataluña, se viven en toda la región, puede decirse que en todas sus manifestaciones.

Cosa completamente distinta ocurre en Aragón, pues en la totalidad de las provincias de Zaragoza y Teruel, y también en gran parte de la de Huesca, las instituciones peculiares, realmente en práctica, quedan reducidas a viudedad, facultad al viudo —no a parientes— para disponer de los bienes del premuerto, testamento mancomunado y distribución desigual de la herencia entre los hijos, pero siendo muy contados los casos en que se trate a alguno con más rigor que el que resultaría del Código.

Esto y observar la tendencia a considerar derecho de Aragón, de todo Aragón, cuanto resultaba de las famosas capitulaciones matrimoniales todavía en práctica —ya no puede decirse en boga— en una parte de la provincia de Huesca, significaba el peligro de que al espejuelo de tales capitulaciones se llevasen al cuerpo del derecho civil de Aragón, en preceptos de carácter general y hasta imperativos, pactos o simplemente frases o denominaciones, que por derivar de las susodichas capitulaciones, sólo en lugares donde son habituales deben tener aplicación.

Mucho de ello ocurría en el primitivo anteproyecto de la Comisión aragonesa, con el llamado consejo o junta de parientes del que después hablaremos, y formulada mi oposición a esto y al régimen tutelar, en la forma proyectada, fue rechazada mi propuesta.

Considerando inútil mi intervención, dado el escaso número de asistentes a las reuniones, entre los que no figuraba ninguno de los que me honraron con su conformidad en la primera votación, me abstuve de asistir para tener libertad de exponer mi criterio en otros ámbitos.

Poco tardó —julio del 62— en salir de la imprenta el primer anteproyecto de Compilación aragonesa que, con gran acierto, fue sometido a información.

Puede decirse que rompí yo el fuego en ella con una charla en el Colegio de Abogados de la capital aragonesa, en la que mostré mi discrepancia sobre tutela, consejo de parientes —así se denominaba en aquel anteproyecto—, testamento mancomunado, legítimas, muebles por sitios, enajenación de bienes de la comunidad, comunidad conyugal continuada, viudedad y derecho de abolorio.

Veré si puedo ocuparme de estos extremos, ya que son los que han supuesto mayores modificaciones, tanto en relación con el Apéndice como con el anteproyecto sometido a información.

Esta enumeración responde al orden seguido en los dos anteproyectos de la Comisión aragonesa, y hay que decir en su descargo, puesto que discrepa del establecido en la ley, que aquella comisión no hizo otra cosa que atenerse al Decreto que ordenó la formación

de las compilaciones, que en su artículo 3.º establecía que se adaptasen a la sistemática del Código civil.

Los informes no fueron muy numerosos, pero sí interesantes, siendo de destacar el conjunto de Notarios y Registradores de la Propiedad, no sólo por su extensión abarcando todo el anteproyecto, sino también por su doctrina.

Yo tuve el honor de suscribirlo, como Delegado regional del Colegio de Registradores en Zaragoza, pues aunque no intervine en su redacción, coincidía con mis opiniones reiteradamente expuestas con anterioridad.

Considerándome obligado a defender las conclusiones de este informe, me reintegré a la Comisión, teniendo la satisfacción de que muchas de las propuestas en él formuladas se recogieran, por lo menos en esencia, en el anteproyecto que en julio del 63 se elevó a la Comisión General de Codificación.

Y hora es de que, prescindiendo de más preámbulos, demos un vistazo a las principales innovaciones que la flamante Ley introduce en el Apéndice hasta ahora vigente.

TUTELA.—Respecto de ella, eran importantísimas las modificaciones que se proponían en el primitivo anteproyecto de la Comisión aragonesa. Se hacía una regulación completa de la institución, desaparecía la tutela legítima, se establecía la tutela "ad bona", se admitía la compatibilidad de varias, sendos tutores para los bienes de aboengo paterno y materno y, finalmente, se implantaba el consejo de parientes, como órgano supremo y permanente de la tutela, en lugar del del Código.

Se opuso la gran complicación que el sistema implicaba, que la aplicación a esta materia de las disposiciones del derecho común, fuera o no ortodoxa, era algo que no podía negarse, por lo menos desde la vigencia del Código, y que no existía en Aragón, en cuanto a este punto, regulación que pudiera servir de base a lo que se pretendía. Comprobaba esto que los destacados juristas que redactaron los proyectos de apéndice de 1899 y 1904, cuyo entusiasmo foral nadie se atrevería a negar, propusieron preceptos que en nada esencial se separaban del Código.

Triunfó por fin el buen criterio, y tanto en el anteproyecto definitivo de aquella Comisión como en la Ley son poquísimas y de detalle las disposiciones referentes a esta institución, en la que, por consiguiente, seguirá rigiendo esencialmente el Código. Se admite el nombramiento de tutor en instrumento público, sea o no testamento, y la posibilidad de nombramiento de varios tutores, pero, en este caso, el consejo de familia designará el más idóneo para el cargo —naturalmente, sólo uno—, y los nombrados por quien dispuso a título gratuito de bienes en favor del pupilo, que no hayan sido elegidos, tendrán la administración y disposición de tales bienes, con iguales limitaciones y formalidades que el tutor. Sólo existirá protutor cuando fuere instituido en testamento o en otro instrumento público, y respecto del

consejo de familia también habrá de regir el Código, sin más particularidad que pueden designarse los vocales en testamento o en otro instrumento público, y que tendrán preferencia para formar parte de él aquellos parientes a quienes se hubiere encomendado el conocimiento y decisión sobre algún concreto asunto familiar o sucesorio.

Esto alude a los llamamientos de parientes que suelen hacerse en capitulaciones, y que son antecedente de lo que en la Ley se llama Junta de parientes y se denominó consejo de parientes en el primitivo anteproyecto de la Comisión aragonesa.

JUNTA DE PARIENTES.—Quisiera hacer algunas consideraciones sobre este particular, no sólo por haber sido, quizá, el más discutido, sino también por la impresión que tengo de que la solución definitiva contraría a algunos destacados juristas de Aragón.

Salió del Seminario una propuesta de consejo de parientes, aceptada en esencia por la Comisión e incorporada a su primitivo anteproyecto, con facultades realmente extraordinarias. No sólo quedaba constituido, como ya se ha dicho, en órgano permanente y superior de la tutela, sino hasta en tribunal familiar, sin posibilidad de recurso contra sus resoluciones. Todo ello sin limitación de aplicación en el espacio, es decir, para todo Aragón.

Desde el primer momento formulé mi decidida oposición a esta propuesta. No negaba que en tiempos remotos, en algún apartado lugar, funcionase el *consejo doméstico de la costumbre aragonesa*, de que nos hablara el gran Costa, destinado a solventar todo género de cuestiones familiares, pero de las propias palabras dedicadas a cantar sus ventajas se deduce que la influencia de sus decisiones, mejor, de sus consejos, era más de índole moral y persuasiva que verdaderamente obligatoria, y obsérvese que, desde luego, al hablar de su funcionamiento sólo se hace referencia al Alto Aragón. Estoy convencido de que ni siquiera en esa zona funcionan desde hace mucho tiempo esos consejos, pero aunque funcionasen, nadie se atrevería a sostener su existencia en el resto del país, y esto sería suficiente para que no debieran recogerse en la Compilación, puesto que, según el artículo 3.º del Decreto de 23 de mayo de 1947, se ha de llegar a una sistematización adecuada de las instituciones históricas, *teniendo en cuenta su vigencia y aplicabilidad*, en relación con las necesidades y exigencias del momento presente, hablando también el preámbulo de que se recojan y eleven al Ministerio los principios e instituciones de *actual observancia*, y no cabe duda de que, con el alcance que se pretendía darle, no es de actual observancia tal consejo de parientes ni aun en el Alto Aragón, pero muchísimo menos en el resto del país.

Pero este Consejo que trató de implantarse y que, aún en parte subsiste con el nombre de Junta, no parece tener relación con ese de que vagamente nos habló Costa. Martín-Ballesteró (Luis), aunque también se refiere al gran polígrafo, lo deriva de pactos en capitulaciones matrimoniales, observándose que en ninguno de los que inserta como base de su notable trabajo sobre *La Casa*, resulta cons-

tituido este consejo como tal, ni menos se asignan a los parientes funciones análogas a las que resultaban de aquel primitivo anteproyecto.

De otro meritisimo estudio de Sainz de Varanda —éste concretamente sobre el Consejo de parientes— se puede llegar a la misma conclusión, y hecho suyo por el Seminario, parece que en este estudio se fundaba la pretendida implantación del consejo de parientes.

Y si este consejo se quería derivar de las capitulaciones matrimoniales —lo demás no puede pasar de conjeturas sin trascendencia—, con la experiencia de haber visto muchísimas, puedo decir que no conozco ni una sola en que se prevea la constitución de un verdadero organismo, al que se atribuya la función de nombrar tutor, aprobar sus cuentas, resolver las cuestiones familiares, ni casi ninguna de las muchísimas que se le conferían en aquel anteproyecto.

La verdad es que en la inmensa mayoría de las capitulaciones, se atribuye a un pariente de cada parte, resolviendo la discordia el Párroco, la facultad de nombrar heredero, para el caso de que falleciesen los contrayentes sin hacerlo, asignar dotes y legítimas y aprobar el casamiento en casa, si este se autoriza en la capitulación.

Se confirma esto en la monografía de Sainz de Varanda, donde al tratar de las funciones del consejo se lee: “DESIGNACIÓN DE HEREDERO.—Esta es la facultad más importante y, como vimos, aquella para la cual suele crearse la institución” (pág. 35). Conforme en absoluto. Acordes con esto están los pactos que en dicho trabajo se transcriben (págs. 32-33), en los cuales los parientes son sólo dos —de cuatro se hablaba en el primitivo anteproyecto— sin que en ninguno se les denomine consejo ni junta, y la *única facultad atribuida es la de designación de heredero*, y en algunos también la de asignar dotes y legítimas. Se trata simplemente de una delegación de la facultad de disponer a título gratuito entre los hijos, para el caso de que no la hayan ejercitado los padres.

Si la institución suele crearse para el nombramiento de heredero como la facultad más importante, si son siempre, salvo muy contada excepción, sólo dos los parientes llamados, si es rarísimo que se les asigne otra misión que la de nombrar heredero y señalar dotes y legítimas, si no se da el caso de que estas funciones se hayan ejercitado más que cuando se han conferido de modo expreso en capitulación matrimonial o testamento, y por añadidura esto ocurre así solamente, y muy en descenso, en una parte de la provincia de Huesca, no se comprende como de ello pudiera deducirse, como hacía el primitivo anteproyecto de la Comisión aragonesa, siguiendo a Sainz de Varanda, un verdadero consejo, con mayor número de parientes que el acostumbrado, con amplias y diversas facultades, y establecido para todo Aragón por Ley y no por pacto. Se daba la paradoja de que a estos parientes a los que hasta se les constituía en tribunal familiar inapelable, se les negaba “la facultad más importante, aquella para la cual suele crearse la institución”, la fiducia, pues sólo habían

de intervenir en materia sucesoria cuando se diera el caso rarísimo de ser llamado un solo heredero, sin determinarlo, ni dar normas para su designación.

Pero todavía más; no puede desconocerse que las capitulaciones, de donde se quiere derivar esta designación de los parientes, están en trance de desaparecer, nos duela o no.

Virtualmente no existen en las provincias de Zaragoza y Teruel, y respecto a la de Huesca, donde si fueron frecuentes en ciertas zonas, son elocuentísimas las siguientes cifras: En el cuatrienio 1924-1927 el promedio de *contratos por razón de matrimonio* autorizados fue de 839; queda reducido este promedio a 236 en el 55-58, y muchísimo más todavía, sólo a 106, en el cuatrienio 62-65.

Téngase en cuenta que bajo la rúbrica de contratos por razón de matrimonio, habrá muchos que no sean precisamente esas capitulaciones clásicas en que suele aludirse a los parientes.

No puede negarse el constante y acelerado descenso de estos documentos, y resultaba absurdo tratar de imponer lo que se quiere derivar de tales capitulaciones, precisamente cuando éstas virtualmente han desaparecido.

Coincidieron con esta opinión, en jornadas convocadas para recibir orientaciones con vistas a la Compilación, juristas que representaban, según palabras de Lorente Sanz, la parte de nuestro territorio en que las instituciones civiles peculiares tienen un significado hondo y una observancia persistente.

También la implantación de esta institución de los parientes, sobre todo con la amplitud que se pretendía, significaría una conculcación de la costumbre y del apotegma *standum est chartae* tan sublimados en los primeros artículos. Nada más contrario a la costumbre que tratar de imponer la de una reducida zona a toda la región, ni más opuesto a la libertad de pactar, tan justamente enaltecida, que imponer lo pactado en una pequeña zona al resto de Aragón, muchísimo mayor, donde no se conocen tales pactos.

Otra cosa es, y a ello nadie se ha opuesto, que, no obstante su desuso, pueda quien le plazca, seguir asignando a los parientes, por pacto, y hasta si se quiere por testamento, las funciones fiduciarias y demás que sean pertinentes.

Sin embargo, tendiendo siempre a la simplificación, y para salvar en algunos casos la complicación que siempre supone la intervención judicial, se propuso, con el antecedente de los artículos 12, 52 y 58 del Apéndice, y a semejanza de lo que se propone en algún anteproyecto de Navarra con los que llama "parientes mayores", que se asignasen a los parientes ciertas funciones de complemento de capacidad, con vista principalmente a incompatibilidades, y otras semejantes, pero dejando siempre como alternativa la autorización judicial, ya que no podemos hacernos ilusiones de que funcione bien esto de los parientes, los que hemos vivido las dificultades que se presen-

tan, primero para personificar los llamados, sin autoridad que lo decida, y después para traerlos a juego.

Afortunadamente las cosas no han llegado al extremo pretendido. Ya la Comisión aragonesa en el segundo anteproyecto, redactado tras la información pública, redujo mucho las funciones de la que desde entonces se denomina Junta de parientes, desligándola por completo de la tutela, y la reducción se acentúa en la Compilación al eliminar la norma sobre funciones de la Junta como tribunal familiar.

Otra simplificación se ha conseguido. Con arreglo al artículo 20, es preceptivo acudir a la Junta cuando los parientes sean llamados en virtud de disposiciones de la Compilación. Tanto en el anteproyecto de la Comisión aragonesa como en el proyecto de Ley, en algunos artículos, al referirse a la Junta de Parientes se hablaba también de autorización judicial, pero siempre en defecto de aquella, cuya constitución había que instar previamente y esperar el transcurso de un mes sin constituirse o sin haber obtenido acuerdo para acudir a la decisión judicial.

Se había insistido en que pudiera acudirse indistintamente a los parientes o a la autoridad judicial, porque en la mayor parte del territorio, donde son completamente desconocidas estas intervenciones de parientes, habría de resultar completamente inútil instar la constitución de la Junta, significando la necesidad de hacerlo una preciosa pérdida de tiempo y de dinero.

También esto parece solucionado en la Compilación por los retoques que en su redacción definitiva se han dado al proyecto de Ley. Este en el párrafo 4 del artículo 21 preceptuaba ese transcurso de un mes, desde que se hubiera instado la constitución de la Junta, para poder acudir a la decisión judicial “en los casos en que por precepto expreso de la Compilación algún asunto haya de someterse a la Junta de parientes y *subsidiariamente* a la autoridad judicial...”, y en el texto definitivo se habla de que el asunto haya de someterse *indistintamente* a la Junta de parientes o a la autoridad judicial. Debe considerarse muy interesante la sustitución de la palabra subsidiariamente por la de indistintamente, y concluir estimando que, en todo caso y libremente, podrá optarse por una u otra autorización.

Lo confirma así que en algunos artículos se han sustituido las expresiones “y, en su defecto” “y, en otro caso” por la conjunción “o”, aunque en el artículo 51 que se refiere a la enajenación de bienes comunes, de que luego hablaremos, quizá por olvido, sigue la expresión “y en otro caso”, pero, por lo dicho, creo que aquí también tiene aplicación lo de indistintamente.

En conclusión que contra la opinión de los que con entusiasmo defendían el consejo o junta en su primitiva concepción, y los muy numerosos que entendían que no debía hablarse de parientes si no eran expresamente llamados por capitulación o testamento, estimo aceptable la solución dada, en definitiva, a esta cuestión.

SOCIEDAD CONYUGAL.—No hay posibilidad de tratar con deteni-

miento materia tan amplia, por ello he de limitarme a mencionar algunas de las modificaciones introducidas en el derecho hasta ahora vigente, deteniéndome en lo que considero más trascendental.

CONTRATACIÓN ENTRE CÓNYUGES.—Categorícamente se dispone que los cónyuges pueden hacerse donaciones y celebrar entre sí toda clase de contratos. Ha desaparecido la limitación que resultaba del Apéndice, al exigir éste, caso de haber descendientes, dejar a salvo los derechos legitimarios que a éstos corresponden según el estado de la familia. Cierto que este precepto no se distinguía por su precisión, pero ¿no resultará peligrosa la rotundidad del actual, sobre todo si contemplamos segundos matrimonios con hijos del primero?

Este precepto sugiere la duda de si serán aplicables a estas donaciones los preceptos del Código sobre inoficiosidad por dar o recibir más de lo que se pueda dar o recibir por testamento (art. 636), y sobre revocación de donaciones (art. 644) por nacimiento posterior de hijos, puesto que, en la Compilación no existen disposiciones que concretamente se refieran a este particular de limitación de las donaciones, aunque respecto del 636, al mismo resultado puede conducir el 124 de la Compilación, según el cual, no alcanzando los beneficios percibidos por el conjunto de los legitimarios a la cuantía de la legítima colectiva, podrá pedirse la reducción de liberalidades hechas en favor de no descendientes.

CAPITULACIONES MATRIMONIALES.—Se admite, como ya ocurría con el Apéndice, el otorgamiento y modificación de capitulaciones antes del matrimonio y durante él, y expresamente se declara que en este último caso, podrá darse a sus estipulaciones efecto retroactivo sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros.

Celebrado el matrimonio, la novación de capítulos requerirá la concurrencia de los ascendientes que hayan asistido al otorgamiento de aquellos para dotar, hacer donaciones o legados o nombrar herederos a los contrayentes o a sus hijos, cuando la novación afecte a los bienes o derechos recibidos. El Apéndice exigía, en todo caso, la concurrencia en la novación de los ascendientes otorgantes —así los llamaba impropriamente— mientras vivieran, y fallecidos, sin haber transcurrido veinte años desde el matrimonio, la de dos parientes del marido y otros dos de la mujer.

BIENES COMUNES Y PRIVATIVOS.—Una de las innovaciones más importantes de la Compilación, en relación con la doctrina tradicional de Aragón, es la referente a la determinación de bienes comunes y privativos en la sociedad conyugal, no siendo extraño que haya sido objeto de largas deliberaciones y sufrido su regulación ciertos vaivenes. Dedicemos a esta materia algún examen.

Hay que reconocer que considerar, salvo pacto en contrario, comunes los bienes muebles adquiridos a título gratuito podía admitirse en remotos tiempos cuando su importancia era insignificante, pero como ahora no ocurre así, puede afirmarse, sin miedo alguno a equivocarse, que la gente considera esto absurdo —y esta experiencia

la remonto a mis primeros contactos con el Derecho aragonés—, y llegado el momento de ponerse de manifiesto, la sorpresa y repulsa son más que extraordinarias, ante lo que consideran tremenda injusticia.

Se pretendió paliar esto en el primitivo anteproyecto de la Comisión aragonesa, dando la consideración de *sitios*, equivalente a inmuebles, a una serie de bienes, muebles por naturaleza, comprendidos en una enumeración de cinco apartados, de la que puede decirse que no se escapaba más que el dinero o efectivo.

Por el principio que en anterior artículo se sentaba de considerar privativos todos los bienes sitios aportados o adquiridos por cada cónyuge a título lucrativo, automáticamente todos aquellos muebles enumerados que fueran adquiridos gratuitamente, quedaban convertidos en privativos, y exclusivamente el dinero, cualquiera que fuera su cuantía, aún aportado o adquirido a título gratuito por uno de los cónyuges, seguía conservando el carácter de común.

Con la garantía que me daba la coincidencia de mi opinión con la de Notarios y Registradores, entendí que esto era inadmisibles y que sería mucho más conforme con el deseo general, y desde luego más justo y también más técnico, sin necesidad de enumeraciones, declarar privativos todos los bienes aportados o adquiridos a título gratuito por cualquiera de los cónyuges.

No prosperó, en cuanto a su forma, esta propuesta, pero sí su esencia, pues a la enumeración anterior se agregó un párrafo 6.º que decía: “Los objetos preciosos y el dinero cuya aportación o adquisición conste por documento público, bancario o de institución de crédito o ahorro”.

Convertido, por tanto, en *sitio* o inmueble el dinero cuya adquisición conste fehacientemente, si esta adquisición resultaba hecha a título gratuito, adquiriría el carácter de privativo.

Parecía ya resuelta, al menos en el fondo, esta cuestión, pero cuando la Sección especial de la Comisión de Codificación tuvo la atención de pasar a los que más intensamente habíamos participado en el anteproyecto de la Comisión aragonesa, el que tal sección había redactado en principio, por si nos ocurría alguna observación, yo me creí en el deber de hacerla, al ver desaparecido el número 6.º, con lo cual, excluido el dinero de los bienes considerados como *sitios*, volvía a ser común aún adquirido a título gratuito.

Alegué que si esto prosperaba, aquella injusticia que tanto indigna cuando se hace efectiva, quedaría subsistente en su mayor parte, pues si pudiera hacerse una estadística, reflejaría que, precisamente, sobre todo en las zonas rurales sería ese efectivo lo que más montaría entre los bienes de naturaleza mueble.

Todos conocemos la gran importancia de los saldos de las cuentas de ahorro, tanto en las Cajas como en los Bancos y, seguramente, causaría sorpresa conocer cuanto subía tal saldo en las zonas agrícolas, donde, en cambio, resultará rara la inversión en valores.

No parece procedente que una acción de 500 pesetas se convierta en bien privativo al adquirirla un cónyuge por herencia de sus padres, por ejemplo, y que, en cambio, un saldo importante en cuenta corriente, libreta de ahorro o depósito a largo plazo, adquirido en la misma forma sea común. Injusto ¿no?

Esta injusticia todavía podía resultar más alarmante en otros casos. Imagínese un señor que vende una finca en cuantiosa suma, varios millones, y que fallece al poco tiempo sin llegar a invertir el precio, dejando una hija casada como heredera. ¿No resultaría irritante en grado sumo que la mitad de esa fortuna pasase al marido?

Cierto que no deben asustar las injusticias que de un precepto legal puedan derivarse cuando responde a una necesidad o conveniencia general, pero no siendo así —ocurría precisamente lo contrario en este caso, que el deseo general es opuesto—, el menor atisbo de que pueda dar lugar a una injusticia debe inducir a desechar tal precepto.

Además, con esa pretendida supresión del dinero o efectivo, resultaría el precepto que considera *sitios* los muebles, un tanto paradójico.

Si la expresión de “se considerarán aportados al matrimonio o adquiridos como sitios...”, viene derivada de lo que solía pactarse en algunas capitulaciones matrimoniales, se puede asegurar que, con ninguna o muy rara excepción, siempre que esto tenía lugar hacía referencia a cantidad en efectivo y, precisamente, esto es lo único que se pretendía dejar fuera de la consideración de *sitio*. No digo que, siguiendo este precedente, más lógico sería que sólo al efectivo se diera la consideración de *sitio*, pero si, que puestos a sostener esa ficción, de ningún modo debía excluirse el dinero o efectivo, y que, con su eliminación había de producirse muchas veces esa injusticia de que lo adquirido a título gratuito por uno de los cónyuges, pertenezca en su mitad al otro.

Y no se trata sólo de este precedente de las capitulaciones matrimoniales. Todos sabemos lo frecuente que es en la actualidad declarar que el precio invertido en una compra es privativo de uno de los cónyuges. Esto se ha extendido mucho, por lo menos en Aragón, cuando se trata de compra de pisos que, muy gentiles los maridos, desean que consten a nombre de sus señoras.

Pues bien; en escrituras autorizadas por el Notario Palá Mediano, a quien nadie puede aventajar en conocimiento del derecho aragonés y hasta veneración por el mismo, suele decirse que el dinero invertido en la compra es privativo de la mujer por haberlo *aportado al matrimonio en calidad de sitio*.

Esto es una prueba más de que cuando se da la consideración de *sitios* a bienes que no son inmuebles por naturaleza, siempre o casi siempre, se trata de efectivo que es, precisamente, lo que se proponía excluir de tal consideración, en contraposición a lo que se había

conseguido que dijera el segundo anteproyecto de la Comisión aragonesa.

También resultaba extraño que cuando ese anteproyecto, siguiendo el espíritu del Decreto de 1947 que ordenó la redacción de las compilaciones, se acercaba al Código civil, al propio tiempo que se adaptaba a las necesidades y exigencias del momento, se diera un paso atrás con la supresión indicada.

Por fortuna esto no se consumó, y tanto en el anteproyecto definitivo de la Sección, a cuyos componentes rindo gratitud por haber atendido mis observaciones, como en la Compilación ya aprobada, reaparece ese número 6.º, en virtud del cual se considerará *sitio* "el dinero aportado o adquirido cuya existencia conste por documento público, bancario o de institución de crédito o ahorro", por lo cual será privativo cuando se aporte al matrimonio o durante él se adquiriera a título gratuito.

Esto, cambiando radicalmente el sistema anterior, elimina la gran injusticia que hasta ahora se daba, pero, con todos los respetos, entiendo que la forma en que han quedado los artículos referentes a bienes comunes y privativos no es de lo más afortunada. Si por la enumeración hecha resultan prácticamente privativos todos los bienes adquiridos a título gratuito, puesto que, por naturaleza unos y por presunción otros, todos van a ser inmuebles o sitios, parecía más natural y sencillo prescindir de aquella fabulosa ficción y declarar, lisa y llanamente, privativo todo lo adquirido a título gratuito, con lo cual, además de prescindir de esa larga enumeración, como todas peligrosas, se hubieran podido simplificar notablemente los artículos dedicados a este particular, y creo que la Compilación hubiera ganado en sencillez y técnica, pues entiendo que aquí, por excepción, falla la Ley en esa concisión, en ese uso de palabra exacta, con desprecio de todas las innecesarias, que tanto la caracterizan.

DISPOSICIÓN DE BIENES COMUNES.—Novedad también de cierta trascendencia, y que también ha pasado por distintas fases, es el precepto (art. 51) referente a la enajenación de bienes comunes del matrimonio.

El anteproyecto definitivo de la Comisión aragonesa ya modificó lo consignado en el primitivo, que varios consideramos confuso en extremo. Desde luego así lo estimaron notarios y registradores de la región, y también Pastor Ruidrejo, notario de Madrid, quedando el artículo correspondiente redactado en esta forma: "Es válida la enajenación de bienes comunes por el cónyuge administrador, salvo si el tercer adquirente conoció o debió conocer que tal enajenación se realiza con intención de perjudicar a la comunidad o con grave descuido de los intereses de ésta."

Este artículo resultaba conforme, en el fondo, con lo que hasta ahora regía en Aragón.

También la Sección especial de la Comisión de Codificación proponía sustituir este precepto por artículo que equivalía al 1.413 del

Código civil en su última reforma, y que tantos comentarios ha suscitado.

A ello se opuso que la modificación, tanto del derecho vigente como de la propuesta de los juriconsultos aragoneses, se consideraba improcedente, y si prosperase, de ello podían derivarse perjuicios muy graves para muchas mujeres aragonesas.

Al decir esto se pensaba en los matrimonios normales, que son la generalidad, y a los que el legislador debe atender preferentemente.

La exigencia en Aragón del consentimiento de la mujer en los actos de disposición de inmuebles y establecimientos mercantiles, llevaría como obligada consecuencia el cumplimiento del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, según el cual, para la anotación de embargo sobre bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, precisa que *haya sido dirigida la demanda contra ambos cónyuges*. Nada se dice de notificación, y no existe posibilidad, sobre todo en juicios ejecutivos, que es de donde proceden la mayoría de los embargos, de que la demanda se dirija contra la mujer, si sólo el marido ha suscrito el documento en que la reclamación se funde.

Esto ha originado que, donde rige el Código civil, muchos acreedores exijan la firma de la mujer en el documento acreditativo de la deuda, única manera de asegurar, en su día, el ejercicio de la acción ejecutiva contra los dos cónyuges, sin tener que estar pendientes de aplicaciones más o menos benignas, pues lo cierto es que el Reglamento Hipotecario, de modo concluyente, exige que la *demanda sea dirigida contra los dos cónyuges* para que la anotación se practique, y ello será imposible si no han firmado ambos el documento que lleva aparejada ejecución.

Como la mayoría de los matrimonios funcionan normalmente y, dígase lo que se quiera, las mujeres suelen ser dóciles a la dirección del marido —en el caso inverso huelga toda precaución—, han de aceptar, con rara excepción, la propuesta que éste les haga, por exigencia del acreedor, de firma del documento crediticio, y como es de suponer que no se admita limitación en la responsabilidad que tal firma pueda acarrear, resultarían comprometidos no sólo los bienes comunes, sino también los privativos de la mujer.

Además, si la innovación sobre disposición de bienes gananciales se estimó necesaria en el Código civil, hay que tener en cuenta que el problema en Aragón es completamente distinto.

Precisa ahí, respecto de bienes inmuebles, y ningún inconveniente había en extenderlo a los establecimientos mercantiles, como ya hace la Compilación, el consentimiento de la mujer para que lo enajenado, sea común o privativo, no quede afecto al expectante derecho de viudedad. Esto hace que, en la práctica, ningún acto de enajenación o gravamen de tales bienes se realice sin que en la escritura comparezcan los dos cónyuges.

Un estudio muy detenido de la cuestión llevó a la Comisión aragonesa a mantener, en esencia, lo hasta ahora vigente, convencida de

que los derechos de la mujer quedan, en la práctica, perfectamente garantizados con la necesidad de su consentimiento a efectos de viudedad, y, en cambio, precepto semejante al artículo 1.413 del Código civil le llevaría, en muchos casos, a comprometer hasta sus propios bienes, por la exigencia de su firma en el documento obligacional.

También resultaba extraño que Aragón recibiera trato desigual al dispensado a Cataluña, puesto que su Compilación, posterior a la reforma del Código, al referirse (arts. 55 y 59) a los regímenes de *asociación a compras y mejoras* del campo de Tarragona, y al de *agermanamiento o pacto de mitad por mitad* de la comarca de Tortosa, confiere al marido, en contraposición al artículo 1.413 del Código, la facultad de disponer, sin intervención de la mujer, de los bienes de toda clase de la asociación o comunidad.

No debe silenciarse que actualmente esta cuestión parece suavizada por la doctrina del Tribunal Supremo en varias sentencias del año 64, al declarar que la falta de consentimiento *uxoris* carece de entidad bastante a imprimir la nulidad del acto realizado, asemejando tal consentimiento a la licencia marital y quedando solamente expuesto a la impugnación por la mujer o sus herederos. Y también por las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9, 13 y 14 de diciembre de 1966, que consideran bastante que la demanda sea notificada a la mujer, pero lo cierto es que ahí sigue incólume el artículo 144 del Reglamento Hipotecario, que nada habla de notificar, sino que exige que haya sido dirigida la demanda contra los dos cónyuges.

En definitiva, hay que felicitarse de que, ya que no haya sido aceptada totalmente la propuesta aragonesa, se diga, por fin, en la Compilación, que el consentimiento del otro cónyuge se necesitará en los actos de disposición *voluntaria* de inmuebles y establecimientos mercantiles. Esta importantísima palabra "voluntaria", conjugada con las de la exposición de motivos y disposiciones sobre pasivo de la comunidad, precisas y dignas de elogio, hará que no sea necesaria en Aragón ni la demanda contra los dos cónyuges, ni siquiera la citación, para que la anotación decretada contra los bienes comunes tenga expedito el acceso al Registro, sin que afecten a esa región interpretaciones que pudieran surgir, más ajustadas a la letra del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, que las resoluciones citadas, en realidad, más que interpretar han orillado, sin duda por su difícil cumplimiento.

COMUNIDAD CONYUGAL CONTINUADA.—Otra particularidad del Derecho aragonés es la comunidad conyugal continuada, que también aparece regulada en la Compilación.

Siempre fue mi criterio que si, dejando a un lado el prurito de conservar o resucitar todo lo que ha existido o de cuya práctica hay algún indicio, se meditaba sobre las ventajas e inconvenientes de la continuidad, pesarían mucho más los últimos.

En la práctica, puede que con alguna ligereza, todos la hemos venido ignorando. Son infinitos los casos de bienes adquiridos a título

oneroso por el viudo, y vendidos por éste en el mismo estado civil, sin que a nadie se nos ocurra pensar en la sociedad continuada.

Casi podría asegurarse que esto de la continuidad no se nota más que en el caso clásico del *garbanzo negro* de la familia que, debidamente asesorado, se acoge a este recurso, produciendo en el resto de aquélla una sorpresa con esta sociedad conyugal continuada en la que no se les había ocurrido pensar, y mucho menos calcular su alcance.

Ya que la Comisión aragonesa no se decidió a suprimirla, sí se lograron en el segundo anteproyecto limitaciones y aclaraciones muy estimables.

En primer lugar, para que la comunidad continúe entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del premuerto se requiere que los principales ingresos de la sociedad conyugal provengan de explotaciones agrícolas, ganaderas, industriales o mercantiles. Esto, que limita los casos en que puede darse esa comunidad, no deja de producir la duda de si habrá de considerarse como no existente mientras no se pruebe que los principales ingresos proceden de las citadas explotaciones o, por el contrario, será preciso acreditar que tienen distinto origen los ingresos principales.

De la lectura de los preceptos dedicados a esta materia, que no hay posibilidad de detallar, parece deducirse que tal continuidad es potestativa, salvo que se hubiese pactado en capitulación o dispuesto en testamento mancomunado de ambos cónyuges, y cuando entre los descendientes que sucedan en todo o en parte de la explotación hubiera alguno menor de edad y no quedasen otros descendientes habidos por cualquiera de los cónyuges en anterior matrimonio.

El problema a que antes he aludido, y que planteé oportunamente, de disposición por el cónyuge de bienes adquiridos a su nombre en tal estado, queda resuelto, no sólo respecto de él, sino en cuanto a los herederos del otro cónyuge, al disponerse que, frente a terceros, los bienes adquiridos por uno de los partícipes a su nombre, sin referencia a la comunidad, se considerarán privativos del adquirente.

Categorícamente se declara que la comunidad continuada es compatible con el derecho de viudedad universal, en contraposición a lo preceptuado en el artículo 64 del Apéndice, que terminantemente decreta la disolución de la sociedad conyugal por muerte de uno de los consortes, en caso de viudedad universal. Y hablemos de ésta.

VIUEDAD.—No sé si, como hizo el inolvidable Moneva, al iniciar mis actuaciones en la Comisión, alguno me tildará de *muy codicista*. No, sencillamente ocurre que me he opuesto cuando consideraba que se quería dar extensión general e imperativa a lo que sólo se practicaba en una pequeña zona, o resucitar antiguallas totalmente inadecuadas a estos tiempos, pero he defendido con entusiasmo cuantas cosas de derecho foral consideraba vivas y de aplicación actual, y hasta he propuesto con ahinco mayor amplitud para las que estimaba excelentes y, sobre todo, practicadas en todo Aragón. Este es el caso de la viudedad.

No cabe duda que es la institución imponderable de Aragón, extendida en absoluto a toda la región, envidiada por extraños y que tenemos la esperanza de verla recogida en el próximo Código general.

Por eso era conveniente consolidarla ampliándola, sí, pero también limándola de algunos defectos.

En el primitivo anteproyecto de la Comisión aragonesa se extendía la legal a algunos muebles de los considerados como sitios, pero, salvo esto, continuaba virtualmente como en el derecho anterior, aunque regulada en todos sus aspectos con más detalle, con más tecnicismo.

Ya en las jornadas de derecho aragonés propuse reformas importantes en esta institución, con general beneplácito, e insistí en ellas cuando se reanudaron las sesiones de la Comisión después de la información del primitivo anteproyecto, respaldado entonces con la conformidad, para mí tan interesante, de notarios y registradores de la región.

Es un hecho cierto, indudable que, salvo rara, muy rarísima excepción, siempre que sobre la sucesión hay pacto o testamento, resulta concedida la viudedad universal. Parecía lo natural que esta práctica, tan extraordinariamente generalizada en todo Aragón —hay que recalcar esto—, no necesitase disposición expresa, sino que se presumiese concedida la viudedad universal, aunque para no darle carácter impositivo pudiera reducirse por testamento a los inmuebles, y lo mismo por pacto, y en éste, hasta suprimirse, fieles siempre al principio *standum est chartae*. Era preciso evitar que la pereza por otorgar testamento ocasionase la pérdida de tantas viudedades universales que, seguramente, se darían si los consortes recapacitasen sobre este particular.

Se aceptó este criterio, hasta con entusiasmo, por la Comisión aragonesa en las reuniones posteriores a la información, y mantenido en la Ley, veremos considerablemente aumentadas las viudedades universales, pues se darán aun en los casos de intestado, por disponer el artículo 72 que 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, si bien por voluntad de uno de ellos expresada en testamento o instrumento público podrá reducirse el usufructo de viudedad del otro a los inmuebles por naturaleza y a las explotaciones agrícolas, ganaderas, mercantiles e industriales.

Con la extensión a estas explotaciones, ya resulta ampliada la viudedad que podíamos llamar forzosa, a salvo siempre lo pactado, pero como en la herencia podían preponderar otra clase de bienes, caso muy frecuente, termina el artículo diciendo que si el valor de unos y otras —inmuebles y explotaciones— no representa la mitad del caudal hereditario, se extenderá la viudedad a otros bienes hasta completar dicha mitad.

Resulta, por tanto, considerablemente incrementada la viudedad,

presumiéndola universal, por un lado, y por otro, no pudiendo ser inferior a la mitad del caudal, salvo, repito, que otra cosa hayan pactado los cónyuges.

También se ha previsto el supuesto del matrimonio de viudo o viuda que tuviere descendencia de anteriores nupcias, en cuyo caso el derecho de viudedad a favor del otro cónyuge no puede extenderse a bienes cuyo valor exceda de la mitad del caudal hereditario.

Se ha dicho que era preciso limar de algunos defectos este derecho tan venerado en Aragón. Efectivamente, la Compilación regula con detalle y, en mi concepto, con acierto todos sus aspectos, y en la imposibilidad de dedicar a ella más extensión, me referiré a dos puntos que considero de importancia.

La viudedad nunca ha sido considerada como un derecho personal del cónyuge sobreviviente, puesto que el producto de los bienes tenía que destinarse al sostenimiento de la familia. Cumple por entero esta finalidad cuando del matrimonio hay descendencia.

Ya hemos visto la previsión tomada cuando el sobreviviente contrae nuevo matrimonio habiendo descendencia del primero, pero cuando la viudedad pierde gran parte de su razón de ser es cuando no existe descendencia.

He conocido algún caso de institución a favor del hijo varón primogénito, en familia de numerosa descendencia, en el que, la muerte del instituido, sin sucesión, ha constituido una verdadera hecatombe. Indispuesta la viuda con los hermanos del fallecido, 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 esa finalidad, y abandonada además la viuda a sus propios medios, se ve también imposibilitada de administrar el patrimonio en forma debida, con el consiguiente quebranto. No hay que desconocer tampoco lo que puede derivarse de que la viuda, todavía joven, usufructuaria de cuantiosos bienes, violenta su inclinación natural a contraer nuevo matrimonio para no perder ese derecho.

El ser inalienable impedía toda negociación sobre el mismo, y caso de acuerdo entre viudo y herederos del fallecido, había que fingir una renuncia gratuita de aquél, y, por separado, llevar a efecto la compensación que se hubiere convenido. Todo falso, con los peligros consiguientes.

El problema fue abordado y resuelto por el anteproyecto definitivo de la Comisión aragonesa por disposición que conserva la Compilación, pues después de confirmar en el artículo 83 la inalienabilidad del derecho de viudedad, dice: "No obstante, cuando no haya descendencia del cónyuge fallecido, el viudo o la viuda pueden pactar con los herederos de aquél lo que se estime oportuno..."

Este carácter inalienable de la viudedad había suscitado dudas sobre si podían o no enajenarse en plena propiedad los bienes sujetos a este usufructo, y era frecuente recurrir al subterfugio de que previamente renunciase a su derecho, gratuitamente, el viudo, vendiendo los

herederos del premuerto la plena propiedad. Planteé 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 propietario, ya que, en otro caso, se recurría a la renuncia gratuita del usufructo, con perjuicio del viudo, o se condenaba a paralización la gran masa de bienes que en Aragón está sometida a viudedad. Parecía lógico, además, que lo que pudieron hacer los dos cónyuges, también lo realizasen conjuntamente sus herederos y el sobreviviente. En realidad, así viene haciéndose generalmente, pero con gran acierto se declara esto factible en la Compilación, con la coletilla justa de que, salvo pacto en contrario, quedarán subrogados el precio o la cosa en lugar de lo enajenado. Es decir, que el viudo seguirá teniendo usufructo equivalente al que enajenó.

SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE.—En la testamentaria se conservan las especiales formas de testar en Aragón, regulándose el testamento ante el capellán, con precisión, lo mismo respecto al otorgamiento que a la presentación y adveración.

TESTAMENTO MANCOMUNADO.—Fue objeto de estudio detenido. Las disposiciones del Apéndice referentes a su revocación, después de fallecer uno de los otorgantes, han promovido muchas cuestiones y no poca literatura, siendo de destacar, por su profundidad y acierto, lo escrito por Lorente Sanz y Teixeira sobre el particular.

Otra consecuencia de lo estatuido por el Apéndice es que los testamentos de mancomún hayan disminuido, abundando los casos en que los cónyuges otorgan por separado, en la misma fecha, testamentos idénticos.

Con argumentos sólidos y elocuentes sostuvo García Atance (Manuel), prestigioso notario de Zaragoza, la supresión de tal testamento, pero no puede negarse que son muchos los casos en que los cónyuges van juntos al notario con el decidido propósito de disponer en un solo acto, y no está mal dar cauce a esta costumbre extendida por todo Aragón.

Partiendo de conservarlo, era indispensable rectificar la regulación del Apéndice, y esto resulta cumplido en la Compilación, como lo estaba en el anteproyecto aragonés, en forma que, técnicamente, considero perfecta, pero tengo mis dudas sobre el resultado que en la práctica puede producirse.

Es esencialísimo en el testamento que el otorgante se percate exactamente de lo que dispone y que conozca perfectamente las consecuencias de su disposición, y veamos lo que preceptúa el artículo 97: "La revocación o modificación unilateral otorgada por el cónyuge, en vida de otro, producirá la ineficacia total de aquellas disposiciones que, por voluntad declarada de ambos en el mismo testamento o documento público, estén recíprocamente condicionadas. Muerto un cónyuge, no podrá el otro revocar o modificar las disposiciones correspondientes que se hallen en vigor."

Leído esto, ¿no os parece que hay que compadecer al notario —no hablemos de otros posibles autorizantes— que tenga que hacer comprender a ciertos, a muchos testadores, eso de las disposiciones co-respectivas recíprocamente condicionadas y cuándo han de quedar ineficaces o inalterables?

Cabría haber establecido la revocabilidad absoluta, pero además de contrariar cierto carácter paccionado que siempre ha tenido el testamento mancomún, sólo se diferenciaría del normal en que podría hacerse bajo un solo número del protocolo.

En definitiva, mucho me temo que por no haberse encontrado solución más clara y factible, esto equivalga a dar el golpe de gracia al testamento mancomunado.

Es de advertir que, con acierto, la Compilación dispone que la revocación o modificación debe hacerse en testamento abierto ante notario, quien deberá notificar al otro cónyuge el mero hecho de tal revocación o modificación.

SUCESIÓN CONTRACTUAL.—Pasemos por alto lo referente a sucesión contractual o paccionada, de la que, con mucha más autoridad y competencia que yo, tratará Pelayo Hore. Únicamente diré que no encuentro de lo más acertado que al tratar de facultades dispositivas del instituyente se hable de reserva de “señorío mayor” u otras facultades análogas, por ser esto del señorío mayor, como sostuve en la Semana de Jaca, a la que antes me he referido, con asenso general de los concurrentes, una expresión que suena muy bien, pero más bien de tipo jerárquico, sin verdadero contenido jurídico, circunstancia por la cual se venía suprimiendo en algunas capitulaciones, hablando sólo de usufructo y administración, que es lo que entiendo debió decirse, y que hay que suponer comprendido en esas facultades análogas de que nos habla el precepto.

FIDUCIA SUCESORIA.—Se regula en forma detallada y correcta, pudiéndose encomendar a dos o más parientes, pero solamente para ordenar la sucesión de la casa, limitación que no existía en el anteproyecto aragonés, y quedando circunscrita a la sucesión entre descendientes y parientes consanguíneos de cuarto grado.

LEGÍTIMAS.—Lo referente a las legítimas ha sido siempre cuestión muy debatida. Como, quizá con excesivo optimismo, no creo mucho en los padres desnaturalizados, no me asustaría que se hubiera vuelto a la solución clásicamente aragonesa de absoluta libertad de disposición entre los hijos, pero hay que reconocer que esto tiene gran enemiga en el país, y si esta solución, que es la netamente aragonesa, hasta con supresión del tercio de libre disposición, para poder resucitar aquella frase de que “en Aragón toda la herencia es legítima”, no era posible, quizá hubiera sido preferible el sistema del Código, que concede a los padres libertad extraordinaria. Como existen patrimonios reducidos que no admiten desmembración, y la entrega de una vez de las legítimas supondría un quebranto, difícil de superar en

algunos casos, podría haberse autorizado su pago en efectivo y a satisfacer en determinados plazos.

Pero no: se ha seguido, en esencia, el sistema vigente hasta ahora, con derecho de alimentos para los que, en la distribución de los bienes hereditarios, queden en situación de pedirlos.

Si siempre conviene zanjar rápidamente las relaciones entre los interesados en una herencia, parece hasta inhumano perpetuar esta relación económica entre hermanos, que resultará, en todo caso, irritante y depresiva para quien haya de recibir los alimentos.

La Compilación introduce la novedad de conceder este mismo derecho de alimentos a los hijos naturales reconocidos, si no concurren con descendencia legítima. En otro caso, la cuantía de los alimentos no podrá exceder del tercio de los frutos del caudal. También un tanto complicado.

SUCESIÓN INTESTADA.—En cuanto a ella, la principal novedad es que, a falta de hermanos, suceden el padre y la madre, según la línea de donde los bienes procedan, quedando, por tanto, desvirtuada, en buena parte, aquella expresión tan conocida que decía “en Aragón la herencia nunca sube, siempre baja”. Sólo aplausos merece esta innovación, que ya figuraba en el anteproyecto de la Comisión aragonesa.

La cuestión de límite de grado en el llamamiento a la herencia troncal —todo lo dicho se refiere a ella, pues la de bienes granjeados se rige por el Código—, límite que según la jurisprudencia del Supremo no existía, se resuelve señalándolo en el cuarto grado, con excepción de los bienes de abolorio que hubieran permanecido en la casa o familia durante dos o más generaciones, pues respecto de ellos se sucede sin limitación de grado.

CONSORCIO FORAL.—El restablecimiento del consorcio foral, que el Apéndice ignoraba, es otra reforma. La Comisión aragonesa lo reguló a propuesta del Notario de Madrid, Navarro Azpeitia, para quien, de todos conocido, huelgan elogios, y se conserva en la Compilación. Queda constituido cuando varios hermanos o hijos de hermanos, adquieren de un ascendiente proindiviso y a título gratuito, bienes inmuebles. Ninguno de los consortes puede enajenar, gravar ni obligar la parte que le corresponde en los bienes indivisos y tampoco podrá disponer por actos *mortis causa*, sino en favor de descendientes y si muere sin ellos su parte acrece a los demás. En principio parece esto un tanto fuerte y he oído alguna censura por su restablecimiento, pero no creo que haya que asustarse, porque el artículo que lo regula termina diciendo que el consorcio se disuelve por la división del inmueble o inmuebles, que puede pedir cualquiera de los consortes. Esto lo convierte virtualmente en voluntario.

SERVIDUMBRES.—Se aclara la cuestión sobre apertura de huecos, suscitada porque el Apéndice hablaba sólo de pared medianera, no de la propia, y se regula con precisión la usucapión. Las aparentes se adquieren por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe. Las no apa-

rentes susceptibles de posesión pueden adquirirse por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes con buena fe y justo título, y, en todo caso, la posesión inmemorial pacífica y no interrumpida produce, sin otro requisito, la prescripción adquisitiva.

RETRACTO GENTILICIO.—Y para terminar, unas palabras sobre retracto gentilicio, *derecho de abolorio o de la saca*, como, recogiendo la expresión clásica, lo denomina la Compilación.

No puede negarse la existencia de un enrarecido ambiente en contra de este derecho. Ya en el Congreso de juriconsultos aragoneses celebrado en Zaragoza los años 1880 y siguientes, en una de sus sesiones (31-I-81) se aprobó la siguiente conclusión: “Ni la legislación de Castilla ni la de Aragón son aceptables en cuanto al retracto gentilicio. Este medio de rescisión de la venta de ciertos inmuebles debe proscribirse”.

En este sentido se pronunció el informe de Notarios y Registradores de la Región, después de oír una magistral y práctica exposición sobre el asunto, del Notario de Huesca, Camón Aznar. Para el caso de que no se aceptase la supresión, se decía que nunca debía ampliarse, como hacía el primitivo anteproyecto de la Comisión aragonesa, sino restringirse.

Esto último hace, en cierto modo, la Compilación, pues sólo procede respecto de bienes que hayan permanecido en la familia durante dos generaciones inmediatamente anteriores a la del disponente, únicamente pueden ejercitarlo los parientes hasta el cuarto grado y el plazo de caducidad se fija en dos años.

La familia en la Compilación del Derecho civil de Aragón

(Conceptos y principios)

FRANCISCO PALÁ MEDIANO

Decano honorario del Colegio Notarial de Zaragoza

SUMARIO: PRELIMINAR: 1. Extensión del Derecho de familia en Aragón. 2. Su materia.—3. En la Compilación de 1967.—LA FAMILIA COMO GRUPO SOCIAL: 4. La gran familia y la familia nuclear.—5. Los grupos familiares intermedios.—6. Crisis actual de la familia.—7. Fuerzas disgregadoras.—8. La familia como comunidad.—EL DERECHO DE FAMILIA: 9. Derecho civil de la familia.—10. Normas imperativas y supletorias.—11. Sistemas de Derecho positivo.—12. El Código civil español.—13. La familia en la Compilación aragonesa.—14. Las relaciones familiares.—15. El estado de familia.—16. El interés familiar: 17. En la familia romana.—18. En el Derecho moderno.—19. Deberes familiares.—20. Potestades y deberes jurídicos.—21. Principios básicos; El de unidad.—22. El de igualdad y libertad.—23. El de solidaridad.—24. El de simplicidad o sencillez.—LA FUNCIÓN DEL ESTADO EN LA FAMILIA: 25. La tesis tradicional.—26. Régimen jurídico primario.—27. Intervención en la vida de familia.—28. Conceptos.—29. En los Códigos civiles francés y español.—30. La estatificación de la familia en el Derecho soviético.—31. Las nuevas ideas. Precedentes en el Derecho aragonés.—32. La intervención en la vida familiar; 33. En el Código alemán.—34. En el Código suizo.—35. En el Código portugués.—36. En las leyes francesas.—37. En el Código italiano.—38. En el Código y en las leyes españolas.—39. En el Derecho aragonés antiguo.—40. En la nueva Compilación.

P R E L I M I N A R

1. Una gran parte de las normas del Derecho aragonés antiguo (Cuerpo general de Fueros y Observancias) se refiere a la familia; y las creaciones más originales del genio jurídico aragonés se muestran en las capitulaciones matrimoniales, verdaderos códigos de familia. Además, en el Derecho aragonés, tanto o más que en otros derechos territoriales españoles, los intereses familiares trascienden al Derecho de sucesiones y aun al Derecho de cosas con instituciones peculiares que se hallan muy arraigadas en la vida del país.

2. Más importante que la extensión del Derecho de familia hemos de considerar la materia, de por sí entrañable e íntima, estructurada ya como grupo social natural. Así se presenta la familia a la consideración del legislador, que no puede desconocerla como realidad social viva. El legislador ha de aplicar a esta materia delicada, a estas realidades y fenómenos sociales, los valores ideales y éticos. Habrá de actuar con la mayor prudencia, pues esas realidades tienen sus propias leyes sociológicas que no son fácilmente moldeables a los deseos del reformador ni siempre dóciles a sus propósitos. Por ello habrá de observar la vida jurídica misma en sus manifestaciones plásticas (documentos, litigios); tratará de hallar la conciencia social en las opiniones y reacciones de las gentes, en la jurisprudencia, en los trabajos doctrinales de los juristas; y, por último, será preciso alumbrar estas realidades sociales y jurídicas con las ideas filosóficas, morales y religiosas de nuestro tiempo y cultura. Con estos materiales y los instrumentos de la técnica legislativa, que se verá en la necesidad de crear en algunos casos nuevos conceptos, figuras y categorías, podrá realizarse con ciertas garantías de acierto la obra de formular una reordenación del Derecho de familia para una región que conserva su Derecho propio, ahora incrustado como especial, particular o territorial dentro de una ordenación general, común o nacional que, algún día y mediante la fusión de los diferentes Derechos territoriales, habrá de ser única para toda España.

3. La Compilación del Derecho civil de Aragón, promulgada el 8 de abril de 1967, presenta un Derecho de familia basado en las tradiciones vivas, adaptado a las actuales realidades sociales, inspirado en los nuevos conceptos filosóficos y morales y trabajado con los instrumentos de la moderna técnica jurídica. Es de desear que el nuevo texto legal produzca una situación de certeza y seguridad y con ella el orden y la paz en las relaciones sociales. Si, además, se consigue que esta situación, ordenada y pacífica, esté acomodada a los principios generales y universales de la justicia, la obra realizada será beneficiosa, especialmente para las relaciones familiares. Habrá que esperar algún tiempo para que pueda formularse una crítica de resultados; las reacciones que provoque la aplicación de la nueva normativa en las gentes y en los juristas, proporcionarán elementos de juicio y pruebas de su perfección o imperfección.

De momento puede intentarse una crítica referida a la misma historia de la Compilación, al proceso de reordenación y a sus resultados formales. Esto no podrá hacerse sin volver los ojos a las realidades históricas y sin examinar las vigentes. Será preciso estudiar las corrientes ideológicas actuales acerca de la vida familiar y su ordenación jurídica, así como la posibilidad de que ésta corrija o temple las desviaciones aparecidas en la vida social y moral. Tendremos que recordar, aunque la materia no sea propia de este estudio, conceptos gene-

rales, algunos recibidos ya en la nueva dogmática jurídica, otros en trance de elaboración o todavía discutidos.

Se observará que el Derecho aragonés de familia, en su nueva ordenación, se aleja del Código civil español. Pero este alejamiento es aparente, pues las reformas introducidas en el Código civil en los últimos tiempos revelan nuevos conceptos e ideas que se reciben en la Compilación aragonesa.

LA FAMILIA COMO GRUPO SOCIAL

4. En la vida social moderna apenas quedan residuos o sombras de la gran familia (grupo genético fundado en los vínculos de la sangre). En relación con uno de sus miembros, los otros, además de los ascendientes y descendientes, se llaman parientes y hay entre ellos afecto familiar y cierta solidaridad, sentimientos que van perdiendo fuerza por el alejamiento, la vida individual intensa y el egoísmo frente a la familia y a la sociedad.

La familia actual se reduce al conjunto de personas unidas por el matrimonio, por la filiación y, excepcionalmente, por la adopción: esposos e hijos.

5. Pero entre estos dos grupos sociales familiares, de mayor y menor extensión, han existido y existen todavía, aunque sólo en determinadas comarcas y mantenidos por especiales circunstancias físicas y económicas, grupos intermedios o comunidades familiares. Algunos de ellos, unidos sus miembros por la vida comunitaria y la explotación de un patrimonio común, tienen su propia economía (economía doméstica cerrada), que cuenta con las actividades de sus familiares (de los que pueden trabajar) para cubrir las necesidades de todos, la educación y formación de los menores, el cuidado de los ancianos y el recreo en la vida comunitaria. Los hijos, ya criados y educados, no necesitan separarse de la casa y familia, pues en ella habrá trabajo y sustento para todos. La estabilidad del grupo se mantiene con una organización jerárquica y la autoridad, que se centra en el cabeza de familia, en el *señor* de la casa. Pero, en definitiva, casa y hacienda a todos pertenecen, a todos sirven como refugio para la vida; y la autoridad produce estabilidad y seguridad para el grupo y para todos sus miembros.

Este tipo de familia, más extenso que la familia heral, se conserva en las comarcas montañosas de Aragón, singularmente en las pirenaicas, y es conocido con el nombre de "La Casa", institución que sobrevive en lucha heroica contra circunstancias adversas, incomprendida por quienes no la conocen de cerca y falta de protección social y estatal. De este tipo de familia, y refiriéndose en general a sus manifestaciones en diferentes naciones, ha dicho RÖPKE: "El grupo o comunidad familiar se da casi exclusivamente en el mundo campe-

sino, que representa hoy, juntamente con otros pequeños sectores de la sociedad, el último gran islote que todavía no ha sido inundado por la pleamar de la masificación, el último gran dominio donde se ofrecen unas formas humanas de vida y de trabajo, estables por sí mismas, que satisfacen las necesidades vitales." "La explotación agrícola de tipo campesino —sigue diciendo— reúne en forma ideal vida y trabajo, producción y consumo, vivienda y lugar de trabajo, naturaleza y humanidad, ejercicio profesional lleno de sentido que satisface al hombre y goce inmediato de sus frutos, desarrollo independiente de la personalidad y calor del contacto social, tradición y constancia, independencia económica y autarquía, desarrollo de actividades múltiples, contacto con la naturaleza que se nutre de las verdaderas fuentes de la vida, unidad en el modo de existir y humilde incorporación a la cadena del ser y del morir."

6. Fuera del medio rural, la familia ha quedado reducida a un grupo mínimo con nuevas características, sin los valores y virtudes de la familia campesina. Ya no es una asociación de producción, sino de consumo; y así ha perdido su fuerza económica, su capacidad para cubrir necesidades, su casa y su hacienda. Una buena política social recomienda proveer a las familias de un hogar o vivienda propia y de un patrimonio mínimo con la protección o tutela necesarias para su conservación. El Fuero de los Españoles (Ley de 17 de julio de 1945), en su artículo 22, afirma que "el Estado reconoce y ampara a la familia como institución natural y fundamental de la sociedad, con derechos y deberes anteriores a toda ley humana posterior". Corresponde el texto de nuestra Ley fundamental a las expresiones del artículo 16-3.º de la Declaración mundial de los Derechos del Hombre: "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección del Estado." Los mismos conceptos se formulan en las Constituciones de muchos Estados.

7. La familia actual, ya muy reducida, se ve amenazada por fuerzas disgregadoras que le van quitando el carácter de comunidad. De la vida en común apenas queda nada; los padres trabajan fuera de la casa en largas jornadas; los hijos pequeños se crían y educan en guarderías y colegios, cuando no vagabundeán abandonados; los mayores salen del hogar sin haber completado su formación y aun sin ella; el cuidado de los ancianos se confía a residencias y asilos; la vida comunitaria queda reducida a su más mínima expresión y fácilmente se quiebra o se disuelve; y así el hogar familiar ya no es lugar de reposo ni escuela de buenas costumbres.

Contra esta disgregación de la familia es difícil una política social eficiente. Más bien hay que confiar en los resultados de una campaña de moralidad, pues no hemos de olvidar que la familia, fenómeno natural de la sociedad, está inspirada y aun regulada por principios morales.

En la Encíclica *Populorum Progressio* (36) se dice: “La familia natural, monógama y estable, tal como los designios divinos la han concebido (Mt., 19-6) y que el cristianismo ha santificado, debe permanecer como punto en el que concuerdan distintas generaciones que se ayudan mutuamente a lograr una más completa sabiduría y armonizar los derechos de las personas con las demás exigencias de la vida social.”

Se dice que la familia se ha *democratizado* porque en ella han tenido entrada los principios de libertad e igualdad; y se estiman como conquistas muy apreciables la limitación de la autoridad paterna y la igualdad entre marido y mujer. Antes de que se dieran esas llamadas conquistas en el campo del Derecho, las costumbres sociales y los principios morales y religiosos habían atemperado los poderes de la *patria potestad* y habían elevado la categoría de la mujer al nivel de la del esposo.

En Aragón, cuyo sistema jurídico se apartó del romano y se constituyó según los principios de la Iglesia Católica acerca de la dignidad de toda persona humana por su naturaleza y destino y la especial de la mujer casada como esposa y madre, aparecen expresiones y normas que configuran la autoridad familiar, paterna y materna, como deber y servicio y la igualdad entre marido y mujer como reciprocidad en los *deberes* conyugales y conjunción y colaboración en el cumplimiento de los *deberes* familiares.

8. La familia —grupo social— ha de clasificarse en la dicotomía (*Gemeinschaft* y *Gesellschaft*) establecida por TÖNNIES como una *comunidad*. En ella se dan los elementos característicos que la distinguen de la *sociedad* o *asociación*:

a) Su constitución no es obra de un contrato o convenio, sino de un *consensus*. El vínculo es, casi siempre, el matrimonio y el parentesco; pero hay, a veces, un acto voluntario o convenio, como la adopción, o un pacto de hermandad (fraternidades, patriarcados) del que pueden verse varias figuras aragonesas; o bien resulta tácitamente de la vida en común, como en el consorcio doméstico del Bajo Aragón.

b) Las relaciones entre los miembros de la comunidad son muy estrechas y cordiales y se manifiestan con los caracteres de patriarcalismo o paternalismo, familiaridad e intimidad y sus efectos de obediencia, respeto, solidaridad, etc.

c) Una comunidad de vida, que puede ser la vida en común, bajo el mismo techo, *a una mesa y mantel* según expresión aragonesa, como en la *comunidad doméstica*; o comunidad en la explotación de un patrimonio familiar indiviso, como en el *consorcio foral aragonés*.

d) Un patrimonio común, en propiedad o en usufructo o, al menos, destinado a la subsistencia de todos los miembros de la comunidad.

e) Un conjunto o unidad de las relaciones particulares de todos

los miembros, fundada en las necesidades del grupo y en el espíritu de familia. No hay, generalmente, proporcionalidad entre goce y trabajo, aunque éste se divida entre los individuos según sus circunstancias y su *posición* dentro de la comunidad.

f) La dirección y gobierno de la comunidad y la gestión de su economía puede ser individual o colectiva, dividida en sus diferentes funciones, u obra conjunta de todos los miembros o de algunos de ellos.

g) Por encima de los intereses individuales, aunque para mejor satisfacerlos con visión del futuro, hay en estas comunidades un *interés colectivo*, común o familiar.

Casi todas estas comunidades familiares viven sobre un vasto horizonte histórico. Su patrimonio de tradición es muy considerable; las *tradiciones* de familia y los *usos* observados de generación en generación se transmiten por cada miembro a la descendencia y, eventualmente, a los miembros emparentados. Así se hallan organizados y se gobiernan; pero necesitan seguridad, estabilidad, ordenación jurídica y protección, principalmente en relación con el mundo exterior.

EL DERECHO DE FAMILIA

9. Se define el Derecho de familia, en sentido amplio, como el conjunto de normas que regulan la constitución de la familia, su organización y las relaciones entre sus miembros, su representación política y su protección.

De tales normas, unas son de Derecho político, como las que regulan la representación de las familias en las Cortes legislativas; otras de Derecho fiscal, como las que conceden exenciones o bonificaciones fiscales a las familias numerosas; otras de Derecho laboral y social, como las que establecen premios de nupcialidad, pensiones de viudedad y orfandad, etc., y los auxilios del llamado subsidio familiar; otras de Derecho penal, como las que castigan el abandono de familia; y otras, en fin, que regulan la vida jurídica de la familia, las llamadas relaciones familiares. Estas últimas constituyen la materia del Derecho civil de la familia o Derecho de familia en sentido estricto.

10. De las normas civiles del Derecho de familia, unas corresponden al *jus cogens* y otras al *jus voluntarium*. Para distinguir unas de otras dentro del sistema del Código civil español, que carece de una parte general dedicada, entre otras cosas, al acto o negocio jurídico, tendremos que acudir a su artículo 1.255, que establece los límites de la autonomía de la voluntad en la contratación; la ley, la moral y el orden público. Se ve en seguida cómo la moral y el orden público impondrán como necesarias muchas normas del Derecho de familia.

Pero aquí estamos estudiando, en su proceso de elaboración, una

nueva ley, habiéndose resuelto ya en ella el problema de la autonomía de la voluntad, que queda sometida a los límites de la imposibilidad y a los dictados del Derecho natural. Así, en cada caso, la cuestión debe centrarse confrontando la norma o regla de Derecho positivo con las concentraciones del Derecho natural. El apoteгна jurídico aragonés *Standum est chartae* está dirigido al juez en la *Observancia 16. De fide instrumentorum*, pero siempre se ha entendido que se dirigía también al legislador. Tratándose de una norma del Derecho de familia la solución habrá de obtenerse considerando el aspecto fundamental de la familia como hecho social natural y los principios morales que la informan, que son, para nosotros, los de la moral cristiana.

11. Los sistemas de Derecho positivo que tienen como modelo el Código de Napoleón están fundados en un espíritu individualista, en la contemplación del hombre *abstracto* frente a otro ser humano o en relación con las cosas y bienes. Así, en tales sistemas, las relaciones familiares se entienden establecidas entre marido y mujer, padre e hijo, pariente y pariente, siempre entre individuos aislados y en situación de alteridad.

La familia, como ente colectivo, como grupo social con fines e intereses propios, no entra en consideración. Podrá decirse que en tales sistemas no hay un tratamiento del Derecho de familia o, por lo menos, que carecen de bases y principios propios y, por consiguiente, de normas generales. Y por ello se aplican muchas veces a las relaciones familiares, impropriamente, los principios que informan los llamados derechos personales o de obligaciones y reales o de cosas; especialmente cuando los Códigos civiles carecen de una parte dedicada a la relación jurídica en general.

Lo dicho explica por qué los Códigos del siglo XIX no tienen una parte o un tratado dedicado al Derecho de familia. La reacción se muestra en los Códigos del presente siglo, que titulan uno de sus libros con la rúbrica "Derecho de familia" para regular no sólo las relaciones familiares personales, sino también las patrimoniales que los Códigos decimonónicos llevaron al tratado de obligaciones y contratos. En los Códigos de Alemania y Suiza se trata de las personas en la parte general, y del Derecho de familia en libro aparte. En el Código italiano de 1942, el libro primero lleva la rúbrica "De las personas y de la familia". La *Compilación del Derecho civil de Aragón* sigue el ejemplo del *Codice* y titula su libro 1.º "Derecho de la persona y de la familia".

La comisión de juriconsultos aragoneses que redactó los anteproyectos de 1962 y 1963, hubo de acomodar el orden de los mismos a la sistemática del Código general; y por ello dividió la materia en dos partes o títulos, con las rúbricas "De las personas y de las relaciones entre parientes" (Tít. I) y "De los regímenes matrimoniales" (Tít. V). La Comisión general de Codificación, con más autoridad, reunió toda la materia en un solo *libro* con la rúbrica que ha pasado al texto legal.

Pese a las nuevas rúbricas y a la reunión de toda la normativa en un solo libro o tratado, los Códigos del siglo no contienen una regulación de la familia como ente colectivo, ni un tratamiento de las relaciones familiares en general. Del BGB se ha dicho que ha reintroducido los conceptos de la técnica romana en el Derecho de familia, reduciendo las relaciones familiares a relaciones individuales contrarias a la tradicional comunidad familiar. El ZGB, por influencia de HUBER, su principal redactor, dio mayor contenido al libro II (Derecho de la familia), tratando de las instituciones familiares, de la unión conyugal como efecto del matrimonio, de la unión y de la comunidad de bienes, de la autoridad familiar, de las personas como miembros del grupo familiar; y creando o regulando instituciones propiamente familiares, como el bien de familia y el asilo de familia. El jurista suizo HUBER creía en la acción o influencia de la ley en las costumbres, pero muchos otros comentaristas no compartían sus esperanzas y seguían pensando con espíritu individualista y liberal que el Derecho sólo ha de intervenir en la familia para proteger a los menores y a los incapaces.

12. El Código civil español responde al modelo napoleónico en la materia que nos ocupa; desconoce a la familia como sujeto colectivo y trata de la comunidad conyugal como de un tipo o especie de sociedad a la que se aplicarán como supletorias las reglas del contrato de sociedad (art. 1.395). Las referencias del Código a la familia, aparte de dar al organismo superior de la tutela el nombre de "Consejo de familia", son pocas y aparecen en los siguientes artículos: el artículo 15, que habla de los "derechos y deberes de familia" al tratar de las normas que constituyen el llamado Estatuto personal; el artículo 62, que declara la validez de los actos que realiza la mujer sin licencia marital cuando se trata de cosas que por su naturaleza están destinadas al "consumo ordinario de la familia"; el artículo 142, que señala, entre otros, como elemento para determinar la cuantía de los alimentos entre parientes, la "posición de la familia"; el artículo 321, que prolonga la permanencia de las "hijas de familia" en la casa paterna; el 1.316, que prohíbe en el "Contrato sobre bienes con ocasión de matrimonio" todo pacto que sea "depresivo de la autoridad que respectivamente corresponde en la familia a los futuros cónyuges"; el artículo 1.362, que establece la responsabilidad de la dote inestimada por "los gastos diarios usuales de la familia"; y el artículo 524, que señala como contenido de los derechos de uso y habitación "lo necesario para el usuario y para las personas de su familia".

13. En la región aragonesa se conservan instituciones familiares y tradiciones jurídicas peculiares que morirían o quedarían desfiguradas por la aplicación de algunas normas del Código civil que, por otra parte, se hallan en crisis y necesitan acomodarse a las realidades e ideas de los nuevos tiempos.

Pero, no obstante las peculiaridades jurídicas y aun sociales a que nos referimos, la familia aragonesa, como las demás españolas, corresponde en su estructura social y moral al tipo occidental y cristiano; y hallándose en preparación la reforma del Código civil, hubiera sido desmedida la pretensión de formular en el Derecho aragonés lo que pudiéramos llamar *parte general* del Derecho de familia. Por ello, la Compilación se ha limitado a regular ciertos aspectos generales que tienen en el Derecho aragonés manifestaciones jurídicas tradicionales, de tal vigor y fuerza que resultan adecuadas al momento presente. En este sentido conviene señalar de antemano los siguientes aspectos de la familia que la Compilación considera:

a) El régimen familiar (art. 25), con los usos sociales y familiares (art. 9) y los usos y observancias (art. 10).

b) Las instituciones familiares convencionales (art. 33) y las tácitas (art. 99).

c) La comunidad familiar (arts. 34 y 27) con sus cargas (art. 41).

d) El grupo familiar como línea de parentela (art. 20).

e) Los asuntos familiares (art. 20) y los intereses familiares (artículos 50 y 68).

f) La *casa* como sede familiar (art. 21), como patrimonio o universalidad de cosas (arts. 102, 109, 114 y 115), como familia (art. 133) y como valor (arts. 41 y 65).

g) Las atenciones legítimas de la familia (arts. 41 y 65).

h) La autoridad familiar (arts. 9, 10, 12 y 14).

i) El hogar; su gobierno (art. 48) y su economía (art. 64).

j) Las explotaciones familiares (art. 35).

k) La legítima colectiva o familiar (art. 35).

l) Los bienes de familia (art. 149).

m) Y los archivos de familia (art. 39).

Con los elementos que nos ofrece la Compilación aragonesa puede intentarse un estudio de las relaciones jurídicas familiares, de las situaciones y posiciones de los miembros de la familia dentro del grupo social y de los derechos, deberes y potestades.

14. Las relaciones jurídicas entre los miembros de una familia tienen caracteres especiales y por ello no pueden encajarse en ninguno de los términos de las conocidas clasificaciones bipartitas. Conviene estudiarlas como especies distintas de las que aparecen y se regulan en el Derecho de cosas y en el Derecho de obligaciones que, para distinguirlas de aquéllas, podemos llamar *relaciones individuales*.

Surgen estas aisladamente, por un concierto de voluntades entre gentes que hasta entonces han podido ser extrañas, individualidades con sus propios intereses y fines concretados a sus respectivas esferas individuales. Los intereses se hallan equilibrados y representados por una ecuación de igualdad o equivalencia o por un cálculo de probabilidades. Son figuras y categorías que han creado las voluntades in-

individuales y que la técnica jurídica ha calificado y moldeado en normas supletorias, en su mayor parte, de la declaración de voluntad.

15. En la relación familiar, los sujetos se hallan unidos por un vínculo subjetivo, personal, permanente, continuo (el parentesco, la vida comunitaria). Cada uno de ellos ocupa dentro del grupo familiar una *situación jurídica* correspondiente a un *estado* (esposo, padre, hijo, afin, pariente, doméstico o servidor, donado, acogido, etc.); como tal figura en la relación jurídica, unido a los demás sujetos por su propio estado que tiene su origen en el *consensus* matrimonial y en la genealogía.

De las situaciones jurídicas familiares nacen múltiples relaciones jurídicas que, aun establecidas entre los miembros según el esquema dogmático ("sujeto activo y sujeto pasivo"), afectan a todo el grupo familiar.

Algunas de estas relaciones tienen un contenido económico o patrimonial y producen pretensiones y obligaciones.

Es lógico que la ley permita a los sujetos la ordenación privada y autónoma de la relación en cuanto a su contenido patrimonial; pero, cualquiera que sea el régimen pactado, la relación no perderá su origen familiar.

16. En todo caso, en las relaciones familiares se sirven los intereses de la familia como intereses superiores a los individuales de sus miembros que, por otra parte, coinciden con aquéllos o dependen de ellos. Entran aquí en juego, además, la atracción entre personas de la misma sangre y el amor entre esposos, sentimientos que crean deberes morales y religiosos, factores que influyen en la constitución y permanencia de las comunidades familiares. Dentro de ellas, cada sujeto se reconoce como miembro de un todo en el que alcanza sus más altas posibilidades morales. A cada uno corresponde una *posición jurídica* en su relación con el otro, posición de igualdad o desigualdad, de potestad o sujeción, de autoridad u obediencia; pero, en todos, de solidaridad y cooperación para alcanzar los *intereses del grupo*, el bien común que, aunque sea concebido como la mayor suma de bienes individuales, será siempre superior al interés particular de cada uno porque contempla no sólo el presente, sino el futuro en las generaciones venideras.

17. El interés común aparece también en la familia romana. Considerada como un cuerpo político independiente que se regía por sus propias normas, el poder soberano del *pater familias* absorbía la personalidad de sus súbditos y hacía inconcebible toda relación jurídica entre aquél y éstos. Desaparecida con el tiempo la soberanía política del *pater familias*, quedan en los sistemas jurídicos familiares resabios de su posición dominante y exclusiva de toda intervención. Las leyes disponen normas para la privación o suspensión de la autoridad del

jefe de la familia, su destronamiento o derrocaión; pero, en tanto reina, es soberano y gobierna con poder absoluto. El buen *pater familias* cuida de los intereses del grupo como el buen pastor su rebaño y su poder evita que los intereses individuales prevalezcan sobre los comunes; el mal uso de tal poder o la negligencia en el cuidado de tales intereses, los individuales y los comunes, serán causas de su destitución como *señor* de la casa y familia o de la suspensión de su autoridad.

18. Admitida en el Derecho moderno la existencia de relaciones jurídicas entre el jefe de la familia y sus súbditos, todos ellos sujetos de derecho, se admite como criterio predominante para regular tales relaciones y para intervenir en ellas, en su intimidad, el concepto de los intereses familiares, introducido en la doctrina y en los Códigos más modernos.

La Compilación aragonesa considera los intereses familiares en dos de sus normas. El artículo 50 dispone: "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 incurriese en culpa grave o negligencia habitual con notorio perjuicio de los intereses familiares". El artículo 68 establece como causa de disolución de la comunidad conyugal continuada la "gestión y administración dolosa o negligente con grave perjuicio para los intereses familiares". La palabra *perjuicio* que aparece en las normas citadas no debe llevarnos al error de considerar solamente el perjuicio material, económico o patrimonial. El concepto de interés es más amplio y debe comprender todo el patrimonio personal y económico de la familia en relación con sus fines. Aunque los artículos 50 y 68 pueden considerarse como normas instrumentales para la valoración jurídica de los intereses que el Juez ha de realizar, es evidente que el legislador ha hecho previamente esa misma valoración en *abstracto* colocando en primer término los intereses del grupo familiar. Puede afirmarse, pues, que la consideración de los intereses de la familia, como superiores a los singulares de cada uno de sus miembros, domina todo el Derecho de familia.

19. Las relaciones familiares se presentan en la realidad de la vida social como fenómenos naturales y crean deberes morales y deberes sociales de distinta naturaleza. Es un problema de técnica muy difícil la calificación jurídica de tales deberes y la elaboración de normas legales que puedan darles estabilidad y certeza para la seguridad de los propios miembros de la familia y de los terceros que con ellos se relacionan.

De los deberes familiares, algunos no pueden salir de la esfera de la moral que actúa en el seno de las conciencias individuales; y otros no pueden dejar de ser usos sociales. A todos ellos se refería SUÁREZ cuando afirmaba que no se puede legislar sobre comporta-

mientos internos, sobre el pensamiento, sobre los afectos, sobre las conductas que se consumen en la intimidad.

20. Pero aparte este mundo impenetrable para el Derecho positivo, la relación jurídica familiar produce poder o potestad en el sujeto activo y deber o sujeción en el pasivo. En todo caso, el ejercicio del poder ha de tener amparo jurídico y la infracción del deber ha de ser sancionada; así, el poder y el deber pasan al Derecho positivo.

El poder jurídico puede ser potestad o derecho subjetivo. El deber puede consistir en una conducta determinada cuya inobservancia será sancionada con la pérdida de derechos o la disolución de la misma relación jurídica y hasta con condenas penales; o puede ser una obligación que admite en caso de inobservancia la ejecución forzosa para obtener el cumplimiento en forma específica o por equivalencia. Los términos de la relación se corresponden: potestad-deber jurídico; derecho subjetivo-obligación. Pero no puede olvidarse que unos y otros nacen de una situación permanente de los sujetos del grupo familiar, situación que, fundamentalmente, no puede ser objeto de renuncia, modificación, transmisión o cesión. Por ello, aun tratándose de derechos subjetivos familiares, se hallan establecidos a veces como medios o instrumentos de la potestad atribuida al mismo titular; y, en todo caso, aun concedidos en interés de uno de los miembros de la familia, tal interés resulta coincidente o dependiente del interés del grupo y está subordinado a este por ser superior al individual.

21. Los miembros del grupo familiar se hallan unidos, como se ha dicho, por los vínculos del amor y de la sangre. Dentro del grupo más íntimo se da la unidad en el hogar o vivienda, en la mesa, en la convivencia permanente, en la comunicación de bienes y trabajo, en la participación recíproca de sentimientos, en la cooperación generosa, en la solidaridad que llega a veces hasta el sacrificio y en el buen orden de la vida comunitaria. En la unidad, en la unión de sus miembros, cumple la familia sus fines y funden aquellos sus destinos. La estabilidad de la familia depende de su unidad. Si ésta se quiebra, la familia se disuelve.

Las leyes han de recibir el principio de unidad familiar, aunque no lo formulen, en normas que impidan o dificulten la rotura de los vínculos familiares. Este principio aparece en todos los grupos familiares, aun en los más reducidos. Pero sus manifestaciones son más visibles en los grupos más amplios, como en las *Casas* de las comarcas pirenaicas españolas. La referencia legal más completa aparece en los artículos 71 y 76 de la Compilación del Derecho civil de Cataluña; el primero de ellos dispone que "los heredamientos a favor de los contrayentes se entenderán otorgados bajo el pacto de unidad económica-familiar por virtud del cual el heredante, el heredero y sus respectivos esposos e hijos comunes contraen la obligación de aunar sus esfuerzos bajo la dirección y libre administración del pri-

mero y de aportar al acervo común todos sus ingresos y las rentas de sus bienes para mejor atender a las necesidades de la casa y a las particulares de sus miembros”.

En la Compilación aragonesa podremos ver diversas manifestaciones del principio de unidad en la comunicación de bienes y en la colaboración de todos los familiares; citaremos, *ad exemplum*, los artículos 9, 37, 41, 48, 49, 53, 60, 63, 64, 65, 102, 109, 114 y 142. El testamento mancomunado y la fiducia sucesoria, instituciones típicamente aragonesas, tienen también su fundamento en la unión conyugal, en la confianza entre los cónyuges que quieren fundir sus derechos en uno solo, manifestada en un querer, en una voluntad concorde.

En el principio de unidad se ha fundamentado por muchos autores la necesidad de una dirección familiar única. Pero la dirección familiar puede ser compartida y aun intervenida, como el poder político en el Estado. Se dice que la diarquía lleva a la anarquía; pero esto no es así cuando existe un equilibrio entre los varios poderes y un procedimiento para resolver los conflictos irreductibles a los sentimientos de benevolencia, comprensión y caridad que se dan más intensamente en las relaciones familiares.

22. La unión familiar, para ser verdadera y estable, ha de fundarse en los principios de igualdad y libertad. En efecto, sólo la unión entre personas iguales, nacida libremente, puede ser tal. En la “Constitución sobre la Iglesia en el mundo actual” (Concilio Vaticano II, 7 de diciembre de 1965) se dice: “49. El reconocimiento obligatorio de la igual dignidad personal del hombre y de la mujer en el mutuo y pleno amor evidencia claramente la unidad del matrimonio confirmada por el Señor”.

Por el principio de igualdad se considera que todos los miembros del grupo familiar son iguales; todos son personas, sujetos de derechos, con su propia esfera individual; y entre ellos se establecen relaciones jurídicas, nacidas unas del estado o situación jurídica de cada uno, otras de actos voluntarios. La intromisión de uno en la esfera de otro tiene siempre carácter tuitivo, de protección; si la intromisión ha de traducirse en un acto importante, requiere la homologación o aprobación del propio protegido o de otras personas; y cuando existen entre protector y protegido relaciones con intereses opuestos, se sustituye con otra persona o autoridad a quién normalmente ejerce la potestad tuitiva.

Los vínculos familiares no pueden ser causa de desigualdad y mucho menos de incapacidad jurídica. No debe reconocerse en Derecho más incapacidad que la natural, y ésta no puede ser causa de pérdida o privación de derechos, aunque su ejercicio se encomiende a personas autorizadas.

La jerarquía en la vida familiar no es contraria a los principios de igualdad y libertad. El gobierno de la familia requiere orden y

éste jerarquía; pero esta no consiste precisamente en el poder dictatorial o absoluto del jefe o cabeza de familia.

La Compilación civil aragonesa presenta manifestaciones de los principios de igualdad y libertad en la familia que tienen sus precedentes en el Derecho de los Fueros y Observancias (arts. 5, 7, 9, 11, 12, 23, 25, 26, 29, 30, 48, 49, 61, 67, 68, 69, 103, 110 y 137).

