

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

ENERO - MARZO 2008



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

Antigua **Revista de Derecho Notarial**
Fundada en 1953 por D. Rafael Núñez-Lagos

Número 65, enero-marzo 2008

La Revista Jurídica del Notariado no se identifica
con las opiniones expresadas por los autores en sus trabajos.

© CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

I.S.S.N.: 1132-0044

Depósito legal: GU-72/92

Impreso en España - *Printed in Spain*

Gráficas Minaya, S.A., C/ Méjico, 45 - 19004 GUADALAJARA

Consejo de Redacción:

Presidente: D. Antonio Rodríguez Adrados

Director: D. Rafael Gómez-Ferrer Sapiña

Secretario: D. Víctor Manuel Garrido de Palma

Consejeros:

D. Juan Bolás Alfonso
D. Ricardo Cabanas Trejo
D. Adolfo Calatayud Sierra
D. Francisco Calderón Álvarez
D. Elías Campo Villegas
D. José-Javier Castiella Rodríguez
D.^a Ana Fernández-Tresguerres García
D. José-Manuel García Collantes
D. Francisco-Javier García Más
D. Fernando Gomá Lanzón
D. Carlos Marín Calero
D. Jesús Marina Martínez-Pardo
D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
D. Ubaldo Nieto Carol
D. Ignacio Paz-Ares Rodríguez
D. Manuel-Ángel Rueda Pérez
D. Carlos Ruiz-Rivas Hernando
D. José-Carlos Sánchez González

SUSCRIPCIÓN Y DISTRIBUCIÓN:

Consejo General del Notariado
Paseo del General Martínez Campos, 46-6.º
28010 MADRID
Tf. 913 087 232
Fax 913 087 053
revistajuridica@notariado.org

SUMARIO

ESTUDIOS DOCTRINALES	<u>Pág.</u>
BERMEJO PUMAR, María Mercedes: “El sistema legitimario en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia” (Primera parte)	9
FERNÁNDEZ APARICIO, Juan Manuel: “La difícil delimitación entre elementos comunes y privativos: conducciones y canalizaciones”	129
GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: “El estímulo fiscal a las donaciones”	145
ORELLANA CALDERÓN, Raúl: “La <i>Tercera Partida</i> de Alfonso X el Sabio. Estudio y edición crítica de los títulos XVIII al XX. Contextos en torno a la edición de la <i>Tercera Partida</i> de Alfonso X el Sabio” (Parte 2. ^a)	159
RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: “La nueva póliza intervenida”	275
ROMERO COLOMA, Aurelia María: “La extinción de la pensión compensatoria por el cese de la causa que la motivó. Especial referencia a los trabajos ocasionales”	301
SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. ^a Paz: “Función y desnaturalización de los protocolos de consentimiento informado”	313
SERRANO GARCÍA, José Antonio: “La comunidad conyugal en liquidación” (I)	343

ACTUALIDAD JURÍDICA

Notas bibliográficas

FÖGEN, Marie Theres: “Storie di Diritto romano. Origine ed evoluzione di un sistema sociale” (Trad. ed. edizione italiana a cura di Aldo Mazzacane). Società editrice Il Mulino, Saggi 635. Bologna, 2005. Por Ramón P. Rodríguez Montero	507
“Canto al Notario Mayor”. Por Fernando Antonio Cárdenas González	549

**EL SISTEMA LEGITIMARIO
EN LA LEY 2/2006, DE 14 DE JUNIO,
DE DERECHO CIVIL DE GALICIA (1)
(Primera parte) (*)**

MARÍA MERCEDES BERMEJO PUMAR

*Notario
Doctor en Derecho*

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. SISTEMA LEGITIMARIO. **II.** ESTRUCTURA DE LA LEGÍTIMA. **A)** Legitimarios. Llamamiento: representación, acrecimiento, sustituciones en la legítima. **B)** Título, forma y medida. Intangibilidad. Gravamen permitido. Plazo. Otros gravámenes. **1.º** *Contenido económico del derecho del legitimario.* **2.º** *Determinación de la masa de reparto y de cálculo de la legítima.* **3.º** *Procedimiento para satisfacer la legítima (arts. 221, 224 y ss., 246, 247, 248, 249, 250, 273, 278, 281, 282, 292, 305).* **C)** La legítima del cónyuge viudo. **D)** Medios de defensa. **E)** Preterición. **F)** Desheredación (desheredamiento, arts. 262 y ss. de la Ley 2/2006; art. 218).

(1) Este artículo recoge las ideas expuestas en el Colegio de Abogados de La Coruña días antes de la publicación de la Ley 2/2006 y el contenido de la ponencia presentada en el Curso de Derecho civil de Galicia organizado por la Xunta de Galicia expuesta en la ciudad de Santiago el día once de junio del año dos mil siete.

(*) En este número de la Revista publicamos la primera parte de este trabajo, que comprende el apartado I y parte del II (los epígrafes A y B). El resto de los epígrafes del apartado II (C, D, E y F) los publicaremos en el próximo número.

I. Introducción. Sistema legitimario

La Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, que entró en vigor a los veinte días de la publicación en el DOGA (*Diario Oficial de Galicia*, 29 de junio de 2006, BOE 11 de agosto de 2006), modifica la regulación del sistema legitimario en Galicia.

La nueva LDCG prescinde, en esta materia, de una remisión expresa al Código Civil. Pero, como la ley anterior, se ocupa de la misma forma asistemática y fragmentada de ciertas instituciones de Derecho sucesorio; entre ellas, de la legítima, pieza fundamental del sistema.

El Código Civil, como las demás del Estado, es la ley supletoria (art. 1) en lo que no contradiga la LDCG.

Es imprescindible conocer el alcance de la reforma en la legítima gallega para saber cuál puede ser la aplicación de esta ley supletoria a las no pocas lagunas y contradicciones que origina la reforma del 2006, y para conocer, también, cuál es la eficacia de la nueva LDCG en el tiempo: cuanto más novedosa, menos retroactiva. En el tema que nos ocupa, en la medida en que la nueva regulación de la legítima no sea aclaratoria, interpretativa o complementaria de la anterior, su eficacia retroactiva será nula. Habrá que conciliar varias reglas transitorias en las sucesiones que se abran después de la entrada en vigor de esta ley, como la aplicable a los pactos válidos con arreglo a la ley anterior o las relativas a la partición de la herencia.

El párrafo primero de la disposición transitoria primera de la nueva ley gallega establece que las disposiciones de la presente ley sobre la partición de la herencia serán de aplicación a todas las particiones que se realicen a partir de la entrada en vigor de la misma, sea cual fuera la fecha de fallecimiento del causante.

El párrafo segundo: “respecto de los demás derechos sucesorios se aplicará la presente ley a las sucesiones cuya apertura tenga lugar a partir de la entrada en vigor de la misma”.

Las disposiciones transitorias no distinguen entre sucesión testada, intestada ni paccionada.

La Ley 2/2006 facilita un criterio de interpretación al remitirse en la tercera de las disposiciones transitorias a las del Código Civil.

Para la aplicación de la regla transitoria adecuada parece necesario distinguir entre la regla meramente particional de las demás que excedan de este carácter. Así se hace al interpretar la disposición transitoria cuarta del Código Civil: la regla contenida en la disposición transitoria cuarta sólo es aplicable a los casos en que la cuestión es limitada a un mero trámite procesal y no en lo que afecta a la sustantividad del derecho (STS 2/4/1909, 29/12/1927, 30/11/60).

Aplicando la regla transitoria cuarta del Código Civil, por remisión de la disposición transitoria tercera de la Ley 2/2006 (la disposición tercera expresamente se remite a “los principios que las informan”), es aplicable el primer párrafo de la disposición transitoria segunda de la Ley 2/2006 a los derechos ya nacidos no ejercitados antes de entrar en vigor la ley, siempre que las nuevas reglas de la partición no alteren subsistencia, extensión y términos reconocidos en la legislación anterior. El párrafo primero de esta disposición transitoria segunda no será aplicable al ejercicio, duración y procedimiento de derechos ya ejercitados aún no consumados. Si los procedimientos para hacerlos valer ya se iniciaron por los interesados, podrán optar por unos o por otros.

La ley reduce la cuota, suprime la paterna, no menciona la mejora, reconoce en el legitimario los medios de defensa del acreedor. Estas cuatro novedades son insuficientes para calificar el sistema legitimario.

El alcance de la reforma se extrae de la propia regulación contenida en la nueva LDCG aplicando los criterios de interpretación de las normas.

Cualquier ley se interpreta según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, la realidad social y el espíritu y finalidad que puede obtenerse de sus normas (art. 3 del Código Civil).

No es reveladora la escasa actividad de la Comisión.

Como una ley no es un contrato, no es relevante la intención de quienes impulsaron su elaboración y redactaron el borrador que se convirtió en texto legal (2). Además la ley refleja falta de técnica, de uniformidad en los conceptos y de coordinación en las soluciones.

Procuraremos hacer una interpretación en lo que la LDCG tiene de oscuro, evitando, en la medida de lo posible, que se contradiga.

De una primera lectura resulta que la LDCG se refiere de forma expresa al llamamiento del legitimario a la sucesión (art. 239); la forma en la que el causante ordene la sucesión afecta a la legítima (se mantiene la colación entre legitimarios –art. 227–, la sucesión testada con o sin legítima y la intestada son compatibles); a pesar de la afirmación del artículo 249 (se refiere a la parte activa, pero no a la pasiva de la relación) la LDCG no se ocupa de la responsabilidad de quien debe satisfacer la legítima, y

(2) En virtud de lo acordado en sesión de 15 de diciembre de 1999 de la *Comisión Superior para o estudo do desenvolvemento do Dereito civil galego*, se formó otra, a propuesta del Conselleiro de Justicia, para la elaboración de un texto sobre la Ley 4/1995. Esta comisión buscó apoyo en un pequeño grupo de trabajo que, a tiempo parcial y velocidad récord, elaboró un borrador debatido entre sus miembros que se presentó al Conselleiro en el mes de abril de 2001 y se dio a conocer en el *Libro homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, en el año 2002. Se debatió en el Congreso de Derecho civil de Galicia inmediato, en el que, en el tema que nos ocupa, se votó en contra del texto de esta reforma. Sobre la elaboración del borrador que culmina en el texto legal, *vid. Libro homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, pp. 2381 y ss.

regula las acciones reconocidas hasta ahora como propias del legitimario sin olvidarse de su eficacia real (reducción –art. 251–); tiene al legitimario como parte interesada en la liquidación de la herencia (previo necesario de la acción de complemento), por lo que mantiene la exigencia de su conformidad a la propia liquidación (art. 250). La ley se completa con las normas aplicables en Galicia sobre administración y liquidación de las herencias, tanto sustantivas (arts. 1.025 y siguientes del Código Civil) como las compatibles procesales (Ley de Enjuiciamiento Civil); normas, en especial en cuanto a la participación del legitimario y del acreedor en la liquidación y los actos de disposición que puede realizar el heredero, de contenido contrario a las de otro ordenamiento del Estado, como es el catalán.

La ley regula actos de mejora y los contratos sucesorios válidos en Derecho. No tiene que concluirse que no existe mejora porque la ley no se refiera a una cuota con ese nombre. Tampoco en el Código Civil se dedica sección al tercio de libre disposición, que no regula y, sin embargo, se deduce el régimen de una parte de la herencia libre de vinculaciones legales (legítima) y contractuales (mejora). “Las mejoras” (en plural tanto en el Código Civil y Proyecto previo de 1851), en su acepción de cuota, son la consecuencia de las mejoras en su acepción de régimen de determinado tipo de actos sobre una masa de bienes. Con la “propiamente dicha” (en expresión de F. GARCÍA GOYENA) a favor de descendientes y no a favor de extraños (como se conocía la porción libre), se califica la disposición que no se aplica al pago de la legítima y que puede ser del tercio y, antes del CC, del quinto, después, de otro tercio. Significado que ignora el artículo 245 de la nueva LDCG (“salvo disposición en contrario del causante, se imputarán en pago de la legítima de los descendientes... las mejoras pactadas con ellos”). Por lo que la ley parece reducir la eficacia sucesoria de lo que llama pacto de mejora a adjudicaciones con eficacia *post mortem* (arts. 214, 215) y no a genuinos pactos sucesorios, entendiendo por éstos en los que se reconocen derechos en la sucesión o en los que se ordena ésta.

El pacto sobre lo no imputable a la legítima, verdadero contenido sucesorio del de mejora tradicional, aquél que de alguna manera afecta la ordenación de la sucesión o reconoce una posición en ella, pacto que puede ser vinculante, no puede considerarse prohibido en la nueva LDCG con el alcance que siempre tuvo y tiene en el Código Civil gracias a los amplios términos del primer párrafo del artículo 209 de la nueva LDCG. Este contrato sucesorio de mejora del Código es la manifestación de una tradición compartida en diferentes territorios del Estado desde hace siglos.

Una interpretación de la nueva LDCG que niegue en Galicia la posi-

bilidad del genuino contrato de mejora con este alcance (mejora = lo no imputable a la legítima) y que haga imperativo para el legitimario el contenido del artículo 245 de la nueva LDCG, limita la eficacia del pacto, supone la negación del verdadero carácter sucesorio del contrato (por ser los requisitos del contrato oneroso los que convierten el pacto en vinculante) e impone una restricción a la esfera de actuación ya reconocida a la autonomía de la voluntad típica del Derecho gallego haciendo un injustificado y dudoso uso de competencia al asfixiar lo foral.

Las cuatro notas apuntadas al inicio no califican el sistema legitimario. Para comprender el alcance de la reforma de la regulación de la legítima en la LDCG 2/2006, es útil partir del estado de la cuestión bajo la ley gallega anterior 4/1995, de 24 de mayo, y tener presente otros sistemas legitimarios del Estado, para definir, de esta forma, por contraste, aquél al que nos conduce la nueva LDCG. Por lo que a continuación expongo las líneas del sistema legitimario gallego vigente en Galicia antes de la entrada en vigor de la Ley 2/2006 y anticipo en qué medida la nueva LDCG lo altera.

Sistema legitimario en Galicia y las alteraciones por la actual Ley

La antigua LDCG 4/1995 se remitió al Código Civil. La legítima se rigió hasta la Ley 2/2006 por el Código Civil, salvo alguna particularidad. La regulación de la legítima en el Código Civil forma parte necesaria (y así se viene interpretando) de un sistema coherente de normas compatibles; esta correlación y sistema hace innecesaria la repetición de principios, soluciones y evita contradicciones.

a) En el Código Civil y LDCG 4/1995 se entiende que el sistema es de **llamamiento**. También en la nueva LDCG lo legal es el llamamiento (esta ley lo dice, además, de forma expresa) a falta del voluntario. De manera que la legítima no es ajena al fenómeno sucesorio y las reglas a las que está sometida la sucesión afectan a la posición del legitimario.

El legitimario tiene derecho a ser llamado a la sucesión. Si el llamamiento no es voluntario, se produce por ministerio de la ley. La sucesión *ab intestato* es supletaria de la voluntaria con o sin legítima.

El legitimario ostenta una posición en la sucesión para hacer efectivo el derecho al que debe ser llamado. Esta posición es abstracta (con un mínimo económico) y el testador es quien la concreta. En respuesta a este llamamiento se reconoce el juego de los institutos de opción (aceptación y repudiación).

Una consecuencia de este sistema es la teoría que defiende la calificada de “vocación legal autónoma” como tercer género de vocación sucesoria: la legitimaria, independiente y más restrictiva que la intestada. Teoría que sostuvo el profesor LACRUZ BERDEJO en concretos supuestos (preterición, indignidad o desheredación) para limitar el derecho a la cuota íntegra.

El sistema de llamamiento es distinto al de atribución legal. Un ejemplo de legítima atribución legal es la actual en Cataluña. El legitimario, por serlo, no es un llamado a la sucesión. La legítima se regula, en el Derecho catalán, entre las atribuciones legales, por ahora, con la cuota viudal y las reservas (cuya supresión se prevé en el proyectado libro IV). El legitimario no es llamado al derecho; la ley atribuye, no el derecho a ser llamado (como en la actual LDCG), sino el derecho mismo definido en la propia ley. En la catalana la legítima no es de configuración voluntaria. Como el legitimario ya tiene atribuido el derecho, no es necesario llamarle a él ni configurarlo. Por lo que, aunque el legitimario esté llamado a la sucesión (como heredero o legatario), la legítima no se confunde con la posición en la sucesión (no es propiamente desdoblamiento de una posición en dos porque como tal legitimario no ostenta posición en la sucesión). Pero el contenido patrimonial del llamamiento voluntario, del legado o al que tiene derecho como heredero, puede servir para dar por satisfecho el contenido patrimonial de la legítima; la atribución patrimonial, en este caso, sirve a dos fines.

Hay llamamiento cuando no hay atribución. No se llama a lo que se tiene, no hay llamamiento al derecho cuando el legitimario tiene el derecho atribuido por ministerio de la ley, atribución legal del derecho, idea distinta a la de atribución patrimonial, contenido económico del derecho (art. 240 LDCG).

Las diferentes consecuencias son expresas y patentes. En la ley catalana el legitimario, por serlo, tiene el derecho por ministerio de la ley y lo transmite sin necesidad de aceptarlo y su derecho es apreciable a todos los efectos sin necesidad de aceptarlo ni reclamarlo. Lo único que puede hacer es renunciarlo. Esta diferencia marca toda la regulación expresa de la legítima catalana: el momento en el que el acreedor del legitimario puede hacer efectivo su derecho con cargo a la legítima (no hay mecanismo de subrogación en el *ius delationis*). No es necesario que el legitimario acepte o renuncie para hacer número. El legitimario transmite el derecho de legítima a sus herederos, no el derecho a aceptarla o repudiarla. No es necesario que el legitimario preterido, una vez que prospera la acción de preterición, reclame su derecho para ser apreciado; basta para evitarla cualquier mención sin llamamiento a un contenido jurídico y cualquier

atribución imputable... Nada de esto se presume y la ley catalana expresamente lo prevé.

En el ordenamiento catalán la legítima es una atribución legal (art. 350: “la legítima confiere por ministerio de la ley”). La ley no llama a una posición, sino que atribuye un derecho y éste se presume que se quiere si no se renunció a él [art. 351 (3)]. Como el derecho se atribuye por ley, no es necesario el llamamiento legal al derecho que ya se tiene; ni es necesario aceptar o reclamar el derecho que ya se tiene, sino, sólo, su satisfacción, el contenido material de la legítima.

De esta manera, la regulación del derecho de los legitimarios se aparta del fenómeno sucesorio; se regula después del **ab intestato** como una atribución legal (Título V, “Otras atribuciones sucesorias determinadas por la ley” con la cuota viudal y la reserva –que en el Proyecto de Libro IV se pretende suprimir–). Con lo que se produce la reducción de efectos en aquellos casos que podría buscarse entrada de forma automática a otra solución legal por la regla de compatibilidad de sucesiones que en Cataluña todavía no se admite.

El que la legítima sea o no atribuida por ley (su contenido jurídico) tiene consecuencias prácticas: respecto de los propios acreedores del legitimario (el art. 351 establece cuándo puede ser objeto de embargo o ejecución el derecho que ya se tiene); a la hora de apreciar cómo hacen número los legitimarios para el cálculo de la legítima que en el Derecho catalán se califica expresamente de individual (art. 357, al no ser necesaria la aceptación del derecho al que se llama); al definir, apreciar y fijar los efectos de la preterición (art. 367, “tiene derecho a exigir”) cuando no es por error, o, en este caso, como, realmente, un supuesto de revocación por vicio en la voluntad; al fijar el momento desde el que la legítima comienza a devengar interés (art. 365); al establecer el derecho de transmisión en la legítima (el derecho se tiene por los herederos del legitimario en tanto no se renuncia, art. 29, 461-14 del Proyecto de Libro IV) ... y un largo etc.

Esta atribución no es un llamamiento legal a la sucesión limitado a una cuota reducida, sino un derecho atribuido por ley que cuenta con régimen propio que no se integra con las reglas del **ab intestato**. Este derecho no atribuye derechos al legitimario en la sucesión (como en el caso de ser llamado a ella), sino contra el sucesor (“El heredero responde per-

(3) Ley 40/1991, de 30 de diciembre, Parlamento catalán:

Artículo 350. La legítima confiere **por ministerio de la ley** a determinadas personas el derecho a obtener en la sucesión del causante un valor patrimonial que éste podrá atribuirles a título de institución hereditaria, legado, donación o de cualquier otra manera.

Artículo 351. Se presumirá aceptada la legítima mientras no sea renunciada pura o simplemente.

La legítima **no deferida** no podrá ser objeto de embargo o de ejecución por deudas de los presuntos legitimarios.

sonalmente del pago de la legítima y de su suplemento”, art. 366); derecho que no se confunde con el del sucesor de serlo el mismo legitimario (art. 35). Esto no impide que en Cataluña una atribución patrimonial aproveche a dos fines. De manera que, si se rechaza la atribución imputable, se rechaza la que puede exigir por su derecho legal, a salvo siempre la voluntad del testador o causante. La atribución patrimonial sirve a dos fines y se tiene, en parte, por legítima, y, en parte, por liberalidad (p. ej., art. 361). Pero aquí acaba toda confusión: en los efectos de la atribución material voluntaria. No se confunden las posiciones de heredero y el derecho del legitimario. En el Derecho catalán no se tienen dos posiciones en la sucesión, por lo que tampoco se puede decir que se dé desdoblamiento de una misma posición en la sucesión. Las facultades y posición del heredero no se confunde, ni extingue el derecho y las facultades del legitimario necesarias para el cobro efectivo de lo que le corresponda (p. ej., arts. 34, 35, 36, 277, 278, cuarta falcidia –cuya supresión se pretende en el Proyecto de Libro IV del tripartito anterior– y derecho a legítima –que en Castilla cumple la función de falcidia–). Lo reafirma la colocación sistemática de la legítima catalana y su tratamiento como una carga que debe ser satisfecha, para lo que el legitimario cuenta con garantías legales (p. ej., las previstas en los arts. 34 y ss.).

En esta legislación (la catalana) no hay confusión en las posiciones como consecuencia de la regla que integra la sucesión testamentaria. Al ser la sucesión testada incompatible con la intestada, las soluciones para posibles supuestos de vacancia de cuota se resuelven entre los llamados por testamento (p. ej., en el caso del acrecimiento).

Por tanto, la legítima como atribución legal catalana a favor del legitimario se regula por sus propias reglas y al margen de las de la sucesión por voluntad del causante y de la sucesión intestada.

En la nueva LDCG no hay nada de esto.

Las expresiones y las soluciones de la nueva LDCG **no** son las de una legítima al margen del fenómeno sucesorio. La legítima gallega no está atribuida por la ley ni es ajena a las vicisitudes del fenómeno sucesorio. La LDCG no atribuye un derecho al que se puede renunciar, pero que se tiene por ley sin necesidad de aceptarlo. La interpretación literal de la ley gallega contradice este sistema. Utiliza la expresión llamamiento (art. 239), se llama al derecho que no se tiene y recurre a las soluciones del Código Civil (*vid.* 259 –en este caso de forma inexplicable, altera los supuestos creando un vacío legal y no contempla las excepciones del 814-2.º, con lo que la regla se vuelve más restrictiva–, 260, 261... LDCG). Y parte de la necesidad de que el preterido reclame el derecho mismo, y no su cobro (art. 258: “tendrá derecho”).

En la nueva LDCG no hay atribución legal. En la LDCG hay llamamiento del legitimario (art. 239) y la idea de llamamiento y atribución son incompatibles.

Pondremos, de momento, un ejemplo. En el Código Civil hay llamamiento, no hay atribución. La preterición no es apreciable de oficio. No basta que conste la existencia de un legitimario omitido para que éste tenga derecho. Tiene que reclamarlo. Como esta reclamación sólo incumbe a él, el contador-partidor no puede, por sí solo, apreciar la preterición y satisfacer el derecho que el legitimario no tiene. Esta idea es la que refleja la LDCG en el artículo 258 de la LDCG (“tendrá derecho”), o en el artículo 261, en el que, para el supuesto del 259, se recoge la solución propia de Derecho común, en el que se admite la transacción con todos los demás legitimarios y no se admite la apreciación por el contador-partidor, quien debe cumplir la voluntad del testador, pero no su falta de voluntad, y no puede dar satisfacción por sí solo a un derecho que todavía no se tiene y que, a lo mejor, no se quiere. Además, en Derecho común y el gallego vigente que esta ley no exceptiona de forma expresa ni tácita, el ejercicio de la acción de preterición no es aceptación del derecho que le corresponde, ya que el omitido reconocido como tal legitimario (ya sea la preterición no intencional o la contraria) puede no aceptar.

El no ejercicio de la acción de preterición no es renuncia, por lo que, en principio, no tiene lugar lo dispuesto en el artículo 239 (“hacen número”) de la nueva LDCG.

La nueva LDCG no recoge ninguna de las consecuencias propias de una atribución legal; mantiene el sistema que rigió siempre en Galicia. Ninguna de las normas en la nueva LDCG prevén alguna de las consecuencias de la legítima atribución. Por el contrario, como queda expuesto, la ley acoge de forma expresa el llamamiento legitimario (art. 239: “llamamiento legitimario”) y no tiene por atribuido el derecho, por lo que utiliza la expresión “tendrá derecho” (art. 258). No se altera, de forma expresa ni tácita, el sistema que siempre rigió en Galicia. En este sentido, la nueva LDCG no establece ninguna norma que esté en contradicción con las soluciones del Código Civil.

En la nueva LDCG hay llamamiento (arts. 239, 258...) y configuración voluntaria (arts. 224, 245, 261). Resulta de su tenor literal y colocación sistemática: la regulación se hace entre las reglas de la sucesión voluntaria y las que regulan el *ab intestato*, como límite a la voluntad del causante. Las de la sucesión intestada son las reglas supletorias a falta de disposición voluntaria, con o sin legítima, cuando no existen otras especiales relativas a los distintos supuestos que puede originar el llamamiento a favor de quien es legitimario. Resulta así de la nueva LDCG, como veremos al comentar el articulado, no sólo de las soluciones que no contempla, sino

también de las que expresamente recoge la sección que se ocupa de la legítima y de las reglas que la integran.

Por lo que en la nueva LDCG, según lo que de ella misma puede concluirse interpretada con arreglo a los criterios del artículo 3 del Código Civil, el legitimario es un llamado a la sucesión, no está excluido del fenómeno sucesorio, su posición en él está determinada por el causante (por acción u omisión), la medida de su derecho depende de ella; es necesario el título del derecho; no hay tampoco en la ley nueva ninguna norma que responda a la teoría del desdoblamiento ni a un derecho atribuido por ley con un régimen pleno y autónomo.

b) Cómo se produce el llamamiento. En el Código y en las dos LLDCG, anterior y en la nueva, se mantiene el sistema del Código Civil y la legítima se regula después de la sucesión voluntaria y antes de la sucesión intestada. Las reglas del llamamiento legal suplen la falta de regla en el título sucesorio voluntario e integran la voluntaria con o sin legítima. No hay ley contra ley [en el *ab intestato* sólo cabe la legítima del viudo, es la que expresamente reconoce la ley (4)]. En el actual sistema gallego se conserva la misma colocación sistemática, la legítima se regula e interpreta como límite a la libertad del causante.

Lo contrario sucede, como queda dicho, en la ley catalana, en la que la sucesión testada e intestada todavía se dicen incompatibles y la legítima se regula después de la sucesión testada e intestada y al margen del fenómeno de la sucesión, como una carga de la herencia.

El artículo 181 de la vigente LDCG acepta, a su manera, sin establecer la relación entre las distintas vocaciones, el principio tradicional de compatibilidad de sucesiones testada e intestada y que la sucesión se defiera en parte por voluntad del hombre y en parte por ley, como proclama el artículo 658 del Código Civil.

De acuerdo con el artículo 181, la nueva LDCG recoge soluciones que presuponen la compatibilidad de estas sucesiones. La voluntad se integra por las reglas del *ab intestato*.

(4) ESPEJO LERDO DE TEJADA (*La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil*) defiende la legítima en el *ab intestato*, lo que no comparto. Los argumentos en los que se basa incurren en petición de principio: hay legítima en el *ab intestato* porque la stirpe del desheredado, cuando sea compatible la testada con la intestada, sólo reciben la estricta. El caso es que ninguna norma dice que sea la estricta la legítima de esta stirpe, y en *ab intestato*, no hay el recurso a los tercios. Por otra parte, la colación se da en la testada e intestada porque es la agregación de las donaciones a favor de los legitimarios agregada a lo que en la herencia reciben estos mismos para su reparto entre ellos; agregación a la parte de herencia de los legitimarios, no agregación a toda la herencia para provecho de extraños o de legados que no sean en sustitución; la agregación es a toda la herencia en el *ab intestato*.

Las singularidades de un **llamamiento legitimario legal calificado de autónomo** tienen sentido frente al llamamiento legal **ab intestato**; por tanto, en aquellos sistemas en los que son compatibles las sucesiones testada e intestada y en los que ésta integra la primera como supletoria (referido al concepto, a la regla que falta, no a la voluntad).

La idea de una vocación legal calificada como autónoma presupone que existe otra, en especial otra legal, de la que ésta es independiente: el llamamiento intestado.

Para que el llamamiento legal sea una vocación legal autónoma, la ley debe singularizar el régimen de este llamamiento (cuándo se produce, de qué manera, etc.), ya que a falta de norma voluntaria y legal especial, la regla aplicable es la general del *ab intestato*, en su caso en lo que sea imperativo y compatible con la voluntad del causante. Las reglas legales son aplicables, salvo siempre la voluntad en lo no imperativo (p. ej., no es imperativa la sucesión de órdenes en el caso de desheredación, excedería del límite legal impuesto) o como regla que suple la falta de otra (art. 925).

En el Derecho común, la legítima (siguiendo la tradición de la legítima goda/hispánica) se extiende a lo no dispuesto; el legitimario tiene derecho a recibir aquello de lo que el testador no haya dispuesto (solución coherente con la compatibilidad de sucesiones testada e intestada). En consecuencia y por ejemplo, en el Código Civil no se dice de qué priva la desheredación porque, por las reglas de integración de la testada, el legitimario del Código Civil tiene derecho a la cuota íntegra y de ella se le priva con el testamento que le desherede. Y por eso resulta contradictoria la nueva LDCG cuando dice que la desheredación priva de la legítima, ya que si resulta ineficaz el llamamiento de heredero testamentario, y por legítima se entiende sólo el mínimo intangible a la porción a la que se defiende un llamamiento autónomo, habría que preguntarse si resulta excluido del llamamiento intestado. Lo que no parece coherente.

El llamamiento legitimario en la nueva LDCG, tal y como lo regula, está sujeto a reglas propias del Derecho común que no permiten el que pueda defenderse con carácter general la idea de una vocación legal independiente y sujeta a reglas diferentes de la intestada en cualquier caso de vacancia, ineficacia u omisión (p. ej., no queda excepcionado el art. 986 del Código Civil). De ahí la interpretación en este sentido que intenta algún autor (5) para el caso de preterición en la nueva redacción del artículo 814, ya que no había realmente apoyo legal alguno, como se reconoce, para sostener que el preterido al que se conocía sólo tenía derecho a la legítima corta.

(5) RIVERA FERNÁNDEZ: *La preterición en el Derecho común español*, Valencia, 1994.

En la nueva ley gallega, la vocación legal autónoma a la cuota legítima sólo tiene lugar en un único caso: el que la ley llama preterición intencional; discutible en el caso de desheredación injusta, y no se da en otros casos de automatismo legal: por ejemplo, en el de representación (el art. 261 de la LDCG mantiene la misma redacción que el art. 814-3 del Código Civil).

Algunos autores ven en el párrafo primero del artículo 814 esta vocación autónoma. Sin embargo, en el Código Civil, la posibilidad de una interpretación más flexible puede tener lugar en todos los supuestos de preterición, gracias a la mejora y a la determinación indirecta del derecho del omitido por lo efectivamente dispuesto por el testador, como permite el párrafo quinto del artículo 814. Por lo que no se puede decir que existan, en todo caso, diferentes efectos de ser la preterición no intencional o su contraria, ya que va a depender de circunstancias: de lo dispuesto por el testador (814-5.º).

Esta interpretación no cabe en la LDCG, en la que se establece para la preterición llamada intencional un llamamiento separado y en norma especial al mínimo legítimo. La nueva LDCG, cuando se ocupa de la preterición, como tendremos oportunidad de ver, establece unas reglas más rígidas y tiene menos en cuenta la voluntad del testador que en el Código Civil.

Y es que la singularización del régimen legal de la posición del legítimo que permita hablar de un tercer género de llamamiento legal distinto del *ab intestato* por el que la ley llame sólo a la legítima porción, puede ser mayor o menor; lo que depende sólo de cómo la ley lo regule. Por ejemplo, existe una mayor singularidad de la vocación legítima en el Derecho aragonés que en el común. En la primera (p. ej., art. 177-3, en el caso de renuncia; en el de desheredación, art. 196 de la ley aragonesa) el llamamiento del legítimo se contempla de forma independiente al llamamiento legal *ab intestato* en más supuestos que en el de preterición [como se pretende para el Derecho común y puede defenderse en el art. 258 de la LDCG, ya que la posición del legítimo en el caso del 258 no es la misma que en el supuesto del art. 259 (6)].

(6) En mi opinión, el párrafo 5.º del artículo 814 no permite distinguir en efectos entre el párrafo primero y el número 2 del párrafo segundo del artículo 814 del Código Civil. En el Código Civil, el título del preterido es legal y, en todo caso, el contenido jurídico del mínimo legítimo no da lugar a una gran diferencia de posiciones entre uno y otro supuesto. La diferencia queda reducida a la cuota y ésta va a depender de lo efectivamente dispuesto por el testador (párrafo quinto del art. 814). BERMEJO PUMAR, M. M.: "La legítima", *Instituciones de Derecho Privado*, t. V, vol. 3.º, pp., entre otras, 324, 325). Este párrafo quinto es un argumento en contra de la idea de que existen en el Código Civil dos instituciones diferentes en el artículo 814. Tesis, la de dos instituciones, defendida por BOLÁS ALFONSO ("La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981", AAMN, 1982, pp. 198, 199) y, por razón del título, por RIVERA FERNÁNDEZ (*La preterición en el Derecho común español*, pp. 98, 99, 100).

c) Hay cumplimiento de la obligación en el reconocimiento voluntario. El concepto vocación legal no niega la posibilidad de reconocimiento y configuración voluntaria de la legítima de forma directa o indirecta por lo no dispuesto (coherente con los efectos que produce la compatibilidad de la sucesión testada e intestada). Este sistema, en este sentido, es menos rígido que el de atribución legal, que responde a un arcaico sistema de incompatibilidad de sucesiones testada e intestada.

Hay legítima en su cumplimiento voluntario, y, en éste, no hay llamamiento legal. De hecho, se puede decir que en la legítima hay cumplimiento voluntario en la mayor parte de los casos y, en ellos, la vocación legal es innecesaria. El llamamiento legal se produce a falta de llamamiento voluntario o por omisión, vacancia, ineficacia.

El derecho del legitimario es disponible por el causante dentro de ciertos límites. Es el causante quien determina el contenido del derecho, cuota, posición del legitimario, quien aparta, mejora, excluye, deshereda, atribuye una posición en la sucesión que afecta al contenido del derecho del legitimario como tal –art. 245 de la nueva LDCG–. Dentro de límites, la posición del legitimario y el contenido de su derecho se **configura de forma voluntaria por el causante (la legítima es la que corresponda)**. Existe un mínimo legal jurídico y económico que debe respetar. No existe un tope máximo.

En la tradición de Derecho común y en el de Galicia, antes y ahora, cuando el causante no agota lo que puede disponer dentro de estos límites a favor de quien no es legitimario o cuando no mejora, el máximo que recibe el legitimario se extiende a lo no dispuesto. **En este sentido existe coherencia entre los límites a la sucesión testada, con o sin legítima, y los efectos a los que da lugar la regla supletoria de la sucesión intestada** (la conciliación tiene en cuenta la voluntad del testador, salvo en lo imperativo).

La frase doctrinal de que la mejora es legítima cuando no es mejora es una frase que responde a la idea de que para la legítima (la goda/hispánica) no existe un máximo, lo que se tiene en cuenta cuando se exige el que las mejoras deban ser expresas y, si no son vinculantes, pueden ser de un tercio o de los dos (antes tercio y quinto; véanse, en este sentido, Proyecto Código Civil 1851, que explica el que el Código Civil no dedique sección al llamado tercio de libre disposición).

La parte que corresponde a los legitimarios en la herencia sujeta a las reglas de reparto que se establecen sólo en beneficio y provecho de ellos puede ser toda la herencia. Este es un efecto que no suprime el sistema actual.

La nueva ley gallega no excepciona el sistema. De ella resulta que la voluntad del causante determina (de forma directa o indirecta; por lo dispuesto o por lo no dispuesto o ineficaz) el contenido del derecho, cuota, posición del legitimario llamado, o no. Con lo que, en el sistema gallego, que esta LDCG no logra frustrar, la libertad del causante se mantiene al configurar la posición que puede corresponder al legitimario como tal legitimario, lo único que tiene que respetar es un mínimo, y esta voluntad se integra con las reglas de la sucesión intestada.

En este sistema **el título no lo es sólo de la atribución patrimonial, también del contenido del derecho del legitimario**. Se distingue entre el título de la legítima, como derecho que se reconoce en el legitimario, y el título de la atribución patrimonial aplicable en pago de ese derecho.

El testamento, la apartación, el pacto válido son títulos del derecho configurado libremente. En este sistema, el título voluntario (pacto, testamento) o legal (a la cuota íntegra o a la porción legitimaria) lo es del derecho del legitimario.

d) La ley gallega anterior, nuestra tradición y la ley supletoria (Código Civil) responden al sistema de **legítima mixta**: colectiva y en ella individual. La ley gallega anterior (LDCG 4/1995) se refiere a la global de forma expresa (legítima global e individual).

El sistema tradicional en Galicia es de legítima **mixta** (a diferencia del sistema catalán y balear): colectiva y en ella individual, con los efectos estructurales de la legítima colectiva (en el Código Civil).

En el Derecho común se reconoce acrecimiento no sólo en caso de renuncia (art. 985 Código Civil), sino con carácter general [para otros supuestos de ineficacia o vacancia, como el de prescripción, desheredación e indignidad sin estirpe (7)].

Este acrecimiento no es caprichoso. Es un **acrecimiento estructural**, como lo definió el profesor LACRUZ BERDEJO. El llamamiento es colectivo como **consecuencia**, no como principio. Este llamamiento colectivo responde a la estructura de la propia institución, para lo que tiene especial interés la formación de las masas de cálculo y extracción de la legítima y el carácter uniforme del contenido mínimo de las posiciones de los diferentes legitimarios por el hecho de serlo. De la formación de la masa de extracción y cálculo de la legítima participan sólo los legitimarios. La colación (la que se califica de colación en sentido estricto –traer el valor de lo que les fue donado para agregarlo a lo que les corresponde en la herencia para formar la base de reparto entre los legitimarios–) no aprove-

(7) Por ejemplo y por todos, en este sentido, LLEDÓ YAGÜE: *Sistema de Derecho civil, Sucesiones*, p. 349.

cha a extraños (art. 1.035 del Código Civil). El legitimario no está obligado a traer el valor de las donaciones que el causante le hizo para incrementar la porción del legado a una ONG, por ejemplo.

Una interpretación de la nueva LDCG en otro sentido carece de apoyo legal; la colación en Galicia es la que regula el Código Civil.

La reducción de donaciones no está prevista en provecho de los beneficiados por disposiciones testamentarias que no son legítima.

La nueva LDCG no proclama el sistema de legítima individual ni recoge ninguna de sus consecuencias. El artículo 239 se limita a negar el efecto del llamamiento colectivo en el caso del repudiante y el apartado que hacen número para el cálculo de las legítimas. El artículo 243 añade, para fijar la legítima, lo dado en apartación. Lo que tiene consecuencias, en las que la nueva LDCG no se detiene. No son imputables las donaciones efectuadas al apartado, pero son computables. Por lo que puede razonarse que se mantienen en punto a legítima la diferencia entre colación y computación.

En la LDCG anterior, la apartación surte efectos en la individual del apartado (la finiquita), pero, respecto de la colectiva, el apartado no hace número y no se agregaba a la masa de reparto el objeto de la apartación (arts. 148, 147 LDCG 4/1995) para la colación. En la actual tampoco a este efecto (art. 227).

La frase “hacen número” (arts. 239, 243) se refiere, entonces, a la computación, para la apreciación de la inoficiosidad (arts. 244 y 251), pero no para el reparto (arts. 227 LDCG, 1.036 del Código Civil). Nos detendremos al comentar los artículos 243 en este efecto.

La nueva ley se limita a recoger una excepción a los efectos de la solidaridad del llamamiento para dos casos en los que se ejercitó el derecho a aceptar o repudiar en el caso de renuncia (el de apartación es discutible como tal excepción si se tiene en cuenta el presupuesto –hay atribución patrimonial– y los efectos que la propia ley prevé). Pero el artículo 239 no agota aquellos en los que puede tener lugar el acrecimiento estructural de la legítima.

El artículo 239 está en relación con el anterior (art. 238) y produce el efecto que más adelante analizaré (renuncia del legitimario al llamamiento voluntario con sustitución vulgar).

Pero el artículo 239 de la nueva LDCG no dice cómo “hacen número” a efectos de calcular la legítima, ni cómo habrán de pagarse, ni cuáles son las consecuencias del pago o del ejercicio de acciones que aprovechen a todos [como hacen otras legislaciones (8)]. Nos detendremos en

(8) La legítima aragonesa es colectiva, por eso el artículo 179-3 excepciona esta regla y establece que la renuncia o la falta de ejercicio por alguno de sus derechos de reclamación (acción de reducción) no incrementa el de los demás.

este aspecto al tratar el artículo 239 en relación con los artículos 243 y ss. y en especial con la apartación (art. 227). También tiene interés la eficacia de este artículo en relación a la eficacia del título voluntario en el que se reconozcan los derechos del legitimario.

El artículo 239 se parece a medias a otro de la ley catalana: el artículo 357. Este artículo catalán está en relación al anterior, muy distinto de aquél que precede al 239 de la LDCG. El artículo 356 de la ley catalana establece que todos los legitimarios detraerán la legítima de una única cuarta. El 357 dice, a su vez, que: “Para determinar la legítima individual entre varios legitimarios hacen número el que sea heredero, el legitimario que la haya renunciado, el que haya sido desheredado justamente y el declarado indigno de suceder al causante. No obstante, los hijos o nietos del desheredado, o el declarado indigno que sea hijo del causante, son legitimarios por derecho de representación”. En la legislación catalana se prevén los efectos de esta vacancia en la cuota [art. 376 (9)]: la legítima se integra en la herencia, sin que acrezca a los demás legitimarios.

Como en Galicia no rige la ley ni la tradición catalana (en la que expresamente se acoge el sistema de legítima individual y se prevé con detalle sus manifestaciones y consecuencias), se aplicará la nueva ley de acuerdo con la tradición gallega y el Código Civil (Ley estatal supletoria) tal y como ordena la LDCG (art. 1).

Por lo que se puede concluir que en el vigente Derecho gallego, en los demás casos de vacancia (prescripción, desheredación o indignidad de la estirpe...), las consecuencias son las de la regla supletoria; por tanto, se aplica el sistema vigente en Galicia desde siempre (que proclamó la LDCG 4/1995). La nueva LDCG no prevé un cambio ni un efecto distinto, ni la solución contraviene lo dispuesto en la LDCG. Nos detendremos en las consecuencias de lo previsto en el artículo 239 al comentar la norma que contiene, en especial respecto de los efectos de la novedad que introduce en el caso de sustitución para el caso de renuncia y en el caso de que el reconocimiento de los derechos a los legitimarios sea voluntario.

e) Quiénes son los legitimarios.

Los legitimarios en el Código y en la Ley 4/1995 son los descendientes, ascendientes y cónyuge. En los dos primeros casos, la legítima cumple

(9) Artículo 376 de la Ley catalana 40/1991: La renuncia pura y simple de la legítima, el desheredamiento justo, la declaración de indignidad para suceder y la prescripción extinguen la respectiva legítima individual. Los mismos actos con relación al único o a todos los legitimarios la extinguen totalmente.

En todos estos casos la legítima se integra en la herencia sin que nunca acrezca a la de los demás legitimarios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 357, segundo párrafo.

función de falcidia de ser heredero (lo contrario en el sistema catalán, en el que el legitimario heredero, además de la legítima, tiene la falcidia como tal heredero), y satisface, en pequeña medida, la falta de troncalidad. En algunas regiones forales, los ascendientes se reducen a los padres (Cataluña o Baleares). En otras no es legitimario el cónyuge (Bizkaia) y los legitimarios son los descendientes (Aragón y Navarra), pero en éstos rige el principio de troncalidad.

La nueva Ley suprime la legítima a favor de los ascendientes. El legislador podría haber reducido la cuota de la legítima paterna en atención a la edad del testador, ampliado las causas de desheredación o indignidad... Pero la nueva LDCG adopta una medida drástica y suprime la legítima de los ascendientes, entre ellos también la legítima a favor de los padres, sin consideración a la edad del testador (el mayor de catorce años puede testar), ni a la procedencia del patrimonio, y a su situación de dependencia personal (separación de los padres, etc.).

La nueva LDCG suprime la legítima a favor de los ascendientes y no conserva ningún derecho de protección del patrimonio familiar. Sobre la interpretación de la supresión que hace esta LDCG de las reservas y reversión me remito al comentario que del artículo 182 hago más adelante. La interpretación que se haga de esta norma no puede privar a los reservatarios de los derechos ya adquiridos (se adquieren, al menos, desde el mismo momento en el que nace la obligación del reservista). También esta supresión es relevante desde un punto de vista sustantivo para el cálculo de las legítimas.

Por otra parte, la reserva puede ser convencional. La reserva es una institución mixta propia de la relación económico-conyugal y sucesoria. No está prohibido el pacto en capitulaciones matrimoniales sobre la obligación de reservar lo donado entre cónyuges (los cónyuges pueden pactar entre sí cualesquiera pactos de contenido económico). El mismo efecto se consigue con el pacto de mejora entre cónyuges a favor de descendientes (10). Pacto, este último, permitido en Galicia y en el Código Civil (válido en Derecho), que esta LDCG no puede negar sin más, ya que semejante interpretación supone una restricción intolerable a una libertad ya reconocida.

f) En el Código Civil y en la LDCG anterior rige el principio de **preferencia de grado** (a diferencia del sistema vasco y aragonés –este último con algún matiz–). Con derecho de representación, sólo, a favor de los descendientes.

(10) Sobre la evolución de los pactos en este sentido me remito a BERMEJO PUMAR, M. M.: *El artículo 831 del Código Civil*.

Entiendo que este principio de preferencia de grado (y la consiguiente sucesión por representación) rige en la legítima del Derecho gallego actual a pesar del artículo 238 de la nueva LDCG. En otro caso estaría en contradicción con otros de la misma ley (arts. 261, 245-3.º, LDCG, art. 761 del Código Civil) y del Código Civil aplicables en Galicia. Me remito al comentario que en esta misma exposición hago de estos artículos y de la integración de este artículo 238 con la norma del Código Civil, tal y como éste se interpreta también.

g) Se distingue entre legítima formal y material. Pero, por lo anterior (configuración voluntaria), la forma influye en el contenido económico (art. 245). Para la legítima variable en su cuota y, en interpretación posterior, incluso en la posición a salvo un mínimo, esta clasificación entre legítima formal y material es académica. En un sistema en el que la posición del legitimario es de configuración voluntaria y está sometida a las circunstancias de la sucesión, la forma influye en el contenido económico. En este sistema, la preterición es regla de integración de la voluntad en la propia legítima.

Se mantiene este mismo principio con las matizaciones que más adelante veremos.

h) La legítima en la Ley gallega 4/1995 es en bienes; en esa ley la legítima en metálico como medida de valor responde a presupuestos. La satisfacción de la legítima valor no es mero acto de partir, de ahí la necesidad de conformidad a la liquidación.

La nueva LDCG, Ley 2/2006, acoge la legítima valor. Se trata de un valor objetivo, referido a un determinado momento (el de la muerte del causante). Este valor debe mantenerse, por lo que se deben intereses si no se liquida. La necesidad de reclamación (art. 250) para este devengo sólo puede entenderse en los casos de complemento, reducción o preterición. En los demás casos, el derecho del legitimario no tiene que anunciarse ni ponerse de manifiesto porque necesariamente, como impone la misma ley (en otro se incurriría en preterición), el derecho del legitimario resulta del propio título y el liquidador no lo puede ignorar y debe satisfacer la legítima como acto complementario del cuaderno (según las reglas de la LDCG, a las que el contador-partidor está sometido). Liquidación a la que el legitimario debe prestar conformidad, de acuerdo con el artículo 250 de la propia ley gallega.

En su momento pondremos de relieve lo contradictorio que resulta, tanto en la anterior como en la presente LDCG, el recurso al procedimiento de consignación, como hoy se regula, en caso de oposición expresa a la liquidación.

i) En Galicia, la medida de la legítima responde a las mismas reglas establecidas en el Código Civil. Las de computación, colación y en la masa de colación las de imputación en sentido estricto (la imputación como toma de menos sólo puede tener lugar en la masa de reparto). Todas en relación coherente con otras, como las de donaciones y las causas de revocación del ánimo que las funda. Las donaciones no dejan de serlo en provecho de extraños beneficiados en testamento.

Abundaremos en este extremo al comentar los artículos 243 y siguientes de la nueva LDCG. En especial sobre las obligaciones sujetas a la obligación de traer a colación en la nueva LDCG y sobre quienes se benefician de ella.

j) En nuestro Derecho, el causante con legitimarios ordena la sucesión libremente siempre que respete un **mínimo legal previsto a favor de éstos**.

La nueva ley altera el mínimo que el causante debe respetar.

Antes de la entrada en vigor de la LDCG 2/2006, el sistema legitimario gallego es el del Código Civil (mixta –colectiva y en ella individual–, en bienes), con alguna modalidad en cuanto a la forma de satisfacer la legítima antes y después del fallecimiento del causante. Es el sistema que tiene su origen en la legítima goda de cuota variable que se aplicó, en un determinado momento, en todo el territorio y cuajó en los diferentes ordenamientos con distintos límites, pudiendo llegar a cero en cuanto al contenido material y a la libre y plena disposición. En este sistema el padre es quien elige, mejora, excluye, aparta y deshereda...

En el Código Civil, la legítima es disponible dentro de los límites legales (en principio cuota, después título y, por último, medio de pago) y, por eso, de libre configuración por el testador. El que ostenta la condición de legitimario tiene derecho a ser llamado a una posición en la sucesión del causante. En esto consiste su derecho. Esta posición es abstracta (con un mínimo económico) y el testador es quien la concreta. Esta legítima se confunde, en su máximo, con la herencia (se integra, con las reglas de la sucesión intestada, en lo que no contradiga la voluntad manifestada en testamento o sea imperativo).

La situación antes de la entrada en vigor de la nueva Ley 2/2006 es la siguiente:

La ley fija un mínimo, límite a la libertad de disposición por causa de muerte y al perjuicio que el legitimario debe soportar. Pero la ley no da contenido concreto al derecho del legitimario; a falta de reconocimiento voluntario, le asegura el llamamiento como heredero.

En este sentido se habla de la legítima como límite o freno a la liber-

tad del testador (11). También de la legítima negativa (12). Se fija un mínimo que, según algún autor, consiste en facultades de garantía y de defensa. En el Código Civil, estas facultades de garantía y defensa son las de un partícipe en la sucesión a una cuota, en principio, en bienes (en el Código Civil la cuota es en bienes; la alternancia puede preverse en la satisfacción material). El reconocimiento de estas facultades de garantía y defensa presuponen un contenido mínimo del propio derecho que se trata de garantizar y defender a favor de quien es legitimario, mínimo compatible con la posición de heredero. El hecho de que el testador pueda configurar la posición sucesoria del legitimario justifica los institutos de opción en la legítima (arts. 816, 833) (13).

La teoría de la legítima freno o límite a la voluntad del testador, es coherente con las soluciones del Código Civil en su regulación y con un sistema en el que la sucesión testada es compatible con la intestada; las reglas de ésta integran aquélla (p. ej., art. 986).

Esta compatibilidad de sucesiones no lo es de títulos universales en una misma persona –testamentario y *ab intestato*–, lo que lleva a que se anule alguno de ellos (redacción del 814 hasta la reforma de 1981, en la que se distingue). Se intentaron soluciones en defensa del título voluntario sobre el legal para dar prioridad a la voluntad del testador. En principio fueron, y algunas son, doctrinales (p. ej., proporción en la colación). Otras se recogen en las reformas legales (p. ej., el art. 814, reforma 1981). Pero la legítima es de determinación indirecta en su contenido económico (aquello de lo que no se dispuso), porque, desde el Código Civil, la mejora debe ser expresa.

Por lo que, para dar mayor eficacia a la voluntad del testador, se amplía el concepto de mejora expresa, para dar cabida en él a la mejora expresada de otra forma y, de este modo, limitar la cuota en determinados casos, como en el llamamiento a la estirpe del desheredado o del indigno.

Los supuestos en los que se defiende la existencia de la mejora, aunque no se exprese, son discutidos y la idea no convence a todos. Por lo que directamente se recurre a otra que trata de conducir al mismo efecto, reducir la cuota íntegra del legitimario: idea de un tercer género de sucesión (además de la testamentaria y *ab intestato*), una vocación legal autónoma a una legítima porción que se interpreta como la cuota mínima. Con esto se hace referencia a un llamamiento legal distinto del *ab intestato* y limitado (no a la cuota legal íntegra, sino a la cuota legitimaria

(11) VALLET DE GOYTISOLO: *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer*, tomo I, *Las legítimas*.

(12) GARCÍA-BERNARDO LANDETA: *La legítima en el Código Civil*, p. 91.

(13) Vid. BERMEJO PUMAR: “La legítima”, en *Instituciones de Derecho privado*, tomo V, volumen 3.º, p. 76.

estricta), vocación que se daría en ciertos casos, como el de la preterición del legitimario conocido o a favor de la estirpe del desheredado o del indigno.

Lo cierto es que no había (y sigue sin haber) base legal (título legal) para sostener la existencia de una vocación legal autónoma y, aún más, a la estricta. Expresión, la de estricta, plástica y del lenguaje de los autores que accede al Código Civil después de las reformas de 2003, pero también como límite del perjuicio y no como medida del derecho.

Después de la reforma de 1981 se sostiene, por algunos (no por todos, sobre todo como consecuencia del párr. 5.º del art. 814, aplicable a los dos supuestos de preterición) la idea de que existe una vocación legal autónoma en el caso de la preterición que no es intencional (el Código Civil no utiliza la expresión preterición intencional, plástica, pero poco técnica y propia también del lenguaje de autor).

Con todo, la idea doctrinal del mínimo como medida, no del perjuicio máximo, sino del derecho máximo del legitimario en determinadas situaciones, toma cuerpo entre cierto sector y se hace más atrayente desde el momento en el que se equiparan las filiaciones.

Para evitar la sucesión en la cuota hereditaria íntegra, se concibe una legítima limitada a una porción en determinados casos de automatismo legal (preterición y representación de la estirpe del desheredado o del indigno).

Pero esta idea que conduce a limitar la cuota en los supuestos de automatismo legal reduce los derechos en otros casos en los que no gustó este mismo efecto (representación de la estirpe del premuerto). Por ejemplo, la falta de sustitución da lugar a la representación (legal y automática) en la legítima; si ésta se entiende, en cualquier caso, como una porción limitada de la herencia, no se extiende a la total cuota del que premuere sin haber previsto sustituto voluntario. Por lo que, por otra parte, se recurre, para evitar la legítima mínima, a fórmulas de ampliación, sugiriendo soluciones como la de la sustitución tácita. El párrafo tercero del artículo 814 trató de dar solución a este caso.

Esta misma solución, ajena a la idea de cuota restringida, la traslada el legislador gallego al artículo 261 de la nueva LDCG sin resolver ninguna de sus dudas; por el contrario, lo complica con la redacción que da al párrafo primero del artículo 238 de esa misma ley (a no ser que, como en el caso del art. 807 del Código Civil, se complete con el 925, párrafo primero del mismo cuerpo legal).

La idea de la legítima límite o freno a la voluntad de disponer por causa de muerte, es coherente con el tenor literal de las normas del Código Civil y también con la colocación sistemática de la regulación, en él, de la legítima.

En el Código Civil, la legítima se regula después de las formalidades del testamento, entre las reglas de la herencia y antes de la sucesión intestada. La legítima es un supuesto de sucesión legal compatible con la sucesión testada (art. 658). Hay legítima en el reconocimiento voluntario y la sucesión intestada suple e integra la testada con o sin legítima.

El **mínimo uniforme** base de la estructura de la legítima.

La legítima gallega se define en la ley anterior como global y, en ella, individual. La Ley 4/1995 reconocía, como en el Código Civil, un sistema mixto de vocación colectiva y dentro de ella individual.

La cuota variable contribuyó a la quiebra, sólo en parte, de la uniformidad del derecho del legitimario y de los efectos de la vocación colectiva. También da lugar a esta quiebra la idea de que la legítima puede recibirse por cualquier título y que éste modaliza la posición del legitimario.

Sin embargo, **el mínimo legitimario mantiene la uniformidad entre la posición de los legitimarios en la sucesión cualquiera que sea el título por el que se haga efectivo el valor económico del derecho y el medio de pago.**

El mínimo legitimario está en función del contenido económico y consiste en: tipo de afección en pago o garantía y masa de bienes a la que esta afección alcanza; participación en la gestión (decisiones en las que los legitimarios deben participar) y en la liquidación (a que se extiende la conformidad y sus efectos).

En Derecho común, el mínimo se fija por la doctrina: los bienes están afectos a la satisfacción económica del derecho del legitimario. Las decisiones sobre los bienes y derechos que integran la masa tienen que tomarse con consentimiento de los legitimarios (no se pueden, por ejemplo, entregar legados sin su consentimiento). Los legitimarios tienen interés en las operaciones que son la base de la liquidación de su derecho.

En Derecho común, la legítima es o puede ser en bienes, el legitimario tiene, además, los derechos que deriven de la titularidad inmediata sobre ellos: frutos, posesión civilísima, al retracto si se enajena la cuota antes de que se proceda a la división material...

En Derecho común, este mínimo no se niega aunque la legítima se reciba en metálico. En este caso, el legitimario tiene interés en la fase de fijación (inventario y valoración) y en la de liquidación. El legitimario que no sea partícipe en la masa de reparto material de bienes también tiene, sin embargo, interés en la división material (partición en sentido estricto), no porque le interesen materialmente los bienes, que sí le interesa, dicho sea al paso, porque están en alternancia en el pago, sino, sobre todo, porque la división le perjudica si llega a hacerse antes de que se satisfaga su derecho. Aunque el pago sea en metálico, rigen las normas inspiradas en el principio “antes es pagar que heredar”, de las que son manifestación las de carácter sustantivo y procesal que reconocen interés directo a los acree-

dores en las enajenaciones (art. 1.030 del Código Civil, diferente del art. 36 de la ley catalana) de ayuda, al no ser definitivo la adjudicación del pleno goce del remanente de la herencia mientras no se les pague (art. 1.032 del Código Civil).

La posición del legitimario se puede explicar a la manera en la que era definida la pertenencia a los estamentos. El *status*, en Derecho medieval, se define por los privilegios; éstos son los que hacen al noble y no la tenencia material del castillo.

Por lo que lo importante es la posición (facultades) que se reconoce al legitimario y no la cosa material con la que se llegue a satisfacer el derecho al qué es llamado.

La ley gallega rebaja el mínimo legitimario. Según el artículo 249 de la LDCG, el legitimario carece de acción real y será considerado a todos los efectos como un acreedor.

Esta afirmación obliga a distinguir entre titularidad inmediata en los bienes y afección de los bienes en una masa en liquidación.

Por otra parte, y como resulta de la propia LDCG, la afirmación del artículo 249 no puede tomarse al pie de la letra. El legitimario cuenta con los medios de defensa propios del legitimario y que no tiene un acreedor: acción de preterición, desheredación, complemento, reducción con eficacia real, derecho a exigir garantía –art. 221–; a pedir inventario –art. 249–; a cobrar en plazo o a exigir los intereses que conservan el valor –arts. 221, 250–; a obtener la liquidación a la que debe prestar su conformidad, en la que es parte interesada –art. 250–; que se siga el procedimiento para la satisfacción de la legítima; a que se apliquen las reglas sustantivas y procesales que garanticen el cobro del derecho (arts. 1.026 y ss. Código Civil y 788 LEC).

Según la LDCG, el derecho del legitimario no se limita al de un tercero en una masa en liquidación. Está llamado a la sucesión (art. 239) y es parte en la liquidación a la que debe prestar conformidad (a diferencia, por ejemplo, del Derecho catalán, en que la conformidad no se presta a la liquidación –arts. 362, 363).

Estas son, a grandes rasgos, las notas tanto del sistema vigente a la entrada en vigor de la Ley 2/2006 como de las alteraciones del mismo que se producen en la nueva LDCG. En unas y otras vamos a profundizar al analizar el contenido del articulado.

Resumen

En la ley gallega, la legítima no es una atribución legal. En la LDCG hay llamamiento a favor del legitimario en la sucesión, que sólo es legal cuando no se da voluntariamente, lo que sucede en la mayor parte de los

casos. Respecto del llamamiento voluntario, no se puede utilizar el concepto de “vocación legal autónoma”.

El llamamiento a favor del legitimario se regirá, en la inmensa mayoría de los casos, por lo que ordene el testador, de acuerdo con las normas que rigen la interpretación e integración de los testamentos o actos de voluntad del causante; en su defecto tendrá lugar la norma legal: la especial de las legítimas, si la hay, y en su defecto, la legal para el supuesto en el que falta la voluntad manifiesta del causante.

La colocación sistemática de la regulación de la legítima en la LDCG responde a este tipo de sistemas, en los que el legitimario tiene derecho a ser llamado a la sucesión y la legítima se concibe como límite a la disposición voluntaria que se integra con las reglas de la intestada. El causante debe respetar, al menos, el mínimo legal. La legítima gallega se regula entre las disposiciones voluntarias por causa de muerte y antes de la sucesión del *ab intestato*, regla supletoria de la manifestación de voluntad con y sin legitimarios.

La ley gallega provoca la vocación restringida a la porción legítima en el caso de la que llama preterición intencional; es más discutible que pueda reducirse a la cuota limitada, en el caso de desheredamiento injusto. No lo hace en otros (art. 261 LDCG). Supuestos de llamamiento legal automático.

En la legislación parece que se prescinde de la mejora y no está clara la formación de la masa de reparto entre legitimarios. Nos referiremos también a esto al comentar el articulado de la nueva LDCG:

— A la colación como consecuencia necesaria de las diferentes reglas que rigen la inoficiosidad y las que fijan lo que se puede tener como pago de la legítima en una masa de reparto a la que se trae lo recibido en provecho, sólo, de los legitimarios.

— Y a la mejora como lo no imputable en pago de legítima. No parece admisible que la LDCG prohíba la tradición gallega: la idea de mejora (de la que la acepción cósica del tercio es consecuencia) imaginativa, flexible y genial goda (en evolución desde hace más de mil doscientos años) que representa el reconocimiento: a) por una parte, de cierta disponibilidad en la legítima (idea que da lugar, p. ej., a las legítimas electivas-colectivas); b), por otra, de los genuinos pactos sucesorios de mejora (origen, entre otros, de los heredamientos catalanes), que, en el Código Civil, tienen por objeto un contenido sucesorio (imputación) y representan los límites al contrato sucesorio irrevocable; límites que por sus requisitos (objeto determinado y razón de obligar) impiden que el pacto restrinja la capacidad de disponer por causa de muerte (14), y, por esto mismo, lo

(14) En el Código Civil, como repite el TS, están prohibidos los contratos sobre la herencia futura (salvo lo que recoge el mismo art. 1.271), por lo que se refiere única y exclusivamente

son en garantía de la propia libertad de disponer por causa de muerte del causante: sólo puede obligarse por pacto hasta el tercio de mejora, por lo que nunca compromete totalmente su capacidad de disponer por causa de muerte.

Al prescindir de la verdadera esencia de la mejora (la que se desprende de su propio significado emotivo y vulgar, por la que se asegura una imputación), la Ley 2/2006 hace real la premonición de cierto ilustre profesor: lo autonómico asfixia totalmente lo foral.

Lo expuesto (configuración voluntaria, elección, mejora, desheredación, compatibilidad de sucesiones...) responde a un sistema, el tradicional en Galicia, en el que los familiares próximos son las personas a las que la ley tiene en cuenta cualquiera que sea la causa sobrevenida que origine la vacancia o ineficacia, y es el causante quien debe prever lo contrario si es esa su voluntad. El mínimo que impone la ley (económico y en facultades) puede ser mayor o menor. Este sistema no impide que el contenido económico del derecho del legitimario pueda llegar a ser cero. Pero en todos aquellos casos en los que el causante no dispuso otra cosa, la solución legal no excluye a los parientes legitimarios.

En la exposición trataré de descubrir qué tiene de singular y especial el llamamiento legitimario gallego.

II. Estructura de la legítima

Un testamento no es un tratado en el que el testador tenga que prever todos y cada uno de los efectos de sus manifestaciones, omisiones y de posibles circunstancias sobrevenidas. De esto se ocupa el sistema legal. De ahí la importancia que tiene el averiguar cuál es el sistema en la nueva LDCG. Por él vendremos a conocer la estructura de la legítima, que debe dar respuesta a: quiénes son los legitimarios en cada momento, cuál es su modo de suceder, cuáles las facultades que integran su derecho, la eficacia del título en el que se reconoce y determina el derecho del legitimario y cuál es la masa de cálculo y de extracción de la legítima.

a los pactos sobre la universalidad de una herencia que, según el artículo 659 del Código Civil, se instaura a la muerte del causante, integrándola todos los bienes, derechos y obligaciones subsistentes, pero no afecta al pacto que se refiere a bienes conocidos y determinados. El criterio de determinación sirve al TS para admitir pactos sucesorios (STS 22 de julio de 1997, 3 de marzo de 1963, 25 de abril de 1951, 16 de mayo de 1940, 26 de octubre de 1926, 8 de octubre de 1915). En este sentido, BERMEJO PUMAR, M. M.: *El artículo 831 del Código Civil. Su compatibilidad en el sistema de mejoras sucesorias (La mejora a favor del cónyuge)*, pp. 113 y ss.

A) Legitimarios. Llamamiento: representación, acrecimiento, sustituciones en la legítima.

Artículo 238. Son legitimarios: 1.º Los hijos y descendientes de hijos premuertos, justamente desheredados o indignos. 2.º El cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho.

Artículo 239. A pesar de no tener la condición de legitimarios, los apartados, los que repudiaran el llamamiento legítimo, así como sus descendientes, hacen número para el cálculo de las legítimas.

El artículo 238 determina quiénes son legitimarios.

La LDCG anterior no se ocupó de este extremo; en su artículo 146 se remitía al Código Civil.

La nueva LDCG introduce novedades. Una evidente: supresión de la legítima paterna; otras discutibles, como las que plantean, por una parte, la defectuosa redacción del párrafo primero del artículo 238 y, por otra, la disposición adicional tercera.

La LDCG **suprime la legítima a favor de los padres** y ascendientes. Con esta novedad se aparta de algunas legislaciones forales (en Cataluña y Baleares son legitimarios los padres en defecto de hijos y descendientes) y se aproxima a otras (Derecho aragonés y navarro), en las que, sin embargo, rige el principio de troncalidad (retracto familiar, sucesión troncal, en el primero; reversión, reserva, retracto gentilicio, en el segundo).

Pero la nueva ley de Derecho civil también suprime en Galicia las reservas y reversión (art. 182). La reserva tendrá lugar en aquellas sucesiones abiertas después de la entrada en vigor de esta ley cuando ya existe la obligación de reservar que nace (al menos) una vez que el viudo, que recibió bienes sujetos a reserva, contrae nuevo matrimonio (15); las donaciones están sujetas a la ley nacional del donante y el régimen es el del momento de la celebración (los derechos subsistirán con la extensión y los términos que les reconociera la legislación precedente, disposición transitoria tercera por remisión a las disposiciones transitorias del Código Civil).

La supresión de la legítima paterna es excesivamente drástica. En mi opinión, debió moderarse en atención a la edad del descendiente que testa (puede hacerlo el mayor de catorce años), y, en cualquier caso, de la procedencia familiar de los bienes relictos. Tampoco estaría de más que se tuviese en cuenta la situación de dependencia del causante descendiente respecto de sus propios padres.

(15) La reserva viudal puede apreciarse tanto como norma propia de las relaciones económicas entre cónyuges, como una regla de Derecho sucesorio. Fue el Proyecto de 1851 el que la reguló entre las reglas de las sucesiones, a diferencia de otros anteriores.

Se impide una de las fórmulas habituales de transar la sucesión del hijo fallecido después de uno de sus padres y antes que el otro. En este caso no es infrecuente el acuerdo por el que el progenitor vivo renuncia a la sucesión de su hijo fallecido a cambio de que el yerno o nuera lo haga al derecho que por transmisión le corresponde en la sucesión del progenitor premuerto.

El primer párrafo del artículo 238 tiene una redacción poco afortunada. Sugiere cambios poco probables interpretada la ley en su conjunto y conforme a la tradición.

Se refiere a los legitimarios descendientes, colocando en el mismo plano a los hijos y a los descendientes del premuerto, desheredado e indigno. Este artículo no hace referencia al mecanismo de la representación (llamamiento por estirpes, y, en su caso, colación...) cuando concurren los hijos del causante con los descendientes de otro hijo premuerto, desheredado o indigno.

Llama la atención que a los hijos, legitimarios de primer grado, se les mencione en igualdad con la estirpe, sin referencia al mecanismo de la representación o sin anunciar una modificación de la regla propia del Derecho aplicado en Galicia. Si lo que se quiso fue establecer un régimen propio de la legítima como una vocación legal especial y diferente de la legal (reglas del *ab intestato*) debió preverse de manera expresa el sistema (el mismo o el cambio) y, en su caso, evitar interpretaciones que dan lugar a soluciones contradictorias (arts. 261, 245 de la LDCG).

En las legislaciones forales del Estado en las que existe prioridad de grado, se hace referencia a la representación, cuando en ellas se pretende establecer un régimen propio a la legítima. Por ejemplo, en la legislación catalana, en la que la legítima es una atribución legal con régimen propio (arts. 352, 357); o en la balear, en la que se singulariza su régimen (arts. 41, 42, 79, ley de las Islas Baleares). Incluso cuando no existe prioridad de grado en el cumplimiento voluntario, para los supuestos en que entra la estirpe por automatismo legal, se hace referencia a los preferentes en la colectiva electiva aragonesa [ley en la que se utiliza la expresión de la sustitución legal –arts. 24, 26, 173– (16)].

La redacción del artículo 238 coincide en esta falta de referencia al mecanismo de la representación con el artículo 807 del Código Civil (“los hijos y descendientes, respecto de sus padres y ascendientes”). En el Código Civil esta referencia es innecesaria porque la legítima se integra con las reglas del *ab intestato*. El supuesto del artículo 807 es uno de los ejemplos de esta integración de las reglas de la legítima con las del llamamien-

(16) La polémica regulación de la sustitución aragonesa (*vid.* ley aragonesa de 24 febrero de 1999).

to legal, por lo que se aplica el artículo 925 (representación de los descendientes).

La duda que plantea este artículo la acrecienta la falta en la LDCG de una norma similar a la del artículo 857 del Código Civil; cuando, sin embargo, por otra parte y además rige en Galicia el contenido del artículo 761 del Código Civil (derecho de la estirpe del indigno).

Del tenor literal del 238 y de la regulación que la LDCG hace de la desheredación podría pensarse que la regla del artículo 857 no se aplica. Que no hay representación.

Sin embargo, tropezamos (además de con la vigencia del art. 761 del Código) con una norma de esta misma LDCG: la que es el contenido del artículo 261, que se refiere a la representación cuando lo hace a la estirpe preterida del que no lo está; y sabemos que se plantea la duda de la extensión del 814-3.º del Código Civil, que reproduce el artículo 261 de la LDCG, a la estirpe no mencionada del hijo mencionado para desheredarlo (supuesto no poco frecuente).

Esta solución del artículo 261 de la LDCG, reproducción de la recogida en el párrafo 3.º del artículo 814 del Código Civil, plantea las mismas dudas de interpretación que este último artículo. En éste se discute la estirpe a la que se refiere y la regla que se aplica, si la de preterición o la de la representación, ya que estos dos términos son los que reproduce la norma y repite el 261 (17). En su momento defendí que la regla del 814-3.º es aplicable para determinar posición y cuota, como regla de preterición, cuando no puede llegar a saberse por el título en el que se nombra al que, por eso no está no preterido, la posición y cuota de su estirpe.

Podría concluirse de una interpretación literal del párrafo primero del artículo 238 de la nueva LDCG que en la legítima de la nueva LDCG, o bien, no se da el mecanismo de la representación en la legítima (con todas o algunas de sus manifestaciones, p. ej., sucesión por estirpes, reglas de la colación) o, de acuerdo con nuestra tradición, como en el Código Civil, la regulación de la legítima (límite o freno) se integra con las reglas de la sucesión *ab intestato* (supletoria de la voluntaria con o sin legítima) y se aplica el artículo 925 del CC a falta de norma legal especial de un llamamiento autónomo legitimario. En este último caso, el principio recogido en este artículo 925 del Código Civil es la norma legal aplicable a los casos de sucesión de la estirpe (no sólo cuando está preterida o lo sea del indigno –art. 261 de la LDCG y 761 del Código Civil–), porque es la ley lo que se puede invocar y se debe aplicar. La supletoria, a falta de otra, es el Código Civil, que en nada contradice, en este extremo, a la LDCG in-

(17) BERMEJO PUMAR, M. M.: “La legítima”, *Instituciones de Derecho Privado*, tomo V, volumen 3.º, pp. 300 y ss.

terpretada de acuerdo con el sistema vigente desde siempre en Galicia. El Código Civil completa y no contradice la LDCG, ya que la ley gallega presupone la representación cuando recurre a este mecanismo –art. 261– y no lo excepciona –art. 761.

