

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 indetificables.—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 premuerto, 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", entendiendo 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 concedores 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 sobreviviente 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: verosímilmente 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 supérstite 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.