23. La vida familiar descansa también en el principio de solidaridad y en sus dos aspectos activo y pasivo. No tiene aplicación en ella la justicia conmutativa, como en cualquier tipo de sociedad o asociación, sino la justicia distributiva que es característica de las comunidades familiares. En estas, cada uno aporta lo que tiene y cada uno recibe lo que necesita.

La solidaridad se manifiesta hasta en el grupo familiar más amplio; puede verse en la regulación de los alimentos debidos entre parientes (art. 146 del Código civil español).

En la Compilación aragonesa se presentan algunas aplicaciones interesantes de este principio, singularmente en la regulación de las cargas matrimoniales o familiares, en la comunidad conyugal continuada, en la viudedad y en los heredamientos (arts. 41, 43, 44, 45, 53, 64, 71 y 84).

24. Otro principio que ha de informar el Derecho de familia es el de la simplicidad o sencillez. En las relaciones familiares, que en gran parte se desarrollan en la intimidad, la dinámica debe ser sencilla, sin complicaciones. No ha de esperarse, ni mucho menos debe exigir la ley, que se lleve una contabilidad familiar en la que se asienten todas las vicisitudes de la economía familiar y de las relaciones patrimoniales entre cónyuges y entre padres e hijos. En muchos sistemas, la liquidación de la sociedad conyugal disuelta y la rendición de cuentas de la administración paterna presentan problemas complicados y de difícil solución.

Por su sencillez se han elegido en muchos países los regímenes matrimoniales de comunidad universal y de comunidad de bienes muebles y adquisiciones. Este último, que era el legal en el Derecho aragonés anterior a la Compilación de 1967, ha sufrido en ésta modificaciones impotrantes que imponían las exigencias de la vida y de la economía modernas; pero la reforma se ha llevado a cabo con el deseo de conservar la sencillez del sistema, apartando de la comunicación foral de bienes muebles aquellos que, como *certa corpora*, pueden ser identificados.

El principio de simplicidad ha influido modernamente para establecer en algunos países como régimen matrimonial legal el de separación de bienes, al menos constante matrimonio. Pero siempre queda en este régimen, contrario al principio de unidad familiar, el problema de determinar la contribución de los cónyuges a las cargas del ma-

trimonio, y aun a las del hogar familiar, que presenta en la doctrina y en la jurisprudencia muchas dificultades.

El usufructo paterno en la doctrina moderna no tiene ya más fundamento que la simplicidad en las relaciones económicas paterno-filiales.

LA FUNCIÓN DEL ESTADO EN LA FAMILIA

25. Hasta aquí hemos tratado de averiguar y explicar los factores sociales, los juicios de valor y las representaciones de finalidad que han podido influir en la elaboración de las nuevas normas referentes a la familia contenidas en la Compilación aragonesa. Queda por investigar el criterio que se manifiesta en la nueva Ley acerca de la función del Estado, con sus órganos legislativos, judiciales y de gobierno, en la vida jurídica de la familia.

La tesis tradicional considera la familia como un ente autónomo con vida propia, regido por las leyes sociales y los principios morales y religiosos, sin que, por tanto, pueda el Estado inmiscuirse en su régimen. Aún hoy, reconocida la igualdad jurídica entre los cónyuges y rectificado el concepto de la *patria potestas*, se sostiene la tesis de que el Estado no puede entrar en el seno de la familia. Así dice un jurista francés muy conocido, René David (1965); "tratando de fijar los derechos y deberes de cada uno de los cónyuges, el legislador pierde el tiempo y se expone al ridículo"; "el Derecho está hecho para individuos cuyos intereses son divergentes u opuestos y se le pone en situación de fracasar cuando se encuentra en presencia de personas que quieren confundir sus destinos y entonces la técnica que se impone no es la del derecho, sino la del arbitraje poniendo en obra las ideas generales de conciliación y equidad".

26. Según esta tesis el legislador debe limitarse a reconocer y recibir la estructura social familiar para establecer una supraestructura jurídica, un *régimen* jurídico primario con normas impositivas y prohibitivas y a fijar las situaciones familiares, principalmente para dar seguridad a los terceros que han de relacionarse con la familia y sus miembros. Corolario de estos principios sería que las leyes admitieran ampliamente el de la autonomía de la voluntad para completar el *régimen primario legal* con pactos y convenios; y es curioso observar que en los países que mantienen en sus líneas fundamentales la tesis tradicional sobre la función del Estado en la familia, aparecen normas prohibitivas en materia que queda fuera de lo que hemos llamado *régimen primario*, v. g., la prohibición de la contratación y de las donaciones entre cónyuges, de las capitulaciones matrimoniales *post nuptias* y de los pactos sucesorios, prohibiciones basadas en con-

ceptos anticuados como el de la incapacidad o debilidad de la mujer casada.

27. En cuanto a la intervención del Estado en la vida familiar, la tesis tradicional sostiene que debe limitarse a los casos patológicos para proteger a los que considera débiles (las mujeres y los menores) y a una función de beneficencia para suplir a la familia cuando no existe o fallan sus medios e instrumentos.

28. De la tesis tradicional hemos de retener ideas o conceptos que consideramos correctos y exactos.

Es cierto que la familia es un grupo social natural que se constituye y vive con arreglo a sus propias leyes sociales. Así lo proclama el artículo 22 del Fuero de los españoles (17 de julio de 1945); “el Estado reconoce y ampara a la familia como institución natural y fundamento de la Sociedad, con derechos y deberes *anteriores a toda Ley humana positiva*”. El mismo concepto se contiene en la Declaración XII, 3, del Fuero del Trabajo (9 de marzo de 1938); “El Estado reconoce a la familia como cédula primaria y natural y fundamento de la Sociedad y al mismo tiempo como institución moral dotada de Derecho inalienable y superior a toda ley positiva”.

También podemos retener de la tesis tradicional la advertencia del peligro que pueden correr la paz y la estabilidad de la familia por la ingerencia en su seno de los órganos del Estado, singularmente de los judiciales, para resolver, con arreglo a las normas del Derecho estricto y con la rigidez, solemnidad y publicidad del procedimiento judicial, las cuestiones entre sus miembros.

Las Cortes aragonesas celebradas en el año 1390 en Monzón, tratando de los alimentos debidos por el cónyuge supérstite a los hijos comunes y a los del premuerto, ordenaron que la provisión podía arbitrarla el Juez “procedendo simpliciter, summarie et de plano sine strepitu et figura iudicis, sola facti veritate attenta, de eo se informando in hoc casu dumtaxat, vocatio et auditio ad praedicta illis quorum interest”. Unificado el sistema procesal español, no cabe ya en Aragón esa manera de proceder en las cuestiones familiares. En la misma materia de alimentos entre parientes se observa el rigor procesal, tanto en el juicio sumario sobre los provisionales como en el declarativo para la determinación de los definitivos (arts. 1.609 y 1.617 de la Ley de Enjuiciamiento civil).

29. La tesis tradicional se halla radicada todavía en los Derechos de familia de origen latino, pero éstos han sufrido ya, aunque parcialmente, la influencia de las modernas tendencias jurídicas.

El sistema francés, modelo de otros, ha quedado atenuado por las leyes de 14 de diciembre de 1966 y 15 de julio de 1965, entre otras menos importantes, que han modificado el Código de Napoleón en las materias de tutela, emancipación, administración de los bienes de me-

nores y régimen económico del matrimonio, creando la figura del Juez de Tutelas con un nuevo procedimiento para su actuación y aumentando las normas del Derecho de familia y los casos de intervención de los órganos estatales en la vida familiar.

La ley española de 24 de diciembre de 1958, que modificó algunos preceptos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil, responde a las nuevas tendencias sobre la función del Estado en la vida familiar en sus aspectos sustantivo y procesal. Una de las declaraciones más interesantes es la contenida en el nuevo artículo 1887 de la Ley procesal: el juez ha de tener en cuenta *especialmente el interés familiar* más urgentemente necesitado de protección. En general se modifican los procesos familiares quitándoles la rigidez del rito, la publicidad y solemnidad y estableciendo abiertamente —así se afirma en la exposición de motivos de la Ley— el arbitrio judicial; a veces, el procedimiento puede ser promovido por cualquier persona; se reduce a un simple expediente o información sumaria; se prohíbe la pesquisa de ciertos hechos o se limita la investigación a las declaraciones de los interesados y de sus parientes; en algún caso, el Tribunal puede apartarse de la propia norma legal (art. 70 del Código); no pueden plantearse cuestiones de competencia; no es necesaria la intervención de abogado y procurador; el juez aprecia discrecionalmente los hechos cuyo conocimiento puede adquirir directamente y resuelve según su prudente arbitrio; y hasta en algunos casos no se da recurso alguno salvo el de oposición ante el mismo juez.

En la Ley procesal se ordenaba la constitución de una Junta de parientes en el expediente de suplemento del consentimiento de los padres, ábuelos y curadores para contraer matrimonio (Tit. V del libro III). El procedimiento, regulado larga y minuciosamente, es curioso: votan separadamente la Junta (que tiene un solo voto, el de la mayoría) y el juez; cuando resulta empate en los votos de los parientes y amigos, lo dirimirá el juez, que siempre votará el último; y si el voto del juez no fuera conforme con el de la mayoría, prevalecerá el favorable al matrimonio. Estas normas procesales, aunque sustantivas en el fondo, quedaron derogadas por el Código civil que, conforme a sus principios, no admitía recurso contra la negativa de la licencia para contraer matrimonio. Lo restablece la Ley de 1958 mediante la autorización que puede dar el Ordinario del lugar o el Presidente de la Audiencia Territorial, en sencillo expediente, oyendo a las partes y a las personas que tengan por conveniente.

Y la Junta de parientes que desaparece de la Ley procesal, reaparece en el Código, modificado por la Ley de 1958, para otra materia, la dote obligatoria (art. 1.341) y como órgano consultivo.

30. La tesis más opuesta a la tradicional es la que, en su desarrollo en el Derecho positivo, ha producido la estatificación de la familia, sistema implantado en el segundo período histórico de la

Rusia soviética y en las Repúblicas populares satélites de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

El marxismo ortodoxo se propuso destruir lo antiguo para edificar de nuevo; aniquilar la institución familiar y sus conceptos sobre el hogar, el amor conyugal y maternal, para llegar más fácilmente a la estatificación de la familia. Así, en sus primeros tiempos, el Derecho soviético de familia era anárquico, de la más absoluta libertad; reconocía las uniones de hecho entre hombre y mujer; admitía la repudiación sin causa; consentía el aborto; proscribía las legítimas sucesorias.

Las revisiones de 1936 y 1944 podrían parecer, a primera vista, como un retorno a los sistemas tradicionales occidentales; se prohíben las maniobras abortivas; se establecen las obligaciones alimenticias entre parientes; se restablecen las legítimas sucesorias; quedan abolidos los matrimonios (sic) de *facto*; se da entrada al régimen matrimonial de comunidad, y se regula el divorcio que ha de ser judicial, motivado y contradictorio. Pero este retorno al sistema occidental es sólo aparente. El nuevo Derecho de familia en la Rusia Soviética está basado en el principio de la supremacía absoluta e incontestable del Estado; se priva al hombre de sus derechos personales y, entre ellos, el de la libertad familiar; la familia es un instrumento del Estado que se utiliza con un poder absoluto y despótico.

31. Entre los sistemas opuestos que hemos comentado someramente, la doctrina moderna propugna otro intermedio; respetando las libertades del grupo familiar y de sus miembros, el Estado interviene en aquél para conciliar los intereses individuales, familiares y sociales, no sólo en los casos patológicos o de excepción, sino en la vida fisiológica o normal de la familia.

Según este sistema, la función del Estado es, fundamentalmente, la ordenación jurídica de las estructuras sociales sin desvirtuarlas y la tutela o protección de todos los intereses que entran en juego en la vida familiar. En la "Constitución sobre la Iglesia en el mundo actual" (Concilio Vaticano II, 7 diciembre 1965) se dice: "52. Así, la familia, en la que distintas generaciones coinciden y se ayudan mutuamente a lograr una mayor sabiduría y a armonizar los derechos de las personas con las demás exigencias de la vida social, constituye el fundamento de la sociedad. El poder civil ha de considerar obligación suya sagrada reconocer la verdadera naturaleza del matrimonio y de la familia, protegerla y ayudarla, asegurar la moralidad pública y favorecer la prosperidad doméstica. Se debe proteger con legislación adecuada a diversas instituciones y ayudar de forma suficiente a aquellas que desgraciadamente carecen del bien de una familia propia".

La ordenación jurídica de los grupos familiares debe limitarse a lo que hemos llamado el *régimen primario*; porque tales grupos, como todas las comunidades, tienden a producir un Derecho propio

o peculiar (Derecho autóctono que los juristas italianos llaman *Diritto dei privati*) y unas formas jurídicas firmes y eficaces; y todo esto, Derecho particular (en este caso, estatuto familiar) y formas peculiares, ha de encajarse en el sistema general del Derecho de cada país, en sus cuadros, categorías, conceptos, terminología, etc. Ya se comprende la dificultad que tuvieron los redactores de la Compilación aragonesa al tener que ordenar un régimen familiar junto a un Código general basado en principios distintos.

En el Derecho aragonés antiguo, la ordenación jurídica privada del grupo familiar se realizaba dentro de un amplio marco, por la validez de los pactos sucesorios y de la contratación entre cónyuges y por la libertad de testar. El sistema se recibe en la Compilación que admite abiertamente la posibilidad de establecer un *régimen familiar*; el artículo 25 dispone que los capítulos matrimoniales podrán contener cualesquiera estipulaciones relativas al *régimen familiar* y sucesorio de los contrayentes y de quienes con ellos concurren al otorgamiento, siempre que no sean contrarias a los fines del matrimonio. Y estas normas, que pudiéramos llamar propias o institucionales, constituyen en cada localidad, y aun en cada familia, el uso que suplirá imperfecciones u omisiones, un derecho consuetudinario que, a veces, la propia Ley eleva al primer rango. Junto a estos usos convencionales (véanse los arts. 20 (3), 33 y 99 (1) de la Compilación) aparecen también en la nueva Ley los usos propiamente consuetudinarios, como los llamados *usos sociales y familiares* que el artículo 9 llama para determinar el ejercicio conjunto o separado de la autoridad familiar atribuida a los padres; o como la llamada *costumbre local* que ha de aplicarse según el artículo 57 (2) para determinar la extensión de las ventajas del cónyuge superviviente.

Si reconocemos a la familia como ente autónomo por ser un grupo social natural, hemos de concederle el derecho a gobernarse por sí misma con sus órganos propios. La intromisión de personas ajenas al grupo debe limitarse a las actuaciones necesarias para evitar los abusos de poder, para proteger los intereses individuales, para resolver los conflictos y para suplir la carencia de órganos de gobierno y representación.

Esta intromisión de personas ajenas al grupo o de órganos estatales ha aumentado en los tiempos actuales como consecuencia del reconocimiento de la igualdad jurídica entre cónyuges y de los nuevos conceptos acerca de la autoridad en la familia y de la personalidad de todos sus miembros. El aumento del número de intervenciones en la vida familiar es visible en los Códigos civiles de los países de la Europa occidental del presente siglo y en las reformas introducidas en los Códigos del XIX.

En la elaboración de la Compilación aragonesa, las nuevas tendencias han sido recibidas fácilmente. La influencia de las doctrinas de la Iglesia Católica en el Derecho aragonés de los Fueros y Observancias, dio a su Derecho de familia un sentido de libertad e igual-

dad que ha hecho fácil la acomodación de las antiguas normas a las necesidades de los actuales tiempos y la introducción de otras nuevas, basadas en los mismos principios, para completar el sistema. Han quedado fuera de la Compilación todas aquellas normas del Código civil relativas al Derecho de familia, especialmente las que regulan las relaciones personales entre los cónyuges, que han sido aplicadas en Aragón como supletorias o en ausencia de normas específicas propias. La Compilación ha tenido que limitarse a ordenar, según sus precedentes históricos, la intervención en los derechos familiares patrimoniales.

32. Las leyes más modernas establecen jurisdicciones y procedimientos especiales para intervenir en la vida familiar con los fines antes expuestos y para resolver las cuestiones que afectan exclusivamente a los miembros de una familia.

Los procedimientos son sencillos, de información directa, verbales en su mayor parte; y las resoluciones, sin consideraciones o motivaciones, fundadas en la equidad y dictadas con el fin de restablecer la paz en la vida familiar. Se evita en lo posible la idea de contienda o litigio y se procura la conciliación o reconciliación.

En cuanto a la jurisdicción, el grupo familiar debiera tenerla propia; las cuestiones familiares deben ser resueltas *en familia* porque nadie como la familia puede conocer las circunstancias de cada caso y los caracteres y conductas de las personas. Sin embargo, razones diversas fundamentan la necesidad de la intervención de autoridades, es decir, de personas o funcionarios que han recibido del Estado una potestad revestida de pública autoridad; ello está en relación directa con la naturaleza y relevancia jurídica de los asuntos familiares. Cuando las cuestiones afectan al *estado familiar* (causas matrimoniales, privación de la autoridad paterna y otras), la jurisdicción ha de ser la judicial ordinaria y el procedimiento el del juicio contradictorio con todas sus garantías. Cuando las cuestiones sean de índole patrimonial, aun en los casos de divergencia de voluntades u oposición de intereses, habrán de ser resueltas en consideración al interés familiar que es común a todos, huyendo de toda figura de contienda o litigio; el procedimiento habrá de ser privado y la jurisdicción la de la propia familia o la de jueces, consejos u organismos tutelares.

Estos principios han sido recibidos en los Códigos de Alemania y Suiza y han inspirado las reformas introducidas en los Códigos romanizados.

33. El Código civil alemán encomienda al Tribunal de tutelas la intervención, que alcanza incluso a las relaciones personales, en la vida familiar. El Tribunal de tutelas puede suplir el consentimiento paterno para el matrimonio del menor y el de un cónyuge para negocio jurídico o acto de disposición del otro; ayuda al padre en la imposición de medidas coercitivas; controla el ejercicio de la auto-

ridad paterna, singularmente en la administración del patrimonio de los hijos; puede suspender el ejercicio de tal autoridad y en determinadas circunstancias asigna un Consejero a la madre con patria potestad (v. arts. 1.308, 1.357, 1.402, 1.447, 1.491, 1.631, 1.635, 1.639, 40, 42, 43, 45, 47, 63, 66, 67, 68, 69, 72, 1.676, 1.677 y 1.687 del BGB). En algún caso (art. 1.308), el Tribunal ha de oír a los parientes y afines.

34. El Código civil suizo limita la intervención judicial en las relaciones familiares a las más importantes de carácter personal y principalmente a las causas matrimoniales, revocación de la adopción, oposición del marido a que su mujer ejerza un oficio o profesión (cuestión que se resuelve en interés de la unión conyugal y de la familia), obligaciones conyugales y separación de bienes (véanse artículos 167, 169, 171, 183, 184, 185 y 269 del ZGB).

En los demás casos interviene en la familia suiza la autoridad competente que se determina en la legislación de cada Cantón y en formas variadas; el Consejo municipal que puede delegar en comisiones de tutela; el Presidente del Tribunal de Distrito con dos asesores; una delegación de tres miembros del Consejo municipal comprendido en ellos el Síndico; la Cámara de tutelas constituida por los Jueces de Paz de la localidad; el Juez de Paz y otros organismos tutelares. En algún Cantón y para determinados asuntos, las autoridades tutelares oyen a todos los parientes.

35. En el Código civil portugués de 25 de noviembre de 1966 se encomienda al Tribunal de menores el control del ejercicio de la autoridad paterna. El Tribunal puede consentir el matrimonio del menor cuando estima injustificada la negativa del padre o tutor (artículo 1.612); autoriza a los padres para realizar determinados actos (art. 1.887), y puede privarles de su potestad (art. 1.916). Para las relaciones conyugales, la intervención está reservada a los Tribunales de Justicia; así estos pueden suplir el consentimiento conyugal por negativa injusta o imposibilidad para prestarlo por cualquier causa (art. 1.684); autorizan la enagenación de la dote (art. 1.746); y decretan la separación de bienes, a instancia de la mujer, cuando pelagra la conservación de sus bienes (que administra el marido en el régimen legal) o por la mala administración (art. 1.767).

36. En el Código francés la intervención del Estado en la familia se atribuía exclusivamente a los Tribunales ordinarios, pero varias leyes promulgadas en el presente siglo establecieron jurisdicciones y procedimientos especiales.

La ley de 23 de diciembre de 1958, que modificó los artículos 353 y siguientes del *Code*, atribuye al Juez de menores (*Juge des enfants*) la competencia para proveer medidas de asistencia educativa cuando pelagra la salud, la moralidad o la educación de los menores.

El Juez puede actuar de oficio; dirige una amplia investigación y trata de obtener para sus resoluciones la *adhesión* de la familia. De las resoluciones del Juez de menores puede apelarse ante la Sala del Tribunal de Apelación encargada de los asuntos de los menores, que actúa en Cámara de Consejo.

La Ley de 14 de diciembre de 1964, que modificó los artículos 389 y siguientes del *Code*, coloca bajo el control y vigilancia del juez tutelar (*Juge de tutelles*) la materia que denomina "administración legal de los bienes de menores". La administración se llama "pura y simple" cuando viven los padres del menor y no están separados ni divorciados. Esta administración queda fuera del control del Juez de Tutelas; el administrador ha de obtener el consentimiento del otro cónyuge para todos aquellos actos en los que, según el Código, necesita el tutor la aprobación del Consejo de Familia, y tal consentimiento puede suplirse por el juez de tutelas.

La Ley de 18 de julio de 1965, modificativa del título del *Code* que lleva la rúbrica "Del contrato de matrimonio y de los regímenes matrimoniales" (arts. 1.387 al 1.581), aumenta en extensión la intervención de los Tribunales ordinarios en el régimen económico del matrimonio con medidas de protección para los intereses familiares y para la seguridad de terceros. Así, por ejemplo, el Tribunal ha de autorizar la novación *post nuptias* de los contratos de matrimonio. Por otra parte, los procedimientos son menos rigurosos y pierden en gran parte el carácter contencioso o litigioso. El Estado —ha dicho un comentarista— se convierte en tutor y protector de los esposos negligentes o ignorantes (V. arts. 1.397, 1.426 y 1.429 del *Code*).

37. Aunque el Colegio italiano de 1942 responde en general al sistema tradicional en la materia que nos ocupa, ha recibido las tendencias modernas en varias de sus normas. Así, el artículo 90 establece que, negado el consentimiento paterno para el matrimonio del menor, puede ser autorizado por el Procurador General en el Tribunal de Apelación, habiendo graves motivos; y el Procurador puede nombrar un curador que asista al menor en el otorgamiento de las convenciones matrimoniales. Para colocar en un instituto de corrección al hijo cuya mala conducta no puede corregir el padre, se requiere la autorización del Presidente del Tribunal quien provee por decreto, sin formalidades y sin declarar los motivos. Al juez tutelar se le atribuyen funciones de control y vigilancia de la patria potestad (arts. 318, 320, 321 y 337).

38. El Código civil español sigue la línea de los demás Códigos romanizados y atribuye a los Jueces y Tribunales ordinarios el conocimiento y resolución de las cuestiones familiares y la intervención en la vida normal de la familia (arts. 58, 60, 156, 157, 163, 165, 166, 170, 171, 1.361, 1.441, 1.443 y 1.444). Las modificaciones introducidas por la Ley de 22 de diciembre de 1958, a las que se ha

hecho referencia, revelan la recepción de las tendencias modernas estableciendo dos nuevas intervenciones de los Tribunales de Justicia; la del artículo 1.413 para suplir el consentimiento de la mujer a ciertos actos del marido; y la del artículo 168 que atribuye al juez la facultad de conceder la emancipación a los menores de edad mayores de dieciocho años cuando el padre o la madre supérstite contrae nuevas nupcias.

Los Tribunales tutelares de menores en España, a los que se encomienda la protección jurídica de los menores de dieciséis años “contra el indigno ejercicio del derecho a la guarda y educación”, sólo pueden adoptar en esta materia resoluciones “esencialmente preventivas”. Pero estas pueden consistir en la suspensión o extinción del “derecho de los padres y tutores”; y la materia es de la exclusiva competencia de dichos Tribunales, sin perjuicio de las demás facultades que en orden civil pueden corresponder a los Tribunales ordinarios a tenor de lo dispuesto en el artículo 171 del Código civil (arts. 9 y 13 de la Ley de 11 de junio de 1948).

39. En la elaboración de la Compilación del Derecho civil de Aragón habían de influir necesariamente las ideas expuestas (aunque la materia que había de tratar fuera más bien la de las relaciones familiares patrimoniales). De otra parte, los precedentes históricos y los usos convencionales facilitaban la recepción.

En el Cuerpo general de Fueros y Observancias encontramos textos que responden a varios de los sistemas de intervención en la vida familiar; la de los parientes próximos para consentir determinados actos o negocios jurídicos; la del juez ordinario para autorizar, aprobar u homologar ciertos actos; y la de los parientes, sometida en sus decisiones a la aprobación judicial.

La intervención de los parientes aparece en el Fuero 1.º *De contractibus coniugum* (Huesca, 1247); “Non valebit viro dotis facta remissio ab uxore, nisi de proximorum uxoris consilio fiat istud, scilicet patris, si virus fuerit, et unius alterius; vel si patrem non habuerit, cum aliisduobus. parentibus suis propinquioribus et legalibus”.

La autorización judicial se establece en el Fuero 1.º *De alimentis* que ha sido citada antes y en el Fuero único *Que los menores de veinte años* (Monzón, 1564) que dispone “Que los que fueren menores de edad de veinte años y no fueren casados, no pueden hacer vendiciones, donaciones, posturas, obligaciones ni otros contratos algunos (excepto los capítulos matrimoniales) sino con voluntad de sus padres o del representante de ellos, y en falta de ellos, con consentimiento del Juez del lugar”.

Y la intervención de los parientes con la autoridad del Juez aparece establecida en el Fuero único *De liberationibus* (Zaragoza, 1348); “Statuimos et ordinamus quod de caetero pupilli, qui tutores habuerint, etsis quatuordecimum annum aetatis suae compleverint, tutoribus,

qui tutellas ipsorum gesserunt et bona ipsorum administrarunt, non possint facere quitationem, liberationem, nec absolutionem, nec aliquid alium contractum. Veruntamen dicti pupilli, postquam quatuordecimum annum suae aetatis, attigerint, de consilio duorum bonorum et legalium parentum et proximorum pupilli ex parte illa unde bona descendunt, et cum autoritate Iudicis, id facere et non alias possint”.

Junto a estos precedentes legales, los usos convencionales del Pirineo y de los Somontanos de Aragón nos ofrecen la institución de la Junta de parientes establecida en capitulaciones matrimoniales con facultades amplias, como órgano de fiducia sucesoria y como Tribunal familiar.

40. Con estos antecedentes, la Compilación aragonesa ha establecido la intervención de la autoridad judicial en la familia en pocas normas y ha ordenado la Junta de Parientes como institución legal con los caracteres de órgano de fiducia sucesoria y Tribunal familiar.

La intervención judicial está ordenada para los siguientes actos:

a) *Autorización* al representante legal del menor para rechazar cualquier atribución gratuita en favor de este (art. 14-2).

b) Para privar al cónyuge administrador, *por resolución judicial*, en procedimiento sumario, de las facultades que le conceden los artículos 48 y 49, si en su ejercicio incurriese en culpa grave o negligencia habitual con notorio perjuicio de los intereses familiares (artículo 59).

c) Para resolver sobre la administración provisional de los bienes de la comunidad conyugal disuelta, por causa distinta de la de muerte, cuando no hubiera cónyuge inocente o lo fueren ambos (artículo 54).

d) Para suplir el *consentimiento* de los menores partícipes en los actos de disposición a título oneroso de los bienes de la comunidad conyugal continuada (art. 67).

La mayor intervención en la vida familiar corresponde a la Junta de parientes y ha sido establecida en los siguientes casos:

a) Para asistir al menor de edad, mayor de catorce años, en los actos y contratos que celebre, en defecto de padre, madre o tutor (5-1).

b) Para prestar su asentimiento a la enajenación de la dote en los casos y circunstancias previstos en el artículo 31 y para suplir a los padres de la mujer.

c) Para aprobar los actos de disposición voluntaria de inmuebles y establecimientos mercantiles por el cónyuge administrador en defecto del consentimiento del otro cónyuge (art. 51).

d) Para dar su parecer sobre el cumplimiento por el favorecido de las condiciones y cargas que le impusiere el disponente (art. 103).

e) Para fijar la dote de los hijos no heredados cuando no estén de acuerdo con los herederos (art. 109).

f) Para asistir al menor de veintiún años y prestar su asentimiento y aprobar los asuntos de administración de sus bienes (artículo 6).

g) Para autorizar los actos de disposición de bienes raíces, negocios mercantiles o industriales, valores mobiliarios u objetos preciosos del menor de catorce años (art. 13).

h) Para decidir sobre las indicaciones o advertencias que los nudo propietarios hiciesen al titular del usufructo viudal sobre la administración y explotación de los bienes (art. 85).

i) Para asistir a los menores en el otorgamiento de sus capítulos matrimoniales, supliendo la asistencia del padre, madre o tutor (artículo 27)

En los casos *a, b, c, d y e* la competencia está atribuida solamente a la Junta de parientes. También se le atribuía en el anteproyecto de la Comisión de jurisprudencia aragoneses en los demás casos, *f, g, h, i*. La Comisión de Codificación atribuyó también a la autoridad judicial, en forma indistinta con la Junta de parientes, el conocimiento del caso *g*, y la Comisión de Justicia de las Cortes hizo lo mismo para los casos *f, h e i*. Parece ser que el fundamento de establecer dos jurisdicciones tan distintas para unos mismos asuntos era la consideración de que la Junta de parientes es institución desconocida fuera de las comarcas altoaragonesas. La dificultad de adaptación a otras comarcas y la resistencia de los parientes llamados a constituir las Juntas se habían previsto en el Proyecto y se resolvieron en una forma que ha pasado a la Compilación con alguna variante. Decía el artículo 21-(4) del Proyecto: "En los casos en que sin precepto expreso de la Compilación algún asunto haya de someterse a la Junta de parientes y, subsidiariamente, a la autoridad judicial, transcurrido un mes desde que fue instada la constitución de la Junta sin que se haya conseguido o sin haber obtenido acuerdo, se podrá optar por acudir a la decisión judicial." El artículo 21-(4) de la Compilación recibe la solución del Proyecto refiriéndola a los asuntos que hayan de someterse *indistintamente* a la Junta de parientes o a la autoridad judicial.

La modificación del sistema de dos jurisdicciones, una como principal y otra subsidiaria, por el de la competencia indistinta, es grave porque establece a favor del promotor el privilegio de la opción, rompiendo así el principio de igualdad entre las partes que es fundamental en todo proceso.

Aun sometido el asunto o la cuestión a la Junta de parientes, puede actuar la autoridad judicial: para ordenar la constitución de la Junta (art. 21-1); para resolver el empate entre los parientes (el párroco en la comarca donde así se acostumbre, y el juez municipal, comarcal o de paz en los demás o persona de la familia en que delegue) (artículo 26-3); para decidir en todos los demás casos en que no se llegue a un acuerdo (art. 20-4); y en un solo caso (art. 85), para resolver en apelación de los acuerdos de la Junta.

La competencia de la Junta de parientes es muy extensa; además de la que le atribuyen las disposiciones de la Compilación, puede ser llamada, *por costumbre o acto jurídico*, para intervenir en asuntos familiares o sucesorios no sujetos a normas imperativas, es decir, aquellos que no se comprenden en lo que se ha llamado régimen primario de la familia.

En cuanto al procedimiento, es de observar que el judicial es, en general, el llamado de jurisdicción voluntaria, en el que el funcionario judicial interpone su autoridad o aprueba, consiente u homologa determinados actos. La única forma contenciosa parece ser la referida en el artículo 50; y en este caso se habla de procedimiento sumario. La manera de proceder de la Junta de parientes es sencilla, libre de formas; los acuerdos son tomados conforme al leal saber y entender de los parientes, reunidos sin previa constitución formal y asistidos por un notario. No se da recurso alguno contra la decisión de la Junta, con la excepción antes apuntada (art. 121). La Compilación no ha recogido las siguientes normas del anteproyecto redactado por la Comisión de jurisconsultos aragoneses: "A los vicios materiales en las decisiones de la Junta se aplicará la regulación de los contratos en el Código civil." "Los defectos formales en la constitución o funcionamiento de aquélla, que no sean de mero trámite, acarrearán la nulidad absoluta de sus acuerdos."

El Derecho de familia en la nueva Compilación aragonesa

JOSE LUIS LACRUZ BERDEJO
Catedrático de Derecho civil

SUMARIO: Preliminar.—Relaciones entre ascendientes y descendientes.—La tutela.—Régimen matrimonial paccionado.—Activo de la comunidad legal.—La exclusión legal de los muebles y valores indenticables.—Pasivo de la comunidad legal.—Gestión y liquidación.—La comunidad legal continuada.—La viudedad foral.

PRELIMINAR

El presente trabajo ha sido, primero, una disertación proferida en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos en mayo de 1967. Antes de entrar en materia hice en ella un par de observaciones de orden más general.

La primera, que la Compilación es, fundamental y originariamente, obra de un Seminario de estudiosos del Derecho foral. En la Exposición de motivos tuvieron sus redactores la atención, poco frecuente en estos casos, de mencionar el anteproyecto articulado que redactó el Seminario. Pero con un pequeño lapsus, pues dice aquélla que “funcionó dicho Seminario durante muchos meses en el seno de la entidad” “Consejo de estudios de Derecho aragonés”, y al lector desapercibido podría pasarle por alto que esos meses se aproximan al centenar, es decir, que el Seminario estuvo trabajando durante ocho años.

En líneas generales, puede decirse que el anteproyecto redactado por él presenta notables semejanzas con la Compilación; es decir, que no ha sido modificado sustancialmente. Sufrió numerosas variaciones de fondo, casi siempre en cuestiones de detalle, y frecuentemente cambios de redacción, dentro de la Comisión aragonesa; algunas modificaciones de fondo y de técnica, y bastantes más de forma, en busca de mayor concisión y corrección de lenguaje (lo que se consiguió en muchos casos), en la Sección especial de la Comisión de codificación; escasísimas, y no todas felices, en las Cortes Españolas. Volveré sobre esto al comentar algunos preceptos.

Una segunda advertencia se refiere al procedimiento de elaboración legislativa del cuerpo legal aragonés. Siempre me ha parecido que leyes

que exclusivamente van a gobernar un territorio foral no deben ser redactadas, en última instancia, en Madrid, y considero que el procedimiento adecuado hubiera sido actuar la Comisión de codificación exclusivamente en función de colaboración, asesoramiento y consulta, para hacer observaciones y rectificaciones que condicionasen la elevación del proyecto a otras instancias, pero conservando la Comisión aragonesa, frente a la posibilidad de la madrileña de cerrar el paso al proyecto aragonés, por lo menos idéntica facultad en relación al madrileño. Las mismas reflexiones me sugiere la fase legislativa del proyecto. Con todas sus dificultades, debió arbitrarse algún procedimiento que, de una parte, permitiera preponderar en materias técnicas al elemento técnico sobre el político, y de otra, diera una audiencia más cualificada a Aragón.

De hecho, algo de esto ocurrió tras la cortina, y sin obligación alguna por parte de los organismos centrales: la Sección especial, oficiosamente, tuvo la gentileza de comunicar sus modificaciones al proyecto aragonés, conforme se iban produciendo (y luego la primera redacción de su proyecto entero), a los juristas aragoneses que más intensamente habían intervenido en su redacción, estudiando con detenimiento sus observaciones, que al efecto se policopiaron y repartieron entre los vocales de aquélla. Y en las Cortes, los foralistas encontramos amplísima y afectuosa audiencia entre los procuradores que formaban parte de la Comisión. Pero todo esto, por supuesto, privadamente: con arreglo a los textos legales, tanto la Comisión de codificación como las Cortes hubieran podido imponer a Aragón un Código nuevo y totalmente distinto del proyectado por él. Dicho esto, entro en la materia propia de mi trabajo.

RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES

La regulación de las relaciones entre ascendientes y descendientes en el Derecho aragonés y el castellano presentan una divergencia aparente y otra real. Aparente, la existencia en el Derecho aragonés del principio foral "por costumbre del Reino no tenemos patria potestad", rechazando una institución romana que tampoco existe en el Código civil. Diferencia real en la estructura técnica y consecuencias prácticas de la regulación de las relaciones entre ascendientes y descendientes: como dice la Memoria redactada por el Seminario de la Comisión compiladora, "prescindiendo de la debatida cuestión acerca de si las normas del Derecho aragonés integran o no un Derecho de excepción, estimamos que... las particularidades que la autoridad familiar reviste en Aragón afectan fundamentalmente a los grandes principios que informan la institución entera —distinción clara entre relaciones personales y patrimoniales, autoridad conjunta, desconocimiento de la doctrina de los peculios— enlazados por otros principios, también generales, de otras instituciones del Derecho de familia".

La primera regulación que, aprobada en abril de 1948, elaboró por sí la Comisión compiladora, atendía más al "color local" y a la divergencia aparente. El artículo introductorio en tema de relaciones entre ascendientes y descendientes comenzaba diciendo: "en Aragón no existe la patria potestad sino como ejercicio de la natural y cristiana facultad y deber de los padres de cuidar a sus hijos". La infecundidad normativa de este párrafo es patente: en sí, nada añade al Código civil. Creado el Seminario en 1953 con encargo de redactar todo el proyecto, e incluso aquellas partes que habían sido ya aprobadas, partió de bases muy distintas. Lo que el Código civil llama patria potestad, existe en Aragón. Pero existe de una manera diferente, y era esa manera diferente la que se había de reflejar en las normas.

El proyecto del Seminario, que ha pasado casi íntegro a la Compilación, se fundó en distinguir:

a) De una parte, la autoridad familiar, que puede ser desempeñada por varias personas, colegial o alternativamente, dada su diversificación funcional. La autoridad familiar se refiere exclusivamente a la persona del menor, sin que represente ningún acceso a sus bienes.

b) En segundo lugar, como concepto heterogéneo y separado, la administración de los bienes del menor, no demasiado distinta de la tutela: en realidad, históricamente, forma de tutela *ad bona* ejercitada por el padre o la madre, pero que también podría corresponder a otras personas, de modo que quien se encuentra bajo la autoridad familiar de sus padres puede tener un tutor o administrador respecto de ciertos bienes. La administración de bienes dura hasta los catorce años: después, sólo si el menor de veintiuno no vive independientemente de sus padres, y con las limitaciones derivadas de ser él, y no su padre, quien celebra los contratos que exceden de la mera gestión.

c) Finalmente, como algo distinto de la autoridad familiar y la administración de los bienes, aunque relacionado con ambas, la representación del menor. La representación, como la gestión patrimonial, no se atribuye colegialmente, ni puede ser incumbencia del padre y la madre a la vez, o incluso de los abuelos: han de ser el padre, o la madre, o el tutor, quienes representen al hijo o huérfano que aún no actúa por sí. Por otra parte, la representación, tal como se regula en el artículo 14, es un concepto residual, pues la propia administración, en cuanto conduzca a la celebración de contratos que obliguen al menor, entraña, evidentemente, también representación suya. A su vez, la representación puede referirse lo mismo a incumbencias personales que patrimoniales; en cualquier caso, al explicitar la actuación *erga omnes* del menor, es completamente distinta de la autoridad familiar, que supone siempre relación personal entre aquél y la persona que sobre él tiene autoridad.

La triple distinción trasciende al sistema del título segundo del libro primero de la Compilación, destinándose a cada uno de estos tres aspectos o relaciones entre ascendientes y descendientes sendos capítulos.

A las relaciones personales se refieren los artículos 9 y 10. Ha de observarse, en el 9, su formulación intencionadamente omisiva de la observancia segunda *ne pater vel mater pro filio teneatur*. Además, empieza por señalar claramente el aspecto de función que tiene la posición del progenitor frente al hijo: el deber es lo primero, la autoridad corresponde a los padres exclusivamente en función del deber: en tanto en cuanto. Tal se quiere expresar con el término “adecuada”, aplicado a la autoridad: ha de adecuarse al deber de crianza y educación y, por consiguiente, al que, en este aspecto, corresponde a cada uno de los cónyuges.

El texto del precepto es este:

El deber de crianza y educación de los hijos menores, así como la adecuada autoridad familiar para cumplirlo, corresponde a sus padres, conjunta o separadamente según los usos sociales y familiares. En caso de divergencia en el ejercicio de dicha autoridad, decidirá el padre.

La frase “según los usos sociales y familiares” parece que se refiere más bien (tal es la versión de su autor, el notario PALÁ MEDIANO) a la discriminación de los casos en que la autoridad corresponde a los padres conjuntamente o por separado.

La atribución conjunta de la autoridad familiar no es una novedad de la Compilación. De hecho, no existiendo en Aragón la patria potestad en épocas en que se admitía en los Derechos o territorios que recibieron el *Corpus iuris civilis*, la concurrencia de ambos padres al cuidado del hijo, con la correspondiente autoridad (mucho mayor y decisoria en el varón), era, a falta de regla expresa, costumbre evidente y, sobre todo, norma de Derecho natural. VIDIELLA observa además, en relación al Derecho escrito, cómo algunos textos atribuyen a la esposa funciones propias de la autoridad paterna, cual el derecho a que los hijos estén en su compañía (observancia segunda *De tutoribus*), o el de tener a los hijos estando separados los padres, si así lo decide el arbitrio judicial (LISSA), amén del deber de alimentar a sus hijos o el derecho a nombrarles tutor testamentario, etc. No son muy expresivos estos lugares, pero, en cualquier caso, resulta clara la mayor adaptación del nuevo texto al espíritu del Derecho aragonés, frente al anterior Apéndice foral.

Suprimió la Comisión de codificación un artículo del proyecto aragonés con arreglo al cual “la autoridad familiar afecta a la persona del menor, y se rige por lo dispuesto en esta compilación y, subsidiariamente, por lo ordenado para la patria potestad en los artículos 155 a 158 y 169 a 171 del Código civil”. El precepto tenía por misión subrayar el carácter estrictamente personal de la autoridad familiar y relacionarla con la potestad personal del Código: posiblemente, no era indispensable, y, desde luego, al haberlo suprimido no varía en nada la regulación vigente, ni en cuanto al carácter personalísimo de la autoridad familiar ni en cuanto a la posibilidad de remitirse a los citados artículos del Código.

Que las relaciones personales entre padres e hijos sean semejantes en el Código civil y en la Compilación no quiere decir que el instrumento técnico de tales relaciones sea el mismo. En el Código forman parte de un deber unitario, abarcando personas y bienes, denominado, por reminiscencias romanas, patria potestad. En la Compilación la autonomía del concepto de autoridad familiar permite con mayor facilidad, del mismo modo que su atribución, su participación. Tal es lo que ocurre en el artículo 10-1: *fallecidos los padres, o privados judicialmente de la autoridad familiar o de su ejercicio, o no atendiendo de hecho a sus hijos menores, los abuelos pueden tenerlos consigo y criarlos, y entonces asumiendo a tales fines la correspondiente autoridad.* La Comisión concebía esto como una participación del abuelo en la autoridad familiar, sin constitución de organismo tutelar alguno y, por consiguiente, quedando o no algún resto en el padre según dispusieran los Tribunales o reclamasen las circunstancias. Es de suponer, con todo, que careciendo los abuelos de poderes patrimoniales, la administración de los bienes en los supuestos de privación de la autoridad familiar de los padres requerirá el establecimiento de la tutela, que con arreglo al artículo 211 C. c. recaerá en los abuelos, aunque no necesariamente en el que tiene consigo a los nietos. En este aspecto era superior el proyecto del Seminario que, al deferir la tutela, no por la ley sino por el Consejo de parientes, facilitaba la reunión, en una misma persona, de la autoridad personal y la patrimonial.

En cuanto a los bienes, la Compilación mantiene el sistema clásico-aragonés de atribución de la plena propiedad al menor, cuyos *gastos de crianza y de educación podrán, no obstante, ser atendidos con los frutos de tales bienes* (art. 11-2). Está claro que no se trata aquí de un usufructo, sino de una particular aplicación de los frutos propiedad del menor.

La administración y disposición de los bienes de los menores se configura en el Derecho histórico, al parecer, como una especie de tutela. Ello era más aparente cuando había fallecido uno de los padres: el fuero tercero *De tutoribus* habla de la "mujer dejada tutora de sus hijos en testamento o codicilo de su marido" y del "marido dejado tutor de sus hijos en el testamento o codicilo de su mujer". La observancia tercera del mismo título confirma este criterio, y habla de tutores curadores nombrados por el juez, viviendo el padre o madre viudos. En realidad, aun viviendo ambos padres, la administración es siempre una tutela, pero las normas aragonesas previeron singularmente el caso de los huérfanos de padre o madre porque si el cónyuge premuerto no había nombrado al sobreviviente tutor de los hijos comunes, los bienes heredados de dicho premuerto no serían administrados por el sobreviviente, sino por parientes de la misma rama de donde proceden. El Seminario no llegó a tanto, atribuyendo, en vida de ambos padres, a cada una, respectivamente, la administración de los bienes de abolorio paterno o materno recibidos por el hijo,

pero dejando al sobreviviente, salvo disposición en contrario del pre-muerto, la administración general. La Compilación da un paso más y atribuye la administración de todos los bienes al padre, y, en su defecto, a la madre: es decir, crea —contra el Derecho aragonés antiguo— una administración única, salvo que *haya ordenado otra cosa quien transmitió los bienes por título lucrativo*. En todo caso, la administración o la disposición nunca son conjuntas.

LA TUTELA

Es este, acaso, el punto donde mayores variaciones ha sufrido el proyecto del Seminario hasta llegar a la Compilación.

Se partió, en la redacción del primitivo anteproyecto, de los antecedentes históricos. Con arreglo a ellos, la tutela era únicamente dativa y testamentaria, pues la observancia 9 *De tutoribus* establecía que nadie fuera admitido como tutor si no estaba designado por el Juez o el testador; podían coexistir la tutela o tuteladas con la patria potestad, según evidentemente se desprende del fuero 3 *De tutoribus* (Calatayud, 1461) antes citado; aquélla tenía carácter troncal, tal que el Juez designaba tutor al pariente de donde los bienes que habían de ser administrados descendían (fuero 4.º *De tutoribus*, Monzón, 1533); consiguientemente, cabía una pluralidad de tutores, y así se hace patente en la observancia primera *De tutoribus*: muerto el marido o la mujer, se da tutor a los hijos menores, por razón de los bienes que tienen por parte del padre o madre difuntos, de la parte de donde los bienes proceden y provienen; y si ambos cónyuges fallecen, quedarán dos tutores, uno por parte de padre de los bienes paternos y otro de madre en los maternos. Contenía, además, el Derecho aragonés, algunas precisiones en cuanto al ejercicio de la tutela: obligación de inventario y de jurar conducirse bien y legalmente en su ejercicio; posibilidad de remover al tutor que administra mal, etc.

El proyecto del Seminario, cuya redacción se conservó en la primera revisión de la Comisión aragonesa (1962), se atuvo a la línea histórica, con algunas modificaciones exigidas por el paso del tiempo y, en parte, implícitas en los textos tradicionales. Así, tras una sección de normas comunes a toda tutela, separó cuidadosamente la de la persona y la de los bienes, en sendas secciones, segunda y tercera.

a) En general, distinguía entre la delación de la tutela de los menores y la de los incapacitados. Aquélla se deferiría solamente, ya en instrumento público o testamento, ya “por el Consejo de parientes, quien designará al tutor atendiendo conjuntamente al parentesco, al mayor interés respecto de la persona del pupilo y a la mayor idoneidad para la administración de los bienes”. La de los incapacitados se defiere, además, por la ley.

Siendo el protutor un elemento extraño al Derecho aragonés (y al castellano), el proyecto lo suprimió, salvo que fuera establecido en el testamento u otro documento público.

b) En cuanto a la tutela de la persona, el tutor es único. Para los menores, será nombrado por el padre, la madre o el Consejo de parientes: quedaba eliminada, así, lo mismo la tutela legal que la dativa nombrada por el Juez; pero, además, resultaba imposible el nombramiento de tutor de la persona por el mero hecho de dejarle en testamento un pariente o extraño legado o manda de importancia (o institución de heredero). La diferencia con el Derecho histórico consistía, simplemente, en la sustitución del Juez por el Consejo de parientes.

Mas, tratándose de un incapacitado, el Seminario creyó conveniente y justificado cambiar el antiguo sistema aragonés y aproximarse al del Código civil, mas no al que resulta de la interpretación más comúnmente aceptada, sino a la que preconiza el profesor DE CASTRO, mucho más ajustada y práctica. En consecuencia, la tutela de la persona del incapacitado incumbiría, en primer lugar, al cónyuge, y subsidiariamente, a quien, de ser menor, tendría autoridad familiar sobre él (incluidos los abuelos), y sólo en defecto de todos ellos se acudiría a la tutela testamentaria o dativa. La tutela legal, excluida para los menores, se proclama preferente para los incapacitados. Y la tutela voluntaria puede ser establecida no sólo en testamento, sino también en cualquier instrumento público.

c) En sección independiente se regulaba la tutela de los bienes, estableciendo la compatibilidad de varias, según la procedencia de aquéllos. La tutela de los bienes adquiridos por herencia o donación incumbiría a la persona designada por el transmitente o a parientes troncales (los padres, en primer lugar, respecto de los bienes de su línea, y, en su defecto, al pariente troncal elegido por el Consejo de parientes), mientras la tutela de los bienes no troncales correspondería al tutor de la persona.

d) Finalmente, el proyecto sustituía el Consejo de familia por el de parientes, aun cuando adaptado a la regulación del Código para aquél. Y, redactado antes de 1958, permitía ser tutora a la mujer.

Este sistema, muy de acuerdo con el Derecho tradicional, pero, además, articulado con gran rigor lógico, quedó casi suprimido en la segunda lectura del proyecto aragonés. En ella —y en la Compilación— el sistema de delación de la tutela es el mismo del Código, con la salvedad de ser válida la deferida por cualquier instrumento público (art. 15), y de elegir el Consejo de familia al tutor más idóneo cuando se hayan designado varios para un mismo menor por distintas personas: como se ve, ya no hay delación por el Consejo, sino elección de entre varios tutores nombrados. Cuando haya uno sólo, el Consejo de familia no puede intervenir y, por tanto, continúa la anomalía de poder nombrar tutor a un menor, para todos sus bienes y su persona, quien le instituye heredero o le hace legado de importancia. Ahora, consiguientemente, la pluralidad de tutores ha sido sustituida por una pluralidad de administradores, y sólo para el caso de haber varios tutores designados, por padres y donantes. Persiste, con

todo, la supresión, en principio, del protutor. Y se restituye el Consejo de familia del Código, si bien la designación de vocales puede hacerse en testamento u otro documento público (art. 19), teniendo preferencia para formar parte de él quienes, en su caso, integrarían la Junta de parientes (ídem).

RÉGIMEN MATRIMONIAL PACCIONADO

Antes de este epígrafe, la Compilación contiene un artículo 23 procedente del Apéndice y no contenido en el proyecto aragonés salvo en mínima parte. Establece que *el régimen económico del matrimonio se ordenará por las capitulaciones que se otorguen y los pactos que se celebren acerca de los bienes, así presentes como futuros, sin otras limitaciones que las que resulten preceptuadas en esta Compilación*. Posiblemente las palabras “que se otorguen y los pactos que se celebren acerca de los bienes, así presentes como futuros”, podrían haberse suprimido, puesto que carecen de virtualidad normativa: todo lo que dicen está ya en otros lugares de la Compilación. El resto del precepto cumple una misión que seguramente escapó a la intención de sus autores, y que desempeñaba anteriormente el artículo 59 del Apéndice, mientras en el proyecto aragonés estaba cumplida con la admisión, más amplia, en el artículo 3.º, del principio *standum est chartae*. A saber, la de eliminar con seguridad, para Aragón, la vigencia del artículo 1.317 del Código civil, el cual impera sólo en los territorios de Derecho común, y para los restantes sólo en cuanto pueda ser invocado como supletorio. No podría ser así en la Compilación, al tratarse de una limitación no prevista en el cuerpo legal aragonés. Por lo demás, el contenido del artículo 23 está reiterado en el 25.

Dispone el segundo párrafo de dicho artículo 23 que *en defecto de tales capitulaciones y pactos o para completarlos, en tanto lo permita su respectiva naturaleza, se estará a lo dispuesto en el capítulo III de este título*. Nuevamente esta segunda parte es reiteración, en parte, del artículo 36. El resto se entiende mejor a la luz del § 2.º del artículo 98 del proyecto aragonés: “Estos preceptos (se refiere a los del régimen matrimonial legal) serán supletorios del régimen establecido en capitulaciones, en tanto sean conciliables con la naturaleza y espíritu del mismo.” Quiere decirse que las normas del régimen legal no son indiscriminadamente aplicables a las lagunas de cualquier otro régimen, como podría ser uno de separación o de participación en las ganancias, sino que es preciso examinar cada una, y ver si es adaptable, en sí, al régimen paccionado para el que se invoca.

Los artículos 25 a 35 figuran bajo un epígrafe general “del régimen matrimonial paccionado”. Constituyen un *totum revolutum* compuesto por normas relativas a los capítulos matrimoniales, las apor-

taciones, y algunas instituciones consuetudinarias familiares, que merecerían capítulos independientes; particularmente estas últimas, que no siempre son de régimen matrimonial. Pero aun las aportaciones y los capítulos, sólo en sentido muy lato caben bajo un epígrafe como el indicado, pues no son un "régimen", sino, los capítulos, el instrumento para establecer uno cualquiera (o ninguno, si se conforman con el régimen legal y se limitan a las dotes y donaciones, o pactos sucesorios); menos representan un régimen las aportaciones, que pueden ser compatibles con cualquiera y no constituyen reglas para gobernar la economía de un matrimonio. Además, con el enunciado en cuestión, puede llegarse a creer que existe un "régimen de pacto", cuando lo que hay es el pacto de uno o de otro régimen. Quiero decir que cuando se habla corrientemente de "régimen paccionado" y régimen legal, se apunta, más que a unos contenidos, a unas fuentes de originación de las normas que compondrán el estatuto económico del matrimonio. En cualquier caso, yo no veo homogeneidad suficiente entre capitulaciones, aportaciones y modalidades consuetudinarias para figurar juntas bajo un mismo epígrafe. Con mejor criterio, a mi entender, el proyecto aragonés distinguía, de una parte, un capítulo destinado a las capitulaciones matrimoniales; luego otro destinado a los bienes de la mujer, dote y firma de dote; y, finalmente, en un título distinto y alejado, tras el Derecho familiar y el sucesorio, contenía "disposiciones interpretativas y limitativas de algunas instituciones consuetudinarias", y entre ellas los tres últimos artículos de este epígrafe, con notable variación en alguno de ellos.

El artículo 25-2 suprime las capitulaciones en forma distinta de la escritura pública y, por tanto, hace inaplicable en Aragón el artículo 1.324 del Código.

El artículo correspondiente del proyecto aragonés establecía, además, taxativamente, que las estipulaciones capitulares pueden someterse a término o condición. La supresión de este párrafo sin duda obedece a considerarlo la Comisión madrileña innecesario (seguramente con razón), dada la posibilidad de capitular después del matrimonio y con efecto retroactivo que proclama el artículo 23. El otorgamiento postmatrimonial estaba permitido expresamente por el Apéndice; la retroactividad, en cambio, era antes materia discutible: yo me pronuncié por la solución afirmativa en trabajo publicado en la *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, hace algunos años.

El artículo 28 introduce, en tema de novación de capítulos, una aclaración realmente precisa. El artículo 58 del derogado Apéndice exigía, para novar capitulaciones otorgadas antes del matrimonio concurriendo los padres o ascendientes de los cónyuges, la asistencia y conformidad de aquéllos mientras vivan, y aun la de dos parientes si no iban transcurridos veinte años desde el casamiento, planteándose la duda de si la inasistencia de tales progenitores —que podía acaecer, incluso, por descuido— anulaba todo lo pactado en los nuevos capítulos en contra de los antiguos. Piénsese que, mediante una pequeña

donación, parecían quedar los concurrentes a los capítulos facultados para impedir, por ejemplo, una conveniente modificación del régimen matrimonial. El artículo 28 aclara que la concurrencia de los ascendientes sólo se requiere en cuanto la novación afecte a los bienes y derechos recibidos, los cuales quedarán, por tanto, indemnes de esta, pero no los restantes bienes.

Conscientemente, la Comisión aragonesa, a iniciativa del Seminario, había omitido cualquier regla sobre los conocidos pactos de "muebles por sitios" o "sitios por muebles", entendiéndose que ambos eran lícitos al amparo de la libertad de capitular. La Comisión de codificación ha reintroducido una norma parecida a la que contenía el Apéndice: en el artículo 29 establece que *serán válidos aquellos pactos y declaraciones consignados en escritura pública, aun fuera de capítulos, por los cuales, a efectos de extender o restringir la comunidad, ambos cónyuges atribuyan a bienes muebles la condición de sitios, o a éstos la de muebles*. El precepto no estorba, si bien, según me parece, sin él seguiría pudiendo hacerse lo mismo. Nótese, por lo demás, que los pactos referidos, consignados en escritura pública, corrientemente convertirán a esa escritura en capítulo matrimonial, puesto que en ella se establecen reglas para la economía del matrimonio, o se modifican, en general o en un caso singular, las ya existentes.

Por su redacción, el precepto parece dirigido a la exclusión o inclusión singular de bienes muebles o inmuebles; mas por su contenido, está pensado sobre todo para la general. Son dos supuestos bastante diferentes. Las cláusulas generales de exclusión de todos los bienes muebles o inclusión de los inmuebles, al desfigurar definitivamente la composición del activo de la comunidad, crean regímenes diversos del legal: en un caso, la comunidad reducida a las ganancias, y en el otro, la comunidad universal. Consiguientemente, no sólo modifican el activo, sino también el pasivo, ya que el equilibrio entre las deudas privativas y las comunes trazado por la Compilación para el régimen legal se ha calculado en función de la composición de las masas privativas y común. Naturalmente, me refiero a la exclusión o inclusión generales y recíprocas, pues si es unilateral, se produce un régimen *sui generis*, cuyas consecuencias, bastante complejas, no podría calcular aquí sin extenderme más de lo previsto.

Al menos, el precepto introducido por la Comisión de codificación no ha incidido en las complicaciones que, en el artículo 48 del derogado Apéndice, nacían de la distinción entre los bienes muebles aportados como inmuebles y los asegurados con hipoteca.

La aportación singular parece posible, al amparo del principio de autonomía de la voluntad; de la libertad de donaciones entre cónyuges y del artículo 38-3.º, fuera de los términos del artículo 29.

La aportación de concretos bienes muebles como sitios equipara los bienes aportados a los enumerados en el artículo 39: dada la facultad de administración del marido (art. 49), tales bienes deberán

seguir el régimen de la dote mobiliaria, al menos cuando se hallen confundidos con los comunes.

Probablemente, la aportación de cualquier bien inmueble como mueble por un cónyuge, obliga a éste a garantizar a la comunidad el saneamiento en caso de evicción, si la aportación ha tenido lugar, anteriormente al matrimonio, en capítulos, o posteriormente mediante concesiones correspectivas del otro cónyuge (la aportación general de bienes sitios como muebles, en cambio, no obliga a prestar garantía). La movilización puede referirse, como en el Derecho francés hasta su reciente reforma, no sólo a uno o varios inmuebles singulares, cuya propiedad pasa a la masa común, sino también a partes alícuotas de los mismos, o incluso a la aportación de una cantidad sobre un inmueble, es decir, su movilización sólo hasta la concurrencia de una determinada suma.

Los muebles aportados por sitios quedan, en cuanto a los aumentos y disminuciones, a riesgo del cónyuge propietario, y no pueden ser enajenados por el marido sin el consentimiento de la mujer. Los acreedores del marido y de la comunidad no pueden expropiar los muebles de la mujer aportados como sitios, pudiendo ésta interponer tercería de dominio si lo intentasen.

Es también inútil —aunque no daña— el artículo 30, que reconoce al marido la facultad de otorgar firma de dote a su mujer, cosa evidente. El proyecto aragonés era de tenor distinto: definía la firma de dote, a fin de delimitar la masa de bienes que iba después a sujetarse a determinadas consecuencias: concretamente sólo debía hacerse efectiva en la proporción en que el cónyuge asignante (generalmente el marido) había recibido la dote. Suprimida esta particularidad, acaso hubiera sido preferible suprimir la expresión *firma de dote*, ya que, en definitiva, ninguna diferencia queda entre ella y cualquier otra dote del marido: la actual regulación del artículo 31, apartados 2 y 3; el 32, y los 129 y 131, se refiere a un instituto unitario (*dote o firma de dote*), dentro del cuál no se establece distinción alguna según la aportación del marido corresponda o no a otra de la mujer o tenga lugar antes o después del matrimonio. En realidad, con la regulación de la Comisión de codificación se ha vuelto al régimen establecido por los fueros para las arras, antes de que apareciera la institución del *excreix* (en la época de las observancias), que más tarde se llamó “firma de dote”.

Por lo demás, y aun suprimiendo la correspectividad que establecía la Comisión aragonesa, de acuerdo con las observancias, entre la obligación de satisfacer la firma de dote y la de entregar la mujer la dote, la Compilación ha dado a la dote del marido una individualidad que no tenía en el Apéndice, repristinando diversos preceptos del Derecho tradicional. El más importante de todos, el apartado 3.º del artículo 31: *Habiendo descendientes comunes, éstos heredarán, con independencia de la legítima, los bienes recibidos por la mujer como dote o firma de dote asignada por el marido. La mujer*

podrá disponer de estos bienes a su arbitrio entre aquéllos. Según se ve, se ha creado aquí una especie de legítima adicional; no es esto ninguna novedad en el Derecho aragonés, sino expresión del destino de las arras a los hijos, y especialmente las de la mujer noble, en los más antiguos fueros. Las observancias insisten en que, caso de haber instrumento de firma de dote, los hijos, muerta la madre, pueden pedir que se les asigne, aun cuando no se hubiesen especificado los bienes en que hubiera de consistir (observancia 3 *De iure dotium*); más clara, la número 52 del mismo título, explica cómo las arras, muerto el marido, van a la mujer, quien en ellas tiene viudedad, señal indiscutible de que están, en definitiva, destinadas a los hijos, caso de haberlos. La observancia previene esto para el caso de segundo matrimonio de la viuda, pero evidentemente ocurre lo mismo si fallece sin casarse de nuevo. Por lo demás, del sentido general de los textos aragoneses aparece bastante claro que la mujer no podía disponer de las arras, habiendo hijos, en favor de extraños.

La dote del marido pasa a los hijos con independencia de la restante legítima, y asimismo con independencia de la institución de heredero: como un patrimonio que les está indefectiblemente destinado. No valdría cualquier disposición en contrario de la mujer dotada. Como adquisición singular, es independiente de las deudas de la esposa causante, mientras haya bienes con que pagarlas: no habiéndolos, la solución más equitativa es considerar afecta la masa al pago de las deudas domésticas.

EL ACTIVO DE LA COMUNIDAD LEGAL

Según el artículo 37 de la Compilación, *constituyen el patrimonio común:*

Primero.—Los bienes inmuebles o sitios adquiridos a título oneroso constante matrimonio por cualquiera de los cónyuges a costa del caudal común.

Segundo.—Los bienes que los cónyuges obtienen, de su trabajo o actividad.

Tercero.—Los frutos, desde que aperecen o se devengan, de los bienes, tanto comunes como privativos.

Cuarto.—En general, los bienes muebles, salvo lo previsto en los artículos siguientes.

La redacción del proyecto aragonés se iniciaba diciendo que “ingresan en el patrimonio común” los bienes enumerados en los apartados 2, 3 y 4. Intencionadamente omitió nuestro proyecto la calificación, como consorciales, de los bienes inmuebles adquiridos a título oneroso por los cónyuges constante matrimonio, completamente innecesaria desde el momento en que, de una parte, se admite el principio de subrogación (en el cual, evidentemente, se hallan inclui-

dos tales bienes adquiridos con otros comunes), y, sobre todo, porque si, conforme al artículo 40-2, la adquisición de bienes de cualquier clase a título oneroso constante matrimonio, se consideraba hecha a costa del caudal común, era el cónyuge que afirmara la calidad privativa de un inmueble adquirido durante el consorcio quien había de demostrarla.

La añadidura de la Comisión de codificación fue, me parece, inútil, y afea el conjunto, si bien tampoco es sustancialmente perjudicial.

Otra cuestión de matiz escapó igualmente a la Comisión madrileña: el proyecto aragonés no estaba destinado a enumerar los bienes que *constituyen* el patrimonio común, sino los que *ingresan* en él; además de los enumerados en el artículo 37, constituyen el patrimonio común todos los bienes que no sean privativos, por no poder probarse esta condición y alcanzarles la presunción de comunidad.

Nótese, también, que el apartado tercero era necesario, pese a incluirse en el apartado 4.º, en general, los bienes muebles, por cuanto se proclama así el especial derecho de goce de la comunidad sobre los bienes comunes o privativos, derecho que abarca a los frutos pendientes (que, sin embargo, pueden tener la calidad de inmuebles); y se señala el momento en que los frutos pertenecen al consejo, es decir, desde su aparición si se trata de frutos naturales o industriales, y desde su devengo, por días, si se trata de frutos civiles. En cuanto al apartado 4.º, está limitado notablemente por los preceptos que le siguen.

Contra el sistema del Apéndice, que se limitaba a enumerar, malamente, los bienes comunes, la Compilación aborda, en su artículo 38, el elenco de los privativos. Y con acierto, pues aunque parece que, por exclusión, debían ser bienes propios los no comunes, siendo innecesaria otra enumeración, sin embargo en todo caso resultaba preciso hacer algunas excepciones a la regla de comunidad del artículo anterior, y puestos a hacerlas no estaba de más, por lo que ayuda a la interpretación, una relación del patrimonio propio de cada cónyuge.

El proyecto aragonés comprendía la materia del artículo 38 en cinco artículos, con los titulillos, respectivamente, de *bienes privativos* (los tres primeros apartados del actual art. 38), *acciones e incrementos* (el séptimo), *subrogación* (4.º y 5.º en parte), *reemplazo* (4.º y 5.º en parte), y *retracto* (6.º). En la Compilación, seguramente hubiera sido más elegante dividir el artículo 38 en dos: uno con su denominación actual comprendiendo los apartados uno a tres, y el otro, titulado acaso *Subrogación y accesión*, destinado a enumerar aquellos bienes que son privativos mediante alguna suerte de subrogación o accesión (abarcando el resto).

El apartado 1.º del artículo 38 considera bienes privativos *los inmuebles o sitios aportados al matrimonio, así como los adquiridos durante él a título lucrativo*. Pareció innecesario al hablar de los inmuebles aportados al matrimonio, aludir especialmente a los casos

de la usucapión comenzada antes del matrimonio, la consolidación de derechos reales limitados, etc.; ya por derivarse la pertenencia privativa de los bienes así adquiridos del mismo tenor de la ley, que habla de inmuebles *aportados* sin discriminar si en posesión o en propiedad, ya por el contenido del número 7, que al hablar de *accesiones e incrementos* puede ser entendido tanto de los materiales como de los jurídicos. Por estas mismas razones se han suprimido algunas palabras que figuraban en el proyecto en el apartado 1.º que ahora comento, añadiendo como bienes privativos los inmuebles adquiridos *sobre la base de los aportados* (decía una redacción), o *por razón de los aportados* (según otras). Por último, pareció preferible hablar de las adquisiciones por título lucrativo que de las por donación, puesto que así se salva el caso de las donaciones remuneratorias o con carga, que pueden suponer una adquisición onerosa, y se incluyen por analogía las adquisiciones por título sucesorio.

El apartado segundo exime de la comunidad *los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona, y los intranmisibles "inter vivos", mientras conserven estos caracteres*. La palabra *patrimoniales* fue afortunadamente añadida por la Comisión de codificación: con ella se da a entender que los derechos extrapatrimoniales están excluidos del consorcio *a fortiori* y por su propia naturaleza, sin necesidad de regla alguna.

El proyecto del Seminario aludía expresamente en este apartado a la propiedad intelectual y a la industrial, entendiéndose, luego, en la Comisión aragonesa, que se hallaban comprendidas entre los derechos inherentes a la persona, y no era preciso nombrarlas expresamente. Es de advertir que la mención de dichas "propiedades" en el artículo 39-4.º no sería bastante para salvar del consorcio los productos intelectuales nacidos constante matrimonio, pues el invento, o el libro, o la obra de arte, son, entonces, un bien que el cónyuge obtiene a costa de su trabajo o actividad y, en esa calidad, bienes comunes, aunque se hallen asimilados a los inmuebles. Por lo demás, la condición privativa del invento se reduce a la fase anterior a su registro.

El apartado 3.º declara privativos *los bienes excluidos de la comunidad por el donante o causante*. El proyecto del Seminario se refería, con mayor amplitud, a "los excluidos de la comunidad por negocio jurídico"; así se simplificaba una serie de exclusiones de la comunidad que aparecían de modo sobradamente oscuro en el Apéndice, como en el Derecho anterior, y cuya complejidad no tenía razón alguna de ser. Toda aquella maraña de bienes asegurados, aportados como sitios, legados o donados con prohibición de consorcio, constituyentes de la firma de dote, de la dote, donación o manda equivalente a legítima, de las que no equivalían a ella, etc., desaparece ante un principio simplicísimo: no ingresan en el consorcio aquellos bienes que han sido excluidos de él, sea por convenio entre los cónyuges, con o sin asistencia o cooperación de otras personas, aportantes o no.

de bienes, sea por disposición del donante o testador. Con ésto quedaba clara la conservación *in natura* de tales bienes excluidos, sin hacer diferencia entre el modo de aportación y salvo que se tratase de dote-estimada.

La redacción fue luego modificada por la Comisión aragonesa, y en la de Códigos el precepto se bifurcó entre este apartado tercero y el artículo 29.

Los apartados 4 y 5 del artículo 38 explican, con la máxima amplitud, la regla de subrogación, cuya aplicabilidad era muy controvertida en el Derecho anterior. Desde ahora, queda claro que los bienes que van a reemplazar a otros propios se subrogan en la misma cualidad privativa, igual si son resultados de permuta u otra forma de mera sustitución, como si representan el empleo o reemplazo de caudales propios; si bien, no hallándose estos caudales identificados, y presuponiendo, por tanto, su inversión, un previo cobro del crédito contra el patrimonio común, constante matrimonio, serán precisas la voluntad concorde de ambos cónyuges o las circunstancias del artículo 47-2.

Adviértase, finalmente, que el número 5 asigna carácter privativo a la indemnización por daños sufridos por los cónyuges en su persona, no ya desde el punto de vista de los derechos de la personalidad, sino desde el de la subrogación.

LA EXCLUSIÓN LEGAL DE LOS MUEBLES Y VALORES IDENTIFICABLES

La extensión de la comunidad conyugal legal a los bienes muebles es una de las diferencias más características entre el Derecho aragonés y el del Código civil. Con todo, la divergencia entre ambos ordenamientos en tema de régimen matrimonial no se limita al activo común, de modo que aun la equiparación de éste no equivaldría a hacer coincidir ambas comunidades, siquiera sea ello creencia bastante extendida entre gentes de leyes excesivamente simplicistas.

Esta última razón influyó también —desde luego, entre otras— cuando se planteó al Seminario la alternativa entre la conservación de un texto legal que, como he razonado en otro trabajo, daba lugar a injusticias, y una comunidad de ganancias con activo semejante a la del Código civil, aunque conservando algunas particularidades aragonesas y mejorando técnicamente la redacción del texto de 1889. El Seminario, tras madura reflexión, optó por un camino intermedio que no sólo salva el Derecho tradicional aragonés, sino que prácticamente vuelve a él. La solución del Apéndice, conservando la letra de lo dispuesto en el siglo XIII, suponía, ante unas cambiadas condiciones económicas y sociales, la perversión de su espíritu. Bienes muebles perfectamente identificables, de gran importancia económica y aportados exclusivamente por uno de los cónyuges, pasaban, sin justificación alguna, a pertenecer al otro. Ninguna seguridad había, aun

entre cónyuges de igual fortuna, de que las aportaciones, ahora o en el futuro, fueran semejantes, puesto que esto dependía de un hecho tan fortuito como la naturaleza mobiliaria o inmobiliaria de los respectivos patrimonios y los bienes que recibieran por donación o herencia. Para volver al Derecho primitivo era preciso adaptar el contenido de los viejos preceptos a los supuestos de hoy. Y esto es lo que intentó realizar el Seminario, haciendo suya una fórmula propuesta por LORENTE SANZ, y en la cual los bienes muebles de mayor importancia económica, arraigo familiar, identificabilidad, etc., eran tenidos como si fueran inmuebles. Con esto creímos haber interpretado exactamente el sentido del Derecho regnicola.

Personalmente, no me disgustaba, tampoco, la fórmula del activo común reducido a las ganancias, hasta el punto de haberla presentado yo alternativamente con la otra al Seminario cuando se discutió el problema. Luego, he oído exponer a más de un foralista su opinión favorable a una solución directamente ganancial. Ultimo eco de ella es la enmienda presentada a la Comisión de Cortes, a iniciativa, según creo, de algún foralista aragonés, por el notario aragonés Alberto BALLARÍN, proponiendo la supresión del artículo 39 y la consiguiente simplificación de los artículos anteriores.

“No ofrece duda —razonaba la enmienda— que considerar, salvo pacto en contrario, comunes los bienes muebles aun adquiridos a título gratuito, podía admitirse en tiempos remotos, cuando su importancia era insignificante, pero como ya no ocurre así, puede afirmarse sin miedo alguno a equivocarse que la gente considera esto absurdo, y llegado el momento de ponerse de manifiesto, la sorpresa y repulsa ante tal injusticia son más que extraordinarias”.

“Este despropósito queda salvado en el proyecto que se examina, pero para ello se acude a una fabulosa ficción que quizá conviniera eliminar”.

“En el artículo 39, que es reproducción de anteproyectos anteriores, al dar la consideración de sitios o inmuebles a efectos de su calificación como privativos bien puede decirse que a toda clase de bienes muebles —incluido, con acierto, el dinero cuya adquisición constante fehacientemente—, se remedia aquella injusticia casi en forma total, por resultar prácticamente privativos todos los bienes adquiridos a título gratuito, ya que será difícil, quizá imposible, encontrar alguno que no esté comprendido en la larga enumeración del artículo”.

“Siendo esto así, parece que debiera suprimirse de plano ese artículo 39, y modificar en cambio los artículos 37 y 38 en la forma indicada, quedando así notablemente reducidos por resultar superfluos algunos de sus números, después de la declaración que se sentaría en el 1.º del 38. Con ello ganaría mucho la Compilación en sencillez y técnica.”

Quizá el momento del examen del proyecto por la Comisión legislativa no era ya oportuno para un cambio tan profundo y con repercusión en otros preceptos, sobre todo porque fuera ya de una ins-

tancia preponderantemente técnica, y sin comunicación con los aragoneses, autores principales del proyecto y concededores de sus entresijos, la modificación hubiera corrido grave riesgo de, por mejorar un precepto, empeorar otros.

En todo caso, la fórmula de inmovilización de muebles identificables, puesta en tela de juicio en todas las instancias, ha conseguido pasar, a través de todas ellas, a la Compilación, cuyo artículo 39 considera *a los efectos del artículo anterior, aportados al matrimonio o adquiridos como sitios, salvo pacto en contrario:*

Primero.—Las explotaciones agrícolas, ganaderas, mercantiles e industriales, con cuantos elementos estén afectos a unas y otras.

Segundo.—Los vehículos y máquinas cuya titularidad debe constar en documentación intervenida por oficina pública.

Tercero.—Los valores mobiliarios, las participaciones en sociedades y cuentas de asociación, los capitales colocados en negocios y los créditos consignados en documento público.

Cuarto.—Los derechos de propiedad intelectual e industrial.

Quinto.—Los archivos de familia, así como las alhajas, obras artísticas y demás objetos preciosos.

Sexto.—El dinero aportado o adquirido cuya existencia conste por documento público, bancario o de institución de crédito o ahorro.

Como se ve, se ha tratado de excluir de la comunidad aquellos bienes que no estaban incluidos en el primitivo sistema aragonés, en una economía en la que el dinero era escaso; la empresa mercantil apenas existía como tal y carecía de consideración jurídica (sustituida por la persona del comerciante); las máquinas eran raras y de no gran valor, y aun los objetos auxiliares de la explotación se hallaban incorporados al inmueble; no existían valores mobiliarios o derechos incorporales; las joyas y documentos tenían trato especial; etc. El sistema de comunidad de muebles no tenía hoy de común con el que se inició en Aragón hace ocho o nueve siglos mas que el mero sonido de las palabras.

El apartado primero considera a modo de inmuebles las explotaciones de cualquier clase. Ya la Audiencia de Zaragoza en un supuesto reciente había determinado que debían considerarse bienes inmuebles. La liberación del consorcio sólo ocurre cuando se trata de negocios aportados, o bien adquiridos por traspaso con fondos privativos constante matrimonio, no de los que se habían constituido en vida de ambos cónyuges.

El primer proyecto de la Comisión de codificación había sustituido la expresión “negocios”, empleada por el aragonés, por la de “establecimientos”, sustitución criticada, en extenso informe sobre la totalidad del proyecto, para uso de la Sección especial, redactado en noviembre de 1965 por mi llorado amigo el excelente jurista aragonés Mariano ALONSO y LAMBÁN. La Comisión de códigos cambió, en definitiva,

la terminología, sin duda acertadamente. Transcribo a continuación el razonamiento de ALONSO LAMBÁN, que sigue teniendo importancia para la interpretación del texto vigente.

“En el número 1 de dicho artículo se ha sustituido la expresión *negocios mercantiles e industriales* por la de *establecimientos mercantiles e industriales*, lo cual no es lo mismo. Quizá no era rigurosamente técnica o exacta la frase del texto zaragozano; quizá hubiera sido más exacto o correcto decir *empresas mercantiles o industriales*, frase por la cual ahora abogamos.”

“Decir *establecimiento* es quedarse corto, pues el establecimiento sólo es la sede o base física de la empresa o del *negocio* (como se decía en el texto de Zaragoza), y creemos que en el propósito de todos está evitar la injusticia de que una empresa privativa se convierta, por el matrimonio, en todo o en parte, en bien común.”

“Con el actual texto, seguirá siendo privativo el establecimiento, diríamos el derecho de local y lo que con él se pudiera considerar integrante o perteneciente, pero el negocio, la empresa, por mueble no excluido, sería común.”

“No es ésta una disquisición puramente doctrinal o fruto de una dogmática discutible, sino que tiene su asiento en normas legales. Cuando se dicta la ley de hipoteca mobiliaria se considera hipotecable el *establecimiento*, pero no la empresa, como algunos autores conocidos propugnaron.”

“En consecuencia, este criterio legal podría en un futuro invocarse al interpretar el número 1. del artículo 38, resultando ser privativos el arrendamiento del local y las instalaciones fijas o permanentes, quizá el nombre comercial, marcas y derechos de propiedad industrial o intelectual, máquinas, mobiliario, utensilios y demás instrumentos de producción.”

“No estaría claro el carácter privativo de las mercancías y materias primas destinadas a la explotación, ni el de las indemnizaciones derivadas de todos o de algunos de los anteriores elementos, y no serían nunca privativos, porque no constituyen el establecimiento (y, sin embargo, sí constituyen la empresa), los elementos inmateriales como clientela y *avviamento*, cuando resulta que quizá sean estos los elementos más vinculados a la persona y que, por tanto, más razones hay para que no se convirtieran en comunes.”

“No vemos razón para convertir en comunes estos elementos.”

“En consecuencia, propugnaríamos por mantener la expresión del texto de Zaragoza, o quizás mejor decir: *empresas mercantiles o industriales*.”

Dio lugar a cambios de postura, lo mismo en el Seminario que en la Comisión aragonesa o en la de codificación, la posible condición privativa del dinero. A mi modo de ver, el actual apartado sexto de la Compilación salva para cada cónyuge casi todo el dinero aportado por él o adquirido por herencia o donación. No se refiere tal apartado a los créditos contra la comunidad (por ejemplo, por el

precio de venta de un bien privativo), pues ya están a salvo por la regla de subrogación: el dinero procedente de la venta que se confunde por los fondos de la comunidad es bien común, pero queda a favor de su anterior propietario un crédito contra dichos fondos, cuyo crédito, ese sí, es bien propio, y lo sería sin necesidad del artículo 39-6 por virtud del 38-4, el cual no limita la subrogación a los bienes inmuebles que sustituyen a otro, refiriéndola a cualquier bien, mueble o inmueble, cosa o crédito, que al sustituir a uno privativo adquieren asimismo igual condición.

Lo que no podría conseguir el artículo 38-4.º, y sí consigue el 39-6.º, es liberar de la comunidad el dinero recibido por herencia o donación, o que poseía uno de los cónyuges al contraer matrimonio, con tal que su existencia conste en la forma prevista por el indicado precepto: prácticamente, sólo se excluye el dinero que el contrayente tenga en efectivo en su poder al casarse; el depositado fuera de institución de crédito; el que adquiera mediante donación manual o herencia en la que no se hace documento público de partición o manifestación, y el procedente de cobro de créditos, cuya existencia o condición privativa no puedan probarse.

Acaso, entonces, el resquicio por donde pueden caer en la comunidad cantidades de mayor importancia, son esos créditos que al no constar en documento público (ni pertenecer a una explotación), se hacen comunes: el cobro ulterior, por ejemplo, mediante una transferencia bancaria, no conseguiría anular, para el dinero, una condición consorcial que tenía ya el crédito y que continúa forzosamente sobre el resultado de su extinción.

PASIVO DE LA COMUNIDAD LEGAL

La regulación del pasivo conyugal es una de las que más largamente se discutieron en el Seminario, y donde, a mi parecer, se ha alcanzado mayor grado de perfección. Está fundada sobre una distinción cuidadosa entre las responsabilidades *erga omnes*, es decir, frente al acreedor, y la *inter partes*, es decir, el reparto de la deuda entre los cónyuges, si procede, o la atribución a uno de ellos. La regulación trata de conservar la solvencia de la familia y no interferir las actividades lucrativas de los cónyuges, repartiendo, sin embargo, las cargas y deudas, en definitiva, con estricta justicia.

Contempla en primer lugar —artículo 41— las deudas que son carga de la comunidad, por su carácter evidentemente común. De ellas hay unas que tienen un tratamiento especialísimo: *las atenciones legítimas de la familia y las particulares de cada cónyuge, incluyendo en la crianza y educación de los hijos la de los legítimos de uno solo de aquéllos*. (Quizá con mejor redacción y con una alusión al hogar que no hubiera debido suprimirse, decía el proyecto aragonés: “las atenciones legítimas de la familia, de la economía del hogar

y de las personas de los cónyuges, así como la crianza y educación de los hijos, aun los legítimos de uno de aquéllos”.)

Estas deudas deben ser pagadas, evidentemente, con cargo a bienes comunes, cualquiera que sea el cónyuge que las contraiga. Pero si no hay bienes comunes, los cónyuges responden de ellas conforme al artículo 43-1, *solidariamente*, de modo que el deudor podrá cobrar indistintamente del que contrajo la deuda o del otro, si bien en la relación interna contribuirá cada uno por mitad. La razón de la norma es clara; para gastos de esta naturaleza, es necesario ampliar al máximo la solvencia de los cónyuges.