A pesar de que con la redacción del artículo 238 se pudiese intentar otra interpretación, creo que debe concluirse que en el Derecho Civil de Galicia no se suprimió la consecuencia de la prioridad de grado, ni del principio “una estirpe, una legítima”, ni el mecanismo sucesorio de representación (con sus diversas manifestaciones en cada caso, incluida las consecuencias a la hora de colacionar), como resulta de los artículos 261, 245 LDCG, 761 del Código Civil.

En este aspecto, la ley gallega no singulariza el régimen de la legítima y es aplicable la norma de la sucesión intestada. En caso de concurrencia de hijos con descendientes del premuerto, desheredado o indigno, éstos suceden por estirpes y la única norma legal en la que se puede apoyar esta solución es la norma de la sucesión legal supletoria (a falta de otra norma voluntaria o especial), la contenida en el artículo 925 del Código Civil.

La representación (en cualquiera de sus manifestaciones con todos o alguno de sus efectos –llamamiento legal subsidiario, sucesión por estirpes y colación–) se refiere a la vocación, al llamamiento. Así como el derecho de transmisión se refiere a la delación. El primero no se transmite; el segundo, sí.

La carga de la legítima no se agrava por la desaparición de los preferentes. Por eso, los llamados en su lugar suceden por estirpes y, en su caso, con obligación de tener por legítima lo dejado al primero [con las matizaciones que se deben hacer en este caso, que son muchas (18), teniendo en cuenta que, p. ej., no puede valorarse por igual lo donado por el causante a la estirpe del que después resulta indigno, que lo donado por el causante a los hijos del premuerto cuando ya estaba fallecido éste].

En el caso de que el legitimario premuera, fuese declarado indigno o fuese desheredado en un testamento que no impida la apertura de la sucesión intestada, y deje, a su vez, hijos, éstos suceden en el lugar de aquél.

Si, en lugar de testada la sucesión fuese intestada, sucederían en la cuota íntegra. Si es testada, en la cuota, en su caso (premorienencia e indignidad), en la que el testador previó la sustitución vulgar o el llamamiento directo (desheredación del preferente) a favor de la estirpe. A falta de una y otro, estaremos en el caso de la estirpe omitida del no preterido, al que se refiere el artículo 814-3.º del Código Civil, artículo 261 de la LDCG. Me remito al comentario de este último.

(18) BERMEJO PUMAR, M. M.: “La legítima”, *Instituciones de Derecho Privado*, tomo V, volumen 3.º, pp. 163 y ss.

Si la vacancia lo es por renuncia, de nuevo la LDCG no prevé regla especial, si bien el artículo 238 no se refiere a la estirpe del renunciante. En el Código Civil, la sucesión testada con legítima y sin ella se integra con las reglas de la sucesión *ab intestato* del Código Civil. En caso de repudiación, podrá haber sustituciones voluntarias, pero, a falta de ellas, no se da el mecanismo legal de la representación (art. 929: no podrá representarse a una persona viva sino en los casos de desheredación o incapacidad).

Considero que no existe representación en la legítima gallega por parte de la estirpe del repudiante. No porque el artículo 238 no mencione entre los legitimarios a los descendientes del renunciante, ya que este artículo no hace referencia al mecanismo de la representación, sino sobre todo porque rige el mismo principio que establece el artículo 929 del Código Civil, norma con la que se integra la legítima gallega.

Creo que en la LDCG rige el artículo 929 (con su alcance, norma supletoria de la voluntaria con o sin legítima) y, en consecuencia, la estirpe del renunciante no sucede por representación.

Pero en el Código Civil en este caso hay acrecimiento a favor de los demás legitimarios en la legítima (art. 985).

En este caso de renuncia y para este efecto, la nueva LDCG introduce una **novedad**. El artículo 239 establece una excepción al llamamiento solidario y al acrecimiento estructural de la legítima global. El artículo 239 recoge una excepción que confirma la regla y no rige en el Derecho gallego el acrecimiento estructural en la legítima en dos supuestos, según parece resultar del “hacen número”. Los supuestos son el de repudiación y apartación. No hace referencia a otros que también dan lugar a vacancia, como son los de desheredación e indignidad sin estirpe, prescripción, etc.

En el caso de falta de estirpe y por no haber acrecimiento forzoso en la legítima gallega, en los supuestos del artículo 239 se puede ordenar sobre ella sustitución vulgar a favor de cualquier otro legitimario o de extraño. Esta sustitución es preferente al acrecimiento del 982.

Pero el acrecimiento legitimario es estructural y no podrá extenderse a lo que es objeto de colación entre legitimarios.

Por otra parte, no puede tener lugar que el repudiante y el apartado hagan número a efectos de la colación porque el repudiante, con arreglo a las normas que regulan la colación en Galicia, no colaciona (art. 1.036 del Código Civil) y el apartado tampoco, salvo que recupere su derecho a cuota (art. 227 de la LDCG). Por lo que, a este efecto, ni el repudiante ni el apartado hacen número. Me remito al comentario de los artículos 243 y ss. en relación con los artículos 227 y 239.

Además, y por otra parte, hay legítima en su reconocimiento voluntario. Por lo que en este reconocimiento voluntario de los derechos de los

legitimarios prevalece la voluntad del testador. Rige el artículo 982. La legítima de configuración voluntaria existe cuando el testador la respeta. En el reconocimiento voluntario puede darse acrecimiento si se cumplen los requisitos de éste (llamamiento conjunto en la forma prevista en el art. 982).

Supuesto de hecho: Si el testador deja a un legitimario lo que por legítima le corresponda y éste repudia, la estirpe no tiene derecho de representación si rige el artículo 929.

Pero mientras en Derecho común [RDGRN 11 de octubre de 2002 (19)] no puede imponerse sobre la legítima estricta una sustitución vulgar para el caso de renuncia a favor de quien no es legitimario de primer grado porque hay acrecimiento estructural en la legítima en caso de repudiación (art. 985), no sucede así en el Derecho gallego. En éste si se impone esta sustitución y el legitimario renuncia, la estirpe no tiene derecho a la legítima estricta.

Como consecuencia del artículo 239 de la LDCG, no tiene lugar el acrecimiento estructural del artículo 985 del Código Civil y la sustitución impide el acrecimiento voluntario del artículo 982 del mismo cuerpo legal. En el actual Derecho gallego se puede imponer sobre la legítima una sustitución vulgar a favor de quienes no son los demás legitimarios de primer grado para el caso de renuncia. Si el legitimario repudia, el sustituto podrá recibir la cuota del repudiante.

Pero este efecto no hace partícipe al extraño que se beneficie de la sustitución, de la condición ni de las facultades del legitimario, tampoco será partícipe de la masa de reparto entre legitimarios por colación.

Párrafo 2.º del artículo 238: “El cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho”.

La redacción inicialmente dada a este artículo se modifica y se suprime la expresión “que conste de forma fidedigna”; se tiene en cuenta la separación de hecho, tal y como se regula en el Código Civil después de la reforma por Ley 15/2005.

(19) RDGRN 11 de octubre de 2002. La testadora atribuyó los tercios de mejora y libre disposición a una hija y dejó la legítima corta a ésta y a su hermano, los dos hijos de la testadora. A los dos los sustituye vulgarmente por los respectivos descendientes. Abierta la sucesión, el hijo repudia.

En Derecho común, el acrecimiento no es el voluntario especial y rige el artículo 985.

En el Derecho gallego, en este caso primaría la voluntad de la testadora y sería eficaz la sustitución vulgar.

Renunciando a la legítima no hay representación y, en el Derecho gallego, tampoco acrecimiento estructural. Otra cosa es que se dé el voluntario, por lo que sí puede entenderse que éste existe en el llamamiento voluntario conjunto sin atribución de cuotas (me remito al texto).

La disposición adicional tercera, tanto en la redacción originaria como en la propuesta de modificación (20), no deja muy claro si los miembros de la pareja de hecho tienen derecho a legítima en las respectivas sucesiones.

En mi opinión, las normas que regulan las legítimas no son aplicables a las parejas de hecho.

Entre los miembros de una **pareja de hecho**, la exclusión no tiene que fundarse en las causas de desheredación; las obligaciones a las que obedecen son inexistentes entre los miembros de una pareja de hecho (inscrita o no). No existen entre ellos ni obligación de alimentos ni deberes conyugales. Estos últimos son efectos del matrimonio, competencia del Estado –art. 149 de la Constitución–. Por lo mismo no tiene lugar hablar de preterición.

Una interpretación contraria supone la imposición de una restricción a la autonomía de la voluntad donde no la había e impuesta en uso de una facultad de legislar sobre materia de competencia discutible.

El régimen económico del matrimonio es el efecto patrimonial de éste (no hay matrimonio sin régimen matrimonial). La regulación de los efectos del matrimonio es de competencia exclusiva del Estado (art. 149 de la Constitución). Por lo que no creo que quepa una interpretación extensiva de la disposición adicional tercera en contra de la Constitución, añadiendo en ella lo que no resulta de su tenor.

Son aplicables a las parejas de hecho las “ventajas sucesorias” que los miembros de la pareja podrán pactar de acuerdo con la modificación de la disposición adicional tercera.

Artículo 239.

En la introducción pusimos de relieve la diferencia entre un sistema de atribución legal del derecho mismo y aquellos en los que se considera que lo legal es el llamamiento al derecho a obtener una atribución patrimonial.

Entre estos últimos se encuentra el gallego (art. 239).

Las diferencias son de interés práctico. Una de ellas se pone de manifiesto en relación al contenido del artículo 239 de la nueva LDCG. El legitimario no tendrá el derecho mientras no lo acepte y lo perderá cuando renuncie. ¿Cuándo hace número? Según este artículo, cuando ejercite la opción (repudiar o aceptar).

En la interpretación de este artículo también tiene especial interés la manera en la que se produce la compatibilidad de sucesiones testada e intestada. No hace falta recordar que este artículo no prevé el efecto de lo que dispone (a diferencia de otros ordenamientos, como el catalán).

(20) Se anuncia un Registro de parejas de hecho para que en él conste la constitución de la pareja de hecho, modificación (?) y la extinción.

Al comentar el párrafo primero del artículo 238 hice referencia a que ni el repudiante ni el apartado hacen número a efectos de la colación entre legitimarios (arts. 1.036 del Código Civil y 227 de la LDCG). Me remito al comentario de los artículos 243 y ss. en relación con el artículo 227 y 239, todos de la LDCG.

El acrecimiento legitímario es estructural porque responde a un conjunto de reglas que no son las del acrecimiento voluntario del artículo 982. Entre ellas, los legitimarios participan (incluso con la nueva ley gallega) de unas reglas de extracción y cálculo de su legítima que no son en provecho de extraños o de quienes no participen de la legítima.

En la colación que rige en Galicia no participan extraños ni se tiene en cuenta lo que no es legítima (art. 1.035 del Código Civil), por lo que el “hacen número” no trasciende al reparto entre legitimarios (art. 1.036 Código Civil y 227 LDCG).

También al comentar el artículo 238 se puso de relieve la novedad que introduce el artículo 239, si el “hacen número” se pone en relación con este artículo 238: suprime los efectos del llamamiento solidario en el caso de repudiación cuando dice que el repudiante hace número. Podrá ordenarse la sustitución vulgar para el caso de renuncia a favor de quien no es legitímario.

En Galicia no rige, en principio y salvo voluntad en contra del testador (Ley de la Sucesión), el artículo 985 del Código Civil vigente (RDGRN 11 de octubre de 2002) hasta la entrada en vigor de la LDCG 2/2006.

Pero esta norma (art. 239) no es aplicable en aquellos casos en los que se aplica el artículo 982 cuando el reconocimiento de la legítima es voluntario y reúne los requisitos que exige este artículo 982 para que el acrecimiento tenga lugar.

Por tanto, el artículo 239 no es aplicable al reconocimiento voluntario. Éste se rige por sus propias normas. Otra interpretación conduce a que la renuncia a una atribución no aproveche al llamado conjuntamente y la parte del legitímario repudiante fuese del heredero en contra de la regla legal aplicable a las disposiciones de voluntad.

Ejemplo: Pepe deja a sus hijos Juan y Manuel un local donde tienen su negocio. Ordena que con esta atribución se den por satisfechos de lo que les corresponda por legítima en su sucesión.

Instituye heredera a su hija Manuela.

Juan renuncia. Lo dejado a él acrece a Manuel, aunque la atribución se haga para pagar la legítima.

Más dudoso es el caso: “Dejo a Juan y Manuel lo que por legítima les corresponda”. Luis no quiere recibirla. La solución depende de la manera en la que el causante satisfaga y reconozca la legítima. También, como veremos, depende de cómo se debe calcular y satisfacer.

Por lo que el artículo 239 de la nueva LDCG tendrá lugar en los supuestos en los que el llamamiento legitimario al que se refiere el artículo funcione como vocación legal autónoma, y se repudie o cuando el reconocimiento voluntario lo permita.

En Galicia, la posición del legitimario es la que el causante quiera. Lo único que tiene que hacer es respetar un mínimo legal en función de un valor. Una vez que éste se respeta, el repudiante y el apartado harán o no número si el causante lo dispone así. La manifestación de voluntad se rige por las reglas de los testamentos. Entre otras, por lo dispuesto en el artículo 982.

Como ya apuntamos (introducción y al comentar el párrafo segundo del art. 238), este artículo 239 no puede tomarse como una quiebra absoluta del sistema tradicional en Galicia de **legítima mixta: colectiva y, sólo en ella, individual**, basado en la vocación solidaria de los legitimarios como consecuencia de su peculiar y uniforme posición en la sucesión como consecuencia del mínimo intangible. La legítima es de configuración voluntaria y sufre las vicisitudes de la sucesión.

El artículo 239 se refiere al repudiante y al apartado (supuestos de difícil asimilación, pues éste ya recibió -243).

No contempla otros supuestos de extinción de la legítima individual en la colectiva, como los de prescripción, desheredación, indignidad sin estirpe; ni otros de eficacia colectiva, como el provecho del ejercicio de las acciones en defensa de la legítima (inoficiosidad). Este artículo 239 tampoco establece el sistema para obtener la solución en supuestos inciertos, como los del preterido en tanto no ejercite la acción...

El artículo 239 excepciona los efectos del sistema de legítima global sólo en dos casos (repudiación y apartación), sin prever los efectos de lo que afirma. Pero no deroga de forma expresa el sistema vigente de legítima colectiva y en ella individual, ni lo hace imposible el artículo 249, porque con la posición mínima que se quiera reconocer en el legitimario gallego no se excluye la idea de mínimo intangible (art. 243), ni, como veremos, la idea de una masa de reparto que sólo a los legitimarios puede aprovechar, lo que conduce de forma necesaria a un concepto global y solidario.

En los sistemas en los que la legítima es individual, la legítima se califica y regula como individual (p. ej., la ley catalana califica expresamente de individual y recoge los supuestos y el efecto de la extinción de la individual: se integra en la herencia y no acrece a los demás legitimarios -arts. 357, 376).

Interpretada la ley gallega de acuerdo con el artículo 3 del Código Civil, habrá que concluir que la legítima gallega es colectiva y en ella individual. El artículo 239 deroga el artículo 985 del Código Civil en el caso de

repudiación de la legítima y modifica el criterio del artículo 148 de la derogada LDCG, en el caso de apartación.

Si el sistema fuese el de legítima individual (haciendo una interpretación del art. 249 –medios de defensa del acreedor–, ajena a la regulación de la legítima), el artículo 239 era innecesario.

Este artículo es la reafirmación de que en la nueva LDCG no se cambia el sistema que siempre rigió.

Por lo que en los demás casos en los que la LDCG no prevé una excepción al sistema, éste sigue siendo el tradicional de siempre y las soluciones de la ley estatal supletoria, a falta de norma especial en la LDCG, no son contrarias al Derecho gallego.

Más adelante, al comentar los artículos 244 y 245, se verán las consecuencias de la frase “hacen número”, en relación al artículo 1.036 del Código Civil, y los artículos 227 y 251 de la LDCG, en la colación y en la computación. El artículo 239 no aclara si con la frase se refiere a la cuota ideal o al valor real de lo recibido por el apartado y repudiante. El efecto que proclama el artículo 239 no tiene lugar en la colación (1.036 CC y 227 LDCG). En la computación, o bien se toma en cuenta a este efecto el valor real de lo efectivamente recibido, o bien se toma en cuenta la cuota ideal (que ya no es del repudiante y por serlo tampoco de su descendencia), con las consecuencias que más adelante se verán.

La LDCG no lo aclara.

La ley gallega no se molesta en regular las consecuencias del contenido del artículo 239.

La nueva LDCG no dice nada sobre los efectos de la vacancia. Nos detendremos en los efectos de la renuncia de acuerdo con el sistema legitimario gallego, integrado por las reglas del *ab intestato* para el caso de que al legitimario no se le nombre sustituto vulgar en el testamento.

Para ello recordamos que la calificada como autónoma es una vocación legal que integra la testada en lugar de la reglas del *ab intestato*, pero cuando así está previsto en la propia ley.

No hay vocación legal autónoma a una posición o cuota diferente a la intestada cuando no está previsto así en la ley. Porque es la ley la que determina el alcance de una vocación legal.

No se habla de vocación voluntaria autónoma aunque haya obligación en el cumplimiento voluntario. Pero la vocación voluntaria no merece el calificativo de autónoma. La llamada vocación autónoma es legal y es autónoma frente al llamamiento legal *ab intestato* a falta de voluntario o en lo que es imperativo. Con la vocación legal autónoma se pretende el llamamiento a una cuota legal más reducida y no a la total del *ab intestato*.

En todos los casos en los que se reconoce la legítima de forma voluntaria, hay llamamiento voluntario sujeto a las reglas de las disposiciones

voluntarias, pero no se puede hablar de “vocación legal autónoma” en los casos de reconocimiento voluntario de la legítima.

Por ejemplo, y como definiendo, el acrecimiento se regirá con arreglo al artículo 982 del Código Civil siempre que exista llamamiento voluntario conjunto, sin especial atribución de cuotas.

Es dudoso el efecto querido por el testador si se limita a decir que instituye heredero a su hermano Pepe a salvo las legítimas de sus cuatro hijos. En este caso de reconocimiento voluntario de la legítima de forma conjunta, puede defenderse que rigen las reglas de las disposiciones voluntarias (que atienden a la forma de la manifestación) y no es aplicable el artículo 239 de la LDCG si uno de los legitimarios repudia. La voluntad del testador es la ley de la sucesión. La regla que rige y completa el testamento es, en este caso, el artículo 982 del Código Civil; es ésta la solución a la manifestación de voluntad.

El sistema es de compatibilidad de sucesiones (art. 986 del Código Civil).

En los sistemas en los que la ley llama a una posición cuyo contenido (elección de persona, cuota, título, contenido económico) se determina o puede determinarse por la voluntad del testador (de forma directa o indirecta –lo que resulte de lo dispuesto–), la voluntad se integra por las normas dictadas a este fin.

En el ejemplo, si no se dan los requisitos del artículo 982 (acrecimiento, una sola vocación en quien se beneficia, según la mayoría), en la disposición voluntaria, no tiene lugar el acrecimiento. Pero el artículo 239 no prevé el efecto para el caso de que el testador no lo haga.

En este caso, cuando el testador no manifestó su voluntad para el supuesto de repudiación del legitimario, la ley estatal supletoria prevé el efecto para la sucesión testada: artículos 888 ó 986, según que el título sea singular o universal. Ninguno de estos dos efectos son manifestación de una vocación legal autónoma a favor de legitimarios.

En cualquier caso (recordamos), el artículo 239 LDCG permite un efecto voluntario que no es posible en Derecho común. El artículo 239 permite que se pueda ordenar la sustitución vulgar a favor de un no descendiente para el supuesto de que el legitimario repudie lo que le corresponda por legítima. No hay representación en la legítima en caso de repudiación (art. 929 Código Civil), ni tiene lugar en la cuota vacante el acrecimiento estructural en ella (art. 239 LDCG), siempre a salvo la voluntad del testador y lo dispuesto en las reglas que la integran. Lo que este no descendiente reciba en la medida de la cuota ideal en la global, no es legítima a ningún efecto (por ejemplo, colación...).

B) Título, forma y medida. Intangibilidad. Gravamen permitido. Plazo. Otros gravámenes.

1.º *Contenido económico del derecho del legitimario.*

Artículo 240. Los legitimarios tienen derecho a recibir del causante por cualquier título una atribución patrimonial en la forma y medida establecidas en la presente ley.

Artículo 241. Dejando a salvo el usufructo del cónyuge viudo ordenado con arreglo a la presente ley, no podrá imponerse sobre la legítima cargas, condiciones, modos, términos, fideicomisos o gravámenes de clase alguna. Si los hubiera, se tendrá por no puestos.

Artículo 242. Salvo en los casos de apartación, será nula toda renuncia o transacción sobre la legítima realizada antes de la apertura de la sucesión.

Artículo 243. Constituye la legítima de los descendientes la cuarta parte del valor del haber hereditario líquido que, determinado conforme a las reglas de esta sección, se dividirá entre los hijos o sus linajes.

La LDCG regula el llamamiento legal del legitimario por el que se le confiere el derecho a recibir por cualquier título una atribución patrimonial en la forma y medida que establece la ley. La forma y medida no son únicas en la ley. La ley no ignora que la forma y medida quedan a voluntad del causante, sin que el derecho del legitimario se regule (como estamos viendo) al margen del fenómeno sucesorio y de los principios que lo rigen (normas de la sucesión testada e intestada).

Las reglas a las que está sometida la legítima gallega no convierten al legitimario en un extraño a la sucesión. La posición que en ella se le reconoce influye en su derecho y no se acoge la teoría del desdoblamiento de posiciones en ninguna norma, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en Aragón.

La ley gallega anterior se refería en el artículo 149 a los “modos” por los que podía recibirse la atribución patrimonial que puede considerarse en satisfacción de la legítima (herencia, legado, donación); también la apartación. La medida la fijó la ley derogada en el artículo 147 con algo más de acierto que el artículo 244 de la nueva LDCG, ya que puede deducirse (147-c) que lo que se debe tomar en cuenta es el estado físico (es estado físico la calificación urbanística) de lo donado o de lo que fuese objeto de mejora en el momento de la donación o de la mejora.

El artículo 240 se refiere al causante. Por su parte, el artículo 815 del Código Civil lo hace al testador que deje, por cualquier título, al legitimario menos de lo que le corresponda por legítima. Este artículo se refiere al legado en sustitución y se interpreta en relación con el artículo 814 y

en el sentido de que, aún no designado heredero, el legitimario no está preterido y no pierde su derecho al complemento como partícipe de la masa de reparto entre legitimarios (arts. 815/1.035 –herederos forzosos–). El legado del artículo 815 del Código Civil no es el legado que no se colaciona (1.037), este último es el que se recibe además de lo que obtiene por legítima el legitimario heredero.

En Derecho común puede resultar que un legitimario tome de menos, al haber recibido por donación tanto como le corresponda en la masa de reparto entre legitimarios; pero esto no le excluye de la herencia porque la masa de reparto entre legitimarios está integrada por lo donado a ellos más la legítima en la herencia. La parte que reciben los legitimarios –colectiva– en la herencia es lo que integra esa masa de bienes; por lo que legítima y herencia pueden coincidir.

La agregación del valor de todo lo donado a toda la herencia no es, en el Código, de reparto si toda herencia no es de los legitimarios: La masa de todo se calcula idealmente para apreciar la inoficiosidad.

En Derecho común y en el Derecho gallego, también en el actual según el propio texto legal, lo legal es el llamamiento al derecho (art. 239). Pero sólo se da a falta de reconocimiento voluntario. El contenido efectivo del derecho va a depender de cómo se practique el llamamiento (p. ej., art. 261) y también del título por el que se reciba la atribución (art. 245) en pago de legítima. Pueden no coincidir. Por lo que en el sistema gallego es necesario el título del derecho (si no se da puede ser legal autónomo –art. 258– o legal *ab intestato* –art. 259–) de la atribución patrimonial suficiente.

Esto resulta de la regulación que la propia LDCG hace de la legítima, a la que no dota de un régimen autónomo pleno y a la que no singulariza como otro llamamiento legal, sino en determinados casos (arts. 258, 264).

En los casos en los que la LDCG menciona la legítima de manera que puede entenderse en este sentido de llamamiento limitado, o no es con acierto, como es en el caso de la desheredación –art. 262– (¿qué ocurre si por ineficacia de la institución testamentaria el desheredado es llamado a la sucesión intestada?), o lo hace de forma confusa como, por ejemplo, en el párrafo primero del artículo 245 (¿puede reclamar la legítima el que renuncia a la herencia?).

Medida: La fija el artículo 243; la base de la medida la fija el artículo 244. La conservación del valor, el artículo 250, 221.

Es un mínimo. El causante puede dejar al legitimario como tal legitimario lo que quiera, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros del causante válidamente en vida de éste.

El legitimario tiene derecho intangible a un valor mínimo y a que se le satisfaga como la ley ordena.

La medida es la cuarta parte del valor del haber hereditario líquido fijado en un determinado momento: el que tuvieran los bienes en el momento de la muerte del causante (art. 244). Este es un momento objetivo; no es el subjetivo del reparto. La conservación del valor de este momento se garantiza con el derecho al cobro del interés legal (arts. 243, 244, 221, 250).

El artículo 243 de la LDCG fija un módulo de participación en la liquidación.

La legítima consiste en una deuda de valor: “la cuarta parte del valor del haber hereditario líquido”. Se debe un valor en sustitución de unos bienes. Derecho al valor de realización de unos bienes objetivamente estimado por referencia a un determinado momento. No es un valor convencional (no es precio corriente, de mercado, ni justiprecio), sino el valor real de los bienes, estimado con arreglo a criterios objetivos. Por lo que no puede ser el valor subjetivo que atribuya el deudor. El valor es lo que se debe y, por esto, la cantidad de dinero es variable según el momento en el que se haga efectivo (el principio nominalista o valorista se aplica en relación a una cantidad ya conocida de dinero). El principio nominalista no se mantiene. La identidad de la cantidad no se mantiene si es inferior en valor al del momento de hacerse efectiva.

Según la LDCG, el legitimario **sufre las consecuencias de que existan deudas**. Por lo que si los créditos son litigiosos, los legitimarios deben ser demandados por las deudas del causante, ya que son personas que sufren las consecuencias del fallo (STS de 21 de mayo de 1969).

Pero el legitimario **no soporta todas las cargas ni deudas contra la masa de bienes relictos**. No pueden deducirse las que sean de cargo de la herencia, como los gastos de entierro, mientras existan bienes en ella (21), los de entrega de legados y de la propia legítima, los de alimentos del artículo 1.410.

El derecho del legitimario **no está en situación de igualdad al del acreedor del causante** porque el legitimario recibe del remanente después de pagar las deudas que debe soportar.

Pero, por otra parte, el legitimario no cuenta con el relicto como única masa de garantía, ya que la agregación del valor de las donaciones (liberalidades, dice la LDCG) no aprovecha a los acreedores posteriores a la fecha de la donación.

La forma: Aquí hay que distinguir: 1) título en el que se le reconoce su derecho: aquél en el que se ordena la sucesión por voluntad del causante en donde conste su reconocimiento; en su defecto, el legal, como

(21) Los gastos de entierro y funeral deberán ser satisfechos por los que en vida tenían obligación de alimentarle cuando en la herencia no hubiese bienes (1.894 Código Civil).

vocación autónoma en el caso del artículo 258, o por aplicación de las reglas de la sucesión intestada, como en el supuesto del artículo 259. 2) Título, en su caso, de la atribución patrimonial suficiente.

Si la sucesión es voluntaria, el primero es necesario para no incurrir en preterición; el segundo, no, cuando de la mención resulte la atribución patrimonial. La apertura de la sucesión intestada evita la preterición.

El primero, **en el que se reconoce a favor del legitimario el derecho al que debe ser llamado**, es aquél por el que el legitimario es efectivamente llamado, donde debe estar mencionado: testamento, pacto, el de mejora de labrar y poseer y el de apartación para conocer la posición que se le reserva en la sucesión a efectos de fijar la legítima de los demás legitimarios no apartados. En su defecto tiene lugar lo dispuesto en la ley: en el caso de omisión excluyente, en principio rige el artículo 258 (me remito al comentario de este artículo); en los demás rigen las reglas de la sucesión *ab intestato*, supletorias de la falta de sucesión voluntaria con o sin testamento.

El segundo (**título de la atribución patrimonial**):

No cabe cualquier liberalidad. La atribución patrimonial es suficiente siempre que confiera al legitimario una atribución patrimonial en vía principal, que puede considerarse en pago de legítima, porque no contradice la naturaleza del propio acto de atribución ni tampoco el ánimo que guió la realización del acto. La legítima es debida.

Por ejemplo, la condonación de una deuda, la donación (en este caso, dependiendo una y otra de su clase, ya que no considero expresamente excepcionadas ni contradichas por la nueva regulación gallega las observaciones a las que dan lugar algunas disposiciones, como la donación remuneratoria, por ejemplo), el legado, el bien objeto de un pacto de mejora (si el pacto lo permite porque no se convino otra cosa –los pactos que garantizan la legítima y la mejora son válidos–). La institución de heredero también es bastante aunque no tenga contenido material concreto, porque permite cumplir la legítima y la función de falcidia de ésta, propia del sistema que rige en Galicia, sin perjuicio de las acciones del legitimario en defensa del derecho que la LDCG regula, a pesar de la afirmación original del primer párrafo del artículo 249.

También en la apartación coinciden título de la atribución y el título en el que resulta definida la posición del legitimario.

Intangibilidad. (Cuantitativa y la cualitativa de la legítima valor)

La legítima lo es en valor.

La legítima debe recibirse de forma plena y libre.

La legítima valor preserva en mayor medida la intangibilidad cuantitativa. No es posible hablar de usufructo sobre un valor, dejaría de ser la

cuarta parte. Y una cosa es gravar y otra privar. No se puede privar de todo o parte del valor al que da derecho la legítima.

Podría pensarse que la única intangibilidad es cuantitativa. Pero, aun siendo un valor, hay obligaciones y facultades en la liquidación de la legítima que no impiden el que pueda hablarse de intangibilidad cualitativa. Por otra parte, el testador pudo señalar bienes para su satisfacción. Sobre ellos sólo puede imponerse el gravamen permitido por la ley en el artículo 241: el usufructo ordenado conforme a la ley.

Único gravamen permitido.

El artículo 241 dice que el único gravamen que se admite es el usufructo “ordenado con arreglo a la presente ley”: el regulado en los artículos 228 y ss. El contenido de este gravamen no es dispositivo (como el legal del Código Civil dentro de ciertos límites). El contenido de este usufructo es especial, legal (art. 237). Responde a las notas del usufructo legal familiar (22).

Sólo cabe este usufructo sobre la legítima, ningún otro. Tampoco el usufructo legal a favor del cónyuge. El usufructo a que se refiere el artículo 241 es el voluntario de los artículos 228 y ss.; no es el legitimario del viudo. Resulta así de lo que veremos y, también del artículo 256, aunque ésta no sea una conmutación en defensa de la legítima.

No puede imponerse otro usufructo que grave la legítima diferente del universal gallego. Pero si se impusiese no es aplicable el artículo 820-3.º del Código Civil. Este artículo es un remedio sustitutivo en caso de gravamen que no es necesariamente reducción, es una regla excepcional, propia de un sistema. Parte de la existencia de un gravamen y de algo más. El artículo 820-3.º presupone que los herederos forzosos están en condiciones de entregar la parte libre. La medida de la actual legítima y de la parte de la que el testador puede disponer libremente da lugar a que la solución del artículo 820-3.º esté alejada de lo que puede ser una solución transaccional equitativa (que es la solución del art. 820-3.º; que no es necesariamente reducción) y alejada de la voluntad del causante. El artículo 820-3.º es una regla, en principio (23), colectiva y uniforme (aunque sus posibilidades dependen de circunstancias y deben ser valoradas). En Derecho común, lo que se recibe de más a cambio de legítima es legítima.

El gravamen permitido (el usufructo de los arts. 228 y ss.) es un usufructo universal que no puede afectar, como tal gravamen, a la legítima valor.

(22) PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: *Notas a Ennecerus Wolf*, tomo III, volumen 2.º, pp. 71.

(23) BERMEJO PUMAR, M. M.: “La legítima”, en *Instituciones de Derecho Privado*, tomo V, volumen 3.º Sobre el artículo 820-3.º, pp. 179 y ss., en concreto sobre la posibilidad de fraccionamiento, pp. 192, 193, 194.

El patrimonio relicto está, o puede estar, integrado por bienes y derechos. Se admite el usufructo de derechos (art. 483 del Código Civil) que se resuelve sobre el contenido material del propio derecho, y se admite el usufructo de las acciones reales reivindicatorias, también, por algún autor, de las personales para reivindicar bien o cantidad concreta.

Pero el derecho del legitimario no está en el patrimonio relicto. El usufructo del cónyuge no recae sobre lo que no está en el patrimonio relicto por el causante y el derecho del legitimario no está en el patrimonio del causante.

Y, además, la legítima lo es a un valor.

Este derecho valor que es del legitimario no forma parte del patrimonio relicto del causante, y, por otra parte, no cabe gravar el valor sin lesionarlo.

El gravamen que, como el usufructo, depende de la duración de la vida del usufructuario es de valor aleatorio e inicialmente indeterminable (fundamento de la solución del art. 820-3.º del Código Civil: no reducción, sino transacción). El valor real del usufructo no se puede estimar (sólo como solución fiscal).

En el caso de que al legitimario se le deje el mínimo legal (la cuota valor), cualquiera que sea el medio por el que se haga efectivo este mínimo legal (bienes o metálico), no se puede gravar.

La propia ley gallega (art. 250) imposibilita que el rendimiento de la legítima sea para otro distinto del legitimario. Los intereses son del legitimario. En caso de posposición del pago de la cuota valor, la ley reconoce a favor del legitimario el rendimiento del importe debido, el interés legal del dinero, según el artículo 250, al año de su reclamación. Únicamente desde ese momento, cuando esta reclamación sea necesaria, porque el legitimario no tiene que anunciar su derecho que resulta del título de la sucesión (me remito al comentario de este artículo). También el artículo 221 (pacto de mejorar y poseer con pago en metálico a los demás) atribuye al perceptor el derecho al interés.

Este reconocimiento hace imposible, en mi opinión, que pueda afirmarse otro rendimiento del valor como es el usufructo a favor de otros, sin lesionarlo, como se produce en el caso de que el usufructo grave la legítima valor.

Si el legitimario recibe una cuota superior al mínimo legal, tampoco se puede imponer el usufructo si con él se priva de la facultad de disponer de la atribución patrimonial. Por ejemplo, si la cuota valor a la que es llamado el legitimario se le satisface en metálico y el usufructo sobre él le impide disponer del capital o hacerlo de forma fraccionada en el tiempo, no se grava, sino que se priva al legitimario de su derecho actual y pleno al valor.

Mientras que, si se satisface la legítima en bienes, el usufructo no impide al legitimario disponer de la nuda propiedad que tiene un valor económico actual (24). Los bienes conservan el valor real. La percepción *in natura* no impide que se reciba un valor del que se puede disponer y además asegura el contenido económico.

En los supuestos que regulan los artículos 282, 228 no se pospone, en estos casos los legitimarios reciben la propiedad o nuda propiedad de los bienes como herederos [recepción del pleno dominio o nuda propiedad de cuota en el todo –art. 282 (25)– o de lo mismo en caso de indivisión o, en el contrario, de la nuda propiedad de bienes o cuota en ellos –art. 228].

A esta conclusión conduce también la interpretación relacionada y no contradictoria de los artículos 250, 282, 278 y 198 de la nueva LDCG.

En el sistema de legítima valor, cuando concurren el usufructo del cónyuge viudo y la facultad de instituir y asignar libremente, el legitimario podrá pedir la legítima que le corresponda. El artículo 198 salva el derecho de los legitimarios, por lo que queda excluido de la facultad del comisario.

Del artículo 282 resultan dos cosas: 1) los hijos o descendientes que no sean comunes podrán reclamar la legítima de forma inmediata al fallecimiento del testador; 2) en el caso de que los hijos o descendientes sean comunes podrán reclamar la legítima mínima legal de forma inmediata en todos los supuestos en los que no exista partija conjunta de sus progenitores.

La legítima es en valor. Pero la duración del usufructo vitalicio es indeterminable, lo que hace incierto el valor porque dependerá de la vida del usufructuario. La única compensación a esta incertidumbre es que, además de recibir la legítima en bienes, los legitimarios sean los herederos.

Por lo que creo que **la legítima gallega sólo se podrá gravar con el usufructo universal familiar de contenido legal si los legitimarios son los herederos, pero no en otro caso.**

Esta es la solución de Derecho catalán (26) en el caso del usufructo universal a favor del viudo que puede gravar la legítima del descendien-

(24) No es la misma cuestión, porque el derecho del legitimario es al valor, pero son interesantes las soluciones de la Ley catalana 13/2000 y de la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y de viudedad, en el caso de usufructo de cosas, como dinero, participaciones en fondos de inversión y otros instrumentos de inversión colectiva.

(25) Artículo 282: en la partición conjunta y unitaria por ambos cónyuges, la legítima de cualquiera de los hijos o descendientes comunes podrá ser satisfecha con bienes de uno solo de los causantes. En este caso, no podrán reclamarse las legítimas hasta el fallecimiento del último de los cónyuges.

(26) El Proyecto del Libro IV catalán, al regular el usufructo universal en la sucesión intestada a favor del viudo, permite que se extienda a las legítimas, pero se está refiriendo a los supuestos en los que los herederos son los legales; aun así distingue entre hijos comunes o no (provisional art. 442-4. Modifica los arts. 330 y ss. de la Ley vigente).

te previsto en el *ab intestato*, cuando los legitimarios son los herederos (si concurre con ascendientes, el cónyuge es el heredero y los ascendientes los legitimarios: es un supuesto de legítima en el *ab intestato*).

Plazo.

El momento se tiene en cuenta para fijar el valor. No se puede fijar por referencia a un momento posterior al que establece el artículo 244-1.

La satisfacción de la legítima debe cumplir el procedimiento que establecen los artículos 246 y ss.

La legítima gallega puede anticiparse (arts. 224 y ss.), pero sólo puede posponerse dentro de ciertos límites. La posposición no puede tener lugar sin merma del valor, por lo que, en este caso, se debe al legitimario el interés legal del dinero (arts. 250, 221).

No se admite término, salvo en los supuestos vistos (arts. 221, 250, 282). Ninguno es un plazo que se admita sin fundamento.

El del artículo 250: un año desde la reclamación. Exigencia, la de la reclamación, que sólo puede tener lugar cuando esta reclamación sea necesaria, como lo es en los casos de preterición, reducción o complemento. En los demás, es absolutamente innecesario reclamar el derecho que de forma forzosa resulta del título, por lo que no tiene el legitimario que ponerlo de manifiesto en la liquidación, como no tendría que anunciarlo un acreedor en el mismo supuesto.

Otro plazo lo recoge el artículo 282 para el específico supuesto de la partija conjunta cuando el legitimario es el heredero en los bienes. En otro caso no cabe perjuicio de la legítima, su satisfacción debe hacerse de acuerdo con el procedimiento y en el plazo legal (art. 278).

Por su parte, cuando el artículo 221 fija un plazo, se refiere a la posibilidad de que aquél al que se le atribuye la explotación pueda compensar en metálico en el de cinco años a los demás interesados en la partición.

El plazo del artículo 221 es para un caso especial: puede darse cuando el adjudicatario de la explotación que da lugar al pago en metálico sea un descendiente. El plazo del artículo 221 no puede tener lugar si la explotación se adjudica en testamento o a favor de quien no es descendiente.

Este artículo establece una excepción al pago inmediato de la legítima; la carga que representa el plazo del artículo 221 se consiente por pacto, con garantía y, muy posiblemente, a satisfacción de los partícipes perceptores de la cantidad.

En todos los casos de aplazamiento hay garantía e interés; en unos, la que representa ser titular de un derecho real sobre los bienes (art. 282), éstos garantizan el pago y conservan el valor; en otros, la pactada (art. 221). El plazo es el del año desde la apertura de la sucesión (arts. 221, 244) y,

en su caso, cuando la reclamación deba tener lugar (complemento, reducción, preterición), desde ésta (art. 250).

La posibilidad de adjudicar una explotación y que el adjudicatario compense en metálico a los legitimarios también está prevista en el Código Civil. Se admite esta compensación en la mejora en cosa determinada que regula el artículo 829 (la doctrina admite entre las cosas determinadas la explotación).

Desde la reforma del artículo 1.056 del Código Civil por la Ley 7/2003, se admite en Derecho común aplazamiento del pago de la legítima en metálico (27). Existen diferencias entre el Código Civil y la LDCG. Esta última restringe la solución del Código.

Las diferencias entre el artículo 221 y el 1.056 son notorias. El adjudicatario del Código Civil puede ser un extraño. En la LDCG sólo un descendiente.

El artículo 1.056 origina dudas de interpretación, en especial sobre la preferencia del criterio familiar o empresarial de ser contradictorios, y sobre la interpretación relacionada de lo previsto en el artículo 1.056 con el procedimiento y garantías de los artículos 841 y ss.

En la LDCG, las dificultades de interpretación no son menores.

Este artículo 221 está en relación necesaria con el anterior, artículo 220, y creo que de ellos se puede concluir que esta forma de satisfacer el derecho de los demás partícipes es una solución a la partición en el caso de que la explotación indivisible (en término económicos) sea el bien de la herencia y no existan otros con los que satisfacer el derecho de los demás interesados en la partición, entre los que se cuentan los legitimarios.

El artículo 219 afirma que la mejora de labrar y poseer supone la institución de heredero a favor del mejorado; la aceptación no puede hacerse en parte, a plazo o condicionalmente (art. 990 del Código Civil). Lo que no impide que, mientras no sea eficaz el llamamiento sucesorio, el adjudicatario de la explotación gallega puede dejar de ser titular (art. 222) de la explotación en vida del causante.

El favorecido puede escoger al mejorado con la explotación en el caso de premoriencia. Esta facultad representa una delegación de la facultad de mejorar reconocida a favor de persona diferente al cónyuge, delegación que ya estaba prevista en la anterior LDCG. Pero esta facultad que se reconoce al adjudicatario puede convertir el pago de la legítima en incierto; altera la garantía personal tal y como se pactó; es una quiebra al principio recogido en el artículo 1.205 del Código Civil.

(27) Sobre el comentario a esta reforma me remito a BERMEJO PUMAR, M. M.: *op. cit.*, “La legítima”, ..., pp. 214, 498 y ss.

La garantía del pago en metálico a la que se refiere el artículo 221 puede ser de cualquier tipo. La ley no prohíbe ninguna ni distingue, por lo que puede consistir en una limitación de las facultades de administración o disposición del adjudicatario que hagan cierta la solvencia del patrimonio que recibió.

El **artículo 221** es interesante porque confirma lo que también se defiende en Derecho común: **no están prohibidos los pactos que aseguran la legítima y mejoren la posición del legitimario**. La mejora como cuota es una consecuencia de la mejora como acto de disposición y ordenación de la sucesión.

La interpretación relacionada de los artículos 242, 214, 245 de la nueva LDCG conduce a que no pueda tenerse por legítima; en todo caso, la atribución patrimonial que fue objeto del pacto de mejora sin contravenir el artículo 242, que prohíbe pactar sobre la legítima futura (el anticipo siempre surte ciertos efectos en la solución de la legítima).

El pacto admitido que puede suponer renuncia o transacción sobre los derechos del legitimario es el de apartación. Ningún otro, por lo que, en el vigente Derecho gallego, expresamente no caben otros distintos a aquél, como podrán ser, por ejemplo, los de mejora en compensación a la renuncia de facultades propias del contenido del derecho del legitimario (prestar conformidad a la liquidación, consentir que el contador-partidor sea un partícipe en la herencia, a que se grave la legítima con un derecho a favor de tercero...). El artículo 221 no admite más gravamen que la posposición del pago en metálico.

También la redacción del artículo 221 es de interés porque, en ella, se reconoce al legitimario entre los interesados en la partición. Me remito al apartado en el que se trata del procedimiento que debe seguirse para satisfacer la legítima en esta ley (elección, solicitud de que se lleven a cabo las operaciones para liquidar, conformidad a la liquidación practicada, señalamiento del bien...). El legitimario sufre las consecuencias de las operaciones de liquidación de la herencia (la partición no es una mera división material de bienes; ésta es la última de sus fases, resultado de la de fijación y liquidación propiamente dicha). El brocardo histórico antes es pagar que heredar, se refleja en las normas sustantivas (arts. 1.026 y ss. del Código Civil) y procesales (art. 788 LEC) aplicables en Galicia, normas que esta nueva LDCG no modifica.

Cargas inadmisibles.

No son admisibles otras cargas distintas a aquella a la que se refiere el artículo 241: usufructo ordenado conforme a la ley.

No se admiten en el Derecho civil de Galicia:

— Como ya vimos, en el Derecho gallego vigente tampoco está admitida otra que permite el Código Civil como consecuencia de la reforma del 1.056, por Ley 7/2003 (28).

— La imposición de cargas *bona mente*. Aquéllas que se imponen en beneficio del legitimario o para conservar el derecho en el propio legitimario. Como serían las que obedecen a la falta de madurez, minusvalía física o psíquica incapacitante, o no, del propio legitimario al que se trata de proteger. Por ejemplo, la prohibición de que el legitimario pueda realizar determinadas facultades sobre los bienes que reciba, o todas aquéllas previstas en los artículos 813, 808, 782, 831 del Código Civil después de la reforma por la Ley 41/2003 (29).

La ponencia dejó pendiente para su estudio en Comisión la incorporación a este artículo 241 (en la propuesta, el 242) de un apartado segundo para copiar en él la reforma que introdujo la Ley 41/2003 del Código Civil en el contenido de los artículos 782 y 808. Se propuso un párrafo con el tenor siguiente:

“En el caso de existir hijos o descendientes judicialmente incapacitados” (expresión que no se hace eco de la nueva terminología como consecuencia de la dirección positiva e integradora con la que se contemplan hoy estas situaciones), “el testador podrá gravar la legítima a su favor con un usufructo o establecer una sustitución fideicomisaria, en la que son fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los demás legitimarios”.

El gravamen es propio de una legítima en bienes. No se propuso una solución adecuada a la legítima valor de percepción inmediata o, en otro caso, con interés.

No prosperó, y no cabe la sustitución fideicomisaria tampoco en el caso admitido en el Código Civil, legítima en bienes, supuesto que puede darse en Galicia (art. 246).

— No se admite atribuir al albacea la facultad de establecer medidas de custodia o conservación que alteren el derecho del legitimario sin su intervención.

— O el señalamiento de bien de tal naturaleza que prive al legitimario del poder adquisitivo que representa su cuota valor.

(28) BERMEJO PUMAR, M. M.: “La legítima”, *Instituciones de Derecho Privado*, tomo V, volumen 3.º (Madrid, 2005), pp. 194 y ss. (en concreto, 196).

(29) BERMEJO PUMAR, M. M.: “La legítima”, *Instituciones de Derecho Privado*, tomo V, volumen 3.º (Madrid, 2005), pp. 194 y ss. (en concreto, p. 196).

— Tampoco son admisibles las disposiciones que supongan vulneración de las garantías y facultades de intervención y control propias del legitimario.

El gravamen no tolerado sobre la legítima se tendrá por no puesto a falta de que disponga otra solución el testador (como la alternancia expresa con la legítima).

Aunque la LDCG no la regule, nada impide que el testador pueda establecer (30) en alternancia con la legítima la atribución de más, pero gravado. Previsión expresa del testador (no cabe tácita, STS 18 de noviembre de 1930) y opción libre del legitimario (a la manera de la cautela de Socino). Por ejemplo, atribución a un hijo de dos tercios de los bienes, pero con la carga de que los administre otro hasta que el legitimario cumpla la edad de treinta años, si no acepta esta limitación recibirá el mínimo legitimario. No es gravamen, en cambio, si el administrador que se nombra lo es con arreglo al artículo 164 del Código Civil mientras el legitimario es menor de edad. No es necesario prever la opción cuando se imponen gravámenes que los legitimarios deben tolerar.

Gracias a esta reforma son inadmisibles en Galicia cargas que antes de ella sí lo eran con arreglo al Código Civil y la tradición gallega; y la LDCG recoge otras inadmisibles en Derecho común (nueva regulación de la que permite —arts. 241 y 228 y ss.).

Como anécdota que refleja lo alejada que está la ley gallega de algunas de las posibilidades que caben en el Código Civil, pongo como ejemplo la que cabe en la letra del artículo 831, a la que dio lugar, probablemente, un despiste de redacción cuando se reforma el artículo para permitir la delegación de la facultad de mejorar a favor de las parejas de hecho; la amplitud de los términos dio lugar a que se reconozca, literalmente, a favor de las personas con descendencia común, por tanto no sólo a favor de personas que no están casadas, pero tengan hijos comunes, sino también a favor de abuelos, suegros... (31).

La modificación de este artículo 831 amplía el círculo de posibles delegados, lo que, como ya expuse al comentar esta reforma (32), da lugar a que una misma persona pueda ser delegada en varias sucesiones. La reforma del artículo 831 metió en el mismo saco cosas muy distintas, tanto

(30) A la cautela se refiere la legislación catalana: en disposición testamentaria hecha en concepto de legítima en la que expresamente se recoja la cautela socini (art. 360).

(31) BERMEJO PUMAR, M. M.: en el comentario a la reforma del artículo 831 recogido en “La legítima”, *Instituciones de Derecho Privado*, tomo V, volumen 3.º, p. 196.

(32) BERMEJO PUMAR, M. M.: “La legítima”, en *Instituciones de Derecho Privado*, a lo largo de la exposición, pp. 465 y ss., 477 y ss., entre otras.

por lo que se refiere al tipo de acto permitido como a las personas que pueden llevarlos a cabo (33).

Legítima valor y facultades de decisión del legitimario en los actos que afecten al contenido económico de su derecho.

El legitimario debe ser llamado y puede aceptar o repudiar su derecho. Pero, aceptado, la eficacia de su derecho no depende de la aceptación de la herencia por el heredero (art. 249 se refiere al testamentario).

No hay en la nueva LDCG ningún artículo que recoja la norma del artículo 366 de la ley catalana, en la que, pese a él, tampoco se hace depender de la aceptación de la herencia la efectividad del derecho del legitimario, que lo tiene por ministerio de la Ley. Por eso mismo, tampoco depende la efectividad de la legítima de la reclamación por parte del legitimario. El liquidador tiene que satisfacerlo en el cuaderno particional, que no se considera completo sin él. El legitimario (sobre todo si se equipara a un acreedor) no tendrá que anunciar ni poner de manifiesto el derecho que ya necesariamente se reconoce a su favor en el título por el que se ordena la sucesión (salvo que no conste: preterición, complemento y el de reducción).

La herencia en Galicia está sujeta a las reglas de partición del Código Civil, salvo en lo previsto por la LDCG. Esta ley prevé reglas especiales sobre quiénes y cómo pueden partir y sobre la capacidad de menores e incapaces. En los demás rige la Ley estatal, el Código Civil. Se aplican las normas de administración de las herencias de Derecho común. El no perjuicio del artículo 278 debe entenderse, de acuerdo con ellas, de manera que los actos de disposición no merman los derechos de acreedores y legitimarios. Unos y otros (aquéllos por equiparación a éstos según el 249) deben prestar consentimiento a los actos de que les afectan (arts. 1.026 y ss. Código Civil).

Afecta al contenido del derecho del legitimario el pago de obligaciones naturales, derechos claudicantes, de opción, como el de transmisión...

En relación a este último, según la RDGRN de 23 de junio de 1986, referida al Derecho catalán vigente entonces, la legítima no puede ser menoscabada por actos unilaterales del heredero transmisario. No considera el *ius delationis* un derecho personal sin valor patrimonial (34).

(33) BERMEJO PUMAR M. M.: *op. cit.*, "La legítima", ..., p. 478.

(34) Este mismo contenido patrimonial del derecho de transmisión se olvida en sentencias del TSJC, Sala civil, de 29 de enero y 15 de febrero de 1996, que se refieren a un supuesto distinto: en estos casos el heredero renuncia a la herencia a la que era llamado en perjuicio del legitimario del propio heredero renunciante y se discute si es personal o patrimonial a efectos de su computación.

2.º Determinación de la masa de reparto y de cálculo de la legítima (35).

Artículo 243. Constituye la legítima de los descendientes la cuarta parte del valor del haber hereditario líquido que, determinado conforme a las reglas de esta sección, se dividirá entre los hijos o sus linajes.

Artículo 244. Para fijar la legítima, el haber hereditario del causante se determinará conforme a las reglas siguientes:

1.º Se computarán todos los bienes y derechos del capital relictos por el valor que tuvieran en el momento de la muerte del causante, con deducción de sus deudas. Dicho valor se actualizará monetariamente en el momento en que se haga el pago de la legítima.

2.º Se añadirá el valor de los bienes transmitidos por el causante a título lucrativo, incluidos los dados en apartación, considerado en el momento de la transmisión y actualizado monetariamente en el momento de efectuarse el pago de la legítima. Como excepción, no se computarán las liberalidades de uso.

Artículo 245. Salvo disposición contraria del causante, se imputarán al pago de la legítima de los descendientes:

1.º Cualquier atribución a título de herencia o legado aunque el legitimario renuncie a ella.

2.º Las donaciones hechas a los legitimarios, así como las mejoras pactadas con ellos.

3.º Las donaciones hechas a los hijos premuertos que fueran padres o ascendientes de un legitimario.

La imputación de donaciones se realizará por el valor que tuvieran los bienes en el momento de la donación, actualizado monetariamente en el tiempo del pago de la legítima.

Artículo 251.

1.º Si no hubiera en la herencia bienes suficientes para el pago de las legítimas podrán reducirse por inoficiosos los legados y donaciones computables para su cálculo, comenzando, salvo disposición en contra del testador, por los primeros a prorratio. Si no fuera suficiente, se reducirán

(35) Sobre la evolución en este tema y la regulación de las masas para apreciar la inoficiosidad y de reparto entre legitimarios en el Código Civil, me remito a lo que expuse en "La legítima", *Instituciones de Derecho Privado*, tomo V, volumen 3.º, en concreto, pp. 335 a 439.

también las donaciones por el orden de sus fechas, comenzando por las más recientes.

2.º Si las reducciones a que se refiere el apartado anterior no fueran suficientes, también podrán reducirse las apartaciones hechas por el causante y los pactos sucesorios. Si se realizaran varias, se reducirán todas a prorrateo.

3.º Los afectados por la reducción podrán evitarla entregando en metálico su importe para el pago de las legítimas.

La lectura de estos artículos sugiere muchas preguntas que no encuentran respuesta en ellos. Algunas, sobre las que volveré, ya fueron esbozadas, como la de si puede hablarse de colación entre legitimarios como recuerda el artículo 227 de la LDCG, o cuál es el significado jurídico de la mejora en la sucesión en la nueva LDCG. Otras muchas quedan abiertas, como la de si hay legítima en el relicto (“cuarta parte del haber hereditario líquido”, art. 243 y art. 253); a quién aprovecha la imputación del artículo 245 cuando sólo se refiere a las atribuciones a favor de legitimarios; cuáles son las liberalidades del artículo 244; si tiene algún significado en la colación el “hacen número” relativo al repudiante y apartado del artículo 239, cuál es el alcance de este “hacen número” del artículo 239 en la computación...

Estado de la cuestión antes y después de la Ley 2/2006.

Antes de la entrada en vigor de la nueva LDCG rigen los artículos 146, 147 y 148 de la Ley 4/1995. Esta regulación es sustancialmente la del Código Civil, con las escasas particularidades que podrían deducirse del artículo 147.

En el Código Civil, la situación es la siguientes: se reconoce, por una parte, la formación de una masa de reparto entre los legitimarios (cualquiera que sea el título por el que el testador les deje la legítima –art. 1.035/815–, el legitimario no pierde el derecho a cuota en la misma masa de reparto). Esta masa de reparto se forma por agregación de la parte del relicto que corresponde a los legitimarios y el valor de las donaciones que se efectuaron a éstos en vida por el causante (colación = a donaciones a herederos forzosos + la legítima en la herencia). Esta masa se reparte entre los legitimarios, según qué teoría, por igual (criterio germánico; igualdad que se funda, o bien en el propósito del legislador o voluntad presunta) o de manera proporcional a las cuotas en las que se les instituye (criterio romanista, subjetivo, que puede resultar arbitrario si la proporcionalidad se fija en consideración al valor de los bienes y éste depende de circunstancias).

Cualquiera de los dos criterios, en especial el que defiende la proporcionalidad, pone en evidencia cómo en el Código Civil la legítima es de configuración variable, es todo lo que no se dispuso como mejoras.

Ejemplo. El causante, que llamaremos X, instituye herederos a dos de sus tres hijos y en favor del tercero ordena un legado en sustitución de legítima con el que debe darse por satisfecho de sus derechos en la sucesión. El causante X hizo a todos sus hijos varias donaciones en vida. Lega a una ONG la décima parte de sus bienes.

La masa de reparto en el Código Civil se forma por agregación del valor de las donaciones al relicto que reciben los hijos por cualquier título, a la legítima en la herencia. En esta masa de reparto participan sólo los legitimarios (por igual o proporcionalmente, según el criterio que se defiende). En esta masa de reparto, que se forma por agregación del valor de las donaciones a favor de los hijos, no participa el legatario extraño o el legatario del artículo 1.037 del Código Civil (los legados no se sacan de las donaciones); la colación no lo es en su provecho, sólo es obligación y beneficio de los legitimarios (art. 1.035 del Código Civil) y, según la mejor doctrina, cualquiera que sea el título por el que reciban la legítima (art. 1.035 en relación al art. 815 –la institución no es mejora y los legitimarios que reciben el legado en sustitución no pierden el derecho al complemento) (36).

La agregación del valor de las donaciones no aprovecha ni a los acreedores de la herencia, ni a los legatarios de legados que no lo sean en sustitución de legítima. En el ejemplo, la ONG no recibe la décima parte calculada sobre la masa, resultado de la agregación del valor de las donaciones al relicto, sino que sólo recibe la décima parte de aquello de lo que el causante puede disponer al tiempo de morir, pero no de lo que ya dispuso a favor de quien sea. Es decir, la ONG recibe la décima parte en el relicto; el legado al extraño no se saca de lo que ya se donó a los hijos o a cualquier otro.

En la doctrina de Derecho común, un sector defendió la idea de la formación de cuotas iguales –tercios–, no sobre el relicto, sino sobre la masa resultado de la agregación a éste del valor de todo lo donado. De esta forma, la base de cálculo para apreciar la inoficiosidad y evitar el perjuicio de derechos ya adquiridos (todas las donaciones se suman a todo lo donado y esto lo dividen en tres cuotas iguales) se convierte también en masa de reparto, con lo que se niega la reserva en el relicto [la defensa de la reserva en el relicto se funda en la letra de la ley, entre otros de los

(36) La agregación no se hace al relicto, sino a la legítima en la herencia, SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, tomo 6, p. 951.

artículos 806 y 808, éste utiliza la expresión “haber hereditario”, que conserva el artículo 243 de la LDCG (37)]. Esta idea mereció críticas (38) desde que fue formulada (39) por carecer de apoyo legal y dar lugar a consecuencias ilógicas (40). Pero se vuelve a caer en ella, porque se dice, si el legitimario toma de menos por haber recibido en vida del causante tanto como le corresponde en su sucesión, no recibe en la herencia. Sin embargo, esta afirmación incurre en petición de principio e ignora y no resuelve el presupuesto básico, la de si hay reserva en el relicto. Artículos 806, 808 del Código Civil, lo que no resuelve el artículo 243 de la LDCG.

La masa en la que toma de menos el legitimario que recibió por donación es la de reparto, en la que concurre con los demás legitimarios, y está integrada por las donaciones que recibieron todos ellos y, además, por la parte del relicto en la herencia que a todos los legitimarios corresponde (por la legítima en la herencia). Por lo que el donatario que toma de menos recibe en función de lo que a los legitimarios les corresponde en la herencia. Esta agregación al relicto es la base que se fija para que en ella se tome de menos el tanto recibido en el reparto sólo entre legitimarios. Por esta misma razón (sólo entre legitimarios) lo que se colaciona para su reparto entre ellos es legítima.

Las donaciones a favor de los legitimarios se tienen por anticipo de legítima.

Las donaciones a favor de extraños no se tienen por anticipo porque no son sucesores forzosos; sólo se tienen en cuenta para apreciar la inoficiosidad en defensa de los derechos adquiridos. Los extraños beneficiados por testamento no resultan más beneficiados concurriendo con hijos que haciéndolo con otros extraños.

Las donaciones a favor de los hijos no dejan de serlo en provecho de quienes están favorecidos en el testamento.

(37) Los herederos voluntarios o legatarios en la parte de libre disposición, concurriendo en la sucesión o con herederos forzosos, “han de realizar el fenómeno sucesorio *mortis causa* sólo bajo el influjo del principio general y común del artículo 659 del Código Civil, según el cual el concepto de la herencia sólo comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte, o lo que es lo mismo, sólo los que tengan una actualidad de existencia en el patrimonio del causante de la sucesión al tiempo de su fallecimiento y que además no perezcan o se extingan por este hecho”; SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, tomo 6, volumen 2, p. 955.

(38) En especial cuando fue formulada por MANRESA NAVARRO: “Las donaciones colacionables a los efectos de fijar la legítima”, RGL, 1901, pp. 331 y ss.

(39) MORELL: “Donaciones colacionables a efectos de fijar la legítima”, RGLJ, tomo 98, año 1901.

(40) Que reconoce el que la formula, por lo que sugiere “las donaciones à extraños se dan a cuenta de la porción libre, ò como anticipo de ella”; MORELL: *op. cit.*, p. 323.

Ejemplo: X donó en vida bienes de gran valor a varias organizaciones deportivas de las que fue presidente. Fallece bajo testamento, en el que instituye herederos a sus hijos, a quienes también hizo donaciones en vida, aunque de menor valor.

Los hijos pretenden la reducción de lo donado a las organizaciones deportivas porque lesionan su legítima.

En Derecho común, la inoficiosidad se aprecia por la agregación del valor de todas las donaciones (a favor de legitimarios y extraños) a todo el relicto (sea o no legítima) y se reducirían en lo inoficioso en lo que lesionen la legítima. No existen dos partes de libre disposición, una para los actos entre vivos y otra para los actos por causa de muerte; sólo una, pero en el todo y al tiempo de morir el causante se aprecia su inoficiosidad.

De esta forma se protegen los derechos ya adquiridos legítimamente por terceros.

En el vigente Derecho gallego también se aprecia de esta forma la inoficiosidad. ¿Pero persiste la colación vigente en Galicia con arreglo al artículo 1.035 del Código Civil?

Utilizando el supuesto anterior, si X, en lugar de haber donado a las organizaciones deportivas, lega los bienes de extraordinario valor a éstas en el testamento en el que instituye herederos a sus hijos a quienes donó algo en vida, la solución es la siguiente:

En el Derecho común, lo donado a los hijos no se agrega para el cálculo de lo que debe recibir el legatario (a favor de extraños y del que no es legítima –art. 1.037 CC–); no hay un derecho adquirido en el legatario que se deba proteger preferente al derecho ya adquirido por el donatario aunque éste sea legitimario.

Esta es la teoría de *lege data* (arts. 806, 1.035 del Código Civil). Los legados y disposiciones testamentarias no se sacan de las donaciones. Esto no cambió (41). La colación sólo tiene lugar entre herederos forzosos y en beneficio de éstos y, de lo ya dispuesto, el causante no puede volver a disponer (a favor de quien sea) en perjuicio de la legítima en el relicto.

(41) GARCÍA GOYENA, F., introdujo el cambio de que la donación simple no es mejora; “derogo, pues la Ley 25 de Toro 9, título 6, libro 10, Novísima Recopilación, según la que no deben sacarse las mejoras de las dotes y donaciones *propter nuptias*, ni de las otras donaciones que los hijos o descendientes trajeren a colación o partición”. *Concordancias motivos y comentarios del Código Civil español*, 492 y ss. Se refiere a las donaciones que dejan de ser mejora. Y defendió un cambio en el cálculo de la mejora (su idea no prosperó plenamente en el Proyecto) y cuota de libre disposición en defensa de los derechos ya adquiridos por descendientes y por extraños. Su postura en relación a los legados: “si se decide por el (legatario) extraño, se le hace de mejor condición que al hijo”.

Además hay reserva en el relicto. La saca de lo dispuesto a favor de extraños con la preferencia y, a la manera del artículo 656, se hace después de la legítima.

Algún sector de la doctrina defiende lo contrario, sin dejar de reconocer que no es una solución de *lege data*, partiendo de una idea previa defendida por un sector, la de que no hay legítima en el relicto (42) o en función de la legítima que tienen también en el relicto.

La imputación en sentido técnico se considera como toma de menos del valor ya recibido. Desde que se toma de menos en una masa de bienes, se convierte en masa de reparto. A este fin, en la ley se reconoce una: la colación. La computación es para apreciar lesión.

La idea que se defiende de *lege ferenda* (traer el valor de las donaciones hechas a favor de los hijos para sacar de ellas los legados) produce consecuencias como la de la sentencia de 17 de marzo de 1999, criticada por la doctrina, ya que hace partícipe de la colación al cónyuge viudo, legatario del tercio libre.

En la actual LDCG, la colocación sistemática del artículo 245 excluye la **legítima del viudo** de la regla de imputación del artículo 245, ya que el artículo 253 se remite a la regla de cálculo del artículo 244, aunque por un error se refiera al artículo 245, y el contenido del artículo 245 (imputación) se encuentra en la sección dedicada a la legítima de los descendientes.

Ejemplo: X testa y nombra heredera a su esposa y sus seis hijos por partes desiguales. En caso de que hubiese perjuicio en la legítima y el causante X hubiese hecho donaciones a los hijos y donaciones a favor de la esposa, la solución es muy distinta si participa la viuda en la masa de reparto en la que se toma de menos.

Es decir, la solución es muy distinta si los hijos agregan lo donado para darse por satisfechos y para dejar íntegra en el relicto la cuota de la viuda; de esta forma, no toman del relicto su cuota íntegra. En este caso resultará que la viuda no colaciona (no trae a cuenta el valor de lo que le fue donado), pero se aprovecha de la agregación del valor de lo que les fue donado a los hijos, que toman de menos. Pero una de las notas de la colación (obligación de traer a colación para formar la masa en la que se toma de menos) es la reciprocidad; el que no participa –aporta el valor de lo que le fue donado– no se aprovecha del valor de lo donado que traen a cuenta los demás.

(42) En opinión de VALLET DE GOYTISOLO: “entiendo que *el de cuius* al mandar testamentariamente cuotas de libre disposición o de mejora sólo quiera referirse a cuotas de haber relicto líquido sin computar lo donado. Se trata de un problema interpretativo de la voluntad del testador, que, con respecto al Derecho anterior al CC, presenta como novedad la desaparición de la presunción de que la cuota dispuesta sólo se refería al montante de lo relicto”; VALLET DE GOYTISOLO, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XI, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, pp. 266, 267.

Sin perjuicio de que las donaciones a unos y otros puedan reducirse por inoficiosas.

La colación fue una de las cuestiones más interesantes que, en Derecho común, planteó el derecho del viudo en la sucesión desde que se le califica como legitimario (43). La respuesta en el Código Civil fue negativa: la colación no lo es en beneficio del cónyuge viudo; el cónyuge no está sujeto a colación porque su legítima no es de naturaleza análoga a las de los demás legitimarios (44).

En el ejemplo expuesto (no existe reciprocidad), la viuda recibe su cuota como heredera en el relicto; los hijos no tienen que traer lo donado en provecho del viudo, ni aplicarán a su cuota legitimaria lo donado en caso de ineficacia o insuficiencia de las adjudicaciones en testamento a su favor en beneficio del cónyuge viudo (el art. 245 está en la sección dedicada a la legítima de los descendientes; el contenido del art. 245, al que se remite, lo es del art. 244).

La colación sistemática del artículo 245 (su contenido no es al que se refiere el art. 253) lleva a la conclusión de que el viudo no aplica en pago de su derecho lo donado por el causante. Por la misma regla deberá entenderse que la viuda del ejemplo no puede beneficiarse de la toma de menos por parte de los hijos en el reparto, al que no aporta.

En el ejemplo expuesto, los hijos agregan el valor de lo donado a lo que les corresponda en la sucesión sólo para el cálculo de la cuota de reparto entre ellos. Pero conservan la legítima en el relicto.

Si es una sola la masa de reparto y una misma forma la de satisfacer los derechos de todos los legitimarios (por disposición o conmutación), existe homogeneidad y podría defenderse una interpretación que someta a la misma regla a todos los partícipes en el reparto.

Pero nos encontramos con el inconveniente de que no puede imponerse la colación al heredero voluntario cuando no está prevista en la Ley (art. 1.035), sobre todo si se sostiene el efecto de la restitución (al no tener como fin la reparación de lesión, se defiende que este efecto es innecesario, para lo que está el mecanismo de reducción por inoficioso). El donatario podrá repudiar para no colacionar. Pero en el caso de que no repudie no tiene obligación de colacionar, ya que la colación no deja de serlo en beneficio de legatario; la ley no contempla esta suerte de revocación de efectos de las donaciones a este fin (en beneficio de la disposición en testamento voluntaria).

(43) HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, L.: "La cuota viudal y su regla fija", RGLJ, octubre-noviembre, 1946, pp. 390 a 577.

(44) Me remito a lo que ya expuse en BERMEJO PUMAR, M. M.: "La legítima", en *Instituciones de Derecho Privado*, tomo V, volumen 3.º, pp. 382 y ss.

Tampoco lo donado a los hijos puede servir, según la ley que rige las donaciones y sus causas de revocación, para aumentar la masa de bienes de la que el testador puede disponer al tiempo de morir en beneficio de extraños y de lo que no es legítima (aquello que no es mejora en el testamento a favor de descendientes –la propiamente dicha– ni a favor de quien no lo es). De ser así, no habría dos masas con distinta composición y fines (colación –calificada en sentido estricto– y computación), aunque circunstancialmente puedan coincidir. Habría una única masa a todos los efectos que aprovecha a quienes no son legitimarios, y en esa masa, en el mejor de los casos, una submasa con fines distintos (45).

El cálculo para apreciar lesión por inoficiosidad (la computación) no da lugar a una masa de reparto; en la base contable a la que da lugar no es en la que se toma de menos. Las donaciones a favor de los hijos no dejan de serlo en provecho de los beneficiados en el testamento que no son legitimarios.

La regulación de la legítima está en relación con la de las donaciones, sobre todo desde que se implanta la regla de que las mejoras deben ser expresas (antes de la entrada en vigor del Código Civil las donaciones simples eran mejora).

Entonces se ponen de relieve las diferencias y similitudes entre donación y anticipo de legítima. Son muchas. Una y otro (cuando el anticipo es con entrega actual) no se ven afectados por las deudas del causante al tiempo de morir, no rige para ellos antes es pagar que heredar (STS 23 de octubre de 1992). También en los dos casos, de donación y anticipo, se priva de facultades en la sucesión, como es la de participar en la elección de los bienes objeto de reparto. Pero el anticipo tiene, además, otro efecto que lo diferencia, como pleno acto debido, de lo que no lo es (la donación).

De lo dispuesto de una forma determinada y por concurso de voluntades o generando intereses en otro que la ley considera dignos de protección, con arreglo a la voluntad o a la ley que rige el acto, el causante no puede volver a disponer para aplicarlo en otro concepto distinto, incluso contrario y ajeno a los efectos que la ley prevé cuando regula el acto afectado.

Esta ley es la que regula las donaciones. La ley que las regula en Galicia es el Código Civil.

En el Código Civil la donación se toma como **anticipo de legítima, pero sólo en beneficio de otros herederos forzosos (1.035). La donación anticipo en provecho de extraños no está prevista en el Código Civil. Esta**

(45) Me remito a lo que expuse en *op. cit.*, “La legítima”, en *Instituciones...*, pp. 365 y ss.

interpretación supone una revocación de los efectos legales por una causa no permitida en la Ley.

La donación anticipo de legítima en beneficio, sólo, de legitimarios no deja de ser legítima (colectiva).

Según las reglas que regulan las donaciones y la colación, la donación no puede tomarse por anticipo de legítima en provecho de otros beneficiados en la sucesión que no sean legitimarios. En este caso dejan de ser anticipo de legítima, lo sería de herencia, y esta revocación de los efectos propios de la donación no está prevista en la ley que las regula.

No es el hecho del anticipo de legítima lo que atribuye la condición de sucesor forzoso, es la condición de sucesor forzoso lo que atribuye la consideración de anticipo a la atribución que se haga en vida del causante.

Ejemplo: X deja un hijo. Muere con testamento en el que instituye heredero a su hermano y ordena a su hijo que traiga a colación lo que el testador le donó en vida para que con ello se tenga por satisfecho de su legítima.

Con arreglo a la letra del Código Civil esto no es posible. La colación no tiene lugar para crear una masa de reparto en beneficio de quien no es legitimario. El hijo toma su legítima de la herencia; la donación se agrega para conseguir un reparto por igual o proporcional (según la teoría que se siga) entre herederos forzosos, pero no a favor de extraños. Este es el fundamento de la colación en la ley.

Otra cosa es la computación. Ésta es un cálculo puramente contable para apreciar si las donaciones son inoficiosas. Pero las donaciones son inoficiosas si perjudican a legitimarios, no a extraños. También en la LDCG la computación y reducción lo son en beneficio de legitimarios (art. 251).

Por lo que en el ejemplo expuesto, si el único donatario es el legitimario, no tendrá lugar la computación porque la donación hecha a él no le perjudica.

En el ejemplo expuesto no tiene razón de ser ni la colación ni la computación y el legitimario que aceptó una donación como tal tiene derecho a recibir su legítima en el relicto.

La LDCG podría haber modificado el sistema, pero no lo hizo.

No ignora la colación entre legitimarios en el artículo 227. No modifica ni deroga los artículos 1.035 y ss. del Código Civil. El legislador copia frases de otros ordenamientos y no advierte ni prevé cuáles son sus efectos. No es posible pensar que con la frase del 239 “hacen número” y con la cuarta del 243 el sistema es el catalán.

Por eso, en el ejemplo expuesto, el hijo, si la sucesión se rige por la Ley 2/2006, no debe aplicar en pago de su legítima lo donado. Esto sería tomar de menos (imputar en sentido técnico) en una masa de reparto (co-

lación) en provecho del beneficiado extraño por el testamento. Esto es contrario al artículo 1.035 del Código Civil, al que responde el artículo 227 de la nueva LDCG. El hijo recibirá la legítima en la herencia y conserva lo que recibió por otro título, como donación que no deja de serlo en provecho de un extraño.