Dentro de las cargas no especialísimas de la comunidad se incluyen *las deudas del marido o de la mujer, en cuanto redunden en beneficio común o hayan sido contraídas en el ejercicio de, una actividad útil a la comunidad*. El proyecto aragonés aclaraba que, aun sin beneficio común, bastaba que la deuda se contrajera ejercitando actividades *objetivamente* útiles al consorcio, y no parece que con la nueva redacción la interpretación deba ser diferente: no es preciso que la actividad haya producido real utilidad al común, sino que tendencialmente sea útil, aun cuando en el caso concreto haya resultado perjudicial. Sería injusto que la condición común o privativa de las deudas contraídas dependiera azarosamente del resultado del asunto u operación en cuyo curso se contrajeron, y no de la intención y diligencia con que se emprendió: en definitiva, que si se gana las deudas fueran comunes, pero si se pierde fueran privativas, quedando el cónyuge deudor en posición semejante a la del clásico sastre de Campillo.

La misma idea de favorecer la solvencia de los cónyuges, y en particular la del que ejerce una actividad lucrativa (y por tanto, la precisa más urgentemente), condujo a la redacción del artículo 42. Es conveniente transcribir la fórmula aragonesa para interpretar la de la Comisión de codificación que no tiene otro significado. Conforme al proyecto aragonés,

“Las deudas que un cónyuge contrae aparentemente en el ejercicio de las facultades legales de administración de los bienes comunes o los suyos propios, en la explotación ordinaria de sus negocios o en el ejercicio corriente de su profesión, obligan siempre ante tercero a la masa común salvo si el tercero conoció o debió conocer que la deuda se contrajo con intención de perjudicar a la comunidad o con grave descuido de los intereses de ésta”.

“Se presumirán, salvo prueba en contrario, las circunstancias que dan legitimidad a la deuda y la buena fe del tercero.”

La fórmula madrileña dice:

El marido, en el ejercicio de, sus facultades legales de administración, así como en la explotación regular de sus negocios o en el desempeño de su profesión, obliga siempre, frente a tercero de buena fe, a los bienes comunes.

Igual responsabilidad alcanza a los bienes comunes por gestión

de la mujer que ejerza industria, comercio o profesión o legalmente administre.

Creo que esta fórmula no necesita más comentario que su comparación con la originaria para ser debidamente interpretada, pero me queda siempre la duda de si no hubiera sido mejor dejar en la Compilación la redacción inicial, que no necesitaba de auxilio para su entendimiento, aunque gramaticalmente resulte menos elegante. En todo caso, lo cierto es que, a efectos normativos, no existe diferencia entre una y otra fórmula.

El artículo 42 se escribió pensando en la tutela del tercero que contrató con el cónyuge, fiado en la apariencia. Es decir, sólo cuando el negocio no es de los que explota regularmente el cónyuge administrador, o se sale del ejercicio corriente de su profesión, y ello es perceptible para el tercero, el riesgo corrido no queda a cargo de la comunidad matrimonial del esposo contratante, y sí exclusivamente del patrimonio de éste. En todo caso, la buena fe tiene que ser activa, es decir, abarcando también el deber de conocer las circunstancias, aunque de hecho, crasamente, se ignorasen.

A falta de bienes comunes, por las deudas comunes, salvo las enumeradas en el apartado 1.º del artículo 41, responde, *erga omnes*, el cónyuge que las contrajo, de modo que el otro no podrá ser demandado por el acreedor, si bien deberá reembolsar la mitad de lo pagado por el deudor, si la deuda redundó efectivamente en utilidad común.

Por último, la Compilación ha resuelto definitivamente el problema que se planteaba al tratar de salvar de la ejecución, por los acreedores de un cónyuge, sobre los bienes comunes, la *mitad* que correspondía al otro. Mitad que el Apéndice foral refería a cada inmueble, de acuerdo con el Derecho clásico. La Compilación la refiere a todo el patrimonio, en globo, y precisamente al valor del patrimonio: a la vez, equipara al marido y la mujer a efectos de la ejecución sobre la masa común por deudas privativas, como lo hace en los demás respectos (y este es uno de los extremos más notables de la regulación). En consecuencia, los bienes comunes responden por las deudas privativas cuando al cónyuge deudor no le quedan bienes suficientes para pagarlas, pero dejando a salvo siempre *el valor que en el patrimonio común corresponda al otro cónyuge, así como los preferentes derechos de los acreedores por deudas comunes* (art. 46).

Termina la disciplina del pasivo con un precepto (que no se refiere exactamente a esta materia) completamente insólito en el Derecho español: referido a las relaciones entre el patrimonio común y los de los cónyuges, ordena los reintegros que procedan y establece un régimen para los que se verifican constante matrimonio (art. 47).

GESTIÓN Y LIQUIDACIÓN

La gestión de la comunidad no cambia mucho en relación con el Apéndice derogado, pero no deja de ofrecer aspectos interesantes. En el artículo 48, tras conferir al marido la función de administrar, se sienta el principio de participación en ella de la mujer *con las facultades necesarias para el buen gobierno del hogar*; participación que, por consiguiente, entraña la legitimación para celebrar cualesquiera actos y contratos en el ámbito de su competencia, e incluso la colación, en él, de un poder propio, del que, desde luego, no puede privarle el marido, pues se lo concede la ley. En esto la Compilación es más generosa con la mujer que el Código.

En la misma línea, la transferencia a ella de la administración es más rápida, y también más absoluta; la función de administrar —artículo 48, 3.º— pasa íntegra cuando el marido resulte incapacitado (probablemente también si sólo de hecho), o en cualquier otro caso de imposibilidad, aunque sea momentánea. La mente del Seminario y la Comisión era, así, la asunción sin restricciones del poder directivo de la comunidad por la mujer, en cualquier caso de imposibilidad del marido, y sin intervención de los Tribunales; por supuesto, la frase *aun dejando representante* significa que si hallándose el marido absolutamente impedido para la administración ha proveído sobre ella, sin embargo, tal administración corresponde a la mujer. Se trató de evitar, precisamente, la intromisión de un tercero en cuestiones que el marido no puede confiar a un representante sino con el mismo poder que él tiene; cuando desaparece el poder del marido, el representante ya no tiene facultad alguna, sino en dependencia de la esposa.

La presencia de un representante no puede suplir la falta del marido, y menos regir aquél los asuntos patrimoniales del matrimonio o de la comunidad conyugal con preferencia a la mujer.

Se planteaba a la Comisión un problema de adaptación del Derecho histórico a los nuevos tiempos en tema de administración de los bienes uxorios. Si bien a efectos fiscales, una observancia, la 7.ª, *Declarationes monetaticæ*, decía que en Aragón no existen los bienes parafernales, expresión de un régimen de unidad de administración por el marido, alejado del Derecho romano y en cierta relación, o más bien similitud, con los Derechos germánicos, en los que la administración por el marido era la regla más general, tanto si el régimen era de comunidad como de separación. La Compilación ha resuelto con habilidad el problema, confiriendo al marido la facultad de administrar los bienes privativos de la mujer mientras ella no recabe para sí la administración, estableciendo como regla lo que, al menos en Aragón, es, con mucho, la práctica más corriente. Mas cuidando de advertir que *el poder de administrar lleva consigo el de realizar cuantas actuaciones judiciales y extrajudiciales exija su normal ejercicio* (artículo 49-2), quedando así legitimado el marido para interponer

aquellas acciones como las de desahucio, que pertenecen, en principio, al orden de la administración.

El proyecto aragonés preveía la condición dotal (sólo a efectos de la garantía) de los bienes uxorios administrados por el marido, y aun suprimida la norma en la Compilación, parece que la regulación no puede ser otra.

Por otra parte, y además de introducir la posibilidad de privar de la administración al cónyuge que la desempeña, por causa justificada, se ocupó, en tema de enajenación de bienes comunes, de señalar unos límites flexibles que garantizaran suficientemente a la mujer, sin restar excesivas facultades al marido haciendo difícil su gestión. "Es válida —decía— la enajenación de bienes comunes por el cónyuge administrador, salvo si el tercer adquirente conoció o debió conocer que tal enajenación se realiza con intención de perjudicar a la comunidad o con grave descuido de los intereses de ésta." *Erga omnes*, pues, la validez de la enajenación sólo podía ser discutida, por tanto, si el tercer adquirente no había procedido con buena fe.

Aparte esto, las enajenaciones de bienes inmuebles (incluidas las explotaciones agrícolas, industriales y mercantiles: véase art. 76-1.º en relación con el 39-1.º) afectos al derecho de viudedad requieren el concurso de la mujer a fin de consentirlas y transmitir el bien sin la amenaza del usufructo expectante. Con lo cual, en el proyecto aragonés, las enajenaciones estaban sujetas a una doble limitación: una interna, la de ser hechas con diligencia y sin ánimo de perjudicar a la comunidad (limitación válida *erga omnes* cuando el tercero conoció o debió conocer tal circunstancia), y otra externa, consenso de la mujer a efectos de su derecho expectante de viudedad. Sin duda esto segundo no podía evitar la enajenación de la nuda propiedad, pero en la práctica era precaución suficiente en cuanto a los inmuebles y explotaciones, pues difícilmente la venta de la nuda propiedad puede ser base de un fraude: en todo caso es mucho más difícil encontrar comprador.

a) En tema de disposición de inmuebles comunes, la Comisión madrileña suprimió el precepto aragonés e incluyó otro: el artículo 51, con arreglo al cual *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.*

Podrían encontrarse al precepto ciertos precedentes en el fuero *Ne vir sine uxore*, que en la Compilación de Huesca —luego quedó derogado— exigía la acción conjunta de marido y mujer. Pero este fuero no preveía ningún consentimiento subsidiario como el que ahora establece el artículo 51, y en cualquier caso, aun con él, introduce una modificación no deseada por los aragoneses en orden al sistema de enajenación de inmuebles consorciales.

b) Mucha mayor gravedad reviste, con todo, la mutación que

intentó la Comisión madrileña en tema de eficacia de las enajenaciones frente al derecho expectante de viudedad. Con arreglo al artículo 72-2 de su proyecto, tal derecho se extinguía si la enajenación era consentida por el cónyuge afectado o, subsidiariamente, por la Junta de parientes o la autoridad judicial, en los casos de incapacidad, ausencia o negativa infundada del esposo titular. Afortunadamente, la Comisión de Cortes volvió aquí a la regulación establecida por el proyecto aragonés, y en el texto que es ahora ley precisó que tal derecho *no se extingue por la ulterior enajenación... a menos que se renuncie expresamente*. La precisión es importante. Piénsese en una mujer que ignora la existencia o extensión del derecho de viudedad. Si lo que se le pide, al concurrir a la venta de un inmueble de su marido, no es sólo el consentimiento a ella, sino que expresamente renuncie al derecho expectante, evidentemente se enterará de que lo tiene, y renunciará a él (o no) más o menos conscientemente. Al contrario, si únicamente se requiriera el consentimiento para la venta, acaso llegaría a perder tal derecho expectante sin conocer su existencia.

El nonato precepto ordenando la pérdida del derecho de viudedad por enajenación con aprobación de la Junta de parientes o autorización judicial, constituye una muestra evidente del peligro que entraña el que, salido el proyecto legal de manos de los aragoneses, pueda una comisión madrileña corregirlo a su gusto. La intervención de la Comisión de Cortes impuso, en este punto, una oportuna rectificación.

c) ¡Lástima que la rectificación no fuera completa! Tal como queda el sistema legal, para la venta de inmuebles y explotaciones se exige un doble consentimiento: evidentemente, hubiera bastado la renuncia a la viudedad. Por otra parte, ha suprimido un precepto combatiendo el fraude que, no debidamente sustituido, provoca dudas sobre la sanción de las enajenaciones negligentes o fraudulentas del marido, no referidas a bienes inmuebles o explotaciones, y su eficacia frente a tercero.

Finalmente, en tema de disolución y liquidación de la comunidad legal, los rasgos más notables de la Compilación son, de una parte, la buena sistematización del conjunto de la materia, expuesta por orden cronológico, y distinguiéndose entre la disolución por muerte y por otras causas; de otra, la regulación, dentro de la disolución por muerte, de la indivisión que sigue a la disolución de la comunidad, distinta de la comunidad continuada; de otra, la modernización del derecho de ventajas, que por costumbre sigue perviviendo en muchos pueblos aragoneses, y que había decaído en otros, y sobre todo en los núcleos urbanos de cierta importancia: el artículo 57 readapta hábilmente el Derecho de los fueros de 1247, considerando hoy como ventajas las *ropas de uso y llevar* (frase muy aragonesa), los instrumentos de trabajo y el ajuar de casa proporcionados con la economía del matrimonio, aparte los bienes que como tales ventajas le conceda la costumbre local.

Como una continuación del derecho de ventajas, pero sin que sea ya una predetracción en perjuicio de los herederos del otro cónyuge, se ha establecido en el artículo 58 el derecho del sobreviviente a hacer incluir en su lote los bienes de su uso personal o profesional, la explotación que dirigiera y los bienes que hubiera aportado al consorcio, a resultas de las compensaciones que procedan. He aquí una medida que, indudablemente, no estaba prevista en el Derecho aragonés escrito o consuetudinario, pero que se inserta admirablemente en su espíritu, y que sería susceptible de extensión al resto del país.

LA COMUNIDAD CONYUGAL CONTINUADA

En los fueros y observancias la comunidad continuada es algo estático: el resultado de la indivisión, sin otorgamiento de inventario. Al no estar dividida la masa de bienes conyugales, compuesta de bienes muebles e inmuebles, estos últimos quedan indisponibles sin el concurso de los herederos del cónyuge premuerto, y, por tanto, como "congelados"; en cambio, sobre los muebles dispone a su arbitrio el sobreviviente. En tal situación, no habiéndose hecho inventario, la observancia segunda *De iure dotium* ordena que no se divida lo que gastó el sobreviviente; la 57, que se den por consumidos los muebles cuya inversión en atenciones privativas del cónyuge sobreviviente no conste; y la 22, que se dividan los muebles que se encuentren al tiempo de la división, y no al de la muerte. Así, nos encontramos con dos presunciones (*iuris tantum*) correlativas; de una parte, la de que los bienes no existentes al tiempo de la división se han consumido en beneficio de los partícipes; opuestamente, la de que los bienes que aparecen son comunes.

En definitiva, la comunidad es un hecho que se produce, sin necesidad de manifestación de voluntad alguna, por la mera circunstancia de no haberse solicitado la división ni inventariado los bienes que se hallan en poder del viudo. Nótese bien que esta comunidad carece de aspectos sociales: ni hay nada personal en ella. Se refiere a una masa concreta: los bienes conyugales que el viudo conserva en su poder. Estos son los que tendrán que dividirse, con la consistencia que tengan en el momento mismo de la división, salvo prueba de su condición privativa. Como no se trata de una sociedad, los bienes ganados por los demás comuneros distintos del viudo no entran en ella: si algunos bienes comunes se hallasen en poder de aquéllos, tendrían que ser restituidos a la masa, pero no, juntamente con ellos, las ganancias y bienes del comunero poseedor. Es únicamente el cónyuge viudo quien resulta afectado, es de suponer que en la mayor parte de los casos desfavorablemente, por el hecho de no haber realizado la división: a fin de cuentas, es él el poseedor de los bienes, y el responsable de la continuación, indivisa y sin inventariar, de una masa que, en el momento de dividirse, se considera la misma que existía al tiempo de

la muerte del cónyuge del prefallecido, al amparo de la doble presunción de que lo consumido lo ha sido en beneficio del consorcio, de modo que no se ha de dividir lo que gastó el sobreviviente, y de que los bienes ganados por él después de enviudar lo han sido a costa de los ya existentes.

Las observancias no previenen el supuesto de que el cónyuge sobreviviente demuestre la propiedad exclusiva de bienes muebles que se encuentran al tiempo de la división: por ejemplo, dinero procedente de la venta de un inmueble suyo. Pero sí, conforme a la observancia 17 *De iure dotium*, se considera consumidos sólo aquellos bienes cuya inversión no consta, de modo que si se aplicaron en beneficio de determinado consorte podrá rescatarse su valor, parece que, a la inversa, el sobreviviente podrá demostrar la pertenencia privativa de algunos muebles determinados o cantidades. En cambio, al no establecer nada en ese sentido las observancias, considero indudable que todas las ganancias procedentes del trabajo del viudo se acumulan a la masa partible, acaso por partir la observancia del supuesto de que él, a su vez, se alimenta con cargo a dicha masa. Igualmente ingresan en ella los productos de los bienes inmuebles que normalmente corresponderían al viudo por consecuencia de su usufructo viudal. Como se ve, esta situación de indivisión es sumamente desventajosa para el sobreviviente, ya que, aun siendo de tipo estático por lo que se refiere a los demás partícipes, a él le absorbe sus ingresos y ganancias, sin más contrapartida que los alimentos que pueda obtener de la masa, y que siendo ésta inmueble le corresponderían por su usufructo viudal.

b) Esta situación injusta trató de remediarse en el Apéndice de 1926, al establecer su artículo 53 la continuación de la comunidad "entre el supérstite y los herederos del finado, siquiera quede circunscrita a los bienes comunes existentes y a los aumentos que con ellos y con los peculiares cada partícipe se obtengan trabajando en familia, de modo que la sociedad continuada no comprenderá los bienes e intereses que durante la continuación adquieran los interesados por separado del caudal común". Como se ve, la comunidad adopta, en el Apéndice, una actitud más dinámica: en principio, se requiere, para que los bienes ingresen en el caudal común, el "trabajo en familia", concepto difícil, que ha dado quehacer a la jurisprudencia de la Audiencia de Zaragoza. Quedaban excluidos, por tanto, de la comunidad, los bienes obtenidos sin relación con el caudal común, por cualquiera de los partícipes, incluso las ganancias del cónyuge viudo provenientes de su actividad personal, al menos cuando no tuviera relación con el patrimonio familiar.

No habiendo "trabajo de familia", parece que se debía desarrollar normalmente el usufructo del cónyuge viudo sin participación, en tales frutos, de los herederos del difunto. Pero es más admitida la opinión contraria, fundada en la aplicación del Derecho antiguo y en la presunción de comunidad.

En cualquier caso, en el Apéndice, en principio, se ha pasado de una comunidad ocasionada incidentalmente por el mero hecho de la indivisión, a otra basada en el "trabajo en familia", en la que entra también el producto de la actividad de los restantes partícipes cuando cumpla ese requisito.

c) La Compilación ha perfeccionado el aspecto social de la comunidad, no referida ya a una masa inerte de bienes, sino requiriendo, para producirse, *que los principales ingresos de la sociedad conyugal provengan de explotaciones agrícolas, ganaderas, industriales o mercantiles* (art. 60). Es decir: no basta la existencia de un patrimonio meramente productor de rentas, sino que éstas han de producirse mediante la aplicación de un trabajo (que podría ser común), en cuyo supuesto la comunidad surge, bien automáticamente y sin otro requisito si la continuación se pactó en capítulos matrimoniales o se dispuso en testamento mancomunado, bien por voluntad de los partícipes o falta de manifestación en contrario si del matrimonio han quedado descendientes: aun entonces, la continuación es obligatoria, si entre los descendientes hay un menor de edad y son todos del mismo matrimonio. En tales circunstancias, ingresan en el activo común los frutos y rendimientos de la explotación de los bienes consorciales y de los privativos de los cónyuges, no siendo comunes, en cambio, *los beneficios y ganancias obtenidos por los partícipes con independencia de los bienes y negocios de la masa común*, (art. 63). Los intereses de tercero quedan a salvo de dos maneras: de una parte, los bienes adquiridos por uno de los partícipes a su nombre y sin referencia alguna a la comunidad, se considerarán privativos del adquirente en la relación *erga omnes*; de otra, en favor de los terceros acreedores de la comunidad por deudas contraídas por el gestor en el cumplimiento de sus funciones, se aplican las mismas normas que rigen las deudas de gestión (art. 66).

La regulación de la comunidad continuada es muy técnica y no cabría aquí dar cuenta detallada de ella. El articulado se redactó bajo ponencia de LORENTE SANZ (nombrado luego vocal foral en la Comisión de codificación, cargo que desempeñó con abnegación y competencia singulares), Ponencia muy meditada, y en la que su autor no sólo tuvo en cuenta los antecedentes históricos y la regulación del Apéndice (cuyos problemas conocía él muy bien, y sobre los que había escrito diversos comentarios de jurisprudencia), sino también la doctrina alemana en tema de comunidad continuada, riquísima en problemas y sugerencias: recuerdo que incluso se llegó a hacer a este efecto una traducción de los extensos comentarios de STAUDINGER. Se comprende, así, que tal ponencia sufriera pocas modificaciones hasta llegar al texto legal.

LA VIUDEDAD FORAL

En su origen, la viudedad, instituto de protección a la mujer sumamente confuso con otros destinados a igual finalidad, abarca todos los bienes comunes y del marido. Reducida luego a los inmuebles, aunque extendida en favor de ambos cónyuges, era opinión bastante general la conveniencia de ampliarla. Así lo hizo la Comisión aragonesa, con un prudente temperamento: el usufructo se extiende a todos los bienes del premuerto (incluida su parte en los consorciales), si bien, por voluntad de uno de los cónyuges, y aun contra la del otro, puede volverse a un sistema semejante al del Apéndice, reduciéndose el derecho de viudedad a los inmuebles por naturaleza y las explotaciones industriales, mercantiles y agrícolas, pero abarcando siempre, al menos, la mitad del caudal hereditario. Legalmente se reduce también a esta mitad cuando el premuerto tuviera descendencia sobreviente de anteriores nupcias.

En el Seminario se había discutido el problema, tratado repetidas veces en nuestra literatura jurídica del que casa con persona de mucha menor edad, proponiéndose, cuando el cónyuge premuerto era binubo y la diferencia superaba los veinte años, la reducción del usufructo a la mitad de su cuantía normal. La Comisión aragonesa se inclinó en definitiva por restringir la viudedad únicamente en los supuestos de supervivencia de hijos de anteriores nupcias del cónyuge premuerto, y entonces a la tercera parte del caudal. La Comisión codificadora suprimió esta norma, sin duda pensando que bastaba con la limitación a la mitad.

La Compilación mejora mucho la regulación del usufructo viudal, tanto respecto de los Fueros y Observancias como del Apéndice, comenzando por la distinción entre el derecho expectante y el usufructo en ejercicio, cada uno con sus preceptos particulares sobre nacimiento, vida y extinción. El trabajo del Seminario había sido precedido de una extensa monografía del ponente, profesor SANCHEZ REBULLIDA, de más de 200 páginas.

Entre las normas del derecho expectante, es de señalar, en el artículo 76, la distinta afección al mismo de los bienes inmuebles y de los muebles. Aquéllos, junto con las explotaciones, quedan gravados en el momento de ingresar en el patrimonio común o en los privativos, y este derecho no se extingue o menoscaba por su ulterior enajenación, a menos que se renuncie expresamente (o bien que los bienes sean objeto de ejecución, por deudas de gestión de la comunidad, frente a tercero de buena fe). *Tratándose de los demás bienes muebles, el derecho de viudedad afecta exclusivamente a aquellos que existan al fallecimiento o hayan sido anajenados en fraude de tal derecho.* El precepto mantiene así, respecto de los bienes sitios, la clásica regulación aragonesa, que en alguna ocasión presenta inconvenientes para el tráfico, pero que se halla firmemente asentada en la conciencia jurídica de nuestro territorio. En cuanto a los muebles, era imposible

en la práctica una regulación semejante: tales bienes, salvo fraude, salen libremente del patrimonio de su dueño.

El artículo 78 enumera las causas de extinción del derecho expectante, en forma de remisión, y, por tanto, con texto breve. Acaba así con la confusión del Apéndice, que en un solo artículo, por cierto muy largo, abarcaba conjuntamente causas de extinción del derecho expectante, del usufructo en ejercicio o de ambos.

En tema del comienzo del usufructo viudal, es de notar cómo el artículo 79 atribuye al cónyuge supérstite, por el solo hecho del fallecimiento del sobreviviente, la posesión de los bienes usufructuables, estableciendo un caso de posesión civilísima.

En cuanto al inventario y la caución usufructuaria, la Comisión aragonesa tuvo en cuenta la práctica, muy frecuente, de relevar de ellos, en testamento o capitulación, al cónyuge supérstite. Acaso, en la dispensa de inventario, exageró un tanto las cosas, pues no se trata de una mera formalidad, sino de algo consustancial con el principio *salva rerum substantia*, y si el propio Código permite la relevación del inventario exclusivamente “cuando de ello no resultare perjuicio a nadie” (art. 492), parece que esa relevación debía haberse limitado al supuesto en que no hubiera legitimarios. Acaso a la luz del Código habrá de entenderse el apartado tercero del número 1 del artículo 80, que obliga a inventariar y afianzar aun habiendo relevación, cuando “lo pida el Ministerio fiscal para salvaguardar la legítima”.

El Apéndice de 1926, en principio, imponía el otorgamiento de inventario. El artículo 80 de la Compilación sólo lo exige cuando se halla establecido así por los cónyuges o el causante; cuando lo exijan los herederos, salvo relevación, y en el caso ahora indicado. Es decir, que, en principio, no hay obligación de otorgarlo.

Preveía el Apéndice (en el cual, como he dicho, la obligación de otorgar inventario era la regla general) la pérdida de todos los disfrutes de la viudedad —aunque no del derecho mismo de usufructo— si el otorgamiento de inventario no se realizaba dentro de los cincuenta primeros días de viudez. Lo más corriente era no otorgarlo nunca, pero sin que los herederos reclamasen la sanción que dicha falta de otorgamiento llevaba implícita: la pérdida de los disfrutes. De hecho, en la práctica, las cosas ocurrían como si no hubiera obligación de inventariar, y el cónyuge a quien se le recordaba se extrañaba de ella: mucho más de la pérdida de los disfrutes, sin haber sido objeto de ningún requerimiento para que cumpliera con la formalidad legal.

El artículo 82 ha tenido en cuenta estas circunstancias al disponer que *el viudo obligado a formalizar inventario que no lo concluya dentro de plazo* (cincuenta días) *perderá entre tanto los disfrutes de viudedad, que corresponderán a los herederos desde el día del requerimiento hasta la terminación del inventario*. Pero como, cuando la obligación de inventario se hubiera establecido por los cónyuges de acuerdo o por el causante, el plazo se inicia el mismo día del falleci-

miento (art. 80-2); surge la duda de si la sanción se aplica entonces desde los cincuenta días a partir de la muerte del primer cónyuge, o desde que los herederos requieren al sobreviviente.

En principio, la duda ha de resolverse aplicando el artículo 82, que es el que impone la sanción. Mas el propio precepto presenta una contradicción interna: de una parte, ordena la pérdida de los disfrutes a partir del momento en que venció el plazo para el otorgamiento del inventario (*entre tanto*, dice); y de otra, los atribuye a los herederos exclusivamente desde el día del requerimiento (es de suponer: desde las cero horas del siguiente).

Hago notar, antes de seguir, cierta diferencia, en cuanto al destino de los frutos perdidos, entre el artículo 82 de la Compilación y el 68, *in fine*, del derogado Apéndice: en aquél, los frutos no adquiridos por el viudo quedan de derecho incorporados al caudal de la viudedad; y, por tanto, los provenientes de inmuebles privativos del finado o de su parte en la masa inmueble consorcial, aunque indudablemente pertenecientes a los herederos, son objeto, a su vez, de usufructo, una vez formalizado el inventario: en la Compilación, con otro criterio, los frutos perdidos por el viudo van a parar, sin más y definitivamente, a los herederos. Al menos, tal parece desprenderse del tenor literal del precepto, y, por lo demás, ello tiene fácil explicación: verosíblemente la cantidad de frutos que pasa a los sucesores será pequeña, porque de ordinario no se dejará transcurrir mucho tiempo entre el requerimiento y la terminación del inventario.

Mas, ¿podríamos concluir, del precepto en cuestión, que los frutos anteriores al requerimiento corren suerte semejante a la señalada por el artículo 68 del Apéndice? La ilación me parece forzada, y en todo caso opuesta a la Compilación, pues los disfrutes perdidos “corresponderán a los herederos desde el día del requerimiento”, y, por tanto, nada se dice sobre lo que ocurra antes.

Preferible me parece, así, resolver la contradicción interna en el artículo 82 con ayuda de los precedentes prelegislativos: en particular, teniendo en cuenta que las palabras “entre tanto” son un inciso añadido en él por la Comisión de codificación, y que no figuraba en el proyecto aragonés (art. 150), siendo mucho más probable que la Comisión aragonesa relacionase siempre la pérdida de disfrutes con el requerimiento, aunque, a decir verdad, sólo recuerdo imprecisamente este punto de nuestras discusiones. En todo caso, en el citado proyecto, el artículo 150, sin dejar de presentar contradicción (según él, “el viudo obligado a formalizar inventario que dejare transcurrir el plazo establecido sin haberlo concluido, perderá los disfrutes de la viudedad, que corresponderán a los herederos desde el día del requerimiento hasta que dicho inventario se concluya en forma”), parece más favorable a la conservación de los disfrutes anteriores por el cónyuge viudo.

Contra ella se podría objetar, en primer lugar, que la atribución de frutos a los herederos desde el día del requerimiento ha sido pen-

sada para los casos 2.º y 3.º del artículo 80, y no para el 1.º; y que la introducción de las palabras “entre tanto” en el texto definitivo representa la intención de la Comisión de codificación de impedir el usufructo mientras no se cumpla la obligación de inventario.

No obstante, ante la inseguridad del texto, pudiendo muy bien ser el inciso citado mera corrección de estilo, y tratándose de una pena civil, acaso debemos inclinarnos por interpretar ésta restrictivamente, entendiendo que el viudo obligado por pacto o disposición unilateral a otorgar inventario perderá los disfrutes desde el mismo día en que se le requiera para otorgarlo, no habiéndolo hecho en los cincuenta que siguen al fallecimiento de su cónyuge, pero sin restituir en ningún caso los frutos anteriores al requerimiento, aunque éste se haga dos o diez años después del momento fijado por el artículo 80-2. Ahora bien, como digo, la pérdida de los disfrutes sucede a partir del mismo día del requerimiento, de modo que entonces no tiene el superviviente un nuevo plazo de cincuenta días.

Cuando el inventario se otorga por exigirlo los nudos propietarios o el Ministerio fiscal, el sobreviviente tiene el plazo de cincuenta días desde entonces, si bien, dejándolos transcurrir inactivo, pierde los frutos desde el momento de requerírsele, es decir, los sobrevenidos en el plazo de los cincuenta días: así se deduce de la expresión *entre tanto*, usada en el artículo 82, y que en este caso tiene eficacia propia, aun introducida como corrección de estilo.

El proyecto aragonés (art. 148, equivalente al actual 80) contaba el plazo “desde que se formule la *petición*”: con mayor exactitud, locuenta el texto legal “desde que se haga el oportuno *requerimiento*”. Con todo, el empleo de la palabra “requerimiento”, referida en el artículo 80 a dos de los tres supuestos de obligación de inventariar, y en el 82 a los tres, es equívoco, y ello explica que el proyecto aragonés estableciera una diferencia de terminología entre ambos preceptos.

Cuestión igualmente discutible es la de la computación de los disfrutes a efectos de su pérdida, cuando se trata de frutos naturales o industriales: parece que habrá de aplicarse la regla de los frutos civiles prevista, en general, para el usufructo del cónyuge viudo, por el artículo 84-1.º

Novedad interesante es, asimismo, en la regulación del usufructo viudal, la posibilidad de intervención de los nudos propietarios con indicaciones o advertencias sobre la administración y explotación de los bienes: sin duda, cuando el modo de usufructuar no sea bastante diligente. Si el viudo desatiende estas indicaciones, pueden los interesados acudir a la Junta de parientes o a la autoridad judicial, y no aviniéndose aquél a cumplir lo que el órgano competente acuerde, podrán pedir los nudos propietarios la entrega de los bienes y la sustitución del usufructo por una renta, en los términos del artículo 85.

La viudedad en la Compilación del Derecho Civil de Aragón*

FRANCISCO DE ASIS SANCHO REBULLIDA
Catedrático de Derecho Civil

SUMARIO: I. *Antecedentes*: 1. Origen y evolución histórica.—2. 'El Apéndice de 1925.—II. *Sistema de la Compilación*: 3. Descripción.—4. Apreciación crítica general.—5. En particular, consecuencias de la ordenación sistemática.—III. *Régimen general*: 6. Fuentes e interpretación.—7. Origenación del derecho de viudedad.—8. Ambito objetivo.—9. Caracteres.—IV. *Régimen del derecho expectante*: 10. Bienes afectos al derecho expectante.—11. Circunstancias determinantes de la afección.—12. Eficacia del derecho expectante.—13. Responsabilidad de los bienes afectos.—14. Extinción del derecho expectante.—V. *Régimen del usufructo viudal*: 15. Compatibilidad del usufructo viudal con la comunidad continuada.—16. Iniciación.—17. Los requisitos de inventario y aseguramiento.—18. Otras medidas cautelares.—19. Alcance de la inalienabilidad en la fase de usufructo viudal.—20. Ejercicio del usufructo viudal.—21. Extinción.

* Con las indispensables referencias históricas y al Apéndice de 1925, y alguna alusión doctrinal concomitante, en este primer comentario a la nueva regulación de la viudedad aragonesa me he limitado a glosar los artículos 72-88 de la Compilación de 1967, a la luz, principalmente, de los trabajos prelegislativos.

Sobre la viudedad en todos sus aspectos institucionales se publicó, vigente el Apéndice, una monografía mía (*La viudedad aragonesa*, en el "Anuario de Derecho Aragonés", VIII, Zaragoza, 1955-1956, págs. 7 a 209); a ella —y a la doctrina y jurisprudencia allí citadas— me remito.

Con posterioridad publiqué un breve estudio relativo a una cuestión concreta (*Liquidación de los frutos naturales e industriales en la extinción del usufructo viudal*, en el "A. D. A.", X, Zaragoza, 1959-1960, págs. 457 a 469).

Después se han publicado pocos trabajos doctrinales; tengo vistos el de LORENTE SANZ, *Proyección de las instituciones forales en el Derecho de arrendamientos* (en el "A. D. A.", XI, Zaragoza, 1961-1962, principalmente páginas 13 y ss.); el de LACRUZ BERDEJO, *Revocabilidad del testamento mancomunado tras la muerte de un cónyuge y viudedad universal* (en el "A. D. A.", Zaragoza, 1963-1964, págs. 357 a 363), y el de DELGADO ECHEVERRÍA, *La comunidad conyugal continuada en el Apéndice aragonés* (en el mismo número del "A. D. A.", págs. 181 y ss.), cuyo Capítulo V trata de "comunidad continuada y viudedad" (págs. 222 a 233).

Publicado el Anteproyecto de Compilación, elaborado por la Comisión de juristas aragoneses, y durante el período de información pública convocada por ésta, pronuncié una conferencia en el Colegio de Abogados de Zaragoza el día

I. ANTECEDENTES

1. Origen y evolución histórica.

La viudedad aragonesa tiene origen paccional y consuetudinario; en los documentos anteriores a la Compilación de Huesca de 1247 puede observarse la práctica frecuente de ampliar los derechos que, por ley, competen al cónyuge viudo (primeramente a la viuda) mediante la concesión —junto a las arras, a la participación en el consorcio conyugal, o a la comunidad continuada con los herederos— del usufructo vitalicio de bienes determinados o de todo el patrimonio del premuerto.

Su formulación legal no aparece hasta 1247; en la Compilación oscense, el fuero 1 *de iure dotium* concede a la viuda el disfrute, en viudedad y en honestidad, de los bienes que hubo juntamente con el marido, tanto los consorciales como los privativos (*omnia quae simul habuerant*; cfr., también, los fueros 1 y 2 *de secundis nuptiis*).

6 de diciembre de 1962, publicada luego en el Boletín del Colegio (*La viudedad en el Anteproyecto de Compilación del Derecho civil de Aragón*, en el "Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza", núm. 8, de 1 de enero de 1963, págs. 19 a 34).

Promulgada la Compilación de 8 de abril de 1967, dentro de un ciclo de conferencias organizado por el mismo Colegio de Abogados, pronunció una conferencia sobre la viudedad el Prof. MARTÍN BALLESTEROS, la cual —junto con las restantes del ciclo, comprensivo del total contenido de la Compilación— ha sido publicada también en el órgano informativo del Colegio (*Derecho de la persona y de la familia: De la viudedad.—Artículos 72 a 88, inclusive, de la Compilación*, en el "B. del R. e I. C. de A. de Zaragoza", núm. 26, de 1 de julio de 1967, págs. 105 a 126).

En el ámbito jurisprudencial, las principales sentencias publicadas con posterioridad a mi primera monografía (no recogidas, pues, en ella) y hasta la derogación del Apéndice, son las siguientes: SS. T. S. 26 noviembre 1962 (Aranzadi, núm. 4.684); 3 marzo 1964 (Aranzadi, núm. 1.255); SS. A. Z. 20 octubre 1955 ("A. D. A.", VIII, pág. 338 y "Foro Aragonés", núm. 112), 15 diciembre 1955 ("A. D. A.", VIII, pág. 337, y "F. A.", núm. 147); 6 diciembre 1956 ("A. D. A.", VIII, pág. 338, y "F. A.", núm. 180); 17 diciembre 1958 ("A. D. A.", IX, pág. 336, y "F. A.", núm. 289); 8 julio 1958 ("A. D. A.", IX, pág. 335, y "F. A.", núm. 187); 16 octubre 1958 ("A. D. A.", IX, pág. 336, y "F. A.", núm. 229); 28 enero 1958 ("A. D. A.", IX, pág. 337, y "F. A.", número 17); 15 enero 1959 ("A. D. A.", XI, pág. 256, y "F. A.", núm. 6); 3 febrero 1959 ("A. D. A.", XI, pág. 255, y "F. A.", núm. 18); 14 febrero 1959 ("A. D. A.", XI, pág. 254, y "F. A.", núm. 27); 11 marzo 1959 ("A. D. A.", XI, pág. 255, y "F. A.", núm. 53); 1 diciembre 1959 ("A. D. A.", XI, pág. 256, y "F. A.", núm. 266); 23 enero 1961 ("A. D. A.", XI, pág. 279, y "F. A.", núm. 7); 12 junio 1961 ("A. D. A.", XI, pág. 278, y "F. A.", número 125); 6 junio 1962 ("A. D. A.", XI, pág. 279, y "F. A.", núm. 125); 7 julio 1962 ("A. D. A.", XI, pág. 279, y "F. A.", núm. 155); 5 marzo 1963 ("A. D. A.", XII, pág. 400, y "F. A.", núm. 84); 16 marzo 1963 ("A. D. A.", XII, pág. 400, y "F. A.", núm. 91); 2 octubre 1963 ("A. D. A.", XII, pág. 401, y "F. A.", núm. 211); 4 enero 1964 ("F. A.", núm. 15); 18 febrero 1964 ("A. D. A.", XII, pág. 401, y "F. A.", núm. 46).

También por pacto y costumbre debieron concedérsele beneficios viuales al marido, posiblemente después que a la mujer (y por eso el fuero 1 *de iure dotium* se fija sólo en ella); en las fuentes anteriores a la Compilación, el marido tenía derecho al usufructo del inmueble donado a la mujer por sus padres a manera de dote; por ello resulta verosímil que, al ampliarse los beneficios legales de la mujer para el caso de viudez, se extendieran en igual medida los del marido, según ocurre en otras fuentes; algún autor así lo deduce, de la misma Compilación (fueros 1 *de secundis nuptiis* y 8 *de communi dividundo*); y el texto de las observancias que transcribe el manuscrito de Londres (cuyo origen debe situarse en la segunda mitad del siglo XIII) demuestra que, cincuenta años después de publicado el fuero 1 *de iure dotium*, tenía el marido derechos idénticos a los de la mujer; lo cierto es que, en 1390, el fuero 1 *de alimentis* lo regula como derecho recíproco.

El fuero 1 *de iure dotium* se refería a todos los bienes (incluidos, pues, los muebles), lo cual debió conducir a mezclar, y acaso confundir, la viudedad con la comunidad continuada, por la dificultad de individualizar los muebles que constituían el capital del consorcio sobre el cual había de tener lugar el usufructo; téngase en cuenta, también, el escaso valor reconocido a los muebles y el hecho de que, en ellos, tenía ya participación el cónyuge viudo por ser comunes; es posible, por ello, que la limitación a los inmuebles fuese, en la práctica, coetánea a la vigencia del fuero. De cualquier modo, el fuero 1 *de alimentis*, de 1390, regula el derecho limitadamente a los bienes inmuebles, debiendo dividirse los muebles a la disolución del matrimonio si no se continuaba la comunidad con los herederos.

Las sucesivas disposiciones son, fundamentalmente, adiciones que tienden a fijar el régimen jurídico de la institución en puntos no decididos por la ley y resueltos por la costumbre o la jurisprudencia; así, los fueros 1 *de iure viduitatis* y 2 *de alimentis*, ambos de 1398; la mayor aportación, empero, corresponde a las observancias 6, 8, 11, 13, 14, 19, 26, 43, 45, 51, 52, 54, 55, 58 y 59 *de iure dotium*, 2 *de secundis nuptiis*, 13 *de privilegio generali*, y 2 *ne vir sine uxore*, principalmente. Los fueros, único *de usufructo et iure enphiteotico*, de 1436, 2 *de iure viduitatis*, de 1442, y único *de usufructo*, de 1461, abordan aspectos muy particulares de la viudedad. Todavía, en 1678, el fuero *que los que tuvierén viudedad*, completa la regulación histórica obligando al cónyuge viudo a formalizar inventario y prestar fianza de los bienes muebles usufructados en viudedad.

2. El Apéndice de 1925.

Los distintos proyectos de Apéndice regularon con detenimiento esta materia, "la más mimada de Aragón" al decir de la exposición de motivos del de 1904.

Del proyecto de 1924 pasó la regulación con ligeras enmiendas (en materia de inventario, principalmente) al 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 ley 15/1967, de 8 de abril ("Boletín Oficial" del siguiente día 11), sobre Compilación del Derecho civil de Aragón.

El Apéndice de 1925 regulaba la viudedad en los artículos 63 a 75, ambos inclusive. Hay que reconocer que recogió, casi siempre fiel y cumplidamente, el Derecho histórico, recurriendo, para suplir las lagunas de éste, principalmente al Proyecto de 1904. Su regulación pecaba de excesivo casuismo; de acuerdo con el Derecho tradicional (en algunos preceptos se reproducía, casi con las mismas palabras, el correspondiente texto histórico) contenía pocas disposiciones generales y puntualizaba cuestiones que acaso debió ceder a la doctrina y jurisprudencia. Su ordenación sistemática resultaba imperfecta; pues, tras distinguir las dos fases de este derecho (expectante y usufructo actual), mezcló el régimen de una y otra, sin perjuicio de dejar, en cuanto a la primera, muchas lagunas. En el aspecto formal, el articulado era excesivamente extenso y farragoso, de redacción un tanto barroca y enrevesada; resultaba impropio de una norma legal contener, por ejemplo, concatenadas, una serie de oraciones gramaticales negativas y en subjuntivo (cfr. art. 71), o dos largas listas en un mismo artículo que hacían incómoda la referencia (cfr. arts. 66 y 72), etc.

II. SISTEMA DE LA COMPILACIÓN

3. Descripción.

La nueva Compilación del Derecho civil de Aragón regula la viudedad dentro del Libro primero (*Derecho de la persona y de la familia*), integrando el último de sus títulos, el título VI (*De la viudedad*), que está dividido en tres capítulos: el primero (*Disposiciones generales*) comprende los artículos 72 (*Origen y extensión*), 73 (*Limitaciones*), 74 (*Renuncia y privación*) y 75 (*Fuentes e interpretación*); el segundo (*Del derecho expectante de viudedad*) comprende los artículos 76 (*Régimen*), 77 (*Bienes excluidos*) y 78 (*extinción*); y el tercero (*Del usufructo viudal*), los artículos 79 (*Comienzo del usufructo*), 80 (*Inventario y fianza*), 81 (*Otras medidas cautelares*), 82 (*Sanción de la falta de inventario*), 83 (*Disponibilidad del derecho y de los bienes*), 84 (*Derechos y obligaciones*), 85 (*Intervención de los nudo-propietarios*), 86 (*Extinción del usufructo viudal*), 87 (*Transformación del usufructo*) y 88 (*Poseción de los propietarios*).

4. Apreciación crítica general.

De "afinada y certera" calificaba el informe del Colegio Notarial de Zaragoza y de los Registradores de las tres provincias aragonesas

a la regulación que de la viudedad hacía el primer Anteproyecto de la Comisión compiladora.

Su situación sistemática inequívoca, dentro del Derecho de Familia, y su estructuración interna, regulando en capítulos diferentes la fase del derecho expectante y la del usufructo viudal, sólo ventajas produce (*infra*, núm. 5).

Fiel al espíritu del Derecho histórico, la Compilación trata, sin embargo, de adaptar sus reglas a las cambiadas circunstancias temporales, adecuando la institución a la realidad social y a los planteamientos económicos de nuestros días. Por otra parte, se ha aprovechado la coyuntura legislativa para proveer a la enmienda de algunos inconvenientes —paralización en el tráfico de los bienes usufructuados; excesiva prolongación de la dependencia económica de los hijos; posibilidad de una administración defectuosa, al estar únicamente en manos de una persona de avanzada edad— que, si nunca superaron a las ventajas de la institución, admitían, además, un tratamiento corrector que no fuese contradictorio con la finalidad de aquélla: la prolongación de la unidad familiar. No otro significado —corrección de inconvenientes denunciados por la experiencia— tienen los artículos 73, 83, 85 y 87 de la nueva Compilación. También se ha tratado de reflejar lo más destacado de las aspiraciones manifestadas, por vía dispositiva, durante la última época de vivencia de la institución: viudedad universal (art. 72), dispensa de inventario (art. 80), etc.

En el aspecto técnico la nueva regulación goza de mayor densidad normativa; con una extensión análoga, o acaso inferior, a la del Apéndice, la Compilación contiene más Derecho que aquél; los artículos son breves o distribuidos en párrafos también breves y numerados. Hay abundantes remisiones que evitan la repetición, y las rúbricas que preceden a cada artículo suponen una mejora técnica notable para su manejo y para su interpretación y coordinación.

En el aspecto formal el lenguaje de la Compilación es claro y sencillo; si no alcanza la elegancia retórica o el casticismo histórico de algunas expresiones del Apéndice, le gana, en cambio, en rigor y precisión terminológica, dentro de una suficiente corrección y de una enconiable austeridad formal.

Ello no quiere decir que la regulación de la viudedad en la Compilación carezca de defectos; sin duda los tiene; a lo largo de este estudio iré señalando los que yo he advertido. Aquí quiero exponer solamente que el sistema de elaboración sucesiva por varios organismos, si no están muy relacionados y compenetrados, tiene el inconveniente de dejar desapercibidas —y desatendidas— las repercusiones concomitantes a una modificación concreta; también dentro de un mismo organismo puede ocurrir esto cuando se formulan dos versiones diferentes y, a mi juicio, esto es lo ocurrido con la remisión que el artículo 74 hace al 87 y lo ocurrido —en este caso agravado al sustituir la Comisión de Códigos la remisión numérica, equivocada, por el contenido— con la salvedad que hace el 76, 2, de lo establecido

sobre responsabilidad por deudas de gestión. Algo de esto sucede también con la subsistencia de normas pensadas para la viudedad inmobiliaria y no modificadas al formularla como universal (cfr. artículo 84, 1.^a).

Pero, en conjunto, el saldo es, a mi juicio, sin duda favorable; los defectos señalados —y los que se irán observando— son muy concretos; alguno, puramente material; perfectamente subsanables a través del procedimiento previsto en la disposición adicional de la misma Compilación.

5. *En particular, consecuencias de la ordenación sistemática.*

La ubicación y ordenación sistemática de la viudedad en la nueva Compilación sugiere las siguientes observaciones:

a) Se considera que la viudedad forma parte del Derecho de familia y no del de sucesiones; así lo destaca expresamente la Exposición de motivos, ratificando el anterior convencimiento doctrinal que se apoyaba en razones históricas y técnicas, a saber: en primer lugar, el origen de la institución, las arras y la continuación de la comunidad conyugal; en segundo lugar, el tratamiento y la interpretación doctrinal de nuestros clásicos, que nunca suplieron las lagunas con las normas que rigen la herencia; en tercer lugar, la conclusión de que el viudo usufructuario no es —tampoco en el Derecho del Apéndice— un heredero: su derecho, en principio, es superior al de los acreedores, preferente al de los legatarios, precede al de los legitimarios y no depende de la voluntad del causante; tampoco es un legatario, porque su derecho no constituye un crédito contra los herederos, sino un gravamen con el cual estos reciben los bienes; finalmente, su derecho no es sucesorio porque lo adquiere a título oneroso, no lucrativo, lo cual explica su preferencia al derecho de los acreedores.

Pero el tratamiento de la viudedad como institución de Derecho familiar deja subsistente el viejo problema —o los inconvenientes— de la ley aplicable en los casos de cambio de regionalidad; en tales casos puede suceder que se superponga el derecho —familiar— de viudedad (adquirido en el momento de contraer matrimonio siendo aragonés el marido; y no extinguido al perder la vecindad aragonesa, por ser inmutable el régimen económico familiar) como ventaja concedida al cónyuge viudo al disolverse la comunidad conyugal, y el derecho —sucesorio— a una cuota parte de la herencia del primero (por conceder legítima al cónyuge viudo el ordenamiento aplicable a la vecindad no aragonesa que tuviese el otro cónyuge al morir); puede suceder también que unos cónyuges no aragoneses (sin derecho de viudedad) adquieran después de celebrado el matrimonio la vecindad aragonesa; a la muerte de uno de ellos, el otro no gozará de viudedad (porque no se la concedía el ordenamiento apli-

cable al matrimonio, cuyo régimen es inmutable), ni de legítima (pues, por normalmente innecesaria, no la concede al viudo el Derecho aragonés, aplicable a la sucesión del otro cónyuge).

La Compilación no resuelve esta cuestión, ni era competencia suya resolverla; se trata de un conflicto de leyes que no debía solucionar una de las leyes en concurso; no es problema de Derecho aragonés, sino de Derecho interregional que, por tanto, deberá resolver la ley de esta naturaleza y finalidad que, con carácter de urgencia, demandaba el extremo *d*) de la conclusión 1.^a del Congreso Nacional de Derecho civil celebrado en Zaragoza el año 1946.

Entre tanto, también con referencia a la Compilación, creo que la solución más justa y viable consiste en conceder al cónyuge superviviente las ventajas de la ley aragonesa como más favorable. La solución, en los casos de superposición de ventajas viuales (viudedad aragonesa y legítima del C. c., por ejemplo), que consiste en eliminar la cuota del Código, se justifica por la improcedencia de acumular, en cualquier sistema, dos cuotas usufructuarias en favor de un mismo cónyuge viudo; va esto contra los principios generales que informan el sistema sucesorio del Código civil, y desde el momento en que la función de la legítima viual queda cumplida con el usufructo viual 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. En los casos de inaplicación de ninguna de las dos instituciones (ni viudedad ni legítima), la solución de conceder al cónyuge superviviente el usufructo viual aragonés se justifica por la íntima relación que, en Derecho aragonés, tienen las instituciones familiares *post mortem* (en los Derechos forales el régimen de bienes no es del matrimonio, sino de la familia), y el Derecho de sucesiones, lo que permite entender que éste atrae a su órbita aquellos beneficios viuales cuando se trata de cónyuges que no han renunciado a ellos y no los tienen atribuidos por la ley del tiempo de su matrimonio.

Por lo demás, la naturaleza familiar de la institución —ahora firmemente refrendada por la sistemática de la Compilación— tiene importantes consecuencias prácticas: la inaplicabilidad de las normas sucesorias sobre incapacidad, indignidad, desheredación (sin perjuicio de la conveniente remisión: cfr. art. 86-1), aceptación, renuncia, responsabilidad, etc.

b) La sistemática del título VI del libro I de la Compilación diferencia y regula las dos fases de la institución, derecho expectante y usufructo viual.

Propiamente no son dos derechos distintos, ni la clasificación en dos especies de un derecho como categoría genérica, sino dos fases o momentos de una misma institución, evolutiva conforme al cambio —constante matrimonio, disolución por muerte de un cónyuge— del supuesto de hecho. A cada una de estas fases corresponde, sobre un

tratamiento común, distinto tratamiento doctrinal y práctico, aunque recíprocamente coherente. Normativo también; el Apéndice de 1925 distinguió perfectamente, según he dicho, las dos fases (cfr. art. 63); pero después mezcló el régimen de ambas, haciéndose necesario discriminar qué normas tenían alcance o eficacia común y cuáles otras se referían al derecho expectante o al usufructo legal; la enumeración de las causas de extinción que contenía el artículo 73 es, entre otros, un claro exponente de esta promiscuidad. Por otra parte, ello ocasionaba algunas lagunas en el régimen, quizá más delicado, del derecho expectante. La clarificación sistemática permite relacionar el derecho expectante con la responsabilidad de los bienes sobre que recae (art. 76, 2), así como determinar las respectivas causas de extinción (arts. 78 y 86), etc. Y ha permitido resolver los problemas prácticos que pudiera plantear la "universalización" de la viudedad (cfr. art. 76, 3).

Pero la integración, como simples capítulos, del respectivo régimen jurídico, en un mismo título, así como la dedicación de un capítulo a las disposiciones generales, expresan la unidad institucional y la coherencia de las dos fases entre sí; ni el derecho expectante es una simple expectativa de derecho, equivalente a la del legitimario en vida del causante, ni el usufructo viudal es un simple usufructo; la viudedad es un derecho de naturaleza familiar que tiene un régimen y unas manifestaciones distintos constante matrimonio y tras la muerte de uno de los cónyuges.

III. RÉGIMEN GENERAL

6. Fuentes e interpretación.

Bajo esta misma rúbrica, al final del Capítulo primero, el artículo 75 dispone en sus dos primeros párrafos:

Fuentes e interpretación.

Artículo setenta y cinco.—Uno. 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.

Dos. Las cláusulas contractuales y testamentarias relativas a la viudedad se entenderán siempre, en sentido favorable a la misma.

La prelación de fuentes establecida en el primer párrafo, con tal carácter de ordenación preferente, supone una alteración, para la viudedad, del orden general establecido en el artículo 1 de la Compilación; en tema de viudedad, así, la costumbre no sólo viene a integrar la Compilación misma, sino que se antepone a ella; anteposición que sólo puede significar una de estas dos cosas: o que toda la regulación legal de la viudedad es *ius dispositivum*, o que en tema de viudedad

queda legalmente admitida la costumbre *contra legem*; propiamente, un tratamiento técnico del precepto conduce a esta segunda solución porque la primera —*ius dispositivum*— se aviene mal con alguno de sus pronunciamientos (cfr. art. 74,2) y, por otra parte, es más referible a la anteposición del pacto que de la costumbre; además, ni la anteposición del pacto ni de la costumbre a las disposiciones legales de Derecho dispositivo tendría que formularse con carácter particular en el título de la viudedad; ello ya resulta así, para la totalidad del ordenamiento, de los artículos 2 y 3 de la Compilación.

* * *

En el párrafo segundo del artículo 75 se formula como mejor regla de interpretación el principio del *favor viduitatis*. La norma viene a coincidir con la formulada al final del párrafo primero del artículo 64 del Apéndice, pero en la Compilación tiene —incluso sistemáticamente— mayor amplitud: en el Apéndice suponía la aplicación del principio a la extensión universal, por pacto, del objeto de la viudedad, si bien de la norma podía inducirse el principio para aplicarlo analógicamente a otras cuestiones; en la Compilación se formula, en tema de interpretación, el principio mismo.

7. *Originación del derecho de viudedad.*

El primer artículo del Capítulo I de la viudedad está formulado en los siguientes términos:

Origen y extensión.

Artículo setenta y dos.—Uno. 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.

Dos. 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 primero del artículo treinta y nueve. 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.

El derecho de viudedad nace, pues, con la celebración del matrimonio; la problemática de originación —matrimonio no inscrito, matrimonio secreto, etc.; en cuanto al matrimonio nulo, *infra*, núm. 14— queda implicada en la relativa a la eficacia del matrimonio.

La propuesta del Seminario (art. 139) y los Anteproyectos de la Comisión compiladora (arts. 144 del provisional y 140 del definitivo)

especificaban que esta originación automática por la celebración del matrimonio se producía cuando el marido era aragonés en el momento de contraerlo. La Comisión de codificación eliminó del Proyecto tal precisión, que tampoco ha pasado al texto legal seguramente por entender que, aclarada la naturaleza familiar de la institución, tal resultado venía dado por los artículos 9 y 15 del Código civil.

* * *

Según el artículo 72,1 de la Compilación, lo que la celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge es "el usufructo de viudedad sobre todos los bienes del que primero fallezca". Este modo de describir la viudedad se asemeja más al artículo 63 del Apéndice que al correspondiente de los proyectos pre-legislativos; pero se diferencia de aquél en que el Apéndice refería la atribución *ope legis* al "derecho expectante de usufructuar", mientras la Compilación lo refiere al "usufructo de viudedad"; realmente, con esta redacción, la inteligencia del artículo 72 en sí mismo podría resultar oscura; podría parecer que, con la celebración del matrimonio, y desde ella, cada cónyuge adquiere el usufructo de los bienes del otro, o que lo adquiere uno (el que sobreviva) sobre los del que primero fallezca, pero desde la celebración del matrimonio, lo cual es imposible... o que el derecho de usufructo sea originado desde la muerte de un cónyuge, pero por el matrimonio, como una expectativa jurídica semejante a la que la filiación atribuye en cuanto a la legítima...; sin embargo, el contexto de la regulación (en especial los arts. 76 y 79) demuestra que la nueva formulación tiene el mismo alcance que la acogida en sus precedentes y que la adoptada por el Apéndice; el derecho nace con la celebración del matrimonio, pero nace en su fase expectante, fase que consiste en afectar unos bienes a un posible y futuro usufructo.

* * *

En cuanto a la originación del derecho, el párrafo uno del artículo 72 se completa con la norma contenida bajo la rúbrica *fuentes e interpretación*, en el párrafo tres del artículo 75:

Tres. La viudedad es compatible con el pacto de hermandad llana.

Es lógico que el régimen matrimonial de *germandad* o comunidad universal no obste a la originación de la viudedad, puesto que la división por mitad de todos los bienes de los cónyuges no impide que el sobreviviente usufructúe los que se asignen a los herederos del premuerto, como sucede con la parte correspondiente a estos en la comunidad, limitada, del régimen legal.

La compatibilidad, por lo demás, estaba ya proclamada en la ob-

servancia 19 *de iure dotium* y, respecto de la viudedad legal, en el artículo 63 del Apéndice. La novedad estriba en que el Apéndice regulaba como legal la viudedad inmobiliaria, y al disponer en el artículo 63, párrafo 1.º, al final, que este derecho que se denomina “viudedad legal” no se altera por la estipulación llamada de “hermandad llana”, podría pensarse que sí se alteraba cuando no era viudedad legal, sino universal, paccionada o concedida. Como, por otra parte, el párrafo 2.º del artículo 64 declaraba la posibilidad de coexistencia del disfrute de la viudedad legal por el sobreviviente, con la comunidad continuada entre éste y los herederos del premuerto, negando expresamente esta posibilidad cuando se tratase de viudedad universal, parece que, por simetría, la compatibilidad entre viudedad legal y hermandad llana llevaba consigo la incompatibilidad entre ésta y la universal. Sin embargo, este resultado interpretativo no resultaba necesario; más bien conducía al contrario observar que el artículo 64 expresamente proclamaba la incompatibilidad entre la viudedad universal y la comunidad continuada, después de haber proclamado la compatibilidad con la legal, mientras que, en cuanto a la hermandad llana, faltaba la declaración expresa de incompatibilidad con la viudedad universal. Por otra parte, la *ratio* era completamente distinta: la hermandad llana es un pacto y también lo era —pacto o disposición— la viudedad universal: si coexistían ambos pactos, a ellos habría que estar, conforme al principio *standum est chartae* sin necesidad de que la ley proclamase su compatibilidad, compatibilidad que, en cambio, consideraba oportuno proclamar cuando una institución (la hermandad llana) procede del pacto y la otra (la viudedad inmobiliaria) de la ley.

Como el Seminario y la Comisión habían configurado la viudedad con notable amplitud, pero no universal, salvo que se pactase o concediese, repitió el contenido de la norma del Apéndice en forma más amplia al concederlo “cualquiera que sea el régimen de bienes de un matrimonio” (cfr. art. 144 del Anteproyecto provisional): pero después de la información pública, cuando la Comisión compiladora configuró ya la viudedad como universal, es cuando se incluyó la norma que actualmente forma el párrafo 3 del artículo 75 de la Compilación: la compatibilidad entre la viudedad (ya universal por ley) y el pacto de hermandad llana (cfr. art. 143 del Anteproyecto definitivo): no cabe pensar, pues, que la Comisión entendiase de otro modo el Apéndice, que quisiera hacer compatible con el pacto de hermandad llana y la viudedad legal inmobiliaria y que, al hacerla universal olvidase modificar la norma que había formulado pensando en una viudedad legal restringida. A mayor abundamiento, nótese que en la Compilación —a diferencia del Apéndice— la declaración de compatibilidad de la viudedad con el pacto de hermandad llana está situada, bajo la rúbrica *interpretación*, tras la regla de interpretación favorable a la viudedad de las cláusulas contractuales y testamentarias.

En suma, el alcance *consciente* que la Compilación parece dar a

esta regla es el siguiente: como la viudedad por ley es universal, pero por voluntad puede reducirse, cuando se haya pactado el régimen de hermandad llana, sin más, este simple pacto —entendido en sentido favorable a la viudedad— no significa, de suyo, voluntad de los cónyuges de limitar el objeto de la viudedad.

Por lo demás, la viudedad es también compatible en principio con los regímenes legales o convencionales de separación de bienes.

La compatibilidad entre la viudedad universal y la comunidad continuada —en lo que sí hay un cambio de criterio respecto del Apéndice— es problema distinto, y se expone en otro lugar (*infra*, núm. 14).

8. *Ambito objetivo.*

En los documentos anteriores a la Compilación oscense la viudedad se concede, unas veces, sobre todos los bienes del cónyuge que premuera, y otras sobre bienes determinados. En el fuero 1 *de iure dotium*, y en los fueros 1 y 2 *de secundis nuptiis*, se concede a la viuda el disfrute de *omnia quae simul habuerant*; la limitación a los inmuebles bien pudo generalizarse, por pacto, durante la vigencia de estos fueros, pero no adquirió carácter legal hasta 1390 en que el fuero 1 *de alimentis* lo limitó a los inmuebles.

Así se perpetuó en el Derecho aragonés y así pasó al Apéndice de 1925, sin perjuicio de poder hacerse extensiva a los muebles por disposición voluntaria, incluso presunta (cfr. art. 64 del Apéndice), denominándose entonces viudedad universal.

Sin embargo, ya en el siglo pasado, existió un sector doctrinal que, con variedad de argumentos, propugnaba *de lege ferenda* la viudedad legal de ámbito universal; exponente de esta corriente son la Memoria elevada al Gobierno y los proyectos de Apéndice de FRANCO y LÓPEZ y las conclusiones del Congreso de juristas aragoneses de 1880.

Se objetó a esta tesis que el argumento histórico poco suponía, desde el momento en que la misma práctica limitó pronto la viudedad a los inmuebles; que su extensión quedaba siempre permitida en un régimen de amplia autonomía de la voluntad; que la revalorización de la propiedad mobiliaria no era referible a toda clase de bienes, sino a los que la vida moderna había situado como posible fundamento de la economía familiar; y que la afección de los muebles, en vía expectante, ofrecía los inconvenientes técnicos inherentes a su naturaleza de gravamen real.

Por ello, otros autores propugnaron la extensión objetiva de la viudedad sin que llegase a ser universal, la afección de algunos bienes muebles (establecimientos mercantiles o industriales, títulos de la deuda pública o representativos de la participación en empresas, etc.); en este sentido, las directrices señaladas por la correspondiente ponencia de la Comisión de 1947 señalaban que la viudedad debía recaer, además

de sobre los inmuebles por naturaleza, sobre las explotaciones agrícolas o pecuarias, los negocios mercantiles o industriales y la propiedad intelectual e industrial, así como sobre los títulos valores que representasen participación del cónyuge premuerto en negocio directamente llevado por uno de los dos, y, por último, sobre el ajuar doméstico (no constituyéndose, en cambio, ventajas).

A la hora de enjuiciar este problema y de fijar su punto de partida, es necesario precisar que, en el Derecho histórico y en el Apéndice, la limitación a los inmuebles era sólo relativa; la temprana evolución que supone, por lo menos, el fuero 1 *de alimentis* —y ya he dicho que la práctica de reducción objetiva debió ser inmediata al 1 *de iure dotium*— se explica por cuanto, abarcando la comunidad legal aragonesa todos los bienes muebles de ambos cónyuges, el supérstite participaba en ellos a la disolución del matrimonio por muerte del otro cónyuge, es decir, que el usufructo vidual ya no tenía una razón de ser esencial en cuanto a ellos; en cambio, en el Derecho navarro en que la comunidad se restringe pronto a las ganancias, el disfrute vidual se mantiene extendido a los muebles. Por ello, en el Derecho histórico aragonés, la exclusión de los muebles lo es en cuanto comunes: los que mantienen carácter privativo son objeto de viudedad (cfr. observancia 9 *de secundis nuptiis* y las SS.A.Z. 6 julio 1866 y 22 junio 1878, entre otras). En realidad, el Apéndice, sin decirlo, seguía este mismo criterio: referir la viudedad, además de a todos los bienes inmuebles, a los muebles privativos, sea *in natura* sea en valor; así, el artículo 66 enumeraba una serie de bienes muebles que, “al efecto de comprenderlos en la viudedad legal, se reputarán bienes inmuebles” y que son, o créditos de la masa privativa contra terceros (núms. 1.º y 2.º), o un crédito privativo, efecto de una transmisión de propiedad a la masa común (num. 3.º), o un crédito privativo contra la comunidad, nacido simultáneamente a ésta, pero pagadero a su disolución (número 4.º); en cierto modo, respondía también a este principio —tácito, pero efectivo en la regulación del Apéndice— la regla 1.ª de su artículo 72.

Las primeras formulaciones prelegislativas de la Compilación siguieron este mismo sistema, pero invirtiendo su presentación: en lugar de referir la viudedad a los bienes inmuebles y añadir después —considerados como tales a efectos de viudedad— una serie casuística de bienes muebles (que resultan ser los privativos, *in natura* o en valor), la propuesta del Seminario (art. 139) y el Anteproyecto provisional de la Comisión compiladora (art. 144) declaraban objeto de viudedad todos los bienes privativos del cónyuge premuerto y los inmuebles comunes. Pero, además, estos preceptos añadían —por vía de remisión al régimen matrimonial— que, a los efectos de viudedad, tendrían consideración de inmuebles las explotaciones agrícolas o ganaderas y los negocios mercantiles e industriales, con cuantos elementos estuviesen afectos a unos y otros, los vehículos, máquinas y artefactos cuya propiedad deba acreditarse mediante documentación intervenida

por oficina pública, y los títulos-valores, las participaciones en sociedades y cuentas de asociación, los capitales colocados en negocios y los créditos consignados en documento público.

Sin embargo, tras la información pública del Anteproyecto, la Comisión rectificó la formulación del precepto, y en el artículo 140 del definitivo aparece la viudedad legal referida a todos los bienes del premuerto. Sin duda influyó en este giro el informe emitido por el Colegio Notarial de Zaragoza y los Registradores de las tres provincias aragonesas, el cual consideraba que en el Anteproyecto la viudedad se hacía casi universal y que hacerla universal era aspiración de, prácticamente, la totalidad de los cónyuges aragoneses; por ello propugnaba este informe que se le diese francamente tal carácter: viudedad universal, como regla, dejando a salvo la posibilidad de restringirla por testamento o por pacto a los bienes inmuebles; de esta forma —concluía el informe— se invertirían, con relación al Anteproyecto, los términos del problema, haciendo su regulación más acorde con el sentir general.

La Comisión de Códigos formuló el precepto en los términos que han quedado en el transcrito artículo 72 de la Compilación: la viudedad legal recae sobre todos los bienes del que primero fallezca. Y esta extensión universal del derecho de viudedad es también aplicable, conforme a la disposición transitoria cuarta de la misma Compilación, a los matrimonios ya contraídos y subsistentes al tiempo de su entrada en vigor; en cambio, no se regirán por sus normas los usufructos viuales anteriormente causados (*ibidem*), ni se aplicarán a los matrimonios, ya contraídos, de viudo o viuda que tuviera descendencia de anteriores nupcias (disposición transitoria quinta).

La Exposición de motivos justifica la extensión universal con argumentos semejantes a los del informe de los Notarios y Registradores aragoneses: la conveniencia de atribuir carácter de sitios a un considerable número de bienes muebles por naturaleza; y la frecuencia de extensión por voluntad a todos los bienes; incluso alude la Exposición de motivos a la creencia, muy generalizada, que así lo ordenaba la ley.

Tiene el nuevo sistema la ventaja de su sencillez, puesta de relieve por MARTÍN BALLESTERO; de su historicidad puede hablarse en ambos sentidos, pues en su origen legal aparece como universal, aunque pronto se reduce; y los inconvenientes técnicos inherentes al tratamiento de un gravamen real sobre muebles de toda clase (consumibles, fungibles) han sido obviados por la Compilación excluyéndolos, en los términos que luego analizaré, del derecho expectante (cfr. art. 76, 1 y 3).

* * *

Por lo demás, la reforma legislativa no supone una innovación muy profunda si se tiene en cuenta, de una parte, el verdadero alcance objetivo de la viudedad, tanto en el Derecho histórico cuanto en el Apén-

dice; y, de otra parte, que la disposición general del artículo 72, 1, adquiere, en la misma Compilación, las siguientes matizaciones:

a) Convencionalmente la viudedad puede reducirse a los inmuebles y aun a sólo parte de ellos: "A salvo lo pactado en instrumento público o lo dispuesto de mancomún por ambos cónyuges", dice, al final, el párrafo 1 del artículo 72.

Incluso la voluntad unilateral de uno de los cónyuges, expresada en forma, puede reducir el objeto del derecho del otro a los inmuebles por naturaleza y a las explotaciones agrícolas, ganaderas, mercantiles e industriales, con cuantos elementos estén afectos a unos y otras, completado, en su caso, con otros bienes, hasta alcanzar el valor de la mitad del caudal hereditario (cfr. art. 72, 2).

En el Derecho del Apéndice la viudedad legal podía hacerse universal por voluntad del otro cónyuge, y existía tal serie de presunciones en este sentido (cfr. art. 63) que bien podía descubrirse, como principio inspirador, el *favor viduitatis*. En la Compilación la viudedad legal es universal, pero puede reducirse mediante pacto o disposición mancomunada, y, dentro de los límites legales, por voluntad unilateral. La diferencia, como se ve, no es grande; incluso, constatada en el Derecho anterior la frecuencia del pacto de viudedad universal, el nuevo Derecho no supone sino una adaptación a esta realidad de la vida jurídica.

b) En supuestos particulares, el objeto de la viudedad queda también legalmente reducido; he aquí cómo lo dispone la nueva Compilación:

Limitaciones:

Artículo setenta y tres.—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.

El fundamento de esta limitación objetiva —y nótese que puede ser más enérgica que la limitación a inmobiliaria— parece claro: se trata de hacer compatible, en cierta medida, el disfrute viudal del cónyuge supérstite con la efectividad actual de los derechos sucesorios de los hijos que, siéndolo del premuerto, no lo son del usufructuario; por ello el precepto requiere que el primer matrimonio fuese fecundo y, además, heredado.

Este artículo no tiene precedente en el Apéndice de 1925; tampoco en los Proyectos de 1899 y 1904. En el Derecho histórico la observancia 10 de *secundis nuptiis* dispuso que la viuda en el segundo matrimonio del marido tenía viudedad en la mitad de los bienes consorciales del primer matrimonio y primera sociedad continuada que le correspondiera al marido, siendo la nuda propiedad a dividir por ca-

bezas entre los hijos de la primera y de la segunda mujer; y que no tenía viudedad en la otra mitad del primer consorcio. El segundo Apéndice de FRANCO disponía que la persona que casase con viudo o viuda con hijos de anterior matrimonio, sólo tendría viudedad en los bienes que éste adquiriese en lo sucesivo y en la parte de que pudiese disponer libremente por última voluntad en favor de extraños, de los que a la sazón le pertenecieran (art. 121). El Congreso de juriscultos de 1880 aprobó que el que casase con viudo o viuda no tuviera viudedad en la parte de bienes que éste aportase correspondiente a los hijos del primer matrimonio.

Más por consideración a razones prácticas y de experiencia que por fidelidad a estos precedentes (en el fondo, alguno de ellos poca relación tiene con la limitación por viudez de cónyuge binubo), el Seminario y la Comisión compiladora establecieron la reducción del derecho de cada cónyuge a la mitad (de los bienes privativos del premuerto y de los inmuebles comunes), cuando un viudo o viuda con descendencia casare con persona veinte o más años menor que él (cfr. art. 144, § 2.º, del Anteproyecto provisional); igualmente, a la posibilidad de extender el derecho de viudedad en documento público o testamento a los bienes muebles consorciales, impusieron como limitación el que no se podría conceder viudedad universal en el caso de ulteriores nupcias con supervivencia de hijos de anteriores matrimonios (cfr. art. 145). Tras la información pública estas limitaciones se modificaron; en su informe decía el Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza que el § 2.º del artículo 144 parecía una suspicacia innecesaria y que, además, la solución era totalmente casuística —igual que veinte años se podía haber puesto quince o veinticinco—; entendía así, este informe, que si se quería proteger los derechos de la descendencia era inocua la diferencia de edad entre los nuevos cónyuges; y si lo que se quería era reducir el interés económico que pudiera tener el matrimonio para el contrayente más joven, era indiferente que el otro contrayente fuera viudo o soltero y que tuviera o no descendientes. Atendida esta observación, el artículo 141 del Anteproyecto definitivo (que ya había formulado como universal la viudedad legal) se limitó a disponer que, en caso de ulteriores nupcias con supervivencia de hijos de anterior o anteriores matrimonios, el derecho de viudedad se reduciría a los inmuebles por naturaleza y a las explotaciones agrícolas o ganaderas y a los negocios mercantiles e industriales; y que, si su valor no representara la mitad del caudal hereditario, se completaría este mínimo con los bienes muebles necesarios; es decir, en tales supuestos (ulteriores nupcias con supervivencia de hijos del matrimonio anterior), la viudedad se reducía a los límites en que la legal (universal) podía ser reducida, en supuestos normales, por voluntad de cada cónyuge declarada en testamento o instrumento público; y en los casos de ulteriores nupcias con supervivencia de hijos, si la persona que casaba con viudo o viuda era veinte o más años menor que él, todavía el derecho se reducía a la tercera parte del caudal.

La Comisión de Códigos modificó de nuevo el sistema (cfr. art. 73 del Proyecto) en la forma que ha pasado al artículo 73 de la Compilación: reducción del derecho viudal a bienes cuyo valor no exceda de la mitad del caudal hereditario, quedando sin efecto la limitación si al fallecimiento del viudo no sobrevivieran los hijos de anterior matrimonio; y ha desaparecido toda suerte de reducción por desigualdad de edad.

Es posible que los argumentos expresados en el informe del Colegio de Abogados —y que, en definitiva, han prevalecido— sean del todo ciertos; pero yo creo que la propuesta del Seminario trataba de evitar *dos* inconvenientes distintos, aunque muy relacionados y unificados en la vulneración del fundamento de la institución: ya he dicho que la viudedad tiene su explicación sociológica y su principal justificación ética en la prolongación de la unidad familiar; al dejar en manos del cónyuge viudo la dirección económica de la familia, favorece su cohesión y la educación de los hijos, a la vez que mantiene su autoridad sobre ellos, y —haya o no hijos— le asegura un tenor de vida igual que en vida de su consorte; pero, junto a estas ventajas, tiene, sin duda, algún inconveniente que no las supera ni anula, pero que, aun así, el Seminario y la Comisión trataron de paliar: uno de estos inconvenientes es que, en caso de ulteriores nupcias existiendo hijos del matrimonio anterior, éstos quedan con un simple derecho de alimentos, mientras su padrastro o madrastra disfrutan de todo el patrimonio conyugal; otro inconveniente es que si, además, el matrimonio es desigual de edad —existiendo cierta presunción de “interesado”—, normalmente, la situación de desmembración de dominio y dependencia económica del padrastro o madrastra se prolonga durante mucho tiempo. El Seminario y el primer Anteproyecto proveyeron a los dos inconvenientes: al primero, prohibiendo el pacto de viudedad universal, y al segundo, además, con la reducción objetiva. Hoy queda el sistema unificado; sólo se atiende al primer inconveniente estableciendo, para él, la reducción del objeto de la viudedad a la mitad del valor del caudal hereditario.

* * *

La exposición que antecede supone una descripción del ámbito objetivo de la viudedad en su nueva regulación, y la observación de que, en el fondo, el sistema no supone una innovación tan radical sobre el Derecho del Apéndice como a primer examen puede parecer. Pero, en este punto, acaso sea también interesante señalar algunos problemas y hacer algunas puntualizaciones en orden a la vigente determinación del ámbito objetivo de la viudedad:

a) La viudedad legal es universal, abarca “todos los bienes del que primero fallezca”; pero puede pactarse o disponerse de mancomún otra cosa; el pacto deberá constar en instrumento público y la disposición en testamento mancomunado (cfr. art. 72, 1); aunque el pre-

cepto no lo diga expresamente respecto del pacto —si que lo dice respecto de la disposición mancomunada—, parece lógica la conclusión de que deberán convenir la reducción ambos cónyuges; su voluntad convenida es necesaria y suficiente (además de la forma). La puntualización puede tener interés cuando se haya pactado en capitulaciones matrimoniales, con intervención de otras personas (cfr. art. 25).

b) La posibilidad de reducción paccionada no tiene límites: puede reducirse a los inmuebles por naturaleza y a los establecimientos agrícolas, etc., o sólo a aquéllos, o a parte de ellos, o a sólo los muebles o algunos muebles, etc. Si un cónyuge puede renunciar incluso a la totalidad del derecho (cfr. art. 74, 1), con mayor razón podrá convenir cualquier suerte de reducción. Tampoco parece necesario, por la misma razón, que la reducción sea recíproca ni recíprocamente coincidente. Esta segunda puntualización puede ser interesante en orden a la determinación de si la reducción convenida en testamento mancomunado es o no disposición correspectiva (cfr. art. 97), y en orden a la naturaleza onerosa o gratuita de la viudedad (*infra*, núm. 9).

En la interpretación de estos pactos, empero, deberá tenerse en cuenta el principio del *favor viduitatis* formulado en el artículo 75, 2 (*supra*, núm. 6).

Esta norma, que según he dicho viene a coincidir con el artículo 64 del Apéndice, funcionará, sin embargo, en sentido opuesto: como en el Apéndice la viudedad legal no era universal, sino restringida, pudiendo hacerse universal por declaración de voluntad, el *favor viduitatis* se manifestaba en la interpretación extensiva de los pactos y disposiciones; en cambio, en la Compilación, siendo universal la viudedad legal, aunque limitable por la voluntad, el mismo principio del *favor viduitatis* conducirá, en la generalidad de los casos, a una interpretación estricta, restrictiva, de las declaraciones de voluntad.

c) Mayor problema puede suscitar la reducción por voluntad unilateral a que se refiere el párrafo dos del artículo 72, cuando el valor de los inmuebles por naturaleza y de las explotaciones agrícolas, etc., no represente la mitad del caudal hereditario; para esta hipótesis —que, en economías actuales, puede ser más frecuente de lo que parece— dispone el precepto que “se extenderá la viudedad a otros bienes hasta completar dicha mitad”; pero, ¿quién tasa ese valor? ¿Quién decide a qué otros bienes debe extenderse el derecho?... Aquí será de aplicación lo dispuesto, en cuanto a prelación de fuentes, por el párrafo uno del mismo artículo 75 (*supra*, núm. 6): en su virtud, si la disposición del premuerto que limitó la viudedad del supérstite señalase en qué bienes ha de concretarse el usufructo mobiliario para alcanzar el valor de la mitad del caudal hereditario, a ella deberá estarse, siempre que alcance, efectivamente, esa mitad.

También el pacto, el acuerdo entre el viudo usufructuario y los herederos del premuerto —aunque no sea a este pacto al que se refiere el art. 75, 1, su aplicación resulta del art. 3—, será preferente para decidir esta cuestión.

Si nada hubiese dispuesto ni acordado, se estará a la costumbre; mas ninguna costumbre existe de momento respecto de una modalidad *ex novo* de la institución; si con el tiempo surge, a ella deberá estarse.

Entre tanto, tampoco resuelve la cuestión el título VI del libro I de la Compilación; creo, sin embargo, que en donde conforme al artículo 20 exista Junta de parientes, a ésta corresponderá decidir sobre la valoración y sobre los bienes en que haya de recaer el resto del usufructo viudal.

En otro caso, decidirá la autoridad judicial con amplio arbitrio en cuanto al señalamiento de bienes; no en cuanto a la valoración, que deberá hacerse pericialmente conforme a las normas procesales; sería defendible la aplicación analógica del artículo 1.167 C. c., como si se tratase de una obligación con género limitado, o simplemente por razones de equidad.

d) Parecidos criterios deberán seguirse en la hipótesis de limitación legal a que se refiere al artículo 73. Ahora bien, nótese que este precepto no coincide con el párrafo dos del anterior: cuando uno de los cónyuges quiere reducir el objeto de la viudedad del otro, puede hacerlo a los inmuebles y establecimientos agrícolas, etc.; y si su valor no alcanza la mitad del valor del caudal hereditario se completará este valor con otros bienes que quedarán también sometidos al usufructo viudal (art. 72, 2); cuando el cónyuge premuerto fuese viudo con descendencia que le sobreviva, la viudedad del otro cónyuge “no podrá extenderse a bienes, porción o cuota de ellos, cuyo valor exceda de la mitad del caudal hereditario” (art. 73); esta limitación, según se interprete, puede, por su parte, cercenar incluso el patrimonio inmobiliario (si representa más de la mitad del valor del caudal hereditario), cosa que no sucede con la anterior limitación; y, por otra parte, el objeto del usufructo puede señalarse por quien corresponda con gran amplitud: sobre bienes muebles aun existiendo inmuebles libres del usufructo, etc.; el precepto no señala otro límite ni orden que el del valor; y no parece que sea aplicable por analogía el párrafo segundo del artículo anterior.

* * *

Otra norma relativa al objeto de la viudedad es la formulada —respondiendo a la rúbrica *privación* (*infra*, núm. 9)— en el párrafo dos del artículo 74:

Dos. Los ascendientes no pueden prohibir o impedir que el cónyuge de su descendiente tenga viudedad en los bienes que transmitan a éste por donación o sucesión.

Pero este precepto encuentra su complemento en el Capítulo II, dentro del régimen del derecho expectante:

Bienes excluidos

Artículo setenta y siete.—El derecho expectante de viudedad no comprende los bienes que los cónyuges reciban a título gratuito con prohibición de viudedad o lo sujeto (aquí, en el “B. O.” hay, seguramente, una errata: debe decir “o sujetos”) a sustitución fideicomisaria, salvo lo dispuesto en el artículo setenta y cuatro.

La ordenación sistemática de este último precepto es discutible; los bienes a que se refiere no están excluidos “sólo” del derecho expectante (como los muebles enumerados como sitios en el art. 39, 1.º), lo cual significaría que el derecho de viudedad versaría únicamente sobre los existentes al fallecimiento del cónyuge propietario (cfr. artículo 76, 3); ya se comprende que no es este el sentido de la ley, sino el excluirlos de la viudedad en su conjunto, también del usufructo viudal.

Por otra parte, está tan relacionado (al menos en su historia doctrinal) con el artículo 74, 2, que no ha podido evitar remitirse a aquél.

Efectivamente, en la regulación del Apéndice la materia no quedaba clara; en particular la interpretación de la regla 1.ª del artículo 67 en relación con el artículo 63 no era nada pacífica, aunque la solución que parece más correcta coincidía con la expresamente adoptada en los artículos 74 y 77 de la Compilación.

En ella, pues, quedan claramente excluidos los bienes que los cónyuges reciban a título gratuito de personas que no sean los padres del adquirente y que por voluntad del transmitente, expresa o tácita, deban quedar excluidos.

Con referencia al artículo 74, 2, conviene recordar lo dicho respecto del artículo 75, 1, ya que parece tratarse de norma imperativa (prohibitiva); de cualquier modo, ello no impide que el cónyuge del descendiente donatario o sucesor renuncie en documento público a su derecho sobre tales bienes (cfr. art. 74, 1). Por otra parte, es de notar que la invalidez se refiere y contrae a la viudedad del cónyuge del descendiente: luego, *a contrario sensu*, valdrá la prohibición o impedimento de viudedad al hijo (nieta, etc.) sobre los bienes donados o transmitidos *mortis causa* a la nuera (cónyuge del descendiente, en general). Por último, es también de notar que en la invalidez entra toda suerte de impedimentos (sustitución fideicomisaria) mientras viva el cónyuge viudo, y también toda suerte de gravámenes que, de alguna manera, impidan o limiten el derecho de viudedad.

Durante la información pública del primer Anteproyecto, el Colegio de Abogados de Zaragoza manifestó su disconformidad con esta norma; a su juicio, había que distinguir entre los bienes que constituyen legítima forzosa (en los cuales encontraba lógica la invalidez de la prohibición) de aquellos de libre disposición, respecto de los cuales la norma de invalidez significaba colocar al ascendiente en peor situación que la de cualquier tercero y en coyuntura de buscar subterfu-

gios (como la intervención de terceras personas) o tener que renunciar a una transmisión que hubiese deseado. Pero la Comisión, atendida la especial significación en nuestro Derecho de la legítima, y sopesando los argumentos previamente expuestos por la doctrina en un sentido y otro, no recogió en el Anteproyecto definitivo esta opinión y reprodujo el mismo precepto. De él pasó al Proyecto y, finalmente, a la Compilación.

La exclusión de viudedad conforme al artículo 77 requiere, según se deduce del mismo: 1.º, que el cónyuge o los cónyuges los reciban de persona que no sea ascendiente del destinatario; 2.º, que los adquiera a título gratuito; y 3.º, que el transmitente prohíba la viudedad o los transmita sujetos a sustitución fideicomisaria. El primer Anteproyecto hablaba sólo de “sustitución”; pero ante la observación contenida en el informe del Colegio de Abogados, en el sentido de la equivocidad del término (cfr. art. 774 C. c.), se incluyó la especificación “sustitución fideicomisaria”. En cambio, no se añadió el nuevo párrafo que el informe solicitaba para especificar que en caso de legado de residuo el cónyuge del heredero primeramente instituido disfrutará del derecho expectante de viudedad; la Comisión debió entender que el caso quedaba satisfactoriamente resuelto en el régimen general y en el del derecho expectante, y que, en todo caso, era cuestión más adecuada para la elaboración doctrinal y para la aplicación jurisprudencial.

9. *Caracteres.*

En la Compilación la viudedad se formula como un derecho inalienable, pero renunciable:

Renuncia y privación

Artículo setenta y cuatro.—Uno. Salvo lo dispuesto en el artículo ochenta y siete, el derecho de viudedad es inalienable; pero podrá ser objeto de renuncia total o parcial, que deberá constar en documento público.

Por tratarse de un derecho familiar, y no de un mero lucro sucesorio, y por su finalidad específica —mantener la cohesión y autoridad familiar y la consideración social del cónyuge tras su viudez—, el derecho de viudedad es inalienable; la doctrina siempre le había reconocido este carácter. Sin embargo, la aceptación a ultranza de las consecuencias dogmáticas del mismo supondría evidentes perjuicios para todos, sobre todo en su fase de usufructo viudal y aun por encima de la conveniencia y voluntad unánime del viudo usufructuario y de los herederos nudopropietarios; ya el Apéndice había abierto una brecha al admitir, en la regla 2.ª del artículo 72, la enajenación del “ejercicio” del usufructo; con todo, la doctrina y los prácticos habían señalado la conveniencia de que, puestos de acuerdo el viudo

usufructuario y los nudopropietarios, pudiesen enajenar bienes determinados; incluso, en este sentido, se hicieron, también con referencia al Apéndice, brillantes alegaciones exegéticas.

Haciéndose eco de tan justificada corriente doctrinal y práctica, el Seminario, primero, y la Comisión compiladora, después, al proclamar en la regulación genérica del derecho de viudedad su inalienabilidad, salvaron expresamente, por remisión a la regulación específica del usufructo viudal, la posibilidad de que, concurriendo el viudo con los nudopropietarios, enajenasen el pleno dominio de bienes determinados (arts. 146 del Anteproyecto provisional y 142 del definitivo). La norma ha pasado al artículo 74, 1, de la Compilación. Creo que, independientemente de si en el Apéndice se podía o no llegar a una solución semejante por vía de interpretación, el haber formulado expresamente el alcance y los límites o salvedades del carácter irrenunciable de la viudedad, merece juicio favorable.

* * *

Pero la remisión o salvedad que este párrafo 1 del artículo 74 hace al artículo 87, merece una explicación, porque está equivocada: En el Anteproyecto provisional, el artículo 146 decía: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 155 respecto de los bienes objeto del usufructo viudal, el derecho de viudedad es inalienable"; en él, el artículo 155, bajo la rúbrica *disponibilidad de los bienes y del derecho*, reiteraba la inalienabilidad del derecho de viudedad, pero autorizaba la enajenación conjunta por el viudo y el nudo propietario de la plena propiedad de bienes determinados. Tras la información pública, el Anteproyecto definitivo mantuvo este artículo 146, que pasó a ser 142, y tan lo mantuvo que, olvidando el corrimiento numérico determinado por otros retoques, siguió referido al artículo 155, el cual en el Anteproyecto definitivo ya no era el relativo a la "disponibilidad de los bienes y del derecho" (el cual llevaba el número 151), sino el que, bajo la rúbrica *transformación del usufructo*, se refiere a cosa distinta de la disposición conjunta de bienes determinados. La Comisión de Códigos hizo, en el Proyecto, el corrimiento numérico determinado por su nueva sistemática y por las modificaciones introducidas, pero lo hizo en relación al Anteproyecto definitivo, consagrando el *lapsus calami* padecido por la Comisión compiladora al redactar el Anteproyecto definitivo. Y así ha pasado a la Compilación, en la que, por tanto, la referencia que el artículo 74, 1, hace al artículo 87 deberá ser subsanada entendiendo que se refiere, en realidad, al 83.

* * *

El artículo 74, 1, de la Compilación lo considera susceptible de renuncia total o parcial, siempre formal; la exigencia de forma puede

considerarse como cautela legal en que se manifiesta, una vez más, el principio del *favor viduitatis*.

En los antecedentes prelegislativos se añadía a estos calificativos de la renuncia, el de “abdicativa”; al suprimirlo la Comisión de Códigos en la redacción del Proyecto, no creo que pretendiese admitir la renuncia traslativa del derecho en su conjunto (lo cual iría contra su proclamada inalienabilidad), sino considerar tal suerte de renuncia en el régimen mismo de las enajenaciones de bienes determinados en la fase de usufructo viudal.

* * *

En la misma medida en que se considera inalienable el derecho de viudedad, deberá considerarse insusceptible de gravamen.

* * *

En cuanto a los restantes caracteres, creo que la viudedad mantiene hoy, en su nuevo ámbito objetivo, el carácter oneroso —o mejor, “no gratuito”— que, en el Derecho del Apéndice, se predicaba de la viudedad legal. Porque, siendo un derecho recíproco atribuido por la ley como parte de los que competen a causa del régimen de bienes del matrimonio, su adquisición no debe considerarse hecha a título gratuito; no supone donación, sino “ventaja matrimonial”, que, si a la hora del efectivo disfrute es unilateral, esta desigualdad depende de circunstancias —supervivencia— que lo justifican plenamente y que no eran previsibles a la hora del sometimiento *recíproco* al derecho expectante.

La doctrina más autorizada reconocía este carácter oneroso a la viudedad legal; en cuanto a la universal, su carácter oneroso o gratuito se hacía depender, en primer lugar, de su relación, mayor o menor, con el régimen de bienes del matrimonio; y, en segundo lugar, de su reciprocidad.

Hoy, con la viudedad legal universal, habrá que reconocer su carácter oneroso que, sin embargo, podrá hacerse en parte lucrativo si uno de los cónyuges, sin relación alguna con el régimen de bienes paccionado, y sin reciprocidad por parte del otro, reduce el derecho de viudedad de éste en la medida del artículo 72. No creo, en cambio, que tenga esta consecuencia la limitación legal del artículo 73, por cuanto su *ratio* es diferente: no hay, en él, como en el 72, una reducción voluntaria hecha por un cónyuge del derecho del otro que, sin embargo, pudiendo hacerlo, no reduce correlativamente el derecho de aquél. En el artículo 73 no hay el menor atisbo de liberalidad tácita, sino una reducción objetiva tan inimputable como puede ser la que, de hecho, produce la desigual fortuna de los cónyuges.

IV. RÉGIMEN DEL DERECHO EXPECTANTE.

10. *Bienes afectos al derecho expectante.*

En su fase de derecho expectante, la viudedad tiene un ámbito objetivo más limitado; así se deduce de lo dispuesto en los párrafos 1 y 3 del artículo 76 de la Compilación:

Régimen.

Artículo setenta y seis.—Uno. Los inmuebles por naturaleza y los muebles como sitios del número uno del artículo treinta y nueve quedan afectos al derecho expectante de viudedad en el momento de ingresar en el patrimonio común o en los privativos.

.....
Tres. 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.

Esta discriminación de régimen tiene una justificación práctica evidente: de una parte, el derecho expectante supone una suerte de gravamen real que no se compagina bien con el frecuente comercio y la difícil identificabilidad de muchos bienes muebles (acaso por ello no existió, o desapareció pronto, en la viudedad navarra que ha conservado su originario carácter universal); pero, de otra parte, determinados bienes muebles —o conjunto de ellos— desempeñan en la vida moderna la función económico-familiar que históricamente desempeñaban sólo los inmuebles; y pueden resultar fácilmente identificables; estas consideraciones llevaron al Seminario, primero, y a la Comisión compiladora, después, a incluir —como ya he dicho— en la viudedad, sin llegar a hacerla universal, determinados bienes muebles: las explotaciones agrícolas o ganaderas y los negocios mercantiles e industriales, con cuantos elementos estuvieran afectos a unas y otros, los vehículos, máquinas y artefactos cuya propiedad deba acreditarse mediante documentación intervenida por oficina pública, y los títulos-valores, las participaciones en sociedades y cuentas de asociación, los capitales colocados en negocios y los créditos consignados en documento público (cfr. art. 144, en relación con el 108, 1.º, 2.º y 3.º del Anteproyecto provisional); pero, luego, al regular por separado la fase del derecho expectante, la discriminación se hacía, sin más, entre bienes inmuebles y bienes muebles (cfr. art. 148); durante la información pública tuve ocasión de expresar una duda que me había surgido después de mi intervención en la ponencia del Seminario: la de si la salvedad se refería a los bienes muebles incluidos por declaración de voluntad (viudedad universal, que en tal Anteproyecto era voluntaria)

o también a los muebles por sitios, objeto de la legal. En el Anteproyecto definitivo —que hizo universal la viudedad legal— se especificó que quedaban afectos al derecho expectante “los bienes inmuebles por naturaleza y los comprendidos en el número 1.º del artículo 105” (explotaciones agrícolas o ganaderas y los negocios mercantiles e industriales, con cuantos elementos estuviesen afectos a unos y otros); tratándose de los restantes muebles por sitios del artículo 105 (vehículos, títulos valores, propiedad intelectual e industrial, etcétera) y de los muebles en régimen normal, el derecho de viudedad versaba “exclusivamente sobre los que existan al fallecer el cónyuge premuerto o hayan sido enajenados en fraude de tal derecho” (art. 144). Y este ha sido el criterio en que se han inspirado el Proyecto y la Compilación.

Quedan, pues, afectos al derecho expectante los inmuebles por naturaleza (art. 76, 1) y las explotaciones agrícolas, ganaderas, mercantiles e industriales, con cuantos elementos estén afectos a unas y otras (art. 39, 1.º).

* * *

¿Cuál es el alcance del párrafo tercero de este artículo 76?... En principio parece que si tratándose de los demás bienes muebles el derecho de viudedad —*in complexu*, como institución— afecta exclusivamente a aquellos que existan en el momento del fallecimiento, tales bienes sólo están afectos al usufructo viudal, no al derecho expectante; respecto de ellos existirá una expectativa de derecho, pero no un derecho expectante.

Sin embargo, cabe otra explicación: si se tiene en cuenta el párrafo 2.º del mismo artículo (*infra*, núm. 11) y la excepción de este párrafo 3.º (“o hayan sido enajenados en fraude de tal derecho”), cabe entender que *todos* los bienes de un cónyuge están afectos al derecho expectante del otro: que, tratándose de inmuebles por naturaleza y de los muebles por sitios del artículo 39, 1, este derecho no se extingue o menoscaba por la ulterior enajenación (§ 2); y que, tratándose de los demás bienes muebles, el derecho expectante se extingue o menoscaba a no ser que la enajenación sea fraudulenta (§ 3).

A mi modo de ver, a esta interpretación se oponen, por lo menos, un argumento gramatical y sistemático y otro argumento lógico:

a) El § 1 es el que declara los bienes afectos; y es él mismo quien refiere que lo están los inmuebles por naturaleza y los muebles del artículo 39, 1; después, el § 2 describe la eficacia del derecho expectante. En cambio, para que pudiera prevalecer esta segunda interpretación, haría falta que el § 1 se hubiera referido a todos los bienes, y que fuese el § 2 el que se limitase a los inmuebles por naturaleza y a los muebles del artículo 39, 1.

b) La eficacia del derecho expectante consiste, precisamente, en el contenido del § 2.º Parece que, en principio, de nada serviría declarar que también los demás bienes muebles están afectos al derecho

expectante si, a continuación, se estableciera que tal derecho se extinguía, sin renuncia ni intervención de su titular, por la enajenación de tales bienes; parece que todo quedaría en una declaración platónica, sin contenido ni eficacia jurídica.

Por ello, parece preferible la primera interpretación: los demás bienes muebles no están afectos al derecho expectante y sí, en su caso, al usufructo vidual; sobre ellos los cónyuges tienen una expectativa de derecho y no un derecho expectante.

* * *

Pero, entonces, ¿qué significado y alcance tiene la salvedad “o hayan sido enajenados en fraude de tal derecho”?...: porque si no están afectos al derecho expectante, parece que pueden ser enajenados libremente, sin consentimiento ni renuncia del otro cónyuge; y si pueden ser enajenados libremente, ¿cómo puede ser la enajenación fraudulenta?...

Téngase en cuenta, para responder a esta pregunta, que “enajenados en fraude de tal derecho” va referido no al derecho expectante de viudedad, sino al derecho de viudedad y, por tanto, a su simple expectativa; la situación es semejante a la que, constante matrimonio, tienen los cónyuges navarros y, en Derecho navarro, evidentemente, cabe la impugnación por fraude o la declaración de prodigalidad; en otro orden de cosas, tampoco los legitimarios tienen un derecho expectante y, sin embargo, existen actos en fraude de su derecho y sanción por los mismos; se dirá que aquí hay una previa determinación legal de la cuantía, pero en otras expectativas en que no existe, también la ley concede expresamente la indemnidad de los actos fraudulentos (cfr. art. 1.413, § 3.º, C. c.).

A mi juicio, pues, estos bienes muebles no están afectos al derecho expectante; el cónyuge que tenga facultades de disposición sobre ellos puede enajenarlos sin consecuencias cuando su enajenación quede integrada en el uso normal de sus facultades; si hay contraprestación, por subrogación o reemplazo habrá otros bienes que suplirán el hueco de aquéllos en la expectativa del otro cónyuge y, en su caso, en su usufructo; si no hay contraprestación, será necesario ponderar —dentro de un amplio margen de arbitrio judicial— si la liberalidad está justificada y entra dentro de los usos sociales comúnmente admitidos o si, por el contrario, no tiene otra justificación que el disminuir el caudal en su día usufructuable, en beneficio de personas o intereses menos atendibles jurídicamente que los que determinan la institución de la viudedad; para esta apreciación deberá atenderse también a su cuantía en relación con el caudal del disponente.

Así, los requisitos que la enajenación debe reunir para ser calificada de fraudulenta pueden ser los siguientes:

- a) Que, en todo o en parte, sea lucrativa.
- b) Que por su cuantía, beneficiario y demás circunstancias no

entre dentro del concepto social de normal administración y disposición de bienes por persona casada.

c) Que el interés del beneficiario sea menos atendible que el fundamento de la viudedad.

En cuanto a su tratamiento, creo que puede aplicarse por analogía el que la doctrina refiere a la acción por fraude del artículo 1.413 C. c. Al decir la Compilación que el derecho de viudedad afecta a los demás bienes muebles que hayan sido enajenados en fraude de su derecho, parece que, ya constante matrimonio, se le concede al cónyuge una acción de lesión que puede comportar la nulidad de la enajenación (si el adquirente fuera cómplice en el fraude) o, en otro caso, una medida cautelar compensatoria; y en el momento de iniciarse la fase de usufructo, podrá el viudo defraudado recabar del adquirente cómplice el disfrute de lo enajenado o instar del cónyuge o sus herederos otra medida compensatoria.

El artículo 76 es también aplicable a los matrimonios ya contraidos y subsistentes al tiempo de entrar en vigor la Compilación (disposición transitoria cuarta).

11. *Circunstancias determinantes de la afección.*

Según el artículo 76, 1, los inmuebles por naturaleza y los muebles como sitios del artículo 39, 1, quedan afectos al derecho expectante "en el momento de ingresar en el patrimonio común o en los privativos".

Pero, entonces, cabe preguntar: ¿cuándo se puede decir que un bien ingresa en un patrimonio? ¿Solamente cuando el sujeto del mismo adquiere su titularidad dominical plena? ¿Basta la nuda propiedad? ¿Basta la posesión? ¿O una titularidad real de uso y disfrute del mismo?

Nótese que el precepto se refiere a "bienes" en sentido material (inmuebles por *naturaleza*, explotaciones agrícolas, etc., con cuantos *elementos*, etc.); y es natural que así sea tratándose de la fase de "derecho expectante" que opera como un gravamen real. Atendido esto, realmente los bienes materiales ingresan en un patrimonio cuando el sujeto del mismo adquiere su pleno dominio y no, en principio, en otro caso; en los casos de adquisición mediante título y modo, se requerirá la conjunción de los dos elementos: el derecho a la entrega de la cosa vendida, por ejemplo, podrá ser objeto del usufructo viudal, pero no del derecho expectante, al que tampoco parece viable sujetar la cosa misma antes de su tradición; no parece, en cambio, que sea necesaria la posesión de la cosa (cfr. observancias 33 y 59 de *iure dotum*, los proyectos de Apéndice, la doctrina y jurisprudencia, abundante y concorde, y el art. 65 del Apéndice).

El problema que sigo considerando más difícil y dudoso es el relativo a la nuda propiedad; puede, por tanto, plantearse en el seno

mismo de la institución: durante la fase de usufructo viudal, ¿tiene el cónyuge del heredero nudo propietario derecho expectante?... A la vista del artículo 83, 2, creo que, en el Derecho de la Compilación, la respuesta debe ser negativa; parece que si concurriendo el viudo usufructuario con el nudo propietario puede enajenarse la “plena propiedad” de bienes determinados es porque no tiene en ellos derecho expectante el cónyuge del nudo propietario; este resultado está, a su vez, compensado —y es un argumento más en qué apoyar esta solución— por la subrogación o el reemplazo que en el mismo precepto se dispone.

Y si se deduce esta solución para la nuda propiedad resultante del usufructo viudal, no se ve razón para adoptar la contraria en otras situaciones de nuda propiedad.

* * *

Sobre esta materia, en general; las fuentes históricas ofrecen un casuismo bastante complicado y copioso; para organizarlo, los autores del siglo XIX solían hacer una cuádruple enumeración de los bienes del marido y de los bienes de la mujer sujetos y no sujetos a viudedad; el mismo método adoptaron los proyectos de Apéndice y el Apéndice de 1925, tras la fórmula general del artículo 63, en sus artículos 65-67. Pero en estas enumeraciones —exclusión o inclusión de casos dudosos— se mezclaba, por de pronto, la problemática relativa a la naturaleza mueble o inmueble (determinante de su exclusión o inclusión) de ciertos bienes o derechos de naturaleza dudosa; se resolvían, en segundo lugar, cuestiones de licitud en la exclusión dispositiva de determinados bienes; en tercer lugar, se establecían reglas de subrogación; y, finalmente, la clasificación se establecía, unas veces, con referencia a la viudedad institucional; otras, al derecho expectante, y otras, con forzosa aplicación exclusiva al usufructo viudal.

Con el principio del *favor viduitatis*, enunciado al final del primer párrafo del artículo 64 del Apéndice; con la regla general del 65, y con al analogía respecto del 66 y del 67, la doctrina resolvía los demás casos dudosos que pudieran plantearse.

Hoy, en tema de derecho expectante y conforme al artículo 76, 1, de la Compilación, el procedimiento será, en cierto sentido, más sencillo; no cabe ya obtener del casuismo legal unos principios orientadores con los que resolver los restantes casos; el precepto legal formula un principio que la doctrina y la jurisprudencia deberá aplicar al casuismo real, orientada también por el principio del *favor viduitatis*; hoy, en este punto, todo queda reducido a determinar si un bien es inmueble por naturaleza (o explotación agrícola, etc., o elemento de la misma) y a dictaminar si ha ingresado o no en el patrimonio común o en los privativos.

12. Eficacia del derecho expectante.

Está formulada en el párrafo 2 del artículo 76:

Dos. 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 la responsabilidad por deudas de gestión frente a tercero de buena fe.

Esta formulación resulta más directa y sistemática que en el Apéndice derogado: en él se establecía el principio en el apartado de la sociedad conyugal tácita, como límite o salvedad a las facultades del marido administrador, enunciándose después la regla de reciprocidad en las enajenaciones que hiciese la mujer (cfr. art. 49); después, en las "listas" de bienes incluidos en la viudedad, se enumeran los inmuebles que, sin consentimiento de la mujer, hubiese enajenado el marido (art. 66, 4.º, de la segunda lista).

La eficacia del derecho expectante como gravamen legal debió darse desde época temprana: frente al sistema de disposición conjunta del fuero *ne vir sine uxore* de 1247, la observancia *26 de iure dotium*, concordante con la *2 ne vir sine uxore*, permite al marido la enajenación de inmuebles sobre los que corresponda viudedad a la mujer, pero quedando a salvo este derecho a no ser que la enajenación se hubiese hecho *de voluntate uxoris*, caso al que la doctrina más autorizada equiparaba la renuncia.

* * *

Pero, en la nueva Compilación, la regulación de las facultades dispositivas, en relación con la eficacia del derecho expectante, no deja de suscitar algunas cuestiones:

a) Cuando, por cualquier causa, en la enajenación de bienes afectos al derecho expectante deba consentir el cónyuge titular del mismo, ¿deberá, además de consentir el acto de disposición del otro cónyuge, renunciar a su derecho expectante para que éste quede extinguido?

El artículo 76, 2, exige renuncia expresa: en principio no cabe, pues, considerarla implícita en el consentimiento requerido por el artículo 51 para los actos de disposición voluntaria sobre inmuebles y establecimientos mercantiles comunes, realizados por el cónyuge administrador; en este sentido dice MARTÍN BALLESTERO que se superponen dos intervenciones o dos consentimientos distintos 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 que se enajenan.

Pero, por otra parte, considerar subsistente el derecho expectante

porque el cónyuge titular, que ha consentido la enajenación, no ha renunciado expresamente a su derecho, puede resultar contrario a la voluntad e intención de las partes y ocasionar fraudes para los adquirentes. Podría entenderse que el consentimiento *expreso* al acto de *disposición*, mientras no se diga lo contrario, supone también renuncia válida, pues la "expresión" requerida por el artículo 76, 2, no es del *término* renuncia, sino de la voluntad de renunciar, y esta *voluntad* se evidencia como expresa en el consentimiento expreso para una disposición sin reservas.

Los antecedentes prelegislativos pueden utilizarse como argumento en pro o en contra de cualquiera de estas dos soluciones. En efecto, el Seminario y la Comisión compiladora exceptuaban de la subsistencia del derecho expectante en las enajenaciones de inmuebles los supuestos de concurrencia a tal enajenación de ambos cónyuges (art. 148 del Anteproyecto provisional y 144 del definitivo). La Comisión de codificación exceptuaba no sólo el caso de consentir el cónyuge titular del derecho expectante la enajenación del bien afecto, realizada por el otro cónyuge, sino los casos de consentimiento subsidiario (por incapacidad, ausencia o negativa infundada) de la Junta de parientes o de la autoridad judicial (art. 76, 2). El suprimir, las Cortes, como excepción a la subsistencia del derecho expectante el supuesto de concurrir el consentimiento del otro cónyuge para la enajenación, y requerir siempre renuncia expresa, tanto puede interpretarse como un cambio de criterio y sistema, cuanto como una formulación distinta (pues lo que se cambiaba —*infra*, b— era la eficacia del consentimiento subsidiario de los parientes o el juez) del mismo sistema, entendiéndose que la renuncia expresa se da en los casos de consentimiento expreso, por el cónyuge titular del derecho expectante, a la enajenación realizada por el otro cónyuge.

Por supuesto que, en la práctica, será más prudente hacer constar en el instrumento de enajenación, además del consentimiento, la renuncia al derecho expectante; pero si así no se hiciera, puede mantenerse también, a lo que entiendo, esta segunda interpretación. En otro caso, me parece también sumamente aconsejable que si se consiente la enajenación sin renunciar al derecho expectante, se haga constar así en el acto de disposición.

b). Conforme al mismo artículo 51 se requiere, en defecto del consentimiento del otro cónyuge, la aprobación de la Junta de parientes y, en otro caso, autorización judicial.

No procede entrar aquí en la delicada interpretación del "en su defecto"; pero sí opinar que, a efectos de viudedad, nunca esta aprobación parental o judicial podrá ser interpretada como renuncia del derecho expectante por parte del cónyuge que no pudo o no quiso consentir el acto de disposición.

Tal parece ser, al menos, el resultado de la última modificación del precepto. El Seminario y la Comisión aragonesa lo habían redactado, según he dicho, en esta forma: "Este derecho no se extingue

por la ulterior enajenación del inmueble, si no concurren a ella ambos cónyuges" (cfr. art. 148 del Anteproyecto provisional y 144 del definitivo). En el Proyecto, la Comisión de Códigos añadió, *también a efectos de extinguirse el derecho expectante*, el consentimiento supletorio de la Junta de parientes o de la autoridad judicial: "Este derecho —decía el art. 76, 2, del Proyecto— no se extingue o menoscaba por la ulterior enajenación de cualquiera de los bienes mencionados en el número anterior, a menos que fuese consentida por el otro cónyuge o, subsidiariamente, por la Junta de parientes, y, en su defecto, por la autoridad judicial, en los casos de incapacidad, ausencia o negativa injustificada..." Y fue en el seno de las Cortes donde se suprimió del artículo 76, 2 —dejándolo, en cambio, en el 51 a efectos de consentir los actos de disposición—, la llamada a la Junta de parientes y donde se substituyó el consentimiento dispositivo por la renuncia expresa.

c) El Seminario y la Comisión aragonesa habían establecido una excepción a la subsistencia del derecho expectante que, aunque luego no prevaleció, puede tener interés aludirla.

El artículo 148 del Anteproyecto provisional terminaba diciendo "... con aplicación, en su caso, de lo dispuesto en el artículo 119". Lo dispuesto en el artículo 119 era que, no obstante requerir la disposición de bienes comunes el acuerdo de marido y mujer, y la de bienes propios de cada cónyuge el asentimiento del otro, sería válida la disposición del cónyuge administrador sobre bienes comunes, y la de cada cónyuge sobre los que le son propios, cuando fuera a título oneroso y versase sobre bienes aparentemente destinados a la especulación o no afectos de modo permanente al uso y provecho familiares.

Es decir, que, sin perjuicio de la subrogación real, por el juego de estos dos preceptos, en el tráfico profesional de un agente de la propiedad inmobiliaria, por ejemplo, no se requería consentimiento o asentimiento de su mujer, ni existía derecho expectante para ella en concepto de gravamen real.

Pero, tras la información pública, aquel artículo 119 desapareció del Anteproyecto definitivo; en éste, el artículo 116 se limitó a declarar válida la enajenación de bienes comunes por el cónyuge administrador, salvo si el tercer adquirente conoció o debió conocer que tal enajenación se realizaba con intención de perjudicar a la comunidad o con grave descuido de los intereses de esta. Y del artículo 144, en tema de derecho expectante, desapareció toda referencia al supuesto recogido por el 148 del Anteproyecto provisional, que tampoco aparece en el sistema del Proyecto ni en el de la Compilación.

13. Responsabilidad de los bienes afectos.

El artículo 76, 2, deja a salvo "lo establecido sobre responsabilidad por deudas de gestión frente a tercero de buena fe".

Los inmuebles por naturaleza y las explotaciones agrícolas, gana-

deras, mercantiles e industriales, con cuantos elementos estén afectos a unas y otras, tan pronto como ingresan en el patrimonio común o en los privativos, quedan afectos al derecho expectante de viudedad (arts. 76, 1, y 39, 1). Ahora bien, estos bienes, comunes o privativos, se hallan también afectos al pasivo de la comunidad y a las deudas privativas, en la forma que regulan los artículos 41 a 47 de la *Compilación*; pero estos preceptos, ni el 76, 2, salvo el inciso final aludido, no regulan expresamente la subsistencia o no del derecho expectante en caso de hacerse efectivas en aquellos bienes las responsabilidades a que también —además de al derecho expectante— están afectos.

Atendido por el Seminario y por la Comisión aragonesa el estado doctrinal y jurisprudencial de esta materia, delicada, conflictual, tanto en el Derecho histórico cuanto en el Apéndice, el artículo 148 del Anteproyecto provisional —equiparable al 76 de la *Compilación*— disponía en su § 2.º: “Cuando los bienes afectos al derecho expectante de viudedad deban responder conforme a lo dispuesto en la Sección 3.ª del Capítulo IV del Título IV —equiparable a la Sección 3.ª del Capítulo III del Título IV del Libro I: pasivo de la comunidad en el régimen matrimonial legal—, sólo subsistirá tal derecho en los supuestos del artículo 114” ; el artículo 114 —equiparable al art. 46 de la *Compilación*: deudas postmatrimoniales privativas— afectaba a estas deudas el patrimonio privativo del cónyuge deudor y, siendo insuficiente, el patrimonio común, pero respetando siempre el valor que en él corresponde al otro cónyuge y los derechos de los acreedores por deudas comunes.

El sistema era claro y sencillo: por causa de las restantes responsabilidades (delictuales ante o postmatrimoniales, contractuales y cuasi contractuales anteriores al matrimonio, o posteriores a él, por deudas comunes, y por deudas de gestión) podía quedar menoscabado el derecho expectante: éste sólo subsistía para el cónyuge no deudor, en las enajenaciones de bienes privativos del cónyuge deudor, y en la futura mitad de los comunes, hechas para solventar las deudas privativas de un cónyuge.

En Anteproyecto definitivo reprodujo el sistema, pero con una variante: El § 2.º del artículo 144 (correspondiente al 148 del provisional) ya no se refiere al artículo 111 (equivalente al 114 anterior: responsabilidad por deudas privativas), sino al 108 (equivalente al 111 anterior: responsabilidad por deudas de gestión).

¿Significó esto un cambio de criterio?... No puedo, si es así, comprender cuál se adoptó ni por qué. Y nada de ello se barrunta en los informes emitidos durante la información pública —entre las dos versiones del Anteproyecto— que he podido manejar.

Y si no supone cambio de criterio, la única explicación que se me ocurre es que se trata de un error material de redacción, de un *lapsus calami* consistente en bailar los números y colocar el 108 en lugar del 111.

Ahora bien, si se trata de un simple error de números, semejante

lapsus tiene consecuencias bastante notables; porque la Comisión de Códigos reprodujo, en § 2.º del artículo 76, el contenido del § 2.º del artículo 144 del Anteproyecto definitivo, *pero sustituyendo el número del artículo presumiblemente equivocado, por su contenido*, es decir —en tal hipótesis—, por el contenido del equivocado: “queda a salvo lo establecido sobre responsabilidad por deudas de gestión frente a tercero de buena fe”...

Y así ha quedado en el artículo 76, 2, de la Compilación vigente; incluso su Exposición de motivos recoge esta salvedad de la responsabilidad por deudas de gestión frente a tercero de buena fe.

Es decir: lo que bien puede ser interpretado como un error material de numeración ha pasado a ser un error de concepto.

¿Cómo interpretar, ahora, el vigente artículo 76?... Temo que, si se quiere mantener su dicción, su contenido resulta de muy difícil interpretación y que cualquiera de sus posibles consecuencias sea injusta y, alguna, pintoresca.

Por ello estimo que, reconocida como causa de esta norma un previo y simple error numérico, debe ser subsanado en su interpretación y entender, con el Anteproyecto provisional, que el derecho expectante sólo subsiste sobre los bienes privativos y comunes salidos del patrimonio respectivo, cuando lo hayan sido en virtud de su responsabilidad por deudas privativas del otro cónyuge y no en los restantes casos en que la salida sea motivada por otro tipo de responsabilidad. Es decir, que donde el precepto dice “queda a salvo lo establecido sobre responsabilidad por deudas de gestión frente a tercero de buena fe”, debe entenderse que dice “Cuando estos bienes deban responder conforme a lo dispuesto en esta Compilación, sólo subsistirá el derecho expectante en los casos de responsabilidad por deudas privativas posteriores al matrimonio”.

14. *Extinción del derecho expectante.*

Está regulada en el artículo 78, último de los que integran el Capítulo II, en la forma siguiente:

Extinción

Artículo setenta y ocho.—Uno. El derecho expectante se extingue, en cuanto le sean aplicables, por las causas establecidas para el usufructo por el Código civil, por las de indignidad para suceder y por la declaración de nulidad del matrimonio.

Dos. En los casos de separación judicial pierde el derecho expectante el cónyuge declarado culpable, en tanto no medie reconciliación.

En el Derecho histórico no aparece un elenco de causas extintivas de la viudedad, pero sí el establecimiento de alguna, sin especificar si

lo era del usufructo viual o del derecho expectante; sin embargo, alguna de ellas, como la renuncia expresa (observancias 19 y 58 *de iure dotium*), resultaba perfectamente referible a éste.

El Apéndice de 1925 —apartándose del precedente de 1899 y del de 1904, que separaban en dos listas las causas extintivas del derecho expectante y las del usufructo— enumeró en su artículo 73 las causas de extinción del derecho de viudedad sin distinguir las que lo eran del derecho expectante, del usufructo viual, o comunes.

La Compilación vigente, conforme a la sistemática adoptada por el Título VI del Libro I, enumera por separado unas y otras: en el transcrito artículo 78, las del derecho expectante; y en el 86, las del usufructo.

* * *

El artículo 78 establece varios tipos de causas extintivas, a saber:

a) Las establecidas para el usufructo en el C. c., en cuanto le sean aplicables.

Incumbe, pues, al intérprete determinar qué causas de las enumeradas en los artículos 513 a 521 C. c. son aplicables al derecho expectante.

Le es referible, sin duda, la causa 1.^a del artículo 513 C. c. La muerte de un cónyuge determina la extinción del derecho expectante del mismo y del sobreviviente, que se transforma en usufructo viual.

Puede serlo, también, la 2.^a: expiración del plazo o cumplimiento de la condición resolutoria. Seguramente, los cónyuges han podido pactar en instrumento público o disponer de mancomún la inclusión de estas determinaciones accesorias de la voluntad, conforme al artículo 72, 1, de la Compilación, cuya doctrina no parece haya de ser aplicable solamente a la exclusión. El término o la condición puede proceder, en cuanto a los bienes recibidos por los cónyuges a título gratuito, de la voluntad de quien los transmitió, pues quien puede lo más puede lo menos (arg. art. 77). En cambio, el término o la condición resolutoria no puede tener válida procedencia de la voluntad unilateral de un cónyuge (arg. art. 72, 2) ni de los ascendientes del cónyuge adquirente (arg. art. 74, 2).

Le es también aplicable la causa 3.^a (la llamada consolidación), si se diese el supuesto de hecho, ya que, por definición, el derecho expectante no grava los propios bienes privativos (art. 72, *a contrario sensu* y, en relación con él, art. 76, 1).

También le es referible la causa 4.^a: la renuncia está admitida, con carácter general, por el artículo 74, 1, siempre que conste en documento público, y con carácter específico en cuanto a los bienes enajenados, en el artículo 76, 2. La renunciabilidad es uno de los caracteres de la viudedad.

La causa 5.^a, pérdida del objeto, es referible a la extinción del derecho expectante sobre bienes determinados (los destruidos); no creo

quepa hablar de subrogación real, pues si el bien subrogado es susceptible de derecho expectante, quedará gravado por efecto inmediato del artículo 76, 1; y si no lo es, queda excluido, seguramente, por el 76, 3; lo mismo cabe decir del reemplazo. Cabría, empero, especular sobre la aplicación analógica de los artículos 518 y 519 C. c., en caso de destrucción por siniestro asegurado o de expropiación forzosa, en orden a una reinversión gravable; y cabe también sostener la aplicación analógica del último inciso del artículo 76, 3 —“o hayan sido enajenados en fraude de tal derecho”—, cuando la destrucción del objeto haya sido culposa por parte del otro cónyuge, y el subrogado directamente o por reemplazo no quede, de suyo, gravado conforme al artículo 76, 3.

Si la destrucción es parcial, subsistirá el derecho expectante sobre la parte restante (cfr. art. 514 C. c.).

También la causa 6.^a es aplicable al derecho expectante, según se desprende de lo dicho al analizar el art. 76, 1. Si para que un bien se considere ingresado en el patrimonio común o en los privativos se requiere la titularidad dominical sobre el mismo, la resolución del dominio lo excluirá del patrimonio y del derecho expectante.

La causa 7.^a no es, en principio, referible al derecho expectante en cuanto tal, que es imprescriptible (su propia naturaleza expectante lo hace insusceptible de prescripción). ¿Y la prescripción adquisitiva, por parte de un tercero, de bienes afectos al derecho expectante?... Por aplicación analógica del art. 76, 1 (según la interpretación correctora ya sugerida *supra* núm. 13) se puede mantener, a mi juicio, la subsistencia del derecho expectante, al menos del cónyuge que no tenía facultades de gestión sobre los bienes.

b) Las causas de indignidad para suceder, enumeradas en el artículo 756 C. c., son casi todas aplicables a la extinción del derecho expectante, sin más que cambiar los términos de referencia (cónyuge premuerto por testador); y así:

El núm. 1.^o, aplicado al cónyuge titular, respecto de los hijos del otro cónyuge, sean o no comunes.

El 2.^o, cambiando la referencia del testador por el otro cónyuge, y dejando incluidos los descendientes y ascendientes; no el cónyuge (el intento de suicidio no es causa de indignidad sucesoria), pues referirlo a un matrimonio anterior resulta hipótesis demasiado artificiosa.

Los núms. 3.^o y 4.^o, sustituyendo testador por cónyuge.

El núm. 5.^o no parece directamente aplicable ni aún sustituyendo cónyuge premuerto por testador; pero sugiere la duda de si ofrece base suficiente para considerar el adulterio de un cónyuge como causa extintiva de su derecho expectante. Si ha motivado separación judicial, la hipótesis queda subsumida en el párrafo 2 del mismo art. 78. Si no ha motivado separación por haber sido conocido o demostrado después de disuelto el matrimonio, podrá ser causa ex-

tintiva del usufructo vidual, pero no del derecho expectante (aunque, en este aspecto, la admisión traerá consecuencias en orden a la retroactividad de la extinción). Queda, entonces, la hipótesis de cónyuge ofendido que no quiera la separación y si la pérdida del derecho expectante del ofensor; hipótesis, en verdad, bastante extraña.

Creo que tampoco son aplicables los núms. 6.º y 7.º del artículo 756 Cc., por su propio fundamento y especial relación entre la conducta indigna y la relación sucesoria; cabría, a lo sumo, relacionarlos con el art. 72, 2, de la Compilación, también en una hipótesis límite.

c) La declaración de nulidad del matrimonio plantea el problema del matrimonio putativo. En la propuesta del Seminario y en los anteproyectos de la Comisión compiladora, se decía "sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 69 de dicho Código" (cfr. art. 150 del provisional y 146 del definitivo); pero la Comisión de codificación suprimió tal salvedad en el Proyecto y suprimida ha quedado en la Compilación, con lo cual, como se trata de un derecho de naturaleza expectante, resulta que, en cuanto a viudedad, el matrimonio putativo no produce efectos tampoco respecto del cónyuge de buena fe.

La diferencia es, a lo que entiendo, notable; en el sistema del Anteproyecto la norma debía interpretarse en el sentido de que la declaración de nulidad del matrimonio impedía que los sucesivos bienes que ingresaran en los respectivos patrimonios quedasen gravados; y que, en cuanto a los anteriores (los ya gravados) la extinción era la regla general sobre la que incidía, como excepción basada en la buena fe, el artículo 69 C. c. En cambio, en el sistema de la Compilación, el derecho se extingue, a todos los efectos, retroactivamente —pues no puede subsistir derecho expectante si no va a haber usufructo—, también para los cónyuges de buena fe.

En su vertiente crítica la cuestión es muy discutible; y muy discutida fue en el Congreso de jurisconsultos de 1880, en que el pleno —en contra de la sección— terminó adoptando la solución hoy acogida en la Compilación.

d) La separación judicial es causa extintiva del derecho expectante, en tanto no medie reconciliación.

La Compilación ha variado la terminología del Apéndice que, en su art. 73, 9.º, hablaba de "separación de bienes" y si bien presuponia culpabilidad, en el 47 involucraba —en tema también de derecho expectante— la ausencia, la interdicción civil, y el divorcio, lo cual planteaba algunos problemas de exégesis.

Hoy la causa extintiva es la "separación judicial"; pero también esta locución admite la duda de si se refiere sólo a la "separación personal de los cónyuges", regulada en el artículo 73 C. c., o también a la interdicción civil y a la ausencia.

Para resolver esta cuestión es imprescindible tornar a los antecedentes prelegislativos.

En la propuesta del Seminario y en los dos Anteproyectos de la

Comisión aragonesa, el título relativo a los regímenes matrimoniales, se iniciaba con un precepto bajo la rúbrica “iniciación y cesación”, cuyo segundo párrafo disponía: “La separación judicial de bienes producirá las consecuencias previstas en los arts. 123 (119) y 150 (146) de esta Compilación y 1.432 y siguientes del Código civil”. El art. 123 (119) se refería a la administración provisional de la comunidad legal cuando ésta se extinguía por causa distinta de la muerte; y el 150 (146) a la extinción del derecho expectante de viudedad: “En los casos de separación judicial —decía el segundo párrafo de aquél artículo— pierde el derecho expectante de viudedad el cónyuge declarado culpable, *mientras no cesen las causas de separación* o se reconcilien los cónyuges” (cfr. art. 93 del Anteproyecto provisional y 90 del definitivo).

En el Anteproyecto, así, como en el Apéndice derogado, parece que la causa extintiva era la llamada separación judicial de bienes, es decir, la separación personal de los cónyuges, la interdicción civil y —dudosamente— la ausencia; y ello en base, principalmente, de los siguientes argumentos:

1.º El art. 93 (90) del Anteproyecto hablaba expresamente de “separación judicial de bienes”; y, como decía —también expresamente—, que producirá las consecuencias previstas en el art. 150 (146), cuando éste hablaba de “separación judicial” resulta evidente que se refería a la de bienes.

2.º El mismo art. 93 (90) homologaba, en cierto sentido, el artículo 150 (146) con los arts. 1.432 y siguientes del Código civil; pues bien, el 1.433 enumera expresamente los tres casos que pueden dar lugar a la separación de bienes: condena a una pena que lleve consigo la interdicción civil, declaración de ausencia, y haber dado causa a la separación personal.

3.º El art. 150 (146) del Anteproyecto exceptuaba a la eficacia extintiva de la separación judicial dos situaciones distintas, separadas por la disjuntiva “o”; “mientras no cesen las causas de separación o se reconcilien los cónyuges”; parecía indicar que “renace” el derecho expectante cuando se extingue la pena de interdicción o reaparece el ausente (primera excepción) y cuando se reconcilian los cónyuges separados (segunda excepción). A tal conclusión conduce también el art. 1.439 Cc.

Verdad es que, en el mismo Anteproyecto, el art. 150 (146) determinaba la extinción del derecho expectante sólo para “el cónyuge declarado culpable”, con lo cual parece excluirse la extinción del declarado ausente (no del supuesto genérico de hecho: la separación de bienes, sino del específico: la declaración de culpabilidad); en cambio parece que subsistía incluido el caso de interdicción.

Este planteamiento cambia en el Proyecto; en él, el título que trata del régimen económico conyugal ya no contiene un precepto equivalente al art. 93,2 (90,2), del Anteproyecto. Se mantiene, en cambio, el contenido del art. 123 (119) relativo a la administración

provisional tras la extinción de la comunidad por causa distinta de la muerte (cfr. art. 54). Y en el art. 78.2 se elimina la alusión al cese de la causa que motivó la separación quedando únicamente la reconciliación.

En esta misma forma ha quedado la materia en la Compilación.

¿Cómo interpretar esta modificación hecha por la Comisión codificadora al texto del Anteproyecto?

Parece que existen razones suficientes para valorarla como un cambio de criterio y entender que en la Compilación sólo es causa extintiva del derecho expectante la separación personal de los cónyuges mientras no medie reconciliación. Que no lo es, de suyo, la ausencia ni la interdicción civil. Nótese que la modificación del Anteproyecto consiste, precisamente, en la supresión de cuanto basaba, en él, la interpretación contraria.

Por lo demás entiendo que la reconciliación de los cónyuges no supone excepción retroactiva a la extinción del derecho expectante por separación personal, sino un nuevo nacimiento del mismo; los bienes enajenados durante la separación no quedan, así, gravados con el derecho expectante al reconciliarse los cónyuges. La reconciliación produce, conforme al artículo 1.439 C. c., la aplicación *ex novo* del artículo 76, 1, de la Compilación.

V. RÉGIMEN DEL USUFRUCTO VIDUAL

15. *Compatibilidad del usufructo vidual con la comunidad continuada.*

Fuera del Título VI, en el V —que regula la comunidad conyugal continuada—, el art. 70, 2, proclama expresamente que “la comunidad continuada es compatible con la viudedad universal”. La norma no sólo es nueva sino contradictoria con el Apéndice, cuyo art. 64, § 2.º, tras declarar compatible con la comunidad continuada a la viudedad legal (cfr. también, art. 72, 1, 4.º), añadía: “pero la viudedad universal, al contrario, determina la inmediata disolución de la sociedad conyugal por muerte de uno de los consortes”. Este era también, seguramente, el sentido de la observancia 2 *de iure dotium*; pero téngase en cuenta que la compatibilidad de la viudedad inmobiliaria e incompatibilidad de la universal, respondía, históricamente, a que la comunidad continuada versaba sólo sobre los muebles indivisos. Por otra parte, la incompatibilidad, en el Apéndice, de la viudedad universal con la comunidad continuada podía responder al carácter voluntario que en él tenía la viudedad universal (DELGADO ECHEVERRÍA).

La declaración de compatibilidad no plantea problema propiamente institucional ni tampoco en el régimen del derecho expectante: porque éste actúa como gravamen legal y expectativa jurídica y porque

la comunidad continuada no ha nacido. El problema surge en la fase del usufructo viudal porque, evidentemente, la compatibilidad no puede significar que unos mismos frutos pertenezcan, a la vez, al viudo usufructuario y al patrimonio consorcial; nótese que esta incompatibilidad se da también, aunque más limitada, en la viudedad inmobiliaria.

¿Qué significado y alcance tiene, entonces, la compatibilidad?

A mi modo de ver la declaración expresa de compatibilidad tiene, en primer lugar, una significación de principio; declarar ambas instituciones incompatibles en cuanto tales instituciones podía parecer que eran autitéticas o, por lo menos, alternativas, desvinculadas: o la una o la otra; en cambio la declaración de compatibilidad sitúa, como muy bien ha observado LORENTE SANZ, a la comunidad continuada, más bien como una modalidad de la viudedad, en la cual los riesgos de la explotación son compartidos con los herederos nudo-propietarios, mientras estos pasan también a ser asociados en los beneficios y reservas de la empresa. Compatibilidad, en este sentido, significa coherencia, confluencia en los fines y en la función de ambas instituciones, principalmente la conservación del patrimonio y el mantenimiento de la cohesión familiar.

En segundo lugar significa que el usufructo viudal se origina, en potencia, por el hecho y desde el momento del fallecimiento de un cónyuge; originación potencial que se traducirá en interesantes consecuencias prácticas, principalmente:

a) Producción inmediata de los efectos o manifestaciones del usufructo que sean material y actualmente compatibles con el régimen de la comunidad continuada; así sucederá con la posesión civilísima de los bienes, con la titularidad usufructuaria de los mismos y, en general, con todos los derechos y deberes inherentes a la viudedad que no sean percepciones consorciales conforme al art. 73 (piénsese en los frutos y rendimientos que no sean "de explotación"), ni cargas comunes conforme al 74, ni facultades de disposición, etc.; en este sentido ha dicho también LORENTE que las cargas y deberes de la viudedad se refuerzan en provecho de la conservación e incremento del patrimonio familiar.

b) Integración, en lo que sea posible, de una institución con la otra: así, cuando un bien sometido a derecho expectante haya sido enajenado constante matrimonio sin que el titular lo renuncie, en fase de usufructo viudal podrá éste recuperar el uso y disfrute, pero, obtenido, se integrará en el patrimonio consorcial.

c) Restablecimiento automático, *ope legis*, del usufructo en su total manifestación, tan pronto se disuelva la comunidad por causa que no lo sea también de extinción de la viudedad.

En suma, la compatibilidad consiste en una coexistencia del régimen de la comunidad continuada y la existencia virtual y potencial del usufructo viudal, cuyo régimen queda como comprimido, limitada y provisionalmente excluido, pero con toda su flexibilidad y capaci-

dad de expansión; en aquéllas manifestaciones que no encuentren obstáculos constante la comunidad, se manifestará actual y realmente; en las demás, se manifestará, por su propio impulso y sin necesidad de acto alguno, tan pronto desaparezca el obstáculo.

16. *Iniciación.*

El Capítulo III del Título VI, regula el usufructo viudal; su primer precepto se refiere a la iniciación:

Comienzo del usufructo.

Artículo setenta y nueve.—El fallecimiento de un cónyuge atribuye al sobreviviente con derecho expectante el de usufructo sobre los bienes afectos y, desde ese momento, su posesión.

Señala suficientemente este precepto que, por ministerio de la ley, el hecho y en el momento del fallecimiento de un cónyuge “transforma” el derecho expectante del otro en usufructo viudal (“el derecho expectante del superstite —decían los Anteproyectos— se convierte en el usufructo regulado en este Capítulo”); señala también la adquisición *ope legis* de su posesión, la llamada —también por los Anteproyectos— “posesión civilísima”.

Pero, en un aspecto, resulta impropio el modo de expresarse este art. 79: en el relativo al objeto de su derecho; según él, se atribuye el usufructo “sobre los bienes afectos”, y por su referencia parece indicar que son los afectos al derecho expectante (“atribuye al cónyuge con derecho expectante el de usufructo sobre los bienes afectos”). Sin embargo, conforme al art. 76, los bienes muebles no aludidos en el 39, 1, no están afectos al derecho expectante; el derecho de viudedad “afecta exclusivamente a aquéllos que existan al fallecimiento o hayan sido enajenados en fraude de tal derecho”. Pese, pues, al posible resultado de la interpretación gramatical, debe prevalecer la interpretación lógica y sistemática: el usufructo que la muerte de un cónyuge atribuye al otro se refiere a todos los bienes afectos al derecho de viudedad y no sólo a los gravados con el derecho expectante.

Aunque recae sobre bienes individualizados, el título de adquisición es universal.

17. *Los requisitos de inventario y aseguramiento.*

El usufructo que la muerte de un cónyuge atribuye al otro, no podía, en el Derecho del Apéndice, hacerse efectivo antes de cumplir dos requisitos: el inventario y la fianza, que operaban como una suerte de *conditio iuris*: mientras tales requisitos no estaban cumplidos, no

podía el viudo percibir los frutos; mas, cumplidos en tiempo y forma, el cónyuge percibirá los frutos y productos desde la muerte de su cónyuge.

La regulación de estos requisitos en la Compilación responde a un dispositivo en cierto sentido inverso al del Apéndice derogado; es como sigue:

Inventario y fianza.

Artículo ochenta.—Uno. El cónyuge viudo solamente estará obligado a formalizar inventario de los bienes usufructuados y a prestar fianza:

Primero.—Cuando se hubieren establecido por el causante tales obligaciones en testamento u otro instrumento público.

Segundo.—Cuando lo exijan los herederos nudo-propietarios, salvo disposición contraria del causante.

Tercero.—Cuando, aun mediando tal disposición, lo pida el Ministerio Fiscal para salvaguardar la legítima.

Dos. El inventario deberá formalizarse en el plazo de cincuenta días, contados desde el fallecimiento en, el caso del número primero, y desde que se haga el oportuno requerimiento en los otros dos.

Tres. Para su práctica deberán ser citados los herederos nudo-propietarios que fueren vecinos del lugar y en todo caso, quien hubiere pedido el inventario. Sin embargo, podrán asistir, por sí o por medio de representante, todos los herederos nudo-propietarios. Por los que no asistan, cualquiera que sea su número, deberán concurrir dos testigos capaces, también vecinos y de buena fama.

Sanción de la falta de inventario.

Artículo ochenta y dos.—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.

En contraste con el Derecho romano, en el aragonés tardaron mucho en aparecer los requisitos de inventario y caución para el usufructo viudal. La obligación de inventario debió ser introducida por la costumbre —y acaso por influencia de los legistas eruditos, tan aparente en la romanización del Derecho aragonés, que tendían a aplicar a la viudedad los principios reguladores de la constitución del usufructo— limitada a los bienes muebles; en la Compilación de 1247, no hay fuero alguno que se refiera a tal obligación; en el Derecho de observancias, si bien la 2 y 22 de *iure dotium* tratan del inventario es, en realidad, con relación a la comunidad continuada, como expresión de la voluntad de no proseguir en ella; y el inventario aludido en las 62-65 del mismo título se refiere también a la liquidación de

la sociedad conyugal. Al tratarse sólo del inventario de los bienes muebles se relaciona, únicamente, con la viudedad universal (cfr., también, el fuero 1 *de alimentis de*, 1390) que era incompatible con la comunidad continuada y cuyo efecto era, precisamente, determinar la división (cfr. S. A. Z., 28 junio 1864).

De caución en el usufructo de viudedad tampoco trata la Compilación de Huesca. Sí, pero en forma desvaída y contradictoria, la observancia 11 *de iure dotium*. La costumbre de afianzar el usufructo viudal de bienes muebles debió introducirse ya en el siglo XVI, favorecida también por los legistas.

Es el fuero *que los que tuvieren viudedad*, de 1678, —cuyo mismo proemio evidencia que, hasta él, no existieron tales obligaciones, por extendida que estuviese su práctica— el que expresamente impuso al viudo usufructuario de bienes muebles la doble obligación de inventario y caución.

En suma, cabe sintetizar la situación del Derecho inmediatamente anterior al Apéndice en los siguientes puntos: 1.º Las obligaciones de inventario y caución se limitaban a los bienes muebles objeto de usufructo viudal; no afectaba a los inmuebles. 2.º No existía plazo legal para la práctica de inventario, ni se establecía sanción por su omisión. 3.º Aún en estas condiciones, la obligación se consideraba de Derecho dispositivo, derogable por la autonomía de la voluntad, conforme al apotecma *standum est chartae*; de hecho, parece que era frecuente, al conceder un cónyuge al otro viudedad universal en capitulaciones o testamento, relevarle de aquéllas obligaciones.

El Apéndice de 1925 reguló la obligación de inventario, en el artículo 68, con carácter general: para todo viudo usufructuario y respecto de todos los bienes objeto de su derecho.

El sistema aparece influido, aunque con notables atenuaciones, por el Derecho navarro (muy riguroso en esta materia), a través del Congreso de jurisconsultos aragoneses de 1880 y de los proyectos de Apéndice.

No obstante, el inventario tuvo en la práctica una vida precaria; las encuestas realizadas constataron que muchas veces se omitía; que los que se hacían lo era fuera de plazo, sin que pasase nada y como cumplimiento puramente formal para la liquidación del impuesto y la inscripción. Los viudos y viudas aragoneses, salvo contadísimas excepciones de enemistad con los herederos del premuerto, dejaban pasar, a despecho del art. 68, los cincuenta días sin comenzar un inventario que nadie reclamaba y sin temor a perder unos disfrutes que nadie denegaba. En el plano doctrinal, se afirmó que la pérdida de los disfrutes y la suspensión del ejercicio de los derechos de viudedad como sanción al incumplimiento de esta obligación, era incompatible con el espíritu del ordenamiento jurídico aragonés, pues en él, la viudedad no es propiamente un derecho, sino una función familiar, y era contrario a la consecución de sus fines el privar de medios para cumplirla a quien por la ley estaba llamado a desempeñarla; con el designio

de mantener unas formalidades que no respondían a fundamentos racionales se provocaban situaciones de interinidad, de crisis de la función, con posible perjuicio del levantamiento de las cargas que lleva aparejadas su disfrute: y ya es triste cosa que se hable de disfrutes con referencia a la viudez...; etc.

Por otra parte, pese a los términos categóricos del art. 68, la doctrina, la práctica y la jurisprudencia territorial, consideraron que la obligación era dispensable por el cónyuge premuerto. Es particularmente interesante, a este respecto, la S. A. Z., 21 enero 1950, que basaba la dispensabilidad en argumentos de analogía (arts. 470 y 493 Cc. y 72 Ap.), en la costumbre del territorio aforado, y en que no cabe deducir perjuicios de la dispensa dada la libertad de testar en Aragón, sin que tampoco sea contraria a la ley, a la moral o al orden público.

El art. 70 del Apéndice concedía a los herederos voluntarios (siempre que el finado consorte no hubiese relevado de fianza o caución al sobreviviente por disposición testamentaria, por capitulación o por otro otorgamiento) y a los forzosos que alegasen y probasen la existencia de determinado peligro para sus legítimas el derecho de exigir al cónyuge sobreviviente fianza de usufructuario con respecto a los bienes a que se refiriese el riesgo de incumplimiento de las obligaciones inherentes al derecho de viudedad.

Atendido este diferente tratamiento legal entre la caución y el inventario, y, sobre todo, estudiado el Derecho histórico, y el estado de la práctica, de la doctrina y de la jurisprudencia, relativas a la obligación de inventario, ya la Ponencia de 1947 opinó que debía desaparecer el art. 68 del Apéndice; si el cónyuge premuerto no había impuesto al superstite la obligación de formalizar inventario en un plazo fijo, debía entenderse, a juicio de la ponencia, que estaba relevado de tal requisito, porque "ni cincuenta días ni seis meses son garantía de conservación de los bienes fácilmente trasladables u ocultables y, en cambio, para todos los demás bienes, el inventario puede reconstruirse a base de contabilidad, datos bancarios, Registros, etcétera". Por ello entendía que "salvo pacto en contrario, el cónyuge viudo debía quedar relevado de la obligación de formalizar inventario en un plazo determinado, sin perjuicio del derecho de los herederos nudo-propietarios a la constancia de lo que constituye la herencia".

Efectivamente, el Seminario de la Comisión compiladora invirtió el sistema del Apéndice tal como se venía interpretando: en lugar de considerar el inventario como una obligación legal dispensable por la voluntad privada, lo estableció, junto con la fianza, como obligación del viudo usufructuario solamente en los siguientes casos: 1.º Cuando los cónyuges lo hubiesen así convenido. 2.º Cuando lo hubiese dispuesto el cónyuge premuerto en testamento o documento público, y 3.º Cuando lo exigieran los herederos nudo-propietarios, salvo, en este caso, disposición contraria del causante. La Comisión compiladora añadió un cuarto supuesto de obligación de inventario: cuando, aun

habiendo disposición contraria, lo pidiera el Ministerio fiscal para salvaguardar la legítima (cfr. art. 152 del Anteproyecto provisional y 148 del definitivo). La comisión de codificación, acaso por considerar el primer supuesto (que el cónyuge viudo lo hubiera convenido así con el premuerto) subsumible en el segundo (que el premuerto hubiera impuesto tales obligaciones en testamento o documento público), o acaso por considerarlo inseguro al no exigirse forma, lo suprimió del Proyecto; y así han quedado los tres números del párrafo uno del artículo 80 de la Compilación.

* * *

La exégesis concreta de los artículos 80 y 82 sugiere las siguientes observaciones:

a) El número 1.º del párrafo 1 del artículo 80 habla del “causante”; quizá hubiera quedado mejor respetada la naturaleza de la viudedad denominándole —como en la propuesta del Seminario y en el Anteproyecto de la Comisión aragonesa— “cónyuge premuerto”, máxime en un precepto en que se alude a “herederos” nudopropietarios y a “legítimas”.

b) En el mismo apartado se dice “en testamento u *otro* instrumento público”, con lo que puede parecer que todo testamento es documento público, o que solamente se puede imponer esta obligación en los testamentos otorgados mediante instrumento público. También aquí parece preferible la terminología utilizada por el Seminario y la Comisión aragonesa: “en testamento o instrumento público”; la Compilación, por lo demás, ha mantenido este modo de expresarse en otros preceptos (cfr. arts. 72, 2; 111; etc.).

c) La supresión en la Compilación del primer supuesto de obligación de inventario formulado en los Anteproyectos (cuando el viudo lo hubiera convenido así con el premuerto) excluye la posibilidad de que la obligación nazca de convenio entre cónyuges otorgado sin escritura pública; puede ser ventajosa esta innovación, a efectos de seguridad, pero hay que señalar que el número 1.º del texto del Anteproyecto no queda totalmente subsumido en el número 2.º

d) La obligación de formalizar inventario y la de prestar caución no parece que tengan que seguir, necesariamente, la misma suerte; cabe, por ejemplo, que el cónyuge premuerto haya dispuesto en testamento la obligación de inventario y no la de prestar fianza.

e) A la práctica del inventario deberán ser citados, cualquiera que fuese su vecindad, los que hubiesen instado su formalización y los herederos nudopropietarios “que fuesen vecinos del lugar”: habrá que entender del lugar donde tuviere su domicilio el matrimonio en el momento de su disolución por muerte de un cónyuge; pero pueden asistir también los herederos nudopropietarios que no fuesen vecinos de aquel lugar; la posibilidad de asistir mediante representación parece referida a todos los herederos que, por ser vecinos del lugar, han

sido citados y aquellos para quienes, no siendo vecinos de aquel lugar, no se requiere citación, pero están facultados para asistir. Los incapaces podrán asistir mediante su representante legal. Pero cuando el representante legal tenga intereses contrapuestos con los herederos nudopropietarios (conyuge viudo respecto de los hijos comunes menores) procederá, seguramente, la concurrencia de los dos testigos supletorios.

f) En cuanto a la sanción, no resulta del todo clara la redacción del artículo 82.

En el Derecho navarro la omisión de inventario se sanciona —con excesiva severidad en apreciación de la doctrina— con la pérdida de la viudedad (pese a que la ley de 1586 parece apuntar a la solución aragonesa, las de 1624 y 1766 son terminantes en aquél sentido). El Derecho aragonés histórico, que no señalaba plazo para la formalización del inventario, tampoco establecía sanciones determinadas por su omisión o retraso. Influido por el Derecho navarro, a través del Congreso de jurisconsultos aragoneses de 1880 y de los proyectos de Apéndice, el art. 68 del Apéndice aportó una solución “ecclética y vacilante entre la posición tradicional contraria a sancionar con pérdida de derechos la omisión del inventario y la posición, más rigurosa, del Derecho navarro y de algún proyecto, de privación o pérdida del derecho de viudedad” (LORENTE SANZ). Consistía esta sanción en que “pasado el plazo legal sin que esté concluido el inventario, perderá el viudo todos los disfrutes de la viudedad, los cuales quedarán de Derecho incorporados al caudal de la misma, hasta que se acabe de formalizar el inventario”. Propiamente, los disfrutes no pasaban a los nudopropietarios, sino que —al menos, con referencia al art. 68— se “capitalizaban” con el objeto mismo del usufructo viudal; sin embargo, la inobservancia fáctica de la obligación de inventario y la inaplicación de la sanción, impidieron que en la práctica se planteasen los problemas a que esta solución podía dar lugar.

El art. 82 de la Compilación limita la sanción por incumplimiento, como es lógico, al viudo que estuviese obligado a formalizar inventario, es decir, cuando se dé alguno de los tres supuestos del art. 80, 1.

La causa de la sanción es no haber concluido —independientemente de que haya comenzado o no— el inventario dentro de plazo: dentro de los cincuenta días siguientes al del fallecimiento del cónyuge, si la obligación derivase de haberse establecido por él en testamento o instrumento público, y al del requerimiento de los nudopropietarios o del Ministerio fiscal, si deriva de la exigencia de aquéllos no contradicha por el causante, o de la petición fiscal, pese a tal contradicción, si se trata de salvaguardar las legítimas.

La sanción consiste en la pérdida de los disfrutes de viudedad; es decir, de todos los derechos, facultades, y ventajas en general que su titularidad le atribuye, en especial la percepción de frutos.

Estos disfrutes de los que queda privado el viudo usufructuario corresponden a los herederos; la solución, como se ve, es distinta —y

menos problemática— que la que se deducía de la letra del art. 68 del Apéndice; es posible, con todo, que éste quisiese decir, en este punto, lo que hoy dice claramente el art. 82 de la Compilación (cfr., también, el art. 73, a.f. del Apéndice).

Pero, conforme a este art. 82, la pérdida de disfrutes se da “entre tanto”, y su correspondencia a los herederos “desde el día del requerimiento” y “hasta la terminación del inventario”... ¿Qué significado tiene esta fijación temporal de la sanción?

El “entre tanto” parece referirse a los dos extremos aludidos en el mismo art. 82: desde la no conclusión del inventario dentro de plazo —es decir, desde la expiración del plazo de cincuenta días, pues antes no se puede saber si lo va a concluir o no dentro de plazo— hasta que se concluya. Conforme a esta interpretación, perderá los disfrutes desde el día cincuenta y uno, a contar del fallecimiento o del requerimiento, hasta el día cincuenta y uno más equis, día de la terminación del inventario.

Pero esta interpretación —que, en cierto modo, encuentra apoyo en la Exposición de motivos— se contradice con la letra del mismo precepto, que, al atribuir los disfrutes a los herederos, dice más adelante “desde el día del requerimiento hasta la terminación del inventario”. Si la privación de disfrutes ha de arrancar del requerimiento, ¿qué hacer durante los cincuenta días siguientes? Los disfrutes no corresponden, de momento, al viudo, porque si a los cincuenta días no termina el inventario corresponderán, desde el primero, a los herederos del premuerto; pero tampoco corresponden, de momento, a éstos, porque si aquél lo termina dentro de los cincuenta días le van a corresponder a él, ya que la sanción del art. 82 se refiere sólo “al viudo obligado que no lo concluya dentro de plazo”.

La duda y posible contradicción no se daba —al menos con esta intensidad— en el Anteproyecto; en primer lugar, porque al atribuir al superstite la posesión civilísima de los bienes objeto de usufructo, decía expresamente “sin perjuicio de lo dispuesto en los dos artículos siguientes” sobre inventario, fianza y otras medidas cautelares (cfr. art. 151, 2 del provisional y 147, 2 del definitivo). Por otra parte, al establecerse la sanción de la falta de inventario no se decía “entre tanto”; en el Anteproyecto se disponía que “el viudo obligado a formalizar inventario que dejase transcurrir el plazo establecido sin haberlo concluido, perderá los disfrutes de la viudedad, que corresponderán a los herederos desde el día del requerimiento hasta que dicho inventario se concluya en forma” (cfr. arts. 154 del provisional y 150 del definitivo).

Parece, por tanto, que el sistema del Anteproyecto consistía en que la obligación de inventario, cuando existía, condicionaba el efectivo disfrute del usufructo viudal; el viudo obligado a formalizar inventario no adquiriría por el hecho de la muerte de su consorte y desde ese momento la posesión de los bienes objeto de usufructo ni, por tanto, el ejercicio efectivo de este derecho; nacía una especie de si-

tuación de pendencia: si lo concluía dentro de plazo, adquiría con efecto retroactivo la posesión y se le atribuían los disfrutes devengados; si no lo concluía, se atribuían, también con cierta retroactividad y hasta su conclusión, a los herederos nudopropietarios.

Pero la Compilación no hace esta salvedad al atribuir la posesión al sobreviviente (cfr. art. 79), y añade al precepto sancionador el inciso "entre tanto". Sin embargo, con estos antecedentes, es posible que, también con referencia al texto de la Compilación, pueda ser éste el sistema querido: no iniciación del usufructo y atribución retroactiva al viudo (si termina dentro de plazo el inventario) o a los herederos (si no lo termina en el plazo).

¿*Quid iuris* cuando la obligación de inventario derive de disposición del cónyuge premuerto? Evidentemente los herederos pueden, también en este supuesto, requerir al cónyuge viudo y, en tal caso, no habrá problema; pero si no lo requieren, y prevalece la segunda interpretación, la pérdida de disfrutes decretada por el art. 82 no va acompañada de su atribución a los nudopropietarios, porque falta el momento inicial de atribución, el requerimiento, lo cual desemboca a una especie de derecho potestativo atribuido a éstos: el viudo perderá los disfrutes si, transcurrido el plazo sin haberlo concluido, es requerido por los herederos, no ya para que haga el inventario —cuya obligación deriva de la disposición del premuerto—, sino para que les transfiera temporalmente —hasta que lo concluya— los disfrutes.

Es, precisamente, la solución aventurada para esta última cuestión, la que sugiere una tercera interpretación al art. 82 que acaso evitaría la contradicción causante de las dos anteriores. Consistiría esta interpretación en entender que la pérdida se produce el día siguiente al de la terminación del plazo; y que es entonces cuando los herederos nudopropietarios pueden requerir (independientemente de que la obligación derive de la voluntad del premuerto y que, por consiguiente, el plazo se cuente desde su fallecimiento, o que derive de la exigencia de los nudopropietarios o de la petición del fiscal y que, por tanto, el plazo se cuente desde que se formuló tal exigencia o petición) al viudo usufructuario para que les transfiera, desde ese momento, los disfrutes. Dudo mucho, con todo, que esta interpretación pueda prevalecer, porque el art. 82, 2, habla precisamente de "requerimiento" al tratar del cómputo inicial del plazo en los casos 2.º y 3.º del párrafo 1, como contrapuesto al momento inicial, "fallecimiento", en el caso 1.º.

Para que el inventario se considere concluido, a los efectos de este artículo, deberá estar completo; la omisión maliciosa o negligente de bienes equivale a la no conclusión (cfr. la S. A. Z., de 12 de junio de 1954). En cambio, parece que la fuerza mayor podrá ser excusa, en todo caso, para el obligado contraventor.

g) Nada más dispone la Compilación en cuanto a inventario y fianza. Lo demás —forma del inventario, naturaleza y cuantía del aseguramiento, etc.— se regirá, conforme al art. 75, por la disposición

del cónyuge premuerto en que hubiese impuesto al superstite estas obligaciones; y, en su defecto (primariamente en los restantes casos del art. 80, 1), por la costumbre si la hubiere y, si no, por las disposiciones del Código civil; pero, en realidad, de los arts. 491 a 496 C. c. nada o casi nada es aplicable aquí como no previsto por la Compilación; quedará, así, un amplio margen al arbitrio judicial.

18. *Otras medidas cautelares.*

Bajo esta misma rúbrica, e intercalado entre la regulación del inventario y fianza y de la sanción por la falta de inventario, dispone la Compilación:

Artículo ochenta y uno.—Cuando proceda el inventario y hasta tanto éste se formalice, y, en su caso, se constituya la fianza, los herederos podrán instar del Juzgado Municipal o Comarcal del lugar donde se hallen los bienes la adopción, respecto a ellos, de medidas de aseguramiento.

El supuesto de hecho es el mismo que en la obligación de inventario, los tres números del artículo 80, 1, más la instancia específica de estas medidas por parte de los herederos.

El precepto no dicta, como se ve, más reglas que la relativa a competencia territorial y funcional: el Juzgado municipal o comarcal del lugar donde se hallen los bienes (es decir, que cabe la instancia ante varios Juzgados municipales o comarcales), y a legitimación activa, que la propuesta del Seminario, como el artículo 69 del Apéndice, atribuía a los herederos del cónyuge difunto que no fueran descendientes legítimos del viudo, pero que ya la Comisión compiladora refirió a los casos en que, conforme al artículo anterior, procediera la formalización de inventario.

De ello se deduce que la consistencia de las medidas de aseguramiento quedan al arbitrio judicial. A lo sumo cabría sostener, en base al artículo 75, 1, la prevalencia de las medidas pactadas por los cónyuges o las establecidas por costumbre... pero es más que dudosa la referencia del artículo 75, 1, a una cuestión procesal. En cambio, parece razonable la aplicación supletoria del Código civil, por vía de analogía y en la medida de ésta, en aquellas reglas de finalidad cautelar como pueden ser las de los artículos 73, 6.º; 1.355; 1.020; etc., y sobre todo, el 494.

Tampoco se contienen normas de procesamiento; el Seminario de la Comisión compiladora había encargado un estudio crítico del artículo 69 del Apéndice y *de lege ferenda* al profesor FAIRÉN GUILLÉN, quien lo hizo a la vista del resultado de una meticolosa encuesta por el mismo organizada, y teniendo en cuenta los proyectos de Apéndice. Sobre la base de este estudio, el Seminario hizo su propuesta, y en

el precepto correspondiente del Anteproyecto de la Comisión aragonesa se disponía que “el Juzgado, constituido en seguida en el lugar, y apreciando la naturaleza de los bienes y todas las circunstancias del caso, acordará las medidas que estime procedentes, levantándose acta de las que se practiquen. Estas actuaciones serán remitidas seguidamente al Juzgado de primera instancia para su aprobación o rectificación. Mientras duren las actuaciones quedará en suspenso el plazo para practicar inventario. El juez señalará en su resolución el momento en que han de cesar las medidas cautelares. No haciéndolo, se entenderá que, para cada uno de los bienes, cesan cuando se incluyan en el inventario, si se ha prestado ya fianza bastante. Son aplicables supletoriamente a este proceso cautelar las normas de la Ley de enjuiciamiento civil sobre abintestato y testamentaria” (art. 153 del provisional y 149 del definitivo). Pero la Comisión de Códigos simplificó el precepto correspondiente y lo redactó en la forma con que ha pasado a constituir al artículo 81 de la Compilación.

19. *Alcance de la inalienabilidad en la fase de usufructo viudal.*

Dentro de la regulación genérica de la viudedad, el artículo 74 declara inalienable el derecho de viudedad; pero ya allí anuncia una limitación: “salvo lo dispuesto en el artículo 87”; ya he explicado (*supra*, núm. 9) la causa del error numérico padecido: debe entenderse “salvo lo dispuesto en el artículo 83”.

Efectivamente, al regular específicamente la fase usufructuaria del derecho de viudedad, y tras reiterar la inalienabilidad institucional, se describen las excepciones o limitaciones, es decir, la posible disposición del usufructo y la posible enajenación de los bienes usufructuados, en la forma que sigue:

Disponibilidad del derecho y de los bienes.

Artículo ochenta y tres.—Uno. El derecho de viudedad es inalienable. No obstante, cuando no haya descendencia del cónyuge fallecido, el viudo o viuda pueden pactar con los herederos de aquél lo que se estime oportuno, respetando las cargas establecidas por el mismo.

Dos. Haya o no descendencia, puede enajenarse la plena propiedad de bienes determinados, concurriendo el viudo usufructuario con el nudo-propietario, pero, salvo pacto en contrario, quedarán subrogados el precio o la cosa adquirida en lugar de lo enajenado.

Sin más precedentes que la cedibilidad, por parte del viudo, de la percepción de frutos de los bienes inmuebles usufructuados (art. 72, 2.º, del Apéndice), y atendiendo justificadas aspiraciones doctrinales y prácticas, el Seminario propuso un precepto en el que se concedía al viudo la facultad de ceder el ejercicio de su derecho sobre bienes deter-

minados, así como la de enajenar la plena propiedad de tales bienes conjuntamente con los nudopropietarios, disponiendo la automática subrogación o reemplazo. La Comisión reprodujo esta norma (cfr. art. 155 del Anteproyecto provisional) y, después de la información pública, añadió a ella la posibilidad de libre pacto con los herederos, sin perjuicio de las cargas, cuando no hubiese descendencia del cónyuge premuerto (cfr. art. 151 del Anteproyecto definitivo). La Comisión de Códigos, por aplicación acaso del principio de que lo más comprende lo menos, suprimió en el proyecto la cedibilidad del ejercicio; y, en cuanto a la subrogación o reemplazo, dejó a salvo —con buen criterio, a mi juicio, pues aunque quizá se llegase a la misma conclusión a través de la renunciabilidad, el automatismo establecido daba cierta apariencia de imperativo al precepto— el pacto en contrario.

* * *

Los pactos autorizados en el primer párrafo del artículo 83 para cuando no haya descendencia del cónyuge fallecido, no tendrán más límite que los generales de todo pacto (art. 3 de la Compilación) y el respeto a las cargas establecidas por el cónyuge premuerto; podrán, pues, ser en beneficio de tercero y comportar la enajenación del usufructo.

¿A qué cargas se refiere el precepto? Evidentemente, a las impuestas por el cónyuge premuerto sobre el usufructo; pero, conforme a la doctrina del artículo 72, 1, tendrán que haber sido pactadas en instrumento público con el otro cónyuge (ahora disponente) o dispuesto con él de mancomún, o bien, si proceden de su voluntad unilateral, desenvolverse dentro de los límites del artículo 72, 2.

* * *

El párrafo segundo del este artículo 83 puede dar lugar a una cuestión interesante; porque, a diferencia de otros preceptos que en el mismo capítulo tratan de “herederos nudopropietarios” (art. 80) o, simplemente, de “herederos” (arts. 81 y 82; también 83, 1), este párrafo trata sólo de “nudopropietarios”, de forma que la enajenación del pleno dominio de bienes determinados está también autorizada cuando concurra el viudo usufructuario con el adquirente de la propiedad “gravada” por el derecho expectante, transformado después en usufructo.

* * *

El pacto contrario al efecto de la subrogación o reemplazo, cuando se enajenen bienes determinados, será entre el viudo usufructuario y los herederos nudopropietarios; no parece deber requerirse un previo

pacto autoritativo entre los cónyuges, ni tampoco una intervención consensual del adquirente de los bienes que se enajenan.

20. Ejercicio del usufructo viudal.

En su fase *post mortem* la viudedad se manifiesta o consiste en un derecho real de goce semejante al usufructo; pero, a causa de la finalidad que persigue, su ejercicio está sometido a ciertos preceptos de índole familiar que, de una parte, imponen al cónyuge viudo mayores limitaciones que a un usufructuario corriente, con objeto de servir al destino de tal usufructo, y de otra, le confieren poderes más extensos que los del titular de un usufructo ordinario.

* * *

Conforme al artículo 75, 1, de la Compilación, este ejercicio se regula, en orden de prelación, por el pacto, la costumbre, el Título VI del Libro I de la misma Compilación y el Código civil.

El pacto, fuente primaria, puede ser el establecido en vida de ambos cónyuges, por ellos (arg. art. 72, 1), o bien el establecido por el viudo usufructuario y los nudopropietarios, en fase de usufructo viudal; pero este segundo no podrá entrañar disposición del derecho de usufructo si los herederos nudopropietarios son descendientes del premuerto o los hubiere; no obstante, el ejercicio sobre bienes determinados puede entrañar disposición del pleno dominio sobre los mismos si concurren los nudopropietarios, y quedando a salvo la subrogación real o el reemplazo (arg. art. 83).

* * *

Las disposiciones de la Compilación en orden al ejercicio del usufructo viudal son, fundamentalmente, las contenidas en los artículos 84, 85 y 87.

Derechos y obligaciones.

Artículo ochenta y cuatro.—Serán aplicables al usufructo viudal las normas siguientes:

Primera.—A la constitución o extinción del usufructo, la liquidación de los frutos naturales e industriales obtenidos durante el año agrícola o el correspondiente período productivo se hará en proporción a la duración en él del respectivo derecho. La misma regla regirá en cuanto a los gastos de producción.

Sabido es que en el Código civil la liquidación inicial y final del usufructo responde a distinto criterio o sistema según se trate de frutos

civiles o de frutos naturales e industriales. Para los frutos civiles, el artículo 474 establece la regla *pro ratio tempore*, referible tanto a la liquidación inicial como a la final; diversamente, en cuanto a los frutos naturales e industriales, el artículo 472 atribuye al usufructuario todos los pendientes al tiempo de comenzar el usufructo, sin obligación de abonar al propietario ninguno de los gastos hechos para su producción, y al propietario todos los pendientes al tiempo de extinguirse el usufructo, pero debiendo abonar al usufructuario los gastos de producción.

Sabido es, también, que esta regla de liquidación de los frutos naturales e industriales ha sido criticada por la doctrina en tema de usufructo ordinario, patrimonial; se alabó su sencillez y su seguridad, pues se confiaba que evitaría litigios; y se trató de justificar por la reciprocidad del *alea*; pero se redarguyó que la simplicidad y seguridad se lograba, en ocasiones, a costa de la justicia; y que la pretendida compensación de ganancias y pérdidas no existe, pues cada usufructo se abre y se cierra una sola vez, en la cual difícilmente coincidirá la ganancia inicial con la pérdida final. En suma, se consideraban más justas las reglas del artículo 452 C. c. en materia de posesión de buena fe.

En este ambiente doctrinal y crítico, el Seminario de la Comisión compiladora analizó el sistema histórico aragonés: la observancia 6.^a *de iure dotium* refería como *usus in Aragonia* que, a la terminación de la viudedad, aquellos a quienes perteneciese la propiedad de las cosas, pudieran ocuparlas con sus frutos y sin necesidad de abonar expensas; y la 54 del mismo título disponía que, a la muerte del usufructuario, o cuando éste contrajese nuevas nupcias, o la viuda tuviese *manifestum fornicatorem*, todos los frutos cediesen al suelo, salvo el caso de segundo matrimonio del viudo quedando hijos habidos con la primera mujer, pues éstos habían de dividir con aquél los frutos aparentes.