Otra legislación del Estado, como la catalana, establece cuándo y cómo debe tener lugar la colación, por una parte, y por otra, al regular legítima, lo que debe tenerse por imputable a ella, sin olvidar, en este último caso, el ánimo que guió el acto por el que se efectúa la atribución patrimonial (p. ej., en la catalana, tanto en la ley –art. 359– como en el proyecto de libro IV, art. 451-9 –en este artículo se prevé que el carácter imputable debe resultar o constar en el momento del otorgamiento del acto de atribución–). En esta legislación catalana, la colación no está vinculada a la legítima, porque en este ordenamiento la legítima es una atribución legal con régimen propio que no está afecta al fenómeno ni avatares de la sucesión; el legitimario catalán no es un sistema de llamamiento; en el Derecho catalán, la colación sólo se da entre descendientes y no aprovecha a otros en la sucesión (arts. 43 y ss. Ley catalana 40/1991).

Una interpretación relacionada de los artículos 244 y 245 de la nueva LDCG podría dar a entender que esta ley confunde la masa contable para apreciar la inoficiosidad (computación) con la masa de bienes (el valor de los bienes) para el reparto entre legitimarios (colación). De la colocación sistemática parece que la toma de menos de lo ya recibido por el legitimario se tuviese que hacer en la masa contable para apreciar la inoficiosidad en provecho de quien no es legitimario.

Pero de la misma ley puede concluirse lo contrario. El artículo 245 sólo se refiere al valor de las atribuciones patrimoniales a legitimarios. Ignora el valor de las recibidas por otros, incluso puede afirmarse que ignora las que se hicieron al legitimario viudo. El artículo 253 toma por base el haber “fijado conforme a las reglas del artículo 245”, artículo que no se ocupa de esto; de todas formas, el haber fijado conforme al 244, a efectos del usufructo del viudo, merece comentario aparte.

Lo cierto es que la nueva ley gallega no deroga el sistema vigente en Galicia antes de su entrada en vigor. Resulta así de la regulación de la legítima en la misma LDCG. El texto de la LDCG presupone que existen como masas diferentes para el cálculo a fines distintos: la computación y la colación. Resulta así de la composición a la que se refiere el artículo 244 (liberalidad) y las atribuciones del artículo 245; del cálculo de la legítima del cónyuge viudo; del orden de reducción del artículo 251, ya que en otro caso el artículo 245 estaría en contradicción con él; de la norma del artículo 227...

La colación en sentido estricto se reconoce de forma expresa en este artículo 227: masa de reparto en la que se toma de menos (imputa) para el reparto sólo entre legitimarios (art. 245). Se agrega para el reparto, para tomar de menos, sólo en beneficio de los legitimarios, no se toma de menos en beneficio de extraños.

La imputación del artículo 245 sólo lo es para apreciar la participación en el reparto de los legitimarios. Pero no para aumentar la participación de los demás beneficiados en la sucesión.

La teoría que forma las cuotas (los tercios en Derecho común) para el reparto sobre un todo compuesto por el valor de todo lo donado a toda herencia en beneficio de todos los partícipes, legitimarios o no, a todos los efectos, inoficiosidad y reparto, niega de *lege ferenda* la reserva en el relicto (46). Según ella, al tiempo que se fija la legítima, se fija la parte libre; cuando la parte de que libremente puede disponer el causante al tiempo de morir es de lo que todavía no dispuso, no de lo ya dispuesto (tercio libre, en el Código Civil; la parte libre en la LDCG actual), sea quien sea el beneficiado por los actos del causante en vida.

Se habla de imputación en un sentido vulgar para designar con esa palabra lo que es la asignación o aplicación a cuotas de esta masa contable e ideal (no material de valor). De esta forma se confunde la masa para el reparto (colación) con la computación para apreciar lesión (masa ideal no material de valor para apreciar la inoficiosidad). Esta teoría prospera, esencialmente, por simple, pero no es legal ni técnica. Y esta idea simple y no técnica podría tratar de defenderse como la música que suena en la nueva LDCG si se relacionan los artículos 244 y 245. Pero esta teoría tampoco encuentra apoyo en ella misma, ni en su letra, ni como consecuencia de la aplicación de la norma supletoria estatal que la propia LDCG presupone y no contradice, sino que necesita, como es el Código Civil, ley que regula las donaciones y la colación vigente en Galicia según la ley actual.

Una interpretación relacionada de los artículos 244 (formación de la masa) y 245 (en la que se imputa) de la LDCG, que conduzca a que se tenga en cuenta una misma base de cálculo para apreciar la inoficiosidad y para repartir, da lugar a que en los ejemplos expuestos se lleguen a soluciones distintas a las que hasta ahora se aplicaron, soluciones que entran en contradicción con lo previsto en la propia LDCG y con los efectos previstos en los artículos 227, 239, 253 y ss., 251, 1.036...

Si en la LDCG se defiende esta interpretación, que conduce a que se tome como base de reparto la composición de la masa para apreciar la

(46) Toda la herencia puede ser parte de libre disposición. VALLET DE GOYTISOLO: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, tomo XI, p. 50.

inoficiosidad, en el ejemplo, los hijos del causante X y las organizaciones deportivas legatarias formarían una única masa de reparto con lo donado a los hijos, el valor de los legados y lo demás que integra la herencia. De manera que, los hijos, si el remanente, descontando los legados, no cubre su legítima, deberán recurrir a toda donación hecha a ellos para darse por satisfechos de lo que por legítima les corresponde, antes que reducir o no entregar los legados. De esta forma, el valor de los legados se calcula por lo donado a los hijos: Los legados o, en su caso, las disposiciones testamentarias que no son legítima se sacan de lo ya dispuesto a favor de los hijos en otro concepto; lo que no podría darse si en lugar de legados se pretendiese donar el valor de lo ya donado. De esta forma, la suma del valor de las donaciones sirve para beneficiar a los legatarios, y no para seguir un criterio de igualdad o proporcionalidad en el reparto entre los legitimarios, único fin de la prevista en la ley que rige en Galicia (la colación se regula por los arts. 1.035 y ss. del Código Civil), tal y como la propia LDCG reconoce en el artículo 227.

En igualdad de circunstancias, un legatario puede resultar más beneficiado en el caso de que concorra con hijos del causante:

“Lego a la Iglesia a la que pertenezco el diez por ciento de mis bienes.” Según la interpretación que combato, si el legatario concurre con hijos, el cálculo de este legado tiene como base la agregación al relicto de lo donado a los hijos; mientras que si concurre con sobrinos que hubiesen recibido también donaciones en vida del testador, el legado del diez por ciento se calcula, sólo, sobre el relicto.

Este efecto no está previsto. Si el legislador, o quien hizo sus veces, quiso algo semejante debió decirlo y hacerlo previendo todas las alteraciones que produce: en la regulación del derecho del viudo, orden de reducción por inoficiosidad, lo que se entiende por colación en sentido estricto, la previsión de efectos de revocación de las donaciones a los hijos en provecho de extraños (provecho que no está previsto en la colación legal vigente); reglas de Derecho transitorio que afectan a donaciones y pactos válidos; como se entiende a este efecto el “hacen número” del artículo 239 en relación al repudiante, a pesar del contenido del artículo 1.036 del Código Civil, y al apartado, a pesar del contenido del artículo 227 de la LDCG...

En una palabra, si se quiso cambiar el sistema legitimario debió hacerse, y no se hizo. Por lo que es imposible que se trate de imputar (tomar de menos cuando se reparte) en función de una base de cálculo igual a la suma de todo lo donado a toda la herencia, como consecuencia de una interpretación del artículo 245, en función del artículo 244, los dos de la nueva LDCG.

La colación y computación no sólo sirven a fines distintos, también se componen de forma diferente. Y por esta diferente composición de la base de cálculo para el reparto y para la apreciación de la inoficiosidad, la computación no da lugar a un reparto en provecho de quien no es legitimario y de lo que no es legítima.

La computación y también la colación, en el sistema tradicional y vigente en Galicia, responden a fines distintos, pero en los dos casos en beneficio de los legitimarios.

Por lo que, volviendo al ejemplo, siendo uno el legitimario donatario, éste no tiene que traer el valor de lo donado para darse por satisfecho, tomando de menos (al repartir) ni para comprobar si la donación es inoficiosa, siendo que la legítima (la suya) no se perjudica con la donación a su favor.

Tampoco puede buscarse una solución que no está en la ley y presuponer que el testador gallego puede imponer al legitimario una obligación que no tiene, que colacione a favor de quien no es legitimario. Esta colación “testamentaria por voluntad unilateral” del testador supone una alteración de los efectos de la donación por acto unilateral que no está prevista en la ley que regula la colación (1.035, entre herederos forzosos).

La donación y el anticipo de legítima son diferentes a pesar de que la donación no es mejora desde la entrada en vigor del Código Civil. Esta distinción entre donación y anticipo se reconoció siempre (47). Se puso de relieve en publicaciones cuando el Código Civil entró en vigor (48). Se resaltó la diferencia entre una (donación) y otro (anticipo) a efectos de revocación de las donaciones, no siempre aplicable a lo que se tiene por acto debido. Lo que se considera anticipo de legítima no tiene que producir los efectos excluyentes plenos de la apartación ni tampoco es plenamente donación [expuse esta opinión en varias ocasiones (49)]. Este anticipo, que no es apartación, tiene entidad sin ser donación. Lo que se pone de manifiesto, llegado a este punto, a la hora de interpretar el artículo 245 de la LDCG.

(47) Antes de la entrada en vigor del Código Civil se afirmaba que el padre no estaba obligado a anticipar la legítima (la dote tenía otro fin). Se planteó si el padre podría obligar a que se aceptase el anticipo (ESCRICHE, J.: *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Ed. reformada y aumentada por León Galinda y J. Vicente Carabantes, Madrid, 1876, voz legítima, p. 866). De lo uno y otro se deduce que el anticipo no estaba prohibido, como tal anticipo estaba permitido. La distinción de efectos se tiene presente en la práctica (sentencia de 13 de marzo de 1866).

(48) OTERO VALENTÍN: *Anticipos de legítima*, Madrid, 1910.

(49) BERMEJO PUMAR, M. M.: “Pactos sucesorios en la Ley de Derecho civil de Galicia”, *Libro homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, volumen II, pp. 1233 y ss.; “La legítima”, en *Instituciones de Derecho Privado*, tomo V, volumen 3.º, 176, 218.

Si el hijo es donatario y legitimario único, ni colaciona ni computa en beneficio de lo que no es legítima.

Si el hijo recibe, no a título de donatario, sino como anticipo de lo que se le debe en la sucesión, con manifestación expresa de que la atribución se puede aplicar en beneficio de otros no legitimarios, en este caso sí que podrá el causante ordenar, de acuerdo con lo pactado, que el legitimario tome de menos en beneficio de otros no legitimarios y de lo que no es legítima (algo similar a la solución que se adopta en la legislación catalana, tanto en la ley –art. 359– como en el proyecto de libro IV, art. 451-9; en este artículo se prevé que el carácter imputable –tal y como se entiende en esta legislación– debe resultar o constar en el momento del otorgamiento del acto de atribución).

En el ejemplo expuesto (en el que el hermano del testador es el heredero y al hijo del causante se le ordena colación), si el hijo legitimario recibió como anticipo expreso en beneficio de cualquiera (legitimario o no), tendrá que tomar de menos el valor de lo recibido aunque concurra con quien no es legitimario, bien porque es un extraño o bien porque es un legitimario que se apartó.

El donatario no trae su valor (colaciona) en beneficio de extraños, como defiende con certeza de provocar hastío. Pero si la atribución se hizo como legítima en contemplación expresa de que sea imputable en cualquier caso, también en beneficio de lo que no es legítima lo será, conforme a lo pactado, cualquiera que sea aquél con quien concurra en la sucesión.

Sin embargo, para la validez de este pacto nos encontramos con el contenido del artículo 242 de la LDCG. Defiendo su validez, porque si se puede lo más (apartar) se podrá lo menos y porque tampoco se tuvo por prohibido al amparo del Código Civil cuando se distingue entre donación y anticipo.

En el Derecho común, la legítima cumple, además, la función de falcidia. En el Derecho catalán, el legitimario heredero tiene, además de la legítima, la falcidia (art. 277, párr. 3.º, ley catalana –de la que en la elaboración del libro IV se pretende prescindir–). En el Derecho gallego, si se defiende la aplicación relacionada de los artículos 244 con el 245 (y no del art. 244 con el 251), la legítima no tendrá tampoco la función de falcidia en beneficio de los legitimarios.

Ejemplo: X nombra heredero a su hijo, a quien hizo donación en vida de un bien. X ordena legados que tienen por objeto bienes concretos a favor de diferentes entidades y personas.

Si la regla de cálculo del artículo 244 (todo lo donado a todo el relicto) se toma para el reparto, el legitimario y heredero único en el ejemplo

expuesto, al que no le quede en el relicto bienes bastantes para satisfacer su derecho legitimario, no podrá reclamar en el relicto su legítima plena (en función de falcidia como reserva en el relicto). Y tendrá que aplicar su donación en beneficio de legatarios extraños.

Semejante efecto, consecuencia de interpretación relacionada base y efecto de los artículos 245/244, es contrario al principio que se tiene en cuenta cuando se fija un orden en la reducción en el caso de lesión por inoficiosidad y a las reglas sobre colación aplicables en Galicia, que no son otras que las del Código Civil (aquí no hay otra colación).

Además, la relación del 251 encuentra una interesante norma si el responsable del “crédito” del legitimario (parte activa de la relación) es el heredero (parte pasiva) con todos sus bienes en el caso de que no acepte a beneficio de inventario.

Por todo lo dicho hasta ahora, definiendo que, con arreglo a las reglas aplicables en Galicia sobre colación (arts. 227 LDCG y 1.035 y ss. del Código Civil):

1.º No habrá que traer el valor de lo donado para el reparto en el caso de que el legitimario y el donatario sea único. En este supuesto recibirá su legítima en la herencia. Si la única donación es la hecha al donatario, ésta tampoco se tiene en cuenta para apreciar la inoficiosidad de lo dispuesto por el testador. La inoficiosidad es un mecanismo de defensa de la legítima, pero no lo es de lo dispuesto por el testador para el tiempo de morir que no sea legítima.

2.º Los legitimarios, de ser varios, no tienen obligación de traer el valor de las donaciones ni la atribución obtenida por el pacto sucesorio en provecho de herederos ni legatarios extraños, ni de legados que no lo sean en sustitución de la legítima. Las donaciones no dejan de serlo en provecho de beneficiados por el testamento no legitimarios.

3.º Por tanto, en el Derecho gallego vigente, hay legítima en el relicto. No lo contradice ni el tenor literal del artículo 243, ni las atribuciones que tiene en cuenta el artículo 245, que justifica la regla de colación a la que se refiere el artículo 227 (la del Código Civil, no hay otra); ni el orden de reducción que mantiene el artículo 251.

4.º Una interpretación del artículo 245, que tome por base para reparto la formada de acuerdo con el artículo 244, sólo tiene por consecuencia los efectos contradictorios expuestos y otros que se expondrán.

5.º El artículo 251 es el orden para la reducción, después de computar todo; la base de esta reducción es la masa de bienes del artículo 244. Que tiene en cuenta para la apreciación de la inoficiosidad un momento objetivo: el de la muerte del causante.

6.º El artículo 245 tiene relación con la colación en sentido estricto, que sólo se da en el caso de que concurren varios legitimarios en una misma masa de reparto (la legítima de configuración voluntaria: lo que se deje a los legitimarios en el relicto más las donaciones colacionables hechas a ellos). De este concepto de colación parte el artículo 227 de la LDCG. La única colación legal aplicable en Galicia es la de los artículos 1.035 y ss. del Código Civil.

La interpretación del artículo 245 en función del 244 (toma de menos en la base del 244) lleva a que se incurra en los absurdos repetidamente puestos de manifiesto por autores de todas las épocas (50), que se producen como consecuencia de la confusión en la composición de las masas para apreciar lesión y para el reparto. La composición es distinta y el fundamento, naturaleza, fines y efectos de cada una también lo son.

Los efectos de una regla de reparto que tome por base la masa de bienes calculada de acuerdo con el artículo 244, y que se haga de acuerdo con el 245 (interpretación relacionada de estos artículos en lugar de relacionar este art. 244 con el 251), no están reconocidos en las normas que regulan la revocación de los efectos de las donaciones.

Si el ánimo que guió la donación (premiar por las buenas notas, por ejemplo) es contrario a otro fin, tenerla como legítima (que es acto debido) en beneficio de quien no es legitimario (es decir, sin que la agregación a la que se somete cumpla a ningún efecto las reglas de reparto de

(50) El mismo que formula la teoría no deja de advertirlo y trata de evitarlo. Llamados herederos conjuntamente voluntarios y forzosos, donatarios todos, si resultan ineficaces las adjudicaciones a favor de los forzosos se aplicará para su satisfacción lo donado, mientras que los voluntarios seguirán recibiendo lo suyo sin aplicar lo donado. MORELL, que fue quien inicialmente defendió la teoría de la agregación de todas las donaciones a toda la herencia a todos los efectos (también reparto), sostenía que los extraños también deberían colacionar: “las donaciones à extraños se dan à cuenta de la porción libre, ó como anticipo de ella” (“Donaciones colacionables a efectos de fijar la legítima”, RGLJ, 1901, t. 98, p. 323). Pero la ley no prevé esta colación y ésta no está prevista en una causa legal de revocación de los efectos de la donación como tal. Además, a los extraños nada hay que dejar ni nada hay que anticipar. Este autor pretendió evitar las extrañas consecuencias a las que le llevó su teoría, con una peculiar teoría sobre la imputación.

Cuando más tarde se volvió a insistir en los efectos de esta teoría y la circunstancia de la toma de menos en la masa de reparto, de nuevo se advirtió del absurdo al que conduce.

Por ejemplo, por GARCÍA VALDECASAS, quien dijo: “Si concurriendo con herederos voluntarios el heredero forzoso tuviera que imputar a su legítima las donaciones, el valor de éstas vendría a incrementar el caudal relicto en beneficio exclusivo de los herederos voluntarios, cuya participación hereditaria se extendería indebidamente más allá del caudal hereditario, hasta comprender el valor de las donaciones recibidas por el legitimario. Lo absurdo de esta consecuencia destaca aún más si se considera que el heredero voluntario no se habría beneficiado del valor de las donaciones si hubieran sido hechas a un extraño en lugar del legitimario”, “La legítima como cuota legitimaria y como cuota de valor”, RDP, 1963, p. 959.

legítima a la que los demás legitimarios están sometidos), esta imputación es contraria al principio de que nadie puede ir contra sus propios actos en perjuicio de otro.

También sucede lo mismo si se insiste en que es imputable en pago de legítima aquello que fue objeto de pacto sucesorio celebrado sin tener en cuenta la imputación en pago de la legítima, y menos si se celebró en consideración a un fin incompatible con esa imputación.

La aplicación de los artículos 244 y 245 de la nueva LDCG no puede olvidar el sistema de sucesorio al que pertenece, ni los principios que rigen las normas de Derecho Transitorio.

De acuerdo con aquéllos, que inspiran las disposiciones transitorias del Código Civil a las que se remite la tercera de la LDCG, esta nueva ley no puede perjudicar los derechos ya adquiridos y los efectos de los pactos de mejora y las donaciones anteriores a su entrada en vigor válidamente celebrados con arreglo a la ley vigente en ese momento de su celebración.

La relación base/efectos de las normas contenidas en los artículos 244 y 245 convierten, en virtud de un acto unilateral del causante, cualquier donación en pago de lo debido en beneficio de extraños.

El principio jurídico que proclama que por el acto unilateral de una de las partes no se puede perjudicar el derecho ya adquirido por pacto válido, también se tiene en cuenta en Derecho sucesorio, no sólo en la regulación de los mecanismos de defensa de la legítima, sino también de los derechos adquiridos por terceros y de los intereses que no la lesionan. Este principio inspira la regla para apreciar la inoficiosidad y sus efectos: lo que no es inoficioso en vida del causante no puede convertirse en inoficioso al momento de su muerte por actos meramente voluntarios de éste.

Este principio, que está en la base de las soluciones al regular la legítima en defensa de intereses dignos de protección, es también invocable en el sentido de que no puede convertirse en legítima y en masa de reparto a favor de extraños, lo que no lo es ni era, por un acto unilateral y contrario a la voluntad conjunta de quienes celebraron el acto del que se pretende este efecto.

En el Código Civil, las donaciones no son mejora, las mejoras deben ser expresas, pero las donaciones a los hijos sólo son colacionables en beneficio de otros legitimarios (*vid.* antes diferencia entre donación y anticipo). Y las mejoras, que deben ser expresas, pueden ser irrevocables.

Esta LDCG vuelve a reabrir conocidas y viejas cuestiones debatidas, sopesadas y superadas. Invita a descubrir Mediterráneos.

El Código Civil impone la necesidad de que la mejora sea expresa (novedad que introdujo el Proyecto de 1851; antes las donaciones simples eran mejora). Surge entonces la necesidad de diferenciar los distintos tipos de

donaciones y, a su vez, las simples, de los anticipos de legítima, en consideración a que en unos y otras es distinto el ánimo que las guió (51).

La masa de reparto entre legitimarios por agregación (al traer a colación) del valor de lo donado a ellos (que se presupone anticipo) a la legítima en el relicto (lo que ellos solos reciben en el relicto) no deja de ser legítima (colectiva) al ser de reparto entre legitimarios (colación, en esta masa es en la que se toma de menos –la imputación en sentido técnico–). Esta es la colación que se da en llamar en sentido estricto en el Código Civil.

La masa meramente contable e ideal (52) que se forma para apreciar la inoficiosidad (tanto de los actos en vida como por causa de muerte) no es de reparto en beneficio de extraños; la suma de las donaciones al relicto total no se tiene en cuenta para repartir. En otro caso, las donaciones a favor de los hijos dejarían de ser legítima. Y este efecto revocatorio de la eficacia como tal donación y como tal legítima colectiva no está previsto en la ley que regula las donaciones, que es el Código Civil. Las donaciones a los hijos son legítima y anticipo de ella, y no se prevé que dejen de ser tales donaciones en provecho de extraños por disposición unilateral del donante. Sólo deben tenerse en cuenta en el reparto entre legitimarios y, en este sentido, son anticipo de legítima.

La interpretación del artículo 244 en relación, no con el 251 (para apreciar la inoficiosidad), sino con el 245, es decir, para imputar, en el sentido técnico de tomar de menos, convierte la regla de cálculo del artículo 244 en la regla de la base del reparto, lo que altera el sistema de tal modo que no deja de llamar la atención que el legislador no se hubiese detenido en ello, dando solución a todos los desajustes a los que conduce tal interpretación relacionada de estos dos artículos consecutivos y regulando las consecuencias de forma expresa. No lo hizo y no se puede presumir.

Algunos de estos desajustes quedan expuestos: la ley que regula las donaciones y la colación es el Código Civil. En la LDCG no está prevista la alteración de efectos como consecuencia de que se tenga a las donaciones como imputables en provecho de quien no es legitimario, ni al regular la legítima del viudo, ni el orden de reducción, ni la revocación de donaciones, ni la colación que presupone... Tampoco tiene en cuenta los efectos en los supuestos de acrecimiento estructural entre legitimarios.

(51) OTERO VALENTÍN: "Las donaciones se realizan sin débito de ningún género"; *Anticipos de legítima*, p. 46. Todavía de acuerdo con esta idea se dice que "donde hay colación, no hay donación", ALONSO PÉREZ: "La colación de las donaciones remuneratorias", RCDI, 1967, pp. 1066, 1073.

(52) Para ello, la cuota disponible es una por actos entre vivos como *mortis causa*, pero sobre la masa contable formada por todo aquello de lo que dispuso el causante a título gratuito (principio de la Ley 28 de Toro).

Dijimos ya que el acrecimiento en la legítima es una consecuencia: son únicamente los legitimarios quienes participan en un régimen peculiar de reparto; la colación, a la que se refiere la LDCG (art. 227), sólo obliga y tiene lugar entre ellos. El “hacen número” del artículo 239 conduce a que pueda entenderse excluido este acrecimiento. Pero lo hace en dos casos en los que no tiene lugar la obligación de colacionar (repudiación y el apartado que no concurre). Además el artículo 239 no menciona otros, como son los de desheredación e indignidad sin estirpe, prescripción, preterición sin reclamación, no ejercicio de las acciones en defensa de la legítima, otros de ineficacia o vacancia del llamamiento a favor de un legitimario...

La excepción al acrecimiento la reconoce la LDCG en dos supuestos: el del repudiante y el del apartado (si no hubiese acrecimiento no tendría razón de ser la excepción del art. 239). Vimos la consecuencia de esta norma para determinar quiénes son los legitimarios. Es lo que calificué de novedad en la ley al interpretar este artículo en relación al anterior (238), en los términos que al comentar el artículo queda expuesto. Pero si el efecto que se pretende con la supresión del acrecimiento lo es para el reparto, causa cierto estupor que se escojan estos dos supuestos siendo que la colación se da entre los legitimarios que concurren en la sucesión y el repudiante es aquél que precisamente no colaciona (art. 1.036 del Código Civil) porque no concurre, y el apartado aquél que colaciona sí concurre (art. 227 de la LDCG).

Relación de los artículos 227, 239, 244, 245.

La colación y computación se diferencian por la composición de las bases de cálculo. Diferencias entre lo que puede ser imputable y lo que debe ser calificado como inoficioso.

Existen diferencias entre la computación y la colación. Diferencias de las que esta ley no se ocupa, pero que mantiene, ya que no las modifica.

La diferencia sustancial lo es por razón del fin de una y otra: la computación (masa contable e ideal) se forma para apreciar la lesión en la legítima por inoficiosidad; con la colación (masa en valor de unos bienes, no meramente contable) se forma la masa de reparto entre legitimarios.

Como consecuencia, las masas no se forman de la misma manera: no están integradas por el mismo tipo de liberalidad; ni el valor se aprecia, en una y otra, por igual.

Sólo puede considerarse apto para integrar la masa de reparto, sólo se consideran aptas para satisfacer la legítima las atribuciones patrimoniales en vía principal.

En cambio, es más amplio el concepto de liberalidad inoficiosa.

El valor que debe tenerse en cuenta en la computación es el objetivo para apreciar la lesión en el momento de la muerte, con arreglo a este momento se fija la cuota valor de contenido económico del derecho del legitimario (art. 243). Este es el valor que hay que conservar y el que se debe satisfacer.

El momento que debe tenerse en cuenta en la colación es el del reparto; el artículo 245 hace referencia al pago, pero en esta LDCG el de la legítima se rige por el criterio objetivo del valor en el momento de la muerte, que es el que se debe y el que se asegura con el devengo de interés. Por lo que, en la ley gallega, debe tenerse en cuenta este valor del mínimo legitimario.

Con carácter general, en la colación en valor de la atribución patrimonial hay un mayor margen para que se tenga en cuenta la voluntad del causante. El causante puede dispensar de la obligación de colacionar y puede imponer criterios de valor. Si no dijo nada, podrá hacerse de acuerdo con un valor que, hasta cierto punto, es subjetivo porque lo escogen los partícipes. Hoy, en Galicia, la legítima no es en bienes que aseguran y conservan el valor. Por lo que, este momento, el del reparto, se podrá adoptar siempre que no perjudique el valor mínimo legal por referencia a un concreto momento y los intereses desde que se debe (se conoce desde que se liquida, se debe desde la apertura).

Para satisfacer la actual legítima mínima gallega en valor sólo cabe el objetivo del momento de la muerte y se conserva el valor con el devengo del interés legal (me remito al apartado en el que trato sobre los distintos plazos en la nueva LDCG).

La LDCG no ignora la colación en sentido estricto en el artículo 227, pero, a pesar de esto y de las alteraciones que provoca, no distingue ni actos ni gastos y deja en blanco la respuesta a las tradicionales cuestiones sobre el tipo de donaciones y situación del donatario en la colación, o sobre la apreciación de ciertos gastos en la computación.

Como veremos, la nueva LDCG contribuye, por su parte, a crear problemas de interpretación. Como aquellos, por ejemplo, a los que da lugar la **aplicación del artículo 239 en relación con la colación o con la computación**.

Llegados a este punto no es fácil dar respuesta al significado de la frase “hacen número” del artículo 239, ni en relación al repudiante, al que se le aplica el artículo 1.036 del Código Civil [la colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos... si el donatario repudiase la herencia (53)], ni con el apartado, en especial si se tiene en cuenta el contenido del artícu-

(53) Artículo 1.036 del Código Civil, el repudiante no colaciona, pero sin perjuicio de la reducción por inoficiosidad.

lo 227. Este artículo 239, como queda expuesto al comentarlo (su texto y el del artículo que le precede –238–), no dice cuál es el efecto de la vacancia ni tampoco qué cuota toma en consideración, si la cuota ideal o la cuota real, en un sistema que no deja de ser de configuración voluntaria de la posición del legitimario, al estar la legítima influida por el fenómeno de la sucesión.

Y es que existen diferencias entre los actos imputables, no sólo por razón del título (heredero/legatario, donatario, etc.), sino también por la posición del beneficiado por el acto. No parece posible, a pesar del contenido de los artículos 239, 243, 244, 245, que las donaciones recibidas por el que ya estaba apartado se puedan tener por legítima. Tampoco conducirá a efectos coherentes el que, para hacer número a ningún efecto, ni para apreciar la lesión ni para tomar de menos en el reparto, en su caso, se tenga en cuenta una cuota ideal.

El principio una legítima una estirpe tampoco permitirá que las donaciones recibidas por la estirpe en vida del cabeza de ella se puedan considerar con el ánimo de ser aplicadas a satisfacer la legítima.

La ley gallega no se detiene en regular la sucesión de la estirpe, como ya vimos. No tiene en cuenta en la legítima los efectos del mecanismo de la representación, salvo en el pálido reflejo del artículo 245, párrafo 3.º, y la alusión del artículo 261. Pero el principio “una legítima una estirpe” debe regir esta masa de reparto; de manera que los descendientes colacionarán con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.038 del Código Civil, tal y como éste se interpreta. De acuerdo con la interpretación más extendida, no se podrán imputar (en sentido técnico con el significado de tomar de menos en una masa de reparto) las donaciones que los nietos reciban en vida de los padres, estén o no apartados o renuncien. En caso de *ius transmissionis*, no rige este mismo principio, y los herederos del primer llamado sólo colacionan lo que éste deba colacionar.

Pero para evitar soluciones contrarias a la voluntad del causante, parece imprescindible tener en cuenta, en el vigente Derecho gallego, las normas de la colación.

A lo vista de todo esto, volvemos a preguntarnos: ¿Existe colación en el Derecho civil de Galicia?

Ejemplos: En su testamento, Antonio instituye herederos a sus hijos por partes iguales. Le premueren dos. Más tarde dona a sus nietos, hijos de sus hijos fallecidos, pisos de desigual valor. Ordena que colacionen.

En otro testamento, Pepe instituye heredero a su hermano Manolo y deja a sus hijos bienes en pago de la legítima. A éstos les hizo en vida donaciones de diverso importe.

Quiere que se compensen.

¿Puede imponerlo? En mi opinión sí, porque rigen las reglas de la colación legal (1.035 del Código Civil) en relación con las de las donaciones (Código Civil también, arts. 618 y ss.). O éstas en relación con aquéllas, como quiera interpretarse.

Debe entenderse en uno y en otro de los ejemplos expuestos que el testador quiso igualar a sus hijos o, al menos, quiso dejarles en la proporción en que los instituye. Este es el fundamento que se invoca para la colación en el Código Civil. **La homogeneidad del derecho es su requisito; esta homogeneidad la procura el derecho a participar del mismo modo en una misma masa de reparto con unos mismos mínimos en garantía:** si los legitimarios tienen derecho a cuota (igual o en proporción a aquélla en la que fueron instituidos) en una misma masa de reparto, están sujetos a colación.

Puede hablarse de colación –en sentido estricto en la nueva LDCG–. Rige los artículos 1.035 y ss. del Código Civil, como hasta la entrada en vigor de esta ley. Lo recuerda ella misma en el artículo 227.

La colación no es una idea unida a la de legítima. Pero en el Código Civil, sí. Sólo se da entre los herederos forzosos. En el Código, a diferencia de otros que la regulan en la intestada, se da tanto en la intestada como en la testada. Las normas de la intestada en Galicia son las del Código Civil (con alguna pequeña modificación).

La nueva LDCG dice que la forma y medida de la legítima es la que fija ella misma (art. 240). Sin embargo, no se puede prescindir en el Derecho gallego de las normas del Código Civil (donaciones, colación, sucesión intestada compatible con la testada...), que, por otra parte y en esta materia, forman parte de la tradición gallega.

En Galicia, la ley que regula la sucesión intestada, la donación y la colación, es el Código Civil. Unas y otras afectan a la regulación de la legítima.

La colación que regula el Código Civil afecta a las donaciones realizadas a favor de legitimarios en beneficio exclusivo de ellos, salvo dispensa que no tiene que ser expresa. Esta es la colación legal en Galicia. Se discute y niega la obligación impuesta por el causante de que se traiga a colación con unos efectos diferentes a los previstos en la ley, porque altera, por voluntad unilateral, la eficacia de la donación ya realizada; da lugar a una suerte de revocación unilateral de los efectos de la donación por una razón no prevista en la ley, sobre todo si se defiende la restitución en la colación, efecto discutido por la doctrina. Por lo que con razón se dice que “si existe colación, no podemos hablar de donación” (54).

(54) ALONSO PÉREZ: “La colación de las donaciones remuneratorias”, RCDI, 1967, p. 1073.

La LDCG no deroga ni modifica esta regulación. La ley estatal aplicable a las donaciones y a la sucesión intestada (Código Civil) no es contraria, en punto a colación, a la LDCG, porque esta última Ley no se olvida de la colación dispensable, la que se califica de técnica o colación en sentido estricto.

La LDCG menciona la colación al regular la apartación (arts. 224 y ss.), donde menos oportuno es.

En concreto, la referencia a la colación la recoge el artículo 227 de la LDCG en los siguientes términos: “Salvo dispensa expresa del apartante, lo dado en apartación habrá de traerse a colación si el apartado o sus descendientes concurrieran en la sucesión con otros legitimarios”.

Esta referencia resulta incongruente si se tienen en cuenta los efectos que la LDCG predica de la apartación y se aplican los conceptos legales y jurídicos de legítima, colación y su dispensa y se distingue entre computación y colación y, en ésta, la imputación.

Resulta anómala, por contradictoria, la regulación que la ley gallega hace de la colación si se ponen en relación lógica los artículos 226 y 227 de esta nueva ley, ya que la ley gallega no varió el concepto de colación (en sentido estricto), que es el del Código Civil: la colación sólo se da entre herederos forzosos.

El artículo 227 impone la colación al apartado, salvo dispensa, si concurre en la sucesión con otros legitimarios cuando el artículo 226 acaba de privarle, por ser apartado, de su condición de legitimario. La colación aplicable en Galicia se rige por normas aplicables a los legitimarios porque sólo tiene lugar entre ellos (art. 1.035 del Código Civil). Y el apartado no tendría necesariamente que ser legitimario, aunque el causante le nombre heredero voluntario.

La colación responde a un distinto fin que la computación. Las masas que se forman, una para calcular y apreciar la inoficiosidad y la que se forma para repartir entre legitimarios y para que, en ella, tengan por recibido en la sucesión tanto como ya recibieron en vida (imputar), no se componen de la misma forma. Son distintas, una y otra, por su composición y por sus fines.

La colación dispensable es a la que se refiere este artículo 227 de la LDCG, la que se califica de estricta, y ésta se regula por lo dispuesto en el Código Civil, y en este cuerpo legal sólo se da (art. 1.035 del Código Civil) entre herederos forzosos y para el reparto de lo que se tenga por legítima y el apartado no es legitimario según la LDCG (art. 226).

La dispensa no necesita que se exprese, basta que la colación sea contraria al fundamento de la colación o la haga imposible, por no participar en el reparto (caso de la repudiación o apartación). Por lo que sostuve que los conceptos de apartación y colación (la colación en sentido técni-

co, que se califica de colación en sentido estricto) son antitéticos (55). Opinión que mantengo a no ser que la apartación deje de surtir sus efectos excluyentes y el apartado recobre su condición de legitimario a este efecto.

La colación del artículo 1.035 del Código Civil es un concepto imposible respecto de la apartación, porque la apartación priva del derecho a participar de lo colacionado entre legitimarios. Como consecuencia de la apartación, el legitimario no tiene cuota en esa masa de bienes formada para el reparto entre los legitimarios (1.035), a fin de conseguir igualdad o proporcionalidad entre sus atribuciones.

Por medio de la colación, los legitimarios agregan a la parte legítima en la herencia las donaciones hechas por el causante a los legitimarios en vida; la masa de reparto a la que da lugar la colación está integrada por la suma del valor de lo que reciben los legitimarios como tales en el relicto y las atribuciones patrimoniales en vía principal efectuadas a favor de los legitimarios por el causante en vida; en esta masa en valor se aporta o trae a cuenta el valor de lo que es objeto de colación para tomar de menos (imputación en sentido técnico), por tanto, sólo en el caso de que participa en ella (56).

El apartado, por el hecho de ser llamado o una sucesión en la que existan otros legitimarios, no tiene por qué recuperar su condición de forzoso a no ser que el causante quiera que sea así si no lo dispone. Así, la colación no aprovecha a quien ya no es legitimario, aunque sea heredero voluntario.

La dispensa de colación es diferente de la mejora por muchas razones; la dispensa no tiene que ser expresa y, en Derecho común, el pacto de dispensa no puede ser vinculante.

La dispensa existe, sin necesidad de que expresamente se manifieste que se quiere dispensar, cuando el acto de la atribución sea incompatible con el concepto de colación. El efecto de la apartación (excluir de la condición de legitimario –art. 226–) es incompatible con el concepto de la colación (traer el valor de lo recibido a una masa de reparto entre legitimarios), porque como consecuencia de la apartación el legitimario no lleva el valor de la apartación con el fin de tomar de menos en una masa de reparto en la que no puede participar (no se daría reciprocidad).

Basta con apartar para que no tenga lugar la colación si el legitimario no es llamado a la sucesión por voluntad o ley y concurre con otros legitimarios a la sucesión.

(55) BERMEJO PUMAR, M. M.: “Pactos sucesorios en la Ley de Derecho civil de Galicia”, *Libro homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, volumen II, pp., entre otras, 1243 y 1257.

(56) BERMEJO PUMAR, M. M.: “Pactos sucesorios en la Ley de Derecho civil de Galicia”, en *Libro homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, pp. 1257 y ss.

Pero el pacto de dispensa no vincula al causante. La apartación no impone al causante una ordenación de su sucesión. Por esta razón no lo estimé, en su momento, como uno de los pactos proscritos en el artículo 1.271 del Código Civil (57).

De acuerdo con todo esto, el contenido del artículo 227 de la nueva LDCG sólo puede interpretarse en el sentido de que el causante o el testador, que no está vinculado por la apartación, quiso que el apartado deje de serlo y lo sujeta a la obligación de colacionar, siempre que lo llama voluntariamente a la sucesión o cuando se abre la intestada y, en uno y otro caso, concurre con otros legitimarios.

Sólo así se puede interpretar la referencia del artículo 227 a la colación dispensable (obligación del apartado de colacionar, salvo dispensa), si se aplican los conceptos legales y jurídicos de legítima, colación y dispensa.

El artículo 227 es una solución coherente con la interpretación de la legítima, llamamiento legal que no se opone al legal de la sucesión intestada.

Lo cierto es que *si el apartado no se considera sujeto a las reglas de la colación*, como los demás legitimarios, resultaría beneficiado. Y si el apartado no se somete a las mismas reglas que los demás legitimarios cuando tiene lugar la apertura de la sucesión intestada, como establece este artículo 227, además de ser más favorecido, se daría un supuesto de dobleamiento de posiciones en una misma sucesión (heredero intestado y llamamiento legítimo).

En cualquier caso, *el supuesto es diferente al que tiene lugar en el Derecho común si la donación se hace con dispensa de colación*. En este caso, el legítimo no colaciona el valor, no lo aporta a la masa de reparto para tenerlo en cuenta, de manera que, apreciado que la donación no es inoficiosa, a la hora de repartir no toma de menos el valor de lo donado, pero no deja de recibir en la legítima.

En el supuesto de sucesión intestada en el que concurre un apartado a quien se dispensa de colacionar, el proceso tendría que ser inverso, si se mantiene la distinción excluido de la legítima/heredero *ab intestato*; es decir, algo así como si concurriese un voluntario en la intestada. Porque de lo que se dispuso, con la apartación, es de la legítima que le correspondería al apartado que está excluido de la condición de legítimo, según la LDCG (art. 226).

Si se mantiene la posición excluyente del apartado, como no legítimo, pero llamado como heredero intestado, sería necesario distinguir la legítima en el *ab intestato* (58), de manera que el que no es legítimo no

(57) BERMEJO PUMAR, M. M.: "Pactos sucesorios en la Ley de Derecho civil de Galicia", en *Libro homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, Madrid, 2002, p. 1261.

(58) Como intenta algún autor, en Derecho común, por razones distintas, según tuvimos ocasión de recoger.

puede participar en lo que se defina como legítima, para que la reciban sólo los demás legitimarios, y el apartado recibiría en el resto por igual.

Pero semejante interpretación obliga a reconocer en el apartado, excluido como legitimario, derecho a cuota en una amplia masa de reparto en la que no imputa (art. 245) y, a la vez, a presuponer lo que no está escrito en la LDCG, sobre cómo se determinan cuotas en la sucesión intestada, esta vez, en perjuicio del apartado, y a recalcular y repensar reglas para el cálculo y reparto de un resto que no es legítima (la ley prevé cómo se calcula y reparte la legítima entre legitimarios, pero no lo que no lo es); además habrá que distinguir las consecuencias, a todos los efectos, del reconocimiento de dos posiciones legales en una misma persona y en una misma sucesión si ésta es intestada y los herederos aquellas personas que también son legitimarios; efectos “ley contra ley” que la LDCG no crea, presupone ni desarrolla; no regula una legítima de descendientes contra llamamiento legal intestado a favor de estos mismos.

Semejante efecto es indefendible en un llamamiento legal si la ley no lo prevé. Y no está contemplado en la LDCG, cuando es en ella donde debería recogerse si, el que se califica de llamamiento legitimario, se pretende vocación legal especial.

La tesis del desdoblamiento (dos posiciones legales en una misma persona en la sucesión y su consecuencia, las posiciones de heredero y legitimario no se confunden a ningún efecto) “legítima contra sucesión intestada” es contraria al sistema vigente en Galicia (legítima llamamiento, de configuración voluntaria coherente con el sistema de sucesiones testada e intestada compatibles y la legítima como una manifestación de esta compatibilidad, afecta al fenómeno de la sucesión) totalmente opuesto, en muchos extremos, al de otros ordenamientos del Estado (como el catalán, de legítima atribución legal ajena a las vicisitudes de la sucesión testada e intestada).

La LDCG no regula el desdoblamiento a ningún efecto y una prueba de ello es el contenido del artículo 227.

La solución del artículo 227 (apartado que colaciona si concurre a la sucesión intestada con otros legitimarios) refuerza la idea de que en la LDCG no se acoge la teoría del desdoblamiento de posiciones en una misma sucesión. El llamado a la sucesión intestada tiene obligación de colacionar porque participa de la misma masa de reparto que los demás, a no ser que se le dispense de la obligación de colacionar y, en este caso, la dispensa de la obligación de colacionar, que la propia dispensa presupone, tiene lugar como en el supuesto de la donación con dispensa de colación.

El reconocimiento en el legitimario llamado a la sucesión de la obligación de colacionar (o la dispensa, lo que presupone esta obligación) es

una manifestación más en esta nueva LDCG de que en el sistema sucesorio gallego la legítima no es ajena al fenómeno de la sucesión; no es una atribución que a ningún efecto se confunde con la posición que corresponda al que es legitimario por otro título en la sucesión. La legítima gallega es y fue de configuración voluntaria (anticipo, mejora, dispensa, desheredación...) y está afecta a las circunstancias a las que se encuentre sometida la sucesión. No es una atribución legal ajena a las vicisitudes del fenómeno sucesorio.

Por lo que, en un esfuerzo de interpretación (el que nos impone esta ley) se puede concluir que la apartación es un pacto que no vincula al causante (59) y el apartado sólo está definitivamente excluido de la condición de legitimario siempre que el causante quiera. El causante puede hacer recobrar al apartado la condición de heredero forzoso, de la que estaba excluido por la apartación y debe interpretarse que quiso que el apartado recupere esta condición cuando le haga participar en una cuota en la masa de reparto en la que participan los demás legitimarios como tales legitimarios; en este sentido es en el que creo que debe interpretarse el concurso al que se refiere el artículo 227. El apartado recupera la condición con el llamamiento voluntario o legal a la sucesión, aunque el causante dispense de la obligación de colacionar, ya que la dispensa presupone la obligación, y esta obligación de colacionar sólo la puede tener como heredero forzoso.

Esta argumentación no se opone al concepto de colación y su régimen. **Del mismo modo que la dispensa de colación no tiene que ser expresa porque puede resultar imposible como consecuencia del fundamento de la colación (no se presume que el causante quiso favorecer) y la naturaleza del acto por el que se efectúa la atribución patrimonial, la colación puede resultar imprescindible como consecuencia de ese mismo fundamento de la colación y de las normas a las que está sometida la sucesión por causa de muerte.**

Esta interpretación encuentra apoyo en el propio tenor literal de la ley gallega. En este supuesto de concurrencia, el artículo 227 califica el apartado de legitimario (“otros legitimarios”).

Llama la atención que no se utilice en este artículo 227 la expresión heredero al referirse a la colación, por lo que parece que acoge la teoría de que la colación tiene su fundamento en el derecho a participar, en una cuota, de la masa de bienes que se debe formar para el reparto entre los legitimarios, de lo que les corresponde por donación y en el relicto que sólo a ellos beneficia, con independencia de que ese derecho a cuota se

(59) BERMEJO PUMAR, M. M.: “Pactos sucesorios en la Ley de Derecho civil de Galicia”, en el *Libro homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, volumen II, p. 1261.

reconozca a título de heredero o de legatario (60) (lo que encuentra apoyo en Derecho común en el artículo 815, que regula el legado en sustitución de legítima –en nuestro Derecho por voluntad del causante–, en la diferencia entre complemento y reducción y en que la mejora debe ser expresa, por lo que la condición de heredero no es mejora).

La legítima en la LDCG no queda al margen del fenómeno de la sucesión. La obligación de colacionar es de los herederos forzosos para el reparto entre ellos de una forma especial. De nuevo, también a este efecto (como en el visto al comentar el art. 239), el “hacen número” del artículo 239 queda a voluntad del causante, su voluntad es la ley de la sucesión.

La pregunta obligada es ¿para qué hacen número el repudiante y el apartado, si el apartado no colaciona a menos que concurra (y deje de estarlo), y el repudiante, según las reglas vigentes de la colación, tampoco colaciona (art. 1.036 del Código Civil)?

Ni el apartado que no concurre a la sucesión con otros legitimarios (arts. 226 y 227 de la LDCG) ni el repudiante (art. 1.036 del Código Civil) hacen número a efectos de la colación. No pueden tenerse en cuenta para el reparto.

Otra cosa es que lo que es objeto de la apartación debe tenerse en cuenta para apreciar la inoficiosidad, como defendí en su momento (61).

El apartado que no concurre debe computar. ¿Es a este efecto para lo que hace número (art. 239)?

El bien objeto de apartación es computable, es decir, se tiene en cuenta (art. 244) a efectos del artículo 251 para apreciar la inoficiosidad (me remito al comentario a este artículo). Así lo interpreté vigente la LDCG 4/1995 (62). La computación, para calcular una masa meramente ideal y contable, se practica, no para el reparto, sino para apreciar si existe lesión en la legítima en consideración al valor real fijado con arreglo a la ley.

(60) En el Código Civil el legitimario a quien se le hace pago de su derecho con un legado en sustitución de la legítima (art. 815) no pierde su derecho al complemento. Se defiende que éste se fija en proporción a la cuota que le corresponde en la masa de reparto entre legitimarios por colación. Es decir, la atribución de bien no priva del derecho a cuota en la masa de reparto entre legitimarios por igual o en proporción (según la teoría que se defienda). Las mejoras deben ser expresas, salvo en el caso del artículo 1.037 del Código Civil.

Vid. BERMEJO PUMAR, M. M.: “La legítima”, en *Instituciones de Derecho Privado*, tomo V, volumen 3.º, pp. 376 y ss.

(61) BERMEJO PUMAR: *op. cit.*, “Pactos sucesorios..”, en *Libro homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, volumen II, pp. 1257 y 1259.

(62) BERMEJO PUMAR: *op. cit.*, “Pactos sucesorios..”, en *Libro homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, volumen II, p. 1259.

Como queda expuesto a otro efecto (comentario del art. 239), el contenido del artículo 239 de la nueva LDCG está introducido a calzador en un sistema complejo. Es una copia a medias de una norma que forma parte de un régimen legal de la legítima atribución propia de un sistema sucesorio, en muchos aspectos contrario al que rige en Galicia.

Sorprende que esta norma del artículo 239 de la nueva LDCG no intente dar respuesta a todo lo que plantea, ni prevea los efectos que sugiere la afirmación que recoge.

La ley catalana (legítima atribución legal, con un régimen propio que no se confunde con las normas de las sucesiones testada e intestada, en el que sí existe incompatibilidad de estas sucesiones y un régimen diferente de colación...) prevé el efecto a la vacancia de un legitimario. Pero la LDCG, cuando copia fuera de contexto y de manera fragmentada una norma propia de otro sistema, no prevé ninguno.

La apartación se tiene en cuenta en la **computación** y las liberalidades efectuadas a favor del que después repudia, también. En estos casos, el legitimario, repudiante o apartado, hacen número para apreciar la inoficiosidad.

Pero, para apreciar la inoficiosidad, lo que se tiene en cuenta es el valor real de lo atribuido para evitar un perjuicio en los legitimarios. Para la apreciación del perjuicio, lo que importa es este valor real, no la cuota ideal que correspondería al que repudia o se aparta. Si el artículo 239 es interpretado, a efectos del cálculo de la legítima, por referencia a la cuota ideal, y el repudiante y el apartado hacen número como legitimarios a este fin, se producen disfunciones, dando lugar a efectos contradictorios que privan y alteran el fin de la computación, la desnaturalizan como medida de protección de la legítima.

El artículo 239 debe ser interpretado en relación al anterior, el artículo 238. Me remito al comentario de los artículos 238 y 239.

Pero en relación con el cálculo y extracción de la legítima (efecto que ahora nos ocupa), ni el repudiante hace número en la colación (art. 1.036), ni el apartado, salvo cuando recupera su derecho a cuota (art. 227 de la LDCG). Por otra parte, en la computación, para apreciar lesión, lo que se tiene en cuenta es el valor real de lo que fue objeto de donación y apartación, pero no la cuota ideal del repudiante y apartado.

Artículo 251.

Vamos a intentar una interpretación diferente a esta afirmación.

En el caso del **repudiante**, es posible que se aplique a la cuota legitimaria el valor de lo que el repudiante recibió en vida. De esta forma se

favorece la conservación de los efectos de otras posibles atribuciones que, en otro caso, correrían el riesgo de no tener cabida en la parte libre.

Las consecuencias pueden ser muy variadas y, entre ellas, las siguientes:

— Que el repudiante sea el que recibió las atribuciones patrimoniales en vida del causante. Estas atribuciones a favor del repudiante resultan favorecidas con la aplicación a la cuota individual ideal que le correspondería a este repudiante en la global, que además, en el exceso, se aplicarán a la parte libre sujeta a reducción; de esta forma, quien resulta favorecido es el repudiante y el perjudicado el legitimario/s que acepte (hubiese, o no, recibido en vida y concurra, o no, con otros que no lo sean a la sucesión). Así se modifica el orden de reducción del artículo 251, porque, con independencia de las fechas, las donaciones del repudiante mejoran de posición.

— Que el repudiante no haya recibido nada en vida, o que lo que recibió sea inferior en valor a lo que le hubiese podido corresponder como legítima. En este caso no se puede apreciar ningún valor real a ningún efecto, ni la inoficiosidad de una liberalidad que no existe. No hay nada que valorar a efectos de la apreciación de lesión.

Si, a pesar de esto, se considera que el repudiante hace número de forma ideal a este efecto (en la computación), se reduce la cuota legítima sin base real alguna, con lo que se produce una disfunción del mecanismo tal y como se regula en las leyes aplicables en Galicia, en las que la apreciación de la inoficiosidad lo es en beneficio de los legitimarios, no en su perjuicio. Una interpretación del artículo 239 en el sentido que acabo de exponer, vuelve este mecanismo en perjuicio del legitimario que concurra a la sucesión y deja de ser medio de defensa de la legítima y sin sentido el artículo 251. Por otra parte, de seguirse esta interpretación, la computación, en cierta medida, se convierte en algo disponible por el causante.

El apartado puede encontrarse en varias situaciones: apartado en estado puro, apartado llamado a la sucesión con dispensa y apartado llamado a la sucesión sin ella.

En los dos últimos casos dije que el apartado es como otro legitimario más, y desde que recupera el derecho a cuota tiene la obligación a colacionar salvo dispensa (art. 227 LDCG). Esta dispensa presupone aquella obligación. Luego el apartado sucesor, con dispensa o no de colación, es como los “otros legitimarios”, en frase del artículo 227 de la LDCG.

El apartado en estado puro, el que después no es ni resulta llamado, no colaciona porque no tiene nada que colacionar (agregar), ni nada en

función de lo que deba tomar de menos (imputar) en una masa de valor de los bienes en la que no participa.

Para apreciar la inoficiosidad parece lógico que se aplique a la legítima lo que el **apartado** recibió como tal legítima. La cuota para apreciar la inoficiosidad de lo que fue objeto de apartación es la global y en ella la individual (cuotas ideales). Se aplica el valor real del bien a la cuota ideal del apartado en la legítima global (sin embargo, el art. 245 no lo tiene en cuenta). A este efecto, para apreciar la inoficiosidad, no es un extraño (a pesar de la redacción de los arts. 225 y 226). Se aplicará también el exceso del valor de lo aportado, si lo hay, a la parte de la que libremente se puede disponer. Este sería el orden: primero, legítima; en el exceso, parte libre.

Pero para calcular si las atribuciones son inoficiosas, lo que importa es el valor real de lo que fue objeto de apartación.

Cuando el apartado recibe menos de lo que le correspondería por legítima, según el artículo 225 de la LDCG, quedó apartado con independencia del valor de lo atribuido. Este efecto no se discute ni importa para la colación porque no colaciona, ya que queda excluido de participar en la masa de reparto entre legitimarios por él y por la estirpe.

Lo que no parece posible es que, para apreciar la lesión, se dé por recibida la cuota ideal si se considera que el “hacen número” del 239 tiene efecto para comprobar si una disposición es inoficiosa. En el caso de que el apartado hubiese recibido menos de lo que por legítima le correspondía se producen las mismas consecuencias que vimos en el caso del repudiante que no recibió ninguna atribución del causante en vida o cuando lo recibido es de menor valor que el de la cuota ideal individual.

¿Qué ocurre si uno de los legitimarios fue apartado y otro legitimario concurre a la sucesión y recibe en ésta menos de lo que por legítima le corresponde, habiendo otro legitimario sucesor que recibió por donación de fecha anterior a la apartación? Si se interpreta el artículo 239 en el sentido de que el apartado debe asignar lo que fue objeto de apartación a la cuota ideal de legítima individual en la global (sin embargo, art. 245), con lo que se reduce la global en la medida de la individual del apartado, el apartado resulta más beneficiado que el legitimario heredero donatario porque éste ve reducida su participación legitimaria cuando, además, reduce su donación antes que la apartación.

¿Qué ocurre si el apartado, en virtud del artículo 227, es el que concurre a la sucesión con otros legitimarios que recibieron en donación y entre ellos uno está perjudicado por inoficiosidad? En este caso, de producirse inoficiosidad, debería ser otro el orden del artículo 251, pero resulta que el apartado, aunque la apartación sea posterior a la donación, reduce después que el donatario.

Los ejemplos de efectos contradictorios que genera la regulación de la legítima en la nueva LDCG son infinitos. Son la consecuencia de que esta LDCG no defina el sistema que acoge y tome soluciones sesgadas y asistemáticas de ordenamientos foráneos y las incruste en un sistema de efectos, no sólo distintos, sino, en muchas ocasiones, opuestos.

Otro ejemplo:

“X” celebra apartación con un hijo que recibe un bien de escaso valor. Otorga testamento en el que nombra heredero a un amigo y deja una finca a otro hijo en pago de legítima, de valor inferior a lo que por legítima corresponde a este hijo.

Con arreglo al artículo 251, ¿quién sufre las consecuencias de la acción de reducción, el apartado o el heredero?

En el sistema del Código Civil, el heredero sufre las consecuencias de la reducción, aunque no se diga y aunque éste sea otro legitimario. La omisión en el artículo 820 obedece a que el legitimario es el heredero (calificado de especial por la doctrina más reciente, pero heredero) y la legítima está concebida como falcidia si los herederos son los legitimarios (argumento, en el Código Civil se calcula sobre el relicto).

El artículo 251 de la LDCG modifica el sistema en parte, pero copia, por mimetismo, la solución del Código Civil, y no se refiere a la reducción del contenido económico que recibe el instituido heredero. A diferencia de la legislación catalana, en la que se establece la responsabilidad del heredero al pago de la legítima y las consecuencias de la reducción las padece él. Heredero, el catalán, que tiene, frente a los legatarios, derecho a la cuarta falcidia.

El artículo 251 de la nueva LDCG no se refiere a la reducción del contenido económico de la institución de heredero. Pero no sería lógico entender que en el ejemplo expuesto sufre la reducción el apartado antes que el heredero.

Por lo que creo que debe interpretarse la frase del artículo 251, “no haber en la herencia bienes suficientes”, en el sentido de que es el heredero quien sufre las consecuencias en el caso de inoficiosidad y sólo cuando no pueda responder con los bienes de la herencia, entendida en ese sentido del contenido patrimonial del derecho del heredero (en el sistema sucesorio gallego no hay falcidia), incluso con los suyos propios a falta de aceptación a beneficio de inventario, como consecuencia de la garantía prevista en el artículo 249 de la LDCG, tendrá lugar la reducción de las demás disposiciones que menciona el artículo 251.

El artículo 251 de la nueva LDCG encuentra una interesante norma de contraste si resulta que la garantía del acreedor legitimario (art. 249) es la responsabilidad personal del heredero.

Por lo que en el ejemplo expuesto, si el valor del bien objeto de apartación lesiona la legítima, a pesar del orden que establece el artículo 251, la inoficiosidad deberá evitarse reduciendo en primer lugar el contenido económico que atribuya la institución de heredero.

El orden de reducción por inoficiosidad, en mi opinión, debe ser el siguiente: el contenido patrimonial de la institución; los legados por el orden que prevé el testador y, en otro caso, a prorrata; los pactos de mejora sin entrega de bienes y contrapartida y donaciones *mortis causa*, a prorrata de ser varios; las donaciones y pactos de mejora con entrega de bienes, por el orden de sus fechas; los pactos de mejora con contrapartida y las donaciones onerosas, sólo en la medida del beneficio económico; por último, cuando lo que causa la lesión es la apartación, se reducirá ésta en la medida en que cause lesión a la suma de las cuotas ideales de los demás legitimarios si el apartado no concurre a la sucesión, participando de la misma masa patrimonial en la que lo hacen los demás legitimarios; en otro caso, 227, el exceso de lo que fue objeto de apartación sufre la reducción como si fuese donación.

De esta forma reconozco un efecto a añadir al previsto en el artículo 227 (que se refiere a la colación y no a la computación), en el supuesto de que el apartado concorra a la sucesión, para respetar la razón de ser del orden de reducción del artículo 251.

El artículo 251 dice: “salvo disposición en contra del testador”, que parece que se refiere a que el testador puede alterar el orden de legados y donaciones, a no ser que se interprete sólo en relación a los legados. Esto y aquello podrían favorecer el que el artículo se tenga por dispositivo y no imperativo cuando fija el orden para reducir, como sucede en la legislación aragonesa –art. 180 Ley 1/1999– y se rechaza en otra del Estado, como la catalana –art. 374 Ley 40/1991–. El orden en la reducción trata de proteger derechos ya adquiridos por terceros.

Si el heredero es legitimario, su legítima cumplirá el papel de falcidia, y aunque la LDCG no dice a quién beneficia la cuota del repudiante que no acrece a los demás legitimarios (art. 239), debe entenderse que si los herederos son los demás legitimarios afectará únicamente a los demás legitimarios en la colación, a pesar del artículo 239.

Con independencia de eso y, por otra parte, como expuse al comentar el artículo 239, el efecto va a depender también de que la disposición en la que se haga el llamamiento legitimario al que después lo repudia lo permita. No podrá ser si el llamamiento se hace en forma conjunta con los requisitos del artículo 982 a favor de los demás legitimarios.

Tampoco la LDCG dice cuáles son los efectos y a quién beneficia el que no se ejercite la acción de reducción por los legitimarios perjudicados.

En este último caso beneficia a los demás legitimarios, ya que la LDCG, a diferencia de otras (p. ej., legislación aragonesa, art. 179 de la Ley 1/1999), no excluye el acrecimiento en la legítima global para este caso. Acrecimiento que presupone la LDCG cuando, de forma expresa, sólo lo exceptiona la nueva LDCG en dos casos (repudiación y apartación).

Las reglas a las que está sometida la colación en sentido estricto (agregación del valor de los bienes para el reparto) son totalmente distintas a las de la computación (cálculo para la apreciación de la lesión). En la colación (la que se califica de estricta) rige la voluntad del testador y se entiende que dispensa de ella cuando el acto por el que hizo la atribución hace quebrar el fundamento al que responde la colación en sentido estricto (igualdad o proporcionalidad, según la teoría que se siga).

La computación es una solución en beneficio de los legitimarios para evitar la lesión de la legítima. La colación responde a otro fin, procurar igualdad o proporcionalidad (según la teoría que se siga) en el reparto de la masa de bienes que los legitimarios deben formar entre sí para eso.

El apartado que colaciona lo hace en consideración a otras reglas de cálculo y de apreciación del valor que son enteramente voluntarias y no imperativas, como en el caso de la computación.

No rigen en la colación el orden de reducción de los artículos 820 del Código Civil y 251 de la nueva LDCG.

De la interpretación sistemática del contenido de los artículos 227, 239, 244, 245, todos de esta misma LDCG, se puede concluir que el artículo 227 delimita los efectos de la norma contenida en el artículo 239. Del artículo 227 resulta que el apartado no puede colacionar si no concurre a la sucesión con otros legitimarios. La apartación es dispensa de colación (la llamada en sentido estricto) como consecuencia del fundamento, naturaleza y fin de esta última. El apartado no hace número en la colación si el causante no quiere. El apartado que no concurre a la sucesión con otros legitimarios no colaciona. El apartado que concorra a la sucesión con otros legitimarios hará número a efectos del reparto sólo si el causante no lo impide.

Pero la apartación no dispensa de la computación. A efectos de la apreciación de la inoficiosidad, el apartado no pierde su condición de legitimario. El apartado hace número en la computación, cuando deba tener lugar, porque es un mecanismo en defensa de la legítima.

Esto es lo que resulta del artículo 227 (en relación a la colación en sentido estricto), que no es imperativo (el apartado colaciona, salvo dispensa) y de la regulación en su conjunto de la legítima. Por lo que, si no se aprecia lesión de acuerdo con los artículos que regulan la formación de

la masa de bienes que debe tenerse en cuenta para apreciarla, el legitimario apartado que no concurra a la sucesión no hace número.

Lo dispuesto en este artículo 227 de la nueva LDCG, cuando ordena que colacionen los apartados que concurran en la sucesión con “otros” legitimarios de la LDCG, sólo puede ser de aplicación a las apartaciones celebradas con posterioridad a la entrada en vigor de esta ley, de acuerdo con los principios que inspiran las disposiciones transitorias del Código Civil, a las que se remite la tercera de la LDCG. Este artículo no puede afectar a los derechos adquiridos con anterioridad a la nueva LDCG por pacto válido de apartación, con arreglo a la anterior LDCG, que no perjudiquen las legítimas con arreglo a la nueva LDCG.

Las apartaciones posteriores a la nueva LDCG estarán sujetas a lo previsto en el artículo 227 de la nueva LDCG. La apartación se regula por la Ley gallega y no por el Código Civil, por lo que no le afecta el inconveniente puesto de relieve a la alteración de los efectos de la colación de las donaciones cuando suponga un aumento de la carga a los legitimarios que están obligados a colacionar entre ellos (imponer la colación con otro fin da lugar a una revocación unilateral de los efectos de las donaciones, como tales donaciones, no prevista en la ley).

En el caso de que el apartado sea llamado a la sucesión en la que concurra con otros que también lo sean y se pretenda que no sólo tome de menos, sino que restituya porque se defienda este efecto en la colación (discutido en Derecho común), en este caso el apartado podrá renunciar a la herencia y quedarse con la atribución patrimonial íntegra.

La LDCG reconoce y distingue, pero no regula, las diferencias entre colación en sentido estricto (–art. 227–) y la computación (diferencias por su composición, fin –reparto/apreciación de inoficiosidad– y régimen –la colación es dispensable, pero la computación, no).

Por lo que en la nueva LDCG encuentran cabida las consecuencias de esta distinción entre colación y computación (colación en sentido amplio) y no a la que las confunde cuando se considera como base para el reparto entre todos los partícipes la misma que se forma para la apreciación de la inoficiosidad. De llegarse a esta interpretación se podría dispensar de imputar (en el sentido vulgar y amplio de aplicar a cuotas para el cálculo de la lesión en la masa que se forma por agregación del valor de todas las donaciones a toda la herencia) en beneficio de los legitimarios y en perjuicio de los beneficiados en testamento. La formación de masas lo es en beneficio y provecho de los legitimarios y, por razón de ellos, no de quienes no lo son.

Cuando todos los legitimarios están apartados podrá entenderse, cualquiera que sean las disposiciones a su favor que se hagan después por el causante, que no tiene lugar la computación.

La nueva LDCG utiliza la expresión liberalidad, como lo hacía la anterior, al referirse a la apreciación de lo inoficioso. Pero no establecen criterio sobre lo que puede o no tenerse por **liberalidad**.

La liberalidad que se computa no es necesariamente la atribución que se imputa. El concepto de liberalidad que se computa para fijar la legítima y apreciar la inoficiosidad es un concepto más amplio que el de la liberalidad que se imputa. Por eso pueden no llegar a coincidir las masas de bienes que deben tenerse en cuenta para apreciar la inoficiosidad y para repartir y tomar de menos.

No puede valorarse con igual amplitud lo que puede ser objeto de reparto porque **no toda liberalidad es imputable**. Sólo se puede imputar aquello que pueda ser objeto de una atribución patrimonial en vía principal, lo que pueda ser objeto de una disposición patrimonial.

En caso de duda y a falta de norma de desarrollo en la nueva LDCG, que no distingue ni fin de la liberalidad ni persona beneficiada por ella (a diferencia de otras legislaciones del Estado, por ejemplo la aragonesa –art. 174.2 b), se aplica la regla supletoria estatal: los artículos 1.035 y ss. del Código Civil, y otros, como el artículo 1.188-2.º, que se refiere a la renuncia a la reclamación de un crédito.

La doctrina distingue, en ellos, las liberalidades de las atribuciones, también, para apreciar la inoficiosidad.

El artículo 244 sólo se refiere a las liberalidades de uso, pero no las define ni por el fin ni por los beneficiados por ellas.

La regla supletoria es la estatal del Código Civil.

La nueva ley obliga a replantear los supuestos en los que en el Código Civil se tienen como liberalidades de uso. Ya que en el Código lo son por estar expresamente contemplados como tales, pueden ser discutibles como tales liberalidad de uso, por ejemplo, el mínimo en los regalos de boda que fija el artículo 1.044.

La LDCG tampoco hace salvedad de la atribución de los derechos al discapacitado a que se refiere el artículo 822 (63), reformado por la Ley 41/2003, compatibles con el mismo uso por otros legitimarios y con el derecho en la liquidación de los gananciales que a favor del viudo establecen los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil (normas en la liquidación de gananciales). En la LDCG reconoce la opción en la liquidación de la herencia, sea el bien privativo o ganancial, pero esta opción no se tiene si el testador no quiere (art. 257-2).

Esta misma Ley 41/2003 reformó el artículo 1.041 para excluir del cómputo los gastos de los padres, sean cuales sean, para atender las ne-

(63) BERMEJO PUMAR: “La legítima”, en *Instituciones de Derecho Privado*, tomo V, volumen 3.º, pp. 360 y ss.

cesidades especiales o no de sus hijos o descendientes con discapacidad. Gastos que difícilmente pueden tenerse como liberalidad a no ser que este artículo 1.041 se ponga en relación con el 4.4 de la Ley 41/2003. Según él, todos los bienes y derechos que integran el patrimonio protegido, así como sus frutos, rendimientos o productos, deberán destinarse a la satisfacción de las necesidades vitales de su beneficiario o al mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido. Las aportaciones al patrimonio protegido para atender necesidades futuras pueden discutirse como gastos dispensables (64).

También merece especial atención el artículo 1.042, párrafo segundo, del Código Civil cuando establece que, en el caso de que proceda colacionar los gastos para dar al hijo una carrera profesional o artística, habrá que deducir lo que el hijo habría gastado viviendo en la casa y en compañía de sus padres (65). De especial interés si este criterio se tuviese en cuenta en el supuesto de hijos de padres que viven separados. Por ejemplo, en el caso de que la custodia se confíe judicialmente, en interés del menor, a uno de los progenitores, privando al otro de la compartida.

Resumen:

La computación y colación son masas que se componen de manera distinta para fines diferentes.

La primera la integran todas las liberalidades computables para apreciar la inoficiosidad.

La segunda sólo las atribuciones imputables, las patrimoniales en vía principal.

Con la primera se trata de averiguar si existe lesión en la legítima por lo dispuesto por el causante. No es masa de reparto.

Con la segunda se fija la masa de reparto entre legitimarios, pero no beneficia lo que no es legítima.

Ejemplo. “X” tiene tres hijos. Hizo donaciones a todos ellos de acciones de desigual valor, remunerando la dedicación no retribuida a la empresa familiar. Cede gratuitamente a una de sus hermanas la participación que le correspondía en la herencia de sus padres. Muere con testamento

(64) Me remito a BERMEJO PUMAR: “La legítima”, *Instituciones de Derecho Privado*, tomo V, volumen 3.º, p. 359.

(65) En la reforma de la legislación catalana que se prevé en esta materia, se establece expresamente (art. 451-9) que son imputables las donaciones hechas para que sus hijos puedan adquirir vivienda o para establecer una actividad profesional, industrial o mercantil que les proporcione independencia personal y económica, salvo disposición contraria del causante (no del testador). No se hace referencia a las artísticas, como en el Código Civil, quizá porque éstas no proporcionen gran independencia económica o porque la independencia personal o profesional que éstas puedan proporcionar no dependen tanto de la ayuda económica de los padres.

en el que instituye herederos a dos de sus hijos. A uno de los hijos instituido heredero le prelega de forma conjunta con otro familiar un tanto en proporción de las acciones de la misma entidad mercantil. Ordena al tercero de sus hijos que tenga en cuenta lo recibido en vida y que con ello se dé por satisfecho.

Se computa para apreciar la inoficiosidad todo lo donado y cedido a título gratuito y toda la masa relicta. No existen dos cuotas de libre disposición, *mortis causa e inter vivos*.

Se colaciona para fijar la masa de reparto entre legitimarios, por agregación del valor de lo donado a los hijos, a lo que reciben en la herencia en concepto de legítima.

Los legados no se sacan de esta masa de reparto. No se agregan las donaciones para obtener una participación mayor del legatario. El testador no puede disponer de lo que ya dispuso, las donaciones a favor de los hijos no dejan de serlo en beneficio de extraños.

No se colacionan todas las atribuciones hechas en vida por el causante si el acto responde a un ánimo contrario a la obligación de colacionar.

¿Puede el testador alterar unilateralmente el orden de imputación del artículo 245? ¿Se puede hablar de mejora en la LDCG como orden de imputación, mejora igual a la no imputación en pago de la legítima? ¿Puede el causante alterar el orden de reducción del artículo 251?

La LDCG no ignora la colación en sentido estricto (art. 227): formación de masa de reparto entre legitimarios.

Tampoco la imputación en sentido estricto en el sentido de toma de menos en esa masa de reparto entre legitimarios. El artículo 245 sólo se refiere a las atribuciones a favor de los legitimarios descendientes. Si la base para el reparto fuese todo lo donado a todo el relicto, la obligación de tomar de menos debería ser aplicable a todos los partícipes. Pero la ley excluye de esta norma al legitimario viudo que no tiene una posición análoga a la de los legitimarios descendientes (el art. 253 se remite a la norma que fija la legítima, que no es el art. 245). La toma de menos no puede presumirse a favor de quien no aporta valor, éste no participa en la masa de reparto (en la que se toma de menos).

La LDCG recoge soluciones aplicables a dos tipos de masas de bienes diferentes. 1) Para apreciar la inoficiosidad. El artículo 244 se refiere al concepto amplio de liberalidad y refiere la fijación del valor al momento de la muerte, momento para fijar la lesión; 2) mientras que el artículo 245 se refiere sólo a las atribuciones patrimoniales en vía principal a favor de los legitimarios descendientes.

La obligación de colacionar, traer el valor de lo recibido a la masa de

reparto entre legitimarios formada por lo que reciban en el relicto más lo donado sólo a ellos para que perciban por igual o de manera proporcional tomando de menos (imputación en sentido técnico), tanto como ya hubiesen recibido, es dispensable. Depende esencialmente de la voluntad del causante. Él es quien ordena la sucesión. El testador, al instituir o legar a unos y ordenar a otros que imputen lo donado, ya está fijando por su sola voluntad el orden de imputación. Por lo que, por su propia voluntad, también podrá alterar el orden del artículo 245 y podrá disponer que en pago de legítima se impute, por ejemplo, la donación e instituir al legitimario, como puede instituir al apartado (art. 227). En la colación cabe dispensa, rige la voluntad del causante, en especial si se defiende la idea de la proporcionalidad.