El Apéndice estableció, en los primeros párrafos de su artículo 74, reglas de liquidación final, no muy claras, pero que, en general, respondían al sistema histórico: atribución de los frutos naturales e industriales pendientes al extinguirse el usufructo a los nudopropietarios sin necesidad de abonar expensas, salvo los casos de extinción por renuncia y por nuevas nupcias con atribución del pleno dominio a los hijos; en estos casos, los frutos aparentes debían dividirse y también los gastos de producción.

En cuanto a la liquidación inicial, nada se encuentra, en tema de viudedad, en el Derecho histórico; únicamente la observancia 61 *de iure dotium* consideró muebles, a efectos de división de la comunidad, los frutos aparentes. El Apéndice incluyó algunas reglas —tampoco muy claras— en el artículo 72. relegando la viudedad con la comunidad continuada que, normalmente, comprendía los frutos aparentes (cfr. art. 57).

El Seminario, como digo, influido por la crítica doctrinal relativa

a las reglas de liquidación del usufructo ordinario o patrimonial, unificó todos los supuestos de liquidación —inicial y final, y cualquiera que fuese la causa de ésta— del usufructo y les aplicó la regla que el Código establece sólo para la liquidación de los frutos civiles (art. 474), la regla del prorrateo, que aplicó también a los gastos.

Este sistema fue acogido en el Anteproyecto provisional, constituyendo la regla 1.^a de su artículo 156.

Durante el período de información pública me permití formular ante la Comisión compiladora una enmienda escrita; en rigor, la formulaba ante mí mismo, pues que en anteriores publicaciones había expuesto críticas al sistema del Código civil en tema de usufructo ordinario y, en tema de viudedad, tanto en trabajos doctrinales como en el seno del Seminario, había propuesto y mantenido la doctrina recogida después por el Anteproyecto.

Pero, con posterioridad, había pensado que si la crítica era válida para el usufructo ordinario, no lo era, quizá, para el usufructo viudal; y que, por tanto, el sistema que formulaba el Anteproyecto podía ser muy justo para las liquidaciones del usufructo ordinario, pero acaso no tanto para las del viudal.

Efectivamente, a la constitución del usufructo viudal no se trata de atribuir los frutos naturales e industriales repartiéndolos equitativamente entre el nudo propietario, constituyente del usufructo, o sus herederos, y un extraño a ellos, el usufructuario, con intereses normalmente contrapuestos (planteamiento en el cual, todavía, cabría analizar, para distinguir, el título constitutivo del usufructo), sino de distribuirlos entre los herederos del premuerto y el cónyuge viudo del mismo, cónyuge viudo al que la ley trata de mantener en situación preeminente respecto de aquéllos, aplazando los efectos prácticos de la sucesión *mortis causa*... ¿Es justo, en este planteamiento, prorratear entre ellos los frutos naturales e industriales pendientes? Y, con referencia a la extinción del usufructo, tampoco se trata de armonizar los intereses contrapuestos de los nudopropietarios y los herederos del usufructuario cuya muerte, según haya acaecido antes o después de la recolección, decide, de modo por completo aleatorio, si tales frutos pertenecen a la herencia del usufructuario o se atribuyen a los nudopropietarios... No; en el usufructo viudal se trata de señalar el momento efectivo, hasta entonces aplazado, de la eficacia práctica de la sucesión del premuerto: nada juegan, en esta pugna de intereses, los herederos del viudo usufructuario; y si la tensión se produce frente a él mismo (extinción por causa distinta de la muerte), parece que la solución no debe ser la misma si tal causa supone generosidad (renuncia a la viudedad) que si supone indignidad (vida licenciosa del viudo usufructuario).

Mi enmienda no prosperó; y el Anteproyecto definitivo reprodujo, como regla 1.^a de su artículo 152, la que yo había propuesto en el Seminario, antes de rectificar mi criterio.

A pesar, también, de que el Anteproyecto definitivo estructuraba

la viudedad como generalmente universal, lo cual hace más discutible la adecuación de la regla de prorrateo en la liquidación inicial del usufructo; porque, siendo universal, recae también sobre los bienes muebles; luego en una aplicación inexorable del sistema, también sobre los frutos que, en el prorrateo, corresponden al cónyuge premuerto y se atribuyen, por tanto, a sus herederos. Esta parte del prorrateo de frutos no corresponde percibirla al usufructuario, por disposición del artículo 84, 1.º; pero tampoco corresponde percibirla a los herederos, siendo universal la viudedad, salvo en nuda propiedad; procede, pues, “capitalizarla” como objeto de usufructo, lo cual, perfectamente viable en materia de frutos civiles, no parece adecuado a los frutos naturales e industriales a que esta regla se refiere.

Tampoco parece más indicada la regla del prorrateo para la liquidación final de un usufructo de naturaleza familiar; en este aspecto, con independencia del ámbito universal e inmobiliario que se le haya asignado. Según he dicho, los herederos del usufructuario (que no lo sean también del cónyuge premuerto) son completamente ajenos al reflejo patrimonial de la situación familiar que la viudedad describe. El Derecho aragonés no quiere que la familia se disuelva por la muerte de un cónyuge; en la medida de sus posibilidades, trata de evitar la dispersión familiar y el desamparo viudal y, como en tal ordenamiento más que un “contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio” (condenado a resolverse cuando el matrimonio se disuelve) hay una especie de “estatuto patrimonial al servicio de la familia”, la disolución del matrimonio no deroga este estatuto y, entre otras instituciones, la viudedad trata de mantenerlo, aplazando los efectos económicos de la sucesión *mortis causa* mientras vive el otro cónyuge; cuando muere ya no hay razón de aplazamiento, y la eficacia económica de la sucesión se produce, si no retroactivamente, al menos sin secuelas posteriores en beneficio de extraños respecto a la relación familiar de la viudedad: los frutos naturales e industriales pendientes a la muerte del viudo usufructuario deben ser para los nudopropietarios sin prorrateo con los herederos del viudo.

Si la extinción del usufructo es por causa distinta de la muerte, habría que distinguir la naturaleza de la causa y la situación familiar afectada; porque, como exponía en la mencionada enmienda, cuando la pérdida es por vía de sanción (no necesariamente a una conducta “mala”, sino incompatible con la fidelidad a la memoria del premuerto) se hace preciso que no se enturbie más de lo que la misma causa de extinción haya ya enturbiado las relaciones entre el cónyuge viudo y sus hijos del primer matrimonio.

En suma, pienso que hubiese sido más justo y adecuado —también, más fiel al Derecho histórico: mi cambio de criterio ha servido, si no para evitar que la Compilación reproduzca mi anterior punto de vista, sí para recordar con qué cautela se debe revisar y modificar el Derecho histórico— atribuir todos los frutos naturales e industriales pendientes al tiempo de constituirse el usufructo universal al cónyuge

viudo, sin obligación de abonar expensas; todos los pendientes al tiempo de extinguirse por muerte del usufructuario, a los herederos del premuerto, sin abono tampoco de expensas; y, en los casos de extinción por causa distinta de la muerte, seguir el sistema del prorrateo, tanto de frutos cuanto de expensas, cuando la causa extintiva no sea falta de fidelidad a la memoria del premuerto (renuncia) o cuando, siéndolo (segundas nupcias), no implique mala conducta y el pleno dominio recaiga en sus hijos; en los restantes supuestos, atribución a los nudopropietarios de todos los frutos naturales e industriales pendientes, con abono de expensas.

Para los frutos civiles regirá el artículo 474 C. c., con el cual se ha homologado el 84, 1.ª, de la Compilación.

Segunda.—El abono de expensas y mejoras hechas por el viudo usufructuario se gobernará por lo dispuesto en el Código civil con relación al poseedor de buena fe.

Se refiere esta regla segunda, no a los gastos hechos para la producción de los frutos (como la anterior), sino a los gastos —de conservación, reparación o mejora— de la cosa usufructuada; se refiere a la “sustancia” y no a la fructificación.

El Apéndice contenía, en esta materia, una regla semejante al artículo 487 C. c. (art. 72, 2, 2.ª). La doctrina estimaba que tal solución, justificada en el usufructo ordinario, casaba mal con la naturaleza familiar del usufructo viudal, y se llegó a propugnar, por esta razón, un régimen de mejoras semejante al de la dote; por ello, ya en la propuesta del Seminario, y después en el Anteproyecto de la Comisión, a semejanza del artículo 1.368 C. c., se resolvía la cuestión por remisión al poseedor de buena fe. Así aparece, también, en la regla 2.ª del artículo 84 de la Compilación.

Se aplican, pues, los artículos 453, 454, 456 y 458 C. c. con preferencia a los 487 y 488. Así, el usufructuario tiene derecho a los gastos necesarios y útiles; parece que con derecho de retención, lo cual supone una excepción a lo dispuesto con carácter general en el artículo 88 de la Compilación. No tiene derecho a los gastos de lujo o recreo, pero sí a retirarlos si la cosa no sufre deterioro y si los nudopropietarios no prefieren abonarlos; entiendo que también podrá, con ellos, compensar los desperfectos, pues la remisión específica de esta regla a los artículos reguladores de la posesión de buena fe no impide —salvo en lo que fuesen incompatibles— la remisión genérica (y, en ella, al art. 488) al Código, hecha en el artículo 75, 1, de la Compilación.

Tercera.—Cuando los nudo-proprietarios fueren descendientes legítimos del viudo usufructuario serán a cargo de éste las reparaciones, tanto ordinarias como extraordinarias.

El Apéndice de 1925, acaso influido por una interpretación poco cuidada, por parte de la doctrina del siglo XIX, del fuero 2.º *de iure viduitatis* y de la observancia 11 *de iure dotium* (en materia de reparaciones), impuso al viudo usufructuario la obligación de levantar las cargas a que los bienes estuviesen afectos, costear los seguros, las contribuciones y las reparaciones ordinarias o extraordinarias (cfr. artículo 73, 2, 1.ª).

El Seminario y la Comisión aragonesa adoptaron la solución, distinta de la del Código, de atribuir al usufructuario tanto los impuestos que gravan los frutos cuanto los que gravan el capital y tanto las reparaciones ordinarias cuanto las extraordinarias, solamente en el caso de que los nudopropietarios fuesen hijos o descendientes legítimos del viudo usufructuario (cfr. art. 156, 3.ª, del Anteproyecto provisional y 152, 2.ª, del definitivo).

La regla 3.ª del artículo 84 de la Compilación, retocada en la Comisión de Códigos, sigue limitando el supuesto de hecho en la misma forma: cuando los nudopropietarios sean descendientes legítimos del viudo usufructuario; por tanto, en los demás casos, y siempre que nada se haya establecido por pacto ni exista costumbre distinta, se aplicarán los artículos 500-502 C. c. (art. 75, 1, de la Compilación).

Pero nótese que en la Compilación, como en el Proyecto de la Comisión de Codificación, la regla va referida sólo a las reparaciones, no a los impuestos. El Seminario y la Comisión aragonesa, según he dicho, la habían referido también a éstos, atribuyendo al viudo, cuando los nudopropietarios fuesen hijos o descendientes legítimos suyos, los que gravan los frutos y el capital, y añadía que "no podrán entonces los nudopropietarios introducir mejoras sin el consentimiento del usufructuario" (arts. 156, 4.ª, del Anteproyecto provisional y 152, 4.ª, del definitivo; en cuanto a la última disposición, que desapareció también, como la de los impuestos, en el Proyecto, téngase en cuenta el artículo 503 C. c.). En la Compilación, por el contrario, no se dice nada de los impuestos, acaso por considerar implícita la regla en la de las reparaciones; pero, independientemente de la intención o móvil de la supresión, parece lo más probable la aplicabilidad de los artículos 504 y 505 C. c., sin que se acabe de comprender, entonces, el diferente trato en materia de reparaciones y de impuestos. También la supresión de la consecuencia en cuanto a mejoras supondrá la aplicación directa e íntegra del artículo 503 C. c.

Cuarta.—La obligación de alimentos, con las condiciones y el alcance con que la regula el Código civil, se extiende para el viudo usufructuario a los descendientes no comunes del cónyuge premuerto.

Este deber —compensatorio del aplazamiento que supone la viudedad para el efectivo disfrute de los bienes— tiene su precedente en el fuero 1 *de alimentis* de 1390 y, sobre todo, en su complemento, el

fueron 2 del mismo título, de 1398. El Apéndice la formulaba en el artículo 72, 2, 4.^a, con detalles que parecen innecesarios rigiendo supletoriamente el Código civil. El Seminario y la Comisión compiladora la excluían en los casos de limitación de la viudedad por diferencia de edad (cfr. arts. 156, 4.^a, del Anteproyecto provisional y 152, 4.^a, del definitivo); pero como la Comisión de Códigos suprimió tal limitación, la exclusión era improcedente y prescindió de ella en el Proyecto.

Parece que se trata de los alimentos que la doctrina denomina “amplios” o “civiles” y no de los denominados “estrictos” o “naturales” (cfr. arts. 143 y 146 C. c.). Y que la pensión no está limitada en su cuantía por la del caudal usufructuado, si bien cabrá siempre, a través de la renuncia, la liberación de este deber que la Compilación atribuye, precisamente, al viudo “usufructuario”.

* * *

Intervención de los nudo-propietarios

Artículo ochenta y cinco.—Desatendidas por el usufructuario las indicaciones o advertencias que le hicieren los nudo propietarios sobre administración y explotación de los bienes, podrán aquéllos acudir a la Junta de parientes o a la autoridad judicial, ante la cual también serán apelables los acuerdos de dicha Junta.

Este precepto carece de antecedentes en el Derecho histórico; tampoco contiene nada equivalente el Apéndice de 1925 ni los proyectos anteriores. Lo introdujo, en su propuesta, el Seminario, por consideraciones prácticas. Se trataba de poner al día la institución, de dar una versión actualizada del Derecho histórico, pero también de aprovechar la coyuntura legislativa para retocarla o modificarla, evitando los inconvenientes que la experiencia hubiese denunciado y que en nada afectan a la esencia de la institución; entendió el Seminario que este *modus operandi* no suponía infidelidad al espíritu y al método histórico, si la historicidad del Derecho se concibe como algo vivo y, por tanto, evolutivo en las determinaciones de una misma esencia a circunstancias cambiantes; concretamente, la viudedad evolucionó históricamente; nada de extraño, pues, que al reanudar su historia legal siguiera evolucionando.

Evidentemente la finalidad esencial de la viudedad subsiste en nuestro tiempo y por eso la institución se conserva; pero, sin duda también, con los actuales modos de vida se ha agudizado el problema planteado por la posible tensión de generaciones: la madre viuda, por ejemplo, con criterios conservadores y sin grandes estímulos para cambiar el régimen o la explotación del patrimonio, y los hijos, tal vez mayores de edad y padres de familia, nudopropietarios de aquél patrimonio cuya organización y métodos de explotación quisieran ac-

tualizar (mecanización del campo, obras de decoración en el establecimiento mercantil, publicidad, racionalización en la organización industrial, inversión en valores más rentables, etc.).

La norma prosperó y aparece en la Compilación pese a que, durante la información pública del primer Anteproyecto, el informe del Colegio Notarial de Zaragoza y de los Registradores de las tres provincias aragonesas se manifestó en sentido contrario; he aquí en que gallardos términos se expresaban los Notarios y Registradores de Aragón: “Los otros preceptos del Anteproyecto que se estiman necesarios de reforma son los arts. 175 y 159 que someten al cónyuge viudo a un control del Consejo de parientes que se juzga inadmisibile. Ciertamente que la mayor extensión de la viudedad con relación al régimen del vigente Apéndice, tiene como contrapartida la reducción de derechos para los herederos, privados, acaso durante largos años, de disfrute de los bienes; pero, así y todo, se estima que la innovación pretendida por el Anteproyecto debe ser desechada por depresiva de la posición del viudo, improcedente y peligrosa”.

* * *

El Anteproyecto concedía a los nudopropietarios recurso ante la Junta de parientes y apelación a la autoridad judicial cuando resultaren gravemente perjudiciales los acuerdos de la Junta (arts. 157 del provisional y 153 del definitivo). La Compilación, como en las demás actuaciones de la Junta de Parientes, ofrece alternatidad en el recurso: aun donde y cuando exista Junta de parientes, pueden los nudo-proprietarios, recurrir ante la autoridad judicial; congruentemente, la apelación a ésta contra el acuerdo de la Junta de parientes no quiere que sea gravemente perjudicial.

Los términos “recurso” y “apelación” no están empleados aquí en sentido técnico procesal; se trata de actuaciones de jurisdicción voluntaria, semejantes a otras en materia civil, que no impiden, por otra parte, la viabilidad contenciosa de un proceso declarativo.

* * *

El art. 85 se completa con el 87:

Transformación del usufructo.

Artículo ochenta y siete.—En el caso del artículo ochenta y cinco, 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-proprietarios 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 últimos años y revisable cuando varien las circunstancias objetivas.

No debe confundirse esta norma con la del art. 520 Cc. ni con la del 73, 13, del Apéndice de 1925.

El art. 520 Cc. permite, en realidad, el mal uso de la cosa usufructuada; y sólo para el caso de que el abuso sea considerablemente perjudicial al propietario permite una especie de administración de la cosa por parte del mismo; pero aún en este caso, subsiste el disfrute (no la posesión ni el uso) por parte del usufructuario. El art. 73, 13, del Apéndice de 1925 sanciona con la pérdida del usufructo viudal el incumplimiento general y doloso o negligente, de las obligaciones del viudo usufructuario en cuanto tal. Frente a estos preceptos, la Compilación:

a) Fiel al fundamento y teleología del instituto y a su naturaleza familiar, no permite el no uso ni el uso diríase anticuado o antieconómico del patrimonio usufructuado; tampoco lo prohíbe directamente ni lo sanciona automáticamente, pues en rigor no se trata de una especie de castigo impuesto a la mala conducta del viudo usufructuario; se trata de compaginar los intereses de todos en el seno de una misma familia y de arbitrar, para ello, una transformación del usufructo. El viudo que rechaza la concentración parcelaria, o se niega a incorporarse a una cooperativa, o que no quiere reformar unos escaparates o realizar unos títulos para mejor invertir su importe, propiamente no obra mal; sencillamente, tiene unos criterios distintos —que, sin malicia ni negligencia, pueden ser perjudiciales— de los nudo-propietarios; por eso el art. 85 permite a estos llevar el caso a la Junta de parientes o a la autoridad judicial; si estos órganos entienden que las advertencias o indicaciones de los propietarios desatendidos por el viudo usufructuario, son, efectivamente, beneficiosos para la familia en su presente y en su futuro, se los impone al viudo; y si éste no puede o no quiere seguirlos, el art. 87 armoniza los intereses: dejando, por una parte, al viudo usufructuario en la misma situación económica que le suponía el usufructo y, por otra parte, entregando el patrimonio a los nudopropietarios para su explotación adecuada.

b) En cambio, si el viudo usufructuario incumple con negligencia grave o con malicia las obligaciones inherentes al disfrute de viudedad, como esto sí que es una falta, mala conducta, el art. 86, 1, 5.º, la sanciona —pues esta norma sí tiene signo punitivo— con la extinción o pérdida del usufructo viudal.

Por lo demás, el art. 87 de la Compilación ha dado una versión más moderna y más cómoda que la del art. 520 Cc. a la transformación del usufructo; de una parte, no se trata de abonar al viudo usufructuario el importe de la fructificación sucesiva del patrimonio usufructuado, sino una renta no inferior a la fructificación media anterior; y, de otra parte, la cuantía de esta renta es revisable al variar las circunstancias objetivas (disminución del poder adquisitivo de la moneda, etc.).

21. *Extinción.*

Las causas vienen enumeradas en el art. 86:

Extinción del usufructo viudal:

Artículo ochenta y seis.—Uno. Se extingue el usufructo viudal:

Primero.—Por renuncia explícita que conste en documento público.

Además, pues, de poderse renunciar la viudedad antes de su iniciación y durante la fase de derecho expectante, después de haberse iniciado el usufructo —o en el momento de iniciarse— es también renunciabile.

Segundo.—Por nuevo matrimonio, salvo pacto en contrario.

Es una causa extintiva típica, originaria y constante, en la regulación de la viudedad (fuero 1 *de iure dotium* de 1247, fuero 1 *de iure viduitatis* de 1398, observancias 52 y 54 *de iure dotium*, art. 73, 8.º, del Apéndice de 1925). Su fundamento lo expresa bien la denominación que la institución recibe en el Derecho navarro: *fealdat*, fidelidad.

Parece que la excepción admitida a la eficacia extintiva del nuevo matrimonio será referible, tanto al pacto atípico con los herederos nudo-propietarios, cuanto al pacto, consuetudinariamente tipificado y regulado, de “casamiento en casa” (cfr. arts. 33 y 35 de la misma Compilación). Empero, lo que perdura ya no es, entonces, propiamente viudedad, sino un usufructo convencional o una institución consuetudinaria con sustantividad propia.

Tercero.—Por llevar el cónyuge viudo vida licenciosa.

Con la misma antigüedad (fuero 1 *de iure dotium*, observancia 54 del mismo título, art. 75, 11, del Apéndice) y fundamento que la causa anterior —crisis de la fidelidad—, por fin la Compilación ha unificado el régimen para el viudo y para la viuda. El fuero 1 *de iure dotium* —como entonces no podía por menos— la refirió sólo a la viuda; pero, extendida la viudedad al marido, la observancia 13 del mismo título, aclaró que el marido viudo no perdía la viudedad por tener concubina; la observancia 54 del mismo título volvió a referir la causa sólo a la mujer; en cambio, el Fuero de Teruel, al conceder determinados beneficios viuales, los condiciona indiscriminadamente a que el viudo o viuda “quisiera estar en castidad” (ley 458), ordenando que, cuando el viudo no quiera permanecer en viudedad o en castidad, lo dé todo a la partición (ley 460); también hoy se equipara en el Derecho de Navarra, según doctrina autorizada (se entiende derogado por la costumbre el Fuero General en 4, 2, 3; además, cfr. el Amejoramiento del Fuero, de 1418, Cap. IX); también se propugnaba

la equiparación en las conclusiones del Congreso de jurisconsultos aragoneses de 1880; pero el Apéndice de 1925 distinguió las circunstancias de la causa extintiva: para el viudo, tener manceba en su propia morada o con escándalo fuera de ella; para la viuda, llevar vida manifiestamente licenciosa o deshonesta (cfr. art. 73, 11).

La Compilación ha referido la causa, con un mismo enunciado, a ambos; y la ha descrito como "llevar vida licenciosa", sin más circunstancias ni calificaciones. Sólo juicio favorable merece esta reforma, tan justa, que equipara en la exigencia de fidelidad al viudo y a la viuda, y que puede resolver, o mitigar al menos, la incisión que en su formulación anterior producía en cuanto al efecto extintivo de las ulteriores nupcias, es decir, la incitación a un amancebamiento que no fuese domiciliario u ostensible, o a una vida licenciosa o deshonesto pero oculta, en sustitución de un segundo matrimonio que extinguiese el usufructo.

Cuarto.—Por corromper o abandonar a los hijos, o por atentar al pudor o fomentar la prostitución de las hijas.

Coincide esta causa con la 1.^a de indignidad (art. 756 Cc.) y con una de las causas de separación personal (cfr. art. 74 y 105, 5.^o Cc.), que lo son también de extinción del derecho expectante (art. 78 de la Compilación). Ya el Apéndice la formulaba (art. 73, 12).

Quinto.—Por incumplir como usufructuario, con negligencia grave o malicia, las obligaciones inherentes al disfrute de la viudedad, salvo lo dispuesto sobre negligencia en la formalización de inventario.

Por el carácter familiar de este usufructo y por cuanto las obligaciones a él inherentes son más graves que en el usufructo ordinario, la sanción —pérdida del usufructo— es más enérgica que en el usufructo ordinario —sustitución del usufructo por la percepción del producto líquido—, tal como la establece el art. 520 Cc. Así se establecía también en la regla 13 del art. 73 del Apéndice.

Para que se produzca la extinción será necesario probar el incumplimiento y, además, la negligencia grave o la malicia. La negligencia leve no es causa de extinción y fundará solamente los recursos previstos en el art. 85, y, en su caso, la sanción del 87.

Y el incumplimiento de la obligación de inventario, la suspensión y pérdida regulada en el 82.

Sexto.—Por no reclamar su derecho durante los veinte años siguientes a la defunción del otro cónyuge.

Se refiere esta regla (que aplica el plazo histórico de prescripción de las acciones personales) a la prescripción extintiva del usufructo

vidual como derecho unitario; por eso el cómputo se inicia con el nacimiento mismo de este derecho: desde la defunción del otro cónyuge; una vez reclamado y obtenido, el derecho ya no prescribe, aunque puede prescribir el derecho sobre bienes determinados, incluso sobre los que constituyan el patrimonio usufructuado; pero, entonces, ya no prescribe el usufructo vidual que, ejercitado inicialmente, ya no se puede perder por falta de ejercicio sino en cuanto a cada uno de los bienes sobre que recae; en cierto modo lo que, con arreglo a este precepto, prescribe es el derecho a comenzar el usufructo, la adquisición *uno actu* del usufructo de todo el patrimonio.

De aquí que esta regla sea compatible con la usucapión, en plazos más breves, de bienes determinados, por parte de un tercero. En cambio pienso que la prescripción extintiva inicial del derecho sobre cada uno de los bienes —si no se ha consumado por la usucapión de un tercero— queda subsumida en este plazo de los veinte años.

* * *

Dos.—En lo no previsto en este artículo o en el setenta y ocho se aplicarán los artículos quinientos trece y siguientes del Código civil. Estos mismos preceptos regirán la extinción del usufructo sobre bienes determinados.

De este segundo párrafo del art. 86 se deducen las siguientes consecuencias interesantes:

a) Que si las causas de extinción del derecho expectante se producen o conocen en fase de usufructo vidual, son también causas de extinción de éste; parece claro que la mención delimitadora del artículo 78, además del propio art. 86, al invocar la aplicación supletoria y complementaria de los arts. 513 y ss. Cc., así lo demuestra; en otro caso, la mención en este artículo del 78 resultaría totalmente estéril, ya que el mismo art. 78 lo invoca como complemento de las causas extintivas del derecho expectante.

Ello no impide que el trasplante pueda resultar problemático en algún aspecto. Porque hay causas de extinción del derecho expectante constituidas por la resolución judicial —improcedente cuando ha muerto uno de los cónyuges— y no por el hecho o conducta que, a su vez, haya sido causa de esta resolución; tal sucede en los supuestos de nulidad o separación personal. A mi juicio la regla orientadora, en principio, debe ser algo así: si en vida del cónyuge premuerto se había iniciado el ejercicio de la acción correspondiente, tendrán sus herederos —como decía el párrafo último del art. 64 del Apéndice— “las acciones civiles conducentes a los pronunciamientos definidores de la condición de los bienes”; lo mismo sucederá cuando se trate de acciones públicas; pero si se trata de acciones privadas, reservado su ejercicio al cónyuge premuerto y éste no las ejercitó, entonces la cir-

cunstancia causal de estas acciones no será causa de extinción del usufructo viudal.

b) Que las causas extintivas reguladas en los arts. 513 y ss. del Cc. lo son también del usufructo viudal en cuanto sean compatibles con los arts. 78 y 86 de la Compilación y mediante una adaptación semejante a la expuesta *supra*, núm. 14, a); y así, se extingue el usufructo viudal por muerte del usufructuario; por la expiración del plazo o el cumplimiento de la condición resolutoria interpuesta por los cónyuges en documento público o testamento mancomunado (art. 72), o por el causante o donante de bienes en cuanto a éstos (art. 77); por consolidación; no, en cambio, por renuncia que no sea explícita o no conste en documento público (compárese el art. 513, 4.º, Cc. con el 86, 1, 1.º, de la Compilación) y por resolución del derecho del constituyente.

c) Que se aplican las causas extintivas de los arts. 513 y ss. Cc., íntegramente, a la extinción del usufructo viudal sobre bienes determinados. Aquí, pues, la aplicación del Código no es ya supletoria y adaptada, sino primaria y directa. Será eficaz, por tanto, la renuncia en documento privado al usufructo sobre bienes determinados, etcétera. Sin embargo, creo que siempre será precisa una cierta adaptación, como en materia de prescripción extintiva que, si es inicial, entiendo queda subsumida en la prescripción veintenal de la *viduitatis petitio*; los plazos más breves se aplicarán a la prescripción extintiva de bienes determinados después de haberse hecho efectivo el usufructo viudal. Por otra parte, en cuanto a la pérdida del objeto, regirá el mecanismo de la subrogación o el reemplazo (cfr. arts. 518 y 519 Cc.).

* * *

Poseción de los propietarios.

Artículo ochenta y ocho.—Extinguida la viudedad, los propietarios podrán entrar en posesión de los bienes usufructuados por interdicto de adquirir.

Ya el fuero único *de usufructo*, de 1461, disponía que al extinguirse la viudedad, la posesión de los bienes usufructuados por el viudo no le aprovecharán a él sino al propietario, y concedía a éste el interdicto posesorio para obtenerla de hecho. También el art. 74 del Apéndice concedió a los nudo-propietarios esta posesión, que la doctrina llamó civilísima, y el interdicto de adquirir.

Para la liquidación final de los frutos naturales e industriales rige el art. 84, 1.ª; en lo demás, el régimen común del usufructo, dentro de la prelación de fuentes señalada en el art. 75, 1.

Los pactos sucesorios en la Compilación de Aragón

SANTIAGO PELAYO HORE

SUMARIO: I. *El Derecho y los pactos sucesorios*: 1. Planteamiento del problema.—2. El Derecho romano; su reacción contra los pactos; razón de la prohibición.—3. El Derecho germánico.—4. Naturaleza y efectos del pacto sucesorio.—5. La solución de la técnica; donación mortis causa.—6. La solución popular; capitulación matrimonial.—7. El Código civil.—II. *Los pactos sucesorios en Aragón*: 8. Característica del Derecho aragonés.—9. Antecedentes.—10. Los Fueros y Observancias.—11. La doctrina.—12. Los Proyectos; el de 1889; el de 1904.—13. El Apéndice.—14. El Anteproyecto de Compilación.—15. El Proyecto del Gobierno.—16. Enmienda al Proyecto.—17. El texto definitivo.—18. Conclusión.

I

EL DERECHO Y LOS PACTOS SUCESORIOS

1. *Planteamiento del problema.*

Al correr de los siglos, lo mejor de cada generación se ha consagrado al estudio de la ciencia de lo justo y lo injusto, y así, las instituciones jurídicas han llegado hasta nosotros tan elaboradas, tan acabadas, que resulta natural que su impecable rigor lógico siga atrayendo a quienes sienten el ansia de saber.

Pero esa regla general tiene algunas excepciones desgraciadas: El jurista, habituado a encontrarse frente a teoremas claramente formulados y verse conducido por caminos conocidos que le llevan a soluciones correctas, tropieza de pronto con alguna institución desconcertante, en la que todo son opiniones encontradas, confusión y vaguedades; en tales ocasiones, de poco sirve remontarse a los viejos antecedentes ni compulsar las opiniones contemporáneas; de poco sirve también el propio raciocinio; al final hay que resignarse a reconocer una vez más que lo humano tiene siempre defectos, y que no puede evitarse alguna oveja negra en el mejor rebaño. Una de estas instituciones contrahechas y malformadas, desesperación de legisladores, juristas y estudiosos, es la de los pactos sucesorios. Afortunadamente, no es el propósito de este trabajo afrontar el estudio general de tales pactos, sino tan sólo exponer algunas consideraciones sugeridas por su regu-

lación en la reciente *Compilación del Derecho civil de Aragón*. Con todo, y aunque sólo sea para entrar en materia, es inevitable hacer alguna breve referencia general el problema, antes de concretarse a su planteamiento en el Derecho aragonés.

Históricamente, la admisión de la voluntad del individuo como fuente creadora de relaciones jurídicas no encontró graves dificultades en la esfera de los actos inter vivos; pero que la voluntad pudiese proyectarse como una flecha hacia el futuro, de tal manera que sus efectos sólo se produjesen después de la muerte de quien la emitió, cuando esa voluntad ya no existe, cosa es que costó mucho comprender. El Derecho comenzó operando en la misma forma que suele hacerlo siempre que se encuentra ante cuestiones nuevas, o sea, valiéndose de instituciones ya consagradas. Y así, la voluntad mortis causa, en sus primeros balbuceos históricos, acude para manifestarse a viejas figuras, como la adopción o la compraventa, en las que la concurrencia de voluntades es manifiesta, o, por lo menos, latente en alguna manera. Este fenómeno no debe causar extrañeza, porque la finalidad del Derecho es hacer posible la coexistencia evitando o resolviendo los conflictos entre los hombres y regulando sus relaciones: Pero cuando dos voluntades llegan a un acuerdo, si una de ellas lo rompe, el conflicto ya ha surgido y, con él, la amenaza de que aquel que se considera burlado intente tomarse la justicia por su mano: Así, el que la voluntad, cuando es bilateral, tenga eficacia para poner en marcha todo ese aparato protector que constituye el ordenamiento jurídico, resulta algo que se intuye fácilmente y se siente de manera instintiva. Pero reconocer la misma eficacia motora de la protección jurídica a una sola voluntad unilateralmente emitida, requiere ya un elevado grado de civilización, y aun así, el Derecho, incluso el actual, es más bien parco a la hora de reconocer eficacia a la voluntad unilateral, y no lo hace sino cuando concurren circunstancias especiales.

Admitida la eficacia de la voluntad mortis causa cuando era más o menos concordada, esto es, emitida a través de figuras contractuales o aparentemente contractuales, no tardó en abrirse camino la idea de reconocer también eficacia a la voluntad unilateral prescindiendo de todas esas vestiduras y decoraciones de configuración bilateral. A esa declaración de voluntad mortis causa, unilateralmente emitida, se le denominó testamento.

No es esta la ocasión de investigar cuales hayan sido las razones por las cuales el Derecho se decidiese a admitir la eficacia de la voluntad unilateral mortis causa; habría que remontarse a la idea de propiedad y ésta a su vez apoyarla en la de continuidad de la familia; o simplemente en ese anhelo tan humano de pervivir, de "reinar después de morir".

Inventado y admitido el testamento por los romanos hacia el siglo II a. C., hubieron de plantearse enseguida un grave problema, a saber; la posibilidad de testar, ¿se agotaba con su ejercicio?; ¿no se podía testar más que una vez?; o, por el contrario, ¿podía testarse

cuantas veces se quisiera? Prosperó en definitiva la solución del testamento sin limitación de número, reconociendo la eficacia del último, ya fuese en absoluto declarando que éste revocaba automáticamente los anteriores, ya fuese de una manera relativa admitiendo la eficacia del testamento precedente pero solamente en cuanto resultase compatible con el último.

El principio de la facultad indefinida de testar era y es científicamente correcto, porque el testamento es acto mortis causa, por lo tanto carece de efectos durante la vida del testador y sólo los produce a partir de su muerte. En suma, la eficacia del testamento exige la concurrencia de dos elementos, voluntad y muerte; y como mientras ésta no llega, el testamento es como si no existiese, resulta natural admitir que en vida del testador pueda éste variar su voluntad cuantas veces lo desee. Esta es la razón fundamental del principio de ambulatoriedad "usque ad mortem" de la voluntad testatoria, aunque haya otras que la refuerzan, tales como la posibilidad de que el testador vaya variando su voluntad a tenor de los cambios que experimenten las circunstancias que le llevaron a emitirla.

Sea como fuere, lo cierto es que alumbrado el principio de ambulatoriedad el Derecho se aferró a él y lo ha protegido siempre con la mayor energía, rechazando toda clase de cláusulas ad cautelam, declaraciones de irrevocabilidad, exigencias de juramento, y demás corruptelas. Pero el ingenio de las gentes, encontró una puerta de escape, por cierto hábilmente buscada; si el principio de la variabilidad del testamento, se basaba en su carácter de voluntad unilateral, bastaba con hacerla bilateral para conseguir su inmutabilidad; es decir, bastaba con verter la voluntad mortis causa en el molde de un contrato, haciéndola paccionada, para convertirla en inmutable. Naturalmente, el Derecho captó la manobra, y acudió a evitarla prohibiendo los pactos sucesorios y no admitiendo otro medio válido de disposición mortis causa que el unilateral del testamento.

Todo este proceso se puso claramente de manifiesto en el Derecho romano, pero es notable, que su reacción en contra de los pactos sucesorios, aunque innegable, fue más bien vacilante, como si la ciencia jurídica hubiese advertido que, entre la cizaña que había que cortar, también nacía trigo limpio que convenía respetar.

Las medidas prohibitivas de los pactos sucesorios, en general surtieron efecto, pero había una clase especial de pactos, los convenidos en contemplación al matrimonio, que la costumbre intentaba introducir una y otra vez desoyendo las prohibiciones del Derecho oficial. Ocurre con el Derecho, que en principio, la ley, protegida y sostenida por el poder político, triunfa fácilmente sobre los usos y costumbres; más cuando una misma costumbre insiste machaconamente en dejarse cubrir por la riada legislativa para emerger de nuevo, acaba por derrotar a la ley, y es buen legislador aquel que al advertir la reiteración de una costumbre contra ley, piense que es casi seguro que la razón esté de parte de la costumbre.

Así ocurrió con las prohibiciones romanas en orden a los pactos sucesorios; resultaron eficaces contra ellos, excepto los convenidos en consideración al matrimonio. Habremos de volver sobre las causas de este fenómeno; baste por ahora con señalarlo.

Muy distinta fue la postura de los Derechos de tipo germánico, en los que resulta más difícil seguir la evolución del problema de los pactos sucesorios, porque el Derecho germánico era esencialmente consuetudinario y su fijación en textos escritos fue tardía. Por ello, es explicable, que no encontrando la costumbre demasiado cortapisas para manifestarse y propendiendo siempre hacia el pacto sucesorio, terminase por triunfar en mayor o menor grado la tendencia consuetudinaria tolerante, sobre el Derecho oficial, que entre los germanos tuvo escasas manifestaciones hasta la recepción del Derecho romano y, aun entonces, la influencia de éste fue relativamente débil porque el Derecho romano sea cual fuere su prestigio era al fin y al cabo un Derecho extranjero.

Quedaron así dibujados dos regímenes distintos, el latino, contrario a los pactos sucesorios, aunque tolerante con los de carácter matrimonial, y, el germano, que admite ampliamente y con carácter general los pactos sobre la sucesión. La dualidad de sistemas sigue subsistiendo hoy.

2. *El Derecho romano; su reacción contra los pactos; razón de la prohibición.*

En el Derecho romano, si bien no se encuentra una prohibición general de los pactos sucesorios, no cabe desconocer su sentido decididamente restrictivo. En lo que se refiere a los pactos sucesorios positivos o de succedendo, su prohibición se infiere de una serie de textos tales como Dig. 34.4.4 y 45.1.61 y Cód. 2.4.34 — 5.14.5 y 8.38.4. La promesa de igualdad por la que el padre se obligaba a no dejar a un hijo determinado menos que a los demás, fue condenada por un Rescripto imperial del año 259 (Cód. 2.3.15), aunque acabó siendo admitida por la Novela 19 del Emperador León que abolió la referida disposición.

En lo que se refiere a los pactos de non succedendo la postura prohibitiva fue mucho más explícita, así Dig. 38.16.16 y Cód. 6.20.3, que no reconocen efectos a la renuncia que la hija dotada haga a los derechos eventuales en la sucesión paterna; lo mismo en Cód. 3.28.35 respecto a la renuncia al derecho eventual a intentar la querella inofficiosi testamenti; y Dig. 35.2.15 referente a la renuncia anticipada a los eventuales derechos sobre la cuarta falcidia; y, sobre todo, en Cód. 2.3.30.

También en lo que se refiere a los pactos de hereditate tertii, el Derecho romano fue explícito al manifestar su postura contraria a tales pactos, según resulta de Dig. 18.4.1, 39.5.29 y 34.9.2; y Justi-

niano generalizó la norma prohibitiva (Cód. 2.3.30), si bien admitiendo la excepción de que el pacto sería válido si el tercero, conociendo el pacto, lo hubiese aprobado y falleciese sin haber revocado tal aprobación.

Pero es curioso observar, como esta proliferación de textos contrarios a los pactos sucesorios, destaca la impresión de que fuesen normas de policía, como si el Derecho escrito, el Derecho oficial, hubiese tenido que estar constantemente en la brecha reaccionando contra manifestaciones consuetudinarias; como si la costumbre hubiere tendido a deslizarse hacia los pactos sucesorios y el Derecho oficial hubiese tenido que reaccionar reiteradamente acudiendo a reprimir esas costumbres que se consideraban indignas de protección y reconocimiento. Más cuando las costumbres se producían con respecto a pactos convenidos en consideración al matrimonio, el Derecho oficial se desprendía de su rigor prohibitivo y se hacía tolerante. De este fenómeno ofrece abundantes rastros el Derecho de Roma: Así, los pactos de "lucranda dote" o de "lucranda donatione propter nuptias", a virtud de los cuales, la dote, normalmente constituida por el suegro, podía serlo a calidad de que en caso de permoriencia de la mujer quedase el marido exonerado de toda obligación de restitución, con lo cual venía a heredar la dote. Véase en tal sentido Dig. 33.4, 23.4.12 y 23.4.30 y Cód. 5.14.6.

Fuera de la órbita matrimonial, fueron contadísimas las excepciones a la prohibición de los pactos sucesorios, aunque alguna hubo; así, por ejemplo, Cód. 2.3.19, que recogiendo un rescripto del Emperador Diocleciano del año 290, admite la validez del convenio entre dos hermanos militares, en virtud del cual, el que sobreviviese de un combate inminente heredaría al que pereciese en él; o la "societas omnium bonorum" que comprende también las herencias futuras que llegasen a corresponder a uno de los socios (Dig. 17.2.3) y la "divisio parentis inter liberos" admitida en la Novela 18, capítulo 7, y en la 107, capítulo 3; rara institución ésta, de la partición hereditaria hecha en vida, que ha pasado al artículo 1.056 de nuestro Código Civil originando las mismas dificultades interpretativas que debió ya causar en el Derecho romano.

En la monografía de Michaélides-Nouarros sobre los pactos sucesorios en Derecho bizantino, (París, 1937), puede verse una interesante exposición de los fundamentos que pudo tener la reacción del Derecho romano contra los pactos sucesorios, para lo que, apoyándose en las fuentes, tanto literarias como jurídicas, describe el bajo tono moral de las costumbres romanas desde los últimos tiempos de la República y el deseo de acumular riquezas en breve tiempo sin reparar en los medios para conseguirlo; como secuela, la proliferación de cuantiosos préstamos y con ellos la de la usura: Al parecer, no fue infrecuente que los hijos de familia rica acudiesen al préstamo, ya fuese para mantener el fabuloso tren de vida de las clases altas, ya fuese para arriesgarse en especulaciones aventuradas: Los prestamistas no

ignoraban que les sería difícil o imposible recuperar el préstamo mientras el hijo prestatario no heredase a su padre, pero al olor de cuantiosas ganancias los usureros no tenían inconveniente en esperar; la espera, a veces se elevó a la categoría de forzosa, conviniéndose que no se podría reclamar la devolución del capital prestado hasta que después de la muerte del padre del prestatario. Pero esta clase de convenios que exigían ejercitar la paciencia hasta la muerte de una persona, eran peligrosos en Roma, donde la técnica del envenenamiento adquirió notable desarrollo al abrigo de la impunidad que le brindaba el desconocimiento de los análisis y de la autopsia. En el mismo orden de cosas se alineaban las llamadas "instituciones captatorias", que resultaban de las adulaciones u otros medios que los captadores empleaban para inducir a una persona a que testase a su favor, unas veces confiando el captador en que el testador atendería a sus deseos, y otras asegurando sus esperanzas con verdaderos convenios contra los que el Derecho hubo de reaccionar: El senado-consulta macedoniano prohibiendo los préstamos a los hijos de familia, y la ley 61 Dig. 45.1 que prohibía la "stipulatio poenae" para el caso de que no se instituya a determinada persona como heredero en testamento, respondían sin duda al deseo de evitar el "votum mortis" y a garantizar en lo posible la vida humana frente a pactos francamente peligrosos, al menos en aquel entonces.

En las fuentes literarias puede verse esta misma preocupación; así, en Salustio, en Séneca el Rector y, en el propio Cicerón que en su discurso pro Cluentio da una imagen expresiva de la frecuencia de los envenenamientos hacia el fin de la República. Y en cuanto al citado Séneca, contemplando el contrato que otorgan dos hermanos sobre la sucesión de su padre todavía viviente, lo califica de "acuerdo de parricidas": Petronio en el Satiricón dice que los hombres se dividen en dos partes, los testadores y los captadores de testamentos. Y aunque, claro es, que los textos literarios responden a distintas finalidades que los jurídicos y suelen adolecer de manifiestas exageraciones extrañas al Derecho, no cabe duda que tienen un valor de reflejo de costumbres y modos de vivir, que tampoco cabe olvidar.

Todo ello debió ser el origen de la contraposición, entre las costumbres propensas a los pactos sucesorios, y el Derecho oficial reaccionando constantemente contra ellos, unas veces por considerarlos inmorales, contra "bonos mores", otras veces como contrarios al orden público o a las leyes romanas.

Muy posiblemente la postura negativa del Derecho escrito, no sólo obedeció a razones morales sino también a otras de técnica jurídica intuidas con más o menos claridad. Ya se ha dicho que las disposiciones de última voluntad son la resultante de la suma de dos elementos, la voluntad y la muerte; actúa en ellas la muerte como una "condicio", de tal manera, que mientras vive quien emitió la voluntad ésta carece de eficacia y, no es de extrañar, que ello, inclinase al genio jurídico romano a repudiar todo lo que inmovilizase la voluntad mortis

causa, ya fuese el testamento con cláusula de irrevocabilidad, ya fuese el contrato sucesorio.

3. *El Derecho germánico.*

Profundas son las diferencias que se advierten en el proceso formativo del Derecho germánico con respecto al romano. Los habitantes del Lazio eran raza de campesinos, con esa fuerte dosis de sentido realista de que suele disfrutar la gente del agro: Pero Roma, que conquistó militarmente a Grecia, se dejó conquistar por ésta en el orden de la cultura y, así, de la conjunción de la maravillosa filosofía de los griegos y el sentido común de los latinos, surgió esa entidad magnífica que es el Derecho romano.

Muy distinto fue el proceso formativo del Derecho de los germanos: La cultura germánica primitiva apenas rebasó la base tribal y, su Derecho, casi siempre consuetudinario, era el Derecho de un pueblo de pastores y habitantes de los bosques, envuelto en una aroma de espontaneidad que ciertamente cautiva, pero lleno de instituciones no bien elaboradas, en muchas ocasiones meros atisbos, simples balbuceos.

Así, por ejemplo, la "güewere", amasijo de la tenencia material de la cosa con el poder jurídico sobre ella, es un concepto embrionario ampliamente superado por la correcta distinción romana entre el hecho físico de la tenencia y el vínculo jurídico o espiritual que somete la cosa al señorío de su propietario. Pero tal distinción conceptual, obra del genio jurídico romano, no la pudo conseguir el Derecho germánico.

La colisión entre varios propietarios de una misma cosa la resolvieron elegantemente los romanos mediante la idea del proindiviso, ininteligible para la mente germánica primitiva que se limitó a considerar a cada propietario como dueño de toda la cosa, a través de la figura de la propiedad en mano común que, en rigor, no significa otra cosa que el fracaso en la solución del problema.

Era natural, que el Derecho germánico, no pudiendo concebir la figura jurídica del testamento tan difícil de entender, solventase la cuestión acudiendo a la compraventa de la herencia, porque la compraventa es hija legítima de la permuta, y ésta, es la institución más visible, tangible y fácil de asimilar, de todo el Derecho privado: Y como la fijación del Derecho germánico fue muy tardía cuando por fin, al influjo del Derecho romano acabó por abrirse paso el testamento, se conservó también el contrato sucesorio. Al llegar la etapa codificadora, se mantuvo al lado del testamento la sucesión contractual con mayor amplitud que en los sistemas jurídicos latinos; ello era explicable, porque los germanos la habían conocido en su larga etapa consuetudinaria, y también porque razones históricas y sociales que no es el momento de analizar, hacen que el germano actual, se sienta profundamente enamorado de su propio germanismo.

Pero, si los vigentes Códigos alemán y suizo admiten con amplitud los pactos sucesorios, configuran cuidadosamente su naturaleza y efectos como institución mortis causa; como convenio que se refiere no a los bienes, sino a la herencia; esto es, a lo que el instituyente tenga al morir; y por lo tanto, sin privarle de la facultad de disponer de sus bienes por actos intervivos.

El artículo 2.286 del Código alemán dice así: "Por el contrato sucesorio no se limita el derecho del causante a disponer de su patrimonio por negocio jurídico entre vivos".

En cuanto al Código civil suizo, en el artículo 484, después de admitir la validez de los pactos sucesorios, añade que el instituyente conserva la libre disposición de sus bienes.

Claro es, que estos Códigos contemplan otros efectos de las disposiciones que el instituyente pueda llevar a cabo después de celebrado el pacto: El Código alemán, en sus artículos 2.287 y 2.288 concede al instituido acciones de restitución o de indemnización, pero únicamente cuando las donaciones, enajenaciones o gravámenes hayan sido otorgadas "con la intención de perjudicar al heredero o legatario contractuales", lo que viene a ser semejante a la postura que todos los Códigos adoptan en materia de fraude de acreedores. Pero, no constando la intención de perjudicar, las disposiciones intervivos que efectúe el instituyente son válidas.

El Código suizo prefiere un criterio menos subjetivo, y así, en su artículo 494 ya citado, permite la impugnación de las disposiciones mortis causa y donaciones que sean incompatibles con las obligaciones resultantes del pacto sucesorio: Por consiguiente, quedan fuera de la posibilidad de impugnación los actos dispositivos a título oneroso.

En suma, ni aún los modernos Códigos germánicos, han querido que hubiese personas humanas que en orden al ejercicio de su libertad patrimonial estuviesen en situación de jubilación. Criterio bien distinto era el del anteproyecto de Compilación aragonesa, según se verá más adelante.

4. *Naturaleza y efectos del pacto sucesorio.*

Las vacilaciones que al Derecho le producen los pactos sucesorios no se limitan a afrontar la cuestión de su admisión o prohibición, ni a dilucidar si deben prohibirse unos y permitirse otros, ni a determinar las razones que abonan que unos sean admitidos y otros rechazados, sino que lo que constituye un verdadero laberinto es construir el pacto sucesorio y determinar su naturaleza y, en especial, los efectos que deba producir, hasta el punto, de que quizá sea la parte del Derecho de mayor confusión y desconcierto.

Comenzando por su naturaleza, es ya motivo de graves dudas si los pactos deban considerarse como negocio mortis causa o intervivos, pues tampoco es seguro ni claro cual sea el criterio diferencial entre

una y otra clase de negocios: Si ese criterio se basa en que los actos mortis causa se otorgan en consideración a la futura muerte de alguna persona, habría que calificar de actos mortis causa, el seguro de vida, la constitución de una pensión o usufructo vitalicio, o cualquier otra figura en que la vida (o lo que es igual la muerte) sea elemento principal; y no cabe duda que esos negocios, al menos hoy por hoy, se consideran como inter vivos, no obstante el relevante papel que en ellos juega la muerte.

Pero si, de acuerdo con lo que parece opinión dominante, son actos mortis causa aquellos que producirán sus efectos solamente después de la muerte del "de cujus", habrá que catalogar como mortis causa los pactos de sucedendo y de non sucedendo y, por el contrario, considerar como inter vivos los de hereditate tertii, puesto que estos últimos producen sus efectos a partir de la muerte del tercero, pero viviendo todavía quienes los concertaron.

Por otra parte, si se admite (lo que también es dudoso) que el pacto sucesorio pueda convenirse a título oneroso imponiendo contraprestaciones actuales al instituido, tales como la obligación de alimentar al instituyente, o concertándolos mediante precio, en tales casos no cabe duda de que el pacto empieza a producir algunos de sus efectos en vida del "de cujus" y, por lo tanto, parece hayan de ser calificados de actos inter vivos y no mortis causa: Grave objeción ésta, que algún sector de la doctrina ha tratado de soslayar distinguiendo en el pacto sucesorio a título oneroso dos negocios distintos, a saber: una disposición mortis causa por la que a título gratuito el instituyente nombra heredero al instituido y, una donación inter vivos de éste a favor de aquel en cuanto a la contraprestación actual; pero este rebuscado artificio, podría conducir en el mismo orden de ideas, a calificar a la compraventa de negocio jurídico a título gratuito, en el que el vendedor dona la cosa al comprador y éste a aquél el precio convenido. En la realidad, pacto sucesorio es una unidad, cuyas características no permiten fraccionarlo en una serie de convenios de diversa naturaleza.

Pero, estamos aludiendo a la posibilidad o imposibilidad técnico-jurídica de que el pacto sucesorio se concierte a título oneroso, y aquí la doctrina vuelve a manifestar su perplejidad. Prescindiendo de autores extraños a Aragón, puesto que, en definitiva, en el problema de Aragón ha de desembocar este breve estudio, resulta curioso considerar las opiniones de dos ilustres foralistas miembros de la Comisión redactora del anteproyecto de Compilación aragonesa: En el profesor Lacruz Berdejo, parece latir la idea de que la razón de obligar del pacto sucesorio hay que buscarla en el cambio; así, cuando en un escrito reciente expone un ejemplo en defensa de la sucesión contractual aduce el del hijo que consagra su vida al negocio familiar o al patrimonio de la familia; el pacto le asegura que su sacrificio no será estéril, y que, al fallecer el instituyente, recibirá el negocio o patrimonio a que ha dedicado su actividad personal. Pero esto, es puro

cambio, porque lo que viene a decir el padre instituyente es que asegura a su hijo que el negocio o patrimonio serán para él a cambio de la dedicación del hijo, ya desde ahora, a tales bienes.

Por el contrario, Palá Mediano, parece rechazar la onerosidad del pacto sucesorio, cuando ante la posibilidad de la desagradable figura de la compraventa de la herencia, la rechaza airadamente, imputando a quienes la supongan que ignoran lo que es el pacto sucesorio. Hubiese sido de desear que el ilustre tratadista terminase de explicar en que consiste.

La doctrina extranjera, siempre dentro del tono de vaguedades e imprecisiones que caracteriza la materia de los pactos sucesorios, se inclina, por lo general, a no considerar como tales más que los concertados a título gratuito, esto es, situándolos más o menos en la línea de las donaciones mortis causa; lo que no es incompatible con la posibilidad de que al instituido se le impongan obligaciones y cargas, que también existe en la donación sub modo y en la donación con cargas que, aun siendo parcialmente onerosas siguen siendo donaciones. Resultaría así, que para poder admitir como pacto sucesorio una determinada convención, sería menester que en ella se apreciase como carácter dominante el ánimo de liberalidad por parte del instituyente, aun cuando apareciese más o menos empañado por la imposición al instituido de obligaciones o cargas. Lo que ocurre es, que no deja de ser decepcionante, que a la hora de construir ex novo la teoría de los pactos sucesorios haya que recurrir a una de las figuras jurídicas, cual es la donación onerosa, más borrosa y desvaída, y en la que en definitiva hay que desembocar en criterios cuantitativos y, como tales, poco científicos.

Si son graves las dudas que suscita la naturaleza del pacto sucesorio, no son menores las que plantea la determinación de cuales deban ser sus efectos, en cuyo aspecto, la multitud de criterios dispares puede agruparse en las siguientes categorías:

a) La de quienes entienden que el pacto sucesorio puede ser libremente revocado por el instituyente; con ello, resultaría que el instituido no tendría en vida del "de cuius" derecho alguno sobre el patrimonio o la herencia de éste, sino una mera esperanza de suceder muy semejante a la del heredero voluntario nombrado en testamento. Claro está, que esa esperanza no sería transmisible ni embargable, y su materialización futura en un derecho sucesorio exigiría que el instituyente falleciese antes que el instituido y sin haber revocado su voluntad: En suma, el contrato sucesorio, no sería otra cosa que un testamento, que no obstante su forma, mera forma, contractual, seguirá siendo un testamento, o al menos sometido al mismo régimen que los testamentos.

Este fue el sistema a que el Derecho romano sometió la donación mortis causa, pero es de difícil aplicación al pacto sucesorio, al menos tal como la costumbre ha intentado siempre perfilarlo; y sobre todo,

incompatible con la posibilidad del pacto con causa onerosa, suponiendo que tal posibilidad exista.

b) Pretende otro sector de la doctrina, que el pacto sucesorio es irrevocable unilateralmente, pero este es su único efecto en vida del "de cujus". Así, la posición del instituido vendría a ser muy semejante a la que tiene el heredero legitimario, que es titular de una expectativa (algo más que la simple esperanza) de la que no puede ser privado a no mediar alguna de las causas legales de indignidad o desheredación. Con todo, esa expectativa no llega a ser un derecho, ni aun siquiera condicional y, por lo tanto, no es transmisible ni embargable en vida del "de cujus", ni concede al instituido derecho alguno sobre el patrimonio de aquel hasta que fallezca.

c) Un tercer criterio, entiende que el pacto sucesorio confiere al instituido un verdadero derecho, bien que sometido a la condición de que sobreviva al instituyente, sobre el patrimonio de éste: Como tal derecho condicional es cedible y embargable y no priva al "de cujus" de su capacidad para disponer de bienes determinados por actos intervivos, aunque si le impide revocar unilateralmente el pacto, ya sea testando ya sea concertando con otra persona un nuevo pacto sucesorio. No obstante, parece que el instituido podrá adoptar medidas cautelares contra los actos del instituyente cuando deliberadamente vayan encaminados a perjudicar al instituido. Viene a ser el régimen de la donación mortis causa otorgada con carácter irrevocable, figura un tanto extraña, que ya se ha dicho, no fue admitida por el Derecho romano clásico. Con todo, esta corriente de opinión parece ser hoy por hoy la que se va abriendo camino.

d) Pero un último criterio, reforzando hasta el límite la eficacia del pacto sucesorio, le concede efectos actuales importantísimos; desde luego el pacto es irrevocable, pero además confiere al instituido un derecho no ya condicional, sino puro, y como tal, embargable, cedible y transmisible a los herederos del favorecido. El instituyente pierde incluso la facultad de disponer por actos intervivos de bienes determinados, tanto de los que le pertenezcan al tiempo del pacto, como de los que adquiera con posterioridad por cualquier título; si bien esta pérdida de la facultad de disponer no es absoluta ni se transmite del todo al favorecido por el pacto, sino que pasa a ser compartida por instituyente e instituido requiriéndose el consentimiento conjunto de ambos.

Así, el instituyente, en cuanto a su patrimonio contemporáneo del pacto, lo único que retiene es algo muy semejante al usufructo unido a una especie de veto en cuanto a las enajenaciones de los bienes que lo integran. Hasta aquí, la cosa no choca con la autonomía de la voluntad; pero si se piensa en que todo cuanto el instituyente adquiera en lo futuro, quedará automáticamente sometido al mismo régimen, hay que reconocer que ha perdido toda capacidad de adquirir, excepto el usufructo, por cuanto la nuda propiedad hará tránsito inmediato a favor del instituido; y esto, choca ya abiertamente con las

comunes convicciones en materia de personalidad, que es materia ante la que se estrella la autonomía de la voluntad, y en la que no es imaginable la situación de "clases pasivas".

Pues bien, esta última concepción del pacto sucesorio, es la que se desprendía del anteproyecto de Compilación de Aragón. Ya se verá más adelante como ha quedado en el texto vigente.

En suma, el pacto sucesorio plantea una serie de interrogantes: ¿Es negocio jurídico mortis causa, que sólo produce efecto después de la muerte? ¿O será negocio inter vivos, puesto que puede producir algunos efectos antes de la muerte? ¿Es lícito tan solo en la esfera de la familia, o también fuera de ella? ¿Debe admitirse exclusivamente el pactado en capitulación matrimonial? ¿La premoriencia del instituido deja al pacto sin efecto? ¿El derecho del instituido es transmisible? ¿Pierde el instituyente la capacidad de disponer por actos inter vivos? En fin, gravísimas cuestiones que nunca consiguieron soluciones definitivas y claras.

5. *La solución de la técnica; donación "mortis causa".*

Conviene insistir en la posición romana respecto de la sucesión contractual: Se había proclamado como dogma indiscutible la variabilidad absoluta de la voluntad mortis causa cuando esta se declaraba en forma unilateral a través del testamento. Pero las mismas razones que fundamentaban el principio exigían, por esa lógica tan del gusto romano, prohibir las declaraciones de última voluntad hechas contractualmente, puesto que el efecto natural de todo contrato es vincular irrevocablemente a quienes lo otorgan. Sin embargo, la prohibición de la sucesión por contrato no se formuló categóricamente, y, en todo caso, se admitieron excepciones, pocas aunque indudables, y que se justificaban por diferentes causas; unas veces por razones subjetivas, como el contrato entre militares ante la inminencia del combate; otras veces porque se trataba de pactos accesorios de un convenio principal, como la "societas omnium honorum"; otras, en fin, porque se referían directamente a la institución matrimonial.

Las excepciones eran tan escasas, que no hubieran tenido trascendencia, y en todo caso, el Derecho escrito las regulaba, con lo que quedaban resueltas las dificultades: No era ahí donde estaba el problema, sino en la contraposición entre el Derecho oficial, aferrado a los pactos sucesorios, y la costumbre, tendente siempre hacia ellos, especialmente a los de carácter familiar, reiterada a través de siglos y siglos, en todo el norte de la cuenca mediterránea, es decir, en los territorios más profundamente romanizados.

Cuando cayó el Imperio, fue consecuencia inevitable la debilitación del que había sido su Derecho escrito; no desperdició la coyuntura el Derecho consuetudinario que, por ello alcanzó en la Edad Media su mayor desarrollo.

Preocupó a la técnica jurídica de los romanos, y más todavía a la de los juristas medievales, esta oposición entre el principio de ambulatoriedad de la voluntad mortis causa y la tendencia popular al pacto sucesorio. Por fin, se creyó encontrar la fórmula coordinadora, acudiendo a la figura de la donación, que por ser institución acaballada entre lo unilateral y lo bilateral resultaba especialmente idónea para tal finalidad. Y aun dentro de la donación se acudió a dos figuras, la donación mortis causa y la donación de bienes futuros, cuyos perfiles son todavía más vagos que los siempre imprecisos de toda donación.

Pero las soluciones nebulosas, aunque inicialmente resulten cómodas, acaba por advertirse que su misma vaguedad deja los problemas sin resolver: Así, la donación mortis causa era una institución cuyo concepto no quedaba nada claro. Para Justiniano (*Instituciones*, Libro II, Tit. 7, I) era donación por causa de muerte la que se hacía pensando en la muerte, así, por ejemplo, (y los ejemplos son de Justiniano), cuando la donación se hace de tal modo que si el donante sobrevive al donatario éste se quede con la cosa donada, mas si el donante sobrevive al peligro previsto, o se arrepiente de la donación, o muere antes el donatario, pueda el donante recuperar lo donado. No resulta fácil determinar si el emperador entendía por donación mortis causa la que se hace en peligro de muerte o la que se otorga para que surta sus efectos después de la muerte. En las Partidas parece latir todavía la idea de que se trata de las donaciones hechas en peligro de muerte: Pero la opinión jurídica medieval acabó por entender que se trataba de la donación que había de surtir efectos después de la muerte del donante, se hiciese o no en contemplación a un peligro inminente.

Semejante criterio, ni muy claro ni aceptado por todos, condujo a la idea de la posibilidad de la donación de los bienes futuros, entendiendo por tales los que el donante tuviese al tiempo de fallecer, puesto que era donación en la que jugaba la idea de la muerte, hecha en contemplación a la muerte; y ello era correcto si por donación mortis causa había de entenderse la que produjese efecto después de la muerte; pero no lo era si por donación mortis causa se entendía la hecha en consideración al riesgo de una muerte inminente.

La vaguedad de tales figuras híbridas se manifestaba también al tratar de precisar sus efectos: En Derecho romano, la donación mortis causa era libremente revocable, y aun quedaba automáticamente sin efecto si el donatario moría antes que el donante o si desaparecía el peligro de muerte en contemplación al cual había sido hecha.

No está claro que el Derecho romano previese la posibilidad de la donación de bienes futuros, difícil de encajar en un sistema jurídico en que la tradición (al menos antes de Justiniano) tenía tan relevante importancia para el desplazamiento del dominio. En el Código de Alfonso X tampoco resulta admitida explícitamente tal posibilidad, pues, aunque algunos han creído verla en la Partida V, Tit. IV, Ley 8.^a (“E por ende decimos, que si alguno por tal razón diese a otro *todo*

lo suyo o gran partida de ello...), es opinión aventurada, porque el Rey Sabio, probablemente, quiso referirse a la donación de todos los bienes presentes, mas no de los futuros, pues así parece abonarlo la expresión "todo lo suyo", que aleja de la mente los bienes futuros, que en el momento de la donación no son "suyos" del donante.

En la Ley 69 de Toro, recogida en la Novísima Recopilación (Libro X, Tít. VII, 2.^a), parece aceptarse la posibilidad de la donación de bienes futuros, al decir, "Ninguno puede hacer donación de todos sus bienes, aunque la haga solamente de los presentes".

Pero sí resulta cierto, como dice Benito Gutiérrez, que por bienes futuros se entendían los que el donante tendrá en tal época o dejará al morir: Lo que en ningún texto aparece recogido, ni aun siquiera imaginado, es que la donación de bienes futuros signifique que a medida que el donante los vaya adquiriendo por cualquier título hagan tránsito automáticamente al donatario, porque ello implicaría una figura monstruosa sólo concebible en los sistemas que han admitido la esclavitud.

Las donaciones de bienes futuros y, en general, las mortis causa, eran una institución de tan hondo contenido sucesorio, que siguiendo la tendencia, ya iniciada por Justiniano, los sistemas latinos terminaron por equipararlas a los legados, y encajarlas en el Derecho sucesorio, que es donde está su verdadero lugar.

6. *La solución popular; capitulación matrimonial.*

Mientras la técnica se enredaba cada vez más en sutilezas y retóricas a propósito de la donación, la costumbre seguía imperturbable canalizando los pactos sucesorios hacia las capitulaciones matrimoniales, dejando al cuidado de los juristas el hallar el fundamento de que la sucesión paccionada se considerase vitanda si se establecía fuera de capítulos, y aceptable si convenida en ellos. Resulta interesante anilizar esta aparente contradicción.

Se podría pensar que se trata de una mera cuestión de forma: La voluntad sucesoria paccionada es válida si vertida en el molde de una clase especial de contrato, el de capitulación matrimonial; y no lo es, si manifestada en cualquier otro tipo de contrato. La cuestión, así planteada, deja el ánimo confuso, pues no se comprende bien cómo un requisito formal pueda convertir en cosa lícita y aceptable lo que sin él se considera inadmisibles.

Pero es que en Derecho la idea de forma, cuestión en sí misma de poca monta, se enlaza directamente con la idea de causa, y esta sí que es trascendental.

En principio, el Derecho objetivo, antes de desplegar su poderosa protección a la autonomía de la voluntad quiere saber la razón de ser de la voluntad declarada. Si esa razón es inmoral, o peligrosa, o necia, o tan fútil que su protección no resulte justificada, o, en fin, si la

razón no existe, el negocio se considera con causa ilícita, inmoral, o no protegible, o simplemente sin causa, y no obtiene la protección jurídica.

Todo esto es sugestivo y correcto; pero ocurre que su materialización en la vida es difícil y confusa. En primer lugar, porque el Derecho, al exigir una causa, se detiene en aquellas razones que socialmente se consideran suficientes para conceder la protección jurídica a la voluntad declarada, pero no puede profundizar en las razones íntimamente subjetivas que en lo profundo de la mente contribuyeron a que la voluntad comenzara a formarse: Son los llamados "motivos" para diferenciarlos de las "causas" propiamente dichas.

Pero fácil es comprender que la frontera entre el simple motivo, jurídicamente irrelevante, y la causa, elemento esencial de la voluntad, no puede ser más imprecisa. A ello se suma que aun dentro del campo de la "causa" su investigación y valoración es extraordinariamente difícil y muchas veces imposible.

Por ello, el Derecho objetivo, en ocasiones, prescinde de la confusa noción de causa como elemento justificativo de la protección al negocio, y la sustituye por la exigencia de una forma determinada, cosa mucho más visible y controlable. El Derecho objetivo, viene a decir, "las razones en que se funda este tipo concreto de negocio son tan evidentes que las protejo sin necesidad de más averiguaciones, pero exijo una forma determinada para tener la certeza de que se trata del tipo de negocio que quiero proteger".

La capitulación matrimonial, ¿es de aquellos negocios jurídicos en que la investigación de la causa es ociosa? Indudablemente, sí; porque su causa no es otra que el matrimonio. Por ello, y por otras razones que ya se expondrán, la capitulación matrimonial es negocio jurídico formal: Ahora bien, el contenido de las declaraciones de voluntad emitidas a través de la capitulación matrimonial puede ser muy complejo: ¿acaso, por la mera circunstancia de contenerse en capítulos matrimoniales, todas las declaraciones de voluntad vertidas en el contrato disfrutan de ese trato especial mediante el cual la forma lo ampara todo sin tener que acudir a la investigación de la causa? En principio, el contenido propio de la capitulación es la regulación del régimen económico del matrimonio; lo que rebasa tal finalidad, podrá haberse deslizado en la capitulación, pero será un negocio distinto que seguirá las normas que le correspondan según su propia naturaleza; se habrá producido una mera coincidencia documental, pero nada más.

Decimos que el contenido típico de la capitulación lo constituye el régimen económico del matrimonio; ¿pero sólo el régimen inter vivos?, o ¿será posible invadir también el terreno de las disposiciones mortis causa? Nos hemos habituado a considerar el Derecho de familia y el sucesorio como dos compartimentos estancos, lo que puede resultar cómodo para redactar un Código o para una exposición didáctica en la Cátedra, pero tiene poco fundamento en la realidad de la vida, en

la que lo familiar y lo sucesorio son dos esferas tan estrechamente enlazadas que quizá sean una sola. La sucesión hereditaria nació como un medio de conservar la familia, y este origen histórico sigue valiéndose como fundamento actual, pues al considerar el fenómeno jurídico de la sucesión mortis causa la doctrina sigue invocando como su principal razón de ser la continuidad del grupo familiar. Mucho sería pedir que al convenir el estatuto de la familia o establecer una donación dotal, los otorgantes supiesen configurar sus pactos con técnica tan exquisita que moviéndose ampliamente dentro del Derecho de familia contornease con rara habilidad la pretendida frontera que lo separa del sucesorio, para no invadir este último en el que la contratación está vedada.

Además, los bienes son accesorio de las personas, y no al revés, y por ello, en la institución matrimonial, allí donde la vinculación es lo personal es tan profunda y rigurosa, no produce repugnancia que se extienda también a lo patrimonial, y aun a lo sucesorio.

Los pactos sucesorios no son mercancía que la costumbre intente pasar de contrabando escondida en contratos matrimoniales, sino que si se permite a la autonomía de la voluntad convenir el régimen económico de la familia, hay que aceptar que dentro de tal regulación debe entrar también lo sucesorio: De no admitir tal posibilidad, el estatuto familiar queda incompleto, la capitulación se convierte en un contrato raquítico, de muy pobres posibilidades, y aun peligroso, puesto que obligará a los otorgantes a difíciles equilibrios técnicos para moverse en lo familiar sin invadir lo sucesorio.

No es, pues, una mera cuestión de forma el que los pactos sucesorios merezcan distinto trato si se convienen en capitulación matrimonial que si se establecen en otro contrato de distinta naturaleza; es más bien que, como ha dicho Roca Sastre, el matrimonio constituye la causa jurídica o razón legitimadora de los pactos sucesorios.

El profesor Castro, atendiendo al interés social de los negocios, distingue los de intercambio, cuyo alcance se limita a las partes, de los propiamente dispositivos, en los que se atiende principalmente a la voluntad del disponente: Pero el primer término de su clasificación trimembre comprende aquellos negocios "que vienen a crear una situación de cierta trascendencia general", tales como los que se refieren al estado civil de las personas, a la creación o funcionamiento de una persona jurídica, etc.; la circunstancia de que en ellos el interés protegible rebasa la esfera individual, lleva a dar más importancia a la publicidad y seguridad, recortando, en consecuencia, la libertad y la voluntad.

Si se trata de encajar el pacto sucesorio en uno de los tres términos de la clasificación del ilustre civilista, habrá que comenzar por rechazar su inclusión entre los negocios de intercambio para alejar el recuerdo de la compraventa de herencia, figura que desazona a todos los juristas, incluso a los más partidarios de la sucesión contractual: Pero habrá también que desechar los negocios en que preponderante-

mente se atiende al poder dispositivo del declarante, porque la finalidad del pacto sucesorio rebasa la del acto de mera disposición mortis causa, que para eso ya está el testamento, sino que atiende a dar estabilidad y fijeza a situaciones familiares que exceden del interés individual. En suma, el pacto sucesorio desemboca en el término de la clasificación que recoge los negocios de "cierta trascendencia social", en los que la publicidad y seguridad cuentan más que voluntad y libertad.

La tendencia universal del Derecho consuetudinario a rechazar los pactos sucesorios, excepto los convenidos en capítulos matrimoniales, resulta, si se considera cuanto se viene exponiendo, que no es infundada ni caprichosa, sino que refleja ese fino sentido más intuitivo que reflexivo, que el pueblo manifiesta a través de sus costumbres, y que le han llevado a mirar con animadversión al pacto sucesorio convenido en cualquier contrato que no sea de capitulación matrimonial, porque en este último concurren las condiciones deseables de publicidad y seguridad, y, sobre todo, porque es negocio que pondera el interés de la familia que se crea y en el que el de los individuos cuenta menos que el del grupo familiar. En suma, porque mucho antes de que los juristas proclamasen que el matrimonio constituye la causa jurídica o razón legitimadora de los pactos sucesorios, el Derecho consuetudinario ya lo había intuido.

La aparente contradicción entre la variabilidad hasta la muerte de la voluntad mortis causa, rigurosamente mantenida siempre y en todo lugar por el Derecho oficial, y los esfuerzos del consuetudinario por introducir los pactos sucesorios convenidos en capitulación matrimonial, va quedando desvanecida; los dos contendientes tenían razón: El Derecho oficial, porque, en efecto, la vinculación que entraña el testamento irrevocable atenta a la idea de personalidad y excede de lo que a la libre voluntad le debe estar permitido: Y el Derecho consuetudinario, porque supo captar que el interés protegible en el pacto sucesorio capitular es preponderantemente el interés de la familia, ante el que se inclina el del individuo. Lo que ocurre es que, en cuestiones de Derecho, los intérpretes experimentan una tendencia, por lo demás explicable, a desembocar en soluciones genéricas, despreciando matices y sfumaturas en los que suele esconderse púdicamente la verdad. Así, los juristas de inspiración romana se sienten inclinados a proclamar a ultranza la variabilidad de la voluntad mortis causa y, por consiguiente, anatemanizan toda clase de pactos sucesorios: Por el contrario, los juristas de tipo germánico, al advertir que el pueblo tiende a consignar pactos sucesorios en sus capítulos matrimoniales, hacen tabla rasa y propenden a considerar lícitos tales pactos, sea cual fuere el contrato en que se establezcan.

Pero no son sólo razones teóricas las que sirven de fundamento al entronque entre la idea de pacto sucesorio y de capitulación matrimonial; concurren otras de tipo práctico, nada despreciables. La vo-

luntad no es voluntad más que cuando es libre; y contra esa libertad puede actuar la coacción en sus dos facetas de física y moral.

La coacción física, la violencia, tiene poca importancia para el Derecho civil, porque siendo un fenómeno que se suele presentar con escandalosa evidencia, resulta fácil la impugnación de la voluntad viciada, o mejor, inexistente: ; Pero, qué difícil es investigar el misterioso campo de la coacción moral!; y de esto sí que sabe algo el autor de estas líneas, después de treinta años de autorizar declaraciones de voluntad mortis causa: Al comenzar a ejercer la profesión de Notario, se teme a los problemas que puede plantear el juicio de capacidad de los otorgantes, pero, pronto se advierte, que es materia que suele ofrecer pocas dudas, pues la incapacidad raras veces resiste un ligero examen sin ponerse en evidencia. Pero la coacción moral es mucho más solapada, no tan infrecuente como pudiera creerse, y encuentra fáciles posibilidades en los negocios mortis causa, que han de surtir sus efectos después de la muerte del disponente cuando éste ya no puede venir a explicar lo que ocurrió y se ha llevado a la tumba la clave de la impugnación. Por ello, las leyes extremaron su cautela en los negocios mortis causa, defendiendo celosamente el principio de su variabilidad o revocabilidad "usque ad mortem"; y en esto la coincidencia de los sistemas jurídicos es universal y absoluta.

Ahora bien, si la costumbre pugna por introducir la eficacia de ciertos pactos sucesorios, como tales pactos irrevocables, hay que procurar rodearlos de garantías que aseguren, en la medida de lo posible, que se han otorgado sin tacha ni sombra de vicio de la voluntad: De no ser así, resultaría absurda la postura de juristas y legisladores, aprensivos y escrupulosos vigilantes de la revocabilidad de las disposiciones mortis causa contenidas en testamento, y complacientes espectadores de la irrevocabilidad si la disposición mortis causa se otorgaba en contrato.

Cuanto antecede puede contribuir a explicar que la costumbre, con la imprecisión pero con la sensatez que suele caracterizarla, haya reservado la eficacia de los pactos sucesorios a los convenidos en capítulos matrimoniales: Ello no es casualidad ni capricho, sino que el contrato de capitulación, por el momento y circunstancias en que se otorga, personas que en él intervienen, y formalidades que la ley exige, resulta especialmente tranquilizador en orden a la coacción.

7. *El Código civil.*

La antítesis romana entre la postura negativista del Derecho frente a los pactos sucesorios y la admisión de ciertas excepciones concretas, en especial los matrimoniales, ha transcendido en España el vigente Código civil.

La prohibición con carácter general se contiene en el artículo 1.271 del Código, que determina, que sobre la herencia futura no se podrán

celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme al artículo 1.056. Esta prohibición genérica tiene manifestaciones concretas en el artículo 658, que al enumerar los modos de deferirse la herencia invoca solamente el testamento y la ley, no aludiendo para nada al contrato; y en el artículo 1.674 que prohíbe comprender en la sociedad universal los bienes que cualquiera de los socios adquiera con posterioridad, por herencia, legado o donación.

En contraposición con el criterio prohibitivo, el Código se deja invadir por numerosas excepciones en la órbita del Derecho de familia: Así, el artículo 831, que permite establecer en capitulaciones matrimoniales, que muriendo intestado uno de los cónyuges pueda el sobreviviente distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes sin perjuicio de las legítimas y mejoras que el finado hubiere hecho en vida; esta norma es muy similar a la que con mayor amplitud establece el Derecho aragonés y de cuya facultad es frecuentísima hacer uso en Aragón, al paso que en los territorios de Derecho común tan apenas tiene aplicación práctica, lo que seguramente obedece a la facilidad existente en aquella región de poder encomendar la fiducia no sólo por pacto capitular sino también en testamento. El artículo 826 permite la promesa de mejorar o no mejorar, hecha en capitulaciones matrimoniales. El artículo 825 permite que en el contrato de donación entre padre e hijo se pueda establecer que la donación tendrá el carácter de mejora: Y el artículo 174 permite ampliamente el pacto sucesorio en la adopción y, aún, impone con carácter forzoso el efecto sucesorio en el artículo 179 cuando se trate de adopción plena.

Los artículos 1.315 y 1.331 permiten que en capitulaciones matrimoniales puedan los cónyuges pactar sobre los bienes futuros y, en especial, el último de los artículos citados, admite expresamente la donación de bienes futuros para caso de muerte, que indudablemente representa un pacto sucesorio, como así lo reconoció la Resolución de la Dirección General de los Registros de 24 de noviembre de 1925; y este criterio parece ser aplicable también a las donaciones matrimoniales que la mujer hubiese hecho al marido a tenor del artículo 1.378 del Código civil, invocando el cual, parece podría establecerse el pacto de lucranda dote que admitía el Derecho romano.

Fuera de la órbita familiar no hay otra referencia que la del artículo 1.674 ya citado, respecto de la sociedad universal, que si bien impide incluir en ella los bienes futuros que se adquieran por herencia o legado, permite la inclusión de sus frutos.

En cuanto a la facultad de hacer la partición de una herencia por acto intervivos reconocida en el artículo 1.056, no puede calificarse de pacto sucesorio, puesto que, de la interpretación jurisprudencial del precepto se deduce que el contrato particional requiere siempre un testamento que le sirva de base, la revocación del cual provoca automáticamente la de la partición intervivos, resultando con ello que lo

que realmente produce el efecto sucesorio no es el contrato sino el testamento que le sirve de base, que como tal testamento es revocable y, por consiguiente, no vincula al testador.

En resumen y, en líneas generales, el Código civil se mantuvo fiel a la postura romana contraria a los pactos sucesorios, excepto los convenidos en la esfera del Derecho matrimonial: Lo que ocurre es que, desaparecido casi por completo el uso del contrato de capitulaciones matrimoniales, puede asegurarse que en la vida real, en territorios de Derecho común no se encuentra hoy otra manifestación de los pactos sucesorios que los convenidos en escritura de adopción, y alguna donación establecida como mejora al amparo del artículo 825: Más frecuente es que a tenor del artículo 1.036 el donante exima al donatario de la obligación de colacionar, que con un criterio amplio podría también considerarse como pacto sucesorio.

II

LOS PACTOS SUCESORIOS EN ARAGON

8. *Característica del Derecho aragonés.*

Expuesto queda en líneas generales el planteamiento del problema de los pactos sucesorios y apuntadas las dos posturas legislativas que pueden distinguirse; la latina y la germánica. La primera (Código civil español, francés, etc.) es, en principio, contraria a tales pactos, pero, plegándose a la realidad consuetudinaria, los admite cuando se establecen en capitulación matrimonial: Lo que ocurre es, que dado el escasísimo uso del contrato por razón de matrimonio, el número de pactos sucesorios es casi inapreciable. La posición germánica es favorable a los pactos, ya se convengan en capitulación matrimonial o en otra clase de contrato; en todo caso su admisión en los Códigos alemán y suizo está hecha con la prudencia con que tradicionalmente los configuraba la costumbre en tales países, señaladamente, sin que el pacto prive al instituyente de su facultad de disponer de sus bienes por actos intervivos a título oneroso.

Al entrar en el estudio de la materia en Derecho aragonés, la primera cuestión que se plantea, es la de su adscripción al grupo jurídico latino o al germánico. Para ello, hay que comenzar por apartar la idea, pretendida por algunos, del carácter germanizante del Derecho de Aragón: Las invasiones germánicas en nuestra península, no fueron muy copiosas según las modernas investigaciones históricas; en todo caso se trataba de tribus muy romanizadas que en gran parte eran ya cristianas y hablaban en latín o en una jerga más o menos aproximada a la lengua de Roma; y, en suma, sus huellas, en el arte, en nuestra lengua, en nuestro Derecho y en nuestra cultura, no fueron decisivas. Por lo que se refiere a Aragón, los fundamentos de su Derecho son esencialmente romanos, y en tanto en cuanto ciencia jurídica.

en Aragón no hubo nunca otra que la romana, como acertadamente ha señalado Palá Mediano; sus juristas empleaban la técnica romana; sus bibliotecas albergaban los viejos textos del Derecho de Roma; romanista formado en Bolonia era Vidal de Canellas, autor de la Compilación de Huesca de 1247, cuya división en libros sigue la del Digesto; y hasta el mismo carácter negativista de algunas de las viejas normas jurídicas aragonesas refuerza la idea del romanismo, porque cuando Aragón quería apartarse del Derecho de Roma lo decía claramente, y hasta en cierto tono de protesta.