Pero esta libertad del causante no es plena:

1.º La agregación del valor de lo donado al legitimario, a la masa de reparto que no es legítima y en la que participan quienes no son legitimarios no puede tenerse como anticipo de legítima (me remito a lo expuesto y al ejemplo de los legados a las organizaciones deportivas).

El orden del artículo 245 lo es en la masa de reparto. Este artículo se refiere a la imputación en sentido estricto y en el sentido de toma de menos en la masa de reparto, la que se forma como consecuencia de la colación en sentido estricto. Debe entenderse así, desde que este artículo 245 sólo se refiere a las atribuciones a favor de los legitimarios descendientes, se encuentra en la sección en la que se regula esta legítima. La única colación admitida en el Derecho vigente en Galicia es la que regulan los artículos 1.035 y ss. del Código Civil. La LDCG ni modifica ni deroga esta regulación. Por el contrario, expresamente se remite a ella (art. 227) y la presupone (arts. 245 y 253).

2.º No todo depende de la voluntad del causante porque éste debe respetar la causa que animó el acto de atribución y los intereses que se tuvieron en cuenta al celebrar el pacto sucesorio. Las normas que regulan las donaciones son las del Código Civil y el Derecho gallego no es ajeno al principio jurídico que se tiene en cuenta en el artículo 827 del mismo cuerpo legal.

Como consecuencia de la interpretación relacionada de los artículos de la LDCG (arts. 209, 214 y ss., 218, 242, 245) y del Código Civil aplicables en Galicia (arts. 1.035 y ss., 618 y ss., 823 y ss.), debe contestarse afirmativamente a la segunda pregunta: se puede hablar de mejora, en el sentido que esta expresión siempre tuvo en el Derecho gallego, y cabe el pacto de no imputar a la legítima, pacto que vinculará al causante cuando reúna los requisitos del artículo 827 del Código Civil para tenerla por irrevocable.

Del artículo 245 resulta que el testador puede ordenar su sucesión y fijar libremente lo que se imputa a la legítima. Sin embargo, no siempre será posible la imputación de lo donado. Podrá ordenarlo en el reparto entre legitimarios, no, si se impone en provecho de disposiciones testamentarias a favor de quien no es legitimario o no son legítima, o cuando la donación es incompatible por el ánimo que la guió con la obligación de colacionar (se toma de menos en esta masa de reparto).

La imputación de lo que es objeto del pacto de mejora será posible en el caso de que el pacto de mejora no obligue al causante a otra cosa. Si el pacto se celebra en las mismas condiciones que para la mejora irrevocable establece el Código Civil (razón de obligar y objeto determinado), el causante no podrá, por sí solo, modificar lo convenido y ordenar la imputación en pago de la legítima de lo que fue objeto de pacto para obtener el efecto contrario: la exclusión pactada como imputable a la legítima.

Una interpretación contraria tropieza con el obstáculo que representa el artículo 242 LDCG, norma que prohíbe toda renuncia o transacción sobre la legítima, salvo en el caso de apartación.

Este artículo no prohíbe los pactos en los que se mejore la posición del legitimario.

Por lo que es negativa la respuesta a la primera pregunta: el causante no siempre podrá alterar en todos los casos unilateralmente el orden de imputación del artículo 245 para tener en cuenta el valor atribuido al legitimario por los títulos a los que se refiere este artículo a fin de que se aplique en pago de la legítima. Esto puede suponer la imposición de una obligación con efectos diferentes a los que prevé la ley que regula la colación y las donaciones (el Código Civil) y puede ser contrario al interés pactado digno de protección.

No se puede afirmar que con la nueva LDCG no puede hablarse de mejora en el sentido tradicional y como pacto vinculante, tal y como lo desarrolló una tradición compartida en Galicia. Supone ignorar la mejora en todas sus acepciones. Supone cosificar su acepción jurídica limitándola a la detracción de un tercio de ese nombre. Cuando esta cuota es sólo la consecuencia de que se admita un determinado tipo de disposiciones a favor de descendientes sobre una masa de bienes en la que existen otras disposiciones legales o voluntarias sujetas a un régimen distinto y los efectos de estos actos no se limitaron a un tercio.

La fijación de la cuota no es necesaria para que la mejora exista, pero tiene importancia para fijar los efectos vinculantes del pacto. La mejora del Código Civil delimita la libertad contractual en la esfera personal, a favor de los descendientes, y también en la patrimonial, la cuota es el lí-

mite del vínculo porque se interpreta que a la parte libre se le aplica el régimen de las herencias.

De “mejoras” hablaba el Proyecto de 1851 para referirse en la misma sección a la disposición a favor de extraño en el quinto y a la propiamente dicha a favor de descendientes. En este Proyecto se introduce la necesidad de expresión cuando es a favor de descendientes (a favor de extraños este requisito no hace falta). Esta última mejora del quinto no responde a la idea de una porción con un fin concreto, ni a la frase (más de pegada que jurídica) de que la mejora es mejora cuando no es legítima, o es legítima si no es mejora. El Proyecto se centra en fijar un régimen de cálculo y saca. En el Código Civil se mantiene en parte el régimen que previó el Proyecto. El pacto de mejora tiene un contenido sucesorio, el pacto (en el Código Civil, contrato) sobre la imputación. La mejora del Código puede tener distintas modalidades y hacerse por donación, capitulaciones o contrato oneroso con tercero, en testamento; puede ser preventiva o concesión, de cuota o de bien, revocable o irrevocable. También se defiende que la mejora tiene sustantividad como pacto sucesorio (66). Puede ser objeto de un pacto revocable por el causante o, por el contrario, el causante puede verse obligado de forma irrevocable a respetar esta orden de imputación. De esta imputación, sea revocable o no, puede, o no, resultar ventaja económica porque el causante pudo haber convenido otras mejoras por igual o pudo disponer por testamento del tercio libre. El pacto trata de asegurar la imputación; trata de asegurar los efectos, en su caso, de la atribución, conviniendo que no se aplique en pago de legítima lo que el pacto tiene por objeto.

La falta de regulación del llamado tercio libre en el Código Civil (no tiene sección y queda excluido de la sección de las mejoras) dio lugar a que a éste se le apliquen las reglas de las herencias y a él no se extienden los efectos del pacto sucesorio.

La mejora en el Código Civil (67) es orden de imputación que puede ser objeto de pacto; en este sentido, forma de disponer por causa de muerte distinta al legado o herencia, de necesario contenido patrimonial y ne-

(66) BERMEJO PUMAR: *op. cit.*, *El artículo 831...*, pp. 61 y ss.

(67) En el Código Civil, la mejora preventiva es revocable, por ella se ordena la imputación; la concesiva puede ser revocable o irrevocable: es revocable la orden de imputación, aun en actos entre vivos con entrega de bienes, si son a título gratuito; e irrevocable en los supuestos del artículo 827. De una y otra puede o no resultar una ventaja económica. Esto dependerá de las demás disposiciones que ordene el causante. Pero esencialmente la mejora sujeta la disposición a una disciplina propia. En su momento sostuve que la mejora no tiene por qué verse reducida a ser la cualidad de otra disposición y sujeta al régimen de ésta. En este sentido, BERMEJO PUMAR: *El artículo 831 del Código Civil. Su compatibilidad en el sistema de mejoras sucesorias (La mejora a favor del cónyuge)*, por ejemplo en otras, pp. 78, 81, 87, 96, 139, 377.

gociable (no rige la prohibición de lo captatorio, ni el principio de unidad de la sucesión –puede aceptarse la mejora y renunciarse a la herencia).

Por esto, la mejora es, por un lado, la posibilidad de pactar (la disciplina del contrato sucesorio) y, por otro, el límite del pacto (no se extiende al tercio libre).

El vínculo y lo que es objeto del pacto (la orden de imputación) lo singulariza de los meros negocios entre vivos con trascendencia sucesoria y de otros pactos sucesorios que alteran en alguna otra forma la ordenación de la sucesión por causa de muerte (68).

No hay nada que impida en el Derecho gallego el que se pueda convenir pactos de mejora entre las mismas personas que permite el Código Civil: legitimario beneficiado por el pacto y el causante; entre los demás legitimarios, el beneficiado y el causante; entre los progenitores respecto de sus hijos (arts. 196 y ss.); entre un tercero y el propio causante. Si en el Código Civil la mejora es la parte de la legítima de la que se puede disponer o de la que se ha dispuesto, “la ventaja legitimaria propiamente dicha” (69), en la LDCG el contenido del pacto tendría otro alcance como orden de imputación, sería la orden de no imputación en pago de la legítima.

Mejora igual a orden de no imputación en pago de la legítima.

Esta definición no sólo responde al sentido vulgar de recibir más (de lo que corresponde por legítima; no en el comparativo de más que otros), sino al técnico, con matices, de que la mejora no es legítima y se sujeta a régimen propio (porque es más que la legítima). En este sentido, el término no pierde su significado gramatical, con su carga emotiva-vulgar, e incluso con el alcance jurídico aplicable a toda la herencia, y no sólo a un tercio. Lo que se tiene por mejora no se reduce a un tercio de ese nombre en muchos aspectos de su régimen.

En cuanto al carácter imperativo del artículo 251, me remito a todo lo expuesto antes (efectos del “hacen número” del art. 239; responsabilidad

(68) BERMEJO PUMAR: *op. cit.*, *El artículo 831...*, pp. 113 y ss., en concreto, pp. 130 y ss.

(69) LACOSTE: *La mejora*, p. 215.

El nombre de mejora se aplicó a las disposiciones que no eran legítimas a favor de descendientes e incluso de extraños (en el Proyecto de 1851, la sección en la que se previó la regulación de la disposición a favor de éstos se rotulaba “Mejoras”). La propiamente dicha, como decía GARCÍA GOYENA, era a favor de los descendientes (*vid.* Apéndice 8, en *Concordancias, motivos y comentarios al Código Civil español*). Pero el Código Civil no regula en la sección de las mejoras la que podía ordenarse en el quinto del Proyecto, en el tercio del Código Civil, a favor de los extraños. El tercio que se llama libre no tiene sección en el Código Civil y se sujeta a las reglas generales de las herencias, entre ellas la prohibición del artículo 1.271. Con la que la mejora en el Código Civil, además de ser la orden de imputación que garantiza recibir más, es la medida del contrato sucesorio admitido en el Código Civil (en el conocido como Proyecto 1851, pacto): contrato (con los requisitos de objeto determinado y razón de obligar) y a favor de descendientes.

del heredero como consecuencia del art. 249; crítica al orden del 251...). Este artículo dice “salvo disposición en contra del testador”. Pero con este orden se protegen intereses que no son sólo los del causante. En cualquier caso, la computación y la apreciación de la inoficiosidad es un mecanismo en defensa de la legítima que tiene sentido si concurren legitimarios a la sucesión.

3.º Procedimiento para satisfacer la legítima (arts. 221, 224 y ss., 246, 247, 248, 249, 250, 273, 278, 281, 282, 292, 305).

Artículo 246.

1. Si el testador no hubiese asignado la legítima en bienes determinados, los herederos, de común acuerdo, podrán optar entre pagarla en bienes hereditarios o en metálico, aunque sea extrahereditario. A falta de acuerdo entre los herederos, el pago de la legítima se hará en bienes hereditarios.

2. Salvo disposición del testador o pacto al respecto, no podrá pagarse una parte de la legítima en dinero y otra parte en bienes.

Artículo 247.

Si los bienes atribuidos por el causante a un legitimario no fueran suficientes para satisfacer su legítima, éste sólo tendrá su derecho al complemento, el cual se satisfará de acuerdo con las reglas del artículo anterior.

Artículo 248 (70).

Pueden pagar la legítima, o su complemento, el heredero, el comisario o contador-partidor, así como el testamentero facultado para ello. Pero

(70) En Derecho común, la figura del contador y del comisario llegan a confundirse (art. 782 de la LEC). En la ley gallega, no. El contador, el testamentero y el comisario tienen papeles diferentes. Las facultades del comisario que regula la Ley gallega se fijan en los artículos 197 y 200, con las limitaciones y demás circunstancias que recogen los demás artículos de la sección 3.ª del capítulo II. Las facultades que la ley atribuye a este comisario le permiten realizar actos de ordenación de la sucesión y adjudicaciones. Pero entre las facultades que la ley le atribuye no está recogida la de que, por sí solo, pueda inventariar y valorar los bienes de la masa patrimonial en la que el propio comisario es parte interesada. Las adjudicaciones pueden ser preliquidatorias.

A pesar de esto, la ley gallega equipara en el artículo 249 al comisario y contador-partidor.

La obligación de pasar por el inventario y avalúo que efectúe el comisario o quien sea parte en la sucesión, propicia la lesión, ya que dificulta su prueba a efectos de solicitar la reducción por inoficiosidad.

La originaria redacción del artículo 831 del Código Civil permitió distribuir al facultado para mejorar, pero no liquidar las masas patrimoniales en las que es parte. La nueva redacción de este mismo artículo por la Ley 40/2003 permite al delegado partir (división material del

corresponderá en exclusiva a los herederos la opción de pagar la legítima en metálico extrahereditario.

Artículo 249.

1. El legitimario no tiene acción real para reclamar su legítima y será considerado, a todos los efectos, como un acreedor.

2. El legitimario podrá exigir que el heredero, el comisario o contador-partidor o el testamentero facultado para el pago de la legítima formalice inventario, con valoración de los bienes, y lo protocolice ante notario.

3. Podrá el legitimario solicitar también anotación preventiva de su derecho en el Registro de la Propiedad sobre los bienes inmuebles de la herencia.

Artículo 250.

El heredero deberá pagar las legítimas o su complemento en el plazo de un año desde que el legitimario la reclame. Transcurrido este plazo, la legítima producirá el interés legal del dinero. Si el legitimario no estuviera conforme con la liquidación de la legítima y rechazara el pago, el heredero o persona facultada para entregar podrá proceder a la consignación judicial.

bien a la manera del art. 402), lo que hace muy discutible que por sí solo pueda “contar”, inventariar y valorar.

En ninguna de las dos redacciones el facultado para mejorar es un apoderado del causante para testar y la Ley no le aplica el calificativo de comisario.

En cualquier caso, en la nueva redacción del artículo 831 del Código Civil, las facultades del delegado no afectan a los que no son descendientes comunes del delegado y el causante. Cosa que, sin embargo, no sucede en la ley gallega. Por lo que el conflicto de intereses todavía es más evidente.

En la LDCG hay diferencias entre el contador-partidor y el comisario o el testamentero. La ley gallega recoge en el artículo 283 la misma incompatibilidad del artículo 1.057 del Código Civil: no puede ser contador-partidor quien sea partícipe en la herencia. Curiosamente no lo es el apartado a no ser por el interés, como consecuencia de la computación de los artículos 243 y 251. Pero el comisario es partícipe en la sucesión. A pesar de esto, el artículo 284 permite que el comisario pueda ser contador-partidor. Esta es otra de las diferencias sustanciales entre la posición del cónyuge en la ley gallega y el artículo 831, incluso en la actual redacción se impide que lo actuado por el cónyuge, no sólo como mejorante, también como partidor, afecte a quien no es hijo o descendiente común. En la gallega, como comisario, sólo afecta a los hijos o descendientes comunes, pero como partidor a todos. Lo que se presta a interpretaciones chocantes que pueden hacer imposible la facultad como comisario.

En la LDCG, para el testamentero, no hay regla similar al contenido del artículo 283, ni otra alguna de incompatibilidad, como sucede en el artículo 831 vigente del Código Civil. Lo que no deja de llamar la atención, ya que es una vía para defraudar los derechos de otros. Este testamentero facultado para designar heredero, en el que no concurre incompatibilidad alguna, ¿puede nombrarse a sí mismo?

En el **Código Civil** la legítima es en bienes. Los bienes garantizan la satisfacción de la legítima y conservan el valor.

La satisfacción en metálico se funda en presupuestos, incluso, como defiende parte de la doctrina, en el caso de los artículos 841 y siguientes [solución a la liquidación (71)]. La adjudicación en metálico como medida del valor en cambio de los bienes no se considera mero acto de partir (72). El liquidador tiene que estar especialmente facultado para ello (art. 841) y el legitimario tiene que prestar su conformidad (art. 843). El procedimiento para la satisfacción de la legítima en metálico consta de las siguientes fases: opción, comunicación, conformidad, pago.

Se discute en qué momento puede considerarse producida la válida adjudicación de los bienes por parte del heredero.

En la LDCG 4/1995, la legítima también es en bienes. La satisfacción en metálico se hace depender de presupuestos (art. 149 LDCG 4/1995). El procedimiento para su satisfacción también se hace depender, como en la actual LDCG, de la conformidad; exigencia del artículo 150, que, pese a la oposición, se remite al procedimiento de consignación, como todavía mantiene la ley vigente.

El esquema del procedimiento para satisfacer la legítima en metálico en la LDCG de 1995 es: pacto u opción, en este caso comunicación en plazo (un año desde la apertura de la sucesión); debe fijarse la suma (valor del momento de los bienes al tiempo de morir con arreglo al art. 147); desde que se fija la suma, sobre esa cantidad, se devenga el interés legal (847 del Código Civil y art. 150 Ley 4/1995); el pago debe hacerse en el plazo de un año más. Es necesaria la conformidad. Y si no muestra conformidad, consignación judicial.

En ninguna de las dos leyes (Código Civil y Ley gallega 4/1995), la satisfacción de la legítima en metálico es mero acto de partir, pero no es un procedimiento ajeno a la partición, como tampoco lo es el de conmutación de la legítima del cónyuge viudo. Son procedimientos complementarios y necesarios para que la partición se tenga por legalmente hecha y produzca el efecto de la adjudicación definitiva de los bienes (art. 1.068 del Código Civil), incluso en el caso de partición efectuada por el testador, válida como la última de las fases del proceso de liquidación (reparto del remanente), pero que no excusa las previas (las de fijación: relación de bienes y avalúo, y de la de liquidación en sentido propio) para que se reconozca la plena efectividad del reparto (73).

(71) BERMEJO PUMAR, M. M.: *op. cit.*, “La legítima”, ..., pp. 471 y ss.

(72) RDGRN de 20 de septiembre de 2003: en el caso de bien indivisible que desmerece por su división, el contador no está facultado para adjudicarlo a uno y, a cambio, dar el valor en metálico a otro.

(73) Se reparte el remanente después de liquidar las deudas, cargas y mandas conocidas (STS de 5 de diciembre de 1941, entre otras).

La cuestión fundamental que plantea cualquiera de los procedimientos de pago en metálico de las legítimas en las dos leyes, tanto en el Código Civil como en el de la LDCG 4/1995, es la de determinar el momento (después de la conformidad o después de la entrega) en el que la partición se tiene por legalmente hecha y al heredero se le puede considerar como el adjudicatario definitivo de los bienes (74).

En Derecho común, la tesis que se desarrolló es aquella que entiende que la adjudicación no es definitiva mientras no se dé conformidad por el perceptor de cantidad, ya que, sin ésta, no surte efecto respecto de tercero. La conformidad reduce la liquidación al valor de una propuesta.

Una consecuencia de esta tesis es la solución que adoptó el artículo 80-2.º del Reglamento Hipotecario, que acoge una solución diferente a la del artículo 15 de la LH. El artículo 15 de la Ley Hipotecaria nunca es argumento porque tiene el valor de ser una solución accidental y de procedimiento; por tanto, sólo puede ser la conclusión. Y la conclusión es que este artículo 15 de la Ley Hipotecaria no se adecua ni a la legítima ni a las reglas de administración y liquidación de la herencia del Código Civil (no hay en el Código un artículo como el 36 de la Ley catalana 40/1991). El artículo 15 de la Ley Hipotecaria no se considera aplicable a la legítima en metálico del Código Civil. De hecho, tampoco a la legítima gallega de la Ley 4/1995.

¿Qué varía la nueva LDCG?

En la **nueva LDCG** (2/2006) el derecho del legitimario consiste en una **deuda de valor** (“cuarta parte del valor del haber hereditario líquido”). El objeto económico de su derecho es un poder adquisitivo o valor patrimonial determinable, que se fija por el que tengan a cambio unos bienes. El metálico no entra *in prestatione*, sólo *in solutione*, en alternancia con los bienes; el metálico cumple una función valorativa de medio de cambio y entra en el momento de la satisfacción en igualdad con los bienes de la herencia.

La elección de otros bienes que no sean de la herencia sólo cabe en el limitado caso de partija conjunta.

A diferencia del artículo 831 del Código Civil, el comisario gallego (arts. 196 y ss.) sólo puede adjudicar, como integrantes de una masa en parte no suya, los bienes de la ganancial (la ley nueva gallega abusa de la idea de cuota en los bienes gananciales cuando ésta no existe mientras

(74) Por ejemplo, CÁMARA ÁLVAREZ recoge entre las facultades del legitimario la de resolver la titularidad de los bienes adjudicados, en tanto no se pague la legítima del que la deba recibir en metálico e intervenir en la partición, y promover el juicio de testamentaría. *Compendio de Derecho Sucesorio*, p. 174.

no se practique la liquidación de la sociedad de gananciales y en ésta no se reconocen cuotas –tesis de la comunidad germánica–). El comisario gallego (art. 197 LDCG) no puede satisfacer la cuota en la herencia de su esposo con bienes exclusivamente suyos, ni puede hacer la partija conjunta por sí solo, salvo que de forma expresa el testador le faculte para ello.

Las adjudicaciones de bienes gananciales que efectúe el cónyuge viudo son preliquidatorias y sujetas (como en el caso de la partición conjunta o en la hecha por el testador solo) al resultado de las fases de fijación y liquidación propiamente dichas. El cónyuge viudo, aunque sea comisario y contador-partidor, no puede realizar la liquidación de los gananciales por sí solo (arts. 197, 278, 293, 302, 305 LDCG), las operaciones de fijación (inventario y avalúa), las de liquidación (de los derechos de tercero y entre sí o entre cualquiera de ellos con la sociedad de gananciales, reembolsos, reintegros, compensaciones, indemnizaciones). Otra cosa es que las operaciones previas para fijar el remanente resulten circunstancialmente innecesarias por cualquier razón (lo que puede suceder y reconoce el art. 293), pero la circunstancia no justifica la regla.

Defendí, en su momento, que el 831 puede servir de base para el logro de pactos entre cónyuges sobre el destino de los bienes. Relación de las normas contenidas en los artículos 831/827: pacto de mejora entre cónyuges en el que pueden convenir la delegación de la facultad de mejorar; posibilidad que no evita la reforma en el año 2003 del artículo 831 (75).

Una diferencia que es relevante entre el artículo 196 y ss. de la LDCG y el artículo 831 del Código Civil es que, entre las facultades que reconoce este artículo 831 al cónyuge viudo, está la de mejorar: realizar actos de mejora, entre ellos, los vinculantes del artículo 827.

Sin embargo, no reconoce la LDCG en el cónyuge viudo facultado, ex 196 y ss., en concreto el artículo 197: la de celebrar pacto de mejora, que puede ser vinculante.

Aunque la LDCG no utilice la expresión mejora en el sentido de cuota, no puede concluirse que no existen actos de mejora y pactos con el contenido sucesorio de siempre sobre la manera en que se ordena la imputación.

Esta solución puede tener vía en los artículos 196 y ss. de la LDCG, si se sostiene como hago, que la mejora tradicional gallega sigue siendo posible en Galicia a pesar de esta ley. Es decir, que los cónyuges gallegos

(75) BERMEJO PUMAR, M. M.: *op. cit.*, *El artículo 831 del Código Civil. Su compatibilidad en el sistema de mejoras sucesorias (La mejora a favor del cónyuge)*, pp. 335 y ss. Sobre la reforma del artículo por la Ley 41/2003, BERMEJO PUMAR, M. M.: “La legítima”, en *Instituciones de Derecho Privado*, a lo largo de la exposición (al tratar de los gravámenes, pago en metálico...), entre otras, pp. 463 y ss., 477 y ss.

pueden celebrar contratos sucesorios con las notas de los irrevocables (objeto determinado y contrapartida), en los que, en lugar de mejorar, se atribuyan de esta forma irrevocable la facultad de mejorar sobre una esfera patrimonial concreta.

El procedimiento en la nueva LDCG conserva algunas fases del anterior, pero no puede ser igual que el de la ley de 1995, por varias razones que dependen del contenido actual del derecho del legitimario:

La opción por parte de los herederos de pagar en metálico no necesita basarse en ningún presupuesto.

A la decisión de los herederos o del testador, el legitimario no puede oponer objeciones (salvo lo que resulta del párrafo segundo del art. 246). Los bienes relictos no son el objeto inmediato de su derecho, aunque no pierde interés en ellos, ya que, en la nueva LDCG los bienes están en alternancia con el metálico en el pago (art. 246).

En la nueva LDCG, la alternancia está en el pago y la elección del medio de cambio corresponde a los herederos; debe entenderse que en este sentido son la parte deudora (principio del art. 1.132 del Código Civil); si bien el que la debe es el causante; el que la satisface es el heredero y hay obligaciones en la satisfacción de la legítima.

Los herederos deben escoger entre satisfacer el valor con bienes de la herencia: metálico u otros, o satisfacer la legítima con metálico no hereditario. En la nueva LDCG, las consecuencias de esta elección son distintas en los tres casos.

De ser varios los herederos, la elección tiene que ser por unanimidad. Si no se ponen de acuerdo, el legitimario tendrá derecho en los bienes (art. 246).

Los herederos no tienen un plazo para elegir. La ley sólo fija el plazo para liquidar y satisfacer la legítima: el de un año desde que el legitimario la reclame (art. 250). Por lo que parece hacer depender el momento en el que debe satisfacerse la legítima, de la reclamación por parte de éste (art. 250).

Sin embargo, si el legitimario tiene, según el artículo 249, la consideración de acreedor, el legitimario no necesitará reclamar ni presentar ningún escrito anunciando o poniendo de manifiesto su derecho para que se le tenga en cuenta en la liquidación; cuando este derecho tiene que resultar del título sucesorio, en éste, según la misma LDCG, debe constar el llamamiento legitimario.

El liquidador no puede ignorar, salvo mala fe, este llamamiento que el título recoge. El legitimario tiene la opción de aceptar o no el derecho. Ni siquiera puede ignorar este derecho en el caso del preterido a quien se le reconozca como legitimario antes de la partición. La preterición no es apreciable de oficio, pero una vez que se hizo valer la preterición y pros-

pera (judicialmente o porque la aceptan todos los demás interesados en la sucesión, herederos y otros legitimarios) tiene el legitimario preterido derecho a aceptar o repudiar que no se puede ignorar por el liquidador (art. 260). El ejercicio de la acción de preterición no se tiene por aceptación del derecho.

La reclamación a la que se refiere el artículo 250 tiene sentido cuando es necesaria, como en el caso de ejercicio de acción de complemento, de la de reducción o cuando el legitimario es declarado como tal una vez que ya se efectuaron las operaciones de la partición.

La LDCG plantea una cuestión. No fija un plazo al contador-partidor para que cumpla su encargo. De forma expresa recoge la obligación que tiene de hacerla completa (art. 272) y entre los actos para tenerla por completa incluye la satisfacción de las legítimas (art. 305). Por lo que podría entenderse que cuando aparezca un nuevo o nuevos legitimarios, desconocidos por el título, el contador-partidor, persona facultada para pagar las legítimas, podrá completar el expediente para hacerlas efectivas. Sin embargo, el contador-partidor, facultado para cumplir la voluntad del testador, no lo está, por sí, para apreciar la preterición de oficio, ni para satisfacer los derechos no reconocidos por el causante en el título por el que se ordena la sucesión. Veremos, además, al tratar la preterición, cómo funciona la reclamación del preterido en un sistema de llamamiento.

La nueva ley gallega de Derecho Civil no fija plazo a los herederos para que escojan el medio por el que van a satisfacer la legítima.

Pero la diferencia relevante entre la antigua y la nueva LDCG está en el contenido económico del derecho del legitimario, en la nueva Ley: es el derecho a una cuota valor en sustitución de la cuota en unos bienes. No es el valor subjetivo que le atribuya el deudor, ni otro convencional, ni justiprecio; es el valor real estimado con arreglo a criterios objetivos que tendrán que justificarse.

En el supuesto anterior (Código Civil o LDCG 4/1995), la satisfacción en bienes se cumple con la entrega, guardando la posible igualdad. Y en el supuesto del artículo 844-2.º del Código Civil, las reglas aplicables son las de la partición. Pero en el caso de la nueva LDCG, los bienes que se adjudiquen tienen que poder satisfacer el poder adquisitivo al que tiene derecho el legitimario fijado en el momento que establece la ley (art. 243).

El valor no puede hacerse depender del liquidador, ni puede quedar al arbitrio de quien reparte. Es un valor objetivo en el momento que fija la ley. No es el que tengan al tiempo del reparto, ni el que tengan los bienes en ese momento, sino el momento que establece el artículo 244: “el que tuvieran en el momento de la muerte del causante”.

Por lo que creo que, a falta de otro plazo, en la nueva ley, y por lo que resulta del artículo 250, el liquidador cuenta con el plazo del año

para elegir el medio de pago y liquidar, pero desde el momento de la apertura de la sucesión. En cuanto al momento a partir del que se cuenta, la regla general es la que resulta de los artículos 221 y 243, salvo cuando sea necesaria la reclamación, que se cuenta desde ésta, artículo 250.

Al ser el valor que se le debe el del momento objetivo que marca la ley, la satisfacción de este mismo valor no puede posponerse sin merma del contenido económico del derecho de la legítima. Esta lesión no está admitida en la ley (arts. 241 y 243). El pago de intereses (art. 150 de la ley anterior y 250 en la nueva ley) cumple la función de conservar este valor, que en otro caso se lesionaría.

Los intereses se devengan desde la apertura en el caso del artículo 221 y a partir del año en el que debió de hacerse efectiva, en los casos en los que deba tener lugar la reclamación (—art. 250).

La regla general es la que contiene el artículo 221: los intereses se deben desde la apertura de la sucesión. Este momento es el que determina el valor, según la LDCG (art. 243).

El plazo al que se refiere el artículo 250 es la excepción. Por lo que expuse, el plazo desde el momento que prevé el artículo 250 sólo puede darse cuando la reclamación deba tener lugar (como en los casos de reducción, complemento o preterición).

En todos los demás casos, el legitimario tiene el derecho al que debe ser llamado por el título voluntario y, en su defecto, por ley sin ninguna necesidad de reclamación. En ellos los intereses se deben desde que su derecho es exigible: el de la muerte del causante. Esta afirmación se justifica con la LDCG: artículos 221, 243 y por la razón a la que responde el pago de intereses: la de conservar el valor; la legítima valor se determina de forma objetiva en consideración al de un momento concreto: el del fallecimiento del causante.

El contenido del derecho del legitimario convierte a éste en parte necesaria en el proceso de liquidación. El legitimario sufre las consecuencias del procedimiento, en el que se fija el contenido económico de su derecho y que se extiende a valores que no están en la masa relictas. No es un mero tercero que ostenta un derecho frente a la masa relictas y su garantía no es sólo esta masa de bienes que integran la herencia.

La obligación de satisfacer la legítima es esencialmente económica y, en este sentido, del causante.

Pero los derechos del legitimario no se reducen a obtener un valor porque existen obligaciones en la manera de satisfacer esta obligación del causante. Estas obligaciones incumben, en su caso, a quien deba hacerla efectiva. **Hay obligaciones en el cumplimiento.** De la nueva LDCG resultan necesarios unos requisitos en la liquidación del derecho del legiti-

mario cuando por la posición que le corresponda en la sucesión no puede hacerlos efectivos por sí mismo.

Los momentos del procedimiento para la satisfacción de la legítima en la nueva Ley son: elección del medio de pago, comunicación de que se inicia el procedimiento de liquidación, necesidad de que el legitimario preste su conformidad a la liquidación en la que es parte interesada, por lo que debe exhibírsele el cuaderno y podrá oponerse a él; como tal interesado tiene que prestar conformidad y puede oponerse; tiene derecho a que se señalen los bienes o cantidad en metálico en plazo (dentro del año) y a que se lleve a cabo, con cargo a la herencia, la puesta a disposición para que el responsable quede liberado.

El **momento a partir del cual se devengan intereses** es el de la apertura de la sucesión (arts. 221 y 243).

El plazo de devengo de intereses y pago que fija el artículo 250 es especial para el supuesto de reclamación (reducción, complemento y preterición). En otro caso, la reclamación es innecesaria, porque el legitimario cuenta con los medios de defensa del acreedor, y éste no tiene que anunciar ni poner de manifiesto su derecho, cuando, como en este caso sucede, su derecho es contenido obligatorio del título base de las operaciones de liquidación.

El artículo 221 establece otro plazo más amplio y especial, el de cinco años con garantía e intereses desde la apertura de la sucesión, cuando el adjudicatario de una explotación es otro de los descendientes del causante.

Si el testador señaló bienes, el legitimario tendrá la propiedad de los mismos desde la apertura de la sucesión, pero no podrá posesionarse de ellos. Su derecho está subordinado a la existencia de deudas. Si no existen deudas del causante, el legitimario único podrá posesionarse por sí mismo del bien señalado.

El momento de inicio del plazo **no depende de la aceptación de la herencia por el heredero**. Ni es una carga del legitimario instar al heredero para que acepte o repudie.

El derecho del legitimario no depende de la aceptación de la herencia por parte del heredero (**no está sujeta al requisito de *interrogatio in iure***) (76).

Lo evidencian los artículos 248 y 249 cuando se refieren al testamentero facultado para el pago de la legítima. El testamentero es la persona

(76) En Derecho común rige el artículo 1.019 del Código Civil. En el caso de que el heredero requerido para ello no acepte o repudie en el Código Civil, se entiende que acepta (art. 1.019); mientras que, por ejemplo, en el Derecho catalán se entiende que repudia (art. 28-3.º).

facultada para, o bien manifestar si la persona designada cumplió la condición de haber cuidado al testador, o designar las personas que lo hicieron (esto último es lo que dice la nueva LDCG –art. 203–). Queda a su arbitrio manifestar si se cumplió o no con la condición impuesta de atender o no al testador y quién lo hizo.

Esta disposición (art. 203 de la LDCG) plantea muchos interrogantes, como el de si puede elegirse a sí mismo o a persona de un círculo próximo al propio testamentario (incompatibilidades).

Pero en relación al supuesto que nos ocupa da lugar a otro.

La nueva LDCG no atribuye al testamentario plazo para decidir. El pago de las legítimas no puede estar sujeto al plazo que el testamentario se dé a sí mismo.

No es condición para que se satisfagan las legítimas el que el testamentario previamente haga su manifestación. No es una carga tolerada sobre la legítima (art. 241).

La solución no es fácil, sobre todo si las opciones que legalmente sólo corresponden al heredero no están decididas en el título sucesorio por el causante.

Por lo que creo que, en el caso de que el testamentario designado no tome su decisión de forma inmedita o el heredero no acepte la herencia en el plazo de pago de un año desde la apertura, cuando no es necesaria la reclamación o desde ésta en otro caso, el legitimario podrá exigir que se haga efectiva su legítima en los bienes.

El procedimiento para satisfacer la legítima forma parte de las operaciones de partición (debe constar en el cuaderno –arts. 305 y 292 LDCG–). Es necesario para que se tenga la liquidación por hecha y por definitivas las adjudicaciones, pero no es mero acto de partir.

Es de interés práctico.

— Sostengo que el procedimiento de la legítima forma parte del de liquidación de la herencia, como complemento necesario (como sucede con la conmutación). Pero no rige la disposición transitoria segunda, párrafo primero, de la nueva LDCG.

La Ley anterior 4/1995 regula el pago en metálico como excepción al principio de la legítima en bienes. El procedimiento previsto en la antigua LDCG subsiste para dar satisfacción a las legítimas en metálico en las sucesiones que se rigen con arreglo a la ley anterior o cuando, en las abiertas después, la legítima se conceda en previsión al procedimiento de la Ley 4/1995. Para este procedimiento **no rige la disposición transitoria segunda, párrafo 1**, ya que, de acuerdo con el principio recogido en la disposición transitoria cuarta del Código Civil, a la que se remite la disposi-

ción transitoria tercera de la LDCG, el nuevo procedimiento no es un mero trámite procesal y afecta al derecho del legitimario en su sustancia (77).

— Debemos tener en cuenta que, si se defiende que el pago de la legítima no se considera como parte del proceso de liquidación de la herencia, no podrán aplicarse las reglas formales y sustantivas propias de la liquidación de la herencia. Por ejemplo, la de capacidad, del **artículo 271**, que no evita la necesidad de nombramiento de defensor judicial, que existe con carácter general en todo caso de conflicto (así cuando el heredero sea la esposa y los legitimarios sean los hijos menores, STS de 12 de octubre de 1895 y STS de 5 de noviembre de 1956).

Por otra parte, la afirmación original de esta ley de que el legitimario tendrá la consideración de acreedor, de tomarse en serio, tiene consecuencias sustantivas y procesales. Y si fuese realmente considerado como un ajeno (mero acreedor) y no como parte interesada, no necesitaría representante procesal y el anuncio de su derecho, en el caso que tuviese que ponerlo de manifiesto (p. ej., para exigir su cumplimiento), podría hacerse con la presentación procesal de un escrito.

Por el contrario, la LDCG se encarga de contradecir la afirmación del artículo 249. Creo que el legitimario es parte interesada en la liquidación

(77) El párrafo primero de la disposición transitoria primera de la nueva ley gallega establece que las disposiciones de la presente ley sobre la partición de la herencia serán de aplicación a todas las que se realicen a partir de la entrada en vigor de la misma, sea cual fuera la fecha de fallecimiento del causante.

El párrafo segundo: “Respecto de los demás derechos sucesorios se aplicará la presente ley a las sucesiones cuya apertura tenga lugar a partir de la entrada en vigor de la misma”.

Las disposiciones transitorias no distinguen entre sucesión testada e intestada.

¿Debe entenderse el primer párrafo limitado al capítulo VII (arts. 270 a 307) y en él a todas las reglas cualquiera que sea su alcance?, ¿debe entenderse aplicable a todas las reglas particionales que existan en la ley?

La Ley 2/2006 facilita un criterio de interpretación al remitirse en la tercera de las disposiciones transitorias a las del Código Civil.

Para la aplicación de la regla transitoria adecuada parece necesario distinguir entre regla meramente particional de las demás que excedan de este carácter. Así se hace al interpretar la disposición transitoria cuarta del Código Civil: la regla contenida en la disposición transitoria cuarta sólo es aplicable a los casos en que la cuestión es limitada a un mero trámite procesal y no en lo que afecta a la sustantividad del derecho (STS 2/4/1909, 29/12/1927, 30/11/60).

Aplicando la regla transitoria cuarta del Código Civil, por remisión de la disposición transitoria tercera de la Ley 2/2006 (la disposición tercera expresamente se remite a “los principios que las informan”), es aplicable el primer párrafo de la disposición transitoria segunda de la Ley 2/2006 a los derechos ya nacidos no ejercitados antes de entrar en vigor la Ley, siempre que las nuevas reglas de la partición no alteren la subsistencia, extensión y términos reconocidos en la legislación anterior. El párrafo primero de esta disposición transitoria segunda no será aplicable al ejercicio, duración y procedimiento de derechos ya ejercitados aún no consumados. Si los procedimientos para hacerlos valer ya se iniciaron, los interesados podrán optar por unos o por otros.

de la herencia. Al menos la LDCG lo trata como si lo fuese. El legitimario tiene un derecho a un valor que debe liquidarse. La LDCG impone la conformidad del legitimario a esta liquidación. No es un tercero ajeno, porque las propias masas de bienes se hacen en consideración a su persona y circunstancias. Y no es un extraño, porque la ley le llama a la sucesión en el caso de que no se reconozca por el causante su derecho de forma voluntaria.

En la nueva LDCG, la satisfacción de la legítima es un acto complementario de la partición (arts. 305, 292) y previo al reparto definitivo del remanente. Sólo en el caso de que se satisfaga la legítima, la liquidación de la herencia se tendrá por legalmente hecha y las adjudicaciones por definitivas, ya que en el cumplimiento se encuentran en alternancia los bienes que pueden ser objeto de reparto.

Rige en Galicia el artículo 80-2.º del Reglamento Hipotecario.

Vamos a detenernos en cada una de estas fases de nuevo procedimiento:

Elección del medio de pago para satisfacer el valor.

La ley establece unas normas:

Si el testador no señaló bienes, los herederos, de común acuerdo, pueden optar por señalarla en bienes o dinero (art. 246).

Salvo que el testador disponga otra cosa o por pacto expreso, no se puede obligar al legitimario a que reciba parte en dinero y parte en metálico.

Si el causante hubiese hecho atribuciones imputables en bienes y fuesen insuficientes, se aplican al suplemento las mismas reglas (las del artículo anterior –art. 247).

Sin embargo, creo que el párrafo primero debe ponerse en relación con el último del artículo 246. De manera que los herederos están vinculados por la decisión del testador, pero no por la del causante, ni por la naturaleza del bien objeto de la atribución patrimonial imputable.

La elección del medio con el que se satisface la legítima es una facultad del heredero, no es carga. El ejercicio de la opción que reconoce este artículo a los herederos es personalísima de los así instituidos; no se transmite. Una vez que opten por ella no cabe que se desplace la persona del deudor sin el consentimiento del acreedor.

Esta facultad incumbe a los herederos por ley. Pero su reconocimiento es voluntario. Para decidir si el heredero puede ceder esta facultad será relevante la razón por la que el testador instituye y deja los bienes al heredero o herederos. El propósito por el que se instituya y se dejen los bienes será cuestión de interpretación. Por lo que resulte de la voluntad manifiesta del testador, se podrá concluir que no es posible el ejercicio de esta opción en todos los casos en los que se produzca la cesión de los derechos del heredero.

Por ejemplo: Instituyo a mi hijo Pedro. Le adjudico todos los bienes que me pertenezcan afectos a la actividad de la empresa a la que me dedico para que la continúe. Faculto al heredero para que satisfaga la participación de mis hijas Eulalia y Clara en metálico.

Fallecido el testador, el hijo cede sus derechos hereditarios al socio de su padre en la empresa.

La razón del testador para efectuar la adjudicación no fue una condición de la institución, pero no fundamenta la facultad en el cesionario.

Creo que, en este caso, las hijas podrían exigir la participación en bienes o podrán oponerse a que el nuevo heredero le satisfaga su participación en la sucesión en metálico.

Ni el testador, ni el liquidador pueden imponer al heredero que satisfaga la legítima con metálico no hereditario (78).

El acuerdo debe ser adoptado por unanimidad de los herederos, en cualquier caso (también cuando se pague en bienes o con dinero hereditario) si se aplica la regla de la partición. Basta con que uno se oponga para que los demás no puedan obligarle. Supuesto en el que tendrá que satisfacerse la legítima con bienes de la herencia.

Si el testador no señaló bienes para la satisfacción de la legítima, pero hubiese adjudicado bienes a los demás interesados en la herencia, la falta de acuerdo entre los herederos para satisfacer la legítima origina un problema de interpretación de la voluntad del testador que debe resolverse a favor del testamento y mantener las adjudicaciones efectuadas por él (79), lo que no siempre será posible.

Las reglas a las que se somete la satisfacción de la legítima son distintas en cada uno de los casos: en bienes, metálico hereditario o metálico extrahereditario.

La decisión sobre si se paga en bienes hereditarios (metálico o no) y metálico no hereditario, no puede someterse al principio de la mayoría, ni a las reglas de intervención de tercero de la LDCG (art. 247). Esta decisión de pagar con metálico no hereditario es personalísima de cada uno de los herederos.

Pero lo que deciden los herederos por sí es la modalidad de pago (podrán optar entre pagarla en bienes hereditarios o en metálico, aunque sea extrahereditario –art. 246–), no el **señalamiento del bien concreto**. Esta elección no resulta atribuida de este artículo 246, ni de otro (a diferencia del art. 363 de la ley catalana, de la que resulta que al legitimario le señalaron el bien –“lo que aquéllos hayan señalado”).

(78) Vid. CÁMARA ÁLVAREZ: *Compendio de Derecho sucesorio*, pp. 253, 256.

(79) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA: *La conmutación de la legítima*, pp. 116 y 117.

En el caso de que por acuerdo o a falta de él se deba pagar en bienes, la LDCG no dice quiénes son los que pueden hacer el señalamiento del bien concreto. No lo dice ni el artículo 246, ni el artículo 248. Este último se limita a mencionar quiénes son las personas facultadas para efectuar el pago (80) (la frase de este artículo, “facultado para ello”, parece referirse al testamentero, ya que en otro caso debería estar en plural).

El artículo no resuelve sobre la cuestión de la que tratamos: quién señala los bienes para satisfacer la legítima. El comisario tiene la libertad de adjudicar bienes (disponer), facultad de la que carece el contador-partidor, pero debe respetar las legítimas. Por lo que volvemos a donde estamos si por legítima se entiende, no sólo un contenido valor, sino también el conjunto de facultades que corresponden al legitimario para hacerlo efectivo.

Podría concluirse que, si el testador puede señalar bien por sí, puede facultar a otro para que lo haga por él. Pero ésta no es una conclusión necesaria. Porque está facultado para señalar el bien o bienes él solo o él con el consentimiento del legitimario, pero no otros, sin consentimiento del legitimario. La posibilidad de elegir cualquier tipo de bien cualquiera que sea su naturaleza es mayor cuando consiente el propio legitimario, por ejemplo, por pacto; es una de las consecuencias de todo anticipo, aunque no sea apartación.

En cualquier caso, la ley ofrece un criterio de selección que vincula al propio testador (art. 273), que debe respetar las legítimas.

Se trata de determinar cuáles son las facultades del legitimario en el señalamiento del bien en pago de legítima.

Si nos tomamos en serio la afirmación del artículo 249, que considera al legitimario como acreedor, rigen las reglas de las obligaciones. De acuerdo con esto, el señalamiento del bien concreto no corresponde al deudor. El artículo 1.167 se limita a decir que el acreedor no puede exigir la de calidad superior, ni el deudor entregar la de calidad inferior. Pero no dice quién escoge.

Mientras que en Derecho de sucesiones hay dos criterios distintos: 1) guardar la posible igualdad (reglas de reparto entre legitimarios –arts. 1.047, 1.048– y general de la partición –art. 1.061–). 2) El del artículo 875 del

(80) Hecha la elección sobre la modalidad de pago, los herederos, el comisario o contador-partidor (equiparación chocante en esta Ley), así como el testamentero facultado para ello (lo que también merece comentario), podrá satisfacer la legítima en metálico hereditario o en otros bienes de la herencia.

La frase de este artículo, “facultado para ello”, parece referirse al testamentero, ya que en otro caso debería estar en plural.

Si los herederos optan por pagar en bienes de la herencia (metálico hereditario incluido), podrá recurrir a la división mayoritaria.

Código Civil (aplicable a los legados, disposición voluntaria): escoge el heredero, que cumple con entregar una cosa que no sea de la calidad superior o de la inferior.

El criterio de igualdad tiene razón de ser entre quienes ostentan un derecho equiparable.

De acuerdo con el segundo criterio, ni el testador, ni el contador-partidor, ni el comisario, ni el testamentero facultado pueden satisfacer las legítimas con cualquier bien. La calidad de los bienes que señale el testador, comisario, heredero facultado o contador-partidor en defecto de los anteriores, o el testamentero en su caso, no tiene que ser de la superior, pero no podrá ser de la inferior (arts. 875 y 1.167 del Código Civil).

En cualquier caso, el derecho del legitimario es en valor y los bienes que se señalen deben tener el suficiente valor en cambio para garantizar el poder adquisitivo de la cuota valor a la que tiene derecho el legitimario.

La LDCG no resuelve si la opción de pago en bienes, metálico hereditario o extrahereditario, puede hacerse de forma individual con cada uno de los legitimarios, o si es colectiva. El artículo 246, párrafo segundo, *puede referirse tanto a la colectiva como a la legítima individual.*

La LDCG 4/1995 estableció de forma expresa el sistema mixto: legítima global y en ella individual.

La nueva LDCG no dice nada sobre la vocación colectiva. La da por supuesta en el artículo 239. Este artículo no excepciona la vocación solidaria, sino los efectos a los que puede dar lugar en dos casos: apartación y repudiación (y en la medida de lo posible –colación, y art. 982 CC). En los dos supuestos a los que se refiere el artículo 239, la vocación y la delación son efectivas, se ejercitó el derecho a aceptar o repudiar. Al excepcionar los efectos, la presupone colectiva. El artículo 239 es una necesidad. Los efectos de esta vocación colectiva son una consecuencia de la naturaleza y estructura de la obligación.

En los demás casos de vacancia e ineficacia, como los de desheredación e indignidad sin estirpe, prescripción, beneficio que se obtiene por el ejercicio de las acciones en defensa de la legítima..., la LDCG no excepciona la solidaridad.

La vocación colectiva tiene lugar como consecuencia de una vocación de varios, cualquiera que sea su número, a una misma cuota. Vocación que se sujeta a un régimen propio del que solamente se benefician quienes tienen la condición de legitimarios.

La solidaridad no necesita expresarse (como en las obligaciones contractuales, en las que también puede apreciarse una solidaridad tácita) porque es una consecuencia del llamamiento a cuantos tengan la condición

de descendientes legitimarios a una única cuota. El cálculo de la participación de los legitimarios en esta cuota aprovecha y beneficia a todos los legitimarios por igual (inoficiosidad y colación). En la masa de bienes de cálculo y extracción de la legítima no participan extraños.

Por el mínimo intagible cuantitativo, la posición de los legitimarios es uniforme. El llamamiento voluntario puede ampliar los efectos del llamamiento colectivo. Por ejemplo, si se dan los requisitos del artículo 982 CC (acrecimiento voluntario), no tendrá lugar lo dispuesto en el artículo 239 (que en otro caso excepciona la norma del art. 985 CC). El legitimario gallego está llamado a la sucesión. La legítima gallega no se regula al margen del fenómeno sucesorio. Las circunstancias de la sucesión afectan al legitimario.

La nueva LDCG rebaja el mínimo legitimario. Es mayor la libertad para configurar la posición del llamado como legitimario.

La pregunta es si todas las normas por las que se rige la legítima deben cumplirse de la misma forma para todos los legitimarios, ya que la nueva LDCG no se ocupa de esta cuestión.

La respuesta debe tener en cuenta que:

1) La rebaja del contenido económico y cualitativo de la legítima únicamente aumenta la libertad del causante; es su voluntad la ley de la sucesión. Donde la ley (la voluntad del causante) no permitió ninguna diferencia, no puede imponerla el liquidador.

2) Por otra parte, uno solo de los legitimarios puede llevar a cabo actos que beneficien a todos, pero no actos que empeoren la situación de los demás.

Si el testador no ordenó la forma de satisfacer a todos o a algunos de los legitimarios, no pueden los liquidadores (heredero o contador-partidor) hacer distinciones entre ellos. Si el testador no dispuso otra cosa, todos los legitimarios deberán recibir en metálico hereditario, extrahereditario o en bienes. Los bienes están en alternancia en el pago de la legítima de todos los legitimarios. Si reciben bienes, éstos deben ser de la misma naturaleza y calidad.

A esta misma solución conduce la norma estatal supletoria (arts. 1.047 y 1.048 del Código Civil), aplicable a falta de previsión en la ley gallega.

En el Código Civil, el contador necesita estar facultado para satisfacer la legítima en metálico. La legítima es en bienes.

La redacción de la LDCG deja viva la duda que se planteó la doctrina en Derecho común: ¿pueden el **contador-partidor dativo** o el **dirimente** pagar la legítima en bienes/metálico hereditario o también en metálico no hereditario?

Aunque la legítima gallega es en valor, la alternancia del medio para satisfacer está en el pago sólo a opción de los herederos. La satisfacción de la legítima valor no es mero acto de partir.

En principio, el dativo y el dirimente no se pueden considerar incluidos entre los “facultados”, aunque habría que preguntarse si es necesario que estén facultados para satisfacerlas cuando, según la misma ley, el pago de las legítimas es contenido necesario del cuaderno particional (art. 305) y quién les puede facultar.

Los artículos 248, 249, 250 utilizan la expresión “facultado” cuando mencionan al contador-partidor, albacea, testamentero.

La redacción del primero permite interpretar que la expresión facultado para el pago se refiere al testamentero. Pero la interpretación relacionada de los artículos 248, 249 y 250 conduce a otra interpretación. El artículo 250 se refiere a la persona facultada sin más y el artículo 305 incluye el pago de las legítimas (art. 305) como contenido necesario del cuaderno que elabore el contador-partidor nombrado por mayoría. Mayoría de la que forma parte el legitimario a efectos del nombramiento de contador. Debe hacer número al efecto de solicitar la partición de la herencia por mayoría (art. 295), ya se satisfaga la legítima en bienes como en metálico porque el legitimario sufre las consecuencias de la liquidación en la que la propia ley le considera parte interesada (arts. 221 y 250, 278).

El testador es el único que puede dar una solución distinta e individual a las legítimas. En otro caso, cuando sean varios los legitimarios, los herederos no podrán satisfacer la que a cada uno de ellos corresponda de forma diferente.

La persona facultada para liquidar la herencia está obligada a satisfacer la legítima de la manera que ordene el testador. En su defecto, una vez ejercitada la opción por los herederos, el liquidador deberá guardar en la satisfacción de la legítima de los diferentes legitimarios la máxima igualdad, tanto en la naturaleza de los bienes como en la manera de efectuar el ofrecimiento de pago.

La ley no distingue ningún tipo de contador-partidor en los artículos 248 y ss. Por lo que también los dirimientes y dativos están facultados para efectuar la satisfacción de la legítima en la manera que ordene el testador. En su defecto, de acuerdo con la opción de los herederos, que deberá ser por unanimidad si el medio de pago es el metálico no hereditario. En otro caso, deben satisfacerla en bienes, guardando la máxima igualdad cuantitativa y cualitativa.

Los liquidadores deberán actuar a instancia de cualquier interesado en la sucesión.

El legitimario tiene interés en las operaciones particionales aunque se opte o se imponga la legítima en dinero. El procedimiento particional no

es mero acto de dividir materialmente una cosa. Como recuerda la doctrina, “en la práctica tradicional española los juicios de testamentaria y *ab intestato* no son meros procedimientos de división de herencia, sino de intervención y liquidación del patrimonio hereditario” (81).

Las operaciones que lo integran son de fijación (inventario y avalúo) de liquidación propiamente dicha como previas a la división del remanente. En ellas tiene interés indudable el legitimario. Lo tiene también en la división del remanente, porque si se hace antes de que se satisfagan sus derechos, se le perjudica. No pierde interés directo en los bienes mientras no se satisfaga en metálico porque, según la propia ley, están en alternancia en el pago (art. 246: a falta de acuerdo, el pago se hará en bienes hereditarios) y los herederos no podrán adjudicarse definitivamente los bienes (art. 1.068). Es aplicable el artículo 80-2.º del Reglamento Hipotecario; no lo es el artículo 15 de la LH, que presupone unas reglas de pago de la legítima y de administración de la herencia que no son las propias del Derecho gallego.

Según el artículo 249, el legitimario podrá exigir la formalización de inventario. El artículo 231 parece excepcionar esta regla para el supuesto en el que se ordene el usufructo universal a favor del cónyuge viudo. Queda reflejado más arriba que este gravamen, único permitido en la LDCG, afecta sólo a los legitimarios herederos de los bienes. Por esta condición, la ley les faculta para que puedan formalizar el inventario por sí. En este supuesto podrán además pedir fianza.

El legitimario también podrá exigir judicialmente que se lleven a cabo las operaciones de fijación: inventario y avalúo. Por las razones expuestas antes, creo que la LDCG no diferencia entre los distintos tipos de contador-partidor en los artículos 248, 249 y 250. Por lo que no queda excluido el contador dativo o el dirimente de la facultad de pago de la legítima.

No creo que el legislador gallego haya tenido la intención de reducir las facultades propias del contador-partidor a la de formalización de inventario. Esta interpretación no es posible, ya que la LDCG explica cuál debe ser el contenido del cuaderno particional en el caso de partición por sorteo o contador nombrado por mayoría.

La liquidación de la herencia se divide en fases con fines propios (82)

(81) DORAL GARCÍA: “Titularidad y patrimonio hereditario”, ADC, 1973, p. 419.

En este sentido, *vid.* LACRUZ BERDEJO: *Derecho de Sucesiones*, p. 480.

(82) Así como por remisión del artículo 1.410 del Código Civil, creo que podrán aplicarse a la liquidación de gananciales algunas de las reglas de liquidación de las herencias de la ley gallega (otras no es posible, como por ejemplo es imposible la solución del art. 295, porque en la posganancial sólo existen dos cuotas), a la liquidación de la herencia podrían aplicársele algunas de las reglas procesales de la liquidación de gananciales, como la consideración separada de la relación e incluso avalúo.

(inventario, avalúo, liquidación y reparto del remanente). Se advierte en la propia LDCG. El legitimario pagadero en metálico tiene interés indudable en las primeras, porque son necesarias para que se fije y liquide su derecho.

Pero en el procedimiento universal, tal y como lo regula la LDCG, el legitimario no sólo tiene derecho a obtener medidas de aseguramiento (inventario y avalúo), sino que tiene sobre todo el derecho a cobrar. De ahí la previsión de la consignación.

Es decir, el procedimiento no termina con el inventario y el avalúo, son solamente las bases para fijar lo debido y obtener el cobro en plazo.

Por lo que no son necesarias dos reclamaciones: la de inventario y la de satisfacción de su derecho (arts. 249 y 250).

El legitimario al que la LDCG reconoce los medios de defensa del acreedor tiene interés en el reparto. Puede oponerse a él mientras no se le satisfaga su derecho (83). Goza de la afección de los bienes que integran una masa en liquidación (84).

También como llamado (art. 239) a un derecho al que le afectan las circunstancias en las que se ve envuelto el fenómeno sucesorio, el legitimario, de acuerdo con esta nueva ley, tendrá, en el caso de que no se le pague en metálico, derecho a que se satisfaga su legítima en bienes de la herencia (art. 246) y no con los bienes del heredero.

Por lo que la afirmación del artículo 249 (de que carece de acción real) tiene un valor muy relativo, interpretado este artículo de acuerdo con otros de la misma ley.

En la LDCG los herederos no hacen suyos los bienes mientras no satisfagan la legítima. Y el legitimario tiene derecho a reclamar su legítima en bienes de la herencia (art. 246), en el caso de que los herederos no opten y no le paguen la legítima en plazo (art. 246).

Es evidente la distinción entre los efectos que derivan de la titularidad inmediata de los bienes (posesión civilísima, ejercicio de las acciones de protección de los bienes, acción de petición de herencia, reparto de frutos de todos los bienes en su conjunto, retracto en tanto no se reparte) de la afección real e inmediata sobre los bienes al pago.

(83) Al acreedor no le interesa la división (art. 1.082); la masa de bienes es su garantía. De acuerdo con MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, mientras no se practique la división son responsables de la deuda *in totum*, no *totaliter*, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO: *La responsabilidad de la herencia por las deudas del causante anterior a la partición de la herencia*.

(84) Como por ejemplo en la de gananciales, SSTs de 13 de junio de 1986, 20 de marzo de 1989, 14 de junio de 1993, 20 de noviembre de 1993, 13 de octubre de 1994, 7 de noviembre de 1997...

Esta distinción entre la titularidad inmediata sobre los bienes y la afectación real al pago se tiene presente en otros ordenamientos del Estado (*vid.* art. 81 de la ley balear; en el propio Derecho común: arts. 847 y 844-2.º) (85).

La LDCG reconoce que el legitimario es parte interesada en la liquidación (art. 221), y por eso, como defendí antes, el legitimario hace número para solicitar la partición por mayoría. En este **procedimiento por mayoría** será necesario el consentimiento del legitimario que reciba su legítima en bienes para la aprobación de lotes de bienes homogéneos (art. 304), ya que, como vimos, los artículos 246, 247, 248 no establecen a quién corresponde escoger el bien y su posición como acreedor (art. 249) no le priva del derecho a participar en la decisión (art. 1.167 del Código Civil); si se invocan los criterios de Derecho de sucesiones sobre el señalamiento del bien, nos encontramos con dos (arts. 1.061 y 875 del Código Civil).

No existe en la LDCG ninguna previsión especial sobre la **posición y administración de los bienes** mientras no se liquida. En los supuestos de los artículos 196 y ss. (comisario) y 278 y ss. [partija conjunta (86)] se dejan a salvo las legítimas. Debe entenderse el conjunto de facultades que corresponden al legitimario. Por lo que los actos que realice el cónyuge apoderado no pueden afectar al contenido del derecho que a los legitimarios les asiste en la liquidación (manera en la que debe satisfacerse el derecho de los legitimarios: hay obligación en la manera de cumplir).

La administración de la herencia se rige, a falta de norma gallega, por el Código Civil.

Mientras no se satisface a todos los acreedores y legatarios, la herencia se entiende en administración (el inventario y gastos de administración son a cargo de la herencia). Para disponer de los bienes es necesario el consentimiento de todos los herederos, acreedores y legatarios, en otro caso será necesario acudir al procedimiento judicial.

(85) La idea de afectación de los bienes es lo suficiente imprecisa para que no se entienda necesariamente vinculada a la que se conoce como legítima *pars hereditatis* o legítima *pars bonorum*.

En los supuestos de pago en metálico, por ejemplo, en el caso de la legítima del viudo, se considera a este titular de los bienes aunque se le pague en metálico en tanto no se liquide su cuota. Es un procedimiento de conmutación, pero una vez conmutado el derecho, los bienes están afectos en tanto no se pague. Por lo que la conmutación sólo tiene lugar en el momento del pago; LACRUZ BERDEJO: *op. cit.*, *Elementos...*, p. 425.

(86) Artículo 278: "Fallecido uno de los cónyuges que hiciera la partija conjunta y unitaria, el sobreviviente podrá disponer de sus bienes privativos. Para la disposición de los comunes y de los del premuerto incluidos en la partición será necesario el concurso de sus herederos y del cónyuge sobreviviente. La confusión de patrimonios en esta partija no perjudicará a los terceros acreedores y legitimarios".

Las reglas del Código Civil no están en contradicción con la LDCG.

El artículo 278 de la LDCG deja a salvo los derechos de los legitimarios. Por lo que, antes de disponer, el cónyuge debe pagar a los legitimarios o efectuar el pago con la cantidad que se obtenga en el mismo acto de disposición. Mientras no se pague a todos, los herederos no tendrán el pleno goce del remanente de la herencia (art. 1.032).

Por lo que el brocardo histórico antes es pagar que heredar no es un *dictum retórico*, sino un principio jurídico que se traduce en reglas de Derecho material y procesal (arts. 1.026 y ss. del Código Civil y 788 de la LEC) (87).

En la nueva LDCG, las fases del procedimiento de liquidación de las legítimas son las siguientes: elección del medio de pago, liquidación y fijación de la cuota valor (inventario y valúo), señalamiento del bien para satisfacerla, conformidad a la liquidación y cobro. No es necesaria la reclamación para que el legitimario tenga por reconocido su derecho. La ley impone que el llamamiento tiene que resultar del propio título sucesorio, voluntario y, en su defecto, legal.

El legitimario que solicite el inventario no tiene que impulsar las siguientes fases del procedimiento hasta obtener el cobro de su derecho.

En Derecho común se discute el momento en el que el heredero puede tener los bienes como válidamente adjudicados cuando deben pagarse en metálico alguna de las legítimas (o todas si el descendientes adjudicatario no lo es de primer grado –según la tesis que me parece más defendible–). Se defiende, por una buena parte de la doctrina, que ese momento es aquél en el que el legitimario prestó su conformidad a la liquidación.

Esta tesis es más difícil de sostener en la LDCG. Esta ley hace referencia expresa a la consignación.

Haremos una breve referencia a las consecuencias de la conformidad o disconformidad y a la oportunidad de este procedimiento de consignación en el supuesto en el que la ley lo prevé: oposición evidente a la liquidación.

Conformidad

La LDCG se refiere al legitimario que cobra su legítima en metálico y que no es heredero como parte interesada en la partición (art. 221). Sin embargo, esta operación de pago de la legítima, que debe formar parte del cuaderno particional del liquidador, no se regula en la LDCG como mero acto particional. La satisfacción de la legítima exige conformidad a pesar de que exista contador-partidor. La ley considera necesario que el liquidador esté facultado (no dice por quién) especialmente para efectuar

(87) Principio de remanencia: “No hay herencia sino en el residuo”.

el pago de la legítima (arts. 248, 249, 250) y trata el pago de las legítimas como previo (plazo breve para su satisfacción) y complementario de la partición (art. 305).

Este artículo 250 presupone que el legitimario tiene derecho a que se le exhiba el cuaderno como parte interesada en las operaciones de liquidación. La conformidad se debe prestar a la liquidación, que es algo que afecta a todos los legitimarios. La conformidad sobre la clase de bienes con los que se satisface la legítima es una solución individual para cada legitimario (si esta posibilidad está prevista como individual por el testador o resulta de sus disposiciones); en otro caso, el criterio es el de igualdad. Pero la liquidación no es el señalamiento del bien (a lo que se refiere la ley catalana cuando exige la conformidad del legitimario). La liquidación es algo que afecta a todos los legitimarios. Lo que plantea la duda, en el caso de que sean varios legitimarios, de si es necesaria la conformidad de todos ellos. Ya que, en otro caso, se podrían obtener resultados contradictorios.

Parece más sencilla la solución individual cuando se exige el complemento. Aunque ésta no es necesariamente la solución que avala la redacción del artículo 247. Este artículo no resuelve de ninguna forma las consecuencias provechosas para los demás legitimarios de la reclamación efectuada por uno solo, como prevé, sin embargo, para la situación contraria (el no ejercicio) el artículo 179-3.º de la ley aragonesa (88).

La falta de oposición no se entiende como conformidad (STS de 3 de febrero de 1982, al interpretar los arts. 1.081 y 1.088 de la LEC de 1881 –art. 787 LEC 2000).

La falta de conformidad, sin oposición, amplía las causas para poder acudir al juicio correspondiente posterior.

La conformidad a lo hecho por otro no es acto propio. La acción rescisoria de la partición no procede cuando “los actos particionales encierran una verdadera manifestación de voluntad dispositiva” (89), pero procede cuando es conformidad a lo efectuado por otro. La conformidad no impide que pueda impugnarse la liquidación por vicios de voluntad (error) o por cualquiera de las causas de nulidad de los contratos, o por rescisión por lesión (sin embargo, STS de 8 de julio de 1992, de la que puede extraerse la consecuencia de que cuanto menor posibilidad de intervención y oposición en la liquidación, mayor posibilidad de oposición e impugnación después); incluso causa criminal de cohecho (art. 40 LEC).

La liquidación es esencial. No se debe dinero, sino un valor, en el sen-

(88) Artículo 179-3.º de la Ley 1/1999: La renuncia o la simple falta de ejercicio por alguno de su derecho de reclamación no incrementa el de los demás.

(89) DOMÍNGUEZ LUELMO: *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, p. 123.

tido de que se debe la estimación de unos bienes. Pero **la liquidación no nova el carácter de la obligación. Por lo que, mientras no se pague la deuda, ésta sigue siendo de valor y no se convierte en deuda de dinero.** La alternancia dinero/bienes está en el pago, no en la obligación que es de valor (art. 244: se debe la estimación de algo). Si se adjudican bienes, no pierde su derecho a rescisión por lesión (art. 1.074).

Pero la responsabilidad del que debe cumplir una obligación no se reduce a la económica en caso de incumplimiento (90). El deudor responde del cumplimiento (art. 1.911 del Código Civil) de la prestación. Además de las reglas generales que se deben en el cumplimiento de toda obligación (diligencia y buena fe –1.104, 1.258 del Código Civil–), deben observarse las siguientes **en la entrega**: el legitimario tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla (1.095); a entregarla con sus accesorios aunque no hayan sido mencionados; a que se le entregue, siendo los gastos de entrega a cargo del deudor (1.096, 1.168), con obligación de indemnizar daños y perjuicios causados por dolo, negligencia o morosidad y los que de cualquier modo contravinieran el tenor de aquéllas; la responsabilidad por dolo es exigible en todas las obligaciones y la renuncia de la acción para hacerla exigible es nula.

El artículo 250 se refiere al supuesto de que el legitimario no estuviese conforme y no al supuesto de ausencia de oposición en un determinado plazo.

Resulta chocante que se recurra a la **consignación** precisamente cuando hay evidente oposición a la liquidación (“no estuviese conforme”), ya que, en este caso, no parece el procedimiento más adecuado al ser, el de consignación, calificado de jurisdicción voluntaria por la doctrina mayoritaria (a sus notas responden las reglas procesales del Código Civil que lo regulan –arts. 1.177, 1.178, 1.179, 1.180–), y como resulta del artículo 1.817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881: promovida la solicitud, si se hiciese oposición por quien fuese parte en el asunto, se hará contencioso el expediente (91).

Debemos entender que se refiere a la consignación ordinaria que regula el Código Civil (tanto en su aspecto material como procesal), ya que la LDCG no prevé el régimen de otra especial para el caso. La del Cód-

(90) “La responsabilidad no es una fase de la obligación en la que se penetre sólo a través del incumplimiento”, HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *Derecho de obligaciones*, p. 74.

(91) El anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria no contradice los requisitos para la consignación del Código Civil, al que se remite y completa. Se prevé (lo que merece cierta crítica) que en el caso de que se hubiese hecho por contador-partidor dativo (no, por tanto, en el de partición efectuada por el heredero), si en una segunda comparecencia no se consigue conformidad, el juez puede aprobar, dictando resolución recurrible con efectos suspensivos.

go es la consignación que se equipara al pago, la entrega de lo debido, para liberar de una deuda.

Este procedimiento no se reduce a deudas de dinero: cosa o cantidad (art. 1.180). Pero, en cualquier caso, es necesario el conocimiento de lo que es debido (arts. 1.176, 1.177, 1.178). Además hay obligación en el cumplimiento, por lo que puede surgir oposición al incumplimiento en la manera en la que se debe satisfacer el derecho. El juez es quien debe apreciar si se cumplió en la forma debida. El artículo 1.180 establece que el juez puede cancelar la obligación liberando al deudor, declarando que la consignación, la entrega, está bien hecha.

Para su interpretación no se debe olvidar que la obligación de satisfacer la legítima no se reduce a la entrega de una suma de dinero determinada, ni de una cosa cierta en alternancia con aquél en el pago. Por lo que el ofrecimiento previo a la consignación debe ser del contenido material.

En este caso de legítima valor, el contenido económico está por fijar. Primero hay que liquidar la deuda. Y hay obligaciones en la forma en la que se debe liquidar. La liquidación tiene que realizarse en la forma debida.

La consignación es el mecanismo legal que se ofrece al deudor para que se libere de la obligación.

Pero la operación que consiste en determinar lo que debe ser objeto de la obligación no es mero acto de pago. Tampoco es mero acto parcial (división material de la cosa a la manera del art. 402 del Código Civil) la entrega en dinero como medida del valor a cambio de unos bienes. Y de ahí que sea necesaria la conformidad en el artículo 843 del Código Civil.

El heredero no es el que tiene la obligación, ni el que paga. El que satisface la legítima es el causante. Pero el heredero o el liquidador tiene obligaciones en la satisfacción de la legítima mínimo gallega. El adjudicatario aporta el metálico no hereditario, en su caso, para la satisfacción de la legítima. No es lo mismo que el pago de una obligación personal del deudor. Por lo que no se pueden aplicar todas las reglas del pago de las obligaciones (extinción por compensación). Pero sí son aplicables algunas: no puede exigir el deudor el pago de la parte líquida sin esperar a que se liquide la otra, ni puede cambiarse la persona del deudor sin el consentimiento del acreedor (art. 1.211, aplicable a las deudas de dinero).

El artículo 250 no distingue ni bien ni liquidador. Según su tenor literal (“heredero o persona facultada para entregarla”) es aplicable cualquiera que sea la persona que efectúe la liquidación (llegamos a esta conclusión como consecuencia de una interpretación relacionada de los artículos de la ley –art. 305–) y tanto para el supuesto de pago en metálico como

en bienes. Aunque podría pensarse que el contenido de este artículo (plazo y procedimiento) es aplicable en el caso de que la legítima sea satisfecha en metálico extrahereditario o hereditario cuando no exista contador. Lo cierto es que la referencia al facultado para darla, no dice por quién (arts. 246, 248), permite que pueda ser cualquier liquidador y cualquiera que sea el bien señalado para el pago. La naturaleza inmueble de los bienes no hace imposible el recurso a este procedimiento, tal y como se defiende por la doctrina, que insiste en su fin liberatorio y no de mero depósito (92) de la consignación.

Si la aptitud es pasiva, no hay oposición. En este supuesto, el procedimiento de consignación previsto podrá tener alguna utilidad. Se pronunciará el juez. Pero sólo podrá hacerlo en este procedimiento sobre los requisitos formales y sobre si se cumplen las condiciones del pago (el deudor está preparado para efectuar la entrega). Este procedimiento no es el adecuado para valorar la cuestión de fondo a la que responde la entrega: el examen de las bases para la liquidación. Que es la que fundamenta una declaración por la que el deudor pueda quedar liberado.

Si el legitimario se opone a la liquidación, el procedimiento es contencioso. La oposición a la conformidad supone una razón que funda el que el juez no puede declarar bien hecha la consignación. La falta de conformidad a la liquidación, es la oposición que se funda en el error en el pago. El procedimiento no es el adecuado para comprobar si el inventario y avalúo son correctos.

La aceptación del bien consignado no priva del derecho al complemento (art. 247); no creo que los gastos de la consignación sean de cargo del legitimario.

Intereses

El derecho del legitimario es en valor. Este valor es el objetivo, el real, de unos bienes en un determinado momento. Si se satisface más tarde, se deben los intereses, que compensan la pérdida de valor adquisitivo que representa la misma suma. Cualquiera que sea la razón de la tardanza (art. 221). Otra interpretación lesiona al valor que representa el contenido económico del derecho del legitimario (art. 243). La regla general debe ser la que se desprende del artículo 221 de la LDCG, coherente con el contenido económico de la legítima en valor referido al de un momento: el de la muerte del causante de la sucesión.

No creo que los intereses puedan considerarse moratorios por falta de pago al cabo del plazo del año desde la reclamación.

(92) Sumándose así a la práctica totalidad de la doctrina, por todos, CANO HURTADO: *La consignación como mecanismo de liberación del deudor*, Madrid, 2005, p. 181.

La reclamación que menciona el artículo 250 es innecesaria en un sistema en el que el legitimario tiene derecho legal a ser llamado en el título en el que se ordena la sucesión (art. 239).