Lo que más tipifica al viejo Derecho de Aragón no es su pretendido germanismo, o, al menos, no romanismo, sino su carácter popular o, mejor, paccionado entre el Rey y las Cortes. El fermento de la resistencia contra las invasiones musulmanas se refugia en las montañas del Pirineo, pero allí queda estancado durante tres siglos aquel Aragón diminuto, poco más extenso que las riberas del río que le dio nombre. En aquel Reino doméstico el Rey conocía a sus súbditos y éstos a aquél, y el trato familiar hubo de originar cierto clima de camaradería entre el jefe y su pueblo, alineados hombro con hombro en la defensa del estrecho baluarte: Cuando, por fin, a fines del siglo XI arrancó avasalladora la reconquista aragonesa, ya no se perdió nunca aquel aire confianzudo de las relaciones del Monarca con el pueblo. Muy distinto fue el caso de León y de Castilla, que habiendo alcanzado muy pronto una gran extensión geográfica se fortaleció con ella el poder de sus Soberanos. Leyenda o no, la fórmula aragonesa del "Nos, cada uno valiendo como Vos, y juntos mas que Vos", refleja unas convicciones muy distintas de las del Cid castellano, que invitado a rebelarse contra su Rey que le había desterrado, a pesar de todo contesta, "Con Alfonso mio Señor, non querria lidiar".

Esta especial posición del Rey y el pueblo en Aragón, se refleja claramente en el tono en que están redactados muchos de los Fueros: Más que leyes propiamente dichas, son verdaderos contratos, discutidos cláusula por cláusula entre las Cortes y el Monarca.

Es curioso recordar, a guisa de ejemplo, la Declaración del Privilegio General, de Jaime II, en las Cortes de Zaragoza de 1325: El Rey comienza por recalcar su posición eminente, "... vestris supplicationibus annuentes, et condescendere volentes..."; a continuación viene el examen y resolución de los capítulos o peticiones formuladas por las Cortes; "a este capitol, responde el señor Rey...", y sus respuestas, unas veces son otorgando plenamente porque "le plaze muyto", al paso que otros capítulos ya no le placen tanto y concede menos de la petición que contienen: Pero terminada la parte dispositiva, las Cortes le dicen a su Rey que le agradecen mucho sus respuestas, las cuales "cum omnia reverentia admittimus, ac etiam acceptamus et eisden consentimus expresse". Resulta bien extraño para quien no sea aragonés ese lenguaje legislativo con el que el pueblo le dice al Monarca que acepta sus decisiones, eso sí, con reverencia, y que las admite y consiente expresamente.

Este sentido de cosa discutida y pactada es la nota característica del viejo Derecho aragonés, y no su pretendido germanismo. Lo que ocurría era que la Corona tendía a reforzar su posición trayendo a colación el Derecho romano, y no sólo porque le convenía arroparse con la teoría romana del "imperium", sino porque rodeado el Rey de una cámara de juristas, y como tales romanistas, le interesaba apoyarse en el Derecho de Roma, que por su difícil técnica y hasta por estar escrito en latín colocaba al Rey y sus letrados en favorable situación respecto del elemento popular.

Muy significativo es el hecho de que la Compilación de Huesca, inicialmente redactada en romance, fue más tarde (en 1300) traducida al latín por orden de Jaime II, y lo mismo se hizo con el Libro X de los Fueros, y con los aprobados en Zaragoza en 1367 y en Tamarite en 1375: Don Juan I ordenó la traducción al latín del Libro XI, aprobado en Monzón en 1390, y lo mismo hubo de hacer Don Martín I con el Libro XII, aprobado en Zaragoza en 1398, y así sucesivamente. Y en cuanto al Derecho supletorio en defecto del Fuero, si don Vidal de Canellas, en el proemio a la Compilación de Huesca, se remitía a lo que juzgasen los "naturales sesos de buenos omes e leales", que luego fue el célebre "naturalem sensum vel equitatem", se acabó por entender que el sentido natural y la equidad no eran otros que los deducidos del Derecho romano.

En cambio, el pueblo intentaba resistir la romanización aferrándose a la costumbre y a la razón natural, porque así podía intervenir en la administración de la justicia y en la legislación, hablando en su lenguaje llano y eludiendo en lo posible técnicas abstrusas que no conocía y una lengua que había dejado de ser viva. Pero, como era de esperar, triunfó la tendencia regia favorable al romanismo, siquiera de vez en cuando quebrada por algún grito de protesta popular, "de consuetudine Regni non habemus patriam potestatem".

En suma, el viejo Derecho aragonés no fue germánico, ni tan siquiera mezcla de germánico y romano, sino que su esencia y su estructura son esencialmente romanas, bien que modalizadas y en ocasiones rectificadas por la fuerte intervención que el pueblo tuvo siempre en la labor legislativa.

9. *Antecedentes.*

La sucesión contractual fuera de capítulos matrimoniales no aparece planteada ni en los textos legales aragoneses, ni en la doctrina jurídica de aquel antiguo reino, ni en los diferentes proyectos legislativos o compiladores. Si en Aragón hubiese sido admitida la sucesión contractual extrafamiliar, es innegable que no sólo el derecho escrito, sino especialmente la doctrina, al llegar al estudio de las sucesiones habrían distinguido los tres tipos de sucesión, testamentaria, intestada y contractual; pero es inútil buscar manifestaciones de esta

trilogía, pues tanto el derecho positivo como el científico reiteran una y otra vez que la sucesión se defiende por testamento o por la ley; las referencias a pactos sucesorios sólo se encuentran en el capítulo de la sociedad conyugal paccionada, nunca en el de las sucesiones. Pero conviene examinar el problema, en el viejo derecho aragonés, en la doctrina y en los proyectos legislativos.

10. *Los Fueros y Observancias.*

En todo el copioso derecho escrito aragonés no se encuentran otras referencias a la cuestión que la Observancia 2.^a De testamentis; y el Fuero IV De donationibus.

Por lo que se refiere a la Observancia 2.^a, su traducción es la que sigue:

“Obsérvese que el último testamento siempre vale, aunque el primero estuviese garantido con juramento de no revocarlo o de que el difunto no pudiera mudarlo, porque el testador, mientras vive, puede mudar su testamento.”

La Observancia, en términos muy semejantes a los de todos los Derechos, antiguos o modernos, consagra solemnemente el principio de que la voluntad mortis causa es variable mientras viva quien la emitió, protegiéndolo rigurosamente, por cuanto se declara ineficaz el juramento con que el testador hubiese pretendido vincularse; y resultaría incomprensible en un Derecho de tan hondo sentido práctico como el de Aragón proclamar cuidadosamente el principio de la ambulatoriedad de la voluntad mortis causa si se emitía en testamento y dejar abierto el amplio cauce de los contratos para que esa misma voluntad pudiese emitirse en forma irrevocable. La Observancia, bien que referida solamente al testamento, tiene un valor dogmático o de principio que no cabe desconocer.

Se ha expuesto ya que la antítesis entre la libre revocabilidad de las disposiciones mortis causa y la costumbre de establecer en capítulos matrimoniales pactos sucesorios y, como tales, no revocables unilateralmente, procuró solucionarla el Derecho medieval en casi todos los países acudiendo a confusas figuras de donación mortis causa o de donación de bienes futuros. No fueron excepción a esta corriente los juristas aragoneses, pero la imprecisión de semejantes remedios debió exigir que a fines del siglo XIV el Rey Don Martín dictase el Fuero IV de Donationibus que por ser el único antecedente legislativo que invocan los partidarios de la sucesión contractual extrafamiliar merece la pena transcribir; la traducción del Fuero dice así:

“FUERO IV.—La donación que es hecha por alguno, de sus bienes en general, o también de los bienes habidos y por haber, a alguna persona que no sea hijo suyo, o hijos suyos, legítimos y naturales, en la cual el donante no deje nada a su hijo o hijos legítimos y naturales ya nacidos, no valga si tenía hijos o hijas legítimos y naturales al tiempo

de la donación; y esto, cuando se hace instancia por ellos contra la misma donación. Y si después de la donación, nacen alguno o algunos hijos naturales y legítimos y de ellos no se hubiere hecho mención en el tiempo de dicha donación, por este solo hecho, dicha donación se hace nula y tenida por no hecha.”

El Fuero refleja claramente su carácter restrictivo respondiendo a los recelos y preocupaciones que al buen sentido de los aragoneses produjeron siempre los confusos perfiles de la donación. Por ello, el antiguo Derecho de Aragón en materia de donaciones en general, amontonó precauciones, tales como la fianza de salvedad, la necesidad de que el donatario tomase posesión de los bienes donados en el término máximo de un año, o la exigencia de la insinuación judicial. Este trámite de la insinuación, regulado en el Fuero V De donationibus, no fue, como en otros países, un mero formalismo a efectos de publicidad, sino que implicaba en Aragón un severo expediente judicial al que el juez ponía término mediante “decreto” en el que libremente se pronunciaba en el sentido de conceder o denegar su autorización para la donación, después de rigurosos trámites procesales, entre los que no faltaba la declaración de testigos, que tanta importancia debía tener cuanto el propio Fuero V prohibía que los testigos que hubiesen depuesto en el expediente judicial actuasen después como testigos en la escritura de donación. Es decir, algo parecido a lo que hoy ocurre con los expedientes de adopción, en los que la intervención judicial no es la que solemniza la adopción, que para eso está la escritura pública, sino que el juez examina si la pretendida adopción es o no conveniente para el adoptando, lo que representa un control estatal que no existe normalmente en el Derecho de obligaciones y contratos.

El correr de los siglos arrastró la fianza de salvedad, la insinuación judicial y demás garantías de la donación; pretender que de esta desbandada general lo único que el desuso respetó fue la mera alusión a la donación de los bienes por haber, contenida en un Fuero del siglo XIV dictado para evitar peligros y abusos, enérgicamente restrictivo, y querer levantar sobre cimiento tan endeble nada menos que el edificio de la sucesión contractual, parece realmente excesivo.

En materia de donaciones de bienes futuros es menester formarse idea clara de cual sea su verdadero contenido, porque tales donaciones aparecen, por regla general, englobadas en esa institución consuetudinaria común en las costumbres pirenaicas que se conoce con el nombre de “heredamiento”. Los heredamientos tienen múltiples facetas que dificultan elaborar un concepto unitario de la institución: En ocasiones, el heredamiento contiene una donación actual de bienes presentes, ya sea de bienes concretos ya sea de todos los que en ese momento tenga quien lo otorga; y esto es pura y simplemente donación: Otras veces, esa donación normal se matiza con reservas de usufructo o de facultades dispositivas. Pero hay veces que el heredamiento se refiere a bienes concretos y determinados que el heredante

no tiene todavía, pero que espera adquirir, generalmente a título de herencia, y en estos casos empieza a ser ya difícil determinar si el heredante pierde la facultad de disponer por actos intervivos de esos bienes determinados, o si, por el contrario, cuando los adquiriera pasarán automáticamente al heredado. Mas cuando el heredamiento se refiere a todos los bienes futuros, lo que se está donando es la herencia del heredante, esto es, no ya bienes concretos y determinados, sino todo el complejo patrimonial que el heredante deje al fallecer: Se trata, pues, de donación de la herencia; pero la herencia la componen los bienes que una persona tiene a su muerte y, en principio, no obstaculiza este tipo de heredamientos a la libre facultad del heredante de disponer por actos intervivos de sus propios bienes, ya que de lo único que se desprende es de la facultad de disponer de su herencia por testamento o de transmitirla abintestato.

Este carácter de la donación de los bienes futuros, entendida no como donación de bienes sino como donación de herencia, es el consagrado por todos los regímenes jurídicos que la han conocido, y es el que late en el sistema jurídico aragonés, en el que, por ejemplo, Sessé (Decis. 360, núm. 16), por no citar autores modernos, lo reconoce claramente al decir con frase elegante que tales donaciones “in sui principio sunt contractus, in effectu vero ultimae voluntates”. Y es notable que este principio, admitido incluso por los modernos Códigos civiles germánicos, como el alemán y el suizo, apareciese desconocido en el anteproyecto de Compilación y sustituido por un nuevo principio general, el de que el instituyente pierda la facultad dispositiva intervivos con respecto a todos sus bienes, tanto los que tenga al presente como los que en lo futuro adquiriese por cualquier título oneroso o lucrativo, cuya novedad resultaba de consecuencias incalculables.

Y no hay más precedentes de los pactos sucesorios, o de algo que se les asemeje, en todo el viejo Derecho escrito de Aragón.

11. *La doctrina.*

En la doctrina jurídica aragonesa, tanto antigua como moderna (hasta llegar a la reciente etapa de elaboración de la Compilación), no se encuentra un solo autor que al exponer los modos de deferirse la herencia distinga como tales el testamento, la ley y el contrato, sino que la doctrina se muestra unánime en exponer dos formas de suceder, la testamentaria y la intestada: Ello no es obstáculo para que en el capítulo referente a la sociedad conyugal paccionada los autores estudien y expongan los pactos matrimoniales de trascendencia sucesoria conocidos especialmente en el Alto Aragón; pero nótese que los autores los exponen siempre como pactos matrimoniales, convenidos en capitulaciones.

Conviene detenerse en la opinión de dos foralistas muy conocidos:

El primero de ellos es el insigne tratadista don Marceliano Isabal, que ya en los años de su fecunda vejez tuvo destacadísima intervención en la elaboración del Apéndice foral; el segundo, don José Luis Lacruz, perteneciente a la joven generación contemporánea, catedrático de Derecho civil en la Universidad de Zaragoza.

Isabal, en su conocida obra "Exposición y Comentarios a los Fueros y Observancias", es el primer autor de Derecho aragonés que, en el libro de las sucesiones, después de dedicar sendos capítulos a la testamentaria y a la intestada, consagra un capítulo especial a la sucesión contractual. Este autor sigue el método tradicional de los foralistas aragoneses del siglo XIX, consistente en exponer las instituciones que consideran vigentes en el Reino articulándolas a manera de código o compilación, y dedicando a cada artículo los comentarios oportunos. Pues bien, en el capítulo de la sucesión contractual, no hay en la obra de Isabal más que comentarios o consideraciones generales sobre el tema, pero no existe ni un solo artículo, porque tan escrupuloso autor no consiguió encontrar un solo precepto. Esto, de por sí, es ya sobradamente significativo, pero lo más son los comentarios que dedica a la materia. Así, cuando afirma que en favor de los pactos sucesorios no puede señalarse un texto explícito y terminante aunque "algo" (sic) pueda verse en tal sentido en el Fuego IV De donationibus. Más adelante añade que fuera del Alto Aragón no existe la costumbre de pactar la sucesión contractual en capítulos matrimoniales (fuera de capítulos ni siquiera se le ocurre a Isabal plantearse el problema); y concluye afirmando que si se suscitase controversia judicial sobre la eficacia de la sucesión contractual (siempre en capítulos matrimoniales), habría que fundamentar la institución, si se trataba del Alto Aragón, apoyándola en la costumbre, y si el problema se planteaba en cualquier otro lugar del Reino invocando el principio "standum est chartae": Pero ese principio a que en última instancia apela Isabal es el comodín o clavo ardiendo al que se aferra el foralismo cuando no encuentra precedentes que invocar.

Por lo que se refiere al profesor Lacruz, conviene referirse a una publicación en la que se recoge el temario para las Jornadas de Derecho Aragonés de junio de 1961: El tema de la sucesión contractual se encomendó como ponente al profesor Lacruz, el cual plantea, al formular el temario de su ponencia, una serie de cuestiones muy sugestivas y, entre ellas, la de si deben establecerse los capítulos matrimoniales como única forma para el pacto sucesorio, o han de permitirse otras. Pero es sobremanera significativo lo que se contiene en la pregunta segunda, que se formula así: ¿Debe regularse sólo el "heredamiento" o, en abstracto, el pacto sucesorio? Y dice la ponencia:

"Lo primero significaría recoger en el Apéndice las costumbres altoaragonesas: Lo segundo obliga a construir de nueva planta una regulación. En apoyo de esta segunda solución, cabe alegar que, desaparecidos los prejuicios que se oponían a la admisión de la sucesión por contrato, es lógico que, esta tenga lugar en el futuro en el Código

civil, y para entonces la Compilación aragonesa debe ofrecer un modelo que, sin dejar de servir de marco a una especialidad consuetudinaria importantísima, pueda abarcar asimismo los otros supuestos en que se otorga un contrato sucesorio."

En resumen, Isabal, autor representativo de la doctrina tradicional, confiesa honradamente que de la sucesión contractual no hay precedente alguno en el Derecho escrito como no sea ese "algo" que creía ver en el Fuero IV De donationibus, precedente tan endeble que el propio autor lo rechaza; que fuera del Derecho escrito no hay otra cosa que la costumbre de los valles del Alto Aragón de pacto sucesorio contenido en capítulos matrimoniales; que tal costumbre no existe en el resto de Aragón; y que en todo caso, esto es, en los valles del Pirineo, se trata de pactos contenidos en capítulos matrimoniales.

Pero si de ahí nos trasladamos a la doctrina foralista de estos últimos años, resulta que el profesor Lacruz Berdejo, conocido partidario de los pactos sucesorios, confiesa honradamente que referirlos solamente al "heredamiento" significaría recoger la costumbre altoaragonesa, pero admitirlos con más amplitud sería "construir de nueva planta su regulación", e invoca como apoyo de semejante "obra nueva" que con ello la Compilación aragonesa ofrecería un modelo que podría ser útil para el futuro Código civil.

12. *Los Proyectos.*

Al extenderse el movimiento codificador, Aragón se aplicó a la tarea de encuadrar su Derecho en el molde técnico de un código. A este deseo responden trabajos individuales, por cierto muy meritorios, y estudios y proyectos colectivos. Prescindiendo de los primeros en aras de la brevedad y concretando la atención en los segundos, son los siguientes: El Proyecto de 1889, el de 1904, al Apéndice de 1925 y el Proyecto de la Compilación ahora ya en vigor.

El Proyecto de 1889.

Este proyecto no alude en ningún momento a la sucesión contractual fuera de capítulos matrimoniales, sino que se basa en la clásica distinción entre sucesión testamentaria y sucesión intestada: Así, el artículo 70 se limita a establecer que "a falta de herederos testamentarios, o cuando no se ha dispuesto de toda la herencia, se defiere ésta, en parte o en todo, según los casos, a las personas naturales o jurídicas con sujeción a las reglas del presente capítulo"; ninguna mención de la sucesión contractual.

En cambio, en el título III, que dedica al contrato sobre bienes con ocasión de matrimonio, regula, como no podía menos de hacer, los pactos sucesorios por razón de matrimonio, pero siempre en ca-

pítulos matrimoniales. Así, el artículo 90 comienza diciendo: “Los ascendientes de los cónyuges pueden instituir a éstos, *en las capitulaciones que otorgan para su matrimonio*, herederos de todos sus bienes.” En el artículo 91 se lee: “Los contrayentes pueden establecer *en sus capitulaciones matrimoniales* los pactos que estimen convenientes sobre sucesión de sus bienes presentes y futuros.” El 92 establece: “También pueden los cónyuges *pactar en sus capitulaciones matrimoniales* que el sobreviviente de ellos...”: En una palabra, en todo el articulado del proyecto de 1889 no se contiene referencia alguna a la posibilidad de pactos sucesorios establecidos en contrato que no sea de capitulación matrimonial. ¿Cómo imaginar que los competentes foralistas de 1889 iban a olvidar figura jurídica de perfiles tan llamativos y extraordinarios? Lo que ocurrió fue que no se plantearon la cuestión porque en Aragón no se conocía la sucesión contractual como no fuese convenida en capítulos matrimoniales y, por ello, sólo en capítulos la regularon.

El Proyecto de 1904.

Conocido como “proyecto Gil Berges”, fue mucho más amplio y ambicioso que el de 1889; también de técnica más depurada. Pero conviene tener en cuenta para su mejor comprensión que el proyecto de 1904 intentaba reaccionar contra la tendencia unificadora del Derecho civil. Por ello, no sólo procuró recoger la mayor cantidad posible de instituciones forales, sino que su articulado abandona frecuentemente el lenguaje rotundo y recortado propio de una ley, para proporcionar explicaciones o comentarios, de tal manera, que a la vez que proyecto de Apéndice es también un alegato en defensa del Derecho aragonés: No debe olvidarse esta interesante faceta al analizar el sentido de muchos de sus artículos.

No debe tampoco olvidarse que hacía ya ocho años que se había publicado el Código civil alemán, conocido por los compiladores aragoneses de 1904 y al que alude la exposición de motivos, “*La Comisión, en suma, va bien acompañada. El Código del Imperio Alemán, la última palabra de la ciencia jurídica al decir de muchos jurisconsultos, ha coincidido por rara casualidad con los más eximios escritores aragoneses del siglo pasado*”.

Pues bien, el proyecto de 1904 en su libro III, título II. “De las sucesiones”, distingue tres capítulos: el primero, “De la sucesión testamentaria”; el segundo, “De la sucesión intestada”, y el tercero, “Disposiciones comunes a las herencias por testamento o sin él”.

Si se hubiese querido admitir como normal la sucesión paccionada, ¿cómo no dedicarle un capítulo especial, igual que a la testamentaria, lo mismo que a la intestada?: No cabe decir que fue olvido, o falta de técnica inadmisibles en los eminentes juristas de 1904; pura y simplemente no hablaron de la sucesión contractual porque es institución

que en Aragón nunca tuvo vida propia, sino dependiente del matrimonio, reflejada en capitulaciones, e integrando por tanto la materia de la sociedad conyugal paccionada.

Sin embargo, hay que destacar un artículo del proyecto, el 274 que hace una referencia a la sucesión contractual, única que se contiene en los cuarenta y tres artículos que el proyecto dedica a la sucesión por causa de muerte. Y conviene mucho destacar esa aislada e imprecisa referencia, porque es el grano de arena que desde el proyecto de 1904 se incrustó en el Apéndice de 1925 y desde entonces empezó a crecer increíblemente hasta transformarse en el grave problema que motiva este trabajo.

Dice el artículo 274: "Cuando fallezca una persona sin que haya otorgado testamento en alguna de las formas reguladas en la sección primera del capítulo anterior, o sin haber ordenado su sucesión por contrato y más especialmente en capitulación matrimonial a tenor de lo dispuesto en la sección sexta, capítulo III, título II, del libro primero ...se deferirá la herencia por ministerio de la ley: 1.º A los descendientes legítimos...".

La exégesis del texto transcurrido no resulta difícil: Los autores del proyecto quisieron decir que en Aragón la herencia se puede deferir de tres maneras: por testamento, por ley y por capitulación matrimonial; pero como la capitulación es contrato, dijeron y dijeron bien, que el lado de la sucesión testamentaria y de la legítima, existía también la contractual; pero a seguida, tuvieron buen cuidado en aclarar que no se trataba de cualquier clase de contrato, *sino precisamente, específicamente, y más especialmente*, del contrato de capitulación matrimonial otorgado a tenor de lo dispuesto en la sección 6.ª capítulo III, título II del libro I, libro que lleva como rúbrica "De la familia", cuyo título II se denomina "Del matrimonio con relación a los bienes", siendo su capítulo III el designado "De la sociedad conyugal paccionada".

La cuestión quedaba así centrada con bastante claridad, sucesión contractual sí, pero no la convenida en cualquier clase de contrato, sino precisamente en capitulación matrimonial.

Si aquellos ilustres foralistas hubiesen querido decir otra cosa, lo hubiesen hecho sin remilgos; les hubiese bastado con hablar de sucesión por contrato, puesto que en el género contrato va comprendida la especie capitulación matrimonial; pero si se remitieron "más especialmente" al contrato de capítulos, es porque respondían a su convencimiento de que el Derecho aragonés, si ha conocido los pactos sucesorios, ha sido siempre apoyados en el matrimonio, engastados en el contrato de capitulaciones.

Pero, continuando la exposición de los demás artículos en que el proyecto de 1904 se refiere a los pactos sucesorios, se advierte que todos ellos parten siempre de la base de que estén convenidos en capitulaciones:

Así, el artículo 98: "Es lícito a los cónyuges en Aragón regular

por contrato la participación que hayan de tener los descendientes inmediatos en sus sucesiones...”; es decir, concibe el pacto sucesorio como pacto entre cónyuges.

El artículo 99, insiste: “Pueden por tanto disponer en general *por su propia capitulación...*” (sigue una serie de pactos de trascendencia sucesoria).

El artículo 100, se refiere, no ya a los pactos capitulares entre cónyuges, sino a los que otorguen los ascendientes, pero aún en este caso exige que sea en capitulación matrimonial: “Pueden igualmente los ascendientes *por la capitulación que se otorga con ocasión del matrimonio de uno de sus sucesores forzosos*: 1.º Establecer a favor del contrayente al heredamiento universal...”.

El artículo 101, dice: “*Por ninguna capitulación matrimonial se regularán más de dos transmisiones de sucesión, a saber...*”.

El artículo 104 en su apartado 2.º “...los inmuebles o raíces descritos *en la capitulación...*”: Y en su párrafo 3.º “...ninguna otra causa que no sea de las enumeradas *en la capitulación...*”.

Añade el 105: “Si en lugar de instituir los ascendientes a un solo sucesor, instituyesen a dos o más conjuntamente *en la misma capitulación...*”.

En fin, para que seguir. Pero todavía, si del texto del proyecto se vuelve a su exposición de motivos se comprueba la reiteración de que los pactos sucesorios son siempre pactos matrimoniales, hechos con ocasión de matrimonio, o en contemplación a un matrimonio ya celebrado o por celebrar, y, en todo caso, recogidos en capítulos matrimoniales. Así, cuando dice, “Los heredamientos universales y las dotes, donaciones o mandas en equivalencia de las legítimas, *deferidos o asignadas en la capitulación...*”. Y más adelante, cuando glosa el Fuero IV De donationibus, añade: “La aparición del Fuero de referencia consentía ejecutar *en estipulaciones convenidas con ocasión de matrimonio*, lo mismo que consentían ejecutar por acto de última voluntad los “De testamentis nobilium” y “De testamentis civium”, a saber, la elección por los padres de un heredero entre sus hijos...”.

En resumen, en el completísimo proyecto de 1904, no se encuentra la más pequeña alusión, a la posibilidad de pactar sobre la sucesión hereditaria, fuera de capitulación matrimonial. ¿Y cabe suponer que algo tan grave, se omitiese inadvertidamente? Sería ofender la memoria de los eminentes juristas que lo redactaron, los cuales, dicho sea en honor a la verdad, supieron atenerse a su propósito de no inventar, sino meramente compilar.

13. *El Apéndice.*

El Apéndice de 1925 se inspiró directamente en el proyecto de 1904. Ni que decir tiene, que la estructura del texto en orden a la regulación de la sucesión por causa de muerte era la tradicional,

a saber, un capítulo dedicado a la sucesión testamentaria, otro dedicado a la sucesión intestada, y ausencia de capítulo especial que se refiera a la sucesión contractual: Eso sí, también de acuerdo con la tradición aragonesa, determinación y regulación de ciertos pactos sucesorios matrimoniales en el capítulo dedicado a la sociedad conyugal paccionada. Ahora bien, al abrir el capítulo de la sucesión intestada, aparecía otra vez aquel adverbio ciertamente ambiguo, “y más especialmente”, del artículo 274 del proyecto de 1904, pero ahora, en el Apéndice de 1925 sustituido por otro, “señaladamente”, que en lugar de desvanecer la imprecisión, la agudizaba.

Decía el artículo 34 del Apéndice: “Para que tenga lugar la sucesión legítima, además de lo estatuido al efecto en el Código (inexistencia o ineficacia de testamento) se necesita que la sucesión del causante no esté ordenada tampoco por contrato, y señaladamente por capitulación matrimonial”: Y no hay, en el capítulo que el Apéndice dedicaba a la sucesión hereditaria, ninguna otra referencia directa ni indirecta, a la sucesión contractual. Todas las demás menciones del Apéndice atinentes a pactos sucesorios, están contenidas en el capítulo dedicado a la sociedad conyugal paccionada, o sea, a los capítulos matrimoniales: Así, el artículo 58, primero de los que integran la sección reguladora de la sociedad conyugal paccionada, admite los pactos matrimoniales, esto es, capitulares, por los que se regula la sucesión de los cónyuges y de su descendencia; y el artículo 60 recoge una serie de pactos sucesorios consuetudinarios que por su propia naturaleza son todos los pactos matrimoniales, con la sola excepción del “acogimiento” y la “dación” de que luego se hablará.

No puede haber la menor duda de que el Apéndice no pensó nunca en la posibilidad de pactos sucesorios fuera de los convenidos en capitulaciones matrimoniales; de no ser así, sus autores hubiesen destacado, con el necesario vigor la sucesión contractual; hubiesen regulado, de una parte, la sucesión testamentaria, de otra parte, la legítima, y de otra, la contractual; hubiesen determinado, siquiera fuese someramente, el alcance y efectos del pacto sucesorio; se hubiesen planteado el problema de si se admitían toda clase de pactos, tanto de sucediendo como de no sucediendo, o si debía traerse al texto legal la prohibición, clásica en la ciencia jurídica, del pacto de hereditate tertii. Pero nada de esto hicieron, sino que se limitaron a referirse a determinados tipos de pactos sucesorios, y no en el capítulo de la herencia, sino en el de la sociedad conyugal paccionada.

Lo que ocurre es, que como decía Jeremías Bentham, “las palabras de la Ley hay que pesarlas como si fuesen diamantes”; el no haber recordado esta máxima el proyecto de 1904 con su “más especialmente” y el artículo 34 del Apéndice con su “señaladamente”, introdujo ese motivo de confusión que a jurista tan eximio como Castán, le hacía decir en su conocida obra, “...es de observar que el artículo 34, con fórmula que quizá va más lejos que la propia tradición foral, parece autorizar el pacto de sucesión hereditaria entre toda clase

de personas, mientras que el 58, *ajustándose más estrictamente a los precedentes forales*, sólo habla de la sucesión de los cónyuges y sus descendientes”.

Algunos sectores de la doctrina jurídica aragonesa, posterior al Apéndice, han creído ver en las palabras del artículo 34, “por contrato, y señaladamente por capitulación matrimonial”, una misteriosa puertecilla conducente al sótano donde debía yacer el tesoro de la sucesión contractual aragonesa. Pero en el sótano no había nada, no se hallaba precedente alguno, y entonces ha ocurrido lo que es frecuente en materia de sótanos oscuros, que la imaginación cree ver en ellos lo que en realidad no existe. En todo caso, puede afirmarse que todo el problema de la sucesión contractual fuera de capitulaciones, la doctrina aragonesa lo ha planteado con posterioridad a la promulgación del Apéndice; con anterioridad, no se suscitó jamás en la historia del Derecho de aquel antiguo Reino.

14. *El Anteproyecto de Compilación.*

La Comisión de juristas aragoneses al redactar el anteproyecto de Compilación se encontró frente al problema de los pactos sucesorios que evidentemente tenía que afrontar, puesto que la redacción del artículo 34 del Apéndice foral daba lugar a dudas, o mejor dicho, había dejado subsistente la duda de siempre y de todos los sistemas jurídicos; ¿deberían rechazarse los pactos sucesorios como regla general, relegando a la costumbre los de carácter consuetudinario?: Y en cuanto a estos últimos, ¿deberían quedar encerrados en el molde de las capitulaciones matrimoniales? La Comisión optó por la valiente postura de admitir los pactos sucesorios libremente, fuesen o no consuetudinarios, dentro o fuera de capítulos, y se aplicó a la tarea de regularlos tratando así de rellenar un vacío casi universal que venía arrastrándose desde el comienzo de los tiempos.

Tan peligrosa labor, era natural que hubiese de dar lugar a vacilaciones y controversias en el camino legislativo que el anteproyecto tenía que recorrer hasta verse convertido en ley. Y como el órgano asesor en estas cuestiones es la Comisión general de Codificación, en ella habría de plantearse la revisión de una materia que forzosamente tenía que llamar la atención.

Aunque sea subjetivizar el problema, conviene destacar quienes fueron los miembros integrantes de la sección de la Comisión de Codificación encargada de estudiar y dictaminar el anteproyecto de Zaragoza. Se trataba de D. José Castán Tobeñas, D. José Lorente Sanz, D. Francisco Bonet Ramón, D. Pablo Jordán de Urries y Azara, D. Marcelino Cabanas Rodríguez y el autor de estas líneas: De estos seis miembros, el señor Lorente, el señor Castán y el autor, son aragoneses nacidos en aquel antiguo Reino, cuya vecindad civil siguen ostentando, aunque algunos de ellos tengan su vecindad administra-

tiva en Madrid; D. Pablo Jordán de Urries y Azara ostenta unos apellidos, cuya vinculación con Aragón es notoria; D. Francisco Bonet Ramón, es oriundo de Valencia, que no hace falta recordar perteneció a la Corona de Aragón; solamente el señor Cabanas, Secretario General de la Comisión de Codificación, no tiene vínculo especial con la región aragonesa.

El anteproyecto dedicaba el título III a la sucesión mortis causa, dividiendo el título en capítulos, y, entre ellos, uno consagrado a la sucesión testada, otro a la intestada y, por primera vez en la historia jurídica de Aragón otro capítulo regulando la sucesión contractual, por cierto, conteniendo este último mayor número de artículos que cada uno de los otros dos.

En el capítulo referente a la sucesión contractual, había dos artículos, los números 55 y 61, que en el texto de la Compilación ocupan respectivamente el lugar de los artículos 99 y 102, aunque con su contenido notablemente variado. Pues bien, es interesante transcribir lo que decían los referidos artículos 55 y 61 del anteproyecto; cuyo texto era el siguiente:

“*Artículo 55.*—Los pactos sobre la sucesión futura, otorgados por la persona de cuya sucesión se trata, son válidos y vinculan a los otorgantes con tal que consten en escritura pública.

En igual forma serán válidos, sin el consentimiento del causante, los pactos que sobre la porción legítima de su herencia otorguen todos los parientes legitimarios a que se refiere el artículo 67.”

“*Artículo 61.*—Salvo pacto en contrario, el instituyente no podrá disponer de sus bienes por actos intervivos, a título oneroso, sin el consentimiento del instituido.

Podrá disponer por donación o testamento para asignar dotes y legítimas al haber y poder de la Casa.”

La simple lectura de estos dos preceptos ofrecía perspectivas realmente llamativas. El artículo 55 tomaba francas posiciones en el viejo problema de si los pactos sucesorios habían de quedar relegados a la sociedad conyugal paccionada, esto es, a las capitulaciones matrimoniales, o si debían admitirse los celebrados en otra escritura pública entre cualesquiera personas cónyuges o no, parientes, o incluso extraños; el precepto adoptaba sin ambages ni rodeos este último criterio, el de la máxima amplitud; con ello, el sistema aragonés se desgajaba del tronco jurídico latino y se adscribía al germánico. No quedaba aquí la cosa, sino que, ya en la pendiente de los criterios amplios, se admitían incluso los pactos de hereditate tertii, aquellos que Séneca había llamado “acuerdos de parricidas”.

Pero lo realmente impresionante era el artículo 61 que privaba al instituyente, no ya de la facultad de disponer mortis causa que ese es el efecto propio y natural del pacto sucesorio, sino también de la facultad de disponer por actos intervivos a título oneroso de todos sus bienes, y no sólo de los que tuviese al tiempo de concertar el pacto

sino también de los futuros que por cualquier título adquiriese con posterioridad.

Lo que este precepto representaba, era alarmante, pues convertía al instituyente en un verdadero incapaz que ya no podría efectuar por sí solo ningún negocio jurídico patrimonial, desde vender una finca hasta encargarse un vestido, tomar una localidad en un cinematógrafo o consumir en un bar una modesta cerveza: El instituyente tendría que ir siempre acompañado del heredero instituido como si este último fuese el tutor o el amo del primero, puesto que, sin consentimiento expreso del instituido no podría el instituyente disponer de cosa alguna ni aun siquiera del puñado de calderilla que llevase en el bolsillo: El hijo de familia que a los veintiún años vendiese su herencia para comprarse un coche deportivo, habría de reservar en él un asiento para el avisado usurero que le hubiese facilitado el dinero, puesto que sin su consentimiento no podría pagar la gasolina para satisfacer su capicho juvenil. El hombre que en un momento de arrebato pasional instituyese heredera contractual a una mujer de dudosa reputación, que es lo que se dice cuando ya no ofrece duda, ninguna no podría efectuar desembolso ni acto dispositivo alguno sin solicitar en cada momento el consentimiento de aquella mujer. Claro está, que se trata de ejemplos que no resultaban gratos, pero la culpa no es de los ejemplos sino del anteproyecto que facilitaba el plantearlos: Se ha dicho que eran falsos porque el hijo de familia no puede contratar con un tercero sobre la herencia que espera recibir de su padre, pero no se comprende porque la herencia presunta haya de quedar excluida del pacto si el Derecho somete a sus efectos todos los bienes futuros; claro es que en el pacto no se hablará específicamente de las herencias presuntas, pero claro es también que el avisado heredero contractual estará pensando en la posible herencia que el instituyente recibirá de sus padres u otros familiares, en tiempo más o menos remoto: Se ha dicho que estos ejemplos son también falsos porque plantean el supuesto de la compraventa de herencia, lo que no es, técnicamente, un pacto sucesorio, pero aquí sí que hay que lamentarse de que la Comisión de juristas que redactó el anteproyecto no explicase en qué consistían y cual era la naturaleza de los pactos sucesorios que quería traer al régimen jurídico de Aragón: Ciertamente que la doctrina se inclina a considerar como pactos sucesorios tan sólo los convenidos a título gratuito, pero, sin que este criterio sea muy claro, puesto que se admite que la gratuidad del título venga más o menos desnaturalizada por cargas u obligaciones actuales que se impongan al instituido: Parece resultar, que lo único que suena mal es que el pacto se convenga mediante precio, pero nada le habría costado a la Comisión, que libremente se movía en terreno virgen, haber explicado en el texto del anteproyecto, que se entendía por pacto sucesorio, cuales eran lícitos y cuales no; que requisitos debían reunir y, en definitiva, cual era su naturaleza; se lo habría agradecido, no sólo Aragón, sino el mundo entero siempre confuso y caviloso en orden

a tan interesantes problemas. Pero limitarse a decir que los pactos sucesorios son válidos sin configurar tan difícil institución, exigiría y exigirá de los honrados montañeses del Alto Aragón que, en lo sucesivo, al otorgar sus capitulaciones matrimoniales, se atengan no sólo a sus viejas costumbres, sino examinen con cuidado los comentarios de Planck sobre el Código civil alemán. En cuanto al resto de los aragoneses, carentes de costumbres en esta materia, no tendrán más remedio que complementar los preceptos de la Compilación con las profundas ideas de Planck, pues de lo contrario podrán fácilmente incidir en la onerosidad al convenir los pactos sucesorios, que han de ser a título gratuito, que, por lo visto, es lo que el anteproyecto, y hoy la Compilación, dan por supuesto tan sencillo y archisabido que no ha merecido la pena proclamarlo.

Conviene considerar cuáles pudieron ser las razones que a los juristas de la Comisión redactora del anteproyecto de Zaragoza llevaron a proponer esa atroz privación de toda facultad de disponer, incluso por actos a título oneroso, contenida en el artículo 61 del anteproyecto. Se conocen y practican desde muy antiguo en el Alto Aragón los llamados "heredamientos" que, como toda institución consuetudinaria, tienen perfiles imprecisos, porque las capitulaciones matrimoniales los configuran en cada caso atendiendo a las circunstancias específicas de una familia o de un patrimonio, que son tan variables, que resulta difícil encuadrarlos en tipos determinados. Unas veces son meras donaciones de bienes concretos; otras, son simples instituciones de heredero que, por consiguiente, afectan tan sólo a los bienes que el instituyente tenga al morir y no le privan de sus facultades dispositivas intervivos; pero otras veces, el donante de bienes concretos, o de todo su patrimonio, se reserva el usufructo, que es cosa conocida, u otras facultades ya no tan trilladas como el usufructo que dicen relación a la disposición de los bienes y que consisten en atribuir compartida la facultad de disponer al instituyente y al instituido, o hablando llanamente, al padre y al hijo, de tal manera que para vender una finca sea menester la concurrencia de ambos: Pero esta facultad compartida no está bien elaborada ni por la doctrina ni por la costumbre, y así, pueden surgir dudas de si quien podrá vender será el hijo con el consentimiento del padre o el padre con el beneplácito del hijo, que, en definitiva, es el criterio que ha sentado el texto vigente. Si el heredamiento se configuraba, más o menos, como una donación, parece que el verdadero dueño era el hijo donatario, bien que con la restricción de no poder enajenar sin consentimiento del padre donante en virtud de la facultad que éste se había reservado al hacer la donación. Pero si el heredamiento se configuraba como una institución contractual de heredero sin donación actual y, por tanto, sin desplazamiento de dominio, la facultad de vender debía seguir correspondiendo al padre quien, sin embargo, habría de contar con el consentimiento del hijo: Pero todo esto resultaba tan vago que constituía la desesperación de notarios y registradores de la propiedad, que de

no ser muy claro el contenido de las capitulaciones matrimoniales, dudaban, con razón, a la hora de configurar enajenaciones o gravámenes posteriores al pacto sucesorio: El deseo de terminar con estas dudas debió llevar a la Comisión redactora del anteproyecto a proponer la fórmula del artículo 61, de la que parecía desprenderse que quien conservaba la titularidad de disposición era el padre, pero requiriéndose el consentimiento del hijo, elevando así a derecho escrito lo que consuetudinariamente se denominaba algunas veces “señorío mayor”. Pero al extraer la institución de la costumbre, al sacarla del seno del contrato matrimonial y, por tanto, de la órbita familiar, y al pretender consagrarla con carácter abstracto y general, resultó la norma del artículo 61, que no podía leerse sin sentir un desagradable escalofrío.

15. *El Proyecto del Gobierno.*

Tras el dictamen de la Comisión general de Codificación, el Gobierno remitió a las Cortes el proyecto de Compilación, en el que los artículos 55 y 61 del anteproyecto pasaron a ser los 99 y 102, con la siguiente redacción:

“*Artículo 99.*—Son válidos los pactos que sobre propia sucesión se otorguen, con carácter personalísimo, en capitulaciones matrimoniales o por mayores de veintiún años en otra escritura pública.

La costumbre determinará el alcance de tales pactos.”

“*Artículo 102.*—En el nombramiento de heredero, pactado en consideración a la conservación del patrimonio familiar o de la casa, cuando el instituyente conceda al instituido el “señorío menor”, reservándose el “señorío mayor” u otras facultades análogas, se entenderá, salvo estipulación en contrario, que para disponer de los bienes inmuebles y de los comprendidos en el número 1 del artículo 39 es exigible el consentimiento del instituido que viniere cumpliendo las obligaciones y cargas impuestas en favor de la casa.

No se requiere, sin embargo, dicho consentimiento para disponer por donación, asignando a sus descendientes dotes o legítimas al haber y poder de la casa. Tampoco se necesita para hacer tales disposiciones en testamento.”

Comparando la redacción del proyecto con la del anteproyecto, son de notar las siguientes diferencias:

En primer lugar, se destaca que los pactos han de referirse a la “propia sucesión”, es decir, a la herencia del disponente y no a la de un tercero. En el anteproyecto, los legitimarios podían establecer los pactos que tuvieran por conveniente respecto a la legítima futura que pudiera corresponderles en la herencia de sus ascendientes: Al no recoger esta idea el proyecto (como tampoco la ha recogido el texto definitivo), parecía, en principio, que los pactos sobre la legítima quedaban proscritos, pero tanto en el proyecto como en la Compilación ha subsistido el artículo 106 (que era el 64 del anteproyecto), y que

permite la renuncia a la legítima. Este precepto no puede referirse a la legítima que corresponda al heredero en una sucesión ya causada, porque no se trataría de un pacto sucesorio y la norma está contenida en el capítulo que el texto dedica a la sucesión contractual: Habrá que entender por ello que, a pesar de la regla general del artículo 99 que no permite los pactos de hereditate tertii, es válida la renuncia a la legítima futura, pero sólo la renuncia y, por consiguiente, no serán válidos cualesquiera otros pactos referentes a la legítima como, por ejemplo, aquellos en que los legitimarios acordasen distribuirse la legítima futura en una cierta proporción, o en que un legitimario cediese a otro u otros su derecho a la legítima; sólo la renuncia será válida.

Por lo demás, el artículo 99 del proyecto coincidía con el 55 del anteproyecto en su alejamiento del sistema tradicional, al admitir ambos que el pacto sucesorio se pudiese otorgar en capitulación matrimonial o en otra escritura pública, con lo que quedaba abierta la puerta para la contratación entre extraños.

Las diferencias más notables entre proyecto y anteproyecto se acusaron en el artículo 102 de aquél, 61 de éste, por cuanto desapareció en el proyecto aquella rara norma que prohibía al instituyente disponer a título oneroso de sus propios bienes a no mediar el consentimiento del instituido. El artículo 102 del proyecto admite la posibilidad de que el pacto sucesorio impida al instituyente disponer de sus propios bienes, pero exigiendo una serie de requisitos para que tal posibilidad se produzca: Como requisito intencional es menester que el nombramiento de heredero contractual haya sido pactado en consideración a la conservación del patrimonio familiar o de la casa, intención que parece deberá resultar expresa o implícitamente del propio pacto, pero, en todo caso, con claridad que no deje lugar a la duda: Por otra parte, el instituyente habrá de reservarse el señorío mayor u otras facultades análogas, lo que parece dar a entender que habrá de emplear las palabras "señorío mayor", como sinónimas de facultad de disponer, o al menos, reservarse expresamente tal facultad dispositiva: En último término, las trabas para los actos dispositivos del instituyente las refiere el proyecto a los bienes inmuebles y a los comprendidos en el número 1 del artículo 39, que son las explotaciones agrícolas, ganaderas, mercantiles e industriales y, como tales explotaciones, sea cual fuere el carácter que el Derecho les atribuya, hay que reconocer que se asemejan mucho a los bienes inmuebles, puede afirmarse que el proyecto del Gobierno (y también el texto definitivo) han hecho posible que el instituyente pueda seguir disponiendo por actos intervivos a título oneroso de todos sus bienes muebles, incluso del dinero, lo que es una notable mejoría con respecto al texto del anteproyecto de Zaragoza, que sujetaba a la prohibición de disponer todos los bienes del instituyente, tanto inmuebles como muebles y, por consiguiente, incluso el dinero que llevase en el bolsillo.

La fórmula del artículo 102 del proyecto podía ser objeto de crítica, pero justo es reconocer consiguió centrar el espinoso problema en la órbita de lo familiar y tradicional; la aplicación del precepto irá decantando sus posibles imperfecciones, pero se ha logrado una solución suficientemente clara en materia muy difícil.

16. *Enmienda al Proyecto.*

La Compilación, ya convertida en proyecto del Gobierno, pasó a las Cortes, donde el artículo 99 fue objeto de una enmienda, con la que el autor de este trabajo no ha de ocultar se sentía muy compe-
netrado, por lo que no resiste a la tentación de transcribirla, decía así:

“*Artículo 99.*—Son válidos los pactos que sobre propia sucesión se otorguen con carácter personalísimo, en capitulaciones matrimoniales o en escritura pública de adopción. También lo serán los que, integrando las instituciones familiares consuetudinarias conocidas con los nombres de “acogimiento” y “dación personal”, se otorguen en escritura pública por mayores de veintiún años.

“La costumbre determinará el alcance de los pactos sucesorios.”

Pretendía la enmienda mantener al sistema tradicional de admisión de pactos sucesorios, pero sólo los establecidos en capitulaciones matrimoniales, porque esa es la costumbre en las comarcas aragonesas en que se pacta sobre la herencia, y por todas las razones que antes se han expuesto y sería ocioso repetir aquí: Pero había en las instituciones consuetudinarias de Aragón dos pactos de carácter sucesorio que, por su especial naturaleza, no se pactaban, al menos de ordinario, en capítulos matrimoniales: Se trataba del acogimiento y la dación personal; el acogimiento es pacto que se celebra entre el matrimonio que acoge y el matrimonio acogido, que podía y solía formalizarse en capitulación matrimonial con ocasión de la celebración de uno de los matrimonios afectados, pero podía establecerse en otra escritura aunque no fuese de capitulación matrimonial; la dación personal era institución cuyo origen histórico hay que remontar a las invasiones sarracenas, cuando los aragoneses fugitivos, sin más fortuna que sus brazos, se acogían a los monasterios u otros brotes incipientes de la resistencia, y que, más tarde, pasó a la esfera del Derecho familiar; viene a ser bastante semejante al acogimiento, con la diferencia de que el acogido no es un matrimonio, sino un individuo soltero o viudo.

Deliberadamente se emplea el pretérito imperfecto para referirse a estas dos instituciones porque hace muchos años que cayeron en total desuso, pues ya el Congreso de Zaragoza de 1880 a cierta propuesta sobre el acogimiento contestó que no había lugar a deliberar; y en cuanto a la dación, es institución mucho más arcaica que el acogimiento. Con todo, la enmienda se mostraba respetuosa con estos viejos residuos tradicionales porque eran los únicos en que podían advertirse pactos sucesorios no contenidos en capitulación matrimonial: Aun así,

el carácter familiar o cuasi familiar de estas dos instituciones es tan acusado que el proyecto y la Compilación solamente las aluden en el artículo 33, que forma parte del capítulo que lleva como título "Del régimen matrimonial paccionado".

La referencia que la enmienda hacía a la adopción también parecía oportuna, puesto que siendo la adopción el único caso en que el Código civil admite a banderas desplegadas la sucesión contractual, podía suscitarse la duda de si quedaban excluidos en Aragón los pactos sucesorios con motivo de adopción, ya que esta no se formaliza en capitulaciones matrimoniales.

Al parecer, la discusión fue enconada en la Comisión de Justicia de las Cortes; alguien debió proponer una fórmula más o menos transaccional, y tal fórmula fue la que prosperó.

17. *El texto definitivo.*

En el texto definitivo aprobado por las Cortes, los artículos 99 y 102 de la Compilación han quedado así:

"Artículo noventa y nueve.—Uno. Son válidos los pactos que sobre la propia sucesión se convengan, con carácter personalísimo, en capitulaciones matrimoniales. También lo serán los que se pacten, en escritura pública, por mayores de veintiún años que sean parientes consanguíneos o afines en cualquier grado, o adoptivos o que se otorguen en el marco de las instituciones familiares consuetudinarias.

Dos. La costumbre determinará el alcance de tales pactos."

"Artículo ciento dos.—Uno. En el nombramiento de heredero, pactado en consideración a la conservación del patrimonio familiar o de la casa, cuando el instituyente se reserve el "señorío mayor" u otras facultades análogas, se entenderá, salvo estipulación en contrario, que para disponer de los bienes inmuebles y de los comprendidos en el número uno del artículo treinta y nueve es exigible el consentimiento del instituido que viniere cumpliendo las obligaciones y cargas impuestas en favor de la casa.

Dos. No se requiere, sin embargo, dicho consentimiento para disponer por donación, asignando a sus descendientes dotes o legítimas al haber y poder de la casa. Tampoco se necesita para hacer tales disposiciones en testamento."

Por lo que se refiere al artículo 102, su redacción coincide casi exactamente con la del proyecto del Gobierno, excepto la desaparición de la expresión "señorío menor", manteniendo solamente la tradicional de "señorío mayor". Por eso, no es menester detenerse en la exégesis y basta con remitirse a lo dicho al glosar el texto del proyecto.

Pero lo que sí merece considerarse es la redacción definitiva del artículo 99. El precepto comienza sintiéndose tradicional y declarando válidos los pactos sucesorios que se otorguen en capitulación matrimonial; pero a continuación declara también válidos los que se otor-

guen en otra escritura pública, aunque no sea de capitulación matrimonial, por mayores de veintiún años, siempre y cuando el instituyente y el instituido sean parientes consanguíneos o afines en cualquier grado, o adoptivos, o se otorguen en el marco de las instituciones familiares consuetudinarias.

Parece que las Cortes se sintieron impresionadas por el innegable carácter familiar que los pactos sucesorios tienen en la costumbre, y se quiso eliminar los convenidos entre extraños, cuya consideración no resulta atrayente. Pero en lugar de llegar a este propósito limitativo a través de un medio formal, que se otorguen en capitulación matrimonial, se ha preferido seguir un criterio subjetivo, que se concierten entre parientes. El criterio es discutible, según se dirá después, pero conviene aludir a esa idea de parentesco sin limitación de grado contenida en el artículo 99 de la Compilación. En la línea colateral, el parentesco es un concepto determinado por la concurrencia de dos elementos, a saber, descender de un ascendiente común y hallarse dentro de cierto grado: Sin ascendiente común no hay parentesco, pero sin limitación de grado tampoco lo hay, pues de lo contrario habría que declarar que todos los hombres son parientes entre sí, ya que todos descienden de una misma pareja: La limitación de grado es requisito integrante de la noción de parentesco; lo que ocurre es que la ley puede hacer esta limitación, ya sea de una manera absoluta fijando el límite en un determinado grado, ya sea de una manera relativa llamando entre todos los parientes al de grado más próximo como el artículo 133 de la Compilación; pero en todo caso, tiene que haber un límite, absoluto o relativo, al configurar el concepto de parentesco. Cuando el Derecho habla de parentesco sin limitación, es siempre refiriéndose a la línea recta, pero en la colateral la noción de parentesco exige conceptualmente su delimitación en algún modo. Estas nociones, tan sabidas y elementales, conducen a la conclusión de que el art. 99 se refiere al parentesco en línea recta y no en la colateral, pues no cabe suponer que la ley haya incidido en error de tanto bulto como sería el desconocer que en la línea colateral el grado es elemento integrante del concepto de parentesco. Esta interpretación la refuerza el que también se incluya el parentesco por adopción, que, como es sabido, sólo se produce en la línea recta. Es también el criterio más conforme con lo que disponía el Fuero IV De donationibus.

Merece alabanza el que las Cortes se diesen cuenta que el pacto sucesorio es institución que no debe salir de la esfera de lo familiar, mas para conseguir tal propósito el texto definitivo ha recurrido a un criterio subjetivista, que se otorgue entre parientes, en lugar del criterio formal, que se otorgue en capitulación, que era el tradicional y el que proponía la enmienda. En ello se ha padecido una confusión indudable, la de creer que es Derecho de familia todo aquel que regula relaciones jurídicas entre parientes, pero lo que califica de familiar a una relación jurídica no es la circunstancia puramente subjetiva de que las personas a que afecte sean parientes, sino la objetiva de que

se trate de una relación que tenga que ver con la organización, régimen y estructura de la unidad familiar: Así, la compraventa otorgada entre dos hermanos es Derecho de las obligaciones y contratos, aunque las partes intervinientes sean parientes; y la dote es siempre Derecho de familia, aunque quien la constituya sea un extraño. De ello resulta que el artículo 99 de la Compilación ha extraído los pactos sucesorios del Derecho de familia y los ha encuadrado en el de obligaciones, por muy parientes que sean quienes los otorguen. Y no se trata de disquisiciones teóricas, sino que el no haber enfocado correctamente la cuestión puede conducir a interpretaciones absurdas; así, por ejemplo, el precepto da pie para sostener que de la facilidad que brinda la Compilación al permitir pactar sobre la herencia fuera de capítulos matrimoniales pueden hacer uso los que sean parientes entre sí, mas no los cónyuges, que en pura técnica jurídica no son parientes, sino ligados por el vínculo matrimonial, que es distinto del parental.

En otro orden de ideas, el Derecho civil, a diferencia del penal, debe en principio contemplar las situaciones normales, pero pecaría de ingenuo el legislador que no previese la patología de las instituciones: Y si la materia a regular ofrece matices de peligrosidad tan acusados que siempre han constituido fuente de serias preocupaciones para juristas y legisladores, parece prudente extremar las precauciones. Las costumbres estaban en lo cierto al circunscribir la posibilidad de los pactos sobre la sucesión a la esfera del contrato de capitulaciones matrimoniales, que por sus características aleja las posibilidades de coacciones, impremeditaciones y corruptelas semejantes. Normalmente, se otorgan al tiempo de celebrarse el matrimonio, cuando los contrayentes se entregan recíprocamente para toda la vida y fundan una nueva familia: Claro es que cabe pensar en remotas posibilidades sucesorias, pero el desaprensivo que vaya al matrimonio exclusivamente impulsado por tan despreciables esperanzas tiene multitud de medios más rápidos y que no exijan tan largo sacrificio para conseguir ventajas económicas. Además, en las comarcas donde aún se conserva la costumbre de las capitulaciones matrimoniales, suelen concurrir a su otorgamiento no sólo los contrayentes, sino también sus ascendientes, lo que aleja todavía más las posibilidades de impremeditaciones, inexperiencias y coacciones. En todo caso, los pactos sucesorios que contenga la capitulación son siempre algo secundario, accesorio de lo principal, que es el matrimonio.

Muy distinto es el contrato sucesorio otorgado fuera de capitulaciones; en él no hay más objeto que la herencia, ni intervienen otras personas que el instituyente y el instituido; se otorga no cuando la muerte se contempla como un acontecimiento lejano, sino cuando la vida del disponente se está acercando a su fin; y, sobre todo, carece de toda lógica que para otorgar testamento, cosa de no mucha trascendencia, pues que siempre es revocable, el Derecho acumule precauciones exquisitas, tales como la constancia no sólo de la fecha, sino

también de la hora, la intervención de testigos, el juicio de capacidad a cargo de éstos y del notario, la unidad de acto, etc., y por contraste, el pacto sucesorio, gravísimo por ser irrevocable, se pueda formalizar sin más requisitos que los de una simple escritura de compraventa o arrendamiento: ¿Cómo justificar este contrasentido?

Cabe objetar que todos los argumentos en pro de limitar a las capitulaciones matrimoniales la posibilidad de contratar sobre la herencia podrían ser válidos en el régimen del Código civil, que sólo permite otorgar capitulaciones antes de la celebración del matrimonio, pero que no lo son en los regímenes que, como el aragonés, permiten otorgar capítulos después de contraído el vínculo matrimonial: Pero no debe olvidarse que la modificación de los capítulos exige la concurrencia de las personas que intervinieron en ellos, y en definitiva, siempre será menester la concurrencia de ambos cónyuges, lo que representa una protección contra los abusos, mayor de lo que a primera vista pudiera parecer.

En definitiva, la capitulación matrimonial podrá no ser totalmente eficaz para evitar desafueros, pero basta que lo sea en la mayor parte de los casos para justificar su exigencia en materia, como la sucesión contractual, cuya delicadeza aconseja amontonar las precauciones posibles.

La Compilación ha sustituido la necesidad de la capitulación matrimonial por la de que los otorgantes del pacto sucesorio sean parientes entre sí en cualquier grado, desconociendo que los posibles abusos en esta materia tienen su mayor posibilidad precisamente entre parientes: Resulta hipótesis poco grata la de que un padre que en los años de la vejez, especialmente propensos a hacerle víctima de influencias interesadas, se encuentre atrapado por un pacto sucesorio que no pueda ya enmendar; y, con coacciones o sin ellas, el espectáculo de una persona, joven o vieja, encadenada por una disposición mortis causa irrevocable, tampoco resulta fascinante.

Materia es esta en la que debió andarse con pies de plomo, pero fácil es advertir que el anteproyecto se abrazó con entusiasmo a los pactos sucesorios: Prescindiendo de esos excesos que el texto definitivo ha pretendido enmendar con mejor o peor fortuna, tales como el pacto entre extraños y la incapacitación del instituyente para disponer inter vivos a título oneroso, se advierte en toda la regulación de los pactos el decidido propósito de ir más allá de donde jamás hubiese llegado Derecho alguno. Así ha ocurrido, por ejemplo, con el problema de la transmisibilidad de los derechos del instituido a sus propios herederos; el artículo 515 del Código civil suizo, que en punto a germanismo nada deja que desear, dispone que el pacto sucesorio queda sin efecto cuando el heredero o legatario instituido fallece antes que el instituyente, y no concede a los herederos del instituido otra posibilidad, salvo pacto en contrario, que la de exigir del instituyente la devolución de aquello en que se haya enriquecido por el pacto; es decir, que siguiendo la tradición, coincidente en este aspecto en los

sistemas latinos y germanos, la eficacia del pacto queda supeditada a que el instituido sobreviva al instituyente; en el mismo sentido se pronuncia el Código alemán. Pero la Compilación de Aragón ha ido más lejos al establecer en su artículo 105, bien que referido solamente al pacto entre ascendiente y descendiente, que si éste premuriere, transmite su derecho a sus propios descendientes.

La Compilación, no obstante alejarse de la costumbre en materia de pactos sucesorios, ha envuelto su postura en frecuentes alusiones a lo consuetudinario; algunas son correctas y otras no lo son tanto: Así, el número 1 del artículo 99 admite la posibilidad del pacto en tres casos; que se otorgue en capítulos; o entre parientes; o “en el marco de las instituciones familiares o consuetudinarias”: Esta última referencia puede considerarse acertada, hasta el punto de que si la ley se hubiese limitado a admitir los pactos en capítulos o en la esfera de las instituciones consuetudinarias, la solución hubiese sido aceptable.

Es también correcta la remisión a la costumbre, que hace el artículo 107, para interpretar e integrar aquellos pactos sucesorios que se refieran a instituciones consuetudinarias.

Pero el número 2 del artículo 99, después de la amplia admisión de toda clase de pactos contenida en el número 1, dice, “La costumbre determinará el alcance de tales pactos”; y esto no se entiende bien, porque lo que determinará el alcance de los pactos no será la costumbre, sino los propios pactos, los cuales, si se refieren a instituciones consuetudinarias, ya serán interpretados y complementados por la costumbre a virtud del artículo 107, y si no se refieren a instituciones consuetudinarias, la falta de costumbre hará inútil acudir a ésta.

Pactos entre parientes, pero sin limitación de grado; vagas alusiones a lo familiar; remisiones a no se sabe qué costumbre; en suma, eufemismos y circunloquios que no llegan a ocultar la franca admisión del pacto sucesorio en abstracto, ni evitan advertir que la sucesión contractual ha caído en el frío Derecho de las obligaciones y contratos, alejándose del entrañable Derecho familiar en el que el respeto, la sonrisa o el abrazo, liman asperezas y resuelven conflictos mejor que las cláusulas del más riguroso contrato. En todo caso, la Compilación se ha expresado, en esta materia, en unos términos inhabituales en Aragón, donde siempre se tuvo a gala decir las cosas claras.

18. *Conclusión.*

El Congreso de Zaragoza de 1946 y el Decreto de 27 de mayo de 1947, fuentes próximas de los trabajos compiladores de estos últimos años, se encaminaban a la preparación de un Código civil general para toda España, sin mengua de las instituciones forales que el Código habría de recoger. Así, la exposición de motivos del Decreto decía: “... el Congreso Nacional de Derecho civil celebrado en Zara-

goza en el que acertadamente se llegó, por unanimidad, a aconsejar la solución de un Código civil general para España. Recogiendo el Gobierno estas conclusiones... inicia por el presente Decreto la preparación de dicho Código general, mediante un proceso de elaboración cuya primera etapa ha de ser la compilación de las instituciones forales”.

La Compilación aragonesa se ha mantenido fiel, en lo fundamental, al propósito de facilitar el futuro Código general; así, por ejemplo, en materia tan importante como el régimen económico legal del matrimonio se han introducido profundas modificaciones hasta desembocar en un sistema muy semejante al de gananciales del Código civil. Resulta injustificado no haber seguido el mismo criterio con respecto a institución tan discutible como la sucesión contractual, máxime existiendo el precedente de la Compilación de Cataluña, que no admite más pactos sucesorios que los convenidos en capitulaciones matrimoniales, siendo así que las costumbres de la montaña de ambas regiones, catalana y aragonesa, son muy semejantes.

El texto definitivo, hoy ya en vigor, evidencia el esfuerzo de las Cortes por respetar en todo lo posible el proyecto y a la vez corregir aquellos de sus aspectos que resultaban poco de acuerdo con la tradición. Las soluciones adoptadas por las Cortes, en esta labor revisora, ponen de manifiesto un enfoque correcto del problema que se le planteaba; indudablemente, el texto definitivo ha mejorado al proyecto, y la crítica de la Ley compiladora, al enjuiciar sus calidades, no deberá olvidar que harto hicieron las Cortes en materia cuya consideración exigía un estudio profundo y reposado, incompatible con la diligencia que al órgano legislativo le impone su propia naturaleza. El problema de los pactos sucesorios no nació en las Cortes, sino que venía arrastrado desde el anteproyecto de Zaragoza.

Puede ser útil analizar cuáles pudieron ser las razones que llevaron a la Comisión redactora del anteproyecto a proponer, en orden a la sucesión contractual, soluciones tan rotundas. Posiblemente, aquella Comisión se dejó impresionar en exceso por tres elementos, a saber, la costumbre, el principio “*Standum est chartae*” y los modernos Códigos germánicos: Cada uno de ellos merece comentario.

a) La costumbre. Conviene distinguir entre la costumbre de pactar sobre la sucesión en capítulos matrimoniales y la costumbre de hacerlo fuera de capítulos.

Por lo que se se refiere a las capitulaciones, se pueden extraer claras consecuencias del último Anuario de la Dirección general de Registros y Notariado, correspondiente al año 1966: En dicho año, en toda la provincia de Huesca se concertaron 93 capitulaciones matrimoniales, aunque en alguno de sus partidos judiciales, como el de Sariñena, no se otorgó ninguna, y solamente una en el de Fraga. Por contraste, en toda la provincia de Teruel se formalizaron cuatro escrituras de capitulación, de las cuales, dos en el partido de Alcañiz, una en el de Calamocha, otra en el de Valderrobres y ninguna en los

de Albarracín, Aliaga, Castellote, Híjar, Montalbán, Mora de Rubielos y Teruel.

En cuanto a la provincia de Zaragoza, se formalizaron una en cada uno de los partidos de Ateca, Calatayud, La Almunia y Pina; ninguna en los partidos de Belchite, Borja, Cariñena, Caspe, Daroca, Egea, Sos y Tarazona; y 70 en el de Zaragoza.

Es decir, que prescindiendo de la provincia de Huesca, tradicionalmente capitular, y de la ciudad de Zaragoza, cuyo crecimiento explica el número relativamente elevado de contratos matrimoniales, resulta que en la provincia de Zaragoza se formalizaron cuatro escrituras de capitulación, y otras cuatro en Teruel, y que, de los 23 partidos judiciales que integran las provincias de Zaragoza y Teruel, en 15 de ellos no se otorgó ninguna capitulación matrimonial.

Es seguro que en esas cuatro capitulaciones de la provincia de Teruel y esas otras cuatro de la de Zaragoza (excepción hecha de esta última capital) no se contenga pacto sucesorio alguna, pues es institución que, en ambas provincias, se desconoce.

En lo que se refiere a Zaragoza, el número de capítulos es proporcional a la importancia de la ciudad; es lo más probable que la mayor parte de ellos hayan sido otorgados para limitarse a reseñar las aportaciones de los cónyuges, o pactar la separación de bienes, pues no debe olvidarse que por estar permitido el otorgamiento de capitulaciones constante el matrimonio, es frecuente evitar el acudir a los Tribunales eclesiásticos o civiles, mediante la separación de bienes en capitulación matrimonial. Con todo y aunque los pactos sucesorios son institución más bien rural, es posible que algunas de esas capitulaciones otorgadas en la ciudad de Zaragoza los contengan, si se tiene en cuenta que muchos oriundos de la provincia de Huesca se establecen en la ciudad de Zaragoza.

Apreciado lo minúsculo del número de capitulaciones, al menos en dos de las provincias del antiguo Reino, y habida cuenta de que, de pactarse sobre la sucesión, el vehículo apropiado es el contrato matrimonial, puede deducirse que el número de pactos sucesorios (la mayor parte de las capitulaciones no los contendrán) ha tenido que ser insignificante.

Pero, ¿y fuera de capítulos matrimoniales? De esto no hay estadística pero pueden obtenerse consecuencias por medios indirectos. Descartando las provincias de Teruel y Zaragoza, en las que, si apenas se capitula, mucho menos se le ocurriría a nadie pactar sobre la herencia en otro contrato no matrimonial, y refiriéndose solamente a la provincia de Huesca, ya se ha destacado en este trabajo que cuando los foralistas aluden a la sucesión paccionada se refieren explícita o implícitamente a la convenida en capitulación matrimonial, y que jurista como Lacruz, de tan destacada intervención en la elaboración del anteproyecto, reconocía paladinamente que limitar la posibilidad del pacto sucesorio al contrato de capitulaciones matrimoniales era atenerse a la tradición aragonesa. Otro autor aragonés, también ya

citado, Pala Mediano, en su interesante monografía sobre la materia, referida a la comarca de Jaca que es en la que más se practica el pacto sucesorio, comenta cincuenta casos de pactos sucesorios otorgados desde 1859 hasta nuestros días; de ellos, hay tres que evidentemente se pactaron fuera de capitulación matrimonial; hay uno o dos más, sobre los que la publicación no facilita datos suficientes; todos los demás se convinieron en capitulación matrimonial.

Aun admitiendo que haya habido algún caso aislado y rarísimo de pacto sucesorio no capitular, su licitud tanto con arreglo al Apéndice de 1925, como al régimen anterior, hubiese sido muy dudosa, pero, en definitiva, el que algo ocurra muy rara vez no puede merecer la categoría de costumbre, y si la rareza está localizada geográficamente en una monarca determinada, mucho menos puede merecer la consideración de costumbre general, ni servir de base para convertirla en ley escrita aplicable a todo el territorio de Aragón, por aquello que ya decían las Partidas, “que no se deven facer las leyes si non sobre las cosas que suelen acaecer a menudo”.

Evidentemente, el Derecho consuetudinario no daba pie para apoyar en él los pactos sucesorios extra-capitulares. No debió pesar mucho la costumbre en el ánimo de la Comisión redactora del anteproyecto, por cuanto al pacto sucesorio por excelencia, que es el “hereamiento”, lo alude una sola vez y, aun esta, de pasada.

b) El principio “Standum est chartae”. Este principio aparece recogido en la Observancia primera “De equo vulnerato” y en la dieciseis “De fide instrumentorum”; probablemente la primera fue una norma de hermenéutica legal y la segunda de interpretación de los contratos, pero a partir de Joaquín Costa se convirtió en el principio de la libertad de contratación. Las solemnes proclamaciones de principios no fueron lenguaje legislativo hasta las aparatosas Constituciones políticas del siglo XIX; el ilustre polígrafo aragonés, sugestionado por las ideas de su siglo, aireó las dos citadas Observancias creyendo encontrar en ellas la formulación del principio de la libertad, pero posiblemente empequeñeció la cuestión, porque vino a resultar que lo proclamado por las Observancias era solamente la libertad de contratar, cuando, lo cierto es, que lo que inspira todo el viejo Derecho de Aragón y constituye su mayor timbre de gloria, no es sólo la libertad de contratación, sino el profundo respeto a la libertad humana en todos sus aspectos, que está latente constantemente en todo el Derecho aragonés, inspirando todas sus normas, y dejando su huella en todos sus preceptos, aunque no aparezca expresamente formulado.

El hombre es libre de disponer de sí mismo como se le antoje; sólo hay una cosa que no puede hacer con su vida; suicidarse.

El hombre puede hacer con su libertad cuanto quiera, menos desprenderse de ella: Por eso cuando la facultad de contratar no contradice al principio general de la libertad humana, bien venida sea la contratación; pero cuando lo que el hombre enajena en su propia li-

bertad individual, el contrato debe ser rechazado, porque el Derecho civil es el derecho de la voluntad y a la voluntad le está permitido todo menos abdicar de sí misma, y al hombre vender lo que quiera, menos su libertad. El argumento de que cuando el hombre enajena sus bienes también se autolimita, es falso, porque es distinto separarse de cosas determinadas que están en su patrimonio, que desprenderse de la capacidad dispositiva, que es atributo de la personalidad, y el Derecho nunca puede amparar limitaciones de la personalidad.

La prohibición de los pactos sucesorios sólo debe ceder ante principios más respetables que la misma libertad; por ello, es lógico se incline ante la institución familiar que es un entramado de intereses colectivos superiores a los de los individuos que la integran; por eso, el matrimonio es la única causa jurídica de la contratación sobre la herencia, y el único cauce de ésta la capitulación matrimonial, norma y estatuto de la familia. La libertad de disposición mortis causa puede sacrificarse en el altar de la familia, no en el del principio "Standum est chartae".

Por todo ello, no parece probable que el "Standum est chartae" tuviese influencia decisiva en el ánimo de la Comisión.

c) Los modernos Código germánicos.

Resulta indudable que los Código civiles alemán y suizo han tenido una influencia muy acusada en la redacción del anteproyecto de Compilación: Así lo han reconocido expresamente varios de los miembros de la Comisión que elaboró el anteproyecto, sin que hiciese falta tal reconocimiento pues resulta de su lectura sin lugar a la duda. Lo que ocurre es, que cuando se intenta regular las costumbres con tecnicismos académicos, el resultado suele ser poco convincente.

La regulación de los pactos sucesorios en la Compilación del Derecho civil de Aragón, queriendo reflejar las entrañables tradiciones y libertades de aquella querida tierra, se ha dejado influir por las tendencias germanizantes importadas modernamente de Suiza y Alemania. Es de esperar, que el fino sentido jurídico de los aragoneses les hará atender a sus propias costumbres mejor que a novedades extrañas y que, una vez más, las Observancias serán preferentes a los Fueros.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

CASTAN TOBEÑAS, José (Presidente del Tribunal Supremo): «La justicia y su contenido a la luz de las concepciones clásicas y modernas». Discurso leído en la solemne apertura de los Tribunales celebrada el 15 de septiembre de 1967. Servicio de publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Madrid, 1967.

Inicia el maestro Castán su trabajo, que por vía preliminar hay que catalogar de excelente y de enorme trascendencia jurídica, haciendo un resumen de los acontecimientos más señalados en el aspecto legislativo, para después de señalar el movimiento de personal hábito en el Tribunal Supremo, pasar a hacer una mención de las visitas y homenaje a dicho alto Tribunal y plasmar lo que ha de ser motivo de su interesantísimo y profundo estudio, encerrado en la disyuntiva clasicismo o vulgarismo jurídico, del que recientemente se ha ocupado el profesor Alvaro d'Ors.

No pretende el profesor Castán, al tomar postura en favor del clasicismo, desconocer la fuerza arrolladora del avance de las ciencias sociales, únicamente clama porque las concepciones modernas, tanto formalistas como relativistas, no suplanten las estructuras y métodos del Derecho y conduzcan invariablemente al vulgarismo o nihilismo jurídico.

Considera su presente trabajo como un complemento de su discurso de apertura de los tribunales del año 1946 y en el que trató de la idea de la justicia en la tradición filosófica del mundo occidental y en el pensamiento español, y es lástima que en honor de una brevedad impuesta no se pueda glosar la reciedumbre y claridad con que expone la esencia y los elementos lógicos de la idea de justicia, que como concepto primario y constitutivo, encierra el fin supremo del Derecho, y es algo consustancial a todas las diferentes posiciones doctrinales y filosóficas ofrecidas en todos los tiempos, en las que alcanza un valor inmutable.

Hace un análisis de la filosofía griega, del Derecho romano y medieval, y de la filosofía escolástica, poniendo de relieve la invariabilidad del pensamiento dominante.

Distingue en el estudio de las concepciones filosóficas en relación con la idea de la justicia tres etapas: alcanzando la primera, la de las concepciones clásicas o tradicionales (antigüedad y Edad Media, comprendiendo también los comienzos de la Moderna); la segunda etapa formada por las concepciones modernas que desde finales del siglo XVII relativizan la idea de justicia disociada del Derecho natural; y la última comprensiva de las consideraciones éticas o axiológicas de la justicia.

Dentro de la primera etapa de las establecidas, el maestro Castán, discrepando en este punto de Gustavo Rümelin —para el que el concepto de justicia era una herencia triple, el elemento biológico de origen judío, el de carácter ético de procedencia griega, y el jurídico de Fuente Romana— añade el elemento cristiano medieval, cristalizado en San Agustín y Santo

Tomás de Aquino. Proporciona como característica de la justicia en el pensamiento hebraico y bíblico la conexión de la justicia humana con la divina, impregnada, por tanto, de un sentido de cumplimiento de los deberes para con Dios, para con el prójimo y para consigo mismo, dando a cada uno lo suyo, según Dios y por medio del Derecho. Respecto del pensamiento griego analiza la fórmula atribuida al poeta Simónides —dar a cada uno lo que le conviene o lo que se le debe— y la supuesta superación del concepto por Platón, cuando en sus Diálogos concebía la justicia como un «hacer cada uno lo suyo», imprecisión fundamental que añadía al *sum* tradicional un *agere* insatisfactorio, excluyente de la alteridad que había de ser descubierta por Aristóteles más tarde.

Revisa el concepto en los pitagóricos, creyentes de ser los primeros en haber formulado el concepto de justicia, que apoyados en su teoría numérica del mundo la considera como medida y relación de igualdad, para introducirse en un fenomenal estudio de la doctrina de Aristóteles con sus creaciones de la justicia distributiva y conmutativa y la conciliación de lo justo natural y lo justo civil o legal por medio del puente de la epiqueya.

Califica de general y perdurable la afirmación aristotélica de que lo equitativo es superior a lo justo legal para quien esta idea de equidad es una especie de Ley no escrita que corrige los defectos de la ley positiva a causa de su generalidad.

Para Mantilla Pineda la «Ética a Nicómaco» en su capítulo 5.º es el compendio, inmarcesible de lo que a la mente del hombre puede presentarse como canon en moral, derecho y política y lo que se haya dicho antes o después, no pasa de ser un prólogo o un epílogo y por contra no ha faltado el grupo de detractores que achacan a Aristóteles el haber confundido las nociones morales y las jurídicas; el profesor Castán resume los antitéticos puntos de vista frente al Estagirita, reconociendo lo mucho que ha representado la teoría aristotélica para la cultura filosófica y jurídica del mundo occidental, admitiendo que ha sido posteriormente perfeccionada por juristas y filósofos que en edades históricas posteriores han precisado los caracteres constitutivos de la juridicidad y han perfilado el objeto y el contenido de la justicia en sus varias especies.

A seguido fija su atención sobre la filosofía estoica greco-romana, dentro de la que estudia a Zenón y Cicerón, respectivamente, en los que analiza la exaltación del Derecho natural, para terminar con la jurisprudencia romana y la fórmula de Ulpiano tan debatida por su sentido formalista y subjetivo y por su imprecisión del *ius suum*, del que, sin embargo, hace una apología clara, ya que, dice, motivó el que la concepción de la justicia como virtud general pasara a ser enlazada y vinculada al Derecho y con unos caracteres de bilateralidad que han servido de base a la creación de la relación jurídica.

Inicia el tema de la justicia en las escuelas filosóficas y teológicas cristianas con el estudio profundo de San Agustín en el que destaca los conceptos de caridad y piedad y en Santo Tomás de Aquino cuyos perfiles los sintetiza en las ideas de conexión de la justicia con el Derecho, el enlace de la justicia con la ley natural y a la vez con la Ley de Dios o ley eterna; examina muy detenidamente las divisiones de la justicia tratando de la jus-

ticia en general, llamada por Santo Tomás justicia legal, *ordo partium ad totum* y la justicia particular en la que distingue la justicia conmutativa y la justicia distributiva; aquélla como *ordo partis ad partem*, y ésta como *ordo totius ad partes*.

Destaca las esencias de la Escuela Española de Derecho Natural (siglos xvi y xvii) como prolongadora de la filosofía escolástica y que supo adaptarse al pensamiento renacentista, dentro de la que destaca a Domingo de Soto, Luis de Molina y Francisco Suárez.

Concluye este período histórico con Leibniz con su distinción entre la justicia universal o *pietas vel probitas*, fundada en el *honeste vivere*, la justicia distributiva inspirada en el *suum cuique tribuere* y la justicia conmutativa recogida por la norma *neminem laedere*.

Trata después del contenido de la justicia en las modernas concepciones que tienen por característica la relativización de la idea de justicia y su disociación del Derecho natural, que se producen en los siglos xvii y xviii. Analiza a Grocio, Pufendorf, Tomasio, etc., parando su atención en Rousseau y Kant; sobre el primero de los dos últimos citados manifiesta que califica el Derecho natural como una arbitraria creación humana pactante, de carácter subjetivo, y ve en Kant que el Derecho no pasa tampoco de ser una creación arbitraria de la razón humana, produciendo ambos filósofos una transformación del Derecho nacional en Derecho racional, en donde la idea de justicia sólo alcanza una determinación formal con base en la libertad, personalizando peligrosamente los conceptos, y concluyendo con un análisis admirable de las escuelas de orientación neokantiana; Stammler, Bodenheimer, Windelband, Rickert (estos dos últimos creadores de la Escuela de Badem), Lask, Radbruch, Mayer, etc.

Estudia a seguido las direcciones que desconocen o niegan el Derecho natural, que constituyen el historicismo y positivismo jurídico: de un lado Hugo, Puchta, Savigny, con su período inicial filosófico fundado en la metafísica, para desembocar en un anatema de toda filosofía jurídica; de otro, a Duguit, Vanni y Picard, con un positivismo que se ve entremezclado con un sociologismo yusnaturalista en el que hay atisbos de una filosofía crítica.

Dentro del amplio campo de los puntos de vista actuales, el maestro Castán presenta las siguientes notas: I. La contemplación de la justicia en su aceptación estricta. II. El mantenimiento del concepto tradicional de la justicia en su aspecto formal o estructural. III. La conservación del reconocimiento de la importancia capital de la idea de justicia. Destaca como rasgos del pensamiento filosófico-jurídico mundial de los actuales momentos, la pervivencia del positivismo jurídico, unido al resurgimiento del Derecho natural y, al propio tiempo, una exaltación de la función del Juez no sólo en la interpretación sino en la génesis y desarrollo del Derecho por medio de las llamadas «normas jurídicas individualizadas» tendente a la «creación judicial del Derecho», y la consideración del *suum* como un concepto íntimamente ligado al humanismo o personalismo jurídico.

Es representativo también de este grupo de doctrinas la prestación de una consideración grande a los problemas del Derecho natural, de la axiología jurídica y, en definitiva, a la llamada justicia material.

Analiza la postura de Giorgio del Vecchio representativa del idealismo ético o yusnaturalista que al lado de la noción formal o lógica de la justicia admite una consideración deontológica que va unida a un contenido ideal. Se extiende sobre las explicaciones del fenómeno constituido por la resurrección del yusnaturalismo y los factores que han coadyuvado a dicha reaparición, entre los que destaca la reafirmación de la Estimativa Jurídica y la restauración de la idea de justicia como fundamento del Derecho, negando que esta restauración del yusnaturalismo odedezca tan sólo a causas políticas como a veces se manifiesta (reacciones contra los regimenes totalitarios), sino que a su juicio es un resultado de una exigencia de la propia idea del Derecho con su fondo esencial de perennidad.