Queda expuesta mi opinión sobre cuándo es necesaria la reclamación por parte del legitimario: sólo en el caso de ejercicio de las acciones de complemento, reducción o en el caso de preterición. En los demás casos, el derecho del legitimario no puede ser ignorado por el liquidador. El pago de las legítimas es contenido obligatorio del cuaderno-particional o de la liquidación de la herencia. El legitimario no necesita poner de manifiesto el derecho al que debe ser llamado en el título de la sucesión base de la liquidación.

Los intereses se calcularán sobre la base de la liquidación practicada y se corregirán si fuese errónea, con efectos retroactivos desde la fecha en que deben satisfacerse.

El artículo 847 del Código Civil dice, con más lógica, que desde la liquidación el crédito metálico devengará el interés legal.

Este es el último momento de un procedimiento marcado por plazos. El Código Civil fija plazos desde el momento de la apertura de la sucesión y fuerza al arreglo previendo un efecto para el supuesto de incumplimiento.

La LDCG no establece ninguno para la falta de satisfacción de la legítima en plazo. Trata la necesidad de plazo de forma contradictoria. No fija ninguno al liquidador. La LDCG no establece ninguna regla que excepciona las que son aplicables en Galicia tanto de Derecho sustantivo como procesal, manifestaciones del principio antes es pagar que heredar (arts. 1.026 del Código Civil y 788 de la LEC).

La LDCG dice que el legitimario será considerado como acreedor, pero no dice que el heredero es el responsable personalmente de lo debido al legitimario (lo contrario en la legislación catalana). El cobro de los intereses podrá exigirse de la masa de la herencia. Esta es otra razón para entender que los bienes no pueden considerarse como definitivamente adjudicados al heredero en tanto no pague el derecho de los legitimarios conocidos.

El momento en el que cesa el devengo de intereses es aquél en el que se tenga por efectuada la entrega y liberado el deudor.

En el caso de que la consignación se acepte o se declare bien hecha, la entrega se entiende producida y liberado el deudor con efectos retroactivos desde que se puso a disposición del acreedor la cosa (a este efecto este es el momento en el que se considera de inicio del expediente, y no desde el ofrecimiento –puesta a disposición real, no el previo ofrecimiento formal–). Desde este momento tampoco soporta la pérdida, que no puede ser culpable.

Las razones del incumplimiento pueden ser varias; hay obligación en la manera de cumplir. **La LDCG no establece ninguna norma que dé solución a las distintas causas de incumplimiento por parte de los herederos.**

Las causas pueden ser varias: no se corrige la liquidación, no se hace la entrega en plazo, falta de aceptación de los herederos o de acuerdo entre ellos. Nada de esto priva al legitimario del derecho a obtener su legítima en dinero o en bienes.

No existen en la LDCG normas que contemplen distintos supuestos de incumplimiento por parte del heredero. Ninguna de las soluciones previstas en otros ordenamientos civiles del Estado (p. ej., arts. 81 y 82 de la ley balear). Tampoco la actual LDCG prevé plazos para el acuerdo entre herederos, para elaborar la liquidación, para hacer el ofrecimiento, para llevar a cabo todas las operaciones de la partición, para esclarecer si en caso de incumplimiento renacen en el legitimario las facultades latentes (art. 246 LDCG) del partícipe en los bienes...

La ley supletoria es la estatal, el Código Civil, en lo que no contradiga sólo principios del ordenamiento jurídico gallego (art. 1 LDCG).

En el supuesto de pago en metálico de los artículos 841 y ss. del Código Civil, buena parte de la doctrina desarrolla y acepta la tesis de que la adjudicación no es definitiva mientras no se dé conformidad a la liquidación por el perceptor de cantidad, ya que, sin ésta, no surte efecto respecto de tercero. La conformidad reduce la liquidación al valor de una propuesta. La conformidad la debe prestar quien es parte en la liquidación (arts. 843 Código Civil, 787 LEC).

Esta tesis da lugar al artículo 80-2.º del Reglamento Hipotecario, que acoge la solución diferente y contraria a la del artículo 15 de la LH. Este artículo 15 no se adecua a las reglas de administración de la herencia del Código Civil, ni se considera aplicable a la legítima en metálico de Derecho común. En cualquier caso, el artículo 15 de la Ley Hipotecaria nunca es argumento, es una solución accidental y de procedimiento; por tanto, sólo puede ser la conclusión.

En la vigente LDCG, la legítima no es en bienes, sino en valor, como en el Código Civil, pero los bienes hereditarios son la única opción al metálico hereditario o no (art. 246). Por otra parte, no se priva al legitimario de la posibilidad de solicitar las operaciones de la liquidación (al menos las fundamentales para obtener el cobro de su derecho); tampoco se suprime la necesidad de que el legitimario preste su conformidad (art. 250) a la propia liquidación (a las operaciones de liquidación), conformidad que no es equiparable a la falta de oposición. De manera que se reconoce al legitimario interés de parte en la liquidación (art. 788 de la LEC). En la liquidación debe tenerse en cuenta a los legitimarios (arts. 221, 305 LDCG, 788 LEC); los actos de disposición no pueden perjudicar a los legitimarios

(arts. 196, 278). Rigen las reglas de administración de la herencia del Código Civil (en especial, 1.030 y ss.).

Constancia en el Registro. ¿Está vigente como hasta ahora en el Derecho gallego la solución del artículo 80-2.º del Reglamento Hipotecario? Este artículo, como queda expuesto, acepta la tesis que defiende que es necesaria, por lo menos, la conformidad por parte del legitimario para que se tengan por definitivamente adjudicados los bienes.

La solución del artículo 80-2.º del RH y la del artículo 15 de la LH son incompatibles. El primero presupone que la liquidación no es definitiva mientras no conste la conformidad o la aprobación judicial. El artículo 15 de la Ley Hipotecaria, lo contrario, y es presupuesto del artículo 15 de la LH que el legitimario no pueda pedir la liquidación.

La nueva LDCG, como la anterior, exige conformidad.

Es verdad que esta ley no se refiere a esta nota del Reglamento Hipotecario. Pero la anterior LDCG, tampoco. Además la nueva no la excluye. La nota no tiene por qué obedecer al derecho del legitimario como titular inmediato de los bienes. El perceptor de cantidad tiene el derecho del acreedor conocido en una masa de bienes que se encuentra en situación de ser liquidada.

La nueva LDCG, como en la ley anterior, dice que el legitimario puede pedir anotación preventiva. No la crea ni define. Tampoco especifica de qué tipo. Por lo que podrá ser de mera publicidad o de garantía. En principio podrá solicitar las medidas cautelares que sean aplicables, según el procedimiento al que se recurra (93).

Resumen

El Código Civil califica de crédito al derecho del legitimario perceptor de cantidad (art. 847), y el artículo 249 de la LDCG atribuye la consideración de acreedor al legitimario. Pero en los dos casos el legitimario tiene derecho a los bienes. En el primer caso, en la prestación; en el segundo, en el pago.

Esta consideración del legitimario como acreedor, tal y como afirma el artículo 249, está contradicho en la propia LDCG. No hay en la nueva LDCG una exclusión del legitimario de las consecuencias de un llamamiento afecto al fenómeno sucesorio. No se define la posición de la parte deudora, ni su responsabilidad, ni la relación de esta posible responsabilidad con los medios de defensa del legitimario.

(93) Artículo 149.1, 6.ª, de la Constitución permite que las Comunidades autónomas legislen en materia procesal cuando se trate de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades de su Derecho sustantivo.

Y ninguno de los artículos de la LDCG atribuyen al heredero la adjudicación plena de los bienes antes de la satisfacción de la cuota legitima-ria. Por el contrario, todos responden a la necesidad de que el legitima-rio esté en la sucesión y en la liquidación de su derecho.

El procedimiento para la satisfacción de la legítima es complementa-rio de la partición de la herencia, que en su fase final no podrá llevarse a cabo sin el pago de ella.

Iniciado el procedimiento, el legitimario forma parte de él, sin necesi-dad de tener que anunciar su derecho, que resulta del título. Si no se ini-cia por otro, podrá promoverlo él mismo. En el caso de que reciba la legí-tima en bienes como heredero, pero gravados con el usufructo universal y familiar, podrá solicitar la formación de inventario como garantía y la prestación de fianza. No están excluidas otras. Si recibe en metálico, debe-rá cobrar su legítima en el plazo de un año desde la apertura de la suce-sión (arts. 221, 243, 250); en el caso de que sea necesaria la reclamación (reducción, complemento o preterición), en el año desde ésta. En este caso, si es el legitimario quien solicita el inventario, la finalidad de éste sólo puede ser la de fijar la base de la liquidación de su derecho, por lo que el procedimiento no necesitará nuevo impulso para obtener la liquidación de su legítima. La liquidación del derecho del legitimario necesita de su conformidad. En caso de oposición evidente es inútil recurrir a un pro-cedimiento de jurisdicción voluntaria. En este caso, al ser las bases de la liquidación del derecho del legitimario las de la herencia, la transforma-ción en contencioso por falta de conformidad podría entenderse que re-miten al verbal, como en el caso del de división, del que el de pago de la legítima es complementario.

LA DIFÍCIL DELIMITACIÓN ENTRE ELEMENTOS COMUNES Y PRIVATIVOS: CONDUCCIONES Y CANALIZACIONES

JUAN MANUEL FERNÁNDEZ APARICIO

Fiscal

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ELEMENTOS PRIVATIVOS *VERSUS* ELEMENTOS COMUNES. EL ARTÍCULO 396 DEL CÓDIGO CIVIL Y EL ARTÍCULO 3 DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL. 3. CONDUCCIONES DE AGUA. 4. OTRAS CONDUCCIONES. 5. OBRAS EN ESTE TIPO DE ELEMENTOS.

1. Introducción

Pese a las sucesivas reformas de la ya vieja LPH y del propio Código Civil, y la prolijidad del artículo 396 CC, no se han alcanzado criterios pacíficos doctrinales y jurisprudenciales en diferentes aspectos de la propiedad horizontal. Obviamente, no vamos a abordar todos los elementos po-

lémicos que esta “*propiedad*” suscita, sino que nos vamos a circunscribir en la clasificación y distinción entre elementos privativos y comunes, y no de una forma generalizada, sino centrándonos en elementos que por su configuración y características no han logrado la unanimidad jurisprudencial y doctrinal.

El legislador ha tratado en vano, tanto en el pasado como en la actualidad, de fijar de la manera más pormenorizada posible la distinción entre elementos privativos y comunes de un inmueble sometido a propiedad horizontal, intentando fijar los criterios configuradores de lo que puede ser privativo de lo que puede ser común. Pero en último término va a dejar a quien aplica el Derecho la difícil tarea de clasificar un elemento como privativo o como común.

Obviamente, la calificación como privativo o común no resulta baladí. La responsabilidad de conservar, reparar o incluso sustituir gravitará sobre el particular o sobre ese ente sin personalidad denominado comunidad de propietarios, según sea privativo o común. Igualmente, la responsabilidad frente a terceros de los posibles daños y perjuicios que la falta o el deficiente mantenimiento de un elemento provoque recaerá en el vecino o en la comunidad, según optemos por calificarlo de común o privativo. También afectará la calificación del elemento frente a posibles terceros responsables, como pueden ser las entidades aseguradoras. Generalmente suele existir un contrato de seguro de daños suscrito por la propia comunidad con el fin de asegurar los elementos comunes. También cada vecino suele tener asegurada su vivienda, en todo caso si está hipotecada, abarcando el seguro los elementos privativos y la cuota de participación de ese propietario. La actual legislación de seguros rechaza la figura del sobreaseguramiento, impidiendo que el asegurado pueda obtener un beneficio, recibiendo una indemnización superior al daño efectivamente producido.

La práctica diaria pone de relieve que la dificultad de calificar determinados elementos puede provocar auténticos quebraderos de cabeza. Puede ocurrir que nadie quiera responsabilizarse de las consecuencias jurídicas y económicas del mal estado o pérdida de un elemento, incluyendo a las propias compañías de seguros del inmueble y de la comunidad al discutir precisamente por la naturaleza del elemento afectado, rechazar recíprocamente su responsabilidad en el siniestro, ya que lo habitual es que las empresas aseguradoras sean distintas en un caso y en otro, dado que, si es la misma compañía la que asegura el inmueble particular y los elementos comunes, es obvio que no se suscitará problema alguno.

En las líneas que siguen vamos, desde una óptica eminentemente práctica, a examinar el supuesto concreto fronterizo de las canalizaciones y conducciones.

2. Elementos privativos versus elementos comunes. El artículo 396 del Código Civil y el artículo 3 de la Ley de Propiedad Horizontal

Ya desde sentencias antiguas, véase la STS de 23 de mayo de 1984, se recordaba con ocasión de la interpretación del artículo 396 CC la dificultad de delimitación entre un elemento y otro, así se decía: *“La relación de elementos y servicios comunes contenida en este precepto no es, según pacífica doctrina científica y del TS numerus clausus y sí simplemente enumerativa... ni todos los elementos y servicios descritos en el citado precepto del CC hayan de ser ineludiblemente comunes, ni que pueda extenderse dicho carácter a otros que no figuren en el mismo”*.

El actual artículo 396 del CC es fruto de profunda reforma que se operó por la Ley 8/1999, de 6 abril, de reforma de la Ley de Propiedad Horizontal, cuya disposición adicional única dio una nueva redacción al artículo 396 del CC (1). Este precepto se complementa con lo recogido en el propio artículo 3 de la LPH (2). Se sigue manteniendo en la Ley un sis-

(1) *“Los diferentes pisos o locales de un edificio o las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública podrán ser objeto de propiedad separada, que llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes del edificio, que son todos los necesarios para su adecuado uso y disfrute, tales como el suelo, vuelo, cimentaciones y cubiertas; elementos estructurales y entre ellos los pilares, vigas, forjados y muros de carga; las fachadas, con los revestimientos exteriores de terrazas, balcones y ventanas, incluyendo su imagen o configuración, los elementos de cierre que las conforman y sus revestimientos exteriores; el portal, las escaleras, porterías, corredores, pasos, muros, fosos, patios, pozos y los recintos destinados a ascensores, depósitos, contadores, telefonías o a otros servicios o instalaciones comunes, incluso aquéllos que fueren de uso privativo; los ascensores y las instalaciones, conducciones y canalizaciones para el desagüe y para el suministro de agua, gas o electricidad, incluso las de aprovechamiento de energía solar; las de agua caliente sanitaria, calefacción, aire acondicionado, ventilación o evacuación de humos; las de detección y prevención de incendios; las de portero electrónico y otras de seguridad del edificio, así como las de antenas colectivas y demás instalaciones para los servicios audiovisuales o de telecomunicación, todas ellas hasta la entrada al espacio privativo; las servidumbres y cualesquiera otros elementos materiales o jurídicos que por su naturaleza o destino resulten indivisibles.*

Las partes en copropiedad no son en ningún caso susceptibles de división y sólo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas juntamente con la parte determinada privativa de la que son anejo inseparable.

En caso de enajenación de un piso o local, los dueños de los demás, por este solo título, no tendrán derecho de tanteo ni de retracto.

Esta forma de propiedad se rige por las disposiciones legales especiales y, en lo que las mismas permitan, por la voluntad de los interesados.”

(2) *En el régimen de propiedad establecido en el artículo 396 CC corresponde al dueño de cada piso o local:*

a) El derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, con los elementos arquitectónicos e instalaciones de todas clases, aparentes o no, que estén comprendidos dentro de sus límites y sirvan

tema de *numerus apertus*, sin perjuicio de indicar mediante una enumeración concreta qué se entiende por elemento común y qué se entiende *sensu contrario* por elemento privativo.

3. Conducciones de agua

Para una mejor comprensión jurídica hemos de “*meternos a fontanero*” y hacer una serie de consideraciones técnicas y terminológicas a fin de evitar confusiones, las cuales obedecen en muchas ocasiones a la falta de conocimiento de cuestiones ajenas al mundo jurídico.

El agua de abastecimiento –generalmente potable o apta para el consumo humano– llega en primer lugar al inmueble sometido a propiedad horizontal a través de una única tubería que parte de la tubería general que va por el bien de dominio público denominado vía, ya sea ésta una calle, una carretera, camino, etc. Es obvio que esta parte de la tubería es ajena al inmueble, el cual podría estar sometido a la propiedad horizontal. Tal canalización es de naturaleza demanial y por tanto su mantenimiento, conservación y, en su caso, sustitución corresponde a la entidad local, es decir, Ayuntamiento o empresa concesionaria del servicio público (3). Cualquier cuestión que el particular plantee, salvo excepciones, deberá solventarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Una vez que entra en el inmueble lo suele hacer a través del portal de la vivienda para dirigirse al denominado cuadro de contadores, en donde se va a bifurcar en tantas tuberías como pisos existan en ese inmueble. Es decir, hasta ese momento la tubería, que era una sola, se va a transformar en tantas como pisos o locales existan. Entre otras razones por cuanto se va colocar por el Ayuntamiento o empresa concesionaria del servi-

exclusivamente al propietario, así como el de los anejos que expresamente hayan sido señalados en el título aunque se hallen situados fuera del espacio delimitado.

b) La copropiedad, con los demás dueños de pisos o locales, de los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes.

A cada piso o local se atribuirá una cuota de participación con relación al total del valor del inmueble y referida a centésimas del mismo.

Dicha cuota servirá de módulo para determinar la participación en las cargas y beneficios por razón de la comunidad. Las mejoras o menoscabos de cada piso o local no alterarán la cuota atribuida, que sólo podrá variarse por acuerdo unánime.

Cada propietario puede libremente disponer de su derecho, sin poder separar los elementos que lo integran y sin que la transmisión del disfrute afecte a las obligaciones derivadas de este régimen de propiedad.

(3) Artículo 25.2 1) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local: “El municipio ejercerá en todo caso, competencias: ... 1. Suministro de agua y alumbrado público; servicios de limpieza viaria, de recogida y tratamiento de residuos, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales”.

cio un contador que compute el consumo de agua (metros cúbicos) que se produzca en cada piso o local. Antes de ese contador existirá una llave de paso general para todos los pisos y locales, de suerte que cerrando esta llave no entra ni una sola gota a todo el inmueble. Y luego otra llave de paso colocada junto a cada contador para posibilitar que se pueda interrumpir exclusivamente el suministro a un piso o local determinado.

A partir de este momento las tuberías ascienden en paralelo hasta el último bloque, de tal forma que es la altura del inmueble la que determinará la longitud de esa tubería. Tales tuberías, que se denominan “*montantes*”, suelen ir a través de los forjados del inmueble en una especie de cajón recubierto a través de la fachada del inmueble, ya sea exterior o lo más común por el patio de luces de la propia comunidad.

Cada tubería llegará generalmente a la cocina o lavadero de cada piso, en donde existirá una llave de paso, para que a partir de este momento la cañería pueda distribuir agua por el inmueble.

Planteado con claridad el supuesto práctico de la titularidad del bien como veremos, variará en función de dos parámetros concretos: la ubicación espacial y el beneficiario de la canalización.

Tampoco plantea problema el carácter privativo de la tubería cuando ésta entra al espacio privativo, ya sea local, vivienda, etc. El profano en Derecho suele utilizar una expresión clarificadora “*de puertas para adentro*”. En este sentido coincido con LOSCERTALES (4) en que no hay duda en cuanto a las instalaciones de carácter exclusivamente privado; por ejemplo, las interiores de electricidad, agua, teléfono, etc., pero no es tan evidente si hablamos de conducciones de desagüe, calefacción, antena colectiva. Por tanto, hay que partir de un principio básico y general y es que la propiedad privada alcanza a todos los elementos que estén dentro del espacio privativo, independientemente de que estén o no a la vista. Son privativas las conducciones de agua interna, los desagües hasta el enganche a la red, etc.

Resulta evidente que concurren una multiplicidad de elementos que refuerzan el carecer privativo de esa canalización. Por una parte es de uso exclusivo de ese propietario. Por otra parte, por su localización, resulta que transcurre por espacio privativo (local o piso) y por tanto desde tu piso o local puedes acceder a la tubería ya sea para realizar tareas de mantenimiento o sustitución o mejora.

Así lo confirma *ad exemplum* la SAP de Valencia, sección 1.^a, de 20 de septiembre de 1995, que declara que tiene la condición de elemento

(4) LOSCERTALES FUERTES, Daniel: *Propiedad horizontal. Comunidades y urbanizaciones*, Sepín, 4.^a edición, 2000, Madrid, p. 41.

privativo la tubería de agua mientras no sale de la vivienda y discurre por tanto por el interior de la misma.

A veces puede ocurrir que, aun siendo un elemento privativo, la Junta de Propietarios tenga que dar su parecer si la obra repercute a la comunidad, pero ello no muta la naturaleza privativa del bien. Así, la STS de 20 de junio de 1990, ponente Sr. González-Alegre y Bernardo, Manuel (EDJ 1990/6577), que considera privativos los radiadores del interior de un piso conectados a una calefacción central. Luego el aumento de radiadores por el propietario no implica alteración de elemento común, pero sí requerirá autorización de la Junta, por cuanto supondrá un mayor gasto energético, que sí afecta a todos los comuneros.

La discusión y la diversidad de opiniones surgen en el tramo de tubería comprendido entre el aparato contador o medidor y la entrada al espacio privativo. Podemos estar refiriéndonos a un tramo cuya longitud dependerá de la ubicación de ese piso o local. Habrá supuestos en donde serán unos pocos metros y en otros casos una distancia considerable, pero compartiendo una misma realidad y es que se trata de una tubería que sirve en exclusividad a un comunero, pero que atraviesa diferentes elementos comunes y privativos. La pregunta surge rápidamente: la sustitución, reparación y mantenimiento, ¿a quién corresponde?

La jurisprudencia, ya antes de la reforma de 1999, venía a establecer en estos supuestos una presunción de carácter común:

“La LPH en su art. 1 que modifica el contenido del art. 396 CC, hace una relación ad exemplum de lo que son elementos comunes dentro de las comunidades de propietarios por pisos, relación en la que incluyen expresamente las denominadas canalizaciones, concepto en las que cabe considerar incluidas las conducciones de agua caliente a que se refiere el presente procedimiento, con lo que en principio existe una presunción de que la tubería tiene carácter común, presunción que sólo puede destruirse si existe posibilidad de considerarla incluida en los elementos privativos conforme a lo establecido en el art. 3 LPH, en dicho artículo se dice expresamente «corresponde al dueño de cada piso o local...» lo que supone que son dos los requisitos exigidos para que las instalaciones de agua tengan carácter privativo que son de una parte el que sirvan exclusivamente al propietario individual lo que sí se produce en el presente caso en el que la tubería suministra agua caliente exclusivamente al piso propiedad de los demandantes, y además se exige que esas instalaciones se encuentren dentro de los límites de la propiedad privada, y el segundo punto no concurre en el presente caso puesto que la tubería se encuentra en el interior de una zona común como es la mocheta por cuyo interior discurren las conducciones de carácter general, en consecuencia al haberse producido la avería en

una tubería que por lo anteriormente expuesto tiene carácter común la Comunidad de Propietarios está obligada a responder de los daños producidos por dicha avería de conformidad a lo establecido en el art. 192 CC” (SAP, sec. 18, de Madrid de 24 de diciembre de 1990).

La SAP de Madrid de 16 de julio de 1993, refiriéndose a unas tuberías del gas, vuelve a recordar la presunción general de carácter común que se mantiene mientras no se alegue y pruebe en juicio. Así condena al propietario de un local a contribuir a la obra de sustitución de las conducciones del gas de un edificio, indicando *“como no se ha discutido en el juicio que la instalación común de gas existe en el edificio desde su construcción, es evidente que las conducciones y canalizaciones generales son elementos comunes por naturaleza. Como aparece en la enunciación del art. 396 CC y como recoge expresamente el propio art. 1 de los Estatutos de la Comunidad actora al referirse a canalizaciones. Este carácter común de la instalación de gas determina que sea copropiedad de todos los dueños de pisos y locales, como el resto de elementos comunes, según establece el art. 3 LPH, con la subsiguiente y obvia consecuencia de que todos deben contribuir a los gastos necesarios de su renovación, regla general que no puede encontrar excepción en el supuesto concreto que nos ocupa, al no hallarse exenta la propietaria del local comercial de contribuir a la sustitución de un elemento común, a falta de expresa cláusula de exoneración en el título constitutivo, siendo irrelevante que use o no el gas, pues se trata de una exigencia legal, y lo que determina la concurrencia al pago de las obras efectuadas con arreglo a su cuota es la titularidad dominical de la demandada, como establece el art. 9, regla 5 LPH”*.

La doctrina también parece decantarse por este criterio. Así MARTÍNEZ ATIENZA (5) manifiesta que los depósitos, contadores, telefonías, conducciones y canalizaciones para el desagüe y para el suministro de agua, gas o electricidad, incluso las de aprovechamiento de energía solar, así como las de agua caliente sanitaria, calefacción, aire acondicionado, ventilación o evacuación de humos, detección y prevención de incendios, portero electrónico, antenas colectivas, obras de seguridad del edificio y demás instalaciones para los servicios audiovisuales son comunes hasta la entrada al espacio privativo.

FUENTES LOJO (6) recuerda la regla general del carácter común de las canalizaciones, ya que así lo prevé expresamente el artículo 396 CC, pre-

(5) MARTÍNEZ ATIENZA, Gregorio: *La Ley de Propiedad Horizontal. Jurisprudencia, comentarios doctrinales y concordancias*, Editorial Comares, Granada, 2002, pp. 64 y ss.

(6) FUENTES LOJO, Juan Ventura: *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, Bosch, Barcelona, 2002, tomo II, p. 1151.

cepto que no hace distinción alguna y ello con la única matización que serán comunes hasta la entrada al elemento privativo y ello en consonancia con el artículo 3 LPH, que considera como privativas las instalaciones que estén en ese espacio singularmente diferenciado.

La única excepción es si por la vivienda de un propietario será común si la canalización lleva agua que sirve a varios comuneros y no sólo a la del piso por la que transcurre (SAP de Pontevedra, sec. 3.ª, de 15 de abril de 1999).

Con matices para cierto sector doctrinal por cuanto la presunción de carácter común cejará si el título constitutivo contraviene esta regla general.

ROSAT ACED (7) considera que, aunque como regla general las cañerías son comunes especialmente tras la reforma de 8/1999, no obstante habrá que consultar el título constitutivo para saber si es privativa o común, especialmente si estamos ante una cañería individualizada a partir del cuadro de contadores con su correspondiente contador. Recordar que hay dos tipos de documentos, uno es la copia de escritura de adquisición del piso o local que entregará el notario y en el que se describe el piso o local, con su superficie, planta, puerta, lindes, etc., y otro es el documento donde se describe la totalidad del edificio, que es propiamente el título constitutivo de la propiedad horizontal. Es en este documento en donde se halla la totalidad descriptiva del inmueble, con sus pisos y locales, cuotas de participación, etc. Aquí podremos ver si hay estatutos y por tanto averiguar si la cañería es privativa o común al existir o no alguna cláusula de exoneración.

Como recuerda el notario GÓMEZ MARTÍNEZ (8), hay que diferenciar título constitutivo de estatutos, aunque sin desconocer que en la realidad práctica ambos documentos suelen ir unidos, lo que provoca una confusión al considerar que los estatutos forman parte del título constitutivo. En mi opinión, y aunque es un tema polémico, podría haber “estatutos” sin título constitutivo y ello por cuanto el artículo 392 del Código Civil nos induce a creer que, se llamen estatutos o no, los copropietarios de un edificio que es disfrutado por ellos con derechos diferenciados sobre elementos susceptibles de aprovechamiento independiente, por tanto, en una situación de lo que la doctrina llama prehorizontalidad —es decir, un edificio que goza del título material de la división horizontal, pero que carece de

(7) ROSAT ACED, José Ignacio (coordinador): *Comentarios a la nueva Ley de Propiedad Horizontal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 77.

(8) GÓMEZ MARTÍNEZ, Juan: “Los Estatutos y las normas de régimen interior, en Propiedad Horizontal y derecho real de aprovechamiento por turnos de inmuebles”, *Estudios de Derecho Judicial*, número 33, 2000, pp. 11-37.

título formal—, dichos propietarios —y aquí coincidimos con GÓMEZ MARTÍNEZ— podrán regular sus relaciones con libertad, y en las condiciones que acuerden, estableciendo las normas que crean pertinentes, aunque esos pactos no se sometan a las formalidades de la Ley de Propiedad Horizontal, sino que se adecuen a las disposiciones más genéricas del Código Civil, pero creando un cuerpo normativo que bien puede considerarse como unos estatutos de la propiedad. En el ámbito de esa libertad pueden especificar si las tuberías del inmueble son comunes, privativas y por tanto directa o indirectamente quien asume su obligación de mantenimiento. Pero si no existe tal previsión habremos de aplicar una presunción de carácter común de las canalizaciones del agua.

De la misma opinión es CABALLERO GEA (9), que recoge expresamente el supuesto de rotura de tubería a partir de un contador que sirve en exclusiva a un piso. Considera que hay que examinar el título constitutivo de la comunidad y, si éste no dice lo contrario o planteado el litigio no se aporta a autos, hay que presumir que es elemento común y ello conforme al artículo 396 CC y concordante artículo 3.a) LPH, que atribuye a cada propietario el derecho singular y exclusivo sobre las instalaciones de todas clases sólo cuando se reúnan dos requisitos: que estén comprendidos dentro de los límites de su piso o local y sirvan exclusivamente a su dueño, por cuanto es la comunidad la que tiene la obligación de conservar la tubería en tanto no entre en un local privativo. En apoyo de esta tesis este autor recoge una antigua sentencia de la Audiencia Territorial de Pamplona de 24 de febrero de 1987 (*La Ley* 1987-2, 877, 9008-R).

En contra, y por tanto defendiendo el carácter privativo del bien, hemos encontrado la Consulta SEPÍN propiedad inmobiliaria SP/CONS/23953, que considera que si bien el artículo 396 CC menciona como elementos comunes las canalizaciones, es evidente que este precepto se refiere a cuando las mismas sirvan a todos los propietarios, no cuando cada uno tenga la suya. *“Nuestro criterio es que, si a pesar de estar fuera del propio piso o local, que es el requisito del artículo 3.a), en fincas en las que las conducciones de agua, electricidad, teléfono, etc., están individualizadas, hay que considerar el servicio como privativo.”* Por consiguiente la sustitución y mantenimiento recaería sobre el propietario.

En mi opinión, el referido tramo es común. El dato de que sirva por exclusividad a un propietario no es obstáculo al carácter común de elemento. Afirmar lo contrario nos llevaría a considerar privativos elementos sobre los que la jurisprudencia pacíficamente ha considerado presu-

(9) CABALLERO GEA, José Alfredo: *La propiedad horizontal*, Dykinson, 1997, Madrid, p. 375.

miblemente comunes, como las terrazas (10) o los buzones del inmueble, aunque su uso y disfrute corresponda a un solo propietario. Es decir, existe compatibilidad de su carácter de elemento común con el uso privativo que se haga. Consecuentemente, quien usa un patio o su buzón no tiene capacidad *per se* para hacer obras o, en el caso del buzón, de cambiarlo si no cuenta con el acuerdo de la Junta.

El artículo 3.a) LPH, cuando trata de fijar lo que corresponde en exclusiva a un propietario, recuerda que el elemento es privativo, sea aparente o no, si cumple dos requisitos acumulativos y no alternativos: que sirvan sólo al propietario de ese piso y local y además que estén comprendidos dentro de su piso o local: *“que estén comprendidos dentro de sus límites y sirvan exclusivamente al propietario”*. Resulta obvio que en el caso comentado cumple con el primer requisito, pero no con el segundo. Imaginemos un piso situado en una sexta planta y la rotura se produce a la altura del tercer piso. Que sirva de agua en exclusiva no implica que la tubería sea privativa porque la rotura no se ha producido dentro de su piso, sino a extramuros de él.

Por otra parte, si examinamos las obligaciones que pesan sobre cada propietario del inmueble, que aparecen en el artículo 9 LPH, resulta evidente que si consideramos privativa la tubería en el tramo descrito, el propietario difícilmente podrá dar cumplimiento al apartado 9.b) LPH (11); ¿cómo va a realizar labores de mantenimiento en un tramo de tubería que transcurre por pisos y locales ajenos?, ¿cómo va a exigir a los demás propietarios que permitan la entrada a sus locales o pisos para realizar estas labores de mantenimiento? Nótese que la obligación de soportar *“servidumbres”* es a favor de la comunidad y para la realización de obras comunes y la obligación de paso a través de su propiedad es para esa finalidad, como se infiere de los apartados c) y d) del mencionado precepto (12).

Por tanto, considero que las conducciones y canalizaciones de agua son elementos comunes por naturaleza, aunque lleve agua a un elemento privativo, de tal manera que, si se precisa su sustitución o cambio, el

(10) Sobre terrazas resulta interesante la SAP de La Coruña, sección 6.ª, de 16 de octubre de 2006 (SP/SENT/100108) o la SAP de Asturias, sección 5.ª, de 29 de diciembre de 2006 (SP/SENT/103211).

(11) *“b) Mantener en buen estado de conservación su propio piso o local e instalaciones privativas, en términos que no perjudiquen a la comunidad o a los otros propietarios, resarciendo los daños que ocasione por su descuido o el de las personas por quienes deba responder.”*

(12) *“c) Consentir en su vivienda o local las reparaciones que exija el servicio del inmueble y permitir en él las servidumbres imprescindibles requeridas para la creación de servicios comunes de interés general acordados conforme a lo establecido en el artículo 17, teniendo derecho a que la comunidad le resarza de los daños y perjuicios ocasionados.*

d) Permitir la entrada en su piso o local a los efectos prevenidos en los tres apartados anteriores.”

costo ha de soportarse por todos los comuneros usen o no esa canalización, pues es un elemento del conjunto del inmueble. Luego si no consta en Estatutos o se acuerda por unanimidad la exclusión de su pago, el costo lo ha de sufrir la comunidad y no el vecino afectado. Porque, recordemos, no se trata de arreglar o sustituir una tubería que discurra dentro de la vivienda o local, sino que lo hace por un elemento común. Recordemos que técnicamente salen del cuadro de contadores y suben por el edificio de forma paralela bifurcándose por cada una de las plantas, de tal suerte que incluso la sustitución de una de ellas suele afectar a las restantes, ya que al ir todas juntas puede obligar a seccionar todas o parte para proceder a la sustitución de la deteriorada. Por otra parte, la vida útil va a ser similar, por lo que es de sentido común que sea la comunidad quien afronte su mantenimiento y en su caso sustitución. Defender lo contrario nos llevaría en la práctica a una litigiosidad desmesurada y lo que es más importante a un deterioro de las relaciones vecinales, caldo de cultivo nefasto que en muchas ocasiones y por mi experiencia profesional me consta nos llevaría al Derecho Penal.

Por otra parte, la más reciente jurisprudencia parece inclinarse por la tesis que defendemos. Podemos citar la SAP de Las Palmas, sección 5.^a, de 3 de noviembre de 2004, número 759/2004, rec. 721/2004, ponente señora García de Izaguirre, Mónica (EDJ 2004/216828). La parte recurre en apelación demandando que la comunidad le pague el exceso de agua facturada y no consumida como consecuencia de una fuga existente en la tubería, en el tramo desde el contador privado hasta el bidón que la demandante tiene en la azotea y del que se sirve para suministrar el agua a la vivienda que habita. Sorprendentemente no reclama que se le abone el costo de la reparación, por lo que lógicamente no se accede a esta pretensión. La AP estima el recurso siendo consciente de que hay sentencias contradictorias que se amparan en el exclusivo dato del uso y aprovechamiento exclusivo de la tubería (13).

(13) La resolución comentada recoge esa jurisprudencia contraria al criterio mantenido por la Sala: *“la SAP de Vizcaya de 16 de septiembre de 1999, EDJ 1999/42937, según la cual «las canalizaciones de un edificio, se consideran elemento común, de un modo tradicional cuando prestan servicio a la generalidad del inmueble y no sirven de un modo exclusivo a una sola vivienda o local, de suerte que a partir de aquel punto en el que prestan el servicio al que están destinadas (calefacción, agua, luz...), en beneficio exclusivo de este propietario, salvo que en el título constitutivo del régimen de propiedad horizontal, o por decisión válidamente adoptada por la Junta de propietarios se estime lo contrario, se consideran elementos privativos al margen de que los mismos transcurran eventualmente, o se apoyen en algún elemento de carácter común y de que no se encuentren a la vista del propietario»; y la SAP de Barcelona de 9 de febrero de 1998, EDJ 1998/4513, que en este sentido expresa «su instalación habitualmente empotrada en los muros del edificio impiden una correcta apreciación de su estado de conservación, así como la constatación de cualquier fuga, que pasa tan desapercibida para la comunidad como para los*

Sin embargo, considera que, tras la reforma de la Ley 8/1999, se ha venido a reforzar el carácter de elemento común y es por ello que se ha producido un giro jurisprudencial:

“Frente a esta doctrina existe una corriente, sobre todo posterior a la reforma operada por la Ley 8/1999 de 6 de abril en la Ley de Propiedad Horizontal y en el artículo 396 del Código Civil, más generalizada, que sostiene que ese carácter de elemento común lo es desde el acceso al edificio, al enganche o acometida a la red general, hasta el punto en que tales conducciones penetran en cada uno de los pisos o locales, siendo de precisar esto último para no confundirlo con el paso por el contador particular, y sólo habrá lugar a considerarlas privativas desde este último momento cuando el título constitutivo así lo establezca...”

En idéntico sentido, la SAP de La Coruña de 29 de abril de 2003, EDJ 2003/109820, que concluye en un caso análogo en que *“es posible considerar una tubería de estas características como un elemento común accidental o por destino, o «relativamente común», ya que si bien sólo da servicio a uno de los pisos, su trayecto recorre sin duda alguna elementos comunes hasta que penetra en la vivienda a la que va destinado; siendo importante destacar que ese propietario no puede proceder de modo adecuado a su mantenimiento y conservación en tanto que para ello necesita afectar elementos comunes del inmueble, para lo que no resulta facultado sin autorización de los órganos de la comunidad, lo cual excede de las obligaciones que le viene imponiendo la norma 2.ª del art. 9 de la LPH”*.

El criterio de que la tubería no transcurra por elemento privativo, es decir, que la avería esté fuera del piso o local ha llevado también por esta vía a considerarlo común. En este sentido, la SAP de Madrid, sección 18, de 11 de noviembre de 2005 (SP/SENT/80698), indica: *“es criterio generalizado en las resoluciones de los Tribunales que como quiera que las denominadas canalizaciones son enumeradas tanto en el art. 1 LPH como en el art. 396 CC, debe ser tenida como elemento común en tanto no se acredite que los afectados son privativas de alguno de los comuneros [SAP Málaga 5 de mayo de 1993 (SP/SENT/10275) y SAP de Málaga de 31 enero de 1993], habiéndose entendido que cuando la canalización discurre por elemento común ha de entenderse, las tuberías comunes salvo disposición contraria la de los estatutos, que es elemento común [SAP de Madrid de 24 de diciembre de 1990 (SP/SENT/6050)]”*.

propietarios de cada departamento susceptible de aprovechamiento independiente. Por tal motivo y como criterio clarificador a efectos de conseguir una equitativa distribución de responsabilidades se ha venido a mantener que las tuberías de agua son comunitarias hasta la llave de paso de suministro al inmueble y a partir de ahí tienen carácter privativo»”.

Por último, y referidos a depósitos de agua y sus conducciones para cada piso, la SAP de Las Palmas, sección 5.^a, de 30 de noviembre de 2006 (SP/SENT/104093), vuelve a incidir en los argumentos ya expuestos considerándolo común mientras no se alegue y pruebe lo contrario, es decir, la desafectación de esos elementos como elemento común.

4. Otras conducciones

No siendo nuestro ánimo ser reiterativos, los comentarios ya vertidos son extensibles al resto de conducciones con independencia del fluido que transporte. Por tanto, en los casos de conducciones eléctricas o de telefonía, cables de antenas de TV, etc., la calificación como común o privativo estará, como en el caso del agua, en función de su ubicación. Así pues, el dato de que sirva sólo a un comunero es, como hemos visto, un dato relevante para la calificación del elemento, mas no el único ni el determinante.

En apoyo de esta tesis –y referida a conducciones eléctricas–, cabe citar la SAP de Vizcaya de 3 de enero de 2001, SAP Córdoba de 24 de mayo de 2000 (EDJ 2000/20623) y las que en ella se citan, conforme a la cual *“en efecto es criterio generalizado que las denominadas canalizaciones (entre las que deben entenderse comprendidas las conducciones eléctricas) son enumeradas en el art. 1 LPH y 396 CC y deben ser tenidas como elemento común en tanto no se acredite que los afectados son privativos de alguno de los comuneros (SAP Málaga de 3 de mayo de 1993), por ello cuando la conducción discurre por el elemento común ha de entenderse, salvo disposición contraria de los Estatutos, que es elemento común (SAP Madrid, de 24 de diciembre de 1990; SAP Zaragoza de 7 de octubre de 1996 EDJ 1996/8428) ello implica que la distinción que pretende el recurrente entre el Cuarto donde se encuentra centralizado todo el grupo de contadores, que sería comunitario, y la derivación eléctrica de cada vecino que parte desde cada contador, que todo comunero tiene y que va a parar individualmente a cada vivienda por elementos comunes que sería privativa, no pueda aceptarse, de acuerdo con lo establecido en el art. 396 CC, en relación con el art. 3 a) de la LPH, que atribuye a cada propietario el derecho singular y exclusivo sobre las instalaciones de todas clases sólo cuando se reúnen dos requisitos: que estén comprendidos dentro de los límites de un piso o local y sirvan exclusivamente a su dueño, y en el caso concreto que nos ocupa aunque el daño en las instalaciones se haya provocado en la derivación individual de un abonado, la instalación troncal de la derivación, aun siendo para cada uno de los comuneros, pertenece a la comunidad, ya que deriva de instalaciones comunes, regletas únicas y capas de fu-*

sibles con la disposición de todos los abonados de la escalera y discurre por zonas comunes, resultando imposible mantenerlas individualmente”.

5. Obras en este tipo de elementos

Evidentemente, estará en función del tramo en donde se ubique y por tanto su naturaleza común o privativa. Obviamente, si es común le corresponderá a la comunidad y si es privativa al dueño del local o piso.

La litigiosidad surgirá en el supuesto en el que, siendo común, la comunidad se desentienda de su arreglo. En este caso, ¿qué hacer?

Por las características de estas conducciones por las cuales van fluidos como agua, electricidad, resulta obvio que son necesarios para la habitabilidad de una vivienda. Parece evidente que sin agua o luz en un hogar no se puede vivir con dignidad y en el caso de un local de negocio parece obvio que difícilmente va a poder desarrollar su labor de forma adecuada. Consecuentemente, hemos de calificar de urgentes las obras que tengan como finalidad el restablecimiento de estos fluidos. En este caso considero que el propietario está legitimado para abordar la obra sin perjuicio de su derecho de repetición contra la comunidad y así lo recoge entre otras la SAP de Asturias, sección 1.^a, de 15 de septiembre de 2006 (SP/SENT/98296). Pero para llegar a este resultado hemos de cumplir con una serie de requisitos que la propia jurisprudencia indica. Fundamentalmente dos:

- a) Que la obra resulte imprescindible para la habitabilidad de la vivienda.
- b) Que conste el requerimiento fehaciente a la comunidad.

La SAP de Zaragoza, sección 5.^a, de 14 de septiembre de 2006 (SP/SENT/98494), en un supuesto de reparación de unas tuberías que elevaban el agua hasta uno de los radiadores de la vivienda del demandante, rechaza que el coste lo soporte la comunidad, pese a ser un elemento común, porque el comunero no ha requerido a la comunidad para que afrontara las obras de reparación. La Sala recuerda que el artículo 7.1, párrafo 2.º, LPH obliga a comunicar al administrador la necesidad de realizar obras urgentes en un elemento común, ya que existe prohibición general de realizar alteración alguna en un elemento común sin contar con la autorización de la Junta de Propietarios. Debe ser la comunidad la que, conforme al artículo 10 LPH, afronte la subsanación de deficiencias en este tipo de elementos.

Por tanto, y en conclusión, podrá el propietario repetir contra la comunidad el costo de la reparación, eso sí, cumpliendo lo indicado anterior-

mente. Para lograr el pago, el comunero puede compensar con su obligación de contribuir a los gastos generales del edificio, ya que, en mi opinión, se cumplen los requisitos del artículo 1.196 CC.

La responsabilidad de la comunidad que no realiza las obras necesarias no es sólo frente al comunero, sino frente a cualquiera que sufra el perjuicio (véase arrendatario, precarista, etc.). En el caso de que exista un contrato de aseguramiento, la responsabilidad será conjunta y solidaria (14).

(14) Resulta de interés la SAP de Sevilla, sección 6.ª, de 7 de mayo de 2001 (SP/SENT/28922).

EL ESTÍMULO FISCAL A LAS DONACIONES

VÍCTOR MANUEL GARRIDO DE PALMA

Notario

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. UNA HACIENDA ANIMADORA DEL ANIMUS DONANDI. **I.** ¿UN GIRO COPERNICANO? **II.** NECESARIO ES PROFUNDIZAR EN LAS DONACIONES. **III.** LA REALIDAD PUEDE DESBORDAR AL JURISTA. EJEMPLO. **1.** Usufructo y nuda propiedad. **2.** Nuda propiedad y usufructo. **3.** Reserva de la facultad de disponer de lo donado. **4.** Reversión de lo donado: al donante; a otras personas. **5.** Donar al concebido. ¿Donar al *nondum concepti*? **6.** Donar ya, pero... Dono, pero si premuere el donatario... **7.** Donar el usufructo en documento privado. **8.** ¿Se dona el dinero o el bien que con él se adquiere? **9.** La mejora por el donatario en el bien donado. **10.** Partición *inter vivos* vía donaciones y testamento posterior. **IV.** EL JURISTA QUE PLANTEA INTERROGANTES. ¿BASTA MIRAR AL SOSLAYO? **V.** ALGO SOBRE EL ARTÍCULO 639 DEL CÓDIGO CIVIL. **VI.** ALGO SOBRE EL ARTÍCULO 641 DEL CÓDIGO CIVIL. **1.** Revertir supone recuperar. Aparte, la “reversión” a favor de persona distinta del *donador*. **2.** ¿Y si el donante fallece antes de cumplirse el evento condicional? Su necesaria previsión documental. **3.** Aludo al otro supuesto del precepto: ¿el donante puede revocar el paso de la donación a persona concreta, a la muerte del donatario? Su necesaria previsión. **4.** Un apunte acerca del régimen jurídico del supuesto.

5. Combinación de ambos supuestos: el artículo 641 en su plenitud aplicativa. 6. Interrelación sin confusión y sin aniquilamiento de los supuestos de hecho encajables en los artículos 639 y 641. VII. ALGO SOBRE EL ARTÍCULO 620 DEL CÓDIGO CIVIL: LA LLAMADA DONACIÓN *MORTIS CAUSA*. VIII. ¿DISCRIMINACIÓN POSITIVA POR EL LEGISLADOR FISCAL? CONTEMPLANDO EL *INTERÉS GENERAL*. UN CASO REAL.

Introducción. Una Hacienda animadora del *animus donandi*

El profesional del Derecho tiene que conocer a fondo la motivación íntima que lleva a donar y desde luego se percata que no siempre parece aconsejable que aflore el *animus donandi*. Nada nuevo se dice cuando se expone el viejo tema de la donación encubierta (por el manto de la compraventa, frecuentemente), el de las indirectas o el de las “en fraude de acreedores” y el de las que a los legitimarios perjudican y se trata de enmascarar, ocultar... (“aunque lo hayan hecho simuladamente, bajo apariencia de otro contrato, por persona interpuesta”; artículo 628 Código Civil). Y nada nuevo se dice cuando lo anterior se explica a base de hacer números, con la legislación del Impuesto en su aplicación a las donaciones.

Si con el Fisco –decía GONZÁLEZ PALOMINO– el jurista debe “aprovechar los vados y evitar las torrenteras”, desde hace años el trasvase, no del agua, sino de competencias recaudatorias a las Autonomías ha producido que, unas con mayor decisión que otras, bonifiquen fiscalmente las donaciones, no todas pero sí las que por razón de parentesco entre las partes son más habituales. Entre las que más pronto y generosamente ha actuado en este sentido, la Comunidad Autónoma de Madrid (discriminación positiva de nuevo cuño, sorprendente para quizás demasiados).

I. El giro copernicano

Hoy por hoy hay que desempolvar todo estudio, cualquier resolución, aquellas sentencias... que atisban donación bajo el manto de otro negocio jurídico que aparece en la superficie. No para sancionarla, sino para defender que es, si lo es, donación y –en consecuencia– acudir a la figura y aplicarle, si cabe, la bonificación fiscal a las donaciones que en cada Autonomía pueda existir.

II. O profundizas en su estudio o te quedas “a la luna de Valencia”

Si tampoco es malo contemplarla –para un valenciano, desde luego, no admite duda– el “dolce far niente” está reñido con la necesaria profundización en el estudio de las donaciones. Impulso a ello por de pronto lo constituye la demanda, la solicitud del particular que al profesional acude para “disponer gratuitamente de una cosa en favor de otra que la acepta, como acto de mera liberalidad”; artículos 618 y 1274 *in fine*).

III. ¿Por qué lo anterior?

Por varias razones. Voy a exponer algunas que en estos últimos años han impulsado a donar, pero con particularidades conforme a las circunstancias del caso real concreto.

1. ¿Puedo donar pero quedándome con el usufructo vitalicio *del piso*? ¿Y cabe extenderlo a mi cónyuge, a...; mientras viva el último de los usufructuarios?

2. ¿Es factible donar el usufructo, pero conservar la nuda propiedad mientras viva?

3. ¿Cabe donar, pero reservándome la facultad de disponer de lo donado mientras viva, o siempre que... o para el caso de...?

4. Si dono, ¿es posible recuperar lo donado, si quiero, plasmándolo expresamente? Y si la recuperación –o como se diga en puridad técnico-jurídica– quiero establecerla a favor de persona/s distinta/s, ¿puedo establecerlo así?

5. ¿Puedo, al donar, favorecer no sólo al donatario actual sino también al que en su seno lleva la donataria? ¿Y es posible incluso favorecer al *nondum concepti* y de qué modo?

6. La donación la quiero hacer ya, y el donatario aceptarla, pero el uso y disfrute de lo donado lo conservaré hasta mi muerte. Mas, dono ya pero quedará sin afecto, aunque acepta la donación el donatario, si me premuere. ¿Es factible en Derecho?

7. He donado a mi hijo x el usufructo de... en documento privado; ¿acaso no es válida esta donación de usufructo del piso si no consta en escritura pública?

8. Doné a mi hija z un millón de euros para que se comprara su actual vivienda y con él la pagó: ¿le he donado el dinero o le he dado la casa?

9. En el supuesto anterior, mi hija ha gastado además medio millón en mejoras; ahora en mi testamento, a los efectos de igualar a mis cuatro

hijos: ¿configuro ese medio millón –que no se lo di yo– como una mejora, para que se incluya contablemente en la partición, o no es el medio adecuado para conseguir el propósito igualatorio que me guía?

Y 10. Fallecida mi esposa y surgidas desavenencias con mis hijos, repartí todos los bienes entre ellos, excepto mi actual casa. Para ello les hice donaciones que aceptaron. Ahora me dice algún experto que éstas puedo dejarlas sin efecto o al menos están en el aire si hago testamento y altero, modifico, cambio el reparto, la distribución y partición que efectué, por mucha donación ante Notario y aceptada por mis hijos que fuera. ¿Es así o “a lo hecho pecho”?

No sigo. Y aunque podría pensar que no estoy obligado a decir por qué, algo me dice que comprometido estoy a, por lo menos, razonar lo siguiente: no es bueno plantear cuestiones, aunque el planteamiento pueda entenderse claro y aunque la solución (*sic*) quepa encontrarse en doctrina y jurisprudencia, si luego se está tentado –como podría estarlo yo– a salirse por la tangente con algo parecido a: “la problemática expuesta requiere de un tiempo y una fuerza de voluntad de las que carezco”. Si pretendes justificarte así, mejor no seguir, más, mejor ni siquiera empezar.

IV. Al menos algunos interrogantes debo abordar aquí y ahora

Aquí y ahora algunos, por lo menos. Porque otras cuestiones problemáticas están resueltas desde tiempo atrás, guste o no guste la fundamentación de la solución que ha terminado por prevalecer, y algunas de ellas el exponer en estos momentos respuestas en Derecho llevaría a repetir lo que personalmente ya he estudiado con anterioridad (y en casos con cierta machaconería: al hilo, por ejemplo, de los acuerdos familiares acerca de la empresa con transmisiones gratuitas, anticipos de herencia, ...).

En último término, y como se expuso en el Seminario de Derecho Privado (Ilustre Colegio Notarial de Madrid, II-2007), que contó con M. GONZÁLEZ-MENESES como ponente y con el que esto escribe dirigiendo el coloquio: el hecho de que la donación se haya convertido en *el negocio de moda* exige una especial atención a los supuestos que prevén realizar con ella un anticipo de la herencia y llevan consigo cláusulas de reserva de usufructo, de reversión o de reserva de facultades dispositivas por parte del donante.

V. Aquí y ahora, algo sobre: si puedo donar pero reservarme la facultad de disponer de lo donado mientras viva, o hasta, o si acaece...

Estudiada por mí tal posibilidad –en torno a la problemática del art. 639– no existe autor que de la donación trate que no le dé vueltas y vueltas en pro del anhelado “Eureka”; ya tengo la solución irrefutable “al intrincado precepto”.

Centrándome ahora en el supuesto de donación con reserva de la facultad de disponer de algunos de los bienes donados –y no de alguna cantidad con cargo a ellos–, sigo pensando que aquella sentencia, aquella resolución, aquel auto judicial que han considerado que: la reserva total no cabe; el 639 admite la reserva sólo de algunos, con lo que se interpreta literalmente la norma, pero porque es clara en su *ratio*, están en lo cierto. Si se dona, pero el donante puede disponer *de todo* lo donado, ¿qué se dona?; ¿el usufructo?, pues dónese éste y resérvese la nuda propiedad. Pero es que en el supuesto en estudio ahora si el donante muere sin haber hecho uso de la facultad de disponer, pertenecerán al donatario los bienes (como dice el 639, *in fine*) y ello se interpreta jurisprudencialmente como supuesto de deficiencia de la condición resolutoria que sobre la donación pendía, dado que el donante se desprendió en puridad del dominio y se constituyó sobre lo donado un derecho real de disposición sobre bienes ajenos (y no una reserva propiamente dicha, a pesar de lo que dice el precepto; supuesto de legitimación dispositiva sobre bienes ajenos).

El mismo artículo –al asimilar el resultado que produce el que acaezca el fallecimiento del donante “sin hacer uso de este derecho” cuando se reserve alguna cantidad con cargo a lo donado– demuestra que ésta es la respuesta correcta; y es que en el supuesto de la cantidad de dinero reservada con cargo a... nos hallamos ante un modo (*ex art. 797*) inherente a lo donado, pero que no forma parte del bien o bienes que se donan como en la reserva ahora en estudio. Y pretender *descafeinar* el precepto “argumentando” a base de que para esto ya está la donación del usufructo manteniendo la nuda propiedad (por ejemplo), desvía la cuestión: son preceptos que tienen encaje para supuestos fácticos diferentes en la realidad de la vida. Como lo es el 641 acerca del cual voy a decir algo seguidamente.

Pienso que entender lo contrario supondría dejar la donación al arbitrio del donante, como así lo afirmaba GARCÍA GOYENA y lo cita I. BARRAL VIÑALS, para quien a pesar de ello es válida la reserva *total*, porque –a su juicio– ha desaparecido la lógica interna que en el sistema francés tenía la donación irrevocable y “algunos” se refiere a todos, pues es un indefinido (*sic*).

Ni tampoco deben dejarse cabos sueltos: si el donatario adquiere la

propiedad y la facultad dispositiva (FD) incide en algunos o cuota parte de lo donado: no está de más –es muy conveniente– que lleve consigo la donación *además* la prohibición de disponer impuesta al donatario (al menos respecto a “algunos” que están afectadas por la FD reservada a favor del donante).

Por otra parte, ¿por qué pluraliza el artículo cuando la donación es un acto de liberalidad por el que... una cosa... (art. 618), y el 639 habla de algunos de los bienes donados?; y si se dona uno solo, ¿qué? *In mente* tuvieron los autores del Código su homólogo francés (“donner et retenir ne vaut”), pero al no convencerles, *airosamente* pluralizaron el precepto hispano. Pero no hay problema en caso de donarse un solo bien: parte de él, una cuota indivisa, el mobiliario del piso o de algunas de sus habitaciones... cabe reservarlo (o constituir sobre el mismo) el derecho o legitimación para disponer el donatario. Sigo aconsejando –con GONZÁLEZ PALOMINO– que el estudio del Código tenga a su lado comentarios de los que en el siglo XIX dejaron su impronta de civilistas, máxime si influyeron, si tomaron parte activa, ... en la redacción del Cuerpo legal (GARCÍA GOYENA, NAVARRO AMANDI, MANRESA, VALVERDE, MUCIUS, SÁNCHEZ ROMÁN...) y específicamente además en torno al 639 las más recientes monografías (de enfoque interpretativo y soluciones divergentes) de IRURZUN GOICOA y RODRÍGUEZ ADRADOS: véanse con atención, repósense y piénsese acerca del *iter*, del hilo conductor y luego estúdiese la jurisprudencia, para más tarde responder a quien, como acaece actualmente en los estudios notariales, acude preguntando: ¿puedo donar... a mi hijo... pero que no pueda disponer de lo donado hasta que no cumpla..., hasta que..., mientras no...?; si lo hago, ¿cómo se plasma el régimen de uso, disfrute y dispositivo de esta peculiar donación? (pensando en el supuesto de donación a hijos menores de edad, admite RODRÍGUEZ ADRADOS la reserva total pero siempre que consista en actos dispositivos onerosos a realizar por el donante con subrogación real a favor del donatario; ello permite a su juicio la no aplicación del art. 164).

En último término, el apunte práctico de la figura en estudio no puede soslayar el planteamiento de la siguiente cuestión: ¿Incluye la RFD la disposición *mortis causa*?; para RODRÍGUEZ ADRADOS, a pesar de que la configura afectando a bienes *ajenos*, considera que la respuesta afirmativa es útil para el caso que se desee favorecer a un tercero, a descendientes del donatario incluso, o bien lograr una distribución más equitativa de la herencia cuando han fallado los cálculos que al donar había hecho el donante, así como para lograr otros objetivos dignos de protección; máxime si al donar se prevén los supuestos más importantes.

VI. Aquí y ahora, algo sobre: voy a donar pero, dejando previsto que si quiero, cuando quiera, por la razón de..., o sin razón alguna, por mi voluntad, recuperaré lo donado

Es la primera parte del supuesto, o el primero de ambos, que recibe respuesta afirmativa en el artículo 641 del Código Civil.

1. Revertir implica volver a recuperar (es lo que el 812 prevé, la reversión *legal*, en sede de sucesión *mortis causa*), y si donar cabe sin más, como cabe el no hacerlo, donar pero prever recuperar lo donado, más todavía (sin confundir el caso con las causas legales de revocación de las donaciones que los arts. 644 y ss. regulan).

Y si de confusión hablamos, que revierta en favor del *donador* (terminología medieval; única vez que el Código habla de él y no de donante; “tierras de donadío” en los olivares de Jaén de mis primeros años profesionales), no se trata de exigir que para ello sea necesario que disponga el donante a favor de otra persona distinta del donatario, a diferencia del caso en que se haya reservado aquél la facultad dispositiva: éste es el supuesto del 639, el otro el del 641 ahora en estudio. Existe Resolución de la DGRN al respecto, atinada en su enfoque.

2. ¿Y si el donante fallece antes de cumplirse el evento condicional? La pregunta, literalmente transcrita de GULLÓN BALLESTEROS, recibe un apretado estudio en el que sintéticamente el autor destaca los enfoques de LACRUZ BERDEJO, de SOTO BISQUERT y de PONS PÉREZ –también de Díez Pastor, que con GONZÁLEZ PALOMINO planteó la donación al no concebido, cuestión que apunté en la primera parte del presente estudio y sobre la que volveré más adelante.

Compensa sin duda abordar en directo los citados estudios para extraer así conclusiones y a la vista del caso real concreto plasmar la respuesta, el tratamiento a cada uno de ellos (no dejando el problema sin resolver en la escritura de donación, la que si bien no debe ser un dictamen plasmado en la misma, tampoco un telegrama escueto: ha de prever las consecuencias esenciales a eventos previsibles y predecibles como el que estoy apuntando).

3. Sin profundizar en la vertebración jurídica del 641, baste señalar qué acaece si el donatario reversionista amplía su patrimonio mientras propietario es de lo donado: en el supuesto de adquisición de acciones de sociedad anónima consecuencia de un aumento de capital con asignación gratuita, las nuevas acciones “a falta de precepto expreso y de pacto que a ello le obligue”, no están sujetas a reversión (Sentencia de 20 de noviembre de 1997 del Tribunal Supremo).

4. La llamada reversión a favor de persona/s distinta/s del donante. El fideicomiso contractual.

La segunda parte del artículo 641 contesta afirmativamente a tal posibilidad, pero “en los mismos casos y con iguales limitaciones que el CC determina para las sustituciones testamentarias” (nótese que no dice: fideicomisarias, como SOTO advirtió y estudió con detenimiento). Pues bien, a este autor hay que añadir –por ser de obligado estudio– al ya citado PONS y también a VALLET DE GOYTISOLO (para empezar, puede verse el resumen del planteamiento problemático en GULLÓN BALLESTEROS. *Curso de Derecho Civil*, pp. 88 y ss. Tecnos, 1968 y recientemente en la obra de GOMÁ SALCEDO. Bosch, 2006).

Plantéase y dejo al menos apuntado el problema de si el donante establece que a la muerte del donatario pasará lo donado a Y, ...: ¿puede luego revocar el paso de la donación a Y? Piénsese en el supuesto, frecuente en la realidad, de que la cláusula de “reversión” contemple a los *nondum concepti*: la donación, por ejemplo, se hace a X y después a sus hijos; ¿es aplicable por analogía el artículo 627 o la analogía deriva más bien a las sustituciones fideicomisarias en que la voluntad del causante hasta su fallecimiento “ambulatoria est”? Debe preverse en la escritura de donación, sobre todo si por pacto el donante se compromete a la no revocación, lo que sin duda –no, 1271– es admisible y desde luego despeja toda duda acerca de las diversas analogías expuestas en interrogante.

Como destaca GULLÓN, fue PUIG BRUTAU el que agudamente puso de relieve cómo este supuesto de donación ha venido a contrarrestar en parte la rigidez del 1.271 del Código Civil; y, añadido yo, difuminar en parte la interpretación tendente a mantener la autonomía de la figura de la donación *mortis causa*.

En último término, no confundible con lo que vengo exponiendo es el supuesto que el artículo 812 prevé: el de las donaciones a los descendientes que sin posteridad fallecen; y es que es la Ley la que ya establece el derecho de reversión a favor de los ascendientes donantes en tal caso.

5. Es posible, sin duda, combinar los dos supuestos del 641: “si el donatario fallece sus descendientes después que el donante, lo donante pasaría a...” (supuesto calificado de reversión impropia por el Tribunal Supremo, que implica –para la sentencia de 27 de diciembre de 1945– un llamamiento en concepto de sucesor del primeramente llamado como donatario con los límites del 641, y de carácter revocable).

6. Los términos del artículo 641, digamos por último, han llevado a pensar que *fagocitan* toda exégesis del 639 que ciña la FD reservada a “algunos”, pero como se ve, comparativamente, los dos preceptos tienen su

propia *ratio* y aplicaciones diferentes: y es que si lo que se quiere es prever la hipótesis de que el donante pueda luego llegar a disponer de bienes o cuota donados, acudir al 641 supone un maximalismo en principio no querido por el favorecedor. En todo caso el diagnóstico y tratamiento adecuados dependen del análisis detenido y *vis a vis* del supuesto real concreto.

VII. Algo sobre el artículo 620 del Código Civil: “para que produzcan sus efectos por muerte del donante”

Ciertamente, afirmo ya de entrada, si el precepto hubiera recibido una más feliz redacción (“para disponer a título gratuito ha de hacerse por donación entre vivos o por testamento”, dice el 893 del *Code*), nos habiéramos evitado los ríos de tinta que ha producido la polémica acerca de si subsiste o no la donación *mortis causa*. ¿Subsiste hoy?

No, pero. No, ha de responderse y así hace la doctrina mayoritariamente y la mayor parte de las sentencias del Supremo. Esta “especie de monstruo entre los contratos y las últimas voluntades” en frase de GARCÍA GOYENA, reciben con la cita y redacción del 620 y su comparación con el precepto siguiente, su “esquela mortuoria” en palabras de FUENMAYOR al rebatir a VALLET (con todo, la interpretación de este autor acerca del 620 es un modelo de ingenio intelectual; puede verse, para empezar, un resumen de la misma en la monografía del civilista filipino GENSOLIN; Barcelona, 1962).

No subsiste porque —como dice con claridad PUIG BRUTAU— la donación que permitía el Derecho romano: por acto entre vivos pero con la motivación que impulsa a las disposiciones por causa de muerte, de modo que se hacía en forma de acto entre vivos pero que al reflejar la última voluntad del donante era revocable, hay que entender, ante lo ya expuesto, que ha quedado refundida en los legados, en una disposición testamentaria y por ello al testamento hay que canalizarla.

Con referencia al criterio de la jurisprudencia, resalta el citado autor que las donaciones a que se refiere el 620 están sometidas a la forma testamentaria y no producen efecto alguno en vida del donante. Por ello —concluye—, las donaciones que transmiten la propiedad al donatario aunque condicionándola resolutoriamente a que éste sobreviva al donante (Sentencia de 29 de octubre de 1956), y las que —en el sentir de LACRUZ— aun aplazando la transmisión de la propiedad a la muerte del donante se declaran irrevocables y válidas de presente, están excluidas de la forma testamentaria. Y es que —diría yo— el donante carece ya en estos supuestos del “poder dispositivo sobre lo donado” empleando la terminología del 635 del Código Civil.

No subsisten, pero, decía antes. Y es que –sobre todo los dos supuestos ahora transcritos con citas doctrinales– no deben producir extrañeza si siembran dudas o al menos hacen ver al jurista que en ocasiones la sutileza del caso real exige exquisita prudencia en el tratamiento concreto (CARPIO MATEOS, con cita de ALBIEZ DHORMAN, ha alertado acerca de los negocios *inter vivos* con efectos atributivos *post mortem*. Volumen III de la obra homenaje a A. HERNÁNDEZ GIL, 2001 y Cedecs, 1998, respectivamente).

Sirva de contraste con lo que vengo exponiendo, lo que regula el Código de Sucesiones de Cataluña: se rigen en general por las reglas de las donaciones *inter vivos*, pero por las de los legados en lo que respecta a: incapacidad, indignidad, acrecimiento, sustitución vulgar, fideicomisos, cargas... Y se requiere capacidad para testar (arts. 392 a 396). Además, las donaciones bajo condición *suspensiva* de sobrevivir al donante son *mortis causa*.

Termino el apunte acerca de la controvertida figura recordando que lo expuesto no debe llevar a confusión con supuestos ya tratados: la donación del usufructo, la donación de la nuda propiedad, o la donación con reserva de la facultad dispositiva, incluso hasta la muerte del donante; así como el donar con cláusula de reversión a favor del donador, o en favor de personas distintas... Ya se han expuesto –más o menos extensamente– y es necesaria nítida contemplación de los diferentes casos a fin de diagnosticarlos y tratarlos jurídicamente con acierto.

VIII. Transmitir bienes en vida para que jóvenes, emprendedores o bien necesitados de ayuda, vitalicen el rendimiento de los patrimonios o consoliden su situación económica. Todo esto ha de ser estimulado fiscalmente

Sí. Sin agravios comparativos pero con la idea clara de que el trato impositivo es importante: no es lo mismo que tribute como acto oneroso o por donación la *aportación* de bienes por los cónyuges a la sociedad de gananciales que como aportación exenta se considere (como bien hace la Ley del Impuesto). No resulta indiferente un tratamiento fiscal estimulador para la transmisión de las empresas familiares que el duro trato fiscal que recibía tiempo ha. Y el tratamiento impositivo a las donaciones es acertado hoy por hoy: es que así se producen agravios comparativos, es que hay que recaudar, es que se beneficia a los ricos, es que... “*Razones*” que si en serio se toman anquilosan los patrimonios, frenan su productividad, dificultan su dinamización, los debilitan y merman cuando no a la larga acaban dinamitados por el pago de impuestos, sin olvidar que la im-

placable tributación estatal a las donaciones ha sembrado la realidad jurídica de patología negocial (la práctica generalizada de la corruptela que supone la escritura pública de compraventa que encubre donación, constituye –advirtió DE CASTRO– una llamada de atención al legislador para la reforma de la legislación fiscal de las donaciones, por ser hoy contraria al bien común al dificultarlas y con ello la distribución más rápida de la riqueza, la independización de los hijos y los matrimonios de los jóvenes).

No me resisto a cerrar el presente estudio sin plasmar una afirmación por demás realista: BELLO JANEIRO –desde la Universidad de La Coruña– señala en la línea que acabo de resaltar: “en Madrid se han multiplicado por siete las donaciones desde la práctica supresión del impuesto. Galicia tiene que ser competitiva fiscalmente. Con menos impuestos se puede recaudar más y evitar deslocalizaciones”. Este es el camino.

Un caso real

Como final expongo un esquema de régimen específico de una donación por un padre a su hijo menor (vive también la madre).

Sin perjuicio de legítimas y del régimen legal de la patria potestad (se han tenido en cuenta los arts. 164, 1.º, y 166 del Código Civil, naturalmente) he aquí el planteamiento de esta donación especial y específica.

Régimen jurídico de la donación

Considerando el carácter de los bienes donados, la complejidad de su administración y enajenación de los bienes y ante todo la necesidad de la madurez de juicio suficiente, siempre en beneficio e interés del donatario, la presente donación se ajustará al siguiente régimen convenido entre el donante y la representante legal del donatario.

Primero. El donante, hasta que el donatario cumpla la edad de X años, será quien exclusivamente administre, realice y decida las inversiones y desinversiones en los bienes donados, *en las rentas y ganancias derivadas directa o indirectamente de los mismos, así como en cualquier otro bien o derechos que directa o indirectamente proceda de los anteriores*. A tal efecto podrá el donante realizar las mismas, con la finalidad de producir rentas o ganancias –en bienes, *derechos e inclusive*– valores (como máximo la depreciación o pérdida queda limitada al importe de la inversión). A tal efecto, *a título meramente enunciativo y no limitativo*, el donante podrá:

1. Abrir y cancelar cuentas de cualquier tipo y naturaleza en entidades financieras en cualquier territorio, así como ordenar transferencias, depositar, retirar, recibir y mover fondos, emitir, endosar y recibir libramientos y efectos de cualquier tipo y naturaleza.

2. Comprar, vender y permutar bienes y derechos de cualquier clase y naturaleza.

3. Celebrar y ejecutar toda clase de actos y contratos de administración en relación con los bienes y derechos.

4. Constituir, disolver, liquidar, extinguir, realizar aportaciones al capital o al patrimonio de sociedades, instituciones de inversión colectiva, sociedades gestoras de inversiones, agencias de valores, y en general dichas facultades en relación con entidades jurídicas e instituciones de cualquier tipo y naturaleza en cualquier territorio.

5. Aceptar, nombrar y destituir cargos, aprobar estatutos y reglamentos de funcionamiento, apoderar, dar instrucciones, pautas de inversión y de gestión a terceros.

6. Ejercitar los derechos políticos de la condición de socio o de inversor que correspondan.

7. Suscribir, en relación con las inversiones que realice, cualquier documento que sea requerido para efectuarla y mantenerla, y en concreto aquellos en los que se deba manifestar de alguna forma en relación con la inversión, con el detalle y extensión que sea preciso, que conoce y ha sido informado de los riesgos inherentes a la misma.

El donatario colaborará con el donante para facilitarle la realización de las actuaciones aquí previstas y a tal fin otorgará los poderes y documentos que al efecto sean necesarios en cada momento y situación.

Las actuaciones del donante reguladas en la presente estipulación, en cuanto se realizarán siempre en beneficio del donatario y en su exclusivo interés, serán totalmente gratuitas; no existe retribución pactada en ningún caso.

Segundo. El donatario, hasta que cumpla 35 años, no podrá hipotecar, pignorar o gravar, los bienes donados ni sus rentas, frutos y ganancias derivadas directa o indirectamente de los mismos, con las salvedades y en los supuestos que a continuación se dicen.

Tercero. El donatario, hasta que cumpla la edad de X años, podrá aplicar los fondos de la donación recibidos, así como las rentas y ganancias derivadas directa o indirectamente de ellos, tanto en simultáneo como sucesivamente, a los siguientes fines:

1. Adquisición de la primera vivienda elegida por el propio donatario para el uso y disfrute suyo personal o de su familia.
2. Gastos de manutención, de estudios y en general para satisfacer necesidades ordinarias suyas personales o de su familia.
3. Adquisición de un vehículo turismo elegido por el donatario, cada cinco años a partir de la obtención del permiso de conducción, para el uso y disfrute suyo personal o de su familia.
4. Satisfacer cualquier tributo o deuda tributaria de la que el donatario o su familia sean obligados tributarios o responsables.
5. Realizar inversiones en bienes y derechos de cualquier tipo o naturaleza, cuya finalidad sea producir rentas o ganancias, aunque se incurra en riesgo de depreciación o pérdida, siempre que la pérdida potencial con respecto a cada inversión quede limitada al importe de la misma. Dichas inversiones se realizarán y regularán de conformidad con el punto **Primero**.

Cuarto. A fin de lograr una completa seguridad en la realización efectiva de lo convenido en las estipulaciones anteriores, el donante podrá exigir que los bienes y derechos, así como los títulos, participaciones, anotaciones en cuenta y en general documentos que representen o incorporen derechos derivados de las inversiones realizadas conforme a la estipulación tercera anterior, sean hipotecados, pignorados o gravados a su favor en garantía de las obligaciones especificadas en los pactos primero, segundo y tercero anteriores, con inclusión del ejercicio en su caso de los derechos políticos inherentes a la condición de socio en las sociedades, si ello previsto está en los estatutos.

Quinto. Siempre con la finalidad del buen gobierno y clarificación adecuada del contenido patrimonial de los bienes donados y de sus subrogados, el donatario, caso de contraer matrimonio, otorgará previamente capitulaciones matrimoniales pactando el régimen de absoluta separación de bienes. Con idéntico fin, unido o no a la escritura capitular, otorgará en escritura pública la manifestación relacionada de todos los bienes que sean privativos del donatario, siempre que procedan y tengan su causa en la presente donación.

Sexto. El donante podrá en cualquier momento, haciéndolo constar en escritura pública y sin necesidad de intervención del donatario, con notificación al mismo en su caso:

1. Rebajar la edad mínima del donatario de X años prevista inicialmente u otra inferior que ya se hubiera establecido con anterioridad; todo ello a los efectos de lo acordado en los apartados **Primero**, **Segundo** y **Tercero** anteriores.

2. Liberar o dejar sin efecto las limitaciones y obligaciones establecidas en dichos apartados **Primero**, **Segundo** y **Tercero**, así como en la estipulación **Quinta**. Ello total o parcialmente, de forma temporal o permanente, general u ocasional, en relación a gastos, adquisiciones o inversiones concretas o a tipos de ellos.

Séptimo. El donante, mientras esté vigente cualquiera de las condiciones establecidas en los apartados **Primero**, **Segundo** y **Tercero** anteriores, podrá designar en escritura pública a otra u otras personas o instituciones, para que participen o asuman, total o parcialmente, las funciones de administración, de decisión, o de ejecución que corresponden al donante en el apartado **Primero** anterior, y establecer los reglamentos de funcionamiento para la realización de las actuaciones por los designados, así como establecer las fechas, eventos, términos y condiciones en los que dichas designaciones deban o puedan surtir efectos en su caso; así como modificar, revocar, o anular, también en escritura pública, cualquier decisión previa manifestada a este respecto.

Octavo. Para el caso de fallecimiento del donante o de declaración de incapacidad judicial firme, estando vigente cualquiera de las condiciones establecidas en los apartados **Primero**, **Segundo** y **Tercero** anteriores, se regula lo siguiente:

1. Si la madre del donatario, doña ... sobreviviese y no estuviese incapacitada por declaración judicial firme, sustituirá al donante en todo lo previsto en los apartados anteriores reguladores del régimen jurídico pactado en la presente donación.

2. Si la madre del donatario no sobreviviese al donante o estuviese incapacitada por declaración judicial firme, las condiciones de la donación se extinguirán quedando sin efecto todo lo previsto en los apartados reguladores de límites, reservas y obligaciones convenidos con anterioridad.

Noveno. En caso de fallecimiento del donatario, las condiciones de la donación se extinguirán, quedando sin efecto todo lo previsto en los apartados anteriores en cuanto suponen reservas, límites y obligaciones.

Observaciones:

— Se ha tenido en cuenta el artículo 164, 1.º del Código Civil; y también el artículo 166, *in fine*.

— Conviene que la madre, en virtud de la patria potestad, otorgue poder al donante a los efectos de lo estipulado en PRIMERO, ordinal 7, párrafo 2.º (aunque se refiera el poder a todo el clausurado del pacto primero).

**LA *TERCERA PARTIDA*
DE ALFONSO X EL SABIO**

**Estudio y edición crítica
de los títulos XVIII al XX**

RAÚL ORELLANA CALDERÓN

*Doctor en Filología española
Universidad Autónoma de Madrid*

CONTEXTOS EN TORNO A LA EDICIÓN DE LA *TERCERA PARTIDA* DE ALFONSO X EL SABIO (Parte 2.^a) (*)

SUMARIO: II. PARTE 1.^a: CAPÍTULO II: LA OBRA JURÍDICA ALFONSI (STATUS QUAESTIONIS II): 3. LAS SIETE PARTIDAS. 3.1. Primeras referencias. 3.2. Estructura. 3.3. Fuentes. 3.4. Las observaciones de GARCÍA-GALLO. 3.4.1. *Las reelaboraciones y versiones de la Primera Partida*. 3.4.2. *La Segunda Partida*. 3.5. Hipótesis de ARIAS BONET y las "Nuevas observaciones" de A. GARCÍA-GALLO. 3.6. Otras teorías, otras dataciones: J. R. CRADDOCK. 3.6.1. *La Segunda Partida*. 3.7. Denominación del código. 3.8. Valor legal. 3.9. Valoraciones. 4. EL SETENARIO. 4.1. Estructura. 4.2. Datación y significado: J. R. CRADDOCK, G. MARTIN. 4.3. Valoraciones. 5. OBRAS JURÍDICAS MENORES. 5.1. Fueros. 5.2. Leyes, ordenamientos, privilegios y diplomas. CAPÍTULO III: CONCLUSIONES GENERALES. JURISDICCIÓN Y PODER REAL EN EL PROYECTO POLÍTICO ALFONSI. 1. La tradición jurídica alfonsí. 2. La reorganización jurisdiccional. 3. Epílogo. III. PARTE 2.^a LA *TERCERA PARTIDA*. CAPÍTULO I: EL DERECHO PROCESAL. 1. EL PROCESO EN EL *IUS COMMUNE*. 1.1. Textos no hispánicos. 1.2. Textos hispánicos latinos. 1.3. Textos hispánicos en romance castellano. 1.3.1. *Obras procesales*. 1.3.2. *Obras legales que tratan lo procesal*. CAPÍTULO II: LA *TERCERA PARTIDA*. FUENTES, ESTRUCTURA Y DATACIÓN. 1. FUENTES Y ESTRUCTURA. 1.1. *Las Flores de las leyes*. 1.2. *El Doctrinal de los pleytos*. 1.3. *La Margarita de los pleytos*. 1.4. Los libros IV y V del *Espéculo*. 1.5. Nuevas fuentes y otros textos subsidiarios. 2. DATACIÓN. IV. BIBLIOGRAFÍA: FUENTES DOCUMENTALES Y ESTUDIOS. V. ABREVIATURAS.

(*) En el número anterior de la Revista iniciamos la publicación de este estudio sobre "La Tercera Partida de Alfonso X el Sabio".

Incluimos en este número la continuación de la Parte 1.^a y la Parte 2.^a completa.

En los próximos números de la Revista publicaremos las restantes partes de este estudio.

CAPÍTULO II

LA OBRA JURÍDICA ALFONSÍ (*STATUS QUAESTIONIS II*)

3. Las *Siete Partidas*

3.1. Primeras referencias.

No nos ha llegado ningún testimonio de las *Partidas* fechado durante el reinado de Alfonso X (1). Este dato plantea, para algunos investigadores, dudas sobre la autoría o intervención de Alfonso X en su formación. No obstante dicha ausencia, ya a finales del siglo XIII y a lo largo del siglo XIV –omitiendo por ahora el testimonio de las propias *Partidas*– son varios los testimonios que atribuyen la paternidad de las *Partidas* a Alfonso X. Una de las primeras atribuciones aparece en un anteproyecto a los *Castigos e documentos del rey Sancho IV* (h. 1293), donde se afirma que éste fue hijo “del rey don Alfonso que fizo las *Siete Partidas*”. Pero este anteproyecto sólo aparece en los manuscritos *B* y *C* de los *Castigos*, y no es una creación del compilador, “sino adición posterior de algún copista o encargado de reunir el manuscrito” (2) hacia mediados del siglo XIV, momento en el que, según IGLESIA FERREIRÓS (1986: 278), “surge una doble versión de la autoría e intervención de Alfonso X en las *Partidas* dentro de los círculos familiares alfonsinos en Castilla y Portugal”.

Otra fuente que nos da noticia de las *Partidas* es la *Crónica de Alfonso X*. En el capítulo IX se expone sucintamente la labor legislativa de Alfonso X: la falta de unidad jurídica de los territorios bajo dominio de Alfonso X que propicia un código nuevo: el *Fuero de las leyes* (*Fuero Real*); al mismo tiempo el texto afirma que Alfonso dio fin a las *Partidas* y las concedió como leyes para todos los hombres del reino:

En el viiiº anno del reynado deste rey don Alfonso, que fue en la era de mill e dozientos e nouenta e ocho annos e andaba el anno de la naçençia de Ihesu Christo en mill e dozientos e sesenta, este rey don Alfonso, por saber todas las escripturas, fízolas tornar del latín en romançe. Et desto mandó fazer el *Fuero de las Leyes*, en que asomó muy breuemente muchas leyes de los derechos. E diólo por ley e por fuero a la çibdat de Burgos e a otras çibdades e villas del reyno de Castilla, ca en el reyno de León avía el Fuero Judgo que los godos ouieron fecho en Toledo. Et otrosy en las villas de las Extremaduras avían otros fueros apartados. Et porque por estos fue-

(1) Tampoco los que poseemos pueden ser fechados antes del siglo XIV, excepto el manuscrito Add. 20.787 del British Museum de Londres, que se ha fechado hacia 1290 ó 1300.

(2) Rey 1952.

ros non se podían librar todos los pleytos e *el rey don Ferrando su padre avía començado a fazer los libros de las Partidas, este rey don Alfonso su fijo fizolas acabar et mandó que todos los omnes de los sus reynos las ouiesen por ley et por fuero et los alcaldes que judgasen por ellas los pleitos. Et otrosy mandó tornar después en romance las escripturas de la Bribia e todo el Eclesiástico e el arte de las naturas e de la estrología...* (Cr. Alfonso X: 26).

Es bien sabido que la *Crónica de Alfonso X*, sobre todo en los primeros capítulos (al menos hasta llegar al año 1272), posee errores cronológicos graves. En lo que respecta a la actividad legislativa del rey, el cronista decide arbitrariamente encerrarla toda (*Fuero de las leyes y Partidas*) en el octavo año de reinado, el año 1260; la clara falta de fuentes de información en esta parte de la crónica y quizá el condicionamiento del método de composición analístico obligó al cronista a insertar estos hechos en cierto año de la vida del rey y no en otro. Parece más bien que el autor quiso hacer en este capítulo referencia a la labor del *scriptorium* (“por saber todas las escripturas, fizolas tornar del latín en romance, e desto... otrosy mandó tornar después en romance las escripturas...”), englobando así en este contexto los hechos mencionados para no volver a preocuparse más ni por la obra jurídica ni por la cultural del rey Alfonso (3). Por ello creemos que no ha de dársele mayor crédito a la noticia cronológica de este capítulo de la crónica.

Sin embargo, respecto a la labor legislativa, la *Crónica* no es del todo inexacta. Nos parece que el cronista conoció algunos documentos o textos al respecto, o bien los epígrafes o prólogos de las obras aludidas, pues la noticia de la crónica refleja lo que en ellos se dice: la concesión a Burgos y a toda Castilla del *Fuero Real* (aunque nunca en 1260) y la mención a Fernando III como iniciador del proyecto de las *Partidas* que, en efecto, aparece en el prólogo general de la obra (4).

¿Son realmente las *Partidas* el texto jurídico al que se hace referencia en la *Crónica de Alfonso X*? La noticia se corresponde sin duda con lo que hallamos en los textos aunque no podamos aceptar el año de 1260. No podemos obviar que el *Fuero de las leyes (Fuero Real)* ya se conce-

(3) Sin descartar algo de arbitrariedad por parte del cronista, es posible que el año de 1260 le pareciera el más adecuado. Sabemos que la actividad legislativa de Alfonso X comienza en torno a 1254-1255, y en 1260 estaría en su máximo apogeo. Lo que verdaderamente no puede admitirse sin más pruebas es la concesión del *Fuero Real* a la ciudad de Burgos en 1260, como así se afirma. La confusión que muestra este pasaje en torno a la labor legislativa de Alfonso X hace también sospechosa la noticia, o cuanto menos poco fiable. Además, la crónica pertenece a la misma época en que circula en los ambientes más alfonsinos esa doble versión sobre la intervención del rey en la creación de las *Partidas*.

(4) Vid. las páginas correspondientes dedicadas a la relación entre las *Siete Partidas* y el *Setenario* en § 4.

dió en 1255 y, por supuesto, tampoco podemos ignorar las fechas de los epígrafes que aparecen en algunos de los manuscritos de las *Partidas*, i. e., 1256-1265. No obstante, aunque no aceptemos la datación de la *Crónica de Alfonso X*, ello no implica que haya que rechazar toda la noticia: si bien no fecha correctamente el *Fuero Real*, la relativa exactitud de lo que nos dice debería ser suficiente para admitir cuando menos la paternidad de las *Partidas*.

Una de las noticias más valiosas que también atribuye la paternidad de las *Partidas* a Alfonso X es la que ha quedado escrita en otro de los tesoros jurídicos de la Edad Media española: el *Ordenamiento de Alcalá*, redactado por iniciativa de Alfonso XI. En 1348, el rey castellano lleva a cabo este *Ordenamiento*, en el que, entre otras muchas cosas, concede a las *Partidas* fuerza legal en segundo grado, dándole valor supletorio por debajo del propio *Ordenamiento* y de los diferentes fueros. La noticia que nos interesa por el momento es que allí Alfonso XI manifiesta que las *Partidas* fueron obra de “Don Alfonso nuestro Visauuelo”:

... e los pleytos, e contiendas... mandamos que se libren por las Leys contenidas en los Libros de las siete Partidas, que el Rey Don Alfonso nuestro Visabuelo mando ordenar, como quier que fasta aquí non se falla que sean publicadas por mandato del Rey, nin fueron avidas por Leys; pero mandamoslas requerir, e concertar, e emendar en algunas cosas que non cumplan; e asi concertadas e emendadas porque fueron sacadas de los dichos de los Santos Padres, e de los derechos, e dichos de muchos Sabios antiguos, e de fueros, e de costumbres antiguas de Espanna, damoslas por nuestras Leys... (*Or. Alc.*: XXVIII, 1: 70).

Como noticia final apuntamos que la obra histórica del conde Pedro DE BARCELOS, de mediados del siglo XIV, también atribuye la paternidad de las *Partidas* a Alfonso X.

3.2. Estructura.

Como su propio nombre indica (5), las *Siete Partidas* son un código dividido en siete partes, cada una de las cuales recoge un material jurídico diferente. Cómo y cuándo fueron divididas en estas siete partes es algo que se discute intensamente en los círculos más especializados: ¿fue ya en el período de creación que va entre 1256 y 1265?, ¿fue durante alguna reelaboración en el siglo XIV? Sobre esto volveremos más adelante. Veamos ahora cuál es y cómo se estructura el contenido de cada una en las siete partes del código.

(5) Acerca de la denominación de las *Partidas*, vid. § 3.7.

La *Primera Partida* abarca cuestiones religiosas y eclesiásticas. Los dos títulos iniciales que tratan sobre la ley y la costumbre son una introducción a las fuentes para la creación del Derecho. Las materias religiosas tratadas en esta primera parte son los artículos de la fe, los sacramentos de la Iglesia, el estatuto de los prelados, la fundación de iglesias y sus privilegios, los cementerios y las sepulturas, los bienes eclesiásticos inalienables, los derechos de patronazgo, el beneficio de los clérigos, la simonía y los sacrilegios, los diezmos y las primicias, los bienes de los clérigos, las procuraciones, los censos y pechos, la guarda de las fiestas y de los ayunos, las limosnas y el estatuto de los romeros y peregrinos.

La *Segunda Partida* contiene todo lo relativo a cuestiones jurídicas en torno al emperador, el rey y los grandes señores. El estatuto del rey se regula con más detalle y detenimiento que el del emperador y los grandes señores; también se trata de la familia del rey: mujer, hijos y otros parientes; y se regula igualmente la calidad de cada uno de los oficiales del rey: capellán, canciller, consejeros, ricos hombres, notarios y escribanos, mesnaderos, físicos, reposteros y dispenseros, jueces, adelantados, merinos, almorzarifes, etc., todos ellos considerados como una prolongación del propio rey. También se incluyen disposiciones en las que se indican cuáles son las obligaciones del rey para con el pueblo y su tierra, y también al contrario, los deberes del pueblo para con el rey (sus oficiales y bienes, especialmente los castillos) y su tierra (trabajarla y poblarla). Se recoge también todo lo relativo al servicio militar al rey, sección que incluye también un pequeño tratado de arte militar, algo sobre el régimen de campaña y del botín de guerra. Es de destacar por su importancia el título XXI, que regula el estatus caballeresco. La *Segunda Partida* se cierra con algunas disposiciones sobre la condición y los privilegios de los caballeros y con un breve tratado sobre los estudios.

Por tratarse del tema de este trabajo de investigación sólo daremos ahora una breve visión del contenido de la *Tercera Partida*, que nos permita apreciarla en su contexto. El texto se encarga de definir qué es la justicia y de exponer todo lo referente al derecho procesal. Trata, en general, sobre los intervinientes y las actuaciones en los pleitos desde el comienzo del procedimiento hasta la apelación y la ejecución de las sentencias. El título XVIII incluye un magnífico tratado notarial y varios tipos de formularios para los actos jurídicos y extrajurídicos: modelos de documentos públicos y privados que responden al tipo de los formularios italianos. Los títulos finales se salen de lo estrictamente procesal para tratar de los derechos reales como la propiedad o señorío, la posesión o tenencia y la servidumbre.

La *Cuarta Partida* es la primera que trata del Derecho civil. Se regula fundamentalmente lo relativo al derecho matrimonial y familiar (des-

posorios, casamientos, divorcio, régimen de bienes, filiación, tutela, patria potestad). Matrimonio y familia son dos conceptos entendidos de un modo amplio, pues dentro del núcleo familiar también están los criados, vasallos y amigos. Junto a esta materia aparecen algunos títulos en los que se habla de los estados de los hombres (siervos, libertad); el texto finaliza con un pequeño tratado de derecho feudal y otro sobre la amistad.

La *Quinta Partida* recoge en general el derecho contractual y mercantil. Hay títulos dedicados a los varios tipos de contratos, como los préstamos, el comodato, los depósitos, las donaciones, las compraventas, los cambios, los arrendamientos, las promesas, las fianzas, las prendas, etc.; hay también títulos dedicados a los mercados y los mercaderes, seguidos de los que versan sobre los navíos y las compañías mercantiles; los últimos títulos disponen y regulan las compensaciones y los pagos de deudas.

La *Sexta Partida* sigue estipulando los contratos, pero concretamente se refiere a los testamentos, las formas y los contenidos de los mismos, la aceptación de la herencia, el desheredamiento, el quebrantamiento de testamento, las mandas, el codicilo, la sucesión intestada, la partición de la herencia, la tutela de bienes para huérfanos, etc.

Por último, la *Séptima Partida* incluye el derecho penal y algo de derecho procesal. Trata en general sobre acusaciones y denuncias, “rieptos” y duelos, infamados, falsedades, deshonoras y entuertos, fuerzas, desafíos, treguas, seguranzas y paces, robos y hurtos, daños, engaños, adulterios, incestos, sacrilegio, raptos, sodomía, alcahuetes, adivinos y hechiceros, estatutos de moros, judíos y herejes, desesperados y blasfemos. Se dedican títulos concretos a la guarda de presos, los tormentos que se les pueden aplicar y las penas; el último título habla de la significación de las palabras y cosas dudosas y de las reglas jurídicas.

3.3. Fuentes.

Muchas y muy variadas son las fuentes que hasta ahora se han logrado identificar en las *Partidas*, pero generalmente suelen ser identificaciones poco concretas que se basan en aspectos temáticos generales. Uno de los mayores problemas que surgen a la hora de identificar una obra como fuente concreta de algún título o ley de las *Partidas* es la diversidad de glosas, comentarios, refundiciones, compendios, etc., que existen de los textos romanos y canónicos. Por ejemplo, al encontrar alguna correspondencia entre alguna sección del texto alfonsino y algunos de los contenidos del *Digesto*, no podemos conformarnos con calificar a ésta como fuente de dichos pasajes, pues existe la posibilidad de que el material haya llegado a las *Partidas* a través de la obra de algún glosador o comentarista, y no directamente desde el *Digesto*. Sirva lo mismo para las fuentes canó-

nicas (o de cualquier otro tipo): si encontramos correspondencia, por ejemplo, entre las *Partidas* y algunas disposiciones del *Decreto* o las *Decretales*, es posible que nos encontremos ante una fuente directa, pero también ante un texto del *Decreto* o las *Decretales* reproducido en alguna de las innumerables obras canónicas que las aprovechan como fuente. Y tampoco es descartable que los compiladores de las *Partidas* hayan accedido a textos que igualmente sirvieron de fuente a las obras de Graciano y Gregorio IX. Por todo ello, la clasificación que ofrecemos en estas páginas es relativa y posee sólo un valor orientativo en la mayor parte de los casos.

No obstante, está claro que el sistema de disposición y el contenido general que siguen las *Partidas* se corresponde al de las obras justinianeas y a la decretalística en las secciones canónicas. RUBIO ZURITA (1985: 129-155) afirma que, salvo los títulos de la *Segunda Partida* y algunos de la *Primera*, el resto de los títulos de las *Siete Partidas* se corresponde con los títulos del *Digesto* (la obra del *Corpus Iuris* más utilizada como fuente y la que genera fundamentalmente el orden de las *Partidas*), del *Código* y, en menor medida, de las *Instituciones* y las *Novelas*. Según RUBIO MORENO (1991), para las definiciones de términos jurídicos se acudió probablemente a glosarios y vocabularios, como la *Expositio terminum* y el *Libellus de verbis legalibus* y también se aprovecharon las *Etymologiae* de San Isidoro y el *Vocabulario* de Papías. Pero lo más seguro es que estas definiciones ya se encontraran en los propios textos justinianeos, la *Glosa* de Accursio y la *Summa* de AZÓN.

De las fuentes que por el momento han sido identificadas (6), un primer grupo correspondería a los textos del Derecho romano tal como fue conocido durante la Edad Media por los glosadores y los comentaristas. De éstos destacamos la adaptación de materiales del *Corpus Iuris Civilis* en *Partidas* V y VI, también presente en el resto, pero menos intensamente; la *Magna glossa* de Accursio y *summae* de diferentes partes del *Corpus*, como la *Summa* de AZÓN, la de Odofredo DE DENARIIS y la de Pillio DA MEDICINA.

Con respecto a las fuentes canónicas, según eran enseñadas en las Universidades, podemos señalar la utilización del *Decreto* de Graciano y las *Decretales* de Gregorio IX en *Partidas* I y IV y, en menor medida, la *Glossa ordinaria* al *Decreto* de Juan TEUTÓNICO y la *Glossa* de Bernardo DE PARMA a las *Decretales*; también hay que poner de relieve la *Summa* de Enrique DE SEGUSIA y la de Gofredo DE TANO, que fue la obra que más influyó en *Partidas* IV, plenamente utilizada en los títulos 1-5, 10 y 12, y algo más de soslayo en los títulos 2, 7 y 9; la obra de Tancredo en algunos párrafos aislados de *Partidas* IV; la *Summa del matrimonio* de

(6) PÉREZ MARTÍN 1992 a: 37-42.

San Raimundo DE PEÑAFORT puede haber sido fuente de los títulos 2, 6-9 y 13 de *Partidas* IV; la obra de MONALDO pudo ser utilizada en las *Partidas*, pero hoy parece más probable que MONALDO y las *Partidas* posean fuentes comunes; y, por último, el *Speculum* de DURANTE (1271-1276).

En lo relativo al Derecho feudal es fundamental la utilización de los *Libri feudorum* como fuente directa del título 26 de *Partidas* IV y de otras leyes dispersas relativas también a las relaciones feudales (*Partidas* II, 15, 5; III, 1, 13; III, 13, 14; III, 18, 68; III, 28, 30 y VII, 10, 16).

También se integraron como fuentes algunos textos de Derecho autóctono castellano y leonés. El más importante sea quizá el *Fuero Juzgo*; pero también se recogen algunas de las recopilaciones de derecho territorial castellano sobre traición, riepto y lid, desafíos y treguas, principalmente; como fuente del régimen matrimonial de bienes se introdujeron algunas disposiciones procedentes de fueros municipales; también se recurrió a documentos particulares para algunas secciones del título XVIII de *Partidas* III (7). Como obras hispánicas de Derecho procesal destacamos las *Flores del Derecho* y el *Dotrinal de los pleytos*, del Maestro Jacobo DE LAS LEYES; la *Margarita de pleytos*, de Fernando MARTÍNEZ DE ZAMORA; el *Fuero Real* y el *Espéculo* (8).

Según BOSCH (1936), es posible que a través del *Fuero Real* haya llegado a las *Partidas* el tratado catalán *Libellus de batalla facienda* para cuestiones de “rieptos” y desafíos, y tampoco es descartable la utilización del *Llibre d'orde de Cavallería* de Ramón LLULL (1275) en el título 21 de *Partidas* II, aunque por cuestiones de datación se postula que las materias emparentadas en ambas obras se deben a unos antecedentes comunes más que a una dependencia mutua.

En cuanto al Derecho marítimo recogido en *Partidas* V, 9, se ha aducido como fuente las *Leyes de Layron* (traducción castellana del *Roles de Oléron*), pero, según indica ARIAS BONET (1966: 91-108), es mucho más probable que las fuentes sean el *Digesto* XIV, 2, la *Glossa* y la *Summa* de Pillio a los *tres libri*.

También se empleó abundante material no jurídico en la elaboración de las *Partidas*, material que aportaba definiciones y el razonamiento de

(7) Según PÉREZ MARTÍN (1992 a), habrían sido fuentes de las *Partidas* algunas disposiciones reales, como las cartas que Alfonso X envía a Úbeda, Burgos, Béjar, etc., en 1260, quizá aprovechadas en *Partidas* III, XI, 19-21. Pero tenemos que quitar aquí la razón a PÉREZ MARTÍN, quien parece ignorar que la fuente de *Partidas* III, XI, 19-21 es indudablemente el *Espéculo* y no las disposiciones de 1260 que coinciden con las *Partidas* porque, como ellas, siguen al *Espéculo*, al igual que las leyes correspondientes de las *Leyes Nuevas* y de parte del *Ordenamiento de las taurerías*.

(8) Todas ellas serán examinadas más profundamente al tratar de las fuentes de la *Tercera Partida* en la Parte II, cap. II.

algunas leyes. Podemos indicar el uso de obras y autores de la antigüedad clásica, como las *Éticas* y la *Política* de Aristóteles, o como Séneca, Cicerón y Vegecio; la Biblia y la Patrística son empleados ampliamente; filósofos medievales como Boecio y obras como las *Flores de la Filosofía*; la obra de teólogos como Pedro LOMBARDO, Alejandro DE HALES, Santo Tomás y Egidio ROMANO; tratados de la corriente sapiencial de origen oriental, como los *Bocados de Oro* y el *Poridat de Poridades*, o de tradición europea, como el *Disciplina clericalis* de Pedro ALFONSO y el *Gobierno de la casa* de Pedro GALLEGÓ.

3.4. Las observaciones de GARCÍA-GALLO (9).

El principal problema que nos presentan las *Partidas* es la multiplicidad de versiones conservadas en los manuscritos que las contienen, sobre todo en el caso de la *Primera Partida* (que es también a la que se le ha dedicado mayor atención). Las diferencias textuales se pusieron expresamente de manifiesto en la edición de la Real Academia de la Historia (RAH) de 1807, puesto que, como intento de versión crítica, anotó las variantes textuales de algunos manuscritos. En ocasiones, las diferencias son tan importantes que se vio obligada a exponer simultáneamente los diferentes textos por imposibilidad de dar cuenta de ellas con la anotación de variantes.

De la edición académica (y no de los propios manuscritos) parte el primer estudio de A. GARCÍA-GALLO dedicado al proceso de elaboración de las diferentes versiones de las *Partidas*, centrado fundamentalmente en la primera. GARCÍA-GALLO es muy crítico con las ediciones previas, las de Alonso DÍAZ DE MONTALVO (1491), Gregorio LÓPEZ (1555) y RAH (1807). De esta última afirma que presenta un texto coincidente con la edición de Gregorio LÓPEZ (recordemos que ésta era la única edición autorizada y la única aplicable jurídicamente todavía en 1807) por temor a ofrecer un texto diferente al de esta edición autorizada. Sin embargo, GARCÍA-GALLO, partiendo del aparato crítico que la propia edición de 1807 ofrece, muestra que las variantes son más importantes de lo que la misma edición académica reconoce en el prólogo introductorio. Además, a partir del cuarto título de la *Primera Partida* apenas se anotaron variantes. En definitiva, el miedo a contradecir el texto de Gregorio LÓPEZ habría llevado a la Academia a manipular de algún modo los datos, restando importancia a las variantes, no anotándolas o negando su existencia.

Por otro lado, los textos impresos (MONTALVO y Gregorio LÓPEZ) no reflejarían la obra original de Alfonso X. Ya los juristas del siglo XVI pu-

(9) GARCÍA-GALLO 1951-1952.

sieron de manifiesto la variedad de testimonios divergentes. Sus ediciones resuelven el problema con un criterio acumulativo, es decir, ofrecer la versión más completa (basándose en un manuscrito y añadiendo las leyes que le faltaban al testimonio base de otros códigos). Pero para GARCÍA-GALLO el texto más completo no tiene por qué ser más correcto, esto es, más próximo al original: ninguna de las ediciones, ni la de Gregorio LÓPEZ, ni siquiera la académica, representan, pues, el texto original de las *Siete Partidas*.

Esta variación textual manifestada en el siglo XVI ya fue puesta de relieve en 1348 por Alfonso XI en el *Ordenamiento de Alcalá* al darle al texto de las *Partidas* valor supletorio en segundo grado. El rey reconoce las diferencias que existen entre los textos de los diferentes manuscritos y la necesidad de *concertarlos*.

Las primeras observaciones de GARCÍA-GALLO, a partir de su análisis del texto de la *Primera Partida* basado en la edición académica, fueron en esencia las siguientes: que aparecen redacciones distintas de leyes (en los diferentes manuscritos) que tratan una misma cuestión; que algunas leyes difieren en extensión a pesar de que posean una misma redacción; que el número de leyes de los títulos no es el mismo en todos los códigos, como tampoco lo es el orden de las leyes y de los títulos. A partir de estas observaciones concluyó que, del prólogo y de los cuatro primeros títulos de esta *Primera Partida*, hay dos, tres o más versiones. Algunos de los códigos recogen una versión diferente a la de Gregorio LÓPEZ, aunque más adelante vuelven a coincidir con ésta.

Según las variantes observadas en el prólogo y los cuatro primeros títulos, GARCÍA-GALLO agrupó los manuscritos utilizados por la Academia en seis familias: *A B C D F* y *G* (10).

En el prólogo, las seis familias se reducen a cuatro: 1.^a) *A*; 2.^a) *B C*; 3.^a) *B'*; 4.^a) *B'' D F G*. Todas las versiones coinciden (dicho con reservas) en los puntos generales como: la invocación a Dios; la fórmula de Alfonso X en primera persona, en la que se muestra como autor de la obra; al

(10) Doy las signaturas que utilizó la Academia en la edición y entre corchetes indico la signatura moderna. La familia *A* la conforman el manuscrito Add. 20.787 del British Museum (ca. 1290) y Biblioteca Real 3.º [Ms. X.131 BNM] hoy perdido; la familia *B*: Escorialense 1.º [Y.iii.21] de 1330, Toledano 1.º [Ms. 43-20 ABCT] del s. XIV, Escorialense 2.º [Z.j.14] de 1412 y Biblioteca Real 2.º [Ms 22 de la BNM]; a la familia *C* la representaría exclusivamente el manuscrito catalán Escorialense 4.º [M.j.2 RBME] de mediados del s. XIV; la familia *D* la integra el manuscrito Silense [Ms. 440 de la Bibliothèque National de Paris] del s. XIV; la *F* se compone del Toledano 2.º [Ms. 43-13] de 1344, el Toledano 3.º [Ms. 43-11] de 1414 y el Escorialense 3.º [Y.iii.19] de principios del s. XV; la familia *G* se reduce al código Biblioteca Real 1.º [Mss. 12793-5 BNM] del s. XIV. Este último fue la base de la edición académica para las seis primeras *Partidas*. Para la *Séptima Partida* el BR 1.º de la Academia es el Ms. 580 de la BNM y ya no los Mss. 12793-5, que son los utilizados como base para *Partidas* I-VI.

destacar la necesidad de aunar los entendimientos y las voluntades de los hombres, y al afirmar que la obra recoge el derecho más justo y perfecto. *A* es la versión más próxima al *Espéculo*, *B C* y *B'* se aproximan más a *B'' D F G* que a *A*. Cuando el *Espéculo* y *A* coinciden con el resto o alguna de las familias, la redacción de aquéllas se muestra más independiente. En alguna ocasión, el *Espéculo* coincide con *B' B'' D F* y *G*, sin paralelo con *A*.

En el título primero se observa más diversidad: hay seis familias de manuscritos. Ninguna familia muestra relación con otra, sino cierta afinidad entre una u otra en cada ley. El número de leyes fluctúa entre 15 y 21, y se observan hasta tres redacciones diferentes de una misma ley.

En el segundo título, estas seis familias se reducen a dos series: *A B C* y *D F G*; Gregorio LÓPEZ no sigue aquí ninguna de estas dos series de manuscritos (¿quizá una diferente o quizá las dos son base de su edición?). La familia *A B C* posee un prólogo y tres leyes, mientras que *D F G* posee un prólogo y once leyes (dos leyes de *A B C* están con variantes en *D F G*, y la ley restante de *A B C* y el prólogo muestran una redacción diferente).

En los títulos tercero y cuarto se mantienen esas dos series: *A B C* tienen un tercer título más breve (*A* 2 leyes, *B* y *C* 1 ley) que *D F G* (1 prólogo y 6 leyes). La ley de *A* y las dos de *B* y *C* coinciden con el prólogo de *D F G*; y *A B C* inicia el título cuarto con leyes que en *D F G* pertenecen al tercero. A partir de este punto del título cuarto (ley 48 en *A B C* y 108 en *D F G*), los manuscritos de las *Partidas* muestran coincidencia, pero en la primera parte del título hay grandes divergencias en el orden, la redacción y la disposición de las leyes. En estos títulos tercero y cuarto la edición de Gregorio LÓPEZ sigue fielmente *A B C*, y la Academia reproduce *A B C* en la parte inferior de la página y *D F G* en la superior.

A partir del título quinto, los manuscritos coinciden fundamentalmente, aunque en ocasiones aparece alguna variación de importancia. Según GARCÍA-GALLO, es difícil saber lo que sucede con el resto de *Partidas*, pues la Academia ofrece un texto único sin indicar apenas variantes hasta la *Séptima Partida*, donde las anotadas no parecen ser redaccionales.

Como conclusión, GARCÍA-GALLO afirma que el comienzo de la *Primera Partida* fue objeto de varias reelaboraciones, y que éstas no fueron simples borradores, sino que en algún momento se tuvieron por definitivas, siendo reproducidas. No se puede asegurar en qué fechas fueron redactadas las diferentes versiones, pero se puede saber al menos en qué momento ya existían si tenemos en cuenta la fecha más antigua de los códices (fechados) que conservan tales versiones. Lo seguro es que en el siglo XIV ya existían algunas de estas versiones –hecho apoyado por las

palabras de Alfonso XI en su *Ordenamiento de Alcalá* de 1348– y que posteriormente hubo alguna otra reelaboración.

En definitiva, GARCÍA-GALLO opina que existen cuatro versiones diferentes de la *Primera Partida*, o *Libro de las leyes*, como denomina al texto. La primera versión sería el *Libro del fuero* o *Libro de las leyes*, esto es, el *Espéculo*; después vendrían otras tres reelaboraciones más.

3.4.1. *Las reelaboraciones y versiones de la Primera Partida.*

Intentaremos resumir en términos comprensibles la compleja teoría que sobre la formación de las *Partidas* elaboró Alfonso GARCÍA-GALLO.

a) Primera redacción.

El primer hecho destacable es la estrecha relación que existe entre el prólogo y los tres primeros títulos del *Espéculo* y los manuscritos de la familia A. La similitud es tanta que, según GARCÍA-GALLO, bien podría parecer que el *Espéculo* es un manuscrito incompleto de esta familia A. Después de este punto las semejanzas con el *Espéculo* se interrumpen, y A se acerca más a los testimonios restantes de las *Partidas*.

En el prólogo del *Espéculo* y de los manuscritos de la familia A se observa plena identidad en ciertos pasajes y se documentan las mismas omisiones frente al resto de versiones. No obstante, la identidad no es completa, ya que el prólogo de A omite algunas frases del *Espéculo* y añade otras nuevas. Finalmente, en lo relativo a los títulos 1, 3 y 4, el *Espéculo* y A van unidos frente al resto de testimonios.

La conclusión es que la versión A no es otra cosa que la reproducción, con alguna interpolación, del texto del *Espéculo*, completada después con otras fuentes. Sin embargo, las novedades que A presenta llevan a considerar esta versión como una obra nueva, conectada con las *Partidas* que aparecen en los demás manuscritos, pero diferente del *Espéculo*, aunque no sea más que una nueva redacción de éste. Por tanto, la primera versión sería la llamada *Libro del fuero* o *Espéculo*, y una primera reelaboración se encontraría en la segunda versión, la familia A, cuyo texto se autodenomina el *Libro del fuero de las leyes*.

b) Primera reelaboración y segunda redacción.

La diferencia fundamental entre el *Libro del fuero* y el *Libro del fuero de las leyes* (*Espéculo* y A) serían las adiciones que aparecen en A, donde aquél interrumpe su primer libro: A añade la materia que el *Espéculo* sólo dejaba apuntada en la última ley de su primer libro:

Tenemos por bien otrossí que todos los otros ordenamientos que los Ssantos Padres ffezieron, que la Ssanta Eglesia guarda e manda guardar, mandamos ffirmemiente que ssean guardados e tenudos e que ninguno non ssea osado de venir contra ellos. E dezimos assí: que aquél que lo ffeziesse ssin la pena que la Ssanta Eglesia le dier, que nos non gelo conssentiremos. (*Espéculo* I, III, 5: 113)

La reelaboración del *Espéculo* en el *Libro del fuero de las leyes* habría sido realizada con el apoyo del *Setenario*, ya que éste trataba la materia canónica que la nueva versión quería recoger. Es posible que se emplearan también otras fuentes, como las *Decretales*, pero no es seguro si fueron fuente directa, a través de alguna *summa*, o a través de la parte que no se ha conservado del *Setenario*. El uso del *Setenario* debilita, según GARCÍA-GALLO, la fuerza normativa en esta versión: en el prólogo ya no se afirma que fuese hecho con el consejo de nobles, eclesiásticos y juristas, ni que será enviada alguna copia sellada a las poblaciones, y la multa que aguardaba a quien modificase cualquier elemento del libro se transforma en un castigo de carácter moral.

Para fechar esta segunda versión se acude a la rúbrica de la familia A, en la que se data el texto entre el 23 de junio de 1256 y el 28 de agosto de 1265. Para GARCÍA-GALLO, la primera fecha correspondería a la primera redacción del texto, es decir, al *Espéculo*, mientras que 1265 correspondería a la segunda versión representada por la familia A. Puesto que los testimonios de la familia A poseen exclusivamente la *Primera Partida*, GARCÍA-GALLO defiende que las seis restantes *Partidas* no existían aún.

c) Segunda reelaboración y tercera redacción.

Los reelaboradores del *Libro del fuero de las leyes* debieron considerar frustrado el proyecto que pretendía dotar de valor legal al texto: el *Libro* fue parcialmente derogado a consecuencia de las revueltas nobiliarias y populares que tuvieron lugar entre 1270 y 1272. Así, desde 1274 en la corte del rey debía aplicarse el derecho forero para evitar dos ámbitos jurídicos, uno en primera instancia y otro en las alzadas. En consecuencia, el *Libro de las leyes* pasó a tener más valor doctrinal que de código legal, por lo que era susceptible de ser retocado, transformado, ampliado o incluso cabía ya la posibilidad de redactar leyes nuevas, al margen de la iniciativa real.

GARCÍA-GALLO sitúa esta segunda reelaboración entre 1295 y 1312 o en los primeros años del reinado de Alfonso XI, como muy tarde. La primera fecha vendría dada por el hecho de que en 1290 había sido copiado con lujo y posiblemente en el escritorio real –lo que demostraría que el texto que contenía era aún una versión autorizada– uno de los manus-

critos de la familia A (Add. 20.787 del British Museum). Las fechas de conclusión propuestas tienen su origen en que conservamos un manuscrito que poseía esta tercera versión (el Esc. 1.º) fechado en 1330 y en que en 1348 el propio Alfonso XI menciona la existencia de textos diferentes de las *Partidas*.

Las novedades que la segunda reelaboración –denominada X por GARCÍA-GALLO– introdujo se pueden conocer observando aquello en lo que difiere A de B C D F G: el prólogo y los títulos 1 y 3. En el prólogo, el texto ya no se autoriza con los mejores fueros de León y Castilla (pues el texto no tendría vigencia), sino que se indica que el código da cabida al Derecho común. Por otra parte, en todos los manuscritos se añade una segunda parte al prólogo, ausente en los de la familia A, en la que se enumeran las virtudes del número siete: sería en este momento, en opinión de GARCÍA-GALLO, cuando se produce la división de la obra en siete partes.

d) Tercera reelaboración y cuarta redacción.

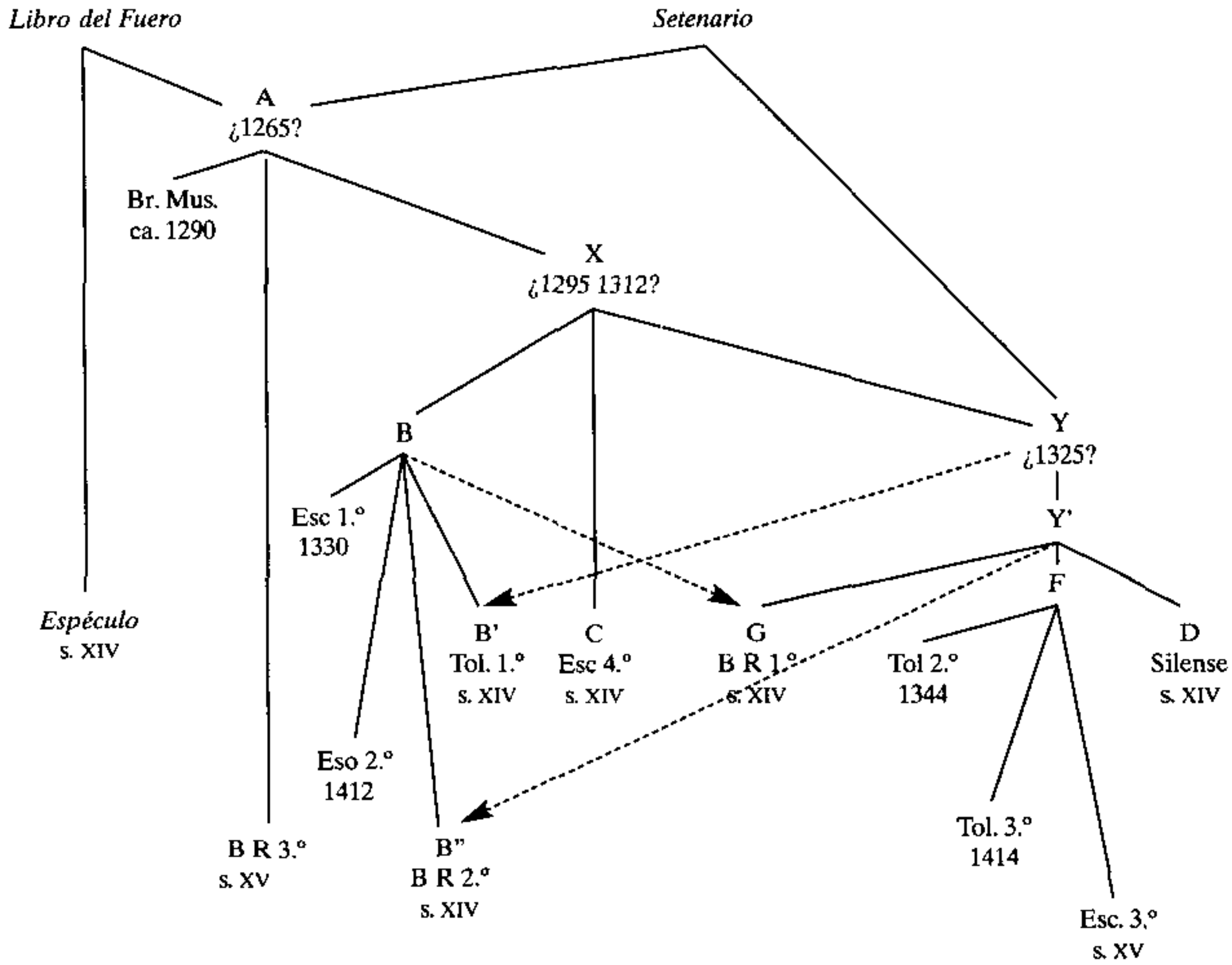
La tercera reelaboración –denominada Y por GARCÍA-GALLO– habría tenido lugar hacia 1325 y afectó al prólogo y a los cuatro títulos primeros. Mientras que el primer título fue poco modificado, el segundo título fue totalmente rehecho: se tomaron dos leyes de X (2.ª reelaboración y 3.ª redacción), se sustituyeron las redacciones de otras dos y se introdujeron siete leyes nuevas. En el tercer título, la única ley que figuraba en X se sustituyó por otra, y se le añadieron, refundidas en dos, las tres primeras leyes que en X pertenecían al título cuarto. El título cuarto es el que más se modificó, tanto por el orden como por la adición de nuevas leyes.

La tercera reelaboración Y sigue normalmente a X, aunque en ocasiones ha modificado el texto siguiendo la propia inspiración u otras fuentes. Lo más característico de la redacción de Y es que utiliza el *Setenario* para modificar o corregir a X (como ya hizo A para modificar el texto del *Espéculo*). Muchas de las alteraciones de orden coinciden con el del *Setenario*. Pero el *Setenario* no es la única fuente de las modificaciones, ya que en otras ocasiones Y se separa de X e introduce leyes desconocidas del *Setenario*. Las 48 primeras leyes de X se convierten en 108 tras la reelaboración Y.

Las modificaciones en el prólogo también son importantes. Se amplía el número de causas que justificaban la creación del *Libro* siguiendo al *Setenario*: el texto nace para cumplir los deseos de Fernando III, para facilitar la tarea de gobierno a los reyes venideros y para dar a conocer a los hombres “derecho et razon”; se amplía el pasaje en el que se mencionan las fuentes, y se suprime aquél en el que se ordena que todos reci-

ban por ley el libro y se juzguen por él. Este prólogo sería para GARCÍA-GALLO prueba del carácter independiente de la iniciativa regia de la versión.

Según GARCÍA-GALLO, la tradición manuscrita de la *Primera Partida* se representaría en el estema siguiente:



3.4.2. La Segunda Partida.

El texto del *Espéculo* siguió reelaborándose: los libros II y III del *Espéculo* encuentran lugares paralelos en la *Segunda Partida*, al igual que los libros IV y V en la *Tercera*. Para GARCÍA-GALLO, del mismo modo que ocurrió con la *Primera Partida*, habrían existido también varios estados de elaboración en el paso de los libros II y III del *Espéculo* a la *Segunda Partida*. Pero, a diferencia de lo sucedido con la *Primera Partida*, de la segunda sólo tenemos el estadio inicial, esto es, los libros II y III del *Espéculo*, y lo que GARCÍA-GALLO considera una de las últimas revisiones del texto. La exclusiva conservación de los textos extremos no significa para GARCÍA-GALLO que no hayan existido versiones intermedias, sino sólo que el texto editado por la RAH no lo habría puesto de manifiesto. La crítica a la labor académica en esta ocasión se centra en el he-

cho de que la Academia afirma que existen algunos códices de la *Segunda y Tercera Partida* con “faltas y errores”, que luego no se reflejan en la edición: la Academia “soslayó” el uso de alguno de los manuscritos con los que contaba.

El segundo libro del *Espéculo* (en dieciséis títulos con sus prólogos y 83 leyes) se encarga de definir y establecer todo lo referente a la persona del rey, su familia, sus bienes y la corte (mucho más ampliamente que el *Fuero Real*). El libro tercero (en ocho títulos con sus prólogos y 63 leyes) abarca cuestiones de carácter político: sobre la obediencia debida al rey; sobre la organización de los ejércitos, la guerra y el reparto de ganancias. Sin embargo, el libro III guarda silencio acerca del gobierno y la administración de municipios y pueblos, tareas reguladas por el derecho privilegiado.

La reelaboración de estos dos libros consistió fundamentalmente en la adición de disposiciones. Según GARCÍA-GALLO, el proceso de reelaboración fue muy similar al sufrido en el libro I, a pesar de que la ausencia de versiones intermedias puede hacernos pensar que el proceso fue en realidad diferente. Lo inmediatamente constatable es que los libros II y III del *Espéculo* se refundieron en la *Segunda Partida* “para hacer posible la división septenaria de éstas”. En el paso de la primera redacción (*Espéculo* II y III) a la que para GARCÍA-GALLO sería la última (la *Segunda Partida*) se añaden 176 leyes, con lo que el número total asciende a 259 en la última versión. Pero los cambios van más allá: varios títulos del *Espéculo* se refunden en uno; otros, en cambio, se subdividen en dos o más; algún título desaparece; algunas de las leyes que se hallaban agrupadas en un solo título se encuentran después repartidas en dos; y, finalmente, se introduce, dividido en diez títulos nuevos, lo que podríamos considerar un tratado *de regimine principum* (*Partidas* II, II-VIII y II, X-XII).

Todos los títulos (los originales, los añadidos, los refundidos, etc.) se organizan en la *Segunda Partida* con un criterio diferente: el texto comienza refiriéndose a la figura del rey, su familia, sus oficiales (como prolongación del propio rey), su tierra y su pueblo; después se definen y establecen los deberes del pueblo para con el rey, su familia, oficiales, enemigos y bienes; se trata posteriormente sobre la caballería —hay particular interés en Alfonso X en definir y establecer ciertos criterios respecto de los caballeros—, sobre cuestiones de guerra y de justicia militar y, por último, se introducen algunas disposiciones sobre los estudios y los maestros.

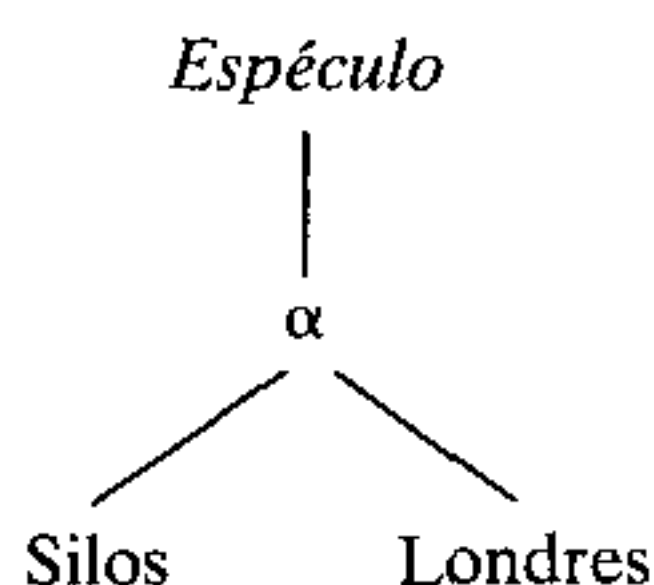
Cree GARCÍA-GALLO que, a pesar de que no poseemos versiones intermedias, es posible afirmar que la reelaboración se llevaría a cabo en varias fases, ya que en ocasiones se trata doblemente de algunas cuestiones: existen pasajes que condensan toda la materia que luego se desarrolla y repite expuesta en varias leyes separadamente.

3.5. Hipótesis de ARIAS BONET y las “Nuevas observaciones” de A. GARCÍA-GALLO.

Años más tarde, en 1976, GARCÍA-GALLO dedica nuevas páginas al proceso de formación de las *Siete Partidas*, precisando algunas de las afirmaciones realizadas en 1951 y modificando o rectificando otras de manera importante. Este nuevo artículo nace como réplica al realizado en el año anterior por Juan Antonio ARIAS BONET sobre el manuscrito conservado en el British Museum (ms. londinense del que ya hemos hablado, fechado en torno a 1290, y que conserva el texto de la 1.^a reelaboración o familia A de GARCÍA-GALLO). La polémica gira principalmente en torno a la datación de la versión contenida en el manuscrito londinense (1.^a reelaboración supuestamente realizada en 1265) y de la redacción contenida en el manuscrito Silense (miembro de la familia D y representante de la 3.^a reelaboración, de hacia 1325, según GARCÍA-GALLO). ARIAS BONET destaca las diferencias que existen entre ambos testimonios, mucho más profundas de lo inicialmente supuesto por GARCÍA-GALLO. Descarta que se trate de dos obras diferentes que evolucionan la una a la otra. Por el contrario, piensa que son dos obras coetáneas, paralelas pero independientes, realizadas en el reinado de Alfonso X, quien no se habría decidido por dar validez a ninguna de las dos. La existencia de estas versiones diferentes se debería a que fueron llevadas a término por dos grupos de redactores de diverso carácter: el primer grupo estaría compuesto por los propios redactores del *Espéculo* o sus discípulos (juristas expertos); el otro sería un grupo integrado por otro tipo de estudiosos, gente menos relacionada con el derecho y más con la filosofía, redactores más teorizantes (denominados *setenaristas* por ARIAS BONET).

Esta teoría no fue en ningún caso admitida por GARCÍA-GALLO, principalmente en estas últimas afirmaciones. En su opinión, ARIAS BONET habría valorado más las diferencias entre las versiones que lo que tienen en común. Ambas redacciones de la *Primera Partida*, pese a las numerosas variantes de adición, omisión, modificación y redacción, se dividen en los mismos títulos que, salvo excepción, se presentan en un mismo orden y a lo que les corresponden las mismas leyes con un mismo contenido y en la misma sucesión. La explicación de estas coincidencias sólo puede venir de pensar que ambas parten de un modelo común, cuyos redactores han copiado o reelaborado a su modo, o de que una de éstas haya sido modelo de copia de la otra. En este segundo caso, las dos versiones ya no serían coetáneas. En el primer caso habría que desechar la idea de que el modelo sea el *Espéculo*, porque las coincidencias de los manuscritos de Londres y Silos afectan no sólo a los primeros títulos, semejantes a los del primer libro del *Espéculo*, sino que siguen durante los veinte si-

guientes. El texto modelo de Londres y Silos habría sido, pues, un texto que desarrolló el primer libro del *Espéculo* para llegar a la *Primera Partida*. La nueva propuesta de GARCÍA-GALLO se representa así:



El arquetipo sólo puede conocerse a través del cotejo de los testimonios, lo que encontramos en común en los códigos de Londres y Silos, sin descartar que alguna de las particularidades que ambos muestran estuviese en el modelo. Como ya indicó en 1951, la reelaboración se habría iniciado por el deseo de completar el *Espéculo* cuando acababa, en la ley quinta del tercer título, recomendando seguir con el Derecho canónico. En el modelo perdido se sustituyó esta ley por veinte títulos en los que se detallaban las normas del derecho eclesiástico, tal como aparecen, salvo variantes, en las *Partidas*. Las apreciaciones de GARCÍA-GALLO son las siguientes: hubo una primera redacción breve del primer libro del *Espéculo*; después una segunda extensa que sería la que se contenía en el modelo que los códigos de Silos y Londres aprovecharon; y por último, otra u otras redacciones, cuyas diferencias, según el estado de las investigaciones (i. e., en 1976), no es posible apreciar, pero que en el caso del código de Silos representan una clara reelaboración del texto.

Toda esta matización de GARCÍA-GALLO hace compatible en cierta forma sus teorías anteriores con lo defendido por ARIAS BONET. Donde difiere claramente con éste es al juzgar posterior a la época alfonsí la redacción intermedia (α), es decir, la que sirvió de modelo a Londres y Silos y, por tanto, también a estas dos versiones: para GARCÍA-GALLO no pueden ser coetáneas porque no cree posible que el rey Alfonso o sus descendientes se sintieran indiferentes ante las diversas redacciones. A nuestro juicio, la existencia de α parece evidente, pero se hace difícil de entender por qué situar este arquetipo en época posalfonsí.

Las principales precisiones y rectificaciones de GARCÍA-GALLO con respecto a lo dicho en 1951 acerca del proceso evolutivo de las *Partidas* son, pues, las tres siguientes:

1) Ya no considera la fecha de 1265 como el momento en que se produce la primera reelaboración (familia A), sino que la reelaboración del texto del *Espéculo* habría comenzado después de la muerte de Alfon-

so X, concretamente hacia 1290. Aduce para ello dos pasajes de la *Primera Partida*:

Espéculo

Este es el Libro del Fuero que fizo el muy noble rey don Alfonso, fijo del muy noble rey don Fernando e de la muy noble reyna doña Beatriz: El qual es llamado Espéculo, que quiere dezir como espejo de todos los derechos.

Libro del Fuero de las leyes

Este es el prólogo del Libro del Fuero de las leyes que fizo el noble don Alfonso, rey de Castiella, de León, de Galizia, Seuilla, de Córdoua, de Murcia, de Jahén et del Algarue, que *fue fijo* del muy noble rey don Ferrando et de la noble reyna doña Beatriz. Et començólo el quarto año que regnó, en el mes de junio de la vigilia de sant Johan Baptista, que fue en era de mill e doscientos e nouaenta e quatro años. E acabólo en el trezeno año que regnó, en el mes de agosto en las víspera deste mismo sant Johan Baptista quando fue martiriado, en era de mill e trezientos e tres años.

El otro pasaje se encuentra en el *Espéculo* y en los códices de Londres y de la Biblioteca Real de Madrid, que copian un modelo común (y constituyen la familia A); pero no se encuentra en el –entonces recientemente aparecido– manuscrito de Nueva York, que sigue el mismo modelo (11), ni en ningún otro manuscrito de las *Partidas*:

Espéculo I, I, 13

Por esta ley se prueba cómo el Rey don Alfonso *puede* fazer leyes e *las pueden fazer sus herederos*. Por fazer entender a los omes desentendudos que Nos, el sobredicho Rey don Alfonso, *avemos* poder de fazer estas leyes también como los otros que las fezieron ante Nos, *oy* más queremoslo mostrar por todas estas maneras: por razón e por fazaña e por Derecho...

Partidas I, I, 13

Por mostrar a los omes razones derechas por qué el sobredicho Rey don Alfonso *ovo* poder de fazer estas leyes. Por fazer entender a los omes desentendudos que Nos, el sobredicho Rey Don Alfonso, *avemos* poder de fazer estas leyes también cuemo los otros que las fizieron ante de Nos, e más, queremoslo mostrar por todas estas maneras: por razón e por fazaña e por Derecho...

La importancia que atribuye GARCÍA-GALLO a estos dos pasajes radica en que estas rúbricas hablan de Alfonso X en pretérito “fue fijo”, “ovo

(11) GARCÍA Y GARCÍA: 1963, 267-343; CRADDOCK: 1986, 447-448. Vid. § 3.6 y muy especialmente § 4.2.

poder", lo que probaría que el copista de las *Partidas* transcribió el modelo en un tiempo en que Alfonso X ya estaba muerto (12), aunque luego no se atreviera a modificar el resto. También al reelaborador le habría creído conveniente omitir en la nueva rúbrica la referencia al poder legislativo de los herederos, dado que ya no escribía en tiempos de Alfonso X. A la vista de estos pasajes no le cabe duda de que el texto que sirvió de modelo a estos testimonios (Londres, Silos y Nueva York) fue escrito después del 4 de abril de 1284. La conclusión es que no sólo estos códigos, sino también el que les sirvió de modelo, son de fecha posterior a 1284: la existencia hacia 1300 de dos manuscritos con redacciones divergentes (Silos y Londres) de ese texto hace pensar que el modelo de ambos α debió de ser redactado cuando menos entre 1290 y 1295.

La redacción de la *Segunda Partida* también tuvo que ser posterior a 1283, pues la situación en cuanto a la sucesión del trono al final del reinado de Alfonso X es la que reflejaba el *Espéculo*, y no la de las *Partidas*. La argumentación de GARCÍA-GALLO se basa en el hecho de que en las *Partidas* se recoge el derecho de representación, por el que los hijos del primogénito, si éste fallece, pasan a ser herederos del trono por delante del hijo segundo del rey. Pero Alfonso X, tras la muerte de su primogénito, Fernando de la Cerda, en 1275, no dudó en hacer heredero del trono a Sancho en lugar del hijo del Infante de la Cerda, tal como disponía el *Espéculo*. Incluso pocos meses antes de su fallecimiento, en su testamento (8 de noviembre de 1283), reconoció que Sancho era el legítimo heredero por "fuero y ley de España", aunque por su comportamiento se vea obligado a desheredarlo. Por tanto, el "fuero y ley de España" debe identificarse con el *Espéculo* y no con las *Partidas*. GARCÍA-GALLO especula con la idea de que el comportamiento de los Infantes de la Cerda habría sido otro si hubiesen podido alegar, aunque únicamente como texto doctrinal, las *Partidas* y la ley del derecho de representación que en ellas se recoge.

Por otro lado, también a propósito de la *Segunda Partida*, GARCÍA-GALLO dice desconocer en qué medida el texto fue reelaborado a partir del *Espéculo*. No hay forma de saber cuándo, si en la primera o en ulteriores reelaboraciones, se introdujeron textos o pasajes tomados de obras

(12) El principal argumento de GARCÍA-GALLO es que el sintagma "fue fijo" no puede aludir a otra cosa que no sea la muerte de Alfonso X. Y esto debe remontarse al arquetipo de los tres textos, pues él supone que en el modelo figuraría del mismo modo "fue fijo", ya que es lo que han heredado estos tres manuscritos de la *Primera Partida*. No tiene en cuenta que el copista, si es realmente posterior, pueda corregir o actualizar un hecho en el momento de la copia. GARCÍA-GALLO no repara en que los copistas pueden actualizar las copias y dotar a los testimonios de una apariencia mucho más joven de la que realmente poseen los textos que transmiten.

tardías que se encuentran en las ediciones que hoy utilizamos. Por ejemplo, la utilización del *De regimine principum* de Santo Tomás en *Partidas* II, III y V, o en *Partidas* II, 4 y II, 5, 2-3, que se basan en esta misma obra. Teniendo en cuenta que la redacción de esta obra no parece haberse iniciado antes de 1265, y que sólo más tarde la acaba Tolomeo DE LUCA, su utilización en las *Partidas* conduce a retrasar la fecha de composición de las reelaboraciones.

Para las *Partidas* IV a la VII ya no es posible acudir al *Espéculo* como punto de referencia. Pero GARCÍA-GALLO destaca que en el texto de las *Partidas* que conocemos por las ediciones se aprovechó la *Summa iuris* de MONALDO, elaborada entre 1257 y 1274 (aunque ya hemos avisado de la posibilidad de que tanto la *Summa* como las *Partidas* compartan fuentes) (13). Esta *Summa* fue utilizada en la *Quinta Partida* y, por tanto, este aprovechamiento sugiere que el código sólo se compuso en fecha avanzada.

En conclusión: el cotejo de los cinco libros del *Espéculo* con los tres primeros de las *Partidas* revela que la profunda reelaboración de aquél en éstas se ha realizado en fechas posteriores a 1284 para la *Primera y Segunda Partida*. En el caso de la *Tercera*, admite, en cambio, una fecha más temprana, 1278, para que pudiera empezar a redactarse, y en los de la *Cuarta y Quinta Partidas*, poco después, hacia 1280 (14). En el caso de la *Primera Partida*, su redacción se llevaría a cabo entre 1290 y 1295.

2) Ligado a la argumentación anterior, GARCÍA-GALLO propone que la reelaboración del *Espéculo* en las *Siete Partidas* no se llevó a cabo por libros independientes, sino globalmente, tras la muerte del rey en 1284. El hecho de que al efectuarse la reelaboración se refundan en uno solo los libros II y III y los libros IV y V del *Espéculo* (en la *Segunda* y en la *Tercera partida*, respectivamente) respondería a la voluntad de efectuar la reelaboración conjuntamente, a un planteamiento unitario de revisión.

3) El texto reelaborado hacia 1290 sirvió de base a distintos juristas que, manteniendo el texto en su esencia, lo revisaron y modificaron independientemente. De estas versiones proceden, con independencia entre sí, los códigos de la *Primera Partida* de Londres (ca. 1300) y Nueva York (Hispanic Society, de mediados del s. XIV) y el perdido de Madrid (B.R. 3.º, s. XV) —esto es, los integrantes de la primitiva familia A—. Este mismo texto de hacia 1290 fue la base, hacia 1300, de una nueva reelaboración de

(13) Vemos cómo sistemáticamente se hace necesario el estudio y la edición crítica de aquellos textos que consideramos fuentes o paralelos.

(14) Pero en 1977 (I, 398) acaba por afirmar que probablemente fue en la corte de Fernando IV donde se llevó a cabo la reelaboración con la que el texto alcanzaría su actual estructura setenaria, momento, por tanto, de la composición de las cuatro últimas *Partidas*.

mayor alcance que las anteriormente nombradas, que dio cabida a elementos no jurídicos –filosóficos, morales o doctrinales–, utilizando más ampliamente el *Setenario* y otras fuentes. La nueva versión, siguiendo a su modelo, siguió atribuyéndose a Alfonso, aunque sin valor legal. Entre los principales cambios que esta nueva redacción introduce está el suprimir la ley en la que se atribuía a Alfonso X el poder de hacer leyes. Esta versión es la que se reproduce en el código de Silos, familia *D*, y tras sucesivas revisiones –modificaciones, supresiones y adiciones– en otros de mediados del s. XIV y posteriores (15).

Hay cierta diferencia con respecto a lo afirmado por GARCÍA-GALLO en 1951. Recordemos que en su trabajo anterior había hecho depender la familia *D* de la reelaboración Y (1325), que a su vez provenía de la reelaboración X (1295-1312). Sin embargo, en 1976, la novedosa redacción contenida en la familia *D* se adelanta hacia 1300 a partir del arquetipo reelaborado hacia 1290 (α): la reelaboración de α es dual; por un lado, en la versión contenida en los códigos de la antigua familia *A*; por otro, en la versión contenida en la familia *D*.

En su opinión, sería posible que esta dualidad se encuentre también en los códigos de la *Segunda Partida*, referente al derecho público, pues las diversas tendencias imperantes en el siglo XIII y a principios del XIV pudieron inspirar muy distintas posiciones. En cambio, la discrepancia quizá sea menor en las restantes, que se ocupan del derecho privado y penal.

A pesar de que la obra carecía de fuerza legal, los juristas de la corte –de la época posterior a Alfonso X, claro está– prefirieron la versión recogida en el código de Londres, que debió de ser transcrita y posteriormente conservada en la corte. A favor de esta suposición está que la traducción catalana del primer libro de las *Partidas*, llevada a cabo por Mateo ADRIÁN en 1365 por encargo de Pedro IV de Aragón, recoja precisamente esta redacción. Este hecho es indicio suficiente para suponer que, a mediados de este siglo, la obra había recibido reconocimiento oficial. La copia se hizo sobre un ejemplar castellano en tres volúmenes –lo que hace suponer que se trataba de la obra íntegra– que habían pertenecido al infante don Fernando de Aragón, hermanastro de Pedro IV. El infante don Fernando debió de adquirir hacia 1350 en la corte castellana un ejemplar de las *Siete Partidas* autorizado por Alfonso XI (después del *Ordenamiento de Alcalá* de 1348), que después utilizaría Pedro IV para la traducción.

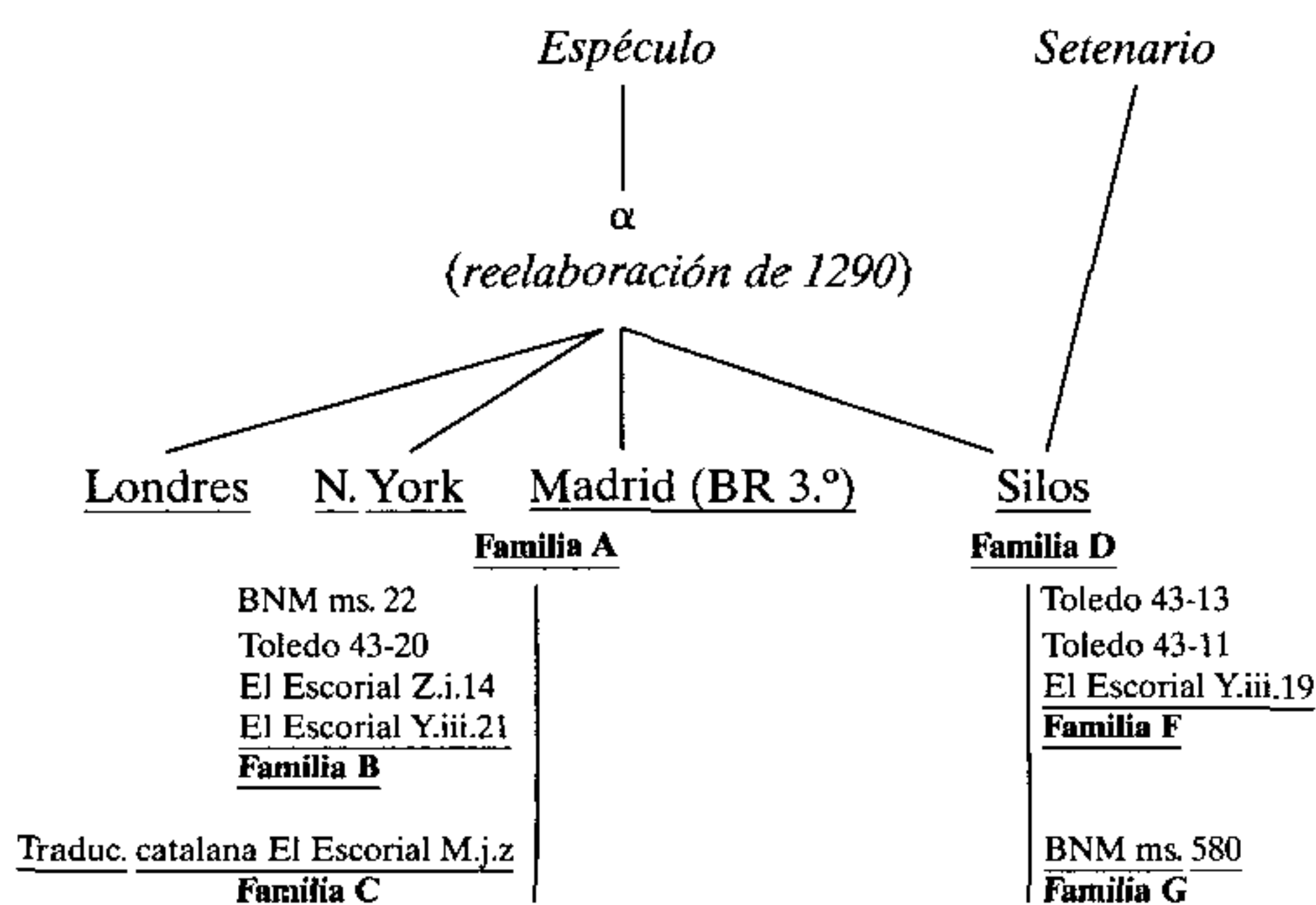
(15) Silos: Ms. 440 de la Bibliothèque National de Paris (s. XIV) (familia *D*); Toledo 43-13 (1344) y 43-11 (1414) y El Escorial Y.iii.19 (s. XV), que conforman la familia *F*; y BNM ms. 580, *olim D* 9 (s. XIV), que constituye la familia *G*.

En resumen: GARCÍA-GALLO mantiene la hipótesis de que el *Espéculo* o *Libro del fuero* es la primera redacción del código alfonsino, con valor legal en el tribunal del rey y de los oficiales reales, aparte de extensiones parciales a ciertos lugares insertas en privilegios o cartas reales, y también válido como fuero local. Además, fue éste el libro derogado en 1272, y no el *Fuero Real*, en cuanto ley general aplicada a cualquier materia, quedando reducida su utilización a los *casos de corte* (como se afirma en las cortes de Zamora de 1274 y en las *Leyes de Estilo*), de exclusiva competencia real, y al gobierno de la casa del rey y sus oficiales.

La reelaboración del *Espéculo* se llevaría a cabo globalmente, no por libros, después de 1284, quizá hacia 1290, muy posiblemente en la propia corte del rey, y atribuyendo la obra a Alfonso X. Sería éste el momento de formación de las *Partidas*. Si en 1951 consideraba que la primera versión de las *Partidas* (el *Libro del fuero de las leyes*) se realizó en 1265 y, por tanto, era obra que había emanado de la iniciativa de Alfonso X, en 1976 las *Partidas* no son en ningún caso obra alfonsina.

El testimonio α de hacia 1290 es conforme con el texto de la familia A (representada por los códigos de Londres, Nueva York y Madrid), y el texto de Silos, más doctrinal, constituye la denominada familia D, pero también descendiente de α . De la familia A derivarían las familias B y C, y de la familia D, la familia F. El texto de 1290 fue considerado en la corte real como el auténtico o preferido y, en consecuencia, el autorizado por Alfonso XI cuando dio fuerza legal a las *Partidas*. En cambio, las familias D y F (y G) se difundieron fuera de los medios cortesanos.

Podemos deducir de su artículo de 1976 la siguiente tradición textual para las *Partidas*:



3.6. Otras teorías, otras dataciones: J. R. CRADDOCK.

Según J. R. CRADDOCK (16), la reconstrucción de GARCÍA-GALLO desatiende hechos fundamentales en la historia del texto con el único objetivo de situar la obra después del reinado de Alfonso X. Pasa por alto el valor de la información que nos ofrece el epígrafe (A) que acompaña a tres manuscritos de la primera reelaboración del *Espéculo* (la familia A de GARCÍA-GALLO) (17). Este mismo epígrafe figura por contaminación en el Ms. 43-13 de la Biblioteca Capitular de Toledo y en el Ms. 22 de la Biblioteca Nacional de Madrid (aunque en éste no aparece la parte cronológica). El epígrafe, según el manuscrito más antiguo de éstos (18), dice así:

Este es el prologo del Libro del fuero de las leyes que fizo el noble rey don Alffonso Rey de Castiella, de Toledo, de León, de Gallizia, de Seuilla, de Cordoua, de Murcia, de Jahen e del Algarue, que fue fijo del muy noble Rey don Ferrando e de la muy noble Reyna doña Beatriz e començolo en el quarto año que regno en el mes de Junio en la vigilia de sant Johan baptista que fue en Era de mill e dozientos e nouaenta e quatro annos e acabolo el trezeno anno que regno en el mes de agosto en la uíspera deste mismo sant Johan Babtista quando fue martiriado en Era de mill e trezientos e tres annos.