Estudia las posiciones actuales del yusnaturalismo con sus dos vertientes de «extremo», con preponderancia absoluta del Derecho natural, y «atenuado» que reclama un complemento necesario en el Derecho positivo.

Destaca los puntos de vista del yusnaturalismo actual con relación al concepto de justicia, examinando las posiciones de Pieper, Goldschmidt y Coing, para quien el Derecho natural es la suma de los principios de conformidad del orden social arraigados en la ética y en la naturaleza de las cosas.

Con referencia a la orientación axiológica, pone de relieve cómo ha sido una constante en la historia del pensamiento humano, aunque su significación autonómica es de tiempo muy reciente y a virtud de la cual aparece la justicia como uno de los valores «preeminentes». Esta consideración de la justicia como «valor» liga el problema de la justicia a la cuestión general de los valores jurídicos, por lo que la idea básica que sirve de inspiración al Derecho es sólo un criterio de valoración que entra en juego con otros valores, con todos los problemas de subordinación que esto lleva consigo.

Presenta a Brecht con sus ensayos sobre Teoría Política, como el autor que pretende la superación del relativismo científico en Axiología, cuando estima que el juego de los valores puede ser realizado por motivos diversos como la revelación religiosa, la intuición ética, la especulación filosófica o la determinación política, haciendo un estudio detalladísimo de sus «postulados» entre los que sitúa la verdad, la generalidad, el tratamiento igual de lo que sea igual, la no restricción de la libertad más allá de lo exigido por el sistema y la obligatoriedad de que sean respetadas las necesidades de la naturaleza.

Estudia las tendencias diversas que con pretensiones de superación del yusnaturalismo reforman el contenido ético del Derecho, presentando las teorías de Welzel en Alemania, de inspiración existencialista, la teoría tridimensional del Derecho, de Miguel Reale en Iberoamérica y la escuela ego-lógica y normativismo estimativo, también hispanoamericana, y que tiene su representante genuino en Carlos Cossío.

Las posiciones doctrinales de signo negativo para la conceptualización objetivista y ética del Derecho, es su análisis siguiente, entre las que destaca la de Kelsen y Perelman, con sus exigencias de justicia crítica cifradas en la fórmula de: a todos el mismo trato, a cada uno según sus méritos, a cada uno

según sus obras, a cada uno según sus necesidades, a cada uno según su rango, y a cada uno según lo que la ley le atribuye.

Crítica ampliamente dentro de este grupo, las direcciones del pensamiento contemporáneo negatorias de toda filosofía que traspase las fronteras del materialismo, entre los que coloca a Marx y Engels con sus concepciones del Derecho como «ideología de clase» y el desenfreno que representa la teoría de la «cosmogénesis» de Teilhard de Chardin, que no guarda a juicio del maestro Castán vestigio alguno de la idea de justicia, siendo para Vallet de Goytisolo la citada teoría, desconocedora de la naturaleza humana que queda disuelta por todo el orden natural en el seno de la evolución y en la que no existe idea alguna de «humanidad» sino de «hominización».

Recordando que es consustancial a la función del juez la obligación de realizar una síntesis de la ley y de la justicia, estando obligado a descubrir su espíritu para llenar y corregir las lagunas y verificar la corrección en los posibles conflictos entre justicia y normas del Derecho, concluye su magistral estudio con unas conclusiones que sintéticamente son las siguientes: I. Que hay que descartar las direcciones formalistas que reducen a la justicia a un concepto lógico, vacío totalmente de contenido. II. Que la justicia no puede ser nunca separada del concepto del Derecho, ni ambos de la ética. III. Que el Derecho natural es el que sirviendo de puente entre la Moral y el Derecho impide la contradicción entre estas normativas del actuar humano. IV. Que entre los primeros principios del Derecho natural deben ser destacados aquellos que dan preferencia al valor supremo de la personalidad humana. V. La elaboración del Derecho exige una labor de individualización que es cometido específico de los jueces. Es el órgano judicial el que al actuar y formular el Derecho positivo, individualizando también el Derecho natural, proporciona a la idea de justicia sus contenidos más concretos, afirmando que aunque la humanidad está todavía pendiente de un orden de paz y justicia, hay síntomas reveladores de que a través de la Cultura, de la doctrina de la Iglesia y de las convicciones de los hombres, dominados por unos anhelos y nostalgias de justicia, se consiga que el Derecho y esa justicia, repletos de un hondo contenido moral, lleguen a imperar en el mundo.

Finalmente debo utilizar la ocasión que me brinda esta breve publicación en el ANUARIO DE DERECHO CIVIL para rendir un tributo de admiración y respeto al Excmo. Sr. D. José Castán Tobeñas, con motivo de su cese en la Presidencia del más alto Tribunal de la Nación, y arrogándome calidades para las que no he obtenido asenso previo alguno, pero que no dudo serán refrendadas *a posteriori*, hacerle saber el cariño y devoción que la Magistratura española siempre sintió por su persona, por constituir una gloria nacional inmarcesible, un sabio maestro de generaciones y un hombre bueno y límpido que supo presidir y dirigir el sublime sistema de la Justicia por los cauces de una recia y sempiterna Verdad.

JESÚS CARNICERO Y ESPINO.

Magistrado.

IRURZUN GOICOA, Domingo (Notario de Valencia): «Donación de reserva de la facultad de disponer. (Algunos problemas que plantea el art. 639 del Código civil)». Conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia el día 25 de mayo de 1963. Valencia, 1967.

Trata de los problemas que plantea el artículo 639 del Código civil, dividiendo su trabajo en cuatro secciones. En la primera, por vía de introducción, determina cómo el precitado artículo debe dividirse en dos supuestos separados por la naturaleza de la facultad de reserva que conserve el donante; disponer de algunos de los bienes donados, o disponer de alguna cantidad con cargo a ellos, lo que indudablemente encierra la necesidad de que esta cantidad no está comprendida en el objeto de donación. Ello no obstante, el estudio actual lo verifica sobre el primero de los supuestos, esto es, la reserva del donante de la facultad de disponer de bienes comprendidos en la donación.

Dentro de la primera parte de su conferencia, el autor distingue el supuesto hecho y la consecuencia jurídica; aquél cifrado en que el donante haya establecido en su favor la facultad de disposición de bienes donados y que muera sin haber hecho uso de ella; ésta en que si así acontece, los bienes reservados pertenecerán al donatario. Critica la terminología legal en cuanto una vez habla de la «facultad de disponer», en otra ocasión habla del no ejercicio del «derecho» (hay que entender de reserva), y por último parece que emplea un tercer término dando a entender que lo que el donante se ha reservado no es una facultad ni un derecho sino los «bienes», aunque acepta en principio que a tales diversos términos empleados por el legislador no se les puede dar el concepto técnico que adquieren en la doctrina civilística moderna, pues de hacerlo así, sería incalculable la trascendencia que ello comportaría, pues no es lo mismo reservarse una facultad, un derecho, o los bienes mismos.

Analiza con gran detalle el supuesto de hecho indicado admitiendo que además de donante y donatario haya otro sujeto a cuyo favor se conceda la facultad de disponer, mas a su juicio, en este caso estima que se produciría la figura análoga a un fideicomiso contractual.

Partiendo de la base de que la reserva sólo alcanza «algunos de los bienes donados», se pregunta cuál es la justificación de esta limitación, que indudablemente plantea el gran problema de la rotura, por así decirlo, de la irrevocabilidad esencial de la donación, y repasando los antecedentes legales del precepto y los trabajos doctrinales, de signo contrario muchos de ellos, afirma que por qué lo que es cierto respecto del todo —la imposibilidad legal de reserva de la facultad de disponer de la totalidad de los bienes donados—, no lo es respecto de la parte, la reservada como de facultad de disposición por el donante, porque en ambos supuestos se da la contradicción de donar y no donar, puesto que falta la definitiva voluntad de donar, concluyendo, por tanto, que lo que realmente no hay es una donación dispositiva con efectos actuales.

Tiempo, forma y modalidades de la reserva de la facultad del donante,

son objeto de estudio detallado asimismo, y la brevedad de estas notas, impide entrar en un estudio acabado del trabajo.

Dentro del análisis de la consecuencia jurídica, plantea el problema de si el donatario adquiere los bienes desde el momento de la donación o los adquiere por primera vez cuando el donante muere sin haber hecho uso de la facultad de disposición.

En la segunda parte, perfectamente ensamblada con los antecedentes expositivos, pone de relieve, y esta es la tesis del autor, que el donatario sólo adquiere los bienes afectados por la reserva de la disposición, cuando su ejercicio haya dejado de ser posible, es decir, la muerte del donante, que justifica ampliamente, afirmando que es una donación de objeto temporalmente indeterminado, donación de residuo por tanto, y con suspensión no condicional de efectos por tratarse de un coelemento necesario y no accidental.

En aplicación de su tesis, con amplias disposiciones doctrinales concluye que en el primero de los momentos citados quien tiene la facultad de disponer tiene el dominio o al menos algo tan sustancial de ese dominio que impide calificar de dueño a cualquier otro titular.

En la segunda fase distingue dos efectos: el directo, del ejercicio por el donante de su poder dispositivo que consuma la adquisición por parte de la persona a cuyo favor se realiza el acto, y el indirecto, conformado por la extracción o exposición de los bienes objeto eventual de la donación. Y respecto de la tercera fase indicada afirma que es cuando queda definitivamente fijado el residuo o resto de los bienes respecto de los cuales se producen los efectos dispositivos y traditorios de la donación. Estudia por último muy minuciosamente el supuesto de la muerte del donatario con anterioridad al instante de la fijación del resto, admitiendo que los herederos suyos se colocan y subingresan en la misma posición jurídica de titular de la expectativa y asimismo destinatarios de los efectos jurídicos en suspenso, y que ello no constituye en todo caso una donación *mortis causa*.

JESÚS CARNICERO Y ESPINO
Magistrado

LARENZ, Karl: «Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts». C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München, 1967. XIX, 602 págs.

La introducción ofrece unas nociones generales sobre el BGB. Las fuentes del Derecho privado son dos, con igual valor: la Ley y la Costumbre; ésta, basada en el convencimiento jurídico de la comunidad. Se señala el estilo abstracto-general del BGB, guiado por la desconfianza ante el juez y el afán de seguridad jurídica. De acuerdo con este rigor conceptual, el lenguaje del BGB es excesivamente técnico y carente de vida. Hoy predomina un método de interpretación basado en las valoraciones que son fundamento de la Ley («Wertungsjurisprudenz»). En esta dirección existe el peligro de caer en valoraciones subjetivas e incontrolables si aquéllas no se acompañan con una

sólida metodología. Fuente importante de interpretación y desarrollo del Derecho civil es la Ley Fundamental. Esto no ha de entenderse como la posibilidad de deducir directamente el Derecho privado de las normas constitucionales, ni como una eficacia directa de las mismas sobre el tráfico privado. La Ley Fundamental presupone la existencia del ordenamiento privado e incide sobre el mismo, pero también viene concretada por él.

La dimensión histórica del Derecho privado no agota su contenido. La existencia de una dimensión ideal del Derecho es la que permite que éste salga del ámbito de la casualidad histórica y del arbitrio. A ella va dedicada una parte en la que se estudian los fundamentos filosófico-jurídicos del Derecho privado.

Se suele decir que el Derecho es un ordenamiento normativo que regula la vida del individuo en sociedad. También lo es la ética. La diferencia con ésta radica en que el Derecho contiene normas que se imponen desde fuera al individuo y que, por ello, van acompañadas de una coacción. Y es en este aspecto donde el Derecho se diferencia también de la costumbre y la moral social, al ir acompañado de una coacción directa y regulada, ejercida normalmente por el Estado. Pero es erróneo centrar en ello la esencia del Derecho. En él es esencial la idea de Justicia. El Derecho no se puede explicar sólo por la coacción, ya que existen niveles (como el legislativo y el judicial) en que ésta desaparece. El Derecho se dirige primariamente al entendimiento y ha de contar con un asentimiento ético del mismo para crear obligación. Lo que es necesario porque el Derecho se dirige a seres libres, únicos capaces de obligaciones y que realizan su libertad en el cumplimiento de aquéllas. Finalmente, ¿cómo justificar éticamente la coacción si no existe una previa obligación?

El historicismo viene a destruir la posibilidad de un Derecho natural apartado de la Historia y enfrentado al Derecho positivo. Pero si se puede mantener la idea de un Derecho natural en el sentido de un elemento esencial inmanente a todo ordenamiento positivo, consistente en principios (susceptibles de concreción) y en una estructura jurídica esencial, que, al ser exigencia de la idea de Derecho y de la naturaleza personal y social del individuo, anteceden lógicamente al Derecho positivo. De todas formas, dada la idea tradicional del Derecho natural, parece oportuno abandonar el término. Estos principios y esa estructura informada por los mismos, no pueden exponerse abstractamente, sino en relación con un ordenamiento, ya que ellos son los que lo hacen aparecer como un conjunto con sentido coherente (por ello precisamente son principios fundamentales). Para lo que tienen que estar conectados con una concepción filosófica del individuo. Así, pues, habrá que partir de conceptos acuñados en la Filosofía y contrastarlos con las instituciones jurídico-privadas. Obtendremos un «modelo teórico-jurídico de estructura» del vigente Derecho privado. Este no tiene carácter ahistórico, puesto que la actividad legislativa se ha realizado partiendo de los mismos principios éticos kantianos a los que se acude. El modelo abarca las siguientes instituciones:

1.º *La persona y su esfera jurídica.*—Si existe una norma ética como fundamento del ordenamiento positivo, ésta tiene que hacer referencia a la posibilidad de vida en común del individuo y, consecuentemente, a lo específico

de éste, es decir, a su calidad de persona; concepto concreto-general, cuyos principales elementos de sentido son: la propia conciencia de la propia individualidad, la autodeterminación de la voluntad y de la actividad, la capacidad de sentir propias exigencias y de juzgar la propia actuación con arreglo a las mismas (responsabilidad), y, finalmente, paralelamente al «ser para sí mismo», el «ser para los demás». Esto implica una diferencia cualitativa entre la relación de persona a persona y la relación de persona a cosa, que se plasma en la exigencia de *respeto* que domina en la primera. He aquí la «relación jurídica fundamental»: el respeto al prójimo, el reconocimiento de su dignidad, que impide su instrumentalización.

La necesidad de una seguridad frente a los demás en las relaciones individuo-cosa impone la aplicación de la relación jurídica fundamental: existe la obligación de no incidir en el dominio ajeno.

En el ámbito jurídico de la persona se incluyen todos aquellos derechos que le corresponden. El individuo, como persona, tiene necesariamente una propia esfera jurídica; ésta puede variar en su contenido, pero tiene unos elementos mínimos: respeto y propiedad. Se trata de exigencias éticas y político-sociales ajenas al Derecho privado. Este contiene, sin más, el presupuesto que posibilita su consecución: la capacidad jurídica reconocida a toda persona por el hecho de serlo. Así, se puede decir que toda inmisión en la esfera jurídica ajena es indirectamente una violación de la persona.

2.º) *La responsabilidad civil.*—La responsabilidad nace de la identificación del individuo con sus actos, al haberlos planeado y orientado previamente, así como del sentir propias normas éticas, de acuerdo con las cuales se valoran sus actos. La responsabilidad jurídica es, sin duda, distinta de esta ética, pero se tiene que basar en ella y coincidir con ella en su mayor parte.

3.º) *El contrato.*—Una de las facultades del individuo como persona es la de obligarse frente a un tercero. ¿De dónde surge esta posibilidad de que la propia voluntad origine una vinculación? Se ha dicho que ello responde a la justificación de la confianza creada en el tercero. Pero la verdadera explicación se encuentra en el mismo sentido de la promesa como acto de la persona. Esta capacidad forma parte de la libertad ética de la persona. En el terreno jurídico-positivo es preciso un contrato para que una promesa sea jurídicamente vinculante y, para que aquél exista, hay que cumplir una serie de requisitos. Lo que ha dado lugar a que muchos juristas tiendan a ver la causa y razón de vigencia del contrato en el ordenamiento jurídico. Es un error; la causa primaria se encuentra en el sentido propio del acto; la causa secundaria es el reconocimiento y confirmación del ordenamiento jurídico, que aporta sobre todo el factor sanción. Luego el contrato, como acto cuyo sentido radica en el vínculo entre las partes, es un concepto jurídico apriorístico. Corresponde a la autonomía privada, esencial a la persona.

4.º) *Entes asociativos jurídico-privados.*—Tienen también su fundamento en la autonomía privada. No son aceptables ni la teoría de la ficción de Savigny, ni la de la realidad natural de Gierke con respecto a la personalidad de las asociaciones. Por una parte, éstas constituyen una realidad social con su actuar; por otra, carecen de conciencia y de voluntad para poder dirigir su actuación de acuerdo con un deber. Esto sólo es propio de los individuos. Por lo tanto, son entes semejantes a las personas en cuanto unidad de acción

operante en la sociedad. No es, pues, una ficción, sino una analogía, cuyos límites se encuentran en los datos de la realidad.

5.º) *Matrimonio, familia y derecho hereditario*.—Los conceptos fundamentales del derecho de familia derivan primariamente de aspectos del individuo ajenos al Derecho. Por ello, no cabe desconocer en este modelo estructural que la regulación jurídico-positiva se basa aquí directamente en una concepción religiosa y moral. En el matrimonio es preciso distinguir entre su sentido de vínculo personalísimo, en qué consiste, y su sentido institucional, que alude a su regulación jurídica. Lo que no supone menospreciar este último sentido, ya que es un sólido complemento del anterior, además de cumplir una función social importante. La relación paterno-filial es una de las relaciones fundamentales del ser individual, determinada por supuestos naturales, por lo que tiene carácter preestatal y no puede ser negada por el ordenamiento positivo. En cuanto al Derecho hereditario, se caracteriza por la conjugación del principio comunitario, dominante en el Derecho de familia, y del principio individualista, dominante en el resto del Derecho privado.

6.º) *El Derecho subjetivo en el proceso*.—Hasta ahora hemos atendido a las relaciones jurídicas fundamentales del Derecho privado desde el punto de vista de su vigencia normativa. Pero las relaciones jurídicas y los derechos subjetivos requieren, como el derecho objetivo, una vigencia real o fáctica. Para ello están los órganos judiciales. La sentencia judicial es un acto jurídico que tiene también vigencia: la firmeza material. Con ella se establece la paz jurídica. Entre las teorías material y procesal existentes sobre la cosa juzgada material hay que optar por la primera, ya que no tiene sentido el admitir la subsistencia de una situación jurídica paralela a la reconocida judicialmente cuando no pueda hacerse valer. Así, la sentencia es constitutiva, además de declarativa. Lo que no quiere decir que el derecho subjetivo no existe mientras no sea reconocido judicialmente. Existe, y la prueba es que normalmente tiene vigencia normativa y real sin necesidad de aquello. Pero cuando viene discutido, entonces su vigencia depende de la sentencia. Esta lo eleva a un grado superior de situación jurídica indiscutible.

Terminada esta parte filosófica se comienza el estudio de las instituciones de la parte General del BGB con el de la persona. La capacidad jurídica o capacidad de la persona de ser sujeto de relaciones jurídicas es un concepto apriorístico concedido al ordenamiento positivo, ya que corresponde al individuo por su condición ética de persona. El hecho de tener capacidad jurídica viene expresado por el calificativo de sujeto de Derecho concedido a la persona. Este atributo no se puede dar a los incapaces de obrar, siguiendo la teoría de la voluntad en los derechos subjetivos; pero sí cuando se reconoce como base del derecho subjetivo la atribución de algo a alguien frente a otro sujeto o frente a todos.

La protección que algunas normas dan al concebido deben entenderse como concesión de una capacidad jurídica parcial. En cuanto a la posibilidad de que un individuo exija indemnización por los daños sufridos antes de nacer (incluso antes de ser concebido), el autor se pronuncia a su favor, de acuerdo con el T. S. alemán, ya que la posibilidad de dañar a una persona aún no nacida no depende de su capacidad jurídica, sino de su calidad de ser viviente;

naturalmente, la pretensión requiere un titular, por lo que habrá que esperar a que el concebido nazca vivo.

La capacidad negocial —que, junto con la procesal y la delictiva, forma la capacidad de obrar— es la capacidad de la persona, reconocida por el ordenamiento, para realizar actos encaminados a producir efectos con respecto a la misma persona o a terceros. Se señala, en el caso de incapacitación por enfermedad mental, que la doctrina dominante acepta la validez de los actos realizados en intervalos lúcidos. También se acepta, de acuerdo con la jurisprudencia, la posibilidad de una incapacidad total limitada sólo a una esfera de la actividad para los casos de taras que afectan sólo a la misma (manías, ...). El que tiene una capacidad limitada puede negociar eficazmente si cuenta con la autorización de su representante legal; ésta puede ser general, abarcando todo un ámbito negocial, pero no puede ser ilimitada. La doctrina considera que el representante va quedando excluido de las actividades permitidas a su representado.

El nombre, el domicilio y la nacionalidad son figuras jurídicas afectadas por la igualdad constitucionalmente establecida, del hombre y la mujer. En efecto, puede resultar contraria a la misma el que el apellido de la familia sea el del marido, así como el conceder al hijo legítimo el apellido paterno. La forma de salvar el problema sería dejar el apellido de la familia a la elección de los futuros cónyuges. El autor aconseja prudencia. El mismo problema se repite en el domicilio, pudiendo la mujer casada tener ahora domicilio propio. Finalmente, la discriminación del criterio del *ius sanguinis* —para la adquisición de la nacionalidad— a favor del hombre puede resultar anti-constitucional.

Después de las experiencias de la Dictadura y a la vista de los adelantos de la técnica, ante la cual el hombre queda indefenso, ha parecido que la protección de la persona mediante derechos de la personalidad individualizados resulta insuficiente. Por ello, la jurisprudencia, apoyándose en los artículos 1.º y 2.º de la Ley Fundamental, que proclaman la dignidad humana y el desarrollo de la personalidad como valores supremos, ha creado un «derecho general de la personalidad». Se trata de una especificación y de una ampliación del «derecho fundamental al respecto» de la persona.

La persona jurídica privada es una persona asociativa o una organización creada con carácter permanente por un acto jurídico-privado y que, como unidad, puede tener derechos y obligaciones, así como desarrollar una propia eficacia y participar en el tráfico jurídico, mediante la actuación de sus órganos.

Formas asociativas que merecen especial atención, son las comunidades por fracciones y en mano común. Se rechazan las teorías que niegan la posibilidad de que un solo derecho pertenezca a varios, ya que no es contradictorio si se tiene en cuenta la unidad de los sujetos nacida del acuerdo común. Por otra parte, la idea de la comunidad debe basarse en una división cualitativa y no meramente cuantitativa del contenido del derecho objeto de aquélla.

La asociación es la misma antes y después de la obtención de la personalidad. No varía más que el dato de la atribución de los derechos y obligaciones. Pero al existir esa identidad, la transmisión de los miembros a la nueva persona se produce automáticamente. Lo mismo ocurre con las asociaciones

sin capacidad que deciden pasar a tenerla y hacer lo necesario para ello.

Es erróneo creer que la representación hacia fuera a cargo de la dirección excluye a la propia asamblea de tal competencia. Por ejemplo, ésta podrá concluir negocios directamente con personas presentes a la misma, sin que entonces sea necesaria una declaración de la dirección. Los acuerdos de la dirección se rigen por el principio de mayoría de los miembros presentes; pero la Ley no dice nada sobre los requisitos de sus declaraciones de voluntad frente a terceros. En contra de la opinión dominante, según la cual habrá de ser dada precisamente por tantos miembros como corresponda a la mayoría en cuestión, parece más adecuada la postura de Von Thur, según la cual bastará con que sea realizada por la mayoría de los miembros de la dirección; lo que puede ser comprobado por los terceros a través del Registro, mientras que la anterior solución no puede serlo, dando lugar a la indefensión de aquéllos. En cuanto a la revocación de la dirección, operante automáticamente, hay que distinguir de ella el contrato de empleo concluido entre sus miembros y la asociación, base de la remuneración acordada. Este sólo expirará con el plazo convenido en el mismo o mediante una denuncia adecuada.

Las causas de exclusión de un miembro quedan fijadas en los estatutos; de lo contrario, bastará con la existencia de una «causa importante». Los tribunales podrán controlar si la expulsión ha seguido un procedimiento formalmente correcto, pero no pueden intervenir en el ámbito de apreciación discrecional que corresponde a la asociación.

La Ley remite las asociaciones sin personalidad al régimen de las sociedades civiles, lo que resulta inadecuado, puesto que su estructura responde a la de una asociación con personalidad. La explicación es histórica y radica en el interés del legislador por inducir a la forma de asociación con capacidad para ejercer un control. Doctrina y jurisprudencia se han esforzado por someterlas lo más posible, dentro de los límites legales, a la regulación de las asociaciones con personalidad. Labor facilitada por el carácter dispositivo de la mayor parte de las normas sobre la sociedad civil. Se presumen tácitamente rechazadas todas las que no concuerdan con la naturaleza de la asociación y tácitamente pactadas en su lugar las correspondientes de la asociación con personalidad. Con todo, hay problemas que se han salvado por vías de carácter dudoso. Así, en el terreno procesal, la Ley les reconoce capacidad procesal pasiva, pero no activa. Pero recientemente el T. S. ha reconocido esta última a un sindicato, apoyándose precisamente en la tendencia señalada. Esto será también importante para facilitar a este tipo de asociaciones la defensa de su derecho al nombre. Problema análogo se plantea en la inscripción registral de bienes, al ser titulares de los mismos todos los miembros de la asociación en el momento en que se realiza aquélla. La única solución posible que ve el autor es el recurrir a un fiduciario o a una sociedad de capital fundada a tal efecto. También habrá que negar la ilimitación de la responsabilidad de los socios (en las asociaciones sin fines económicos), puesto que ello no es indispensable para la garantía de los acreedores, ni concuerda con las aspiraciones de los que ingresan en estas asociaciones.

En las fundaciones, se señala, por analogía con los contratos a favor de tercero, que el negocio fundacional puede originar directamente pretensiones

a favor de los beneficiarios contra la fundación, siempre que éstos aparezcan determinados en aquél.

La relación jurídica es el segundo concepto fundamental del derecho privado, después del de persona, como sujeto de Derecho. Es el vínculo que pone en relación a unos sujetos con otros. Su estructura es análoga a la de la relación jurídica fundamental (derecho-deber), aunque suele ser mucho más compleja, ya que puede contener derechos, facultades, posibilidades de adquisición, deberes, sujeciones, cargas, competencias. Hay relaciones que afectan sólo a personas determinadas, mientras que otras afectan a todos en su lado pasivo. Existe entonces un deber latente por carecer de un objeto concreto que proteger; pero ese deber general se concreta en cuanto se presenta la posibilidad de irrumpir en la esfera jurídicamente protegida de un tercero. El ver la propiedad como una relación persona-cosa presupone que dicha atribución sea frente a todos los demás.

Se rechazan las teorías de la voluntad y del interés de los derechos subjetivos. Lo esencial en éstos es la atribución de un bien a una persona. La naturaleza de ese bien determina los diversos tipos de derechos subjetivos. La determinación del objeto y del sujeto titular es esencial al concepto.

Los tipos de derechos subjetivos son: 1.º Los de la personalidad. 2.º Los personales de familia: se encuentran muy cerca de los anteriores, pero se diferencian en que hacen referencia a la relación con otras personas. 3.º Los de soberanía sobre las cosas: también cabe incluir aquí, aunque no sean «derechos reales», los derechos de posesión y uso nacidos de relaciones obligacionales; son derechos de «soberanía relativa», puesto que sólo son eficaces frente al obligado contractualmente. 4.º Sobre bienes inmateriales. 5.º De crédito: no da un poder directo sobre la persona del deudor, ni sobre la actividad del mismo, ni sobre el objeto de la prestación, sino que concede sólo la perspectiva asegurada de la prestación. 6.º De colaboración: de los miembros de las personas jurídicas en la dirección de las mismas. 7.º De formación jurídica: en ellos se incluyen las acciones encaminadas a transformar una situación jurídica. 8.º De apropiación: hace referencia fundamentalmente al derecho, excluyente de los demás, de apropiarse de algo, y no al derecho genérico de apropiarse de lo que no tenga dueño. 9.º De sucesión y de expectativa: el primero es aquel por el que alguien adquirirá un derecho, sin necesidad de ninguna actuación por su parte. El segundo atiende a la perspectiva más o menos asegurada de una adquisición, basada en que ya se ha producido una parte del supuesto de hecho necesario para la misma y lo normal será que se complete. Se discute mucho sobre la construcción de tales derechos, debido, entre otras dificultades, a que abarcan supuestos muy diversos. Sólo puede decirse con seguridad que, en general, se someterán a las mismas reglas de transmisión que los plenos derechos hacia los que tienden. 10.º Sobre derechos: debe concebirse como una división del derecho sobre el que recae, de forma que sus facultades corresponderán al titular de éste y al de aquél; por ello tendrá la misma estructura que el derecho objeto del mismo. 11.º Contraderechos: su contenido corresponde a la neutralización total o parcial del derecho de un tercero sobre la propia esfera. 12.º Pretensiones: tienen la misma estructura que el derecho de crédito.

La clasificación presentada responde a tipos abiertos, que se distinguen

por su estructura total y no por simples caracteres individuales. Ello da pie a figuras mixtas. No todos los tipos tienen una misma importancia; se extienden desde los que corresponden a la estructura fundamental del Derecho privado hasta los que tienen un carácter puramente funcional.

Un derecho subjetivo ilimitado resulta inconcebible. Pero, además de las limitaciones legales y negociales, existen otras nacidas de la legítima defensa, del estado de necesidad y del principio de buena fe. Entre estas últimas se enumeran el abuso del derecho, elaborado por la jurisprudencia mediante la ampliación del contenido estricto de los §§ 226, 826 y 242 del BGB, y la caducidad del derecho. Esta se produce cuando el legitimado demora tanto el ejercicio de su derecho que el obligado puede suponer justamente que aquél ha renunciado al mismo. No se puede fijar un plazo, puesto que lo más importante no es el transcurso del tiempo. Supone la extinción del derecho, a considerar de oficio por los tribunales, y no meramente una base para el ejercicio de un contraderecho. Aquí el autor cambia de opinión con respecto a su Tratado de Obligaciones, donde estimaba que la caducidad del derecho daba pie solamente a una excepción.

El concepto de pretensión hace referencia a la posibilidad del ejercicio e imposición, mediante acción, de una petición. Esta propiedad común a todos los derechos permite aplicar las normas sobre incumplimiento, moras y excepciones, que el BGB dedica a los créditos, a todas las demás pretensiones (puesto que los créditos son el grupo más importante de las mismas). Hay pretensiones autónomas y dependientes. Estas sirven a un derecho absoluto, reforzándolo en el momento de su violación con su nacimiento. Es importante recordar que no son los derechos absolutos los que prescriben, sino las pretensiones nacidas de los mismos.

La excepción es un contraderecho que ofrece la posibilidad de invalidar la eficacia de una pretensión. Aunque, como ésta, es un concepto de derecho material, su eficacia se desarrolla en el proceso. Buena parte de la doctrina ve en ella un derecho de formación, pero se diferencia del mismo porque puede producir efectos previos a su ejercicio y porque una vez ejercida no se agota, como aquél, hasta el momento mismo del juicio.

A veces un supuesto de hecho puede subsumirse bajo diversas normas que originan pretensiones de contenido similar. La doctrina dominante habla de «concurencia de pretensiones», que se diferencia de la «acumulación de pretensiones» en que la prestación a la que se dirige sólo puede ser exigida una vez, por lo que con la realización de una pretensión se extinguen las demás en la medida en que coincidan. Además, considera que hasta su satisfacción estas pretensiones son independientes y se pueden transmitir y ejercer separadamente. Pero lo primero resulta muy dudoso y complicado, mientras que lo segundo es contrario a los principios procesales dominantes, según los cuales el demandante alega los hechos y pide lo que pretende conseguir, mientras que es competencia de los tribunales la fundamentación jurídica. Por lo que el autor propone hablar en este caso de una sola pretensión, pero con varios fundamentos, tratándola, por consiguiente, unitariamente. Sólo será aceptable la tesis dominante en aquellos casos en que, a pesar de la identidad de las prestaciones, la identificación de las pretensiones queda excluida por la diversidad de sus funciones.

En la legítima defensa sólo se requiere para su ejercicio que lo actuado fuese necesario para apartar el ataque sufrido. El autor critica que el BGB no haya matizado este límite con la consideración de la proporción de los daños, sobre todo en aquellos casos en que el atacante sólo es responsable por culpa leve. En cuanto al estado de necesidad, se hace notar que el penal excluye la penalidad, pero no necesariamente la ilegalidad. Constituye excepción el estado de necesidad suprallegal, lo que es importante porque es el único que permite dañar a bienes otros que la propiedad.

El tercer capítulo estudia los objetos jurídicos y el patrimonio.

Es objeto todo aquello que se encuentra frente al sujeto, que es dado a su conciencia. De esta idea fundamental participan también los objetos jurídicos, como «algo» distinto de la persona y sometido a su voluntad. Se distingue entre objetos jurídicos de primer orden (las cosas y los objetos incorporales) y los de segundo orden (los derechos y las relaciones jurídicas). Los primeros, objetos jurídicos *strictu sensu*, son los que corresponden a los derechos de soberanía o de uso; los segundos corresponden a los actos dispositivos. Se diferencian de los de primer grado en que no tienen existencia más que en el Derecho, mientras que aquellos gozan de existencia prejurídica como objetos.

Se incluyen entre las partes integrantes esenciales de las cosas los derechos unidos a la titularidad de un inmueble (derecho de tanteo, servidumbres, cargas reales), aunque sean objetos jurídicos de segundo grado.

El BGB no define el patrimonio, aunque utiliza mucho el término. Es un conjunto de derechos y relaciones jurídicas (a los que se añade la empresa, aunque no sea derecho ni objeto primario) con valor pecuniario. Se atiende sólo al patrimonio bruto y no al neto porque el patrimonio de una persona en el terreno civil y de la responsabilidad aparece como aquella reserva en la que los acreedores se pueden satisfacer mientras contenga algo. Se excluyen de él las cualidades y capacidades personales, la mera posesión de hecho, las perspectivas o posibilidades de adquisición (no los derechos de expectativa o de sucesión), aunque estas últimas pueden ser relevantes, en cuanto pueden originar una indemnización por daño patrimonial. Y es que el patrimonio tiene un ámbito más amplio en el campo del daño jurídico que en el de la responsabilidad, que es al que el autor atiende fundamentalmente. En el ordenamiento alemán el patrimonio no constituye una unidad de disposición, es decir, un objeto jurídico de tercer grado, cuyo contenido fuesen los derechos y relaciones jurídicas. Ello se debe en buena parte al respeto de los principios registrales.

Por negocio jurídico entiende el BGB un acto encaminado a producir una consecuencia o efecto jurídico-privado. El acto es una declaración de voluntad que puede consistir en un hacer público o en una ejecución. Pueden ser necesarios actos de ejecución para completar el supuesto de hecho negocial. De los que se distinguen los presupuestos de eficacia, que pueden tener carácter legal o proceder de la voluntad individual. Se acepta la clasificación de negocios declarativos y de actuación. Al decir que la voluntad está encaminada a unas consecuencias jurídicas, se entiende que basta con que se persiga en primer lugar un resultado económico y que se sepa que éste se encuentra jurídicamente reconocido y protegido.

Puesto que la declaración de voluntad es un acto, se eliminan de tal valoración las actuaciones no controladas por la voluntad. El problema se plantea en torno a la necesidad de una conciencia de la declaración o de una voluntad encaminada a los efectos jurídicos en cuestión. Aquí el autor rechaza la distinción de las doctrinas voluntaristas entre voluntad y declaración, como simple publicación de esa. La voluntad se desarrolla en la declaración y se hace una voluntad real por ella; el sentido del acto de la declaración es ser el fundamento inmediato de las consecuencias o eficacia jurídica. Ahora bien, ello supone rechazar la necesidad de una conciencia de la voluntad en cuanto al acto negocial y acogerse a su valoración objetiva; pero no implica adoptar la tesis de las doctrinas declaracionistas, ya que aquéllas prescinden del elemento psicológico para proteger el tráfico, mientras que el autor estima que su tesis corresponde precisamente a la valoración de la voluntad libre, en cuanto que ésta implica responsabilidad. Por ello, no considera declaración de voluntad aquella cuyo sentido desconoce el autor cuando ello no le es imputable. Defina, pues, la declaración de voluntad como una conducta cuyo sentido objetivo e imputable al declarante es el de poner en vigor unos efectos jurídicos.

La interpretación ha de ofrecer el sentido normativo de la declaración: será el que ha de entender quien lo recibe, de acuerdo con la diligencia exigible y las circunstancias cognoscibles, siempre que sea imputable al declarante su comportamiento como declaración de voluntad. El objeto de la interpretación es la declaración como portadora de un significado. La interpretación no es la determinación de un fenómeno psicológico, sino la valoración jurídica de la declaración. De ésta hay que distinguir todas las circunstancias que la rodean y que ayudan a la interpretación, pero que no están contenidas en ella. De las reglas que indican el método a seguir en la interpretación (reglas formales), se separan las que imponen ya un resultado interpretativo en caso de duda (reglas materiales), y de éstas, las normas dispositivas que integran la declaración. La última distinción resulta a veces difícil, ya que el paso resulta gradual y en muchas ocasiones la Ley podría acudir tanto a un sistema como al otro. Sin embargo, es importante, puesto que en el primer supuesto nos encontramos aún en el ámbito de la autonomía privada, por lo que, en última instancia, el afectado podrá acudir al error en la declaración; no así en el segundo caso. La determinación de las circunstancias relevantes para la interpretación corresponde a las cuestiones de hecho; pero la interpretación en sí misma es una cuestión de derecho, porque se trata del sentido de lo declarado bajo un punto de vista jurídico.

Al iniciar el estudio de los efectos de la voluntad, se critica la regulación que el BGB (§ 116) da a la reserva mental, puesto que el declarante no merece ninguna protección. El error en la declaración (§ 119, I) comprende el simple trabucarse en la misma y el equivocarse sobre su contenido, es decir, sobre su sentido. En él se incluyen el error de identidad y el error sobre las consecuencias jurídicas, cuando éstas sean aquellas a las que se dirige directamente la declaración y no las impuestas por el ordenamiento. En el error sobre las cualidades de las cosas (§ 119, II) no se incluye el precio, aunque es evidentemente una característica relevante en el tráfico, porque se considera que es un dato resultante de todas las transacciones del mercado, de las que forma parte el negocio en cuestión.

Frente a la impugnación del negocio por error, se acepta, de acuerdo con la buena fe, que la otra parte pueda evitar su efecto amoldándose a lo que el impugnante quiso verdaderamente declarar.

El legislador ha atendido sólo a los negocios de cambio, en los que la retroacción de efectos resulta fácil, al regular la eficacia de la impugnación por error. Pero se ha olvidado de los negocios en los que esto resulta imposible o difícil (relaciones de trabajo, contratos de sociedad). En ellos hay que convertir el derecho a impugnar en un derecho a denunciar, eficaz sólo para el futuro de la relación negocial.

El error bilateral sobre la base subjetiva del negocio constituye una laguna legal, ya que es injusto regularlo como un error normal. El punto de apoyo para colmar esta laguna es el principio de buena fe. Se define la base subjetiva del negocio como una determinada suposición o esperanza firme de ambas partes, por la que ambas se han dejado guiar al concluir el negocio, de manera que ninguna de ellas lo habría perfeccionado, al menos con el mismo contenido, si hubiese conocido la inexactitud, o, al menos, ninguna hubiese podido exigirselo honestamente a la otra. La tendencia jurisprudencial a adaptar en estos casos el negocio a las circunstancias reales debe quedar matizada por la voluntad de las partes.

Para impugnar el negocio por engaño malicioso, no es preciso que el afectado haya sufrido un daño material, ni que el autor del engaño pretendiese conseguir una ventaja patrimonial, puesto que esta figura defiende la libertad de la voluntad y no el patrimonio del engañado. En la intimidación anti-jurídica, no basta con que la declaración del intimidado sea motivada por aquélla, sino que además es preciso que esté orientada en el sentido que pretendía el intimidante.

La emisión de una declaración se produce cuando su autor ha hecho todo lo que le compete para exteriorizar su voluntad negocial de manera que no puedan existir dudas sobre su carácter definitivo. Para fijar el momento de recepción de la declaración entre ausentes, se abandona la tesis que atiende al hecho de que aquélla (carta, telegrama...) haya llegado a la esfera de posesión del destinatario; tampoco se atiende a que éste se haya enterado realmente de la declaración. Basta con que, en circunstancias normales, el destinatario pueda tener conocimiento de ésta y ello pueda esperarse de acuerdo con las medidas adoptadas por él mismo o con los usos del tráfico. Cuando la declaración es hablada y se comunica directamente, la apariencia de que el destinatario la ha recogido equivale a su auténtica recepción, cuando no hay motivo para dudar de ello.

El § 138 del BGB declara nulos los negocios contrarios a las «buenas costumbres». Con esta expresión se alude, según su autor, a los «valores y principios éticos inmanentes al propio ordenamiento», así como a la «moral dominante». No se debe olvidar que los tribunales están sujetos a la Ley y «al Derecho» (art. 20 de la Ley Fundamental). Por ello, los principios merecen prioridad sobre la moral dominante, que se interpreta conforme a aquéllos. El § 138 constituye, pues, uno de los preceptos mediante los que acceden al Derecho privado las medidas éticas constitucionales.

La nulidad parcial del negocio se acepta cuando se supone que las par-

tes lo hubiesen querido. No se trata de una interpretación del contrato, ni de la fijación de un hecho psíquico, sino de una ponderación de intereses, para la que habrá que partir de las medidas de valor de las partes; si éstas no se conocen, el juez acudirá a una ponderación objetiva. Lo mismo cabe decir en el supuesto de la conversión negocial.

La impugnación es un negocio unilateral de formación jurídica. Se trata de una declaración recepticia, no condicionable ni sometible a reservas. Se discute si se habrá de acompañar de la causa de impugnación. El autor estima que la otra parte tiene derecho a conocer la razón jurídica (ya que los plazos y las consecuencias varían con ella), siendo libre la nueva aportación de datos por el impugnante. Tanto la renuncia a la impugnación como la confirmación del negocio requieren su recepción por la otra parte para ser eficaces.

El consentimiento, la ratificación y su denegación son también negocios unilaterales de formación jurídica. Su consecuencia es la eficacia o ineficacia de un negocio futuro o suspensivamente ineficaz. Adquieren su sentido con el negocio que aprueban o desaprueban. Lo que no quiere decir que comparten su naturaleza; pero pueden quedar sometidos a algunas de las normas que recaen sobre aquél.

Se rechaza la condición que se refiere a un suceso presente o pasado, aunque desconocido, porque no se da en ella el aplazamiento propio de los negocios sometidos a condición suspensiva: el efecto surge inmediatamente o ya no se produce nunca. Se acepta la condición potestativa, pero no aquella que recae sobre la confirmación de una parte para la validez del negocio; en estos supuestos aún no hay consentimiento. Los efectos surgen inmediatamente al producirse la condición, sin eficacia retroactiva. Pero una vez perfeccionado el negocio, las partes quedan obligadas a no obstaculizar su posible eficacia. Esto supone una limitación del poder de disposición en los negocios dispositivos, que, a efectos prácticos, queda muy cerca de un reconocimiento de eficacia retroactiva.

El § 163 del BGB asimila la regulación del negocio aplazado a la del condicional. Ello no ofrece dificultades en los negocios dispositivos; pero en los obligacionales es preciso distinguir entre aquellos en los que el crédito nace sólo al cumplirse el plazo y aquellos que en los que el crédito nace de inmediato y sólo queda aplazado su vencimiento.

En los actos jurídicos en sentido estricto se distingue entre «actos reales» y «actos parecidos a los negociales». Los primeros son los actos jurídico-privados que sólo tienden a producir un efecto material, sin atender a relaciones o efectos jurídicos, pero a los que el ordenamiento atribuye una determinada eficacia. Permanecen ajenos a la regulación del negocio. Los segundos comprenden los requerimientos, comunicaciones, peticiones, notificaciones, ... que se refieren a pretensiones o relaciones jurídicas, pero que no se dirigen directamente a los efectos que la Ley les atribuye (aunque su autor puede tener conciencia de ellos). Se trata siempre de declaraciones y se realizan con conciencia de que tienen alguna relevancia jurídica. Hay que exigir, pues, para su eficacia la capacidad necesaria para tener esa conciencia sobre su sentido. Al ser declaraciones recepticias, quedan también sometidas a las normas correspondientes del negocio. En todo caso, la aplicación de

los preceptos que regulan el negocio no se realiza automáticamente, sino que dependerá de la analogía existente con éste.

El autor dedica la segunda parte de este capítulo cuarto, sobre el negocio, al contrato.

El anuncio, el envío de catálogos, la exposición en un escaparate no son ofertas, ya que su autor quiere reservarse normalmente la decisión sobre la conclusión del contrato. Cuando muere el oferente, el mantenimiento de la oferta habrá de deducirse de su voluntad o, en su defecto, de lo presumible. Si muere la persona a quien va dirigida la oferta, su mantenimiento y posible aceptación por los herederos depende de su sentido. La sujeción del oferente a su oferta no es elemento esencial de ésta, aunque es conveniente y por ello la Ley lo ordena así con carácter dispositivo. Frente a esta sujeción el destinatario de la oferta adquiere el poder de concluir el contrato. Este no alcanza la categoría de un derecho de formación jurídica, es decir, de un derecho de opción.

Tanto el acuerdo como el disenso en el contrato no dependen del acuerdo de voluntades, sino de las declaraciones y de su sentido normativo (mediante interpretación). Hay que distinguir, pues, entre disenso de las declaraciones (inexistencia del contrato) y el error (desacuerdo entre voluntad y declaración).

El § 151 del BGB regula la aceptación directamente realizada mediante actos de cumplimiento o de uso de la cosa ofrecida. Ambos son casos de «actuación» de la voluntad y reciben un trato algo distinto que el de las declaraciones; al no estar dirigidas a informar, admiten su impugnación con más amplitud, pudiendo ser fuente entonces de responsabilidad extracontractual.

El nacimiento de una relación contractual con motivo de la utilización directa de un servicio es algo que nadie niega, pero cuyo fundamento resulta controvertido. El autor encuentra éste en el § 151 del BGB, reconociendo (en lo que varía la postura anteriormente mantenida) que una «actuación» de la voluntad valdrá como aceptación del contrato siempre que exista una voluntad de aceptar *latente*, aunque en el momento de aceptar ésta no sea *realmente consciente*. Luego se trata de un caso a encuadrar en el § 151, con la peculiaridad, marcada por exigencias del tráfico en masa, de una tipificación de la conducta social; lo que lleva a una valoración abstracta de la misma, sin que interese si corresponde en cada caso a una voluntad real. Por ello estas «acentaciones» no pueden impugnarse por error. Tampoco debe ser relevante la capacidad negocial y basta con que el sujeto tenga capacidad para entender el sentido del acto; lo contrario perjudicaría al incapaz, puesto que le excluiría de los posibles beneficios derivados de la responsabilidad contractual. Argumento *a fortiori* es que aquí se atiende a la voluntad del acto y no a la de aceptar una oferta.

La perfección de un contrato pone en vigor para ambas partes una regulación con valor objetivo, que puede superar a la propia voluntad de las partes, en cuanto abarque consecuencias imprevistas. En efecto las lagunas de aquélla han de rellenarse con una interpretación integrativa. Esta se asemeja a la de las leyes, puesto que es búsqueda y desarrollo del sentido de una regulación objetiva o normal. Evidentemente, el juez no puede incidir en la autonomía privada; debe atender al modo en que las partes quisieron acor-

dar sus intereses. Pero no es una investigación de su voluntad presunta. Habrá que decidir según lo que hubiesen acordado personas razonables y honradas, en consonancia con el sentido mismo del contrato. Precisamente porque parte de éste, se impone esta interpretación a las partes. Por lo que, al no ser contenido de la declaración de voluntad, no podrá impugnarse el contrato por error sobre su contenido, según resulte de la interpretación integrativa. La concurrencia entre ésta y el Derecho dispositivo se decide a favor del último; de lo contrario, las normas dispositivas no podrían desempeñar su papel (homogeneizar las relaciones y, consecuentemente, elevar la seguridad del tráfico), ya que siempre se podrían posponer basándose en la peculiaridad del contrato. Esto sólo podrá ser cuando el contrato difiera notablemente de la tipificación legal.

Tercera y última parte de este capítulo es la representación.

Aún en los casos en los que el representante no tiene ningún margen de discrecionalidad sobre el negocio, se diferencia del mensajero porque realiza la declaración de voluntad y, por lo tanto, completa el proceso de perfeccionamiento de la voluntad negocial. El mensajero no realiza ninguna declaración negocial; ésta ya ha sido emitida y él se limita a transmitirla.

El poder de representación no es un derecho subjetivo, puesto que no sirve a la voluntad del representante, ni una capacidad personal, puesto que el poder actuar jurídicamente no es ningún tipo especial de la capacidad general; es simplemente una ampliación del poder jurídico con relación a un determinado negocio o determinada esfera negocial del representado.

No existe una limitación general del poder de representación que atienda a su buen uso. Pero doctrina y jurisprudencia han establecido que falta el poder cuando el representante lo utiliza conscientemente en perjuicio del representado o cuando actúa en contra del poder recibido, conociendo ésto el tercero.

La jurisprudencia y la doctrina han amortiguado mucho la exigencia de que el apoderado actúe en nombre del poderdante, autorizando el «negocio a favor del interesado». El autor se pronuncia en contra del «negocio oculto a favor del interesado», ya que viene a romper injustificadamente la distinción entre representación directa e indirecta. En cuanto al «negocio celebrado bajo nombre ajeno», será decisivo, para saber con respecto a quien surte efecto, si el tercero tiene en cuenta en la individualización de la otra parte su nombre o su presencia de hecho.

Junto a la responsabilidad negocial del representado la Ley prevé en algunos casos excepcionales la subsidiaria del representante. Pero el problema surge en torno a la «culpa in contrahendo». Contra la tesis según la cual ésta recae en la persona sobre quien la otra parte haya depositado fundamentalmente su confianza, el autor opina que el representante actúa en todo momento en el puesto del representado, por lo que éste responderá de tal actuación. Sólo cabe una corresponsabilidad del representante cuando actúe como profesional, así como una responsabilidad independiente del mismo cuando hace un mal uso de la confianza que la otra parte ha depositado en él.

El poder se distingue de la relación interna que lo motiva, ya que requiere un acto especial de apoderamiento; por lo que su nacimiento no depende

de la eficacia de la relación interna y, en este sentido, tiene carácter abstracto. Por el contrario, la relación interna puede incidir en su extinción. El ámbito del poder es también independiente de la relación interna, aunque ésta será relevante para su interpretación. Se da, pues, una situación mixta de independencia y vinculación a un tiempo.

Al estudiar el subpoder, se recuerda que su titular se transforma en representante del representado originario, actuando directamente en su nombre y para él.

La concesión del poder se realiza normalmente mediante una declaración recepticia del poderdante: un negocio unilateral de formación jurídica. Pero el autor no ve obstáculo para que el poder se otorgue mediante contrato. Cuando el poder sigue siendo eficaz frente a terceros para la protección de su confianza, es erróneo hablar de extinción del mismo, aunque su subsistencia no corresponda ya a la voluntad del poderdante. En este caso la notificación de la extinción al tercero tiene el mismo efecto que la revocación realizada directamente frente a tercero, por lo que ha de considerarse también como un negocio unilateral de formación jurídica.

Un poder puede nacer, aunque no haya apoderamiento, si las apariencias lo hacen suponer y el tercero confía en ellas. La Ley prevé dos casos: cuando así se comunica a terceros por el interesado y cuando éste entrega un documento de poder al supuesto apoderado y éste hace uso de él. Flume ve en tales supuestos la existencia de un apoderamiento externo. Ello no parece abonado por el texto legal; pero es importante señalar que la eficacia jurídica es la misma. Doctrina y jurisprudencia han ensanchado estos supuestos, creando la figura del «poder de tolerancia». El interesado responde de la apariencia creada por su inactividad. Esta idea se ha extendido a las situaciones en que el afectado desconoce la actividad del supuesto representante, pero debería conocerla e impedirla si hubiese ejercido la diligencia exigible. El autor cree que esto sólo será aplicable, en todo caso, a los comerciantes, a quienes se puede exigir una organización adecuada al tráfico.

Si el supuesto representante actúa ignorando su falta de poder, queda obligado a resarcir el interés negativo de la otra parte. Lo que se basa en el daño causado por la confianza provocada y no en una posible culpa. Esta consecuencia es muy dura cuando el representante virtual no podía conocer la verdadera situación aunque hubiese empleado la mayor diligencia. Si el representante virtual conocía su carencia de poder, resulta lógica la imposición de que indemnice el interés positivo del tercero. Pero el que pueda ser obligado a cumplir el contrato (así lo autoriza la Ley) es algo absolutamente excepcional. Por lo pronto, sólo se podrá aplicar a los contratos susceptibles de cumplimiento, es decir, los obligacionales; y, por otra parte, aún en éstos, el cumplimiento puede resultar imposible por razones personales del afectado.

Un breve capítulo, dedicado a las normas de la Parte General del BGB que regulan plazos, términos y prestación de garantía, concluye la obra del profesor Larenz.

«La Riforma del Diritto di Famiglia». Atti del Convegno di Venezia svolto presso la Fondazione Cini nei giorni 30 aprile-1 maggio, 1967. Quaderni della «Rivista di Diritto Civile». Padova, 1967, IX, 251 págs.

La reunión de juristas, cuyas actas recoge este libro, estudió el Proyecto de Ley presentado por el Ministro de Justicia para la Reforma del Derecho de Familia.

Una de las ideas inspiradoras del mismo es la de plasmar en el ámbito familiar la igualdad entre el hombre y la mujer, lo que responde a las nuevas exigencias sociales, así como al artículo 29 de la Constitución. Pero el Proyecto carece de una regulación concreta de la colaboración de los cónyuges en el marco de la sociedad matrimonial, al no contener, como sería de desear, según Trabucchi, un reparto de competencias entre ambos.

El recurso a la intervención del juez como solución a los casos en que los cónyuges no llegan a un acuerdo en los problemas domésticos o en la educación de los hijos es duramente criticado; incluso considerado como anticonstitucional por Giorgianni y Carraro. En todo caso, se ve en él una quiebra de carácter comunitario de la familia. La actuación en común acuerdo de marido y mujer podrían configurarse mejor como una carga, requisito para la continuación de la convivencia. Sobre todo, cuando el desacuerdo nace sobre cuestiones que afectan a la patria potestad, parece totalmente inadecuado (anticonstitucional) que el juez pueda decidir sobre el fondo de la cuestión. A lo sumo, dice Carraro, debería tener competencia para determinar el cónyuge que ha de decidir.

El régimen legal supletorio de comunidad de bienes se juzga como poco adecuado para favorecer la autonomía de la mujer. Así, Rescigno prefiere el régimen de separación de bienes con ajuste final respecto a los mismos («Zugewinnengemeinschaft» del sistema alemán), por que combina la mayor independencia de los cónyuges con su efectiva igualación económica. Además, estima que el respeto debido por el ordenamiento al orden interno de la familia, como sociedad natural reconocida constitucionalmente, aconseja la adopción de sistemas —también en el terreno patrimonial—, que den acceso a controles exteriores sólo cuando se presenten causas de disolución del vínculo matrimonial. Por otra parte, el Proyecto resulta insuficiente, puesto que se olvida de determinar los bienes que se sustraen a la comunidad y, lo que es más importante, no regula el llamado «régimen patrimonial primario», es decir, los derechos y obligaciones patrimoniales de los cónyuges cualquiera que sea el régimen por el que se rijan sus relaciones.

El texto declara que el ejercicio de la patria potestad corresponde a ambos progenitores. Pero esto no pasa de ser una proclamación abstracta. De las normas concretas resulta que el poder de la madre sigue siendo muy inferior al del padre. La única innovación importante radica en la posible intervención del juez, ya criticada en líneas anteriores.

También se critican las normas que el Proyecto introduce sobre la filiación ilegítima, aunque sea acertado el propósito de mejorar su condición. No resultan satisfactorios los criterios adoptados para el reconocimiento de los hijos naturales, ni las consecuencias derivadas del mismo. Además, el alcance de las innovaciones es muy reducido. Muchas de ellas corresponden a la

tendencia ya existente ahora, a reconocer una parentela natural. Pero Carraro opina que el desarrollo de la misma por el Proyecto no es consecuente. Mientras tanto, Trabucchi ve un error legislativo en el propugnar una solución de tipo familiar allí donde no existe, en realidad, una familia. Las críticas se reproducen en diversos sentidos, en el caso de los hijos ilegítimos no reconocibles. Si parece adecuado que los progenitores de éstos se ocupen de su educación, mantenimiento e instrucción, dice Carraro, esta postura debería implicar la igualdad de efectos, tanto si la asunción de tal obligación es voluntaria, como si viene impuesta judicialmente; tampoco habría que hacer discriminaciones dentro de este tipo de filiación, ya se trate de hijos adulterinos o incestuosos; y, para los primeros, independientemente de la separación de los cónyuges cuyo matrimonio determina su carácter adulterino.

No se considera como claramente justificada la supresión de algunas figuras vigentes en la actual redacción del Código civil: así, la de la conmutación hereditaria con respecto al cónyuge supérstite (art. 547), la de la prohibición de donaciones entre los cónyuges.

Una de las partes del Proyecto que se juzga con mayor favor es la que se refiere a la separación personal de marido y mujer, al igualar a ambos frente al adulterio y admitir que hechos no culposos puedan constituir causa de separación judicial. Con todo, Falzea señala la existencia de lagunas y defectos de redacción.

Los participantes en estas reuniones son unívocamente contrarios al texto del Proyecto. Aunque las críticas se orientan frecuentemente en sentidos opuestos, hay acuerdo sobre la necesidad de profundizar más en los problemas actuales del Derecho de Familia antes de emprender su modificación, salvando así las incoherencias y lagunas del presente Proyecto. Este carece fundamentalmente de una solución clara y unívoca de la problemática familiar.

RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO

MONET Y ANTON, Fernando (Notario de Valencia): «Problemas de técnica notarial en la adquisición de pisos y locales en edificio por construir». Conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia el día 8 de junio de 1963. Valencia, 1967.

En primer término estudia el contrato de cosa futura, deslindando con arreglo a la doctrina imperante su concepto y ámbito, para afirmar posteriormente que el piso proyectado, en un aspecto puramente registral, no tiene entidad hipotecaria alguna, pues su constancia no pasa de una mera indicación, sin valor autonómico.

Analiza muy detenidamente el problema —tan abismalmente tratado por la doctrina científica— sobre la calificación jurídica del derecho y la posición que asiste al titular receptor en un contrato traslativo de dominio cuando no se haga la adquisición por medio de la tradición, sentando dos consideraciones; la de que el título del adquirente no es exclusivamente generador de crédito, sino que está acompañado de una energía dispositiva, porque se agrupan en él el derecho personal de exigir el cumplimiento de la obligación

de entrega y un *jus ad rem* sobre la cosa, ó vocación, calificando la «entrega» del piso como pago de la obligación de dar y tradición consumadora del derecho real, y la de que el adquirente sin tradición —por consecuencia— no es un mero acreedor de crédito a la entrega sino que ostenta una posición de rango dominical del derecho al que tiende y en fase de formación actual.

Concluyendo así la introducción de su conferencia, inicia a seguido el estudio de la agrupación de autopromotores, y ante la figura jurídica indicada, que realmente puede calificarse de novísima por haber pasado inadvertida en tiempos pretéritos y cobrar en la actualidad, por el contrario, una difusión y práctica continua, estima de necesidad dar una valoración jurídica a este reiterado fenómeno, proporcionando para ello diversas soluciones doctrinales y legales que en las breves líneas de esta nota no es posible entrar a estudiar y que refunden los siguientes conceptos: comunidad con pacto de división futura; construcción con pacto de división actual de cosa futura; construcción por cada dueño de su piso sobre base de recíprocas concesiones superficiarias; construcción por cada dueño de su piso privativo sobre base de recíprocas concesiones de derecho de levante; construcción por cada condueño del solar sobre base de un convenio regulador del principio de accesión, y edificación conjunta de los interesados y adscripción de las propiedades horizontales a los mismos en la escritura de declaración de obra nueva en tal régimen.

La tercera parte de este muy interesante trabajo, de gran valor teórico-práctico, y en el que se recogen las diversas posiciones observadas por la doctrina, por lo que es de una evidente utilidad, está dedicada a la compraventa de piso futuro, dado que es frecuentísima la existencia de un propietario de solar en el que se edifica y que pretende vender a terceros los pisos de la construcción inacabada, refundiendo las posibles tesis de encaje jurídico de la precitada realidad en tres grupos: el compromiso de venta, la opción de compra y la venta de piso futuro.

Con gran claridad expositiva contempla aquellas posibles figuras no con carácter unitario, sino que de una manera verdaderamente exhaustiva, trata, contempla y define las cuestiones, tanto sustantivas como instrumentales, así como las de carácter hipotecario, administrativo y fiscal.

El último apartado de su conferencia es destinado por el autor a los contratos de cesión de suelo por vuelo. Reconoce que la operativa de la casuística real es muy varia, lo que revela la casi imposibilidad de refundir el concepto jurídico, a lo que ayuda las interferencias de las disposiciones administrativas y fiscales.

Contempla para ello, separadamente y con gran detalle, las siguientes soluciones: permuta del solar por apartamentos del edificio a construir sobre el mismo; transmisión de cuota parte del solar a cambio de ejecución de obra y convenio sobre adscripción de las propiedades horizontales del edificio que se ha de construir; y titularidad única de solar y obra a nombre de un único dueño, instrumental, registral, administrativo y fiscal, y tratamiento separado del problema sustantivo de la relación de propiedades, contemplando las dos variantes de edificación a nombre del propietario del solar, y la edificación a nombre del constructor.

JESÚS CARNICERO Y ESPINO.

Magistrado

«Schweizerisches Privatrecht», herausgegeben von Max Gutzwiller, Hans Hinderling, Arthur Meier-Hayoz, Hanz Merz, Roger Secrétan, Werner Steiger. Zweiter Band. «Einleitung und Personenrecht», herausgegeben von Max GUTZWILLER. Verlag von Helbing & Lichtenhahn. Basel und Stuttgart, 1967.

Eugen Huber, cuando desempeñaba su cátedra de Halle, fue llamado a su patria, Suiza, para la elaboración de un Proyecto de Código civil (1892). Como preparación para esta grandiosa tarea, hubo de redactar *System und Geschichte des schweizerisches Gesetzbuch* (1886-1893). Promulgado el Código civil suizo (1907) y agotado el *System*, se piensa en la conveniencia de reeditarlo, poniéndolo al día y teniendo en cuenta el Código civil. Se encargó de ello Paul Mutzner, que llega a publicar tres entregas (1932-1937) (1), pero la muerte de Mutzner (1949) impidió su continuación. Pasados ya muchos años, la misma Editorial ha querido continuar la obra interrumpida. Se ha pensado en lo conveniente de ofrecer una visión completa y sistemática del Derecho suizo, dando cuenta crítica de las numerosas nuevas aportaciones de la legislación, de la dogmática y de la jurisprudencia. Con ello, se propone tener en cuenta también los sistemas jurídicos extranjeros, lo que se estima aconsejable por la creciente uniformidad cultural de Europa y conveniente para el mejor conocimiento del propio Derecho suizo.

No sólo por el contenido se diferencia lo publicado por Mutzner y el nuevo sistema. Aquél rotulaba su primer libro *Parte general y Derecho de las personas*; el libro que nos ocupa aparece como volumen II y con la denominación *Introducción y Derecho de las personas*, con lo que recoge la condena que hiciera el mismo Huber respecto de la Parte General (2) y que informara al Código civil suizo. Además, en lo redactado por Mutzner, parece haberse querido agotar el estudio de las materias tratadas, que se examinan con gran detalle, mientras que la obra actual busca exponer las líneas fundamentales del Derecho suizo, a la manera de los grandes Tratados de Alemania, Francia e Italia, y sin la minuciosidad propia de los Comentarios a los Códigos.

Este volumen II, dirigido por Max Gutzwiller (3) se divide en tres secciones: Introducción, Personas individuales y Personas sociales.

(1) EUGEN MUTZNER: *System und Geschichte der Schweizerischen Privatrechts*. Zweite vollständig neu bearbeitete Auflage. I. Band. Allgemeine Teil und Personenrecht. Erste Lieferung. Basel 1932. Verlag von Helbing & Lichtenhahn. Hubo otra entrega (1937), no conocida en España, dada la época en la que se publicó.

(2) Sus consideraciones conservan hoy su valor, y no sólo para el Derecho suizo, sino por ser también la expresión del mejor sentido jurídico. *Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements. Erstes Heft. Einleitung. Personen- und Familienrecht*. Bern, 1901, págs. 22-25. Sobre la cuestión de la Parte general, FEDERICO DE CASTRO: *Derecho civil de España*, I, 1955, páginas 147-150.

(3) Figura señala de la moderna doctrina europea, sería redundante presentarle. En este ANUARIO publicó: *El ámbito de aplicación de la Ley Uniforme*, A. D. C. XI, 4.º (1958), págs. 985-1002. La lista impresionante de sus trabajos, hasta 1958, se encuentra recogida en *Jus et Lex*, 1959, págs. 789-800. Después se ha publicado el importante *Elemente der Rechtsidee, Auf-*

La Introducción, redactada por Henri Deschenaux, se ocupa especialmente de los diez primeros artículos del Código civil suizo, aquellos en los que se formulan sus principios básicos. A propósito del célebre artículo 1.º de este Código, se trata de las fuentes del Derecho y de la interpretación de las leyes. Dentro del principio de la buena fe se estudian las figuras de *venire contra factum proprium* y *nemo auditur turpitudinem suam allegans*. El supuesto de conversión (a causa de su cumplimiento) del negocio nulo por falta de forma, se trata dentro del abuso del derecho, como también los de imprevisibilidad y *clausula rebus sic stantibus*. En general, la Introducción parece haber recogido con fidelidad y concisión (4) la común doctrina suiza. Por ello, extraña tanto más que se considere el artículo 2.º del Código civil suizo como de Derecho meramente dispositivo y se nos diga que «mediante una cláusula expresa podrían los contratantes excluir que se tengan en cuenta las reglas de la buena fe para la interpretación y complemento del convenio» (pág. 154). Es cierto que unas cláusulas expresas pueden hacer innecesario recurrir a las reglas de la buena fe; así, p. ej., permitido expresamente que un objeto se utilice a prueba durante cierto tiempo, no habrá que recurrir a la buena fe para saber si ese uso supone necesariamente la aceptación de la oferta. Más una cláusula por la que se renuncia de modo general a la aplicación de la buena fe o la alegación de lo abusivo del ejercicio del derecho, parece por sí misma contraria a las buenas costumbres y poco conforme al valor que la jurisprudencia suiza viene dando a la consideración ética de las conductas.

Las personas individuales son estudiadas fundamentalmente por Jacques-Michel Grossen. Dedicó capítulos especiales a: hombre y Derecho, comienzo y fin de la personalidad, capacidad jurídica y capacidad de obrar, individualización de la persona (nombre y domicilio) y protección de la personalidad. Este último capítulo merece ser destacado; se ha tratado esta difícil materia con erudición, profundidad y prudencia. Ello no extrañará a quienes recuerdan la brillantísima intervención del profesor Grossen en la reunión de Madrid de la «Association Henri Capitant» (4-10 junio 1959) (5). Completa el estudio de la persona individual el trabajo de Ernst Götz sobre el Registro Civil. No obstante su carácter menos substantivo, interesará al lector español observar las importantes semejanzas y también las diferencias que existen entre el sistema registral español y el suizo.

gewälte Aufsätze und Reden, 1964. Otras nuevas publicaciones se encuentran citadas en el libro reseñado, en la parte dedicada a las Personas jurídicas. De su continuada labor científica (Derecho privado, Derecho comparado, Derecho internacional privado, Filosofía del Derecho), siguen dando buenas pruebas la *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, de la que es Director.

(4) Podrá apreciarse esta labor de síntesis, con sólo comparar las 281 páginas de la Introducción de letra grande y espaciada con las 774 páginas de pequeña y apretada letra que dedica a la misma materia el *Berner Kommentar*, 1962.

(5) De la que se diera cuenta en este ANUARIO, MENEU, *Jornadas españolas de la Asociación Henri Capitant*, ADC, XII, 4 (1959), pág. 1289. Puede verse: GROSSEN, *La protection de la personnalité en Droit privé (Quelques problèmes actuels)*. Société suisse des juristes. Rapports et communications, fascículo 1, 1960, 131 págs.

La tercera y última parte se he consagrado a las personas jurídicas; a su vez dividida en tres secciones. Max Gutzwiller se ocupa de la primera y de la tercera; es decir, de las cuestiones generales o fundamentales («Grundsätzliches») y de la fundación. Estudios, ambos, que podrían calificarse de ejemplares monografías en miniatura (6). Las cuestiones más difíciles y debatidas se ha logrado exponerlas con tan sabia sencillez y elegante claridad, que el lector no advertido, sin darse apenas cuenta de lo exhaustivo y erudito de la investigación preparatoria, verá sólo la exposición límpida de la realidad social e histórica subyacente en las discusiones dogmáticas. Datos históricos bien escogidos, algunos desconocidos para el civilista, ejemplos sacados de la realidad cotidiana y de la jurisprudencia son utilizados para destacar los puntos claves de las cuestiones. Viveza de la exposición realizada por el amor hacia las tradicionales figuras asociativas del pueblo suizo, creaciones típicas y espontáneas, arraigadas en la Historia, hijas y fuente de las libertades populares y que hoy siguen conservando una admirable vitalidad. La persona jurídica, esa «nueva unidad centripeta» en la sistemática jurídica, se concibe y se siente como una realidad histórico-social que se impone en la realidad jurídica. De ahí que el fenómeno moderno del «levantamiento del velo» parezca natural y que se considere lógico el que se desconozca la personalidad jurídica, siempre y cuando se den circunstancias que «choquen la conciencia o den motivo a una interjección». Resulta imposible en una reseña bibliográfica dar a conocer la riqueza de los temas tratados, ni siquiera destacar los elaborados con mayor profundidad. El lector más apresurado podrá darse cuenta enseguida del cuidado y profundidad con los que se tratan los problemas; le bastará hojear, por ejemplo, las páginas dedicadas a los órganos de la persona jurídica y a su distinción respecto al representante legal, mandatario y auxiliares. Las fundaciones han sido objeto del mismo cuidado estudio. Su lectura ofrece un gran interés, desde el punto de vista del Derecho comparado, dado lo peculiar, en sus aspectos histórico y social, de las figuras suizas. Al jurista español le importará también conocer las reflexiones críticas, excelencias y defectos del sistema suizo, ante la necesidad urgente de concretar y uniformar la regulación jurídica de nuestras fundaciones.

Anton Heini, trata de la segunda sección de Personas jurídicas, exponiendo el Derecho suizo sobre Asociaciones. Sistema jurídico arraigado en la realidad social suiza y que se destaca de todos los demás por el amplísimo alcance dado al principio de libertad de asociación; la que se muestra respecto de los requisitos para su creación —incluso liberación de formas—, su regulación y sus fines, sin otros límites que no ser éstos contrarios al Derecho o peligrosos para el Estado. Interesarán especialmente las noticias sobre las dificultades que ocasiona su sistema del *numerus clausus*, por el que se deja sin regulación las figuras mixtas, que no tienen sólo una finalidad «ideal»

(6) Comprenden, respectivamente, las páginas 427-513 y 573-628; aunque, verdad es, se utilizan en ellos dos tipos de letra, uno muy pequeño y apretado para las disgresiones históricas, doctrinales y de Derecho comparado, llevándose también muchas cuestiones a las notas.

y que tampoco tienen un objeto exclusivamente económico, como son las uniones profesionales y económicas (7).

El lector sabrá perdonar lo extenso de esta nota. Mas, ha parecido conveniente destacar la importancia de este libro. La tiene, no sólo por el valor intrínseco de cada uno de los trabajos que comprende, sino también por tratar del Derecho suizo. Su sistema interesa especialmente al jurista español. Como nuestro Derecho civil, ha logrado seguir su propio camino sin dejar de sentir las influencias y de utilizar las lecciones de los sistemas legislativos y doctrinas de Francia, Alemania, Italia, y también, uno y otro han sabido fundamentar y mantener sus sistemas jurídicos sobre una sana valoración moral de las conductas.

F. DE C.

VICENTINI, Giovanna: «La responsabilità civile nella giurisprudenza». *Raccolta sistematica di giurisprudenza commentata. 7. Diretta dal Prof. Mario Rotondi dell'Università di Milano. Edizioni Cedam. Padova, 1967, 710 págs.*

La Colección de jurisprudencia comentada, ha dedicado su séptimo volumen a la responsabilidad por culpa aquiliana. Seguramente ha de ser uno de los de mayor interés práctico. El Código civil italiano, como el español y, en general, los de los demás países, regula la responsabilidad por culpa aquiliana mediante una cláusula general sobre la obligación de reparar el daño causado (1); de ahí, que haya quedado en manos de la judicatura el ir encontrando solución justa y adecuada a la inmensa variedad de casos que viene ofreciendo la realidad; de ahí, también, la importancia primaria de la jurisprudencia en esta materia, no sólo por lo ilustrativo de su casuística, sino porque ella, insensiblemente, ha ido conformando una serie de tipos de bienes lesionables y de conductas ilícitas, dignos de protección y origen de responsabilidad respectivamente, que habrán de servir de orientación en la doctrina y, en su caso, al mismo legislador (2).

(7) En los estudios sobre las personas jurídicas se advertirá que no se ha tratado de las sociedades comerciales ni de las cooperativas; ello se debe a que se ha querido respetar la separación de materias existente entre los Códigos suizos; el Código civil regula las personas jurídicas (arts. 52-89), mientras que el Derecho de obligaciones suizo se ocupa de las sociedades comerciales y de las cooperativas (arts. 552-926).

(1) El artículo 2.043 del Código civil italiano, dice: *Resarcimiento por hecho ilícito*. Cualquier hecho doloso o culposo que ocasiona a otro un daño injusto, obliga al que haya cometido el hecho a resarcir el daño.

(2) El artículo 823 del Código civil alemán contiene un intento de tipificación, al referirse como bienes dañables a la vida, al cuerpo, la salud, la libertad, pero vuelve al sistema de la cláusula general, concluyendo: «a la propiedad y a cualquier otro derecho» («das Eigentum oder ein sonstiges Recht»). En Códigos recientes se ha considerado prudente seguir todavía el sistema de la cláusula general, artículo 914 del Código civil griego, artículo 483 del Código civil portugués. El Código de Etiopía, por el contrario, junto a la cláusula general ordinaria, artículo 2.028, y bajo la rúbrica de «casos especiales», hace un interesante ensayo de regulación tipológica, artículos 2.038-

Dado el carácter de la Colección, prima el estudio casuístico de sentencias; mas, como en los anteriores volúmenes, se ofrece una sintética y cuidada referencia de la doctrina de los autores italianos. Se inclina en favor de la concepción prudente de que todo daño injusto debe ser resarcido, para rechazar las teorías extensivas que consideran daño resarcible no sólo el contrario al Derecho, sino también el no justo (*non iure*), y también las restrictivas, que pretenden que la protección del bien dañado haya de ampararse en una expresa disposición legal o sólo cuando se viole el principio de solidaridad. En las mismas consideraciones generales, se trata de la culpa *in omitendo*, del elemento psicológico de la culpa, de la previsibilidad y del influjo de la calificación penal respecto a la civil.

La sistemática del libro, quizás por la naturaleza de la materia, no parece clara ni justificada. Las señaladas cuestiones generales se estudian bajo el epígrafe «El hecho ilícito». Después, se recogen y comentan las decisiones judiciales sobre la fama y la esfera privada (capítulos II y III); es decir, sobre los bienes de la personalidad; debiendo pasar al capítulo XX (Daños no patrimoniales) para encontrar tratadas las figuras del daño a la vida de relación y el daño estético. Los capítulos IV a XVIII, se ocupan de los actos que originan la responsabilidad en el siguiente orden: denuncia penal infundada, seducción, responsabilidad profesional (del médico, del notario, del defensor), responsabilidad procesal, lesión del crédito por parte de un tercero, responsabilidad por falsas declaraciones, responsabilidad del productor respecto a los terceros, daños conexos a la lesión de intereses legítimos (interés legítimo, derecho debilitado), responsabilidad deportiva, responsabilidad por hecho ajeno (custodio, padres, tutores, preceptores y maestros, patronos, Administración), responsabilidad por ejercicio de actividades peligrosas, daños de cosas custodiadas, ruina de edificio, daños causados por animales y circulación de vehículos. En el capítulo XIX se trata del daño y su valoración y en el XX y último, de los daños no patrimoniales.

La obra reseñada puede ser de muy útil lectura, por la riqueza de la casuística recogida y por el acierto de muchas de las decisiones judiciales; mas ha de advertirse, que la jurisprudencia italiana se basa en principios muy diferentes de los que han venido informando las sentencias de nuestro Tribunal Supremo; en algunos supuestos radicalmente distintos, como, por ejemplo, sobre el daño moral, responsabilidad por muerte y responsabilidad objetiva.

RED.

WORTLEY, B. A.: «Jurisprudence». Manchester University Press. Oceana Publications Inc., New York, 1967, 473 págs.

Cualquier libro inglés de Derecho tiene para el lector continental un peculiar interés; en ellos, parece como si los tópicos jurídicos de siempre, agotados de tanto cultivo, se renovasen, al ser vistos desde una nueva perspec-

2.065, completado por la regulación de la responsabilidad objetiva, artículos 2.066-2.089.

tiva, la de la «Common Law». Todavía, los tratados sobre materias concretas pueden resultar de lectura difícil, por su ocasional terminología esotérica. Mas ello no sucede con los que se publican con el título de «Jurisprudence» (1). Desde la obra clásica de Holland (2), se vienen llamando así publicaciones que antes se hubieran nombrado «Enciclopedia» o «Elementos de Derecho» y ahora se denominarían «Introducción al Derecho» o «Teoría General del Derecho». Su contenido cambia según gusto o propósito del autor. Unas veces se ha centrado en el estudio de ciertas instituciones y en la definición de los conceptos y otras en el de los fundamentos del Derecho. En todo caso, conservan su primitivo carácter introductivo y enciclopédico.

El profesor Wortley, mejor que nadie, ha podido enfrentarse con la tarea de escribir un libro como éste de tan variada materia; ya que es poseedor de un extraordinario saber enciclopédico y universalista. Profesor titular de «Jurisprudence» y de Derecho internacional en la Universidad de Manchester, es también un distinguido experto en Derecho internacional privado, y buen conocedor de la comparación jurídica se encuentra como en su casa en los más variados sistemas jurídicos, y ello en cualquiera de las ramas del Derecho. En fin, es uno de los más activos y entusiastas entre los propulsores actuales de la unificación del Derecho (3).

Nuestro libro consta de seis partes: Introducción (sobre el orden legal y la anarquía), Fuentes de las normas, Tipos de las normas, Tipos de los Ordenamientos jurídicos, Valores fundamentales y su protección legal (en especial, los derechos humanos), Complemento y aplicación de las normas jurídicas. Buena parte de este su contenido, se nos advierte, procede de otros anteriores trabajos del autor. Ello no empece la unidad de carácter y propósito de la obra. Toda ella parece centrada en la concepción del Derecho como el ordenamiento razonable de la sociedad. La exigencia de un orden establecido se afirma en contraste con la concepción anarquista. Junto a la ideología nihilista, y como análogos en sus resultados, se traen a colación el «laissez faire» en el que se ampara la esclavización obrera de la época victoriana, el anarco-sindicalismo, las huelgas irregulares, los gangster, la mafia y la egoísta justicia privada (listas negras, exclusiones; por patronos, obreros, profesionales); pero, también se incluyen en la misma categoría los gobiernos o pseudos gobiernos de tiranos o dictadores. Se parte así del examen del nihilismo teórico para ir condenando, como imposibles prácticamente y contrarias a la razón, las doctrinas desconocedoras de todo valor moral y de cualquier orden (diabolismo), las enemigas del orden estatal (anarquismo, en sentido estricto, individualismo extremado, etc.) y el no respetarse el orden razonable (tiranía).

(1) Se observará que se utiliza el término en el sentido noble que se le viene dando desde Ulpiano (D. 1, 1, 10), y no en el limitado (práctica judicial), que se ha hecho más corriente en los países de lenguas románicas.

(2) HOLLAND, T. E.: *The elements of Jurisprudence*, 1.ª ed., 1880.

(3) Este ANUARIO publicó su estudio: *Algunas posibles reacciones inglesas ante la Ley Uniforme de la venta de bienes en el Proyecto de 1956*, A. D. C. XI, 40 (1958), pág. 1117. Ultimamente, ha presidido el Comité de Expertos que redacta el *Proyecto de Convenio de Ley uniforme sobre la forma de los testamentos*, «UNIDROIT, L'unification du Droit» (*Annuaire*, 1966), 1967, pág. 126.

El orden lleva consigo el deber, y así permite la previsibilidad; en cambio, para el anarquista o el tirano hay actos o decisiones gratuitos, arbitrarios o «inspirados», y no habiendo normas o deber ser reinará lo imprevisible e irracional. Afirmación que se hace viva presentando como ejemplo de lo antijurídico el régimen nazi condenado en Nuremberg (4); mientras que se ofrece como modelo del orden jurídico racional, conforme a la naturaleza humana, el basado en las Declaraciones de derecho del hombre. Mas se tiene buen cuidado en destacar cómo las declaraciones de las Naciones Unidas y del Convenio de Roma expresan no sólo principios naturales, sino también los que constituyen el espíritu de la «Common Law» (5). El Derecho, como orden razonable, habrá de basarse en las reglas de la Justicia natural o universal; entendiéndose como «naturaleza de las cosas»: las reglas de la lógica (en especial, el principio de contradicción), la concepción de la naturaleza del hombre (respecto a su condición de ser racional) y de su lugar en la sociedad (libertad) (6).

Este libro está inspirado en una bien definida concepción del Derecho, pero no es una Filosofía del Derecho. Se ocupa, por ello, junto a cuestiones propias de ésta (p. ej., teorías sobre el concepto del Derecho, jurisprudencia analítica), de otras examinadas con arreglo al Derecho positivo, así, por ejemplo, las referentes a las fuentes del Derecho, unificación del Derecho, Derecho internacional, interpretación, persona física, persona jurídica (7) propiedad y expropiación (8) y abuso del derecho.

La referida información sobre el vigente Derecho inglés se completa con noticias sobre su evolución previsible. ¿Cabe pensar en la posibilidad de un acercamiento entre los sistemas continentales y el de la «Common Law»? (9). Se nos dice que «ya no está de moda limitar la atención al propio sistema

(4) Se ha dicho que como tal régimen de terror u opresión ofrece la prueba final de la utilidad del Derecho natural, como medio para resolver las tensiones entre la ley y la moral, LLOYD, Dennis: *The idea of Law*, 1964, página 94.

(5) Se destaca como los seis «derechos *in rem*» de Holland, corresponden a las Declaraciones del Convenio de Roma y de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos, páginas 264 y siguientes. Se señala la de Coke, como la mejor formulación clásica del Derecho natural, páginas 420 y siguientes.