El epígrafe nos proporciona el título de la obra y las fechas de inicio y finalización, que, en la era del nacimiento de Cristo, corresponden al 23 de junio de 1256 para el inicio y al 28 de agosto de 1265 para el fin de la redacción. Rectificando su afirmación de 1951 en la que decía que la fecha de 1265 correspondía a la primera reelaboración del *Espéculo* (i. e., las *Partidas*), GARCÍA-GALLO en 1976 (650) rechaza la autenticidad de este epígrafe esgrimiendo que tal fecha se correspondería con la de una copia y no con la redacción de ninguna obra, y además que tal copia sería una del *Espéculo*. Como vimos antes, GARCÍA-GALLO basa su argumentación sobre el empleo del pasado en la frase “fue fijo del muy noble Rey don ferrando”, que forzaría a retrasar el texto tras el fallecimiento del rey Sabio.

Sin embargo, CRADDOCK cree que esta frase no debería extrañarnos, ya que no se conservan manuscritos de las *Partidas* de tiempos de Alfonso X, por lo que es lógico que las copias posteriores se refieran al rey como ya fallecido: la obra habría sido acabada en 1265, pero las copias

(16) CRADDOCK: 1974 y de nuevo 1981, 386-400.

(17) Ms. Add. 20.787 de la BL, el ms. HC 397/563 de la HSA, y el desaparecido BR 3.º, sí conocido a través de la ed. de 1807. *Vid. supra* notas 101 y 102.

(18) El ms. Add. 20.787 de la British Library, elaborado hacia 1290.

existentes son posteriores a 1284. Los testimonios que conservan el epígrafe A coinciden en su lectura general “fue fijo” y, por tanto, podemos considerar que el arquetipo del epígrafe A sería prácticamente el mismo que el contenido en Add. 20.787, o que este mismo sería el testimonio del que derivan los demás (HC 397/563, Ms. 43-13 de Toledo, el perdido B.R. 3.º y el Ms. 22 de la BNM).

No obstante, el epígrafe es inexacto en un punto: Alfonso comienza a reinar el 1 de junio de 1251, por lo que el 23 de junio de 1256 no corresponde ya al cuarto año de su reinado, sino al quinto. Para solucionar este problema aparente, CRADDOCK aduce la posibilidad de un error de interpretación paleográfica del copista: habría confundido *qñto* por *qřto*, e inducido por este error habría deducido que el 28 de agosto de 1265 no era el decimocuarto, sino el decimotercero año de reinado. Aunque parece realmente un epígrafe tardío y hasta cierto punto inexacto, CRADDOCK no se resigna a creerlo enteramente falso, sino producto de un ajuste realizado por un copista posterior (19).

Una novedad del estudio de CRADDOCK es reconocer la existencia de tres redacciones de la *Primera Partida* (que CRADDOCK denomina 1P₁, 1P₂ y 1P₃) a partir de las significativas diferencias que figuran en sus epígrafes y prólogos. Según CRADDOCK, hay una “evidente concatenación textual entre las tres redacciones”. 1P₁ sería la versión con epígrafe A que ya conocemos, cuyo prólogo coincide con el del *Espéculo*; 1P₁ es la fuente de 1P₂, y 1P₃ es una versión de 1P₂.

En 1P₂ (20) y 1P₃ el prólogo ha sido refundido y, como ya sabemos, se le ha añadido un segundo prólogo que habla sobre el número siete. El epígrafe (B) de la versión 1P₂ es el siguiente (según CRADDOCK):

Este es libro de las leyes que fizo el muy noble rey don Alfonso, señor de Castiella, de Toledo, de León, de Gallizia, de Seuilla, de Cordoua, de Murcia, de Jahen e del Algarue, que fue fijo del muy noble Rey don Ferrando, visnieta de don Alfonso enperador de España, e de la muy noble reyna doña Beatriz, nieta del enperador de Roma don Fredric el mayor que murio en Ultramar (Ms. 22 BNM, fol.1r).

Como se observa, se ha modificado con respecto al epígrafe A el nombre de la obra (quizá por diferenciarlo del *Fuero Real* conocido, como vimos, por el *Libro del Fuero*), se han introducido ascendencias familia-

(19) Volveremos sobre ello al tratar *infra* sobre la *Segunda Partida*.

(20) Los manuscritos que contienen esta segunda versión son el Ms. 22 de la BNM (con el epígrafe A claramente añadido); los Mss. Y.11j.21, Z.i.14 y M.j.2 (traducción catalana) de la BRME; el ms. 43-20, fols. 78r^a-158r^b, de la BC de Toledo. Éste quedó sin epígrafe y la traducción catalana (M.j.2) lleva un epígrafe independiente.

res que refuerzan la legitimidad de las aspiraciones imperiales de Alfonso X y, por último, se han omitido las fechas de composición. Este epígrafe va acompañado de modificaciones en el prólogo: ya no se dice nada sobre los padres de Alfonso, ni tampoco de las fechas de composición. No obstante, la frase “fue fijo” indica de nuevo que la copia, y no necesariamente la redacción, es posterior a la muerte del rey. La eliminación de las fechas puede deberse a que en la nueva redacción (posterior a 1265) ya no tenían sentido. Al hilo de esto, la inclusión de los nombres de Alfonso VII de Castilla y León y del emperador Federico I sugiere que esta redacción se habría elaborado antes de 1275 y, concretando un poco más, entre el 2 de abril de 1272 –muerte de Ricardo de Cornualles, máximo rival de Alfonso para el trono del Imperio– y el mes de julio de 1275, fecha en la que Alfonso pierde toda posibilidad de alcanzar el título de emperador. Si la llegada de los embajadores pisanos con la candidatura de Alfonso X al Sacro Imperio dio paso a la creación de las *Siete Partidas*, la muerte de Ricardo de Cornualles fue un nuevo impulso para el “fecho” y, quizá, para la creación de un código renovado de las *Partidas*. Según dice CRADDOCK, no tendría sentido mantener estas alusiones familiares en una fecha posterior a 1275 (21).

En cuanto a la versión 1P₃ (22), no se sabe si la desaparición de los epígrafes en la mayoría de los manuscritos es casual o si es un hecho voluntario. Sólo el manuscrito Vit. 4-6 de la BNM lleva un epígrafe (C) colocado al comienzo del índice de los títulos:

Aqui comiença el libro de las leyes que fizo el muy noble Rey don alfonso, fijo del muy noble Rey don fernando, visniento de de don alfonso enperador despanna, E de la muy noble Reyna donna beatriz, nieta de don fadrique emperador de Roma que murio en Ultramar.

Ha desaparecido la enumeración de ciudades y territorios bajo el dominio del rey, quizá porque eran redundantes al repetirse en el prólogo.

(21) Aunque existen documentos posteriores a 1275, en que Alfonso X sigue denominándose *rex romanorum*.

(22) El Ms. 12973 de la BNM carece de epígrafe, aunque tiene un espacio en blanco al comienzo del índice de los títulos; el ms. alcobensis 324 de la Torre de Tombo tiene un prólogo muy similar a B, pero con un *homoioteleuton* importante (*Alffonssso... Alffonssso*): “Aqui sse comença a primeyra partida que fez o bem auenturado e muy nobre rey dom Alffonssso, Enperador d’Espanha, e da muy nobre raynha dona Beatriz, neta do enperador de Roma dom Frederique o mayor, que morreu en Ultramar”, según la transcripción de C. R. REYNOLDS: 1967, 39 (citamos por CRADDOCK: 1984, 49). El epíteto “bem auenturado” suele aplicarse a los que han pasado a mejor vida. Además de éstos hay otros manuscritos que contienen esta tercera versión: los manuscritos 43-11 y 43-13 de la BC de Toledo; el Ms. Y.iii.19 de la BRME; el Vit. 4-6 de la BNM; el Ms. esp. 440 de la BNP (el famoso Silense).

Este el único epígrafe en que no se dice “fue fijo”, por lo que podría descender de un arquetipo coetáneo a Alfonso X. Los cambios de esta tercera versión son sobre todo percibibles en el prólogo. Recordemos que en las versiones 1P₂ y 1P₃ tienen añadido un segundo prólogo que trata sobre el número siete. Al final, no de este segundo, sino del primero, 1P₃ inserta una extraña cronología de la composición de las *Partidas*, ampliada con una lista de fechas equivalentes que corresponden a otras eras cronológicas:

(Prólogo 1P₃) E este libro fue començado a fazer e a componer e a fazer vispera de S. Iohan Baptista, a quatro años e xxij dias andados del comienço de nuestro reynado, que començo quando andaua la AEra de Adam en cinco mill e veynte vn años Hebraycos, e dozientos e ochenta e fiete dias. E la AEra de del diluio, en quatro mill e tezieros e cinquenta e tres años Romanos, e ciento e cinco dias mas. E la AEra de Nabucodonosor en mill e nouientos e nouenta e ochos años Romanos, e nouenta dias mas. E la AEra de Felipo el grand rey de Grecia, en mill e quinientos e fefenta e quatro años Romanos e veynte y dos dias mas. E la AEra del gran Alexandre de Macedonia, en mill quinientos e fefenta e dos años Romanos e dozientos e quarenta e tres dias. E la AEra del Cefar en mill dozientos e ochenta e nueue años Romanos, e ciento e cinquenta dias mas. E la AEra de la Encarnacion en mill e dozientos cinquenta e un años romanos e ciento e cinquenta e dos dias mas. E la AEra de los Arauigos en feyscientos e veynte e nueue años Romanos, e trezieros e vn dias mas. E fue acabado desde que fue començado a fiete años complidos (Gregorio LÓPEZ, fol. 4r).

Aquí la fecha es correctísima: el sábado 1 de junio de 1251 Alfonso X sube al trono, es decir, 1251 más los 152 días que van desde el primero de enero al primero de junio en un año bisiesto. Si añadimos los *quatro años e veynte e tres dias andados*, llegamos de nuevo al 23 de junio de 1256 para el comienzo de la redacción. La fecha coincide con el epígrafe A, aunque calculada de forma diferente, lo que lleva a pensar a CRADDOCK que este prólogo 1P₃ es un arreglo amplificado de un epígrafe original en que se daban como fechas el 23 de junio de 1256 para el comienzo de la obra y el 28 de agosto de 1265 para el fin, modelo también del inexacto epígrafe A. La modificación de la fecha para el fin de la redacción (*siete años complidos*, esto es, 1263) puede deberse a la obsesión alfonsina por la simbología y las virtudes conferidas al número siete. Cada *Partida* comienza con cada una de las siete letras de su nombre. En opinión de CRADDOCK, la fecha 28 de agosto de 1265 es, por tanto, la verdadera.

Para CRADDOCK (1981: 363 y ss.), la parte cronológica del prólogo de 1P₃ “constituye una interpretación de un esquema procedente de las *Tablas alfonsíes*”. Las observaciones astronómicas que a éstas sirvieron de base se llevaron a cabo en el decenio que terminó en el año 1272 (era de 1310),

año que así viene a ser un *terminus post quem* para el prólogo de la versión definitiva de las *Partidas*. Así las cosas, se puede suponer que no habrá transcurrido mucho tiempo entre las dos últimas redacciones 1P₂ y 1P₃.

En conclusión, CRADDOCK defiende la existencia de tres redacciones no paralelas (aunque no podemos asegurar esto en el caso de 1P₂ y 1P₃) de la *Primera Partida*, con tres epígrafes y dos tipos diferentes de prólogo. Las principales dificultades cronológicas vienen dadas por los epígrafes A y B, cuyos arquetipos parecen posteriores a la muerte de Alfonso X. Parece lógico que el código Add. 20.787 (con epígrafe A), copiado en 1290 en el escritorio real, fuera el autorizado por el rey Sancho IV. Aunque en 1290 se copia un texto de la redacción 1P₁ (Add. 20.787), entonces ya existía la cronología que expone 1P₃ y cuyo *quatro años andados* pudo influir en el *quarto año* de reinado que presenta el epígrafe A.

A pesar del esfuerzo de ARIAS BONET en demostrar la no consecutividad de las redacciones de la *Primera Partida*, en opinión de CRADDOCK la prioridad cronológica de 1P₁ es indiscutible. Además el prólogo de 1P₃ transforma el tono imperativo de 1P₁ (siendo 1P₂ muy ambiguo a este respecto), quizá debido a las revueltas nobiliarias y de los municipios, que culminan en 1272 con la restauración de los antiguos fueros y privilegios, lo que ofrece otro argumento para no considerar 1P₃ anterior a 1272.

Según CRADDOCK, habría, por tanto, tres redacciones que se habrían realizado durante el reinado alfonsí: la redacción que denomina 1P₁ (con epígrafe A), comenzada el 23 de junio de 1256 y acabada el 28 de agosto de 1265; la redacción 1P₂ (con epígrafe B), que se habría realizado entre 1272 y 1275, y la redacción 1P₃ (con epígrafe C), posterior a 1P₂ y anterior al 4 de abril de 1284, ya que el prólogo de 1P₃ “exhala los humos maniáticos de un rey astrólogo y numerólogo, hasta tal punto que sería difícil citar un texto más auténticamente alfonsino según el contenido y el estilo”.

3.6.1. La Segunda Partida.

Existen para CRADDOCK (1981: 400-418) motivos para creer que la *Segunda Partida*, tal como la encontramos en las ediciones, es anterior a 1275. El contexto en el que CRADDOCK intenta fechar la redacción de la *Segunda Partida* es el del pleito de sucesión que se inicia con la muerte del varón primogénito y heredero del rey Alfonso, el infante Fernando de la Cerda. Éste contrajo matrimonio en 1269 con Blanca, hija del rey de Francia, de cuya unión nació en 1270 el primer hijo del matrimonio, el infante Alfonso de la Cerda. Con la muerte repentina de Fernando, en 1275, comienza entonces una disputa dinástica centrada en el enfrentamiento

entre el infante Sancho, varón segundogénito del rey Alfonso, y el infante Alfonso de la Cerda, nieto del rey, por la legitimidad sucesoria. El principio jurídico que planea de fondo es el denominado derecho de representación, por el cual los hijos del heredero –y nietos del rey– reciben del padre previamente muerto el derecho a heredar por encima de los otros hijos del rey. Este derecho no fue costumbre en España ni se reconoce en el *Espéculo*:

... Pero ssi ffiio o ffiia o nieto o nieta o heredero non oviere y que descendencia de la linna derecha que herede el rregno, tomen por ssennor al hermano mayor del rrey. E ssi hermano mayor y non oviere, tomen al más propinco pariente que ouiere; e todos los del rregno ssean tenudos de fazerle aquella onrra e aquel derrecho que ffarien al ffiio mayor del rrey... (Espéculo II, xvi, 3: 179-180)

Sin embargo, es el derecho establecido en *Partidas* II, xv, 2:

... Et por ende establesçieron *que* sy fijo varon y non ouiese, la fija mayor herdedase el Regno; Et avn mandaron que fy el fijo mayor moriese ante *que* heredase, sy dexasse fijo o fija *que* ouiese de muger legitima *que* aquel o aquella lo ouiese e non otro ninguno. Pero sy todas estas fallesçiesen deue heredar el Regno el mas propinco pariente *que* ouiere... (Ms. 12794 BNM: 23v)

No se conocen las causas que indujeron a Alfonso X a introducir esta novedad jurídica alterando la sucesión al trono. Lo más probable es que se debiera a un acuerdo establecido entre Alfonso X y el rey de Francia con motivo del matrimonio de su hijo (23), en el que se privilegió la figura del nieto frente a la de los hijos del rey. Sea como fuere, CRADDOCK afirma que éste era el estado en que se encontraban las *Partidas* cuando fueron acabadas el 28 de agosto de 1265. No obstante, existen dos manuscritos de la *Segunda Partida* con un buen número de interpolaciones, de las que cabe destacar dos que afectan al pleito de sucesión (24):

... E por ende establesçieron que si fijo varon y non ouiese, que la fija mayor herdedase el reyno, e aun mandaron que si el fijo mayor muriese ante que heredase, si dexase fijo legitimo varon, que aquel lo ouiese, **pero si fincare otro fijo varon del rey, que aquel lo herede e non el nieto; e si el fijo**

(23) También se ha postulado que la innovación se debiera a causas independientes de los pactos matrimoniales: podría deberse a la aplicación de la norma de sucesión *ab intestato* de la Novela 118 de Justiniano, o también se podría haber llegado a ello a través de alguna norma procedente del Derecho privado, conjugando la indivisibilidad del reino y el derecho de heredar exclusivamente del primogénito.

(24) El Ms. 6725 de la Biblioteca Nacional de Madrid y el Ms. Y.ii.4 de la Real Biblioteca del Monasterio de El Escorial.

mayor non dexasse fijo e dexasse fija, aquella lo aya, pero si fincare fija del rey, que aquella lo herede e non la nieta. Pero si todos estos fallesçiesen, deve heredar el reyno el más propinco pariente que y oviere... (Ms. 6725 BNM, fol. 62v)

En este texto se privilegia la figura de los otros hijos del rey frente a la de los nietos del heredero muerto. En la segunda interpolación (*Partidas* II, xv, 3) se modifica la mayoría de edad del rey con el claro objetivo de beneficiar igualmente a Sancho, evitando una eventual tutoría en el caso de heredar antes de llegar a los veinte años:

Versión vulgata

... mas que lo [el reino] acrecienten [los guardadores] quanto pudieren con derecho e que lo tengan en paz e en justicia fasta que el rey sea de edat de veinte años, e si fuere fija la que oviere de heredar, fasta que sea casada...

Versión interpolada

... mas que lo acrecienten quanto pudieren e que lo tengan en paz e en justicia fasta que el rey sea de edat de **diez e seys años**, e si fuere fija la que lo ouiere de heredar, fasta que sea de la dicha edat o sea casada... (Ms. 6725 BNM, fol. 62v)

El texto interpolado sólo tendría, pues, sentido entre 1275 y 1278: años que corresponden a la muerte de Fernando de la Cerda y a los veinte años del futuro Sancho IV, respectivamente. Sancho es reconocido como heredero en las cortes de Segovia de 1278. Según CRADDOCK, “en el siglo que sigue al año desastroso de 1275 sólo Sancho IV se halló exactamente en la situación supuesta por la ley(es) interpolada(s)”.

Todo esto sirve a CRADDOCK para explicar también por qué hacia 1290 el rey Sancho manda copiar el *Libro del Fuero de las leyes*, texto cuyo segundo libro o “partida” sería, en principio, contraria a su legitimidad como monarca (1981: 412) (25). Sancho habría aprovechado el carácter más imperativo de esta primera redacción de la *Primera Partida* y le habría añadido una versión interpolada de la *Segunda Partida*. (26) De este modo, Sancho IV quizá pretendió aparentar que Alfonso X defendía desde el principio la legitimidad de Sancho a la sucesión frente a la de sus nietos.

3.7. Denominación del código.

Parece, pues, que ningún estudioso pone en duda que el *Espéculo* se refunde y, con una concepción diferente, da paso a las *Siete Partidas*. En

(25) Ya el *Libro del Fuero de las leyes*, versión acabada en 1265, contenía al menos cuatro libros, en opinión de CRADDOCK.

(26) La adaptación tardía del epígrafe del *Libro del Fuero de las leyes* podría explicar las pequeñas imprecisiones cronológicas apreciadas en éste. Vid. I. 1. 2.3.6.

la versión del texto que se halla en la familia *A* y en un manuscrito de *F* —según el *stemma* de GARCÍA-GALLO—, la obra se autodenomina como el *Libro del Fuero de las leyes* (recordemos que sólo contiene el primer libro: la *Primera Partida*); y *Libro de las Leyes* es el título que se conserva en la familia *B*, quizá simple abreviación del primero.

El hecho de que la materia tratada en cada una de las siete partes posea cierto grado de independencia llevó al muy frecuente hecho de que las “partidas” del *Libro de las leyes* fueran copiadas independientemente según intereses específicos, siendo por tanto usual denominarlas como *Primera Partida*, *Segunda Partida*, etc., desplazando su primitiva denominación y generalizando así en base a un hipónimo singular el título plural que designa al conjunto de la obra. No obstante, aunque modernamente *Siete Partidas* no se concibe más que como un título, es evidente que esta denominación sigue quedando sin un referente claro para aquellos que poseen una mayor conciencia lingüística: son siete partes, pero ¿de qué? El título original del código se nos ha perdido: la obra sería conocida en el siglo XIII quizá como *Libro del fuero de las leyes* o el *Libro de las leyes*, o más seguramente *Setenario*, el nombre definitivo con que Alfonso bautizó la última de sus refundiciones conocidas (27).

3.8. Valor legal.

Al intentar localizar noticias con respecto a la paternidad de las *Partidas* nos topábamos con una cita del *Ordenamiento de Alcalá* de Alfonso XI, en la que el rey reconocía que las *Partidas* habían sido obra de su bisabuelo Alfonso, pero que, no obstante, nunca se tuvieron por leyes hasta que él mismo lo otorga en ese año de 1348:

... los Libros de las Siete Partidas, que el Rey Don Alfonso nuestro visauuelo mando ordenar, como quier que *fasta aqui non se falla que sean publicadas por mandato del Rey, nin fueron avidas por Leys*; pero mandamoslas requerir, e concertar, e emendar en algunas cosas que non cumplan; e asi concertadas e emendadas porque fueron sacadas de los dichos de los Santos Padres, e de los derechos, e dichos de muchos Sabios antiguos, e de fueros, e de costumbres antiguas de Espanna, damoslas por nuestras Leys... (*Or. Alc.*: XXVIII, 1: 70).

(27) Veremos que para GARCÍA-GALLO el *Setenario* se refundió ya en la familia *A* de las *Partidas*; sin embargo, para CRADDOCK o Georges MARTIN, el *Setenario* es posterior a todas las versiones de las *Partidas* y depende de éstas en todos los aspectos. En cualquiera de los casos es cierto que se produjeron en muchas ocasiones confusiones e identificaciones entre ambos textos. Habremos de volver sobre esto al tratar sobre el *Setenario*.

No todos han aceptado la validez del testimonio y, como se puede imaginar, este hecho ha dado lugar a una de las más encendidas polémicas en torno a la fuerza legal del texto durante el reinado alfonsí.

Para tratar el asunto, vamos a aducir dos visiones encontradas: la de GARCÍA-GALLO (28) y la de IGLESIA FERREIRÓS (29). El primero no le reconoce al código ninguna vigencia hasta 1348, en que fue incluido como ley supletoria en el *Ordenamiento de Alcalá* de Alfonso XI tras los ordenamientos y los fueros. En cambio, el segundo estudioso cree que las *Partidas* tuvieron fuerza legal como ley general en tiempos de Alfonso X, aunque ciertas circunstancias limitaron su difusión y finalmente el texto fue derogado como ley general en 1272.

Recordemos que para GARCÍA-GALLO *Espéculo* y *Partidas* son la misma obra —con todas las diferencias ya señaladas—, pues éstas no son más que la ampliación de aquélla, realizada por varios juristas anónimos, en ocasiones de manera independiente, muerto ya su promotor. Según el mencionado autor, Alfonso X decidió intervenir en la política legislativa de sus reinos con las siguientes medidas: mantuvo el régimen forero municipal, aunque intentó mejorarlo con la composición del *Fuero Real* que concede a algunas poblaciones y, por otro lado, compuso el *Libro de las Leyes* (*Espéculo*) como ley del rey, de sus oficiales y de los jueces de nombramiento regio. Pero este texto suscitó las protestas de la población, principalmente por su parte procesal. En primera instancia se aplicaba el derecho forero de cada municipio (en algunos casos el *Fuero Real*), pero, si se producía la alzada, en las posteriores instancias se aplicaba el derecho real; de este modo se producía un incómodo desfase entre los ámbitos de aplicación de ambos derechos que no era del agrado general. La protesta se inicia hacia 1269-1270 y se generaliza violentamente en 1272. Así las cosas, el rey no tuvo más remedio que ceder en las cortes de Zamora de 1274, en que establece que ha de respetarse el derecho forero de cada municipio en cualquier instancia y el derecho real queda reducido a los casos de corte, los casos que por su gravedad sólo puede juzgar el rey. Finalmente, el limitado ámbito de vigencia del *Libro de las Leyes* redujo prácticamente a la nada su aplicación, lo que provocó que se olvidase como obra práctica y los juristas vieran en ella una bien construida obra doctrinal y la reelaborasen a su antojo. Sólo en 1348 la obra cobraría vigencia general como derecho supletorio.

Para comprender exactamente la opinión de IGLESIA FERREIRÓS, hemos de recordar dos cuestiones fundamentales de su exposición. La primera: el *Espéculo* fue una obra fallida que no tuvo jamás vigencia, pues

(28) GARCÍA-GALLO: 1951-1952, 448-450.

(29) IGLESIA FERREIRÓS: 1986, 462-463.

jamás se acabó. En segundo lugar, hemos de aclarar que sus afirmaciones en torno a la fuerza legal de las *Partidas* se basan en unos principios propios de los textos jurídicos: promulgación y publicación. El primero atestigua la existencia de una ley y ordena a las autoridades que la cumplan y la hagan cumplir; el segundo principio consiste en notificar solemnemente la ley a los súbditos.

Pues bien, una vez apuntado esto, IGLESIA opina que el texto que poseyó valor legal como ley general para la corte fueron las *Partidas* y no el *Espéculo*. Para IGLESIA FERREIRÓS, el prólogo y las leyes contenidas en las *Siete Partidas* pueden considerarse como testimonio de su existencia y, por tanto, se deduce que fueron tenidas por ley por Alfonso X. Ahora bien, para que la ley fuese efectiva debía procederse a su publicación y difusión, máxime cuando en el propio código el rey advierte que el desconocimiento de la ley no exime de su cumplimiento. Sin embargo, no ha llegado hasta nosotros ningún privilegio de concesión de las *Partidas*. Este último hecho se explicaría teniendo en cuenta que dicha publicación se llevaría a cabo en un período de tiempo relativamente breve, entre 1265 y 1274 –cuando el texto pierde su validez como ley general–, lo que supondría que el número de copias que se pudieron realizar del texto para ser difundidas por todos sus reinos sería muy escaso debido al gran tamaño del código.

Existen, no obstante, otras teorías al respecto. Para Joseph F. O'CALLAGHAN (1986: 60-62), las *Siete Partidas*, a pesar de lo que afirmó Alfonso XI en 1348, sí habrían tenido fuerza legal. La suposición se basa en considerarlas una reelaboración del *Espéculo*, que para O'CALLAGHAN fue promulgado en las cortes de Toledo de 1254, como ya hemos dicho. Es decir, las *Partidas* serían el *Espéculo* revisado, corregido y aumentado. El argumento aducido es que el rey, apoyado en principios jurídicos, ya se otorga en el *Espéculo* el derecho de revisar, corregir, añadir o eliminar las leyes. Por tanto, al ser considerado el mismo texto que se promulgó en 1254, no habría necesidad de hacerlo de nuevo. Desaparece, pues, toda posibilidad de que el texto de las *Partidas* fuese reelaborado en el siglo XIV.

Por otra parte, SÁNCHEZ-ARCILLA (1999) no cree que la candidatura al Imperio fuera el motivo por el cual se emprendiera la redacción de las *Siete Partidas*, “fecho” que, además, necesitase la renovación del derecho –pues como ya hemos señalado, el autor cree que esta tarea ya se encuentra desde el primer proyecto alfonsí, el *Espéculo*–. Como principales argumentos aduce, coincidiendo con MACDONALD, que un futuro no podía condicionar la ejecución de una obra como las *Partidas*; Alfonso X defiende su potestad legisladora desde el comienzo de su reinado, cuando en el *Espéculo* ya equipara la capacidad legisladora del emperador con la del rey. Además de esto, las instituciones judiciales (adelantado mayor,

merino mayor, adelantados menores) que refleja el *Espéculo* se ajustan perfectamente a la época, como muestra la postura 20 del *Ordenamiento de Zamora* de 1274; por el contrario, éstas están muy difusamente definidas en las *Partidas*, lo que hablaría en contra de su aplicación.

En cuanto a la vigencia de las *Partidas*, el autor afirma que, de haber tenido fuerza legal, de haber sido dadas como leyes, habría quedado constancia de ello de algún modo, lo que por el momento no se ha podido demostrar. Por tanto, da pleno crédito a las palabras de Alfonso XI de 1348 y concluye que las *Siete Partidas*, tal y como las conocemos actualmente, son las que provienen de la enmienda y corrección de 1348. En conclusión, las *Partidas* eran un compendio legal sin fuerza de obligar, una obra abierta susceptible de ser ampliada, modificada y corregida.

3.9. Valoraciones.

No es posible negar cierta razón a aquellos que defienden que la inexistencia de un testimonio emanado de la cámara de Alfonso X sería indicio de que no habría sido más que un proyecto terminado muchos años después, culminado en 1348, por lo que no habría que creer sin más lo que afirma la nota cronológica del prólogo de la *Primera Partida*. Pero no es menos cierto que tampoco se nos ha conservado ninguno de aquellos códigos enmendados y “seellados con sello de oro” que habrían quedado en la cámara regia de Alfonso XI, y no por ello podemos afirmar rotundamente lo contrario. Son evidentes los riesgos que supone basar una hipótesis en tales argumentos *ex silentio*.

No estamos en situación de dar una respuesta a lo que fue de las *Partidas* entre su fecha de finalización y 1348; no obstante y a la luz de los textos, se nos hace difícil admitir ciertos argumentos. Se ha dicho que al quedar la obra completamente desautorizada como texto legal, sintiéndose como un compendio jurídico de carácter doctrinal, se convirtió en un texto abierto susceptible de todo tipo de intervenciones (amplificaciones, correcciones, modificaciones, refundiciones, etc.) por parte de los dueños de los ejemplares; más tarde, hacia 1348, todo esto se “enmendó y concertó” y quedó fijado el texto como lo conocemos hoy (SÁNCHEZ-ARCILLA 1999). Sin embargo, de haber sido así, la pregunta que deberíamos hacernos es ¿por qué sólo se han conservado esas diferencias textuales en la *Primera Partida*? ¿Por qué no hay ningún código de la *Segunda* y *Tercera* en que se haya dado ese mismo afán recopilatorio, amplificador o corrector? La respuesta que algunos han dado a este problema es que las variaciones existirían, pero que no han llegado hasta nuestros días: sólo habrían quedado los textos que surgieron de la enmienda de 1348. No nos satisface esta respuesta, que tiene su único apoyo en las palabras de Al-

fonso XI. Por nuestra parte preferimos interpretar que las variaciones sólo afectaron al prólogo y a los primeros cuatro títulos de la *Primera Partida*. Pero, por supuesto, las revisiones no se debieron a modificaciones hechas por los dueños de los manuscritos particulares, sino que fueron responsabilidad de los compiladores alfonsíes siguiendo las directrices del rey. Serían, por tanto, versiones de autor. De algunos de los supuestos motivos de estas revisiones ya hemos hablado anteriormente (“fecho del imperio”, muerte de Ricardo de Cornualles, revuelta nobiliaria, fracaso imperial, etc.), por lo que no añadiremos más al respecto (30). En nuestra opinión, los propietarios de los códigos sólo se limitaron a anotar pasajes paralelos de otras obras jurídicas, como las *Decretales*, el *Espéculo*, las *Leyes de estilo*, etcétera, señalar correspondencias internas, introducir glosas de diversa extensión, corregir errores producidos en el proceso de la copia de sus ejemplares —como se aprecia en todos los códigos— y, en ocasiones, a copiar marginalmente las variantes observadas en otros testimonios, especialmente en el caso de la *Primera Partida*, como sucede, por ejemplo, en el ms. 22 de la BNM (“curiosamente” sólo en la *Primera Partida*). Un caso similar es el del manuscrito Zabálburu (ms. vitrina 222 del Palacio de Zabálburu, *Partidas* I-II). Este manuscrito tardío (s. xv) formaba originariamente una unidad con nuestro V88 (ms. 88 del Real Convento de Santo Domingo de Valencia, *Partidas* III-IV, s. xv). Pues bien, su constitución textual resulta esclarecedora sobre qué secciones fueron objeto de revisión: mientras que su *Primera Partida* es una versión del *Libro del Fuero de las leyes* que interpola leyes de las versiones posteriores, es decir, que da cuenta de la variabilidad textual, no existe la más mínima variación redaccional en las otras tres *Partidas* que conserva.

El gran problema del escaso avance en las teorías sobre la datación de las *Siete Partidas* sigue siendo que se basan en los exámenes parciales de antaño y no se someten a examen otras secciones de la obra. Sólo así puede entenderse que sin más se afirme que la variación textual sería enorme, pero que desapareció después de 1348. En el examen de la tradición textual de la *Tercera Partida* hemos podido comprobar que no existe variación redaccional entre textos anteriores a 1348 y otros posteriores e independientes. Hemos de insistir una vez más en que mientras no se lleve a cabo la edición crítica de las *Siete Partidas* y el estudio de sus tradiciones textuales, mientras se siga teorizando en base a exámenes parciales de los textos (epígrafes, prólogos o fragmentos) o a las ediciones existentes, no podrá llegarse a ningún tipo de conclusión fiable que permita el progreso en el conocimiento de este texto.

(30) Nuestro argumento alcanzará su máximo desarrollo al tratar la relación entre la última de las redacciones de la *Primera Partida* y el *Setenario*.

4. El *Setenario* (31)

No se conoce ningún manuscrito del *Setenario* fechado en los días de Alfonso X. No obstante, se nos han conservado dos testimonios medievales, ambos del siglo XIV: el Ms. 43-20 de la ABCT (del que copia el Ms. 12991 de la BNM, siglo XVIII) y el Ms. P.ii.20 de la RBME. En los años sesenta se descubrió un manuscrito, el HC 397/573 de la HSA (32), que contiene materiales del *Setenario*. Aunque no es un testimonio completo, es clave para comprender la historia del texto. Del *Setenario* sólo existe la edición que K. H. VANDERFORD realizó en 1945 (33).

Como en el caso del *Fuero Real* o del *Espéculo*, tampoco hay en el *Setenario* ninguna indicación cronológica que nos permita conocer el momento exacto en que la obra fue redactada. Dos son las corrientes de opinión en torno a su datación: la tradicional asegura que el *Setenario* es la primera obra de relativo carácter jurídico de Alfonso X, realizada a instancias de Fernando III; la opinión más moderna coloca, en cambio, la obra al final de la cadena de redacciones de la *Primera Partida* –si bien no falta modernamente quien defienda una fecha temprana para el *Setenario*.

Lo que parece seguro es que el *Setenario* no fue una obra práctica, de aplicación jurídica, sino más bien un manual o tratado de carácter ético-moral de definición política y de defensa de los valores del cristianismo y del modelo de rey cristiano. No obstante, el valor que se le presuponga a la obra no podrá ser el mismo si se considera una obra temprana o si, por el contrario, se declara que es la última obra jurídica del Rey Sabio. Sobre el estado de opinión de la crítica en torno a estas cuestiones –datación y significado de la obra– vamos a tratar en las siguientes líneas.

4.1. Estructura.

El libro que actualmente conocemos como *Setenario* parece, por lo que se deduce de su lectura, un libro inacabado. Está formado por dos libros o núcleos textuales de diferente carácter. El primero es el conocido como

(31) Somos conscientes de lo aparentemente tendencioso de tratar el *Setenario* en último lugar. Al proceder de esta forma no se ha pretendido inferir la redacción tardía de la obra, si bien estamos convencidos de ello; se debe a que consideramos que sólo al situarla en este lugar de la exposición todos los argumentos que se desarrollarán pueden ser comprendidos en toda su dimensión: ¿cómo se puede, por ejemplo, plantear la relación entre la *Primera Partida* y el *Setenario* sin haber hablado antes de las diferentes versiones de aquélla?

(32) GARCÍA y GARCÍA: 1963, 267-343. El texto ha sido transcrito por F. RAMOS BOSSINI, 1984.

(33) La edición se basa en el Ms. 43-20 ABCT (*T* por el que se citará); según el editor, los textos del siglo XIV proceden de un mismo original. Todas las citas del *Setenario* remiten a esta edición.

“Elogio a Fernando III”, que abarcaría las leyes I-XI y donde se explica el origen del libro: iniciado por Fernando III, Alfonso debe concluirlo por encargo paterno. Este núcleo parece incompleto, pues no se desarrolla toda la materia que se anuncia en la ley XI. El segundo núcleo es el llamado tradicionalmente “primer *Setenario*” y comprende las leyes XII-CVIII: las leyes XII-LXVI son un pequeño tratado de comparatismo y análisis religioso que llama la atención sobre los principios de las falsas creencias para después refutarlos; la ley LXVI, junto a las leyes LXVII-LXIX, sirven a la vez de cierre de la temática anterior (estableciendo cómo a través del “entendimiento” se corrigen las falsas creencias de los antiguos) y de pórtico para la nueva materia. Las leyes LXVII-CVIII pretenden donar las claves de la verdadera doctrina, exponer los principios cristianos y definir los sacramentos y sus ritos, si bien sólo se recogen el bautismo (con gran extensión, leyes LXXVII-LXXXVII), la confirmación (escueta-mente en la ley XCVI), para acabar con el sacramento de la comunión, que queda sin desarrollar completamente.

4.2. Datación y significado: J. R. CRADDOCK, G. MARTIN.

La clara relación temática que existe entre el *Setenario* y la *Primera Partida* ha sido siempre entendida y explicada por la influencia de aquél sobre ésta, inferida principalmente por las palabras del propio texto donde se afirma que la obra fue comenzada por Fernando III y seguida por su hijo Alfonso X a la muerte de aquél. Éste es el estado de opinión tradicional iniciado en 1752 por el padre SARMIENTO, que repite en 1808 MARTÍNEZ MARINA (34) y que llega hasta la crítica reciente. Por ejemplo, es la corriente que siguen Keneth H. VANDEFORD (1945), y R. A. MACDONALD (1984), y lo mismo se desprende de las hipótesis de GARCÍA-GALLO en torno al proceso de elaboración de las *Partidas* (1976: 629-649).

Sin embargo, más modernamente, J. R. CRADDOCK (1986 b) sugirió que la tradicional prelación de un texto sobre el otro bien podría darse en sentido inverso, es decir, que la *Primera Partida* fuera un texto anterior al *Setenario*, de modo que éste sería la “última e inconclusa refundición no independiente” de la tercera versión de la *Primera Partida* (ca. 1275) de las llevadas a cabo por Alfonso X. Algunos años después, esta teoría ha sido también defendida por G. MARTIN (35). Los argumentos utilizados en defensa de ambas dataciones son principalmente de carácter textual y hermenéutico, justificados en la coyuntura histórico-política.

(34) MARTÍNEZ MARINA: 180, número 569.

(35) MARTIN: 1993-1994, 79-100, 1995: 7-33 y 2001: 325-342.

Para hacernos una idea aproximada del parecer tradicional, reproduzco un comentario de R. A. MACDONALD (1984: 29-31) en torno al carácter del *Setenario*, que –junto con lo dicho por VANDERFORD en su edición– podemos considerar opinión paradigmática de la crítica tradicional mantenida hasta el momento presente:

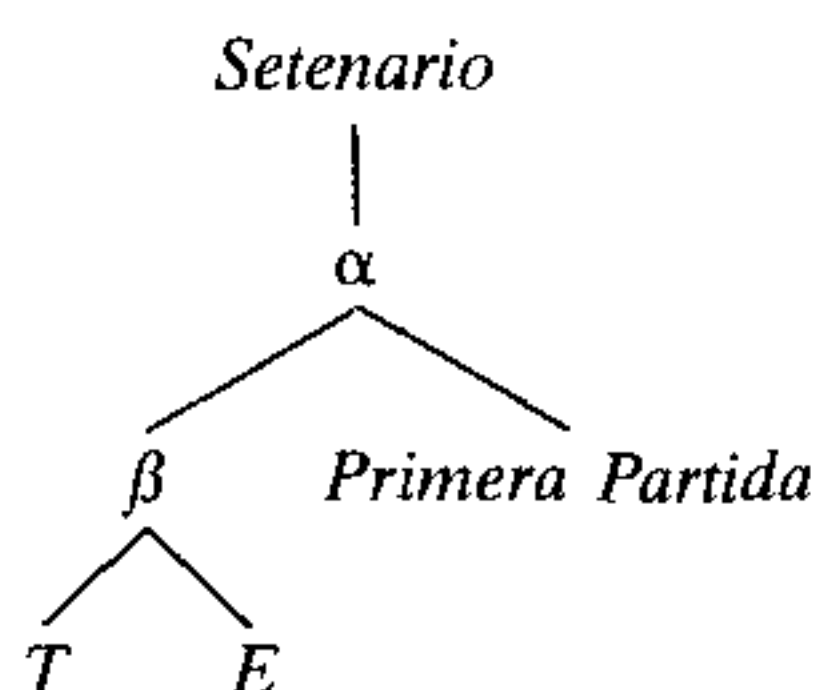
En realidad el *Setenario* no es un código, sino –como se describe en su introducción– una guía moral y ética para el futuro gobernante. De carácter doctrinal y expositivo, fue un manual “que oyesen a menudo”. Su contenido se refiere en su mayor parte a temas históricos y doctrinales. De acuerdo con el número de partes mencionadas dentro del texto, y teniendo en cuenta el punto en que la obra se termina, hay que concluir que el *Setenario* está incompleto. Su contenido se incorporó a la *Primera Partida*, de lo que debemos concluir la prioridad cronológica de aquél y eso explicaría por qué su texto quedó sin terminar.

La corriente de opinión contraria que sitúa la redacción del *Setenario* en los años finales de Alfonso X fue encabezada por un sugerente artículo de CRADDOCK. En su artículo de 1986, este investigador reformula el tradicional esquema de relaciones textuales entre el *Setenario* y la *Primera Partida*, y para ello parte de ciertas observaciones realizadas por VANDERFORD. Éste, en las páginas introductorias de su edición (36), acomete la tarea de cotejar, entre otras, la ley LXXXIX del *Setenario* y la ley primera del cuarto título de la *Primera Partida* (“quien puede fazer la crisma”). Al cotejar ambos textos, VANDERFORD se topó con dos haplografías en el texto del *Setenario*, fragmentos que se conservan, en cambio, en el texto de la *Primera Partida*. El editor del *Setenario* explicó estas omisiones como debidas a la transmisión manuscrita y supuso que se hallarían en un testimonio del *Setenario*, modelo de los mss. *T* y *E*, pero no en el manuscrito que sirvió para la redacción de la tercera versión de la *Primera Partida*. Es decir, ante esto, descarta la validez del esquema,

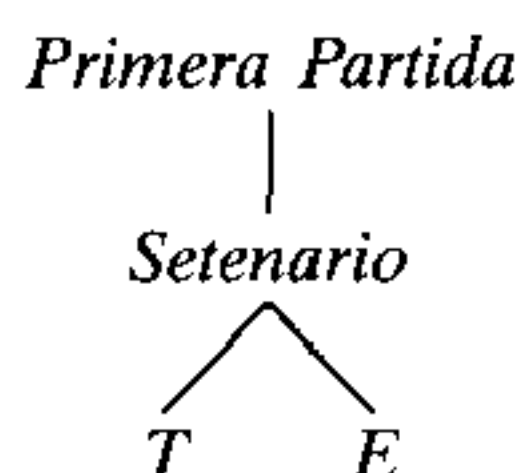


y propone un estema más complejo para dar cuenta de la relación indirecta entre los mss *T* y *E* del *Setenario*, por un lado, y la *Primera Partida*, por otro:

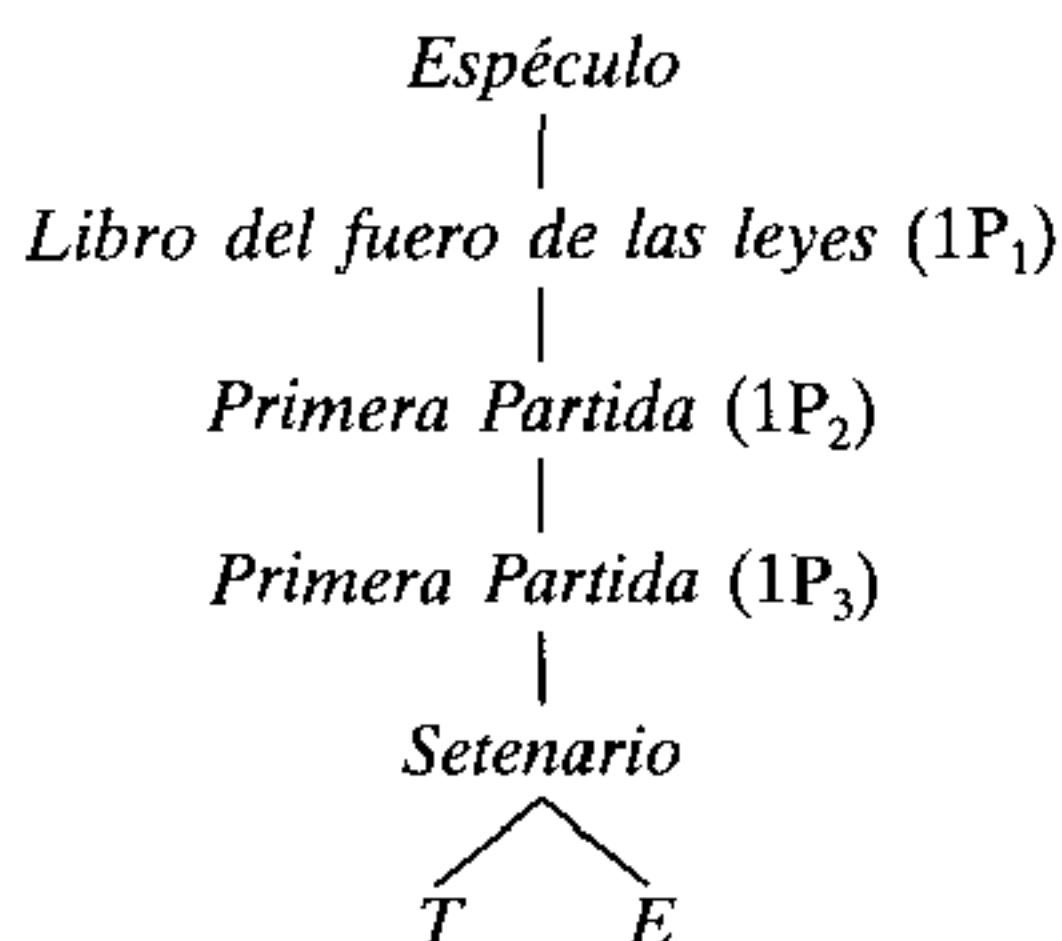
(36) *Setenario*: XXXII-XXXVI.



Sin embargo, CRADDOCK juzga que estas haplografías podrían explicarse de forma más sencilla si invertimos la relación de dependencia entre el *Setenario* y la *Primera Partida*:



Este *stemma* explica más sencillamente que aparezcan los dos *homeoteleuta* en los manuscritos *T* y *E* y no en la *Primera Partida*. Pero además existe otro hecho textual importante que justificaría la inversión de relaciones: la mencionada ley de la *Primera Partida* I, iv, 30 sólo aparece en la considerada tercera y última versión del texto, la posterior a 1272, y no en las anteriores. ¿Cómo se explicaría que esta ley que aparecería supuestamente por vez primera en el *Setenario* —comenzado aún en vida de Fernando III y continuado en los primeros años de reinado de Alfonso X— vuelva a emerger muchos años después en la última redacción de las *Partidas*, pero no en las redacciones intermedias? Puesto que considerar que el *Setenario* precede a la *Primera Partida* exige una complejidad mayor en la transmisión de las obras jurídicas alfonsíes y en las relaciones textuales, entre ellas de lo que hasta entonces supuesto, para CRADDOCK es más lógico aceptar un esquema más sencillo:



Otro argumento más de tipo textual a favor de la datación tardía del *Setenario* surge de su propio texto. Es en este caso una alusión a “la ssetena partida deste libro o ffabla de los escarmientos” (*Setenario*, art. CIV: 243) (37). Si se considera el *Setenario* como la primera de las obras jurídicas alfonsinas, esta alusión implica que en una fecha temprana Alfonso X ya tenía planeado un proyecto jurídico dividido en siete partes; existiría una *Séptima Partida* ya redactada o proyectada y que en la conciencia de los reelaboradores del *Setenario* formaba parte de la misma obra. Sin embargo, la obsesión por el número siete y la estructura en siete libros sólo figura con seguridad en la segunda de las redacciones de las *Partidas*, lo que sugiere que, si está presente en el *Setenario*, éste debería ser posterior a las *Partidas*.

Después, como una prueba más de la prelación de la *Primera Partida* sobre el *Setenario*, aduce CRADDOCK la existencia del Ms. HC 397/573 (38) de la Hispanic Society of America, un manuscrito que contiene leyes de la primera redacción de la *Primera Partida* (1P₁), o mejor dicho, del *Libro del fuero de las leyes*, y también del tercer estado de redacción (1P₃), llegando a repetir en ocasiones series de leyes enteras por estar ubicadas en títulos diferentes en cada una de las dos redacciones. Además, este código recoge también materiales tratados en el *Setenario* (39). Es importante destacar, por ejemplo, que contiene la mencionada ley *Partida* I, IV, 30 y que se pueden observar algunos de los cambios operados para la elaboración del *Setenario*, pero aún no recoge otros. De modo que este manuscrito sería una versión transicional entre la tercera reelaboración de la *Primera Partida* y el *Setenario*.

Estas pruebas textuales fueron combinadas por CRADDOCK con el contexto histórico-político de los últimos años que le tocan vivir a Alfonso X. El hecho de que en el *Setenario* se trate sobre la traición y se elogie a la ciudad de Sevilla, hace, sin duda, pensar que el texto fue confeccionado entre 1282 y 1284, en los últimos años del monarca, en los que, destituido por su hijo Sancho IV en las cortes de Valladolid en abril de 1282, vive arrinconado en Sevilla, una de las pocas ciudades que mantuvo la lealtad al rey Alfonso hasta su muerte, en abril de 1284. Por otro lado, la obsesión numerológica que Alfonso manifiesta en el *Setenario* —con respecto al número siete— pertenece, para CRADDOCK, a la mentalidad alfonsí de los últimos años: no aparece en el *Fuero Real*, ni en el *Espéculo*, ni en el

(37) A esta remisión señalada por CRADDOCK podríamos añadir otra que hemos apreciado en nuestra lectura: “E por toller estos siete males partió este libro en siete partes; e mostró en cada una dellas...” (*Setenario*, art. x: 25).

(38) GARCÍA y GARCÍA: 1963, 267-343.

(39) *Vid. supra* nn. 97 y 103.

Libro del fuero de las leyes (primer estadio de redacción de la *Primera Partida*). Esta manía numerológica sólo aparece a partir de la segunda versión de la *Primera Partida*, que debemos fechar con posterioridad a 1272, cuando el código se divide en siete partes, ya denominadas *partidas*, cada una de las cuales comienza por cada una de las letras que forman el nombre del rey, y cuando además se incluye un segundo prólogo que habla sobre las virtudes del número siete. En este sentido concluye CRADDOCK diciendo que “el *Setenario* constituye el último eslabón en un proceso de elaboración textual, en que la preocupación del Rey Sabio con el número siete llega a adquirir proporciones extravagantes” (1986 b: 449).

Dos son las consecuencias lógicas de las argumentaciones de CRADDOCK. En primer lugar, las *Partidas* no son una reelaboración del *Espéculo* realizada tras la muerte del monarca que las auspició, puesto que el *Setenario* es claramente una obra alfonsí y deriva directamente de las *Partidas*. En segundo lugar, Fernando III no concibió el *Setenario*, ni tampoco fue autor parcial; la mención de la respetada figura del Rey Santo como promotor y primer artífice del *Setenario* se explica por el deseo de Alfonso de salvar de alguna manera su fracasada política legislativa, dotándola de un valor mayor al hacer creer que fue inspirada por su padre.

Algo posteriores son los trabajos de Georges MARTIN, que insisten en la idea de un *Setenario* tardío (40). Su postura crítica es el resultado del análisis del contenido de las leyes I-XI del *Setenario* principalmente, es decir, lo que se ha denominado “Elogio a Fernando III”. Según MARTIN, Alfonso X pretende acabar la obra comenzada por su padre a petición de éste. Las fórmulas iniciales del *Fuero Real* y del *Espéculo* (“En el nombre de Dios...”), y especialmente la de las *Siete Partidas*,

Dios es comienço, e medio e acabamiento de todas las cosas... Onde todo ombre que algun buen fecho ouiere de començar primero deue adelantar e poner a Dios en el rogandole e pidiendole merçet que le ayude e le de saber e voluntad e poderio para que lo pueda bien acabar... (Ms. Vitr. 4-6 BNM, fol. 6r)

se retoman, desarrollan y evolucionan en el *Setenario*: Alfa y Omega es el anagrama de Dios –principio y fin (*acabamiento*) de todas las cosas–, que contiene siete letras en la secuencia literal *Alfa et O*, desde la que Alfonso establece una analogía numérica, literal y lingüística entre el nombre divino, el suyo propio y su lengua:

... Et por ende nos don alffonso ffijo del muy noble auenturado Rey don ffernando e de la muy noble Reyna donna beatrix e ssennor heredero

(40) MARTIN: 1993-1994, 79-100, 1995: 7-33 y 2001: 325-342.

primera mjente por la merçet de dios e despues por derecho lineaie de que heredamos los rregnos de castiella de toledo de Leon de gallizia de Seuilla de cordoua de Murçia de Jahen e de badaios e del algarbe Cuyo nonbre quiso dios por la ssu merçet quiso que sse començasse en A e sse ffeneçiesse en O En que ouyesse ssiete letras ssegunt el lenguaie de espanna a ssemeiança del ssu nonbre. por estas ssiete letras enbio ssobre nos los ssiete dones del spiritu ssancto que sson estos... (Ms. 43-20, fol. 2v) (41).

Este vínculo hace que él mismo, su poder, su libro y su lengua mantengan una relación de consustancialidad con Dios; es, por tanto, el mejor receptor de los siete dones del Espíritu Santo: Alfonso es “un auteur royal tourné, comme Salomon, vers l’Esprit saint, recevant, semblablement à Jésus, ses sept dons, qui se met à l’œuvre” (1993-1994: 95). El primer paso del texto es, pues, anunciar la naturaleza divina y espiritual de su autoridad real.

El concepto de *acabamiento*, presente en el *Espéculo* y en las *Partidas*, reaparece en el *Setenario* para mostrar el *acabamiento* de la obra real. La doble vertiente simbólica, literal y numerológica, de la idea de *acabamiento* coincide de nuevo con la recreación histórica que ya aparece en la segunda versión de la *Primera Partida*: el proyecto de la obra por parte de Fernando III y el encargo que éste hace a su hijo para completarla. Pero según el profesor Georges MARTIN, este hecho sufre dos transformaciones en el *Setenario*: “La première –procédure systematique– le charge de spiritualité”, es decir, el encargo paterno se reviste en el *Setenario* de una trascendente dimensión espiritual: Fernando en su lecho de muerte, “à la lisière du siècle et de l’éternité”, encarga a su hijo, “comme jadis David à Salomon”, la tarea de concluir la obra que él empezó, y Alfonso se compromete a llevar a cabo la obra que su padre no ha podido cumplir.

Alfonso X deja bien claro su propósito al declarar que Dios quiso que Fernando fuese su padre. Fernando III resulta, por tanto, el mediador entre su hijo y la divinidad y está, a su vez, marcado por ésta, puesto que su nombre, Fernando, que en “lenguaje de España” es *Ferando*, posee también siete letras. Se remarca la continuidad espiritual entre Dios y la realidad, reforzada por la continuidad natural entre padre e hijo. En este concepto subyace la figura de la Santa Trinidad: padre, hijo y la gracia del Espíritu Santo recibida a través de las siete letras del nombre de Alfonso, al que Dios permitió que su nombre comenzase por A y acabase con O, como el propio nombre de Dios.

La segunda transformación que sufre el encargo de Fernando III que aparecía en la segunda versión de la *Primera Partida* “porte la continuité naturelle entre le père et le fils à un niveau sémiologique plus profond

(41) *Setenario*, artículo 1: 7.

du processus de création de l'oeuvre". Alfonso afirma que el *Setenario*, que se dispone a terminar, fue comenzado por ambos, por el rey Fernando y su hijo, el infante Alfonso. El rey Santo dividió el libro en siete partes y expuso en cada una de esas partes las razones por las que los hombres entendiesen qué era lo que les convenía y de lo que se debían guardar. Es decir, en el *Setenario* el rey Fernando proyecta completamente la obra y es simplemente ayudado por Alfonso a acabarla. Esta doble autoría planteada por Alfonso no posee otra intención que la identificación entre padre e hijo, es decir, la formación de un concepto indisociable de autoridad.

Como resultado de las transformaciones operadas en el texto de las *Partidas*, el *Setenario* dota a Alfonso X de dos poderes: la espiritualidad divina y la autoridad de su padre. Ambas reforzarán su autoridad política.

En todo este proceso se mantiene latente el concepto de *acabamiento* de la obra real. Este concepto está ligado al de la naturaleza espiritual de la realeza en la relación establecida en la pareja Fernando III y su hijo Alfonso X, inteligentemente relacionada con aquella que forman David y Salomón, "et avec l'invocation du Saint-Esprit", con la del Padre y el Hijo en la Santa Trinidad. Esta construcción alfonsina constituye para MARTIN "une des formes les plus achevées de l'ideologie monarchique (...) je ne peux m'empêcher de lire étroitement dans les évolutions que le *Septénaire* couronne comme dans les émergences que s'y font jour les traces du contexte politique des dernières années d'Alphonse X". Es decir, el *Setenario* encontraría justificación después de 1282, cuando la autoridad real le había sido arrebatada violentamente y había pasado a manos de su hijo Sancho. La naturaleza espiritual de la autoridad regia defendida en el *Setenario* sería respuesta al caos político que sacude el reino desde 1282. Al hundimiento de su entramado legislativo-político, Alfonso X habría opuesto el concepto de acabamiento de la obra real, y frente a la traición se habría retratado como ejemplo de fidelidad y continuidad filial. La conclusión de MARTIN a propósito del *Setenario* no puede ser más clara:

Jusqu'ici, on a tenu pour vrai cette fiction stratégique. Mais non: le *Septénaire* n'a pas été composé par Alphonse à la demande de son père dans les années précédant et suivant immédiatement la mort de celui-ci. Non: le *Septénaire* ne témoigne d'aucune façon de l'existence d'un audacieux programme de rénovation juridique dans l'esprit de Ferdinand III. Cette légende fait aussi partie du "miroir" que, parmi l'inventaire de son héritage, Alphonse lègue par testament à son successeur afin que "lui-même et les rois qui viendront après lui... sachent amander leurs fautes et celles des autres et redresser leurs faits" (1993-1994: 99-100).

Sin embargo, otro análisis histórico-literario ha llevado a F. GÓMEZ REDONDO (1998: 304-330) a una interpretación de signo opuesto. GÓMEZ

REDONDO no pone en duda que en los últimos meses de su vida el rey emprendiera una tarea de revisión ideológica de sus producciones más importantes; sin embargo, no cree que el *Setenario* sea una obra compuesta por el rey en la angustia de los últimos años, sino que respondería a la necesidad de establecer para sí una indiscutible autoridad regalista desde los primeros años de su reinado.

Como ya vimos, la obra se divide en dos partes: el “Elogio” y el primer *Setenario*. GÓMEZ REDONDO divide las once leyes del “Elogio” en dos bloques. En el primero (leyes I-V) se expone que el libro, surgido a instancias de Fernando III (ley I), contiene las siete virtudes enumeradas en la ley V, que se corresponden con las siete letras del nombre de Dios: *Alfa et O*, que, a su vez, se corresponde con el nombre de Alfonso y con el de su padre. De modo que Alfonso, dentro de un marco religioso, expone el encargo de la obra, las circunstancias en que éste se produjo y define las virtudes del libro que se hallan igualmente en el padre, vinculándolas a sí mismo y a su formación. El primer objetivo de Alfonso habría sido, por tanto, destacar la continuidad linajística de las virtudes morales y políticas del padre en él mismo, reafirmando así su dignidad.

En el segundo bloque (leyes VI-X) Alfonso muestra cómo, al igual que recibió sus atributos morales de su padre, va a recibir un reino basado en la imagen de las bondades de Sevilla, “la última gran empresa del rey Santo”. El texto querría fundamentar así un modelo de entramado político y moral en las virtudes definidas por las anteriores leyes del *Setenario*, que poseía Fernando y que posee Alfonso. El verdadero trasfondo ideológico del *Setenario* se hallaría aquí, en el “Elogio”, y estribaría en la descripción de la identidad del rey Alfonso a la luz de la de su padre y en la vinculación de Alfonso a una corte definida por las virtudes del padre (Sevilla). Gracias a esa continuidad, él se reconoce heredero y en ello se ampara desde los primeros años de su reinado. GÓMEZ REDONDO establece así un paralelismo entre el libro y la tarea política: Fernando dona el libro a Alfonso para que lo acabe y sepa gobernarse por él (42), y Alfonso debe acabar el libro por mandato paterno y del mismo modo –rigiéndose por él– debe acabar la tarea de la construcción del reino.

La ley X, la más larga e importante, es la encargada de la propaganda política y alberga la confección simbólica de la realidad de España, realidad unificada religiosa y lingüísticamente. El nombre *España* posee siete letras, tal como el padre y el hijo, cuyos nombres “en lenguaje de

(42) En esta cuestión cabría destacar la proximidad temática (los dos espacios narrativos y la historia de la génesis del libro) y, por qué no, temporal del *Setenario* con la literatura sapiencial de mediados del siglo XIII, como el *Libro de los doze sabios* o el *Calila*. GÓMEZ REDONDO: 1998, 311, número 261.

España” poseen siete letras. En opinión de GÓMEZ REDONDO, la ciudad de Sevilla no aparecería en la ley X por haber sido el último refugio del rey Sabio, sino por ser la última gran empresa de Fernando III y el comienzo de la realidad de España, de modo que “con la posesión de Sevilla se completa un círculo de valores políticos y religiosos que es el que Alfonso quiere dibujar para soñar en nuevos, entre ellos la posibilidad de emprender una cruzada contra los africanos”. Por tanto, no hemos de ver en el *Setenario* a un Alfonso abatido por las circunstancias de los últimos años, sino que en su figura se destaca “una orgullosa proclamación de fuerza y un arrogante desafío contra los enemigos de la fe”, prosiguiendo la labor militar de su padre.

“Seso” e “inteligencia” deben ser las directrices en que se asentará el nuevo modelo de nobleza, definido ya en la Sevilla de Fernando III y que Alfonso quiere hacer extensivo a todo el reino, a la realidad española, restaurando la dignidad del linaje del que procede y la “razon enperial”:

... Et aun ssin todo esto quisiera ennobleçer e onrrar mas ssus ffechos tornando su ssennorio a aquel estado en que ssolia sser e mantouyeran antigua mjente los Enperadores e los rreyes onde el vinje e esto ffuera sennalada mjente en ssiete cosas en rrazon de enperio en su corte en su conseio en sus offiçiales en toller los malos fueros en dar de las ssolladas en justicia... (Ms. 43-20, fol. 6v) (43).

El *Setenario* sería un vehículo propicio para realizar esta tarea en un momento de sublevaciones protagonizadas por su hermano Enrique y por facciones nobiliarias que habían sido fieles a Fernando III. Con el libro se pretende difundir un modelo de corte basada en el “seso” y en el “entendimiento”, que pueda ayudar al nuevo monarca en la construcción política iniciada por su padre. Pero, para ello, el rey debe demostrar que posee las cualidades para hacer efectiva la nueva realidad social y política de España, y por ello la ley XI se encarga de mostrar sus aptitudes, su “saber”. Dentro de esta ley XI plantea Alfonso un discurso septenario sobre las cualidades del saber (44). Sin embargo, sólo se tratarán cuatro (entendimiento, natura, sabiduría y razón), debido a la imposibilidad de dominar la corte y el reino “en estos primeros años”, que hará que esta sección quede incompleta.

(43) *Setenario*, artículo x: 22.

(44) Esta enumeración de siete virtudes sería una prueba de que el *Setenario* estaba totalmente proyectado, pero hay más indicios de que el plan estaba hecho: en el artículo 10 se dice “et, nos, don Alfonso, desque ovimos este libro conpuesto e ordenado, pusiemosle nonbre Septenario...” y en la Ley CIV “pero si cayese en mano de juez seglar ante que de los clerigos, que aya tal pena como demuestra la setena partida d’este libro o fabla de los escarmientos”, GÓMEZ REDONDO: 1998, 306 y 314.

Para GÓMEZ REDONDO, estas primeras once leyes se habrían añadido al originario núcleo del *Setenario*, recibido de Fernando III, convirtiéndolo en algo distinto a lo que era originalmente; es decir, que Alfonso, debido a los problemas que encontró nada más acceder al trono, habría compuesto las once primeras leyes, el “Elogio”, con una clara intención propagandística y habría integrado en éste el núcleo originario del libro, el primer *Setenario*, ideado por Fernando III con un propósito apostólico. El primer *Setenario* comenzaría, por tanto, a partir de la ley XII y sería un tratado de la doctrina religiosa cristiana. Según GÓMEZ REDONDO, no estaría muy lejos del espíritu del IV Concilio de Letrán, en el que se anima a la difusión de los principios cristianos en las lenguas maternas, a acercar la doctrina al pueblo en un contexto religioso amenazado por la heterodoxia y la herejía. No hemos de olvidar que en España convivían próximas tres leyes religiosas diferentes y que el territorio castellano había crecido enormemente, llevándose a cabo la creación de nuevas diócesis, etc.; por ello quizá interesaba a Fernando III definir en una obra como el *Setenario* la doctrina cristiana. El libro así habría podido comenzar por un análisis histórico-religioso y mitológico, con carácter enciclopédico; sería, en definitiva, un “curioso ensayo de comparatismo religioso” en el que se declaran cuáles son las falsas creencias y se analizan sus errores, para concluir rechazándolas a la luz del “saber” y de los artículos de la fe y, por tanto, afirmando que sólo se debe adorar a Dios. Poco, pues, tendría que ver el *Setenario* con un libro de leyes, sino con un tratado religioso, y si en el título IV de la *Primera Partida* se recogen los principios de la doctrina cristiana, no se incluye, en cambio, el tratado histórico-religioso, pues ahí, como hemos dicho, no tendría cabida. El interés por mostrar que “nuestra santa Fe es ley derecha e creencia verdadera” tendría mayor sentido dentro del proceso de expansión religiosa bajo Fernando III, proceso retomado por Alfonso X dentro de esa mentalidad continuista que se señaló, en los primeros tiempos de su reinado, entre 1282 y 1284.

4.3. Valoraciones.

Salvo las alusiones internas que refieren que fue comenzado por iniciativa de Fernando III y acabado por su hijo Alfonso, nada hay en la obra que lleve a situar el texto en un momento determinado del reinado de Alfonso X. Sólo cabe interpretar. Y así se ha hecho por una doble vía: la textual y la histórica. Esta última es de por sí más subjetiva e implica siempre una dosis de autoconvencimiento. Partiendo de la exégesis del texto, se ha llegado a contextualizaciones del *Setenario* absolutamente anta-

gónicas, las de Georges MARTIN y Fernando GÓMEZ REDONDO. En ambos casos las interpretaciones gozan de credibilidad: el discurso del *Setenario* podría ser válido tanto en los primeros años de reinado de Alfonso como en los últimos. No obstante, hay un matiz diferenciador importante: la valoración de lo específicamente textual. En este sentido, la tesis de MARTIN adquiere un empaque mucho mayor apoyada por el examen de las pruebas textuales (45). La labor exegetica por sí sola no es suficiente, al igual que las pruebas textuales o el examen de una tradición textual no es relevante si no arriesgamos una interpretación histórica.

La letra del texto sitúa la conclusión del *Setenario* poco después de la muerte de Fernando III. No obstante, las dependencias textuales, en primer lugar, y la evolución de los conceptos simbólicos, en segundo, son, a nuestro parecer, indicios lo suficientemente importantes como para descartar la posibilidad de que el *Setenario* sea una obra tardía, la más tardía, quizá, de toda la producción alfonsí, contra lo que el propio Alfonso afirma. Queremos aquí señalar con respecto a la supuesta prelación del *Setenario* alguna prueba más a las ya aportadas por la crítica, pruebas con las que nos hemos topado al examinar con otros objetivos el prólogo de la *Primera Partida* y el artículo XI del *Setenario*.

Son muchos los reenvíos o las remisiones internas del *Setenario* que no hallan correspondencia en el propio texto, pero sí en las *Partidas*. Muy significativa es la referencia que en el artículo XI se hace a la segunda oración del *Pater noster*: “Et en la ssegunda oraçion del pater noster sson ssiete petiçiones que nuestro ssennor ihesu xpisto nos amostro con que ssopiessemos pedir merçet a dios ssu padre ssegunt es dicho *en el comienço deste libro* o ffabla del cuento del ssetenario” (fol. 62r; *Setenario*, art. C: 204). Sin embargo, la remisión no funciona internamente, ya que no existe en el “comienço deste libro” (ni siquiera al comienzo del art. XI) nada relativo a lo que se apunta; pero sí encontramos en el “comienço” de la *Primera Partida* tanto lo referente al “cuento setenario” como a las siete cosas que se han de pedir por el *Pater noster*.

Hay otras remisiones mucho menos específicas, pero que sólo pueden entenderse en este mismo sentido. Valgan como ejemplos: “esto sse muestra adelante conplida mjente en este libro do ffabla de las penas tenporales” (fol. 58r; *Setenario*, art. XCVIII: 191); “que otra tal la rreçibiesse ssegunt sse muestra conplida mjente en el libro o ffabla de las penas tenporales por que tannen en vna de las grandes ffalssedades que puedan sser” (fol. 63v; *Setenario*, art. CI: 209). Todo ello, además de insistir en la clara dependencia textual del *Setenario* respecto de la última versión de

(45) Especialmente en MARTIN: 2001, último de sus artículos de la trilogía dedicada al *Setenario*.

la *Primera Partida*, probaría, junto a la nula especificidad de las remisiones, que el *Setenario* que conocemos –al igual que sucedía con el *Espéculo*, como hemos tenido ocasión de ver– no había llegado aún a la definitiva fase de redacción.

Por otro lado, son innegables las correspondencias estructurales entre ambas obras. Así, las leyes I-X del *Setenario* se corresponden con el primer prólogo de la *Primera Partida*, al igual que la ley XI de aquél con el segundo de ésta (el prólogo “setenario”); centrémonos un instante en estos últimos pasajes:

Septenario es cuento muy noble a que loaron mucho los sabios antiguos: porque se fallan en el muchas cosas e muy señaladas que se departen por cuento de siete... (*Partidas* I, Prólogo; Gregorio LÓPEZ, fol. 4r.).

Setenario pusimos nonbre a este libro por que todas las cosas que en el son van ordenadas por cuento de siete Et esto fue por que es mas noble que todos los otros segunt que adelante se mostrara por las razones que se dizen en el desde el començo fasta la fin señalada mjente en esta ley o a muchos mas setenarios que en qual quier de las otras por demostrar por ellos mas conplida mjente el nonbre del libro que sale de siete razones... (Ms. 43-20, fol. 7v; *Setenario*, art. XI: 25.).

A partir de aquí, el artículo XI del *Setenario* desarrolla toda la serie de conceptos heptalógicos que en el segundo prólogo de *Partidas* I se anunciaban:

... todas las criaturas que son departidas en siete maneras [...] E otrofi todas las otras cosas naturales han mouimiento de siete maneras: ca o es a fuo, o a yuo, o adelante, o atras, o a diestro, o a siniestro, o en derredor. E en este mismo cuento fallaron los sabios antiguos las siete estrellas, mas nombradas que se llaman Planetas que son: Saturno, Iuppiter, Mars, Sol, Venus, Mercurio, Luna: de que tomaron cuento de los siete cielos, en que estauan, e pusieronles nombres, e ordenaron por ellas los siete dias de la semana. Otrofi, los sabios departieron por este cuento las siete partes de toda la tierra, a que llaman Climas. Otrofi por este mismo cuento departieron los metales e algunos, y ouo que por este cuento los saberes, a que llaman las siete artes: e effo mismo fizieron de la edad del hombre... (*Partidas* I, Prólogo; Gregorio LÓPEZ, fol. 4r.)

Aunque en la *Partida* sólo se nombra esa serie de colectivos setenarios, se desarrolla tímidamente el primer elemento de la serie: el heptálogo de las criaturas, que encontramos prácticamente en los mismos términos en el artículo 11 del *Setenario* –sin olvidar la mención a Aristóteles y a los otros sabios:

... todas las criaturas que son departidas en siete maneras, ca segund dixo Arifototeles, e los otros sabios. O es esta criatura que non a cuerpo ninguno, mas es espiritual, como angel o alma: o es cuerpo simple, que ni se engendra, ni se corrompe por natura, y es celestial, así como los cielos e las estrellas, o es cuerpo simple que se engendra e se corrompe por natura, como los elementos: o es cuerpo compuesto, e alma de crecer, e de sentir, e no de razon: así como las animalias, que no son hombres: o es cuerpo compuesto de alma de crecer, mas no de sentimiento ni de razon, así como los arboles, e todas las otras plantas: o a cuerpo compuesto, mas no alma ninguna, nio sentimiento, como las piedras, e las cosas minerales que se crían en la tierra... (*Partidas* I, Prólogo).

... Et por ende aristotiles e los otros philosophos ffablaron en esta rrazon muy conplida mjente [...] Onde la primera cosa es spiritual entiendese por angel o alma que es criatura que non ha cuerpo nñ alma. La ssegunda es cuerpo ssimple ssin otra cosa que sea ajuntada en el non sse engendra nñ se corrompe por natura asi como los çielos las estrellas que son cuerpos çelestiales llamados. La terçera es cuerpo en ssi mismo que se engendra e sse corrompe assi como los helementos. La quarta es de cuerpo conpuesto que a alma de creçer e de sentir como todas las anjmalias del omne en affuera. La quinta que ha cuerpo conpuesto de los helementos alma de creçer e de ssentir e de rrazonar assi como omne o mugier. La ssesta que ha cuerpo conpuesto e alma para creçer mas non con consintimiento nñ con rrazon assi como los arboles todas las otras planetas que nasçen de la tierra. La ssetena que ha cuerpo conpuesto mas non alma de njguna manera que ssintimiento nñ rrazon asi como los metales las piedras las cosas mjnerales que en la tierra se crían... (Ms. 43-20, fol. 8rv; *Setenario*, art. XI: 27-28).