(6) Páginas 423 y siguientes. La imposibilidad de separar el Derecho de los criterios o valores morales, parece aceptarse en la doctrina inglesa como demostrada en la práctica judicial y por el estudio crítico de las teorías, GINSBERG, Morris: *On Justice in Society*, 1965, págs. 214, 236 y siguientes.

(7) Figura ya estudiada por Wortley en la sección denominada *Droit anglais* (págs. 54-95) de los trabajos reunidos con el título *La personnalité morale et ses limites, par* «Institut de Droit Comparé de L'Université de Paris», 1960.

(8) Sobre ella, su libro: *Expropriation in Public International Law*, 1959.

(9) En el caso de que Gran Bretaña entrase en el Mercado Común, habrá que tener en cuenta lo dispuesto en el Tratado de Roma sobre «el acercamiento de las legislaciones nacionales, en la medida necesaria para el funcionamiento del Mercado Común» (art. 3, letra h, artículo 100).

legal» (10) y se nos ofrecen datos probatorios del interés de los juristas ingleses por el Derecho comparado y la unificación del Derecho. También se recogen las dudas reinantes sobre el sistema del «stare decisis» (11) y hasta ciertas añoranzas respecto al sistema de la codificación. En fin, se destaca la importancia de la «Law Commission Act», 1965, autorizada para recoger información de los sistemas legales de otros países, para cuidar de la mejor redacción de las leyes, para simplificar el manejo de las leyes, para revisar y proponer su reforma sistemática (12).

F. DE C.

(10) El interés por las doctrinas extranjeras se advierte desde muy pronto —especialmente de la alemana—, en los autores de libros sobre teoría general del Derecho (desde Austin) y de «Jurisprudence» (siguiendo el impresionante ejemplo de Holland), también, como es natural, en los estudios sobre Derecho comparado y de Derecho internacional privado o colisión de leyes; en cambio, no se percibe en los libros que tratan de materias especiales, a no ser respecto del Derecho de los Estados Unidos y de los países de la Comunidad británica.

(11) Sobre éste se recoge la reciente (1966) declaración del «Lord Chancellor» sobre precedentes, pág. 457.

(12) Recogida en detalle, págs. 185-188.

R E V I S T A S .

A cargo de BERCOVITZ R. -CANO, Rodrigo. BURGOS PÉREZ
José Manuel y MORALES MORENO, Antonio Manuel

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general

ARAGÜES PÉREZ, Felipe: *Capitalismo y cristianismo*, RGLJ, tomo LIV (222 de la Colección), año CXVI, abril 1967; núm. 4, págs. 557-680.

En las sociedades que presumen de cristianas se pretende aliviar las desgracia de enormes masas mediante sistemas que nada tienen de cristianos, tratándose de justificar injustificables privilegios, precisamente en nombre de la doctrina de Cristo.

El autor aborda el tema de la dualidad Capitalismo-Cristianismo, estudiando el concepto de capitalismo y analizándolo a la luz de la doctrina de la Iglesia.

CASTÁN TOBEÑAS, José: *La idea de justicia social*, RGLJ, año CXV, segunda época, tomo LIII (221 de la Colección), septiembre 1966; páginas 189-248.

Recoge la parte doctrinal del discurso de apertura de Tribunales leído el 15 de septiembre de 1966. Partiendo de las clásicas especies de Justicia y enlazada con ellas, analiza lo que se ha venido llamando Justicia social, sus orígenes doctrinales, su significado y concepto, desarrollando las teorías dominantes. para terminar con el estudio de los principios básicos de la Justicia Social y su aplicación práctica.

CASTÁN TOBEÑAS, José: *La socialización y sus diversos aspectos*, RGLJ, tomo LIII (221 de la Colección), año CXV, noviembre 1966; núm. 5, págs. 543-586.

Son funestas las perspectivas de una socialización del hombre por la colectivización de todas las esferas de la vida humana, absorbido por una gigantesca máquina burocrática; siendo igualmente peligrosas las fórmulas de nacionalización total de bienes y funciones. Es preciso dejar una holgura en la que pueda el individuo ser él mismo y hacer su propia vida individual. Toda socia-

lización, si no se aplica con mucha prudencia y en términos de justicia y necesidad social, puede llevar consigo un debilitamiento de los valores humanos.

Ante el peligro de desembocar en un ambiente desequilibrado, dando el triunfo, en caso de pluralismo, a fuerzas unilaterales o de ideología deformada. el profesor Castán propone como solución la de compaginar y armonizar dentro de la socialización, la acción del Estado y la de los grupos sociales.

CASTÁN TOBEÑAS, José: *Aragón y su derecho*, RGLJ, tomo LIV (222 de la Colección), año CXVI, mayo 1967; núm. 5, págs. 765-816.

El derecho de Aragón es un derecho popular más, que lo que hoy llamamos un derecho de juristas. Es un derecho forjado en las instituciones creadas por el pueblo aragonés. Es, asimismo, un derecho autóctono y original. Es rasgo fundamental del derecho aragonés el respecto a la libertad civil y una sólida organización familiar.

El autor examina desde un punto de vista histórico, las Complicaciones de derecho aragonés aparecidas secularmente.

El antecedente inmediato de la actual Compilación radica en las conclusiones adoptadas en el Congreso Nacional de Derecho civil, celebrado en Zaragoza en 1946.

El autor hace un profundo estudio de la actual Compilación, mereciéndole la labor realizada un juicio crítico francamente favorable.

MANTILLA PINEDA, Benigno: *Ser y deber ser en la teoría de Hans Kelsen*, RGLJ, tomo LIII (221 de la Colección), año CXV, octubre 1966; núm. 6, págs. 381-399.

La distinción gnoseológica de ser y deber ser, un análisis profundo de este punto, es la base de una teoría pura del Derecho. Estudia el autor estos dos mundos en la teoría kantiana, como punto de partida para estudiar el antagonismo formal-lógico, insoluble, pleno de antiyusnaturalismo radical de Hans Kelsen.

PAZ ARÉS, José Cándido, *Antecedentes forales del derecho agrario*, RDP, febrero 1967; págs. 116-129.

El sistema sucesorio y económico familiar de las regiones forales gira en torno a la suprema aspiración de la persistencia de la casa, es decir de las explotaciones agrícolas familiares. Se hace una referencia al Derecho vigente en las regiones forales al servicio de los fines agrarios. Estudia, la casa, la libertad civil y sistema legitimario; atribución contractual de la herencia; delegación de la facultad de designar heredero; viudedad univesal comunidades familiares y matrimoniales; libertad capitular; testamento mancomunado; otras instituciones.

SANTA PINTER, J. J.: *La doctrina de los contratos dominantes en materia de conflicto de leyes sobre daños y perjuicios causados en accidentes de aviación*, RGLJ, año CXV, segunda época, tomo LIII (221 de la Colección), julio-agosto 1966; págs. 92-105.

En torno al denominado caso "Fornaris" y su resolución jurisprudencial, en Puerto Rico, se extiende el autor en torno a diversas consideraciones sobre Derecho Internacional Privado, examinando la cuestión de la aplicación de la "lex loci delicti" o "lex Fori", terminando con el estudio de los contratos dominantes.

SERRANO VILLAFANE, Emilio: *La filosofía del derecho y la teoría general del derecho en la actualidad* (Notas críticas), RGLJ, año CXV, segunda época, tomo LIII (221 de la Colección), julio-agosto 1966; págs. 27-91.

El origen, la naturaleza, la razón de ser y el fin del derecho son preguntas que se plantean no sólo a los filósofos del derecho, sino también a los juristas prácticos, cuestiones que sólo pueden ser comprendidas a través de la ciencia de las causas supremas y las razones últimas. El autor recoge las opiniones de insignes maestros, plasmadas en una encuesta publicada en la Revista "Archives de Philosophie de Droit" (núm. 7, año 1962) sobre la razón de ser de la Filosofía del Derecho o de una Teoría General del Derecho. Se ciñe el trabajo, fundamentalmente, al estudio de la razón de ser de la Filosofía del Derecho, su objeto y método, relaciones con otras disciplinas y relevancia práctica.

2. Derechos de la persona

BERISTAIN S. J., Antonio: *La inhabilitación penal ayer, hoy y mañana*, RGLJ, tomo LIII (221 de la Colección), año CXV, septiembre 1966; núm. 3, págs. 249-292.

La inhabilitación penal en sentido amplio, incluyendo la inhabilitación y suspensión profesional, la inhabilitación y suspensión de cargos honoríficos, la privación del carnet de conducir, la suspensión procesal, la incapacidad mercantil, etc., es estudiada por el autor desde el punto de vista de su naturaleza, sistemática y finalidad práctica, así como desde un ángulo histórico. Después de analizar el derecho histórico, analiza el Código Penal vigente: la aplicación y efectos de la inhabilitación y suspensión, sin olvidar el análisis de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, Código de Justicia Militar y Ley de la Marina Mercante, así como en el ámbito civil y administrativo. Terminando su estudio con las futuras perspectivas de estas penas.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El negocio fiduciario (estudio crítico de la teoría del doble efecto)*, RDN, LIII-LIV, julio-diciembre 1966; páginas 7-40.

El autor, a lo largo de este trabajo hace una crítica de la construcción del negocio fiduciario basada en la teoría del doble efecto.

“El favor que gozara el negocio fiduciario, como después el negocio indirecto es reflejo de la simpatía por los negocios abstractos y formales, que el dogmatismo pandectistas extrae y resucita del más viejo Derecho romano”.

Tras exponer la doctrina alemana, italiana y española, se detiene el autor en la construcción de la voluntad y en la causa del negocio fiduciario. Respecto a la primera, la teoría del doble efecto “no teniendo base en las leyes, desde un principio procuró asentarse en el respeto debido a la autonomía de la voluntad”. Más no es lo ordinario, presumible ni verosímil, que el fiduciante haya querido transmitir de manera plena ilimitada y definitiva la cosa que confía al fiduciario. En la venta en garantía, el funcionamiento normal del artículo 1.255 “permite que quede convenientemente asegurado el pago de lo debido, que es lo que se busca y lo que se logra, sin injustificados excesos, atribuyendo al fiduciario la correspondiente situación específica” (titularidad fiduciaria).

Y en cuanto a la causa, la de la *fiducia cum creditore* no es una abstracta *causa fiduciae*, sino la de proporcionar al crédito concedido o prorrogado por el prestamista una seguridad específica del cobro. La causa verdadera de la llamada *fiducia cum amico* no es tampoco una *causa fiduciae*, sino, según los casos, el mandato, la comisión, corretaje, etc. La disparidad de funciones ha hecho pensar que el negocio fiduciario no constituye una categoría jurídica unitaria, sino un “artificio o forma parasitaria de los negocios jurídicos que se manifiestan en la creación de titularidades fiduciarias, de carácter subordinado y transitorio”.

Se analiza en último lugar el negocio fiduciario y la quiebra.

DÍEZ DÍAZ, Joaquín: *El derecho a la disposición del cuerpo*, RGLJ, tomo LIV (222 de la Colección), año CXVI, abril 1967; núm. 4, páginas 681-716.

Los revolucionarios adelantados de la técnica científica ha dado lugar a que paralelamente se planteen los problemas sociales y jurídicos que aquellos implican. Se mantienen en vida órganos aislados del sistema corpóreo, y las noticias de trasplantes se suceden. A medida que se logra una mayor difusión de los trasplantes de órganos, resultará menos absurdo encontrarse con personas que disfrutan de miembros o partes corporales de otra.

El sentir general romano se presenta contrario a la libre disposición del cuerpo o sus miembros.

No se puede, sin embargo, encajar un derecho tan singularísimo como el corporal en moldes que ya de entrada repelen. El derecho a la disposición del cuerpo deben configurarse como un auténtico derecho de la personalidad.

Junto a la prohibición “*erga omnes*” de no agredir la integridad física de las personas, ¿puede disfrutar el hombre de un poder que le permita disponer de su cuerpo o manifestaciones corporales? El autor propugna la confirmación oficial de un tipificado derecho a la disposición del cuerpo, como derecho de la personalidad.

FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín: *El daño moral en los delitos contra el honor*, RGLJ, tomo LIV (222 de la Colección), año CXVI, mayo 1967; núm. 5, págs. 817-849.

En nuestra Patria los derechos de la personalidad apenas si fueron objeto de especial atención por los civilistas, confiando su estudio a los especialistas en Derecho Penal. Sólo importaban las consecuencias civiles. Sin embargo, se imponía la elaboración de una categoría general que agrupase los más diversos derechos de la personalidad, estudiando después, como lógica consecuencia, sus transgresiones en el orden civil y penal.

El autor estudia los orígenes de los delitos contra el honor, su concepto actual, analizando especialmente el daño moral producido desde el punto de vista jurisprudencial, de sus efectos civiles, de la valoración y prueba de los daños, y la legislación aplicable.

FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO, Mariano: *La incapacidad de los locos y dementes: ¿es susceptible de graduación en nuestro derecho positivo?*, RGLJ, tomo LIV (222 de la Colección), año CXVI, febrero 1967; núm. 2, págs. 213-282.

Estas enfermedades mentales, si bien médicamente son graves, e incluso, prácticamente, pueden ser causa de la comisión de delitos, no parecen, sin embargo afectar, en opinión de los psiquiatras, la capacidad patrimonial del individuo que las padece y sí únicamente a su persona y al ejercicio de la patria potestad.

Los aspectos fundamentales que se desarrollan en el trabajo son: Si puede declararse en nuestro derecho la incapacidad de un loco o demente para gobernar o regir exclusivamente su persona; si puede limitarse la incapacidad de los enfermos mentales a la simple administración de sus bienes; y si la incapacidad de las personas a las que se refiere el art. 213 del Código civil puede ser o no graduable, opinando el autor la posibilidad de graduar la incapacidad de toda clase de enfermos o tarados mentales, estimando que no es algo privativo de la oligofrenia.

SEGREDES CHILLIDA, Vicente: *Necesidad de reforma de la legislación sobre beneficencia y asistencia social*, RGLJ, tomo LIII (221 de la Colección), año CXV, septiembre 1966; núm. 3, págs. 293-321.

Ante la crisis social y moral, que desemboca en un legalismo lleno de excesos y discordante con la realidad social, se impone la reforma. Desde el punto de vista de la legislación benéfica, el autor estudia el derecho histórico, hace una crítica de la legislación vigente y plantea los principios y supuestos para una posible reforma.

3. Derechos reales

BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, Pablo: *La tradición como modo de adquirir la propiedad*, RDP, febrero 1967; págs. 103-116.

El autor al estudiar este tema, clásico, no pretende enunciar conceptos nuevos, sino aclarar conceptos viejos, vigentes en nuestro ordenamiento jurídico.

Su trabajo toca los temas siguientes: Concepto de la tradición (específico y funcional); Naturaleza jurídica; Elementos. En la naturaleza desarrolla las teorías más importantes sostenidas en esta materia.

CASTRO SOMOZA, Juan Luis: *Los montes "en mano común" de vecinos de Galicia*, RGLJ, tomo LIII (221 de la Colección), año CXV, octubre 1966; núm. 4, págs. 456-500.

Los llamados en Galicia montes vecinales o comunales, han suscitado desde antiguo una viva problemática, sin haber encontrado, hasta el momento, soluciones satisfactorias, como consecuencia de su configuración no adecuada a los moldes romanistas y su limitada vigencia geográfica, sin que las leyes que de la materia se han ocupado recientemente (Ley de Montes de 1957, su Reglamento y la Compilación de Derecho civil de Galicia) hayan resuelto los problemas sino, por el contrario, complicado la solución.

El autor estudia los antecedentes históricos y el derecho consuetudinario, por el que se rigió tal institución antes de la vigente Ley de Montes. Esta Ley les presta un reconocimiento legislativo, pero plantea una serie de problemas, fundamentalmente, en torno a su titularidad y naturaleza.

El autor insiste en la urgente necesidad de abordar de un modo realista el problema de la regulación positiva de los Montes Vecinales de Galicia.

MORENO QUESADA, Bernardo: *Régimen jurídico de los frutos pendientes*, RCDI, año XLIII, núm. 461, julio-agosto 1967; págs. 963-1015.

En este trabajo se delimita conceptualmente lo que son frutos pendientes, estudiándose a continuación su naturaleza jurídica. En cuanto al concepto, se estudia la *pendencia* en los frutos, con los problemas que presentan los frutos no aparentes; el significado del artículo 357 del Código civil; el nacimiento o manifestación de los frutos. También se trata del límite de la pendencia: la *separación*.

La naturaleza jurídica plantea cuestiones relativas a si estos frutos son partes integrantes o cosas autónomas. Considerados cosas autónomas, es preciso indagar acerca de si se trata de cosas ya existentes o futuras.

4. Obligaciones y contratos

BELLVE, Ernesto: *¿Es elevable la renta legal de los contratos de arrendamiento urbano por ser repercutibles en ella la tasa de equivalencia?*, RDP, marzo 1967; págs. 203-207.

En tanto que se dicte una ley propia que regule la tasa de equivalencia, sus contenidos económicos y su naturaleza propia, el autor sostiene que por ahora

parece claro que el arbitrio de la tasa de equivalencia no es repercutible en las rentas legales de los arrendamientos urbanos amparados en la vigente Ley de Arrendamientos.

BONET RAMÓN, F.: *Naturaleza jurídica de la obligación*, RDP, octubre 1967; págs. 835-850.

Estudia: Concepto de la obligación; evolución histórica; diferencias entre los derechos de obligaciones y los reales; obligaciones civiles y naturales; distinción entre la deuda y la responsabilidad.

BONET RAMÓN, Francisco: *El vínculo jurídico obligacional*, RGLJ, tomo LII (221 de la Colección), año CXV, diciembre 1966; núm. 6, págs. 701-744.

En los tiempos antiguos el vínculo obligacional tiene un carácter estricta y gravemente personal; el obligado no es un deudor en sentido estricto actual, sino una persona sometida al acreedor. Poco a poco, la "obligatio" pierde su carácter de vínculo físico para convertirse en un vínculo jurídico ideal. En el derecho moderno, el vínculo tiene carácter personal, si se atiende al elemento del deber, y carácter patrimonial, si se atiende a los medios jurídicos para satisfacerse el acreedor contra o sin la voluntad del deudor.

Al examinar la naturaleza y tras la enumeración de las distintas teorías, el autor entiende que la obligación tiene por objeto un determinado acto del deudor, subrogándose, en caso de incumplimiento, en el patrimonio del deudor.

Estudia, también el concepto, naturaleza y efectos de las obligaciones bilaterales, terminando su análisis con el estudio de las obligaciones puras, condicionales y a plazo, según la modalidad del vínculo.

DÍEZ PICAZO, L.: *El juego y la apuesta en el Derecho civil*, RCDI, año XLIII, núm. 460, mayo-junio 1967; págs. 719-733.

El juego es en nuestro mundo actual un fenómeno social, incluso organizado. No es tanto el juego lo que interesa al Derecho, sino el mismo en cuanto ocasión de una ganancia o de una pérdida, es decir, de un incremento patrimonial.

La apuesta es "una situación jurídica en la cual una o varias personas quedan obligadas a realizar en favor de otro u otras una prestación que se hace depender de la exactitud o acierto sobre un acontecimiento pretérito o futuro, que en ocasiones es el resultado de un juego". La apuesta es siempre un contrato. El juego una válida causa de un pago y también un contrato. En ambos casos estamos ante contratos aleatorios.

GARCÍA-BERNARDO LANDETE, Alfredo: *Crítica de un privilegio: el beneficio de separación (continuación)*, RDN, LIII-LIV, julio-diciembre 1966; págs. 109-180.

Estudia el fraude de acreedores y sus repercusiones sobre los legatarios en cuanto a los bienes objeto del legado.

LALAGUNA, Enrique: *Perspectiva actual de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento en relación con las ventas a plazos de bienes muebles*, RCDI, año XLIII, núm. 460, mayo-junio 1967; páginas 677-718.

Desde la perspectiva de la protección del vendedor en las ventas a plazos, estudia las garantías que ofrecen al mismo, para el pago del precio, la hipoteca mobiliaria, la prenda sin desplazamiento, y la resultante de la Ley de Venta a Plazos de 17 de julio de 1965.

PAZ ARÉS, José Cándido: *Régimen de la aparcería en la compilación de derecho foral de Galicia*, RGLJ, tomo LIV (222 de la Colección), año CXVI, marzo 1967; núm. 3, págs. 470-507.

En Galicia, la aparcería ha logrado una amplia difusión como medio de explotación de las tierras no trabajadas directamente por sus propietarios. La aparcería que podemos considerar típica en Galicia es la del "lugar acasurado", por la que se cede al aparcerero el uso y disfrute de una explotación agrícola comprendiendo todos los elementos de la misma.

La Compilación regula la aparcería en los artículos 59 a 81, título III, haciendo el autor una exégesis de cada uno de los preceptos reguladores, concluyendo que la mayor novedad de la Compilación en esta materia estriba en su regulación escrita.

Denuncia, finalmente, la crisis por la que atraviesa el agro galaico, reclamando urgentemente una reforma agraria para la región, de signo concentrador.

PUIG PEÑA, Federico: *La culpabilidad y la resolución del contrato bilateral*, RGLJ, año CXV, segunda época, tomo LIII (221 de la Colección), julio-agosto 1966; págs. 9-26.

El incumplimiento de una obligación bilateral, figura concreta del injusto civil, ha dado lugar al estudio y legislación sobre sus supuestos de hecho y sus consecuencias. Analiza el autor la prolegmática del artículo 1.124 del Código civil en todos sus términos, haciendo especial hincapié en los requisitos y elementos del supuesto para estudiar finalmente las sanciones.

5. Derecho de familia

DÍEZ GÓMEZ, Aurelio: *El matrimonio civil en España después del Concilio Vaticano II*, RDN, LIII-LIV, julio-diciembre 1966; págs. 41-63.

A la luz del espíritu conciliar que patrocina la libertad religiosa, el autor aborda el tema del matrimonio de aquellos que no profesan la religión católica. La trayectoria del artículo se desenvuelve sobre esta idea base: la ley civil no

puede imponer una determinada forma de celebración del matrimonio, debiendo, en cambio, "reconocer la validez de cualquier forma religiosa en que la libre voluntad de los contrayentes quede suficientemente expresada, sin más requisitos que los que sean necesarios para su publicidad y prueba, concretamente para su transcripción en el Registro civil".

Trata del matrimonio de católicos (canónico; civil), de católicos y de apóstatas. Divorcio de católicos (dispensa del matrimonio rato y no consumado: privilegio paulino). Nulidad y separación en el matrimonio religioso.

PIÑAR LÓPEZ, Blas: *La tutela: Principios y órganos*, RDN, LIII-LIV, julio-diciembre 1966, págs. 181-217.

Tras destacar el espíritu de clase que preside las normas sobre tutela en nuestro Derecho, considera el autor que el lugar sistemático adecuado al tratamiento de esta materia es el derecho de familia. Estudia los principios de la figura: Principio de respeto a la persona; principio de la función social; principio de organicidad; principio de unidad de dirección; principio de establecimiento, y principio de familia.

6. Derecho de sucesiones

ALBADALEJO, Manuel: *Para una interpretación del artículo 814, 1.º del Código civil*, RDP, diciembre 1967; págs. 1023-1048.

Estudia: Si por preterición se anula toda la institución de heredero o sólo en la parte misma que sea dañosa para el preterido. Formas de cubrir la legítima. Si la nulidad alcanza al legado de parte alícuota y a las sustituciones vulgar y fideicomisaria. Si de la nulidad por preterición se salvan las mejoras tácitas y las hechas a título de herencia. Si produce nulidad la preterición del legatario hijo adoptivo.

ALBALEJO, Manuel: *Nulidad de la disposición y nulidad del testamento abierto, cuando un instituido es testigo o lo son determinados familiares suyos*, RDP, marzo 1967; págs. 195-202.

El presente trabajo es el que concluye la serie que ha publicado el autor en la RDP con este tema. Es, por tanto, la última parte de una publicación fraccionada que consagra a la exposición de su punto de vista y las compilaciones forales.

El autor desarrolla su idea de que no hay incompatibilidad entre el artículo 754 y 682 del Código civil, pues la nulidad del testamento y la de la disposición son dos posibilidades distintas con vida autónoma cada una y con diferente alcance práctico, sin que la una absorba a la otra. Y si el número de testigos testamentarios fue superior al exigido por la ley, el problema entra en

el marco del artículo 754, es decir, en el que afecta a la nulidad de la disposición. En este caso, no sin enormes dudas, ALBALADEJO entiende que el testigo inidóneo no deberá ser tenido por tal tampoco a efectos del artículo 754 del Código civil.

Se llama la atención sobre el hecho de que estas disposiciones parece lógico que sólo deberán entrar en funcionamiento cuando el llamamiento se haga *intuitu personae*, destacando también la posibilidad de *idoneidad putativa*.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Distribución del derecho a la legítima individual de los descendientes en el Código civil*, RDP, septiembre 1967; páginas 929 a 737.

Parece a VALLET indiscutible la integración del artículo 807, 1.º, con los 931, 932, 933 y 934 del Código civil.

En cuanto a la representación del *status* de legitimario, entiende que se da plenamente en el caso de premoriencia. Limitadamente a favor de los hijos del incapaz o del justamente desheredado, en el sentido de que no produce, por preterición, la nulidad de la institución sino en la parte afectante a la legítima estricta correspondiente y en cuanto al derecho al suplemento, que no le alcanza sino hasta la medida de dicha legítima corta. No se da en absoluto en caso de repudiación.

II. DERECHO HIPOTECARIO

CRISTÓBAL MONTES, Angel: *La adquisición registral a non domino*, RGLJ, tomo LIII (221 de la Colección), año CXV, noviembre 1966; págs. 587 a 618.

Toda enajenación exige un acto o contrato intrínsecamente válido y la preexistencia en el patrimonio del "tradens" del derecho enajenado, siendo ineficaz la transmisión si falta esta última condición. Sin embargo, la toma de razón registral del título adquisitivo, si no convalida su invalidez intrínseca, subsana, en cambio, la falta de preexistencia del derecho.

En relación con este tema, estudia el autor venezolano la tesis negativa, que admite únicamente la exclusión de la acción reivindicatoria; la tesis positiva de verdadera adquisición, con su subdivisión: a domino y a non domino, por el tercero protegido, manteniendo la tesis que la adquisición que realiza el tercero protegido por la fe pública es una adquisición a non domino por negocio jurídico dispositivo.

G. ARNAU, E.: *Alcance de la calificación del registrador mercantil (una nueva e interesante orientación)*, RDP, octubre 1967; págs. 851 a 857.

Se recoge y comenta la resolución de la Dirección General de los Registros de 16 de marzo de 1967.

III. DERECHO MERCANTIL

2. Comerciantes y sociedades

FRAGUAS MASSIP, Ramón: *Sociedades de régimen particular*, RDN, LIII-LIV, julio-diciembre 1966; págs. 65 a 108.

El Estado, advierte el autor, comprende que, salvo justificadas y raras excepciones, la iniciativa en el campo económico corresponde a los particulares; y que el papel que a él le corresponde consiste en promover y orientar la actividad de los particulares hacia los sectores de la producción y distribución en cada momento más decisivo para la economía nacional, mediante *normas de estímulo*.

Como consecuencia de estas disposiciones y medidas, se establece para determinadas actividades y empresas un régimen particular, y si la empresa es colectiva, la sociedad que constituye su estructura deviene sociedad de régimen particular, en función que constituye su objeto.

Se estudian algunas de las sociedades de régimen particular: Sociedades inmobiliarias; industrias de interés preferente; sociedades de promoción turística; concentración de empresas; asociaciones y uniones de empresas.

PEDROL, Antonio: *La evolución del concepto del derecho de voto en las sociedades anónimas*, RDP, noviembre 1967; págs. 917 a 940.

Tras desarrollar la evolución del concepto de voto en las sociedades anónimas (fase aristocrática, fase democrática, hechos nuevos, reconocimiento legislativo de la nueva situación, intentos de rehabilitación democrática), concluye el trabajo con el concepto actual del derecho de voto, que abarca los siguientes rasgos:

- 1.º Recepción de ciertas ideas y fórmulas anglosajonas.
- 2.º Constatación de las diferentes posiciones de los titulares de acciones de una Sociedad y móviles que les han llevado a ella.
- 3.º Limitación del campo en que el derecho de voto despliega su eficacia.
- 4.º Corriente doctrinal favorable a los convenios sobre voto.
- 5.º La formación de un propio criterio se intenta facilitar al accionista a través de una información que sustituya al anacrónico cambio de opiniones de la Junta general; se facilita también, por las delegaciones o por el voto escrito, que su declaración de voluntad pueda llegar a influir en las decisiones sociales.
- 6.º Preocupa cada vez menos cómo se forma la mayoría y preocupa cada vez más la corrección de los acuerdos adoptados por ella.

SÁNCHEZ GIL, Mariano: *¿De quién será la empresa?*, RDN, LIII-LIV, julio-diciembre 1966; págs. 233 a 262.

El autor en sus conclusiones subraya que, ante todo, la empresa va siendo y ha de ser más claramente, en cierta medida, de la sociedad, por no

decir del Estado. La pequeña empresa será "propiedad propia o patrimonial" de sus dueños, que comprometen su fortuna, al menos en parte, y, con frecuencia, su trabajo en el negocio propio. La gran empresa será, como es ya en gran medida, la "propiedad impropia", es decir, profesional, de los hombres más capaces y poderosos relacionados directamente con ella. La gran empresa. añade, es un vasto mundo de quehacer que tiende a escapar de unas determinadas manos individuales...

VERGEZ SÁNCHEZ, Mercedes: *La posición jurídica del socio industrial*, RDM, vol. XLII, núm. 102, año 1966; págs. 243-309.

Siendo aún muchas las relaciones de carácter societario en las que aparecen unidos capital y trabajo con fines lucrativos, la autora estudia la calificación jurídica del socio industrial para resolver los problemas que plantean las relaciones de los socios entre sí y frente a terceros. Analiza la figura del socio industrial en nuestro derecho y en otros ordenamientos, así como figuras límite.

3. Cosas mercantiles

CAMPO VILLEGAS, Elías: *Los gastos del protesto*, RDP, diciembre 1967; págs. 1048 a 1068.

Estudia: Contenido de los gastos del protesto; persona obligada al pago de los mismos; letras con cláusula sin gastos.

FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos: *El nacimiento del derecho sobre la marca*, RDM, vol. XLII, núm. 102, 1966; págs. 187-242.

El derecho sobre la marca puede nacer a través de la utilización real del signo para distinguir las mercaderías, o bien a través de la correspondiente solicitud de inscripción en el Registro. El autor estudia estos sistemas en los ordenamientos jurídicos más estrechamente ligados a cada forma, concluyendo con la negación de existencia de sistemas jurídicos que sigan rígidamente un principio puro, analizando sobre esta base de derecho comparado el sistema español.

4. Obligaciones y contratos

MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, José: *El crédito bancario. Modalidades de crédito practicadas por los bancos: sus repercusiones fiscales, antes y después de la reforma tributaria*, RGLJ, tomo LIV (222 de la Colección), año CXVI, enero 1967, núm. 1; págs. 75-151.

El impuesto general sobre el tráfico de las empresas es una de las nuevas figuras tributarias, surgidas por la reforma de 1964. En su sección cuarta se engloban las operaciones bancarias.

El autor hace un estudio de los varios grupos de operaciones crediticias, revisando los conceptos acuñados por el derecho bancario y su posible repercusión en cuanto al impuesto; sobre todo, en las convenciones atípicas. Se ahonda, en el trabajo, en el examen de las fórmulas e impresos bancarios para situarlos en su exacto campo tributario. De este modo, estudia los formularios de las operaciones de crédito activas, delimitándolas conceptualmente y examinando la exactitud, incorrecciones y consecuencias de tales formularios.

Termina el trabajo examinando las repercusiones fiscales de tales operaciones de crédito bancario.

VELLVÉ, Ernesto: *Lagunas en "lo legal" del seguro de vida español*, RDP, noviembre 1967; págs. 940 a 944.

Se destaca la laguna de la legislación española en cuanto a la asegurabilidad y aseguración del suicidio.

El suicidio como asegurable tiene por base la incertidumbre real de que el asegurado ponga en práctica el suicidio. Por otra parte, resta el significado del acto de suicidarse, contra moral.

V. DERECHO PROCESAL

1. Introducción

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: *La futura sistematización de los procedimientos civiles españoles*, RGLJ, tomo LIII (221 de la Colección), año CXV, diciembre de 1966, núm. 6; págs. 745-793.

El anteproyecto de bases para el Código procesal del Ministerio de Justicia, 1966, ha dado mucho que pensar. El autor hace un análisis y crítica del anteproyecto, sobre todo en el aspecto sistemático del mismo, lo que le lleva a propugnar la supresión de las bases 75 a 80, relativas a los procesos especiales por razones jurídico materiales, reconduciendo al límite máximo los procesos especiales, en cuanto sean declarativos, al libro II. El fenómeno de estos procesos especiales ha sido provocado en España por una huída del inadecuado juicio declarativo ordinario, unido a una mala técnica legislativa, debiendo conservarse únicamente como procesos especiales por razones jurídicas materiales los que afecten al estado civil de las personas, procesos del derecho de familia y relativos al matrimonio, debiendo mantenerse igualmente el llamado juicio ejecutivo.

En cuanto a los procesos de impugnación, admite la unidad de procedimiento en las acciones de impugnación, a excepción de la revisión, motivo por el que no deben mezclarse sistemáticamente con ésta, reconduciendo los primeros al Libro II. Finalmente, denuncia los defectos sistemáticos del Libro II, proponiendo una nueva sistemática del mismo.

HERRERO TEJEDOR, Fernando: *Pérspectivas del ministerio fiscal según los principios que informan el ordenamiento jurídico español*, RGLJ, tomo LIV (222 de la Colección), año CXVI, marzo 1967, núm. 3; págs. 407 a 469.

La crisis del Ministerio Fiscal en nuestro país hace desembocar en un desarrollo de sus posibilidades y perfeccionamiento de su cometido, lo que viene impuesto por la evolución de la realidad y por la significación actual de nuestro ordenamiento. La proyección real que el Ministerio Fiscal alcance ha de estar en función de los principios de nuestro ordenamiento.

Con esta base, el autor hace unas consideraciones fundamentales del ordenamiento jurídico, los principios que lo informan y la construcción del Ministerio Fiscal sobre tales principios. Analiza los fines esenciales del Ministerio Público y las consecuencias que debieran producirse a la vista del contenido de nuestro ordenamiento jurídico y sus principios.

Propugna una revisión a fondo de la materia y una regulación adecuada a los principios que informan la existencia y función del Ministerio Público, y consecuente con los fines que se le asignan.

2. Parte orgánica

MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael: *La crisis del "antiguo régimen" y la jurisdicción contable*, RGLJ, tomo LIV (222 de la Colección), año CXVI, enero 1967, núm. 1; págs. 12-74.

Es difícil que en la vida colectiva se produzca la coincidencia absoluta del tiempo oficial y del vital. Así el siglo XIX español comienza en 1808 y termina en 1923. Pues bien, ya la Constitución de Bayona, al regular la Administración de Hacienda, establecía un Tribunal de Contaduría General que "examinará y fenecerá las cuentas de todos los que deban rendirlas", consagrándose al propio tiempo la publicidad de la gestión financiera. En realidad la Contaduría aparece como un órgano técnico de revisión contable, sin carácter judicial, siendo su objeto el examen de todas las cuentas de caudales nacionales. Se regula en este siglo, a lo largo de numerosas disposiciones, su estructura orgánica, estatuto personal, ordenamiento procesal, etc.

Estudia, en definitiva, el autor, la evolución histórico-legislativa de la jurisdicción contable en España en el siglo XIX.

SÁNCHEZ GAMBORINO, Francisco Miguel: *Mandamientos del Tribunal de lo contencioso a los órganos de la administración*, RGLJ, tomo LIV (222 de la Colección), año CXVI, febrero 1967, núm. 2; págs. 283-389.

En algunos procesos contenciosos administrativos pueden producirse situaciones delicadas en cuanto a la observancia parcial de los actos impugnados y de algunos proveídos de la Administración, de difícil restitución cuando el li-

tigio principal termina, motivado ello por la interpretación excesivamente amplia que los Organos de la Administración hacen del art. 116 de la Ley de 17 de julio de 1958, en contraste con el escaso uso de las atribuciones que el artículo 122 de la Ley de 31 de diciembre de 1956 otorga a los Tribunales de la Jurisdicción. Nuestra jurisprudencia resulta excesivamente escrupulosa en adoptar pronunciamientos donde cree que con ello puede invadir la esfera de atribuciones privativas de la Administración.

El autor insiste en que sería de gran utilidad un franco y completo planteamiento de los poderes del Tribunal de lo Contencioso respecto a la actividad administrativa durante el curso, o aún sin haberse deducido todavía una acción formal, admitiendo, a modo de prueba, en nuestro derecho algunas sugerencias interesantes del anglosajón.

4. Procesos especiales

MAS FORNS, Rafael: *En torno al período de prueba laboral*, RGLJ, tomo LIII (221 de la Colección), año CXV, octubre 1966, núm. 4; págs. 400 a 455.

El período de prueba que precede a la estabilización de muchos contratos de trabajo, regulado, fundamentalmente, en las Reglamentaciones de Trabajo y Convenios Colectivos, es un momento crucial en que luchan dos principios antagónicos: la fijeza o estabilidad de la relación, y la libre elección de la otra parte contratante. El autor compara este período de prueba laboral con instituciones afines en los campos religiosos y social, analizando el contenido de los conocimientos objeto de la prueba, y separando el período de prueba laboral de las instituciones afines: aprendizaje y ajuste de eventuales.

CLAVE DE ABREVIATURAS

ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).

AD = Anuario de Derecho (Panamá).

AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.

AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).

AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).

AUM = Anales de la Universidad de Murcia.

BCAM = Boletín del Colegio de Abogados de Madrid.

BDC = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).

BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba, Argentina).

BFDC = Boletim da Faculdade de Direito (Coimbra).

BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).

- BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.
 BIR = Bolletino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnuolo in Roma.
 BMI = Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa).
 BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.
 BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.
 CDA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).
 CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).
 CLJ = The Cambridge Law Journal.
 CLQ = Cornell Quarterly (Ithaca, Nueva York).
 DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).
 DM = Derecho (Medellín, Colombia).
 ED = Estudios de Derecho (Antioquía).
 EF = Ehe und Familie im Privaten und Offentlinchen Recht. Zeinschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).
 F = El Foro (Méjico).
 FG = Foro Gallego (La Coruña).
 FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).
 IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).
 IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).
 IJ = Información Jurídica (Madrid).
 IM = Ius (Milán).
 IR = Iustitia (Roma).
 JF = Jornal do Foro (Lisboa).
 L = La Ley (Buenos Aires).
 LQ = The Law Quarterly Review (Londres).
 LRN = La Revue du Notariat (Québec).
 MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).
 MLR = The Modern Law Review (Londres).
 NC = The North Carolina Law Review.
 NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlín).
 NR = Nuestra Revista (Madrid).
 NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).
 OZOR = Osterreichische Zeitschrift für Offentliches Recht (Viena).
 P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
 PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
 RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
 RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).
 RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
 RCDI = Revista Cubana de Derecho (Habana).
 RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
 RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
 RCJS = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fe, Argentina).
 RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).
 RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).
 RDC = Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generales delle Obbligazioni (Milán).

- RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
RDES = Revista de Dereito e de Estudos Sociais (Coimbra).
RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).
RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
RDLP = Revista de Derecho (La Paz).
RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
RDMSP = Rivista del Diritto Matrimoniale e dello stato delle persone (Milán).
RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).
RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).
REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).
REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.
REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).
RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).
RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).
RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).
RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
RFDSP = Revista de Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
RFDUM = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.
RFL = Revista 'del Foro (Lima).
RFP = Revista da Faculdade de Direito do Paraná (Curitiba).
RGD = Revista General de Derecho (Valencia).
RGLJ = Revista de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).
RH = Revue Historique de Droit Français et étranger (París).
RHD = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'Histoire de Droit (Bruselas, La Haya).
RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).
RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).
RIDCP = Revue Internationale de Droit Comparé (París).
RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).
RISG = Rivista Italiana per la Science Giuridiche (Roma).
RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).
RJD = Revista Jurídica Dominicana.
RJN = Revista Jurídica Nicaragüense.
RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).
RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
RL = Rivista di Diritto Internazionale e comparato del Lavoro (Bologna).
RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudência (Coimbra).
RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechts. vergleichung und interzonale Rechtsprobleme (Berlín).
RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).
RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).
RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).
RS = Rivista delle Società (Milán).
RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commercial (París).

RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (París).

RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile (Milán).

RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Público (Milán).

RUM = Revista de la Universidad de Madrid.

SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).

SJ = Svensti Juristtdning (Estocolmo).

T = Temis. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas (Zaragoza).

UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).

ZVR = Zeitschrift für Vérgleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS COMENTADAS

Arrendamiento de local de negocio con cláusula de estabilización de la renta.

(Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1966)

SUMARIO: 1: El arrendamiento de un local de negocio con una cláusula de escala móvil «precio del carbón en Madrid»: su validez en instancia y en casación.—2. La libertad de contratación de una cláusula estabilizadora en contraste con la negativa del arrendatario a pagar la actualización de la renta.—3. Si la renta obtenida al aplicar una cláusula de estabilización puede ser abusiva o es compatible con el sistema de revisión legal.

1. *El arrendamiento de un local de negocio con una cláusula de escala móvil «precio del carbón en Madrid»: su validez en instancia y en casación.*

En un arrendamiento de local de negocio, celebrado en Madrid el 1 de marzo de 1959, se pacta en su cláusula sexta que los alquileres contratados «serán revisables cada cinco años o antes, puesto que el precio del arrendamiento se fija ahora en relación con el precio del carbón en Madrid, que hoy es de novecientas noventa y cuatro pesetas la tonelada métrica. Así, pues, cualquier alteración de este precio provocaría la del precio del arrendamiento en la cuantía que corresponda. La clase de carbón será el cribado y el precio el legal fijado por los organismos oficiales».

Pasados los cinco años, el propietario del local requiere al arrendatario para que pague el incremento de renta, habida cuenta de la subida del precio del carbón en un setenta y tres por ciento. Al oponerse expresamente el arrendatario a la elevación propuesta se inicia pleito ante el Juzgado de Primera Instancia, quien con fecha del 7 de octubre de 1965 dicta sentencia donde declara que es válida la cláusula sexta del contrato de arrendamiento a que se refiere la demanda, como «cláusula de actualización de la renta», por lo que la renta pactada debe sufrir un aumento de cinco mil ochecientas cuarenta y nueve pesetas con setenta centimos mensuales, incluidos en ella los actuales incrementos por servicios y suministros.

Interpuesta apelación contra dicha sentencia, ante la Audiencia Territorial de Madrid, con fecha del 24 de enero de 1966, se dictó sentencia confirmando en todas sus partes la sentencia apelada declarando que es válida la cláusula sexta del contrato de arrendamiento relacionado en los fundamentos de esta resolución como de actualización de renta.

En desconformidad con la sentencia de la Audiencia el arrendatario inter-

pone recurso de injusticia notoria ante el Tribunal Supremo, quien pasa a dictar sentencia, manifestando en su segundo considerando lo siguiente:

«En cuanto al motivo segundo amparado en la causa tercera del artículo ciento treinta y seis de la Ley, por interpretación errónea de los mil doscientos cincuenta y cinco del Código civil y sexto, noventa y nueve y cien de la Ley y jurisprudencia que cita, que concertado el contrato el primero de mayo de mil novecientos cincuenta y nueve, es visto que al amparo del artículo noventa y siete de la Ley, se puede pactar con libertad la cláusula de estabilización de renta, que previene variaciones conforme al precio del carbón, y ningún beneficio renunció el arrendatario, si la renta era libre para el contrato, pues sólo se pactó una revisión distinta a la del artículo cien, por voluntad de las partes, que viene también autorizada por el artículo quinto del Decreto de seis de septiembre de mil novecientos sesenta y uno, y sin estimarse que la actora cobró también aumentos legales, porque los incrementos cobrados, lo fueron por aumento del coste de los servicios, los que según el artículo noventa y cinco de la Ley, no tienen concepto de renta, lo que obliga a desestimar el motivo.»

La doctrina que sienta esta sentencia del Tribunal Supremo, al reconocer la validez de las cláusulas de estabilización de la renta, es clara y bien fundada en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1956, en contraposición con la postura vacilante y contradictoria que ha venido sosteniendo anteriormente (1).

Sin embargo, dados los antecedentes jurisprudenciales, no puede extrañarnos que los arrendatarios invoquen como fundamento de sus pretensiones aquella doctrina legal anterior negativa, además de otros argumentos erróneos.

Tiene gran interés, pues, examinar y comentar la presente interpretación del Tribunal Supremo en contraste con las alegaciones de las partes, aunque se trate de una legislación ya superada, dado que es el preludeo para una más amplia admisión de las cláusulas de estabilización, tal como se reconoce —si bien no nominalmente— en la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos.

2. *La libertad de contratación de una cláusula estabilizadora en contraste con la negativa del arrendatario a pagar la actualización de la renta.*

Cuando se pacta una cláusula de estabilización de la renta en un arrendamiento de local de negocio se entiende que se ha llevado a cabo voluntaria y libremente; no se concibe que el arrendatario se vea coaccionado a aceptar

(1) El Tribunal Supremo declaró nulas las cláusulas de estabilización en arrendamientos de locales de negocio, que estaban regidos por los Decretos de Inquilinato de 1931 y 21 de enero de 1936, en las sentencias de 13 de noviembre de 1952 y 25 de enero de 1955. En cambio, reconoció la validez de una cláusula valor oro o plata para el arrendamiento de un local de negocio regido por el mismo Decreto de Inquilinato. Vigente la Ley de Arrendamientos Urbanos de 13 de abril de 1956, el Tribunal Supremo reconoce una cláusula de revisión periódica por su sentencia de 31 de enero de 1962, mientras que declara nula otra cláusula de escala móvil por sentencia de 3 de marzo de 1962, para volver a reconocer como válida otra cláusula de revisión por sentencia de 17 de junio de 1964, no sin antes haber distinguido las cláusulas de estabilización de las de elevación periódica, constante e indefinida de la renta (Sentencia de 23 de febrero de 1963).

una serie de obligaciones que no puede cumplir, salvo una previa reserva o mala fe inicial. En la vida de giro financiero los motivos que conducen a un arrendatario de local de negocio para elegir un local determinado en cuanto a su tráfico mercantil pueden ser muy diversos, pero ninguno basado en una necesidad vital perentoria, como sucede ante la exigencia de tener un techo o vivienda para subsistir; por el contrario, en un local de negocio se trata de desarrollar una actividad de lucro. Esta diferencia de matiz es fundamental en el momento de pronunciarse sobre los propios actos.

Resulta curioso observar cómo es frecuente que el día que debe hacerse frente a los compromisos contraídos, como sucede concretamente al exigir el arrendador que se adecue la renta al valor del índice económico elegido, ciertos arrendatarios suelen negarse a pagar e invocan —como en el caso de autos— una «imposibilidad de pagar» la elevación propuesta. En ese momento la contradicción es evidente porque va contra sus propios actos, habiendo aceptado voluntariamente, en principio, la cláusula de estabilización, mientras que se niega, posteriormente, a que opere sus efectos. Otra de las alegaciones que suelen aducirse, como también ocurre en este caso, es que la cláusula era nula de pleno derecho por ser contraria a la ley (2), lo que confirma su premeditación y mala fe inicial, o también que el módulo empleado para computar la revalorización de la renta no es fijo y que la cláusula en cuestión no responde a un principio de equidad, ya que supone un aumento muy apreciable, como ocurre en el presente caso, que asciende a un 73 por 100 de la renta inicial.

Para fundamental en Derecho tales pretensiones, estos arrendatarios no han tenido inconveniente en invocar la violación e interpretación errónea del artículo 1.255 del Código civil, acerca de la libertad de los pactos contractuales, o de aquellos preceptos concretos de la legislación arrendaticia referentes a la irrenunciabilidad de ciertos «beneficios» legales (art. 6.º, LAU, 1956) o del modo de establecer la renta legal (arts. 97, 99 y 100, LAU 1956), así como el apoyo de aquellas sentencias que componen un aspecto de la doctrina legal.

No es necesario profundizar en tales preceptos para advertir que se trata de una alegación parcial, subjetiva y unilateral que omite otros aspectos, como ocurre al citar las sentencias del Tribunal Supremo que niegan las cláusulas de estabilización (SS. 13 noviembre 1952, 25 enero 1955 y 3 marzo 1962), sin que se nombren las que las admiten (SS. 28 noviembre 1957, 31 enero 1962, 23 febrero 1963, 17 junio 1964, 30 octubre 1964, 1 abril 1965 y 8 febrero 1967). No obstante, aquí buena parte de responsabilidad la tienen los propios intérpretes legales, quienes al juzgar relaciones jurídicas idénticas, y hasta bajo un mismo ordenamiento especial, han dado soluciones distintas y contradictorias (SS. 31 enero 1962 y 3 marzo 1962). Al poder invocar unos tales precedentes negativos, ante semejante desorientación, es lógico que los arrendatarios traten de oponerse al cumplimiento de lo pactado e invoquen

(2) Sobre la conservación parcial del negocio, excluyendo los pactos y condiciones nulas, ha resultado imprescindible como remedio para evitar el fraude de las leyes, especialmente en las de significado social, como magistralmente expone el profesor DE CASTRO Y BRAVO: «El negocio jurídico», en *Tratado práctico y crítico de Derecho civil*, X (Madrid, 1967), pág. 494.

la doctrina que ha declarado nulas de pleno derecho las cláusulas de estabilización como contrarias a la ley, en vista de que no cabe un pacto que aumente la renta legal en forma diferente a lo dispuesto en el artículo 100 de la L. A. U. (1956). Con tal interpretación, acogida por la sentencia de 3 de marzo de 1962, es evidente la confusión que se crea respecto a las diversas clases de renta que, en realidad, la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1956 admite, según se trate de un arrendamiento de vivienda o de un local de negocio vigente o que se haya o no iniciado a partir de la publicación de esta Ley.

Para las viviendas y locales de negocio con un contrato de arrendamiento vigente la «renta legal» no es más que la renta contractual bloqueada (arts. 95, 96 y 98) (3); sin embargo, para que los locales de negocio que se celebren a partir de esta Ley se trata de una «renta libre» (art. 97) (4).

Mientras que la sentencia de 3 de marzo de 1962 confunde estas distinciones, la sentencia que comentamos, de 19 de diciembre de 1966, ha hecho un perfecto deslinde. La sentencia de 3 de marzo de 1962 sostuvo que «es contrario a Ley todo pacto por el que se acuerde aumento de la renta legal en forma diferente a las normas dadas en el artículo 100 de la Ley» y cuando se establece una cláusula donde «el precio se fija en el valor de 203 horas de trabajo de un peón especializado en el ramo de la construcción» «es nula la cláusula en litigio, reiterando lo ya declarado por la presente Sala en sentencia de 19 de diciembre de 1952 y 25 de enero de 1955» (5). En cambio, la sentencia de 19 de diciembre de 1966 establece que «es visto que al amparo del artículo noventa y siete de la Ley, se puede pactar con libertad la cláusula de estabilización de renta, que previene variaciones conforme al precio del carbón, y ningún beneficio renunció el arrendatario, si la renta era libre para el contrato, pues sólo se pactó una revisión distinta a la del artículo cien, por voluntad de las partes».

De donde resulta que el contrato celebrado el 1 de marzo de 1959 respecto a un local de negocio se podía acoger al artículo 97 de la L. A. U. entonces vigente, de 1956, pudiendo estipular arrendador y arrendatario la renta libre-

(3) «Artículo 95. 1. La renta legal de las viviendas y locales de negocio, cuyo arrendamiento subsista el día que comience a regir la presente Ley, será la que en tal fecha cobrará el arrendador con todos los incrementos que viniere percibiendo, salvo los consignados en el párrafo segundo de este artículo».

«Artículo 96. 1. La renta legal de las viviendas que se arrienden después de la entrada en vigor de la presente Ley, será la que se estipule para el momento en que empiece a regir el contrato, salvo lo dispuesto en las leyes especiales».

«Artículo 98. La renta legal de las viviendas y locales de negocio a que se refiere el artículo 95 no podrán ser objeto de elevación por el arrendador mientras continúe vigente el contrato, sino en los casos y proporciones siguientes...»

(4) «Artículo 97. La renta de los locales de negocio que se arrienden después de la entrada en vigor de la presente Ley será la que libremente estipulen el arrendador y el arrendatario, aun cuando dichos locales hubieran estado ocupados con anterioridad a la vigencia de este texto legal».

(5) No obstante, tales sentencias eran dadas en función de otras normas específicas, como son los Decretos de Inquilinato de 29 de diciembre de 1931 y 21 de enero de 1936.

mente; y una renta de libre estipulación es la introducida mediante un cláusula de estabilización por la que la cuantía de la renta resulta en función de un índice de valor (casi siempre un producto cuyo precio se va adecuando al poder adquisitivo real de la coyuntura económica actualizada), subiendo o bajando la cuantía de dicha renta según el alza o baja del precio del índice elegido durante un período determinado. En la sentencia actual se trata del «precio del carbón en Madrid» («del precio legal fijado por los organismos oficiales» y «la clase del carbón será el cribado»), por lo que la cláusula de estabilización que ahora resulta es de la especie llamada «cláusula de escala móvil» (6).

3. *Si la renta obtenida al aplicar una cláusula de estabilización puede ser abusiva o es compatible con el sistema de revisión legal.*

En el presente caso, el arrendatario alegó que si se reconoce validez a las cláusulas contractuales de actualización de rentas, ello implicaría la negación del derecho de prórroga de que goza todo arrendatario. Dado que a este extremo la sentencia no hace alusión, veamos cómo en otros lugares el Tribunal Supremo lo dejó puntualizado.

Entre los llamados «beneficios» que la legislación especial de arrendamientos urbanos concede a los inquilinos o arrendatarios se destaca el de la prórroga forzosa del contrato y el correspondiente a la renta. Entre este beneficio de prórroga y el de renta hay un nexo final en cuanto que por un abuso de la libertad concedida para pactar una renta puede llegarse a hacer impracticable aquel beneficio de la prórroga del contrato para el arrendatario, al ponerlo en condiciones tan onerosas de pago, cuando la renta resulte excesiva e insoportable, que deba dar por terminado el contrato.

A este respecto, el Tribunal Supremo ya tiene declarado en la sentencia de 23 de febrero de 1963 que carece de valor todo pacto que varíe o trate de limitar la duración legal de los arrendamientos de edificaciones urbanas, señalando al respecto la ecuación que existe entre renta y prórroga, ya que las condiciones de una renta insoportable conducen a una renuncia de la prórroga del contrato arrendaticio. Igualmente, la sentencia de 1 de abril de 1965 manifiesta que la libertad de fijación de renta que concede el artículo noventa y siete de la Ley ha de quedar sometida siempre a los demás preceptos arrendaticios en cuanto han de respetarse los postulados esenciales de la improrrogabilidad de los contratos de arrendamiento.

De aquí que la cuestión que inmediatamente se plantea es la de saber si una cláusula de estabilización puede dar lugar a una renta insoportable o injusta que indirectamente viole aquel beneficio de prórroga o si, por el contrario, su naturaleza y efectos son equitativos por acomodarse a las circunstancias ambientales económicas, adecuándose de un modo similar al sistema de actualización o de revisión legal que se adopta por la propia L. A. U.

Las llamadas «cláusulas de estabilización», o «de actualización» —como implícitamente las reconoce la L. A. U. vigente (art. 100)—, son las que resultan

(6) Véase nuestro estudio: *Los arrendamientos con cláusulas de escala móvil*, en «Anuario de Derecho Civil», VIII-1 (1955), págs. 89 y sigs.

de los pactos voluntarios establecidos por las partes en sus contratos onerosos de tracto sucesivo en tiempos de alteraciones monetarias con objeto de que la prestación pecuniaria se mantenga con el poder adquisitivo del momento en que fueron celebrados tales contratos; para obtener este resultado, las partes acuerdan que la suma o cantidad de moneda de que se compone la prestación pecuniaria ascienda o disminuya según el valor de otra moneda metálica («cláusula en moneda oro o plata»), de una divisa («cláusula en moneda extranjera»), o de un índice económico de un producto (trigo, aceite, acero, carbón, etc.) o del índice ponderado del nivel de vida («cláusulas de escala móvil») (7).

Cualquier tipo de cláusulas de estabilización de las nombradas obedecen a una finalidad equitativa, ya que constituyen una previsión para garantizar el justo interés contractual y amparar la justicia conmutativa que demanda la equivalencia de las prestaciones de las partes en los contratos onerosos de tracto sucesivo, pues bien ante una inflación o ya ante una deflación de la moneda, acreedor y deudor, respectivamente en tales situaciones, contrarrestan sus efectos en alza o en baja de las alteraciones del valor monetario.

El que actualmente domine una tendencia inflacionista de nuestra moneda —largamente mantenida en estos últimos treinta años— ha podido llegar a creerse que las cláusulas estabilizadoras sólo tratan de favorecer a los acreedores, al observar su sólo efecto unilateral; pero se olvida que su genuina función es bilateral, ambivalente, en cuanto que también favorecen al deudor en caso que ocurra una deflación. Precisamente, su naturaleza bilateral, basada en el *aleas* que implica para cada parte, es la que las distingue de otras cláusulas similares, pero unilaterales, establecidas tan sólo en beneficio y exclusiva ventaja de una sola de las partes contratantes; mientras que las cláusulas de estabilización resultan equitativas, por estar en función de ambos contratantes, según la situación económica sea favorable o adversa para cada una de ellas, las segundas, en cuanto unilaterales, únicamente están destinadas a favorecer exclusivamente a uno solo, por lo que resultan abu-

(7) Cfr. PELAYO HORE: *Cláusulas de estabilización*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», II (1946), págs. 39 y sigs.; ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU: *Cláusulas de estabilización*, en «Estudios de Derecho Privado», I (1948), págs. 251 y sigs.; LUCES GIL: *El problema de las obligaciones pecuniarias devaluadas ante la doctrina española y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en «Foro Gallego», 84 (1952), págs. 589 y sigs.; FENECH: *Las cláusulas estabilizadoras en la jurisprudencia española y francesa*, en «Revista del Instituto de Derecho Comparado» (1954), págs. 141 y sigs.; COSSFO: *Cláusulas de escala móvil*, en «Revista de Derecho Privado», 39 (1955), páginas 963 y sigs.; MARTÍNEZ SARRIÓN: *Las cláusulas privadas de revalorización monetaria*, en «Revista de Derecho Español y Americano», 25 (1961), páginas 491 y sigs.; MARTÍNEZ SARRIÓN: *Las cláusulas de estabilización monetaria*, en «Estudios de Derecho Privado» I (Madrid, 1962), págs. 520 y sigs.; HERNÁNDEZ GIL: *Derecho de obligaciones*, I (Madrid, 1960), págs. 171 y 341; SÁNCHEZ FABÁ: *La cláusula de estabilización de rentas en el arrendamiento urbano*, en «Revista de Derecho Español y Americano», 24 (1960), págs. 429 y siguientes; BONET CORREA: *Las cláusulas de estabilización en las obligaciones pecuniarias*, en «Revista de Derecho Notarial», XL (1963), págs. 91 y sigs.; RUIZ VADILLO: *Sistemas de rectificación de las alteraciones del valor monetario*, en «Revista de Derecho Judicial», 21 (1965), págs. 9 y sigs.

sivas, injustas e ilícitas. Como muy bien sanciona la sentencia del 23 de febrero de 1963, para un arrendamiento de local de negocio con una cláusula de revisión periódica, el aumento que se derivaba era constante, fijo e indefinido, por lo que no supone una cláusula de estabilización y va contra la equivalencia de las prestaciones y las directrices de nuestro sistema jurídico. Igualmente, se mantuvo por la sentencia del 1 de abril de 1965, cuando manifestaba que el pacto contenido en la cláusula de un contrato de arrendamiento de local de negocio era de mera elevación de renta cuyo designio era aumentar la renta de una manera fija, constante e indefinidamente, progresión contraria a las cláusulas actualizadoras de escala móvil.

Otra cuestión que queda por aclarar respecto a las cláusulas de estabilización es la que se refiere al efecto especulativo que algunos han achacado a ciertas clases de moneda y al índice elegido. En cuanto a las «cláusulas moneda oro o plata» se había dicho que eran perniciosas para la circulación monetaria, dado que venían a acentuar más el desequilibrio existente entre la moneda de curso forzoso y su cobertura metálica, por lo que acentuaban la inflación existente. El argumento, en realidad, procedía de un sector oficioso y formalista, pues en realidad estaba mal planteado y aplicado; si el desequilibrio entre la moneda de curso forzoso y la moneda metálica (en cuanto unidad monetaria, existente o no en circulación) era evidente y cierto, ello no era debido a la actuación reducida y parciaria de los particulares que en algún contrato trataban de mantener el poder adquisitivo de sus créditos mediante un pacto en moneda metálica o valor moneda metálica; ello era debido a una política económica (querida o desbordada por las circunstancias) incapaz de cortar la inflación, de dotar a sus gobernados de una moneda sana capaz de inculcar el ahorro y de prestigiar el crédito. Por eso, ante la incapacidad o desidia de lograr un sistema monetario eficiente, ante la quiebra del principio nominalista, los particulares acuden a una normación privada de sus créditos y patrimonio pecuniario a través de las cláusulas de estabilización para tratar de corregir las alteraciones monetarias. Con tales cláusulas no se contribuye a aumentar la inflación, sino por el contrario, lo que se trata es de precaverse de ella, de soslayar los efectos catastróficos que produce en sus patrimonios y créditos; es una diligencia que un buen administrador de sus bienes prevé para sus relaciones privadas y que, aunque marque una diferencia de trato con el resto de quienes no la hayan adoptado, no por ello deja de ser equitativa y justa, pues, como ya decía la jurisprudencia romana: *ius civilis vigilantibus scriptum est*.

Tampoco cabe pensar que quien pacta en moneda oro o plata especula con el alza o baja del precio de ambos metales; quien pacta una moneda de oro o plata siempre se refiere a una especie concreta, la peseta oro, el franco oro, el dólar oro, etc., por lo que no es el alza del precio del metal de que dicha moneda se compone quien le da su mayor o menor poder adquisitivo, sino el sistema monetario a que queda vinculada dicha moneda. Igualmente ocurre cuando se trate de divisas, al pactar una «cláusula en moneda extranjera» (en francos, dólares, marcos, etc.).

Al haberse adoptado un índice económico para llevar a cabo la corrección de valores que establece la cláusula de escala móvil, según el precio

de un determinado producto (trigo, aceite, carbón, etc.), o el índice ponderado del nivel de vida (que señale un organismo oficial), ocurre lo mismo que en las anteriores cláusulas, que no se trata de precios especulativos, sino de índices reales reveladores de la situación económica en que la equivalencia de las prestaciones se actualiza, y que, por lo demás, el arbitrio judicial siempre puede moderar.

Por último, cabe contestar a lo alegado por el arrendatario, en el presente litigio que dio lugar a esta sentencia, que no se trata de discutir o elegir un sistema contractual de revalorización de rentas en sustitución del propio sistema de actualización que determina la L. A. U. (1956), ya que la opción la establece la propia Ley, al admitir la libre estipulación de la renta para el supuesto concreto de un local de negocio que se arrienda después de su entrada en vigor (art. 97) —como ocurrió en el caso de autos— o bien al producirse una revisión de la renta legal cada cinco años, según la variación de los índices ponderados de vida que publique el Instituto Nacional de Estadística (art. 100).

La opción de seguir un sistema de estabilización paccionado o de someterse a la actualización legal elimina una de las posibilidades respecto a la otra, una vez que la opción se ha realizado ya no cabe aplicar ambos sistemas al mismo tiempo. Lo que no se puede es confundir los aumentos legales que se vienen satisfaciendo por razón de diferencia en el coste de los servicios o suministros con los que se produzcan por aplicación de una cláusula de estabilización, tal como pretendía el arrendatario en el presente caso, ya que como muy razonadamente sostiene la presente sentencia del 19 de diciembre de 1966, el arrendador no cobró también por el sistema de aumento legal, «porque los incrementos cobrados, lo fueron por aumento del coste de los servicios, lo que según el artículo noventa y cinco, 2, de la Ley, no tienen concepto de renta, lo que obliga a desestimar el motivo».

JOSÉ BONET CORREA.

II. SENTENCIAS DE SUPLICACION

1. Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Madrid

A cargo de Manuel TRENZADO RUIZ
Doctor en Derecho

I.—Derecho civil.

1. LOCAL DE NEGOCIO: ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: EXISTENCIA: *Para que haya arrendamiento de industria o negocio es presupuesto indispensable que por el arrendador se ceda no sólo un local o unos bienes, sino una explotación industrial o mercantil en actividad o susceptible de ponerse en inmediato movimiento formada por un conjunto o unidad patrimonial con vida propia.* (Sentencia de 28 de octubre de 1967; no ha lugar.)

2. TITULARIDAD DEL ARRENDAMIENTO: PRUEBA: *El hecho de ocupar el piso y pagar la renta, no son por sí solos determinativos de la titularidad de un arrendamiento porque pueden concurrir en personas que no tengan la condición de arrendatarios, y sólo pueden estimarse como elementos de prueba, sometidos como las demás pruebas aportadas a los autos, a la ponderada estimativa del Juzgador.* (Sentencia de 28 de noviembre de 1967; no ha lugar.)

3. SUBARRIENDO: INEXISTENCIA: *La circunstancia de haberse destinado una parte del local arrendado a colegio de niñas, al frente del que figura una de las hijas de la primitiva arrendataria, por su condición de maestra nacional y la que convivió en unión de sus hermanas, con aquélla hasta su fallecimiento, y continuando después las tres hermanas en idéntica situación y condiciones, descarta toda posibilidad de la existencia de subarriendo, toda vez que aunque la subrogación arrendaticia la ostente solamente una de las hermanas, no hay que olvidar que con ella quienes conviven son dos hermanas suyas y que ya en tiempos de su madre igualmente convivían todas juntas en el mencionado piso, situación que por tanto ha perdurado sin interrupción y se encuentra debidamente consolidada a tales efectos por virtud del transcurso del tiempo.* (Sentencia de 17 de octubre de 1967; ha lugar.)

4. SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA»: REQUERIMIENTO: FORMALIDADES: *Tal requerimiento a quien ha de hacerse es a los ocupantes de la vivienda que conviviesen con el titular inquilino con dos años de antelación a la fecha del fallecimiento.* (Sentencia de 27 de noviembre de 1967; no ha lugar.)

5. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: PROPIA NECESIDAD: EXISTENCIA: *Considerándose como hecho probado que la actora, inquilina de un piso de trescientos metros cuadrados aproximadamente, padeciendo de úlcera crónica en la pier-*

na izquierda y afecciones articulares de tipo reumático, no se encuentra en condiciones físicas para poder desempeñar las normales atenciones domésticas que requiere el piso donde habita como se puso de manifiesto en la diligencia de reconocimiento judicial, añadida la falta de servicio doméstico y si con arreglo a la más reciente doctrina científica y jurisprudencial ha de entenderse por necesario, no lo forzoso, obligado o impuesto por causas ineludibles, sino lo preciso y opuesto a lo superfluo y «necesario» para conseguir un fin lícito y útil y por ende, lo equidistante entre lo obligado en sentido estricto y lo que es una mera conveniencia, ya habiendo de considerarse, a la vista de los apuntados hechos, la necesidad invocada muy superior a la simple conveniencia, se habrá de considerar que concurre la necesidad que se postula de pensar a habitar la actora el piso mucho más reducido de su propiedad. (Sentencia de 3 de noviembre de 1967; no ha lugar.)

6. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: PROPIA NECESIDAD: EXISTENCIA: *La persona que carece de domicilio propio y vive recogida en uno ajeno, le basta con acreditar este hecho para tener probado el concepto jurídico de necesidad, ya que es derecho de toda persona tener un domicilio independiente y a nadie se puede obligar a convivir con extraños contra su voluntad. (Sentencia de 17 de octubre de 1967; ha lugar.)*

7. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: PROPIA NECESIDAD: REQUERIMIENTO VÁLIDO: *Es cierto que en el requerimiento no se expresó literalmente que necesitaba el piso para sí, sino que decía que compró el piso para sí; pero que su finalidad era aquella resulta de los demás extremos del repetido requerimiento: dice que es su único piso, que actualmente prestaba servicios asalariados, deniega la prórroga y especialmente hace la cita del artículo 62, núm. 1.º de la L. A. U. que se refiere precisamente a denegaciones de prórroga por necesidad de habitar el piso de su propiedad, siendo bastante lo dicho para apreciar que esa fue la verdadera voluntad de la parte, aunque en el requerimiento no se expresará acertadamente. (Sentencia de 28 de septiembre de 1967; no ha lugar.)*

8. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: DESOCUPACIÓN: EXISTENCIA: *Lo que importa a efectos de esta causa de resolución, es que en los locales litigiosos y durante el mencionado periodo de tiempo no se haya ejercido actividad alguna por permanecer sin su normal utilización. (Sentencia de 13 de noviembre de 1967; no ha lugar.)*

9. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: DESOCUPACIÓN: INEXISTENCIA: *Para que no proceda la resolución del contrato de arrendamiento lo que la L. A. U. exige, es la presencia física y habitual del inquilino en la vivienda arrendada, de modo que en ella desarrolle todas las actividades propias de la vida de hogar y suponga esa utilización la constante y permanente satisfacción de las cotidianas necesidades de la vida doméstica y sólo cuando exista justa causa autoriza al inquilino a la desocupación de la vivienda por tiempo superior a seis meses.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: DESOCUPACIÓN: EXISTENCIA: *Las actividades realizadas por la inquilina se reducen a que ésta hizo acto de presencia en el piso en algunas ocasiones, a que pagaba el alquiler, contratase suministro de gas butano, abonase el importe del consumo de energía eléctrica y realizase obras de saneamiento y acondicionamiento, pintura y asistencia a las juntas de inquilinos, ninguna de las cuales puede suponer la justa causa que la Ley exige para justificar la desocupación; al contrario, evidencian terminantemente el abandono del piso por la sola conveniencia de la inquilina, que así queda desasistida de toda razón y derecho para continuar en él.* (Sentencia de 10 de noviembre de 1967; ha lugar.)

10. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: DESOCUPACIÓN: JUSTA CAUSA: *Concurrente la realidad de la enfermedad, la necesidad de asistencia y la gravedad de aquélla, resulta que todo ello es ajeno a la voluntad de la demanda, sin que quepa a la recurrente señalar a la otra el camino que debió seguir para residenciarse en su curación, ya que ello es materia reservada a su médico y no fue objeto de la litis.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1967; no ha lugar.)

11. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: OBRAS INCONSENTIDAS: ALTERACIÓN DE CONFIGURACIÓN: *En la vivienda lo que era cocina, fue transformada en habitación izquierda de la misma, y una puerta fue transformada en ventana, obras ambas que, evidentemente, alteraron la configuración de la vivienda alquilada.* (Sentencia de 14 de noviembre de 1967; no ha lugar.)

II.—Derecho procesal.

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: FORMALIDADES: *Es necesario consignar con claridad y precisión el concepto de las infracciones legales, las doctrinas jurisprudenciales infringidas y en qué conceptos.* (Sentencia de 23 de octubre de 1967; no ha lugar.)

2. Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Barcelona

A cargo de José PERE RALUY

I. Derecho civil

1. SUBARRIENDO U HOSPEDAJE: *No existe subarriendo sino hospedaje, si lo cedido es, no el local o habitación pura y simple, sino ésta con la prestación de los servicios precisos para suplir los que se hallan normalmente en el ambiente familiar.* (Sentencia de 21 de febrero de 1967; no ha lugar.)

2. HOSPEDAJE; CALIFICACIÓN: NO PRECISA NOTIFICACIÓN AL ARRENDADOR: *Si el inquilino cede al tercero, que con él habita en la vivienda, una habitación, facilitándole también los servicios de limpieza, lavado de ropa y arreglo de la habitación, e incluso le sirve la comida, ello constituye hospedaje, y si el número de huéspedes no excede de dos, no es causa de resolución —aunque no se notifique al arrendador—. (Sentencia de 8 de mayo de 1967; no ha lugar.)*

3. PRESUNCIÓN DE SUBARRIENDO: *La presunción de subarriendo puede desvirtuarse probando que entre el inquilino y el tercero que convive con él existe una relación o vínculo incompatible con el subarriendo.* (Sentencia de 9 de mayo de 1967; no ha lugar.)

4. SUBARRIENDOS DEL ARTÍCULO 18 L. A. U.: *Los subarriendos a que se refiere el artículo 18 L. A. U., para que sean lícitos sin necesidad del consentimiento del arrendador, deben ser notificados al mismo, aunque se produzcan sucesivamente.* (Sentencia de 9 de mayo de 1967; no ha lugar.)

5. NORMAS SOBRE VENTA DE PISOS: *La finalidad de las normas de los artículos 53 y 54 L. A. U es la misma, por lo que hay afinidad entre las acciones basadas en ambos preceptos*

SENTENCIAS DE SUPLICACIÓN: FUNCIONES DE LA SALA: *Si el órgano «a quo» no entró en el fondo del asunto, la Sala de suplicación puede resolverlo actuando en funciones de instancia.* (Sentencia de 5 de mayo de 1967; no ha lugar.)

6. ORDEN DE PRELACIÓN EN LA VENTA DE VIVIENDAS: *El orden de prelación establecido en el artículo 54 L. A. U. sólo opera cuando las ventas de pisos se realizan sucesivamente, no si se manifiesta el propósito de la venta simultánea de todos ellos, sin propósito de burlar los derechos de los inquilinos.* (Sentencia de 3 de mayo de 1967; no ha lugar.)

7. NECESIDAD: SELECCIÓN PREVIA: *No es preciso realizar selección con arreglo a la prioridad establecida por la L. A. U., si la vivienda objeto de la denegación de prórroga es la única que tiene condiciones de habitabilidad o la que más se acerca a tales condiciones.* (Sentencia de 4 de abril de 1967; no ha lugar.)

8. NECESIDAD: SELECCIÓN: *No han de entrar en la selección los locales de negocio.* (Sentencia de 31 de mayo de 1967; no ha lugar.)

9. NECESIDAD: SELECCIÓN: *A efectos de la selección hay que atender a la fecha del requerimiento para determinar las circunstancias de prelación.* (Sentencia de 13 de abril de 1967; no ha lugar.)

10. NECESIDAD Y COMODIDAD: *Hay necesidad, y no simple comodidad, cuando se niega la prórroga porque el beneficiario de tal denegación, estando en la vivienda que en la actualidad ocupa, ha de recorrer forzosamente a pie un gran trayecto desde la misma al lugar de trabajo, lo que no ocurriría con la que se reclama.* (Sentencia de 24 de febrero de 1967; no ha lugar.)

11. NECESIDAD O COMODIDAD: *No cabe la denegación de prórroga por necesidad basada en la precisión de unos hijos de tener próximos a sus ancianos padres octogenarios, si ello puede lograrse albergando a los padres en la propia vivienda de que disponen las hijas, aneja a la tienda que tienen las mismas, con lo que pueden aquéllas simultanear el cuidado de sus padres y la atención de la tienda.* (Sentencia de 16 de marzo de 1967; no ha lugar.)

12. NECESIDAD: *El concepto de necesidad es de carácter jurídico.* (Sentencia de 5 de mayo de 1967; no ha lugar.)

13. NECESIDAD DE VIVIENDA: NECESIDAD CREADA VOLUNTARIAMENTE: *No procede la denegación de prórroga por necesidad, si ésta se creó voluntariamente.*

NECESIDAD POR TRASLADO DE UNA POBLACIÓN A OTRA: *No procede la resolución si no se demuestra la necesidad del traslado y menos si en el lugar en que radica la finca reclamada, vendió el arrendador otra finca con posterioridad al año del requerimiento.* (Sentencia de 24 de mayo de 1967; no ha lugar.)

14. NECESIDAD: TIEMPO AL QUE HAY QUE REFERIRLA: *El momento determinante de la necesidad es el de la fecha final del plazo de requerimiento, no el de realización de este acto.*

NECESIDAD POR MATRIMONIO: *No puede prosperar la demanda si el matrimonio en que se basa no se había contraído al tiempo de expirar el plazo de preaviso.* (Sentencia de 25 de abril de 1967; no ha lugar.)

15. NECESIDAD: CORRELACIÓN ENTRE LA DEMANDA Y EL REQUERIMIENTO PREVIO: *No puede darse lugar a la demanda de resolución por necesidad con base en una causa no alegada en el requerimiento.* (Sentencia de 15 de marzo de 1967; ha lugar.)

16. NECESIDAD: PREAVISO: EJERCICIO DE LA ACCIÓN: *El preaviso denegatorio de la prórroga puede darse aun antes de la expiración del contrato de arriendo, pero siempre que el final del año de preaviso sea posterior a la fecha de expiración de tal plazo.* (Sentencia de 10 de febrero de 1967; ha lugar.)

17. NECESIDAD: LUGAR DE TRABAJO Y LUGAR DE DOMICILIACIÓN: *San Adrián del Besos y Santa Coloma de Gramanet, por ser en realidad suburbios de Barcelona y formar con ella físicamente una agrupación urbana, deben con-*

siderarse como una sola población a efectos de la denegación de prórroga por necesidad. (Sentencia de 23 de febrero de 1967; ha lugar.)

18. NECESIDAD: OBLIGACIÓN DE RESIDIR EN DETERMINADO LUGAR: *No es preciso alegar ni en el requerimiento previo ni en la demanda, el deber de residencia en una determinada localidad si en el proceso se prueba que ya se reside en ella.* (Sentencia de 16 de marzo de 1967; ha lugar.)

19. NECESIDAD: DERECHO A VIVIENDA INDEPENDIENTE: *No puede imponerse al arrendador que reclama vivienda independiente para su hija, que conviva en la que el primero ocupa, con la nueva familia de su hija.* (Sentencia de 17 de febrero de 1967; no ha lugar.)

20. NECESIDAD: POR MATRIMONIO: TIEMPO DE CELEBRACIÓN: *El matrimonio base de la necesidad ha de haberse contraído antes de expirar el plazo del año de preaviso.* (Sentencia de 20 de enero de 1967; ha lugar.)

21. NECESIDAD POR CRECIMIENTO DE LOS HIJOS: *Si por el crecimiento de los hijos es preciso separar los de distinto sexo en diversas habitaciones, para lo que resulta insuficiente el espacio de que se dispone, cabe invocar la situación de necesidad.*

SUPPLICACIÓN: NECESIDAD: *Por tratarse de labor doctrinal y técnica es revisable, en suplicación, la valoración jurídica de los hechos, a efecto de determinar si los mismos integran o no una situación de necesidad.* (Sentencia de 6 de marzo de 1967; ha lugar.)

22. NECESIDAD: RAZONES DE SALUD: CAMBIO DE CLIMA: *No procede la denegación de prórroga con base en dictamen médico, según el cual, el beneficiario de la denegación de prórroga residente en Barcelona, requiere un clima de media altura, si la vivienda reclamada está en población marítima, de condiciones análogas a las de Barcelona.* (Sentencia de 12 de mayo de 1967; no ha lugar.)

23. REDUCCIÓN DE LA RENTA AL TIPO FISCAL: FALTA DE BASE FISCAL CONCRETA: *Si falta una base fiscal concretamente referida a la vivienda, no cabe, al amparo del artículo 103 L. A. U., reducir la renta a cero, ni a la cifra asignada a otra vivienda análoga del propio inmueble.* (Sentencia de 10 de abril de 1967; ha lugar.)

24. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO: ARRENDAMIENTO SIMULADO: *Procede rechazar la demanda de resolución de arrendamiento si de lo actuado aparece probado que tal arrendamiento es de carácter simulado, con objeto de que el verdadero contrato de arrendamiento quedara configurado como un subarriendo derivado de aquel supuesto arriendo.* (Sentencia de 11 de mayo de 1967; no ha lugar.)

25. RESOLUCIÓN ARRENDATICIA: PLURALIDAD DE CAUSAS: COSTAS: *Procede imponer las costas al vencido si se da lugar a la resolución, aunque la resolución se apoye en una sola de las causas alegadas y se haya apreciado la no concurrencia de las demás.* (Sentencia de 7 de abril de 1967; no ha lugar.)

26. RESOLUCIÓN POR OBRAS: COLOCACIÓN DE ANAQUELES: *Modifica el aspecto, pero no cambia la configuración, ni es causa de resolución, la colocación de*

unos anaqueles o estanterías en forma de altillo, de carpintería y sin penetrar los elementos sustentadores en las paredes del local. (Sentencia de 28 de febrero de 1967; no ha lugar.)

27. AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE OBRAS: *No procede pedir la autorización, si las obras han sido autorizadas por el inquilino.*

IRREVOCABILIDAD DE LA AUTORIZACIÓN DE OBRAS CONCEDIDA POR EL ARRENDADOR: *Concedido por el arrendador el consentimiento para realizar determinadas obras, no posee eficacia el que luego lo retire.* (Sentencia de 24 de abril de 1967; no ha lugar.)

28. RESOLUCIÓN POR DAÑOS DOLOSOS: CONCEPTO: *No procede la resolución por daños dolosos si las humedades y desperfectos alegados como causa no derivan de actos u omisiones del demandado dirigidas a lograrlos.* (Sentencia de 27 de abril de 1967; no ha lugar.)

29. RESOLUCIÓN POR DAÑOS: CONCEPTO: *No se da la resolución por daños causados por peleas domésticas y desmanes incontrolados de los hijos menores y no con la intención o propósito de dañar.* (Sentencia de 13 de enero de 1967; ha lugar.)

II. Derecho procesal

1. LITIS PENDENCIA: *Sólo cabe admitirla si en el pleito anterior en que se basa, se procedió a emplazar a los demandados.* (Sentencia de 8 de marzo de 1967; no ha lugar.)

2. SUPPLICACIÓN: NATURALEZA: *El recurso de suplicación es de carácter extraordinario.*

DOCTRINA LEGAL: *No la constituyen las sentencias de las Audiencias Territoriales.* (Sentencia de 16 de enero de 1967; no ha lugar.)

3. SUPPLICACIÓN: NATURALEZA: *El recurso de suplicación no es una tercera instancia.*

SUPPLICACIÓN: INFRACCIONES APLICABLES DE OFICIO: *Cabe apreciar de oficio en suplicación, la infracción de la norma que prohíbe la admisión de recursos, sin acreditar el pago, o consignación de rentas.* (Sentencia de 18 de enero de 1967; no ha lugar.)

4. SUPPLICACIÓN: VINCULACIÓN A LA MOTIVACIÓN DEL RECURSO: *No cabe dar lugar al recurso con base en normas no alegadas en el mismo.* (Sentencia de 6 de febrero de 1967; no ha lugar.)

5. SUPPLICACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY: *No cabe estimar el recurso si no se cita ningún precepto como infringido.* (Sentencia de 10 de mayo de 1967; no ha lugar.)

6. SUPPLICACIÓN: FORMALISMO: CITAS DE PRECEPTOS INFRINGIDOS: *No cabe estimar la suplicación si no se cita con claridad la ley o precepto infringido.*

DOCTRINA LEGAL: *Una sola sentencia no constituye doctrina legal.* (Sentencia de 27 de abril de 1967; no ha lugar.)

Suscripción anual: España, 400,— pesetas.

Extranjero, 540,— pesetas.

Número suelto: España, 125,— pesetas.

Extranjero, 150,— pesetas.