Lo evidente es que en la *Primera Partida* se exponen esquemáticamente temas desarrollados con exhaustividad alfonsina en el *Setenario*. No sólo interesa destacar aquí la correspondencia temática, pues hay un detalle que nos parece mucho más significativo: al tratar de los siete tipos de criaturas, la *Primera Partida* muestra una incipiente tendencia al desarrollo que se ve rápidamente truncada, pero que se hace plenamente efectiva en el *Setenario*. A este respecto, no parece muy razonable plantear un recorrido inverso: el *Setenario* habría ampliado lo bosquejado en la *Primera Partida*.

Abundando en este concepto de desarrollo temático y simbólico hemos de recurrir a un hecho que es aceptado por todos: El *Libro del fuero de las leyes* amplificó o continuó el libro primero del *Espéculo* donde éste se cerraba con una alusión a la materia canónica (I, IV, 5); aquél en 1272 sufrió una refundición que a, su vez, experimenta la reelaboración amplificatoria de algunas secciones en 1275. Si esto fue así, no resulta descabellado suponer que análogamente entre 1282 y 1284 se refundió la última versión de la *Primera Partida* dando lugar al *Setenario*, tal como parece

mostrar el ejemplo del artículo 11 del *Setenario* y el prólogo “setenario” de la *Primera Partida*. ¿Por qué no admitir –y sobre todo ante pruebas textuales difícilmente refutables– que se dio este paso durante los últimos años de Alfonso X? ¿Sería más verosímil afirmar que compiladores de las versiones de 1272 y 1275 de las *Partidas* retomaron el *Setenario* más de treinta años después y resumieron su contenido? Esto supondría, por ejemplo, que el *Setenario* hubo de utilizarse de forma independiente en ambas revisiones, ya que hay elementos del *Setenario* que no aparecen en la versión de 1272 y sí en la de 1275 (vid. art. LXXXIX del *Setenario* y *Partidas* I, IV, 30 de la 3.^a reelaboración), lo que de nuevo complica el asunto y multiplica las explicaciones inútilmente.

Esta tarea de revisión tan cara al monarca Sabio no sería exclusiva de las *Siete Partidas*, ya que lo mismo sucedió con la *Estoria de España*, las *Cantigas de Santa María* y algunas obras científicas, con el objetivo de dotarlas de una mayor perfección lingüística, conceptual o de contenido, o simplemente por el deseo de “actualizar” su opinión ante ciertos hechos y sucesos del momento. Es innegable la pérdida paulatina del carácter autoritario de la realeza según se van sucediendo unas versiones a otras del corpus jurídico alfonsino: la última versión de la *Primera Partida* desprende un modelo menos autoritario con respecto a la de 1272 (que en este aspecto se muestra ambigua), y ésta también menos con respecto al *Libro del fuero de las leyes* (1265). ¿Por qué no admitir que esa tendencia se consolidó en el *Setenario*, que habría acabado por transformar un texto jurídico en un tratado ético-filosófico? Este progresivo desvanecimiento de autoridad se debió muy probablemente a factores no ideológicos, sino a condicionantes como el rechazo del proyecto legislativo del rey. Así, en 1272 comienza un largo período de decadencia en el optimismo político de Alfonso X, que llegará hasta 1284. A este largo período, y al ritmo en que iba empereorando la crisis –el rechazo de su proyecto legislativo, la pérdida de la candidatura al Imperio, la muerte del heredero y el pleito de sucesión, y, por último, su deposición en 1282–, corresponde la cadena de revisiones de la *Primera Partida* hasta llegar a la “última e inconclusa”, el *Setenario*.

Creemos, pues, que tanto el elogio de Sevilla como las referencias a la traición y a la “desconoscencia” alcanzan sentido pleno en los últimos años del rey Alfonso y no a principios de su reinado. Si bien las acusaciones que vierte el rey son muy generales, hay ciertas alusiones que nos parecen bastante significativas: “Ca entendien el mal por bien e el tuerto por derecho auyendo creyente que valien mas que los que ffueran ante dellos e que ffazien meior todos sus ffechos”; “non connosçien njn les venja emjente el bien que les ffizieron aquellos onde ellos vinjen njn lo que ellos eran tenjdos de ffazer”; “Contra natura vinjen non se amando

a si mismos commo deuyen njn a los de ssu linage njn a aquellos con que auyan derecha amjztad e buena o que les ffazian algo e non gelo ssabian gradeçer njn amar por ello” (fol. 7r-v) (46). En fin, nos parecen más un duro reproche al comportamiento de Sancho y a los que le apoyaron que un ejemplo general de conducta reprochable (47). No podemos dejar de ver en estas palabras del *Setenario* un eco de los reproches a Sancho y el agradecimiento a la ciudad de Sevilla que Alfonso no dudó en introducir en la denominada *Versión crítica* de la *Estoria de España*, en la que Alfonso se ocupaba en sus últimos años:

... El infante don Garçia tomo el rregno por fuerça a su padre el rey don Alfonso el Magno. Al rey don Sancho matol Velit Adolfez a trayçion siendo su vasallo. Al rrey don Alfonso, fijo del rrey don Fernando el que gano Seuilla, tolliol el rregno su fijo el infante don Sancho. Alçaronse con don Sancho todos los del rregno e ajuramentaronse contra el rrey para prenderle e echarle de la tierra, ms ayudole Dios e los de Seuilla e el rrey Abenjenjufal de los abonmarines a ese rrey don Alfonso, asy commo adelante diremos en su lugar... (*V Crít*: 54-55).

(46) *Setenario*, artículo X: 23-25.

(47) “... Ca entendien el mal por bien e el tuerto por derecho auyendo creyente que valien mas que los que ffueran ante dellos e que ffazien meior todos sus ffechos ¶ Et a esto ayudaua mucho el mal conseio que aujan que sienpre se aconseiauan mal ¶ Et el bien olujdauan lo ayna e vinjese les ell mal emjente e querien lo e ffazien lo ¶ De mas castigo bueno que les diesen non lo querian rreçebir ante lo desdennauan e lo despreçauan muy ffiera mjente ¶ Otrosi todos sus fechos ffazian vil mjente con conseio de omnes viles e rreffezes ¶ Et ssin esto eran mucho atreuidos en palabra e en ffecho ¶ Et estos *desconnosçençias* los ffazian desconnosçer a dios e non creer en el commo deuyen e al ssennor natural ¶ Et non lo ssaber onrrar njn sserujr njn temer njn gradeçer el bien que les ffazie a si mismos Otrosi non connosçien njn les venja emjente el bien que les ffizieron aquellos onde ellos vinjen njn lo que ellos eran tenjdos de ffazer ¶ Contra naturaleza de ssennorio vinjen en ffurtando en ascondiendo e tolliendo a los ssennores ssu derecho e la tierra donde eran naturales e menguandoles ssus onrras quanto podian e punnar en desatar los bienes que ffazian e otrosi los que eran en la tierra e todo esto era con mal querençia que auian vnos de otros ¶ Contra natura vinjen non se amando a si mismos commo deuyen njn a los de ssu linage njn a aquellos con que auyan derecha amjztad e buena o que les ffazian algo e non gelo ssabian gradeçer njn amar por ello ¶ Otrosi metiendo se por ffijos dalgo lo que lo non eran njn podrian sser e los malos metiendose por buenos e los ssin entendimjento por entendidos ¶ Et ssin todo esto ffazian otras cosas malas e desaguisadas e contra natura en que errauan a dios & a toda bondat ¶ Onde por toller estos males e otros muchos que vinjen por esta rrazon Et desujar los otros que podrian uenjr. mando el Rey don fferrando ffazer este libro que touyese el e los otros Reyes que despues del vinjesen por tesoro e por mayor e meior conseio que otro que pudiessen tomar e por mayor seso en que sse viessen ssienpre commo en espeio para ssaber emendar los ssus yerros e los de los otros e endereçar ssus ffechos e ssaber los ffazer bien e conplida mjente ¶ Et por toller estos ssiete males partio este libro en siete partes ¶ Et mostro en cada vna dellas rrazones con que entendiesen los omnes lo que les conujnja que ffiziesen e de lo que sse deuyan guardar ¶ Et Nos don alffonso desde ouyimos este libro conpuesto e ordenado pusimos le nonbre septenario segunt que entendimos que conujnje a la natura de las rrazones & a la manera de ffabla...”, fol. 7r-v (*Setenario*, art. X: 23-25.).

Por lo que respecta a la denominación de la obra y su relación con la denominación de las *Siete Partidas* ha habido desde antiguo una gran confusión. Son muchas las alusiones y referencias externas en las que se identifican las *Siete Partidas* con el *Setenario*. Durante el examen que hemos llevado a cabo de los testimonios de la *Tercera Partida* y sus fuentes, nos hemos topado con algunas interesantes alusiones al *Setenario*. Al comparar algunas leyes del *Espéculo* (según el Ms. 10123 de la BNM) con otras de las *Partidas*, junto a reenvíos a tal o cual *Partida*, hemos dado con remisiones al *Setenario*, concretamente tres (casualmente siempre referidas a *Partidas* III). En el margen que corresponde a la ley 11 de *Espéculo* IV, vi encontramos “con la xxxvij titulo xvijº del iijº libro Setenario”; igualmente en la ley 24 del mismo título: “con la lij ley titulo xvijº del iijº libro Setenario”, y un poco más adelante, al margen de *Espéculo* V, v, 3, se anota “con la xxj titulo xxv prescripçiones libro iijº Setenario”. De nuevo, estas anotaciones no pueden hacer referencia al *Setenario* que conocemos, pero remiten perfectamente a las *Partidas*. Es cierto que también en los márgenes del Ms. 10123 se alude a las *Partidas* por ese nombre. Quizá este estado de confusión respecto a la denominación del único texto alfonsino conocido dividido en siete partes no deja de ser una prueba más de que *Setenario* y *Siete Partidas* son en concepto la misma obra (48).

Finalmente, respecto a la denominación de la obra (y a la relación que guarda con la denominación de *Siete Partidas*), hemos de aducir lo dicho en el testamento del rey. El 21 de enero de 1284 está fechado el segundo testamento del rey Alfonso, en que se afirma lo siguiente: “... Otrossí mandamos que todos los libros de los *Cantares de loor de Sancta María* sean todos en aquella iglesia donde nuestro cuerpo se enterrare, e que los fagan cantar en las fiestas de Sancta María... Otrossí mandamos a aquel que lo nuestro heredare el libro *Setenario* que nos fiziemos” (49). Es más lógico pensar que en este momento cercano al tránsito el rey pensase en sus obras más queridas, las *Cantigas de Santa María*, su obra más personal y devota –revisada al menos en dos ocasiones–, y las *Siete Partidas*, la máxima expresión de la mentalidad filosófico-política de un rey ante todo

(48) MARTÍNEZ MARINA dio la noticia de la existencia de unos versos escritos al final del códice escurialense Z.i.14 sobre una mala costumbre entre los abogados; los versos citan el *Setenario*, pero no podían referirse sino a *Partidas* III, vi, 16: “No trabajes por tomar / salario desaguizado, / ante dexa de lo justo / que pases a lo vedado; / freno pon a la codicia / e querer desordenado; / e vivirás enfrenado / en estado mesurado. / Que debas por tu trabajo / recibir justo salario / pruébese por muchos textos / del gran libro *Setenario*”. Gracias también a MARTÍNEZ MARINA conocemos una referencia de la misma naturaleza que se anotó en el hoy desgraciadamente desaparecido códice BR 3.º: “Según la compilación del *Setenario*, el padre puede mandar todo lo suyo en su testamento, dexando a los fijos su parte legítima, que es ésta: *si fueren quatro o dende ayuso, de tres partes la una, et si fueren cinco a más, la meitad*”; según MARTÍNEZ MARINA, estas palabras proceden de *Partidas* VI, i, 17. MARTÍNEZ MARINA: 191.

(49) Salvador MARTÍNEZ: 2003, Apéndice IX, 616-622 (para este fragmento: 618).

gobernante –y única conocida dividida en siete partes–, que no en un texto abandonado hacía más de treinta años. ¿Qué sentido tendría, además, entregar a su heredero un texto inacabado?

5. Obras jurídicas menores

Finalmente, haremos un rápido repaso a lo que podríamos denominar obra jurídica cotidiana o menor (50). Como ya indicamos al hablar de la situación jurídica que heredó Alfonso X (§ I, 2), su labor legislativa no se ciñó exclusivamente a lo que hemos denominado “obras mayores”. Los grandes códigos surgen del convencimiento y la iniciativa propios de un rey con un elevadísimo sentido político. Pero ya señalamos que Alfonso X mantenía otra línea de actuación más inmediata debida a las necesidades cotidianas, que ejercía a través de la revisión y confirmación de fueros y de privilegios otorgados por sus antecesores, Alfonso VIII de Castilla y Fernando III. A esta segunda línea de actuación habría que añadir que, en otras ocasiones, Alfonso X creó pequeños cuerpos jurídicos sobre aspectos muy particulares y extendió nuevos privilegios, todo ello exigido por las más diversas circunstancias. Existió, pues, otra línea de actuación en la política legislativa alfonsí: el derecho sobre cuestiones puntuales.

A continuación daremos una breve relación de algunas de sus obras jurídicas menores. En primer lugar, nos referiremos a los códigos preexistentes, pero que, en tanto que confirmados y concedidos por Alfonso X, consideramos obra suya –siguiendo el principio de que el autor de una ley es quien la da a conocer–. Por otro lado, comentaremos algunos de los cuerpos legales que regulaban materias o asuntos específicos y puntuales.

5.1. Fueros.

En respuesta a su intensa actividad repobladora, Alfonso X otorgó ordenamientos jurídicos a las nuevas poblaciones, aunque también extendió estos ordenamientos a ciudades ya pobladas. Siguiendo la labor de sus antecesores, concede principalmente el *Fuero de Cuenca* y el *Fuero Juzgo* (*Liber Iudicorum*) como fuero de Toledo, de Sevilla, de Córdoba o de Murcia. El *Fuero de Cuenca* se concede a varias poblaciones desde 1253 (Iniesta) a 1273 (Baeza); el *Fuero Juzgo*, en su forma de *Fuero de Toledo*, es concedido a Talavera en 1254 y a Alicante y Cartagena en 1257; el *Fuero de Sevilla* se otorga entre los años 1253 (Carmona y Tejada) y 1282 (Montemolín); el *Fuero de Córdoba* se concede a Mula en 1245, Alicante en 1252 y Lorca en 1271; y el *Fuero de Murcia* entre 1267 y 1270.

(50) Puede verse un temprano catálogo en MARTÍNEZ MARINA: 11.

Pero el rey Alfonso X no sólo concedió el *Fuero de Cuenca* y el *Fuero Juzgo* en sus diferentes formas, ya que se concedieron otros textos como fueros (51), entre los cuales hay que incluir el *Fuero Real*. Por ejemplo, se otorgó el *Fuero Real* a Aguilar de Campoo en 1255, el mismo año que a Sahagún, como vimos; otros fueros concedidos fueron el *Fuero de Benavente*, otorgado en 1270 a poblaciones como Buetes, Puente deume, etc.; el *Fuero de Vitoria*, a Briones, Orduña, Salvatierra, Mondragón, Arcienaga, etc., entre 1256 y 1272; y el *Fuero de Logroño*, a Treviño, Corres, Miranda de Ebro, etc., entre 1254 y 1262.

5.2. Leyes, ordenamientos, privilegios y diplomas.

En 1255 se redactan en Valladolid las *Leyes para los Adelantados* (52). Se trata de un conjunto de cinco leyes que establece las obligaciones y define las competencias del adelantado mayor del reino, figura encargada de la aplicación de justicia y de la guarda del reino en delegación real. El opúsculo no está exento de polémica, ya que se ha puesto en duda su autoría. Para J. M. PÉREZ-PRENDES (1962, 2004) no sería una obra de Alfonso X, sino que más bien se trataría de un texto falsificado con fines políticos por alguien de la facción contraria a la política reformista del rey. Se habría introducido en el texto una interpretación favorable a los intereses señoriales, por lo que este autor considera que el texto fue elaborado por el mismo círculo que redactó el *Fuero Viejo*. No obstante, parece lo más prudente considerar que, al igual que otros textos ya aludidos, como el Ordenamiento de Valladolid de 1258 o los juramentos que acompañaban aquella carta sobre la usura en 1260, las *Leyes para los Adelantados* también fueron extraídas del *Espéculo*.

El *Ordenamiento de las tafurerías* (53) fue encargado por Alfonso X al maestre Roldán, como bien afirma el propio maestre Roldán en el incipit: “Era de mil e tresientos quatorse años. Este es el libro que yo maestre Roldan ordene y compuse en razon de las tafurerias por mandado del muy noble e mucho alto señor Don Alfonso...” (216). Se promulgó, pues, en 1272 y consta de 44 leyes en las que se regula todo lo referente a las casas de juego o *tafurerías*, sin soslayar las relaciones con la moralidad pública y tratar ciertos puntos del derecho privado relacionados con el juego. El texto rigió hasta 1329.

Las *Leyes de la mesta* (54) se otorgaron en Sevilla en 1273. Como su

(51) PÉREZ MARTÍN 1992 a: 59 parece querer decir que Alfonso también habría concedido el *Libro del Fuero* (= *Espéculo*) como fuero a Vitoria en 1271.

(52) *Adelantados*: 171-177.

(53) *Tafurerías*: 211-231.

(54) KLEIN, 1981.

propio nombre indica, se trata de un cuerpo de leyes que regulan la antigua institución. La comunidad de pastores salió reforzada frente a los labradores con estas leyes, ya que se les privilegió principalmente en el uso de fuentes, pasos y cañadas.

Alfonso X acometió con los *Privilegios de la caballería villana* la regulación de la “caballería villana” o “caballería de alarde”, forma con la que se denomina a los escuderos que habían servido al rey. Los privilegios concedidos son de carácter económico –la exención de impuestos, generalmente–, pero, frente a los ostentados por la caballería noble, estos privilegios no son hereditarios.

Durante el reinado de Alfonso X se celebraron cortes en varias ocasiones (55). En algunas de éstas se dictaron disposiciones que fueron recogidas en los llamados Ordenamientos de cortes. Es seguro que existieron más de estos Ordenamientos que los que hemos conservado: muchos se habrán perdido irremediablemente con el Archivo real de Castilla, pero quizá algún otro esté aún esperando a ser desempolvado de algún archivo o biblioteca. También es muy posible que se hayan celebrado más cortes que de las que, finalmente, tenemos noticia. Los Ordenamientos de cortes conservados son los correspondientes a las de Sevilla en 1252, Segovia en 1256, Valladolid en 1258, Jerez de la Frontera en 1268, Burgos en 1269, y posiblemente de nuevo en 1271, y Zamora en 1274.

Podemos añadir algunos Ordenamientos más efectuados por Alfonso X aparte de los de cortes, como fueron el *Ordenamiento sobre comestibles y artefactos* de 1256 (56) o el *Ordenamiento de leyes para el reino de Extremadura* de 1264 (57).

También fueron numerosos los diplomas que Alfonso extendió a lo largo de su reinado. Generalmente, los diplomas están relacionados con la fundación o reorganización de poblaciones inserta en su programa de repoblación.

Sabemos, además, de la existencia de dos colecciones jurídicas originadas en las prácticas judiciales de los tribunales reales y conocidas como *Leyes nuevas* (58) y *Leyes del Estilo* (59). No podemos considerarlas puramente alfonsíes, pues son textos que se forman a través de un largo período de tiempo, pero, por otro lado, es cierto que encuentran su punto de partida en la corte alfonsí y, más concretamente, en interpretaciones del *Fuero Real*.

(55) Para el tema concreto de las cortes, *vid.* especialmente PROCTER, 1988 y O'CALLAGHAN, 1989.

(56) MARTÍNEZ MARINA: 11.

(57) IGLESIA FERREIRÓS: 1983.

(58) *Leyes Nuevas*: 179-209; LÓPEZ ORTIZ: 1945.

(59) *Leyes del Estilo*: 235-338.

CAPÍTULO III

CONCLUSIONES GENERALES.

JURISDICCIÓN Y PODER REAL EN EL PROYECTO POLÍTICO ALFONSÍ

1. La tradición jurídica alfonsí

Alfonso, siguiendo la nueva corriente jurídica europea, diseñó su gran código bajo la tradición justiniana de las dos espadas que rigen el mundo. Estas dos espadas mantienen en paz y justicia al mundo: la primera es la espada espiritual que destruye “los males escondidos”, los males del alma, combate a los enemigos de la fe y a los malos cristianos. Es la espada por la que se mantiene la justicia espiritual, y a ella dedica Alfonso X la *Primera Partida*. La segunda espada es la temporal, que destruye los males manifiestos derivados del incumplimiento de los preceptos de la Iglesia defendidos en la *Primera Partida*. Los señores temporales son los encargados de ejecutar la justicia; y de ellos, de su estatus, de sus relaciones, se encarga la *Segunda Partida*.

La *Tercera Partida* queda adscrita a la espada temporal. Alfonso muestra el camino por el que se debe hacer y mantener la justicia entre los hombres, tal como revela el Prólogo de la *Tercera Partida*:

Fizo nuestro señor Dios todas las cosas muy complidamiente por el su grand saber, e después que las ovo fechas mantovo a cada una en su estado. En esto mostró cuál es la su grand bondad e justicia, e en cuál manera la deven mantener los que la an de fazer en la tierra [...] queremos en esta *Tercera Partida* dezir de la justicia que se deve fazer ordenadamiente por seso e por sabiduría en demandando e defendiendo cada uno en juizio lo que cree que sea de su derecho ante los grandes señores sobredichos o los oficiales que han de judgar por ellos... (60).

Si Alfonso como rey es vicario de Dios, puesto “sobre las gentes para mantenerlas en justicia e en verdad quanto en lo temporal”, sólo a él corresponde ejecutar la justicia. En esta tarea de rector del mundo, Alfonso vislumbra dos momentos de peligro para los que los grandes señores deben estar preparados: en tiempo de guerra contra los enemigos exteriores y en tiempo de paz contra los de dentro. Para este primer tiempo de peligro el rey cuenta con los defensores o caballeros, cuyo estatus es definido por Alfonso en el título XXI de la *Segunda Partida*: son los encargados de guerrear y combatir a los enemigos de fuera. El otro tiempo

(60) Todos los pasajes de la *Tercera Partida* se citan por nuestra propia reconstrucción crítica.

de peligro es el que pueden suscitar los de dentro, los quebrantadores del derecho y embargadores de la justicia; ése es, pues, el momento de actuar con “leyes e fueros derechos”. Mediante inteligentísimas maniobras conceptuales y lingüísticas, Alfonso sabe reconducir todo hecho jurídico al único derecho existente: el emanado de su propia voluntad. Por tanto, Alfonso, como único capaz de crear el derecho, es el único al que cabe aplicarlo mediante un bien pensado y articulado sistema de administración de justicia, cuyos principales engranajes son los técnicos juristas y los oficiales, esto es, los otros defensores:

... otro tal posieron de las ganancias que fazen los juezes e los escribanos en razón de las soldadas que ganan en las cortes de los señores o en las cibdades o en las villas. E bien assí como otorgaron esto a las ganancias que fazen los cavalleros por onra de cavallería e porque guerreen con los enemigos, otrossí tovieron por derecho que oviessen estos oficiales sobredichos, que son como guerreros contralladores a los que embargan la justicia, que es otra manera de muy grand guerra que usan los omnes en todo tiempo (*Partidas* III, II, 2).

Mediante esta afirmación, Alfonso da cabida indirectamente en el clásico sistema trifuncional de la sociedad medieval a los técnicos especialistas en leyes y a algunos oficiales de la administración de justicia. Como salvaguardas de la ley del rey y, por tanto, del derecho y la justicia, equipara sus funciones a la de los “defensores”. Estos nuevos “guerreros” van a ser los principales “actores” de la administración jurídica de Alfonso X el Sabio, cuya máquina administrativa se convertirá en el instrumento más importante con el que el rey quiso vehicular su ambicioso proyecto político.

2. La reorganización jurisdiccional

Como decimos, Alfonso se cuidó muy bien de otorgarse el poder de crear la ley. A través de su obra jurídica, abrió y trazó un marco teórico de actuación en el que defendía tal potestad como derecho y obligación privativos del rey. Siguiendo el modelo del derecho romano, Alfonso unió en el rey la figura del legislador y la figura de máximo poder político.

Sin entrar en los polémicos matices que ya hemos tenido ocasión de exponer extensamente más arriba, podemos decir que con el *Fuero Real* Alfonso X pretendía llevar a cabo la erradicación en Castilla de los albedríos y las fazañas, esto es, de la creación libre del derecho, y unificar jurídicamente ese reino. Pero no hemos de olvidar un hecho importante: con este breve fuero también emprende la tarea de renovación legislativa, que

reafirma y amplía después en el *Espéculo* y las *Partidas*. Si con el *Fuero Real* Alfonso X intentó básicamente reclamar para sí el monopolio legislativo y unificar jurídicamente Castilla, con el *Espéculo* lleva este empeño un poco más allá, planteando la unificación jurídica total del reino castellano-leonés y una renovación mayor del derecho. Pero para que fuera plenamente eficaz, esta normativa debía ir acompañada de la consiguiente reorganización jurisdiccional.

Una de las primeras tareas de las muchas que emprendió Alfonso fue, como hemos señalado, encerrar los conceptos de Derecho y Justicia bajo su ley escrita, hecho constatable en toda su obra jurídica desde el *Fuero Real* a las *Siete Partidas*. Pero su pretendido monopolio legislativo necesitaba, para ponerse en práctica, un cuidado plan de monopolio jurisdiccional y un eficiente sistema administrativo. Es en este punto donde los legistas, los jueces y los oficiales de justicia alcanzan su máxima importancia. Los jueces se constituyen en el vehículo principal de la aplicación de la ley del rey; los escribanos son los máximos responsables de las cartas reales, a través de las cuales el monarca expresa su voluntad y que, en ocasiones, se constituyen en leyes; finalmente, los notarios, el canciller y los selladores garantizan que la voluntad del rey no se pervierta por malicia o negligencia.

Todo lo relativo a los jueces y a los demás oficiales de la administración de justicia y de la cancellería gira principalmente en torno a lo procesal. La procesalística aparece en los tres grandes códigos alfonsíes. Es bien notable la evolución de la materia desde la simplicidad procesal del *Fuero Real* hasta llegar, a costa del derecho de la Recepción (61), a la gala técnica y lingüística que hallamos en la *Tercera Partida*.

Los criterios compositivos del *Espéculo* y de las *Partidas* en lo tocante a lo procesal están más próximos entre sí, si bien no deja de haber algunas diferencias de planteamiento. Los libros IV y V del *Espéculo* exponen la materia procesal. *Espéculo* IV, 1 nos enseña que el proceso judicial “se departe en dos maneras”, esto es, se compone de personas y de actuaciones, y nos advierte que tratará estas dos materias por separado, reservando así el libro cuarto para definir las personas, los intervinientes en los pleitos, y el libro quinto para definir y exponer las actuaciones del proceso. Por el contrario, la *Tercera Partida*, siguiendo el curso del proceso, aglutina en el mismo discurso actuaciones y personas. La *Tercera Partida* dedica las 35 leyes de su título IV a definir todo lo relativo a los jueces, su nombramiento y actuaciones.

(61) Se conoce como Recepción en proceso de aceptación y asimilación del Derecho común que integra, como ya vimos, el Derecho justinianeo, el Derecho canónico y el Derecho feudal incorporado en el *Authenticum* (vid. Parte I, cap. I, § 1.3).

Que los jueces sólo pueden ser puestos o nombrados por el rey ya se afirmaba en el *Fuero Real* (I, VII, 2):

Ningún omne non sea osado de iudgar pleytos, si non fuere alcalde puesto por el rey, o si non fuere por plazer de las part[idas] que lo tomen por auenencia pora iudgar algún pleyto, o si el rey mandare por su carta a alguno que iudgue algún pleyto... (*FR*: 204-205)

El *Fuero Real*, pues, distingue entre los alcaldes nombrados por el rey, los jueces de avenencia y los jueces para casos puntuales (62). Los primeros pueden instruir casos civiles y penales, pero sólo dentro de su territorio; los jueces de avenencia sólo pueden instruir las causas civiles de las partes en litigio; y los jueces que instruyen casos concretos no poseen más autoridad que la conferida por el rey para ese momento. Entre otras cosas, la existencia de esta justicia regia supone importantes consecuencias económicas, ya que la recaudación de las penas irá a parar al rey.

Sin embargo, la afirmación de que el rey es el único que posee la autoridad de nombrar jueces se ve matizada en el *Espéculo* al dar reconocimiento institucional a la cesión de este poder en casos determinados, como se advierte en *Espéculo* IV, II, pról.:

... Los alcalles que sson puestos para iudgar las çibdades e las villas, non los deue otro ninguno poner ssinon el rey; ssinon ssi ffuesse ssu heredamiento, que ouiesse dado el rey a alguno con aquel derecho que él auié, con otro heredamiento que ouiesse de parte de ssu linage o por casamiento o por otra manera en que aya tal sseñorío porque lo pueda ffazer. Otra manera ý á de aquellos que den para iudgar pleitos ssennalados; e éstos non puede otro ninguno poner ssinon el rey o los otros que lo pueden ffazer en ssus heredamientos assí como dixiemos de susso... (*Espéculo*: 241-242).

En el *Espéculo* el rey concede el poder de poner jueces a algunos señores en sus territorios y a los municipios, en el caso de jueces designados para pleitos concretos y para jueces de villas y ciudades. Esta disposición implica la pérdida de cierta parte de la autoridad regia respecto al *Fuero Real*.

Los contenidos referentes a los jueces se reúnen en *Espéculo* IV, II en 22 leyes, que se organizan según el siguiente esquema: 1) Los jueces de mayor categoría son los adelantados mayores, que juzgan los “pleytos gra-

(62) Éstos podrán delegar en otros jueces en casos especiales: “... E los alcalles que fueren puestos por el rey non metan otros en su lugar que iudguen, si non si fueren dolientes o flacos de guisa que non puedan iudgar, o si fueren en mandado del rey o de conceio o a bodas suyas o algún su parient do deuen ir, o por otra escusa derecha...” (*Fuero Real* I, VII, 2: 205). Estos jueces delegados pueden ser también considerados de nombramiento regio.

nados”, los pleitos importantes de la corte del rey por mandado de éste; también se ocupan de las alzadas que provienen de los jueces de la casa del rey y de los otros jueces puestos en las tierras de su adelantamiento. Estos adelantados mayores sólo pueden ser nombrados por el rey, pero en el caso de que se vieran obligados a abandonar su lugar, el rey o el adelantado, con consentimiento de éste, debe nombrar un delegado. 2) En segundo lugar aparecen los jueces de la casa del rey, que son aquellos que han de juzgar los pleitos cotidianos en la corte y sólo pueden ser nombrados por el rey. 3) Fuera del ámbito de la casa del rey están los adelantados menores, puestos en merindades y comarcas; designados por el rey, por lo que, en el caso de necesitar un delegado, éste ha de ser nombrado por el monarca. 4) También hay jueces de villas y ciudades, puestos por el rey o aquellos a quienes el rey ha cedido tal jurisdicción; los sustitutos de estos alcaldes deben ser reconocidos por el rey o por aquellos que los nombraron. 5) Otro tipo diferente de jueces son aquellos nombrados para ocuparse de pleitos concretos, que pueden ser designados por el rey o por aquellos a quienes el rey ha cedido la jurisdicción. La diferencia esencial con respecto a los otros jueces de corte o de ciudad es que no pueden decidir sobre nada más de lo que les ha sido encomendado para el pleito por carta; tienen estatus de delegados, pero pueden siempre dejar a otro en su lugar, si bien éstos en quien delegan no pueden juzgar pleitos de justicia o cuestiones que afecten al rey o al reino, salvo por permiso del monarca. 6) En último lugar están los jueces de avenencia o árbitros, que son puestos por acuerdo de la partes en litigio; no pueden juzgar pleito de Iglesia que afecte a cuestiones espirituales ni pleito de “aforramiento”.

Esta relativa cesión de autoridad respecto al nombramiento de jueces, que encontramos en el *Espéculo*, queda, sin embargo, muy bien sorteada por Alfonso en la ley 16 de este título II, al estipular que sólo es válido aquel pleito librado según las leyes del libro del rey y no por ningún otro.

Fazer deuen otrossí por derecho aquellos que an poder de iudgar, que ssi alguno aduxiere libro de otras leyes para rrazonar por él, quel rompan luego e demás ffazer aquel que lo aduxo, que peche quinientos maravedís al rrey; ca [...] non tenemos por bien que las rrazonen en los pleitos nin que iudguen por ellas, ssinon ssi ffueren tales que acuerden con éstas... (*Espéculo*: 254).

Aunque no se prohíbe estudiar y conocer las leyes de otras tierras, no se permite utilizarlas, salvo en el caso de que coincidan con las del rey. Si el libro contuviera algún error o laguna, debería informarse al rey por carta comunicándole las carencias o la ausencia de dicha ley, y éste, si lo cree oportuno, rectificará el error o creará una ley nueva que colme la

laguna existente y que será insertada debidamente en el libro de leyes. Toda esta disertación revela que sólo cabe aducir el libro del rey, sobre el que el monarca ejerce un absoluto dominio. El control jurisdiccional también se asegura en la ley 8 cuando se dice que el juez puesto para un pleito concreto –tanto de nombramiento regio como señorial o municipal– debe regirse por las leyes del *Espéculo*, del mismo modo que el juez de avenencia, cuando libre pleitos por juicio. Por si esto no asegurase suficiente control jurisdiccional, el rey se reserva la jurisdicción exclusiva de juzgar ciertos casos que por su gravedad sólo él como máximo juez (o el adelantado mayor por orden del rey) puede librar: pleitos de justicia, de *riepto* sobre traición o de aleve, de tregua rota, de *segurança* del rey y de falsificación de moneda, sello o carta del rey. Añadamos que, según se desprende del *Espéculo*, todas las alzadas –apelaciones a una instancia superior– ya vengan de jueces regios o señoriales, caen bajo los funcionarios regios de nombramiento más directo: los adelantados mayores que se encargan de las alzadas que provengan de los jueces de la corte del rey, y los adelantados menores, que reciben las alzadas que provienen de los jueces de villas y ciudades (también señoriales y municipales). De todo ello se desprende que Alfonso se habría asegurado el ejercer el máximo control sobre estos aspectos jurisdiccionales, nombrando los jueces, definiendo y distribuyendo las jurisdicciones cada tipo y asegurándose las alzadas y la exclusividad de algunos casos. Se trata, tal como se describe en el *Espéculo*, de un control absoluto de la justicia: parte del rey y regresa a él.

Sin embargo, en el punto en que se especifica cómo el alcalde ha de jurar su cargo (ley 3), el libro se refiere exclusivamente a los jueces establecidos por el rey, es decir, jueces regios, y nada nos dice de los jueces nombrados por los señores o municipios. Sólo se expone cómo el juez de nombramiento regio ha de jurar el cargo ante el rey y qué cosas debe cumplir. Así, aunque se reconoce la existencia de los jueces de villas y ciudades (ordinarios) de nombramiento señorial y municipal en el prólogo del segundo libro del título cuarto del *Espéculo*, éstos no aparecen regulados en el libro del rey, lo que lleva a preguntarnos qué derecho debían aplicar.

Como apuntábamos más arriba, la *Tercera Partida* no hace distinciones a la hora de exponer las actuaciones del proceso judicial y de definir los intervinientes, sino que sobre el curso del proceso se define a los intervinientes y se exponen sus actos. Ésa es la diferencia estructural más significativa con respecto al *Espéculo* IV, II. Alfonso establece una más clara tipología y una mayor casuística de los jueces dependiendo de sus funciones y jurisdicción, si bien la estructura judicial no parece modificar-

se sustancialmente. Aparecen los jueces de menestrales o gremiales, y desaparecen los adelantados mayores sustituidos por una figura denominada sobrejuez.

Al igual que en el *Espéculo*, tipología y nombramiento son los puntos fundamentales del título correspondiente de las *Partidas*, aunque, atendiendo a la descripción de las actuaciones de los jueces, la casuística es mucho mayor en la segunda obra.

El título de los jueces sigue, pues, el mismo esquema expositivo –si bien no el mismo ritmo–, pero más y mejor definido. Ahora se procede a una clasificación más precisa y clara y se introduce alguna novedad. En la *Tercera Partida* se divide la jurisdicción de los jueces en tres grupos: alcaldes o jueces ordinarios, jueces delegados y árbitros o jueces de avenencia.

Alcaldes ordinarios son aquellos jueces poseedores de la titularidad y que juzgan diariamente. Dentro del grupo de los alcaldes ordinarios podemos entrever aún dos subgrupos con respecto a su jurisdicción: los que juzgan en razón del lugar para el que son asignados y los que juzgan en materias especiales. 1) En el primero encontraremos a los alcaldes de la corte del rey, que libran todos los pleitos de la corte del rey. También están los que juzgan las alzadas de éstos –y, por tanto, superiores–, que parecen ser el equivalente del adelantado de corte del *Espéculo*, a los que Alfonso denomina sobrejueces; son nombrados para oír las alzadas en sustitución del rey. En tercer lugar aparecen los adelantados, que son destinados en los antiguos reinos incorporados a Castilla o territorios que poseen una personalidad propia; y, por último, están los jueces municipales (de villas y ciudades). 2) En el segundo subgrupo están los jueces que son nombrados por los “menestrales” y únicamente atienden a resolver los conflictos derivados de actividades profesionales.

El segundo grupo lo conforman los denominados alcaldes o jueces delegados. Éstos siguen siendo aquellos puestos para ocuparse de “los pleitos señalados”, esto es, pleitos concretos, y no tienen más poder que aquel que les ha sido otorgado exclusivamente para tal pleito por aquel que los ha nombrado. Pero cabe hacer una importante distinción ulterior en función de quién los nombra:

Delegados tanto quiere dezir como jueces que son puestos para oír algunos pleitos señalados por mandado del rey o de los otros jueces ordinarios assí como de suso dixiemos. E comoquier que todos ayan un nombre pero algunos departimientos á entre ellos: ca los que son puestos por mandado del rey pueden poner otros en sus lugares que oyan e libren aquellos pleitos señalados que el rey les encomendare [...] Mas los otros delegados a quien los jueces ordinarios mandan oír e librar algunos pleitos señalados non pueden poner otros que los libren en lugar d’ellos si primeramente non fueren comenzados por demanda e por repuesta ant’ellos (*Partidas* III, IV, 19).

Como señalaremos más adelante, no podemos interpretar lo mismo con respecto a la jurisdicción si un delegado es puesto por el rey o si es nombrado por un juez ordinario, ya que éstos pueden ser regios o no.

El tercer grupo es el de los árbitros, que, al igual que en el *Espéculo*, son los puestos por las partes en litigio, y en función de la manera de juzgar, hallamos dos tipos de avenidores:

Árbitros en latín tanto quiere dezir en romance como juezes avenidores que son escogidos e puestos de las partes para librar la contienda que es entre ellos. E éstos son de dos maneras. La una es cuando los omnes ponen sus pleitos e sus contiendas en mano d'ellos que los oyan e los libren según derecho, estonce dezimos que tales avenidores como éstos desque recibieren e otorgaren delibrarlos assí que deven andar adelante por el pleito como si fueren juezes ordinarios [...] La otra manera de juezes de avenencia es aquella que llaman en latín arbitratores que quiere tanto dezir como alvedriadores e comunales amigos, que son escogidos por avenencia de amas las partes para avenir e librar las contiendas que ovieren entre sí en cualquier manera que ellos tovieran por bien (*Partidas* III, IV, 23).

El segundo punto importante sobre el que se articula la jurisdicción territorial o profesional de los alcaldes es el nombramiento. En la ley 2 del título IV se establece a quién corresponde nombrar a los jueces. Se afirma claramente que los jueces son de nombramiento regio: sólo al emperador o al rey cabe poner jueces. Éste es el principio fundamental de la reestructuración jurisdiccional y jurídico-política de Alfonso X.

... los antiguos non tovieron por bien que fuessen puestos quanto en lo temporal por mano de otro, si non d'aquellos que aquí diremos. Assí como emperadores o reyes que an poder de poner aquellos que son llamados ordinarios. E estos tales non los puede otro poner, si non ellos o otro alguno a quien ellos otorgassen señaladamiente poder de lo fazer, por su carta o por su privilegio, o los privilegios que pusiessen los menestrales, que los judgasen aquellas cosas que les acaeciessen, en razón de sus menesteres, si eran bien fechos o non. E los otros que diximos que pueden librar pleitos señalados: estos pueden poner los emperadores o los reyes e los otros adelantados de que diximos e aun los juezes ordinarios... (*Partidas* III, IV, 2).

Vemos, sin embargo, que, no obstante el esfuerzo de Alfonso por mostrarse acreedor absoluto de las jurisdicciones, afirma con la misma claridad que, en ocasiones, el rey puede cederlas. De este modo, a la triple división señalada de la calidad de los jueces se le superpone o añade otra en relación a quién los nombra, o lo que es lo mismo, si pertenecen a la jurisdicción real o a una jurisdicción cedida. Tenemos, por tanto, jueces ordinarios de nombramiento regio, señorial, municipal y gremial; jueces delegados de nombramiento regio (por el rey o por los ordinarios) y jueces de avenencia que siempre fueron nombrados por las partes. Antes de pro-

seguir me parece importante hacer un inciso para subrayar que, de acuerdo con el modelo de las *Partidas*, el rey es el máximo representante de la justicia, sólo él posee la potestad de juzgar y, por tanto, la jurisdicción que ejercen o poseen los jueces ordinarios nunca es propia, aunque les haya sido cedida para siempre. Sin embargo, en el caso de los jueces delegados, la jurisdicción les ha sido cedida sólo por un tiempo y para casos específicos y bien delimitados.

Hemos de observar además que –paralelamente al *Espéculo*– la ley 6 del título IV parece sólo hacer referencia a los jueces de nombramiento regio: la ley define cómo ha de ser la jura del juez y establece las obligaciones respecto al que lo nombra, esto es, ante el rey. Por tanto, cuando se establece la obligación de juzgar según el libro del rey –en este caso las *Partidas*–, parece lógico deducir que esta restricción sólo es aplicable para los alcaldes regios. Me aventuraría, pues, a decir que en este punto parece haberse dado un paso atrás con respecto a lo dispuesto en el *Espéculo*. Es cierto que en éste existe una ley paralela (*Espéculo* IV, II, 3) a la de la *Tercera Partida* que acabamos de mencionar, que también se refiere exclusivamente a los jueces regios. No obstante, *Espéculo* IV, II, 16 parece establecer la obligatoriedad de juzgar según el libro del rey en todos los casos, pues dicha ley se entiende como una obligación más, ya que aparece después de definir los tipos de jueces según jurisdicción y nombramiento y tras haber reconocido la existencia de jueces de nombramiento no regio. No existe ley paralela en las *Partidas*; es más, el único punto en todo el título dedicado a los alcaldes en que se obliga a juzgar según las leyes de las *Partidas* es esta ley sexta, que, como venimos diciendo, sólo se ocupa de los jueces de nombramiento regio.

Además, como hemos dicho, el *Espéculo* (IV, II, 8) afirma claramente que los jueces puestos para “pleitos señalados” (delegados), ya sean de nombramiento regio o señorial, no deben seguir otro libro de leyes que aquel del rey; otro tanto se establece en dicha ley para los jueces de avenencia cuando libren sus pleitos por juicio. Sin embargo, esta sumisión al código regio parece haber desaparecido en las *Partidas*. En este caso sólo podemos interpretar que el juez delegado, como trasunto temporal de un ordinario, debe atenerse a lo mismo que éste; y respecto al juez de avenencia que juzgue “según derecho”, se dice que debe seguir el pleito como juez ordinario, pero en ningún momento se afirma expresamente que el libro de las *Partidas* deba ser el único aplicable y no otro. ¿Y por qué no habría insistido Alfonso en ello cuando el monopolio jurisdiccional y por tanto el legislativo dependían en su mayor parte de que se aplicase implacablemente su ley?

Si consideramos –y podemos hacerlo– que la ley *Espéculo* IV, II, 10 y la ley *Partidas* III, v, 19 son paralelas y las comparamos, podemos intuir el retroceso que supone la ley de las *Partidas* con respecto a la que la inspiró:

***Espéculo* IV, II, 10. Qué cosas deven fazer los jueces que son para pleitos señalados**

Los que dan para pleitos ssennalados, deuen iudgar apartadamiente, que non passen a más nin ffagan otra cosa ssinon quanto les mandasse el rey por ssus cartas o aquellos que an poder de los dar, ssegunt dize la quinta ley [ley 4] d'este título [...]. E non deuen iudgar por otras leys nin por otro ffuero, ssinon por este libro; e lo que contra esta ley ffezieren mandamos que non vala... (*Espéculo*: 249-250).

***Partidas* III, IV, 19. Qué cosas han de guardar e de fazer los jueces delegados que son puestos para oír algún pleyto señalado**

Delegados tanto quiere dezir como jueces que son puestos para oír algunos pleytos señalados por mandado del rey o de los otros jueces ordinarios, assí como de suso dixiemos.

En las *Partidas* se dejan de lado los jueces delegados de nombramiento no regio y, a diferencia del *Espéculo* (que los recoge en el prólogo y en la ley 4 del título II), ni siquiera se reconoce la virtualidad legal de estos jueces delegados de nombramiento señorial y municipal, presupuesto que podríamos generalizar a todo el cuerpo de alcaldes. No obstante, ya que a los ordinarios se les ha conferido la capacidad de nombrar jueces delegados, siempre podemos interpretar que los ordinarios no regios también pueden nombrar delegados –si bien en torno a estos ordinarios no regios, salvo su virtualidad, tampoco se ha especificado nada–. En todo caso habrá que deducir que los delegados de alcalde ordinario no regio deberán proceder como éste, lo que es lo mismo que decir que no sabemos cómo.

Parece, pues, que las *Partidas*, si bien reconocen la existencia de jueces no regios, nada regulan con respecto a ellos, y dando un paso atrás con respecto al *Espéculo*, ni siquiera les obligan a seguir el libro del rey. ¿Sería ir demasiado lejos pensar que en las jurisdicciones cedidas pudiera existir un derecho diferente del que recoge el libro del rey? ¿Podríamos relacionar esto, entre otras muchas cosas, con que desde mediados de siglo se estaba produciendo por iniciativa privada la recopilación de los derechos locales de algunas poblaciones castellanas para conformar el derecho territorial castellano? (63).

Si en las *Partidas* la ley del rey no se aplica fuera de las jurisdicciones regias, ¿qué sucede con la tan traída y llevada pretensión alfonsí de unidad jurídica del reino? ¿Y cómo ha de conjugarse esto con la generalidad de la ley del rey que se preestablecía en la *Primera Partida*?

(63) Vid. GALO SÁNCHEZ: 1929, 260-328.

Todos aquellos que son del señorío del fazedor de las leyes sobre que la él pone son tenudos de las obedecer e guardar e juzgarse por ellas e non por otro escrito de otra ley fecha en ninguna manera, e el que la ley faze es tenudo de fazerla cumplir... (*Partidas* I, 1, 15) (64).

¿Es suficiente esta ley para establecer la obligatoriedad de la ley del rey en el reino de Castilla? ¿No es la aplicación de la ley y la distribución de las jurisdicciones que venimos señalando (y, por tanto, el control absoluto de la justicia) lo suficientemente importante como para volver a insistir en la *Tercera Partida* en que la ley del rey debe ser por todos observada? Creemos que parte de estas preguntas puede encontrar una respuesta en la materia de las escrituras regias y más concretamente en lo estipulado sobre los privilegios, donde el rey tratará de establecer y controlar las relaciones entre el derecho particular o privilegiado, que también emana de la voluntad del rey, y el derecho general establecido en su libro. A esto volveremos en la tercera parte de este trabajo.

Hemos aludido anteriormente a la existencia de las figuras del sobrejuez y los adelantados, cuyo cometido principal es ocuparse de las alzadas de los jueces de corte, en el primer caso, y de los jueces puestos en los territorios de adelantamiento, en el segundo. Se deduce de esto que las alzadas caen bajo dominio del monarca, por lo que, como en el *Espéculo*, las jurisdicciones cedidas siguen estando ligadas y siendo dependientes de la jurisdicción real: el control del rey parece ser absoluto, y así se expone en la *Quinta Partida*:

(64) Con respecto a la facultad de legislar, de hacer leyes, en el *Espéculo* y en las *Partidas* se determina claramente que sólo el rey o el emperador pueden acometer esta tarea; sin embargo, creemos apreciar un matiz importante que marca la diferencia de actitud del rey entre el *Espéculo* y las *Partidas*:

Espéculo I, 1, 3

Ninguno non puede fazer leys si non emperador o reys o otro por su *mandamiento* dellos. Et si otros la fezieren sin su mandado non deven aver nombre leyes nin deven seer obedeçidas nin guardadas por leys nin deven valer en ningun tiempo.

Partidas III, 1, 12

Emperador o rey pueden fazer las leyes sobre las gentes de su señorío e otro ninguno no ha poder de las fazer en lo temporal, fueras ende si lo fiziessen con *otorgamiento* dellos. E las que de otra manera fueren fechas, no han nombre ni fuerça de leyes, nin deven valer en ningun tiempo.

La diferencia entre *mandamiento* y *otorgamiento* es susceptible de ser interpretada como una muestra más de las concesiones del rey en materia legislativa. Si bien no podemos deducir por esta ley de las *Partidas* que el rey permitiera confeccionar otras leyes que las suyas, quizá podamos intuir un reconocimiento y una permisión, más o menos velados, de la existencia de otros derechos a la par que el suyo.

Pero dezimos que quando el emperador o el rey faze donación a egleſia, o a orden o a otra persona cualquier assí como de villa, o de castillo o de otro logar en que oviesse pueblo o se poblasse después, si quando gelo dio otorgó por su previlegio que gelo dava con todos los derechos que avía en aquel logar e que devía aver non sacando ende ninguna cosa, entiéndese que gelo dio con todos los pechos e todas las rentas que a él solían dar e fazer. Pero non se entiende que él da ninguna d'aquellas cosas que pertenecen al señorío del reyno, señaladamente assí como moneda o justicia de sangre. Mas si todas estas cosas fuessen cosas e otorgadas en el previllejo de la donación, estonce bien passaría al logar o la persona a quien fuesse fecha, salvo ende que las alçadas d'aquel logar deven ser para el rey que fizo la donación e para sus herederos, e deven fazer guerra e paz por su mandado (*Partidas* V, IV, 9).

Por tanto, se reconoce que la potestad de juzgar no pertenece a nadie más que al rey, quien es el máximo ejecutor de la ley y de la justicia, que forman parte del indivisible e intransferible señorío del reino (65). Que el rey pueda ceder parte de ese poder, de su jurisdicción, no supondría, por tanto, un menoscabo de su potestad en favor de otros. Por encima de jueces regios y señoriales el rey posee la *summa potestas*: existen pleitos que sólo el rey puede juzgar. A él quedan reservadas también las alzadas desde los escalones inferiores como última y más poderosa instancia, e incluso en el caso en que la parte sienta mengua de derecho y quepa posibilidad de alzada, se puede recurrir al rey directamente sin pasos intermedios. Esto parece afectar incluso a las jurisdicciones cedidas, pues, entre otras cosas, el rey debe cuidar que las gentes de su señorío no sufran mengua de derecho por desafuero de algún señor sin conocimiento y consentimiento del monarca, como se reconoce en *Partidas* II, XIII, 22. Si el rey hace esta utilización absoluta de las alzadas tendría todo el control sobre las jurisdicciones cedidas tanto por oficio como por privilegio. Este control se ejerce en contra de los intereses de nobleza y municipios que, como dice IGLESIA FERREIRÓS, no se consideraban titulares de una jurisdicción cedida, sino de una propia. Si el rey creaba el derecho y, además, monopolizaba su aplicación, no es de extrañar que señores y municipios reaccionasen en contra (1986: 295).

Sin embargo, la concepción alfonsí de la jurisdicción es particular. En este punto relativo al funcionamiento de la administración jurisdiccional encontramos una clara diferencia con respecto al *Espéculo*. Para el rey la jurisdicción está claramente dividida y así se afirma en la ley 18 del título de los alcaldes. Hay tres tipos de pleitos: dos menores, propios de los

(65) Insiste en esta idea a lo largo de todo el código. Véase, como un ejemplo más, *Partidas* VII, III, 2: "... por que otro ninguno non ha poder de dar fidalgo por traydor, nin por aleuoso, nin quitarlo de riepto, si non el Rey, tan solamente por el señorío que ha sobre todos".

jueces ordinarios, y uno mayor. Este último es el que se denomina *merum imperium* o pleito “sobre que sea dada sentencia de muerte, o de perdimiento de miembro, o de echamiento de tierra, o de tornamiento de omne en servidumbre o darle por libre”; de nuevo estas cuestiones pertenecen al inviolable señorío del reino, y nadie más que el rey (o el emperador) posee la jurisdicción, salvo que sea cedida por su titular. Pero como muy bien advierte Alfonso, esta cesión ha de hacerse “señaladamente” mediante la concesión de algún privilegio o por “razón de oficio”. Esto viene a decir que se cede a los adelantados o los jueces ordinarios de nombramiento regio porque su oficio es la justicia, y también a los señores o municipios a través de concesiones privilegiadas que, a su vez, recaen sobre jueces ordinarios de nombramiento señorial o municipal.

He llamado jueces ordinarios y no delegados a los de nombramiento no regio, pues la jurisdicción les ha sido cedida permanentemente. Esta cesión permanente es reconocida al menos en vida del rey que otorga el privilegio:

... E aun por mayor guarda del señorío, establecieron los sabios antiguos, que quando el rey quisiesse dar eredamientos a algunos, que non lo podiesse fazer de derecho a menos que non retoviesse y aquellas cosas que pertenecen al señorío, assí como que faga d'ellos guerra e paz por su mandado, e que le vayan en hueste, e que corra y su moneda e gela den ende quando gela dieren en otros lugares de su señorío, e que le finque y justicia enteramente, e las alzadas de los pleytos, e mineras si las y oviere. E maguer en el privilegio del donadío non dixiesse que retenía el rey estas cosas sobredichas para sí, non deve por esso entender aquel a quien lo da que gana derecho en ellas. E esto es porque son de tal natura que ninguno non las puede ganar nin usar derechamente d'ellas, fueras ende si el rey gelas otorgasse todas, o algunas d'ellas, en el privilegio de donadío. E aun non las puede aver nin deve usar d'ellas si non solamente en la vida d'aquel rey que gelas otorgó o del otro que gelas quisiere confirmar... (*Partidas* II, xv, 2).

Pero en este punto es posible ver otro paso atrás del rey en materia legislativa: el rey reconoce poseer la jurisdicción suprema, pero admite que ésta puede ser cedida; las alzadas, por tanto, también pueden cederse y, aunque el rey siempre sería la última instancia, en el caso de las alzadas cedidas habría perdido poder en los estados inferiores. No obstante, estas cesiones, por el hecho de pertenecer al intransferible señorío del reino, sólo podían ser separadas de él en vida del concedente, esto es, de forma temporal. Además, el rey sigue conservando ciertos casos exclusivamente por su gravedad o por la calidad de las personas afectadas (como menesterosos, huérfanos, viudas, etc.).

Para complicar un poco más la cuestión, la ley 28 del título de las alzadas, al tratar de la posibilidad de alzarse directamente al rey sin pasos

intermedios, dice: “pero si alguno quisiese tomar la primera alçada para el rey ante que passasse por los otros jueces, dezimos que bien lo puede fazer. E esto porque el rey ha señorío sobre todos e puédelos judgar...”. ¿Podemos interpretar aquí que el rey puede oír alzadas de las jurisdicciones cedidas? Y este interrogante nos plantea otro: ¿hasta qué punto sería descabellado pensar que la necesidad de recurrir en alzada al rey estaría en la base de la contradicción surgida por la utilización de un libro de leyes en las jurisdicciones señoriales y municipales y otro por los jueces regios?

Este sistema de distribución de las jurisdicciones y los nombramientos debía funcionar en la teoría absolutamente en favor del rey. Sin embargo, parece que Alfonso no poseyó la fuerza necesaria para desarrollarlo ni imponerlo plenamente en la práctica. En el *Fuero Real* no existe el concepto de cesión de estos poderes, pero ésta se detecta ya en el *Especulo* y parece ir más allá aún en las *Partidas* cuando –si nuestra interpretación no es errónea– no se reconoce la obligación de seguir el libro del rey fuera de la corte. Parece, por tanto, que se produjo una cesión progresiva de la jurisdicción suprema del rey en esta materia y en otros aspectos tocantes a su inviolable señorío, cesión que reflejan los sucesivos códigos alfonsinos. Sin embargo, la actitud del monarca parece querer demostrar que esta cesión de poder es sólo posible debido a su grandeza y a que él exclusivamente posee la jurisdicción suprema: nadie, pues, puede considerar que posee una jurisdicción propia, sino cedida. Ésta es la doctrina, pero quizá pueden leerse entre líneas grandes dosis de resignación.

Una vez pasados los tiempos de monarquía absoluta del *Fuero Real*, el Alfonso de las *Siete Partidas* aparece como una figura modelo que da a conocer la ley, pero que carece de la autoridad necesaria para imponerla (GÓMEZ REDONDO: 1998, 524-525). La nobleza y el estamento eclesiástico propiciarían posiblemente los moldes de esta nueva concepción política alfonsí.

Y concluiremos con una nueva pregunta. Una vez rechazado su proyecto legislativo por casi todos, ¿quedaría la actividad jurídica de Alfonso X reducida a la confirmación de fueros y privilegios, como hiciera en sus primeros años de reinado? ¿Quedaría su libro de leyes limitado a poco más que juzgar los casos de corte?

3. Epílogo

En definitiva, de todo lo expuesto se desprende que, junto al derecho general de la ley del rey que quería establecer Alfonso X, se encuentra la existencia insoslayable de un derecho particular: el derecho altomedieval

que se basa en el principio de desigualdad de los hombres. La base teórica subyacente en este conflicto es la concepción medieval de la sociedad cimentada en la creencia de que cada hombre posee un lugar concreto y determinado dentro del orden divino. Este concepto abre la *Tercera Partida*, que, no olvidemos, es la que trata sobre la justicia de y para los hombres y de cómo ha de llevarse a cabo:

Fizo nuestro señor Dios todas las cosas muy complidamiente por el su grand saber e, después que las ovo fechas, mantovo a cada una en su estado... (*Partidas* III, Prólogo).

Dicha desigualdad implica directamente el conflicto entre derecho general y derecho particular. El derecho privilegiado viene, por un lado, a hacer efectiva dicha diferencia jurídica entre los individuos y, por otro, a resolver el conflicto planteado entre ambos derechos. Según establece el derecho regio general, las “leyes dadas apartadamente” o, lo que es lo mismo, el derecho privilegiado vendría a regular situaciones particulares y sólo puede ser concedido por el rey a través de sus cartas:

... e por ende tales cartas dezimos que an fuerça de ley, e dévense entender e judgar sin escatima e sin engaño, así como ley. E los privilegios dezimos otrossí que an fuerça de ley sobre aquellas cosas que son dados. Ca privilegio tanto quiere dezir como ley dada apartada e dada señaladamiente a pro de alguno... (*Partidas* III, xviii, 28).

Pero esta solución está cercada de peligros. El más grave, sin duda, es que, como el mismo rey reconoce, en algunas ocasiones se ve forzado a conceder cartas, privilegios y, por tanto, leyes contra derecho en perjuicio del suyo propio y del común de los del reino. Se manifiesta abiertamente la posibilidad de enfrentamiento entre la verdadera voluntad del rey y el derecho concedido en privilegio. Por ello, y ya que el derecho general queda terriblemente expuesto ante el derecho particular, Alfonso habrá de recurrir a varios mecanismos de control en relación a las cartas mediante las cuales se establece ese derecho privilegiado.

Definir, organizar y reglamentar unas pautas en principio inflexibles a la hora de crear y expender cualquier tipo de carta y privilegio, estipular su valor probatorio y monopolizar la interpretación fue uno de los mecanismos de control fundamentales en el conflicto entre ambos derechos. Al tiempo, será fundamental la instrucción del oficio notarial y de escribanía y demás oficiales de la cancillería. Pero sobre todo esto tendremos ocasión de volver cuando nos ocupemos de todo lo relativo al sistema documental en la *Tercera Partida* (*vid.* Parte III, cap. IV).

III. Parte 2.^a

LA TERCERA PARTIDA

CAPÍTULO I

EL DERECHO PROCESAL

1. El proceso en el *Ius commune* (66)

El Derecho procesal como rama jurídica autónoma cobra vida mediante la labor de los juristas de la Baja Edad Media. Los juristas romanos sólo recopilaron los textos relacionados con el proceso judicial, pero jamás mostraron interés por el estudio científico de los mismos. El origen de este nuevo interés está en la larga serie de procesos que contra algunos obispos se llevaron a cabo durante la reforma gregoriana, procesos en los que surgió la necesidad de un profundo conocimiento del procedimiento judicial. La labor de estudio por parte de los juristas medievales consistió, por un lado, en la glosa o comentario de las secciones de ambos *Corpora Iuris* (civil y canónico) que trataban la materia procesal. Por otro, los juristas medievales compusieron tratados *ex professo* en torno al proceso judicial, hasta el punto de que la temática procesal fue a la que se dedicó mayor número de obras específicas. Todas estas obras poseen un eminente carácter práctico, aunque muchas de ellas surgen con fines didascálicos en los ambientes académicos. Pero al servir para la formación de juristas en las universidades, indirectamente también contribuían a formar y a guiar a jueces y abogados en las particularidades del proceso en la práctica judicial.

Los destinatarios de estas obras son tanto los interesados por los procesos civiles como los que se interesan más por el proceso canónico. En realidad, el proceso es muy similar en ambos Derechos. Quizá la diferencia más importante radica en que en el proceso secular o civil la apelación sólo se puede presentar tras la sentencia, mientras que en el proceso canónico aquélla puede plantearse en cualquier momento, llegando incluso a paralizar el propio proceso. Los autores de los tratados procesales fueron tanto canonistas como civilistas, ya que habitualmente un civilista poseía una buena formación de Derecho canónico, y viceversa.

(66) Como referencia general remitimos a PÉREZ MARTÍN 1981 a, 1985, 2000 y muy especialmente 1999. Para aspectos concretos a obras y autores hispánicos, LÓPEZ ORTIZ: 1945; CERDÁ: 1950; OCHOA SANZ: 1960; PÉREZ MARTÍN: 1998-1999. Para detalles relativos al proceso judicial, VALLEJO: 1985; MADERO: 2004.

Las obras que vamos a examinar brevemente a continuación son, en primer lugar, los *ordines iudicarii* o tratados que abarcan todo el proceso; después, algunas obras que tratan el proceso criminal; y, finalmente, alguna sobre el proceso sumario.

1.1. Textos no hispánicos.

Antes de abordar las obras dedicadas *ex professo* a la materia procesal, hemos de recordar que parte de la labor de los juristas medievales que dan origen a los estudios procesales se corresponde con la glosa o comentario de los textos de ambos *Corpora Iuris*. La materia procesal del Derecho Común se halla en *Instituciones* IV, 6. 8.13-18; *Digesto* II, III, V. 1, XI. 1-2, XII. 2-3, XXII. 3-6, XLII. 1-2, XLIII. 1, XLIV. 1-7, XLVIII. 1-2, XLIX. 1-10; *Código* II. 1-13, III. 1-13, IV. 19-21, VII. 19. 42-70, VIII. 1, IX. 1-7; *Novelas* 8, 20, 23, 41, 49, 50, 69, 79, 86, 93, 115, 124, 125, 134; *Decreto* C.2-C.6 y *Decretales* II (Gregorio IX, Bonifacio VIII, Clemente V, etc.).

Los *ordines iudicarii* son obras que describen el desarrollo íntegro del proceso y no únicamente alguna de las partes del mismo. Su extensión depende de la minuciosidad descriptiva con que se estudia y expone cada una de estas partes.

Las obras que se escriben durante el siglo XI y hasta 1140 se basan exclusivamente en fuentes romanistas y no poseen un sistema propio de exposición, limitándose a seguir el orden del *Código* de Justiniano. La mayor parte no son más que resúmenes de los textos procesales del *Código*. Algunas de estas obras pueden ser definidas como diccionarios jurídico-procesales. Uno de los textos más relevantes de este período es el *Imperator Iustinianus*, constitución justiniana apócrifa en la que se describe el proceso desde el inicio hasta el juramento de calumnia. Fue compuesta quizá en Lombardía por Gualcauso de Pavía en la segunda mitad del siglo XI. También cabe mencionar el *Quoniam ea in civilibus*, atribuida falsamente a Ulpiano –conocida por ello como *Ulpianus de elendo*–, en la que se recogen las normas procesales romanas siguiendo los títulos del *Código*. *Karissimo amico* (o *Excerpta legum a Bulagarino* o *Summa de arbitris* o *Summa de iudiciis*) fue una obra en la que Búlgaro, uno de los cuatro discípulos de Irnerio, comenta en forma epistolar el proceso, basándose en definiciones de las fuentes romanas. Esta obra constituye un elemento clave en la historia del Derecho procesal, pues con ella el proceso comenzó a ser objeto de estudio de los glosadores y posglosadores. Por último, mencionaremos el *Si quis de re quaquumque*, texto que describe, sobre fuentes romanas, el proceso civil desde la demanda hasta la sentencia; ha sido atribuido a Placentino en un primer momento y, después,

a Hugo DA PORTA RAVENATE, aunque su autor sigue siendo hoy por hoy desconocido.

Los tratados de Derecho procesal creados en la segunda mitad del siglo XII poseen las mismas características genéticas que los de la etapa anterior, es decir, la base fundamental son las fuentes romanas, pero se comienza a introducir en ellos citas del *Decreto* de Graciano, tratando de familiarizar a los clérigos con el proceso. De este período destaca el *Tractatus de iudiciis*, tratado compuesto en París hacia 1170, en el que se recogen las normas procesales romanas para el uso de los clérigos. Las fuentes son el *Corpus Iuris Civilis* y las obras de Búlgaro y Placentino. Otro texto digno de recuerdo es el *In principio de ordine iudiciario*, tratado compuesto en Reims o Amiens en 1171; sus fuentes son básicamente el *Digesto*, el *Código* y las *Novelas*, sin olvidar el *Decreto*.

Entre 1159 y 1216 los papas Alejandro III e Inocencio III completan y perfeccionan el proceso canónico con varias *Decretales* (67). A partir de este período gran parte de las obras procesales están compuestas por canonistas que se basan principalmente en las fuentes eclesiásticas, de modo que el uso de fuentes romanas comienza a decaer; además, por otra parte, comienza a tenerse en cuenta en los textos la práctica de los tribunales. Desde finales del siglo XII algunos tratadistas comienzan a remodelar los tratados procesales organizando la materia en cuatro partes. Otras obras mantienen aún el sistema de exposición que aparece en el *Código*. De este período, del que proceden bastantes obras, podemos destacar el *Propositum presentis operis*, escrito en Bolonia entre 1167 y 1181 por Juan BASIANO; en esta obra se aplica por primera vez el género de las *Summae quaestionum* a los *ordines iudicarii*; las fuentes utilizadas son el *Código*, el *Digesto*, las *Novelas* y las *Decretales*. El *Quia iudiciorum* es un tratado compuesto entre 1182 y 1185 por un autor desconocido, pero de la escuela inglesa; la obra expone a lo largo de veintiún títulos el proceso seguido en los tribunales eclesiásticos; el autor tomó como modelos el *Ulpianus de edendo* y la *Summa Codicis* de Placentino, y como fuentes legales el *Decreto* y las *Decretales* posteriores hasta Inocencio III (hasta 1198). Otra obra destacable en este panorama es la *Invocato Christi nomine*, atribuida a Pillio DA MEDICINA, aunque parece que su autor fue Bencivene DE SIENA, compuesta hacia 1198 bajo el modelo del *Propositum* de Juan BASIANO; esta *Invocato* ejerció cierta influencia en obras posteriores.

El texto culminante de este período se divulga en 1216, el *Assiduis postulationibus* de Tancredo. Esta obra fue de gran importancia en la cultura jurídica medieval debido a la gran difusión que alcanzó y al influjo que

(67) Para la relación entre la obra jurídica de Alfonso X el Sabio y las *Decretales*, vid. *supra* Parte III, cap. II.

ejerció en los tratados posteriores. El texto muestra un profundo conocimiento de ambos Derechos. Tancredo tomó como fuentes los textos romanos, el *Decreto* y las *Decretales* hasta Inocencio III inclusive (1198-1216), pero también tuvo muy en cuenta la mencionada *Invocato Christi nomine*. Son muchos y muy importantes los autores que cita, entre ellos figuran Vicente HISPANO y su maestro Lorenzo (OCHOA SANZ: 1960, 23-40), Ricardo ÁNGLICO y los civilistas Bandino, Irnerio, Búlgaro, Placentino y AZÓN. En esta obra la materia procesal aparece dividida en cuatro partes, división que, por la influencia que ejerció en las posteriores, se hizo clásica: la parte relativa a las personas que intervienen en el proceso; la parte dedicada a los actos preparatorios; la dedicada a los actos propios del proceso, desde la *litis contestatio* hasta las alegaciones, y la de los actos que cierran el proceso: sentencia, ejecución y apelaciones.

Las obras posteriores a la de Tancredo tratan de recopilar lo anteriormente dicho para divulgarlo de manera sencilla a jueces y abogados. En ellas se tiene cada vez más en cuenta la práctica de los tribunales y se las provee de numerosas fórmulas para uso práctico en los juicios. En general, el nivel científico y la originalidad de las obras de este período se reduce con respecto a las anteriores. De esta época destacaremos el *Scientiam*, tratado compuesto por Gualterio en el norte de Francia poco antes de 1234, que utiliza las *Compilationes antiquae*. También merece ser nombrado el tratado *Cum in singulis diebus*, conocido también como *Summa Aurea*, compuesto por Guillermo DE DROKEDA en Oxford entre 1239 y 1245. Esta obra, siguiendo las fuentes romanas, canónicas y la práctica jurídica inglesa, intenta describir el funcionamiento del proceso eclesiástico en Inglaterra. Otra obra importante es *In nomine domini*, compuesta por Egido DE FUSCARIO en Bolonia entre 1260 y 1266, que alcanzó gran difusión. Pero la obra de más relevancia en este tiempo es el *Speculum iudiciale* de Guillermo DURANTE. Obra poco original, se limita a recoger aquellos elementos más útiles para las personas que intervenían en el juicio; sus modelos son las obras precedentes, a las que en ocasiones copia literalmente: los autores más citados en el *Speculum iudiciale* son Tancredo, Rolandino, Rofredo y Aegidius FUSCARARIUS (*vid.* Parte III, cap. II § 3.2.5.2). De esta obra se conocen dos redacciones: una de 1271-1276 y otra de 1289-1291. A pesar de su escasa originalidad, el *Speculum iudiciale* representa el punto culminante del Derecho procesal en la Edad Media. Sus sucesores se limitarán a resumirla o compendiarla para su más fácil vulgarización. Fue el tratado procesal que más difusión alcanzó en la Baja Edad Media. Por último, dentro de este período sólo mencionaremos por ahora el *Quoniam utilissimum fore* y el *Ad summariam notitiam* de Pedro HISPANO, a los que volveremos más adelante para examinar especialmente sus derivaciones hispánicas.

La última etapa de la Edad Media, los siglos XIV y XV, es el período en que se difunde realmente por toda Europa el Derecho Común. No aparecen obras originales, sino que la producción procesal se limita a resumir el *Speculum iudiciale* de DURANTE. Destacamos en este período las adiciones a la obra de DURANTE que realizaron Giovanni ANDREA y Baldo DEGLI UBALDI. Como obras autónomas hay que nombrar: el *Speculum abbreviatum*, tratado compuesto por Johannes VON ZINNA (Juan DE STYNNA) entre 1332 y 1334 y que compendia el tratado de DURANTE; el *Processus Satanae*, obra en la que Lucifer acusa a la humanidad ante Jesucristo, siendo defensora la Virgen María; este *Processus* experimentó tres recensiones, la última de las cuales se atribuyó a Bártolo DE SAXOFERRATO; y el *Practica nova iudicialis*, compuesto por Juan Pedro FERRARIIS en 1414. Esta última es una colección de fórmulas acompañadas por breves comentarios que alcanzó una gran difusión.

El proceso criminal fue tratado generalmente junto con el proceso civil. Algunos de los autores que hemos mencionado anteriormente como Tancredo, Guillermo DE DROGUEDA o DURANTE introdujeron en sus tratados procesales el procedimiento criminal. Pero, partiendo del proceso inquisitivo del Derecho canónico, comenzaron a proliferar obras que recogían exclusivamente el proceso penal. De entre ellas destacamos el *Tractatus de maleficiis*, obra de Alberto DE GANDINO, en la que se trata por primera vez con detenimiento el proceso criminal; su modelo fue la *Margarita de pleitos* de Alberto GALEOTO. También cabe la mención al *Tractatus de acsationibus et inquisitionibus*, compuesta antes de 1350 por Bonincontro, hijo de Juan Andrés. Y, finalmente, el *Indices duos*, índice alfabético de materias de las obras de Ángel DE AREZZO, Alberto GANDINO, Jacobo DE ARENA, Bonifacio VITALLINI, etc.

Por otro lado, hemos de recordar que también existieron obras en las que, ante el complicado y formalista proceso ordinario, se dio paso a lo que se conoció como procedimiento sumario, un procedimiento más simple y rápido. La primera obra que se encarga del proceso sumario es *De summariis cognitionibus*, escrita entre 1272 y 1286 por Juan DE FAGLIOLI. El desarrollo del procedimiento sumario que comienza con la obra de FAGLIOLI estaba ya concluido en el siglo XIV.

1.2. Textos hispánicos latinos.

Retomamos aquí la obra de Pedro HISPANO que habíamos dejado temporalmente apartada para examinarla junto con los demás textos hispánicos. En el período que se extiende entre el *Assiduis postulationibus* de Tancredo y el *Speculum iudiciale* de DURANTE, se enmarcan el *Quoniam utilissimum fore* y el *Ordo Ad summariam notitiam*, atribuidos ambos a Pedro HISPANO.

La primera de las obras es un tratado procesal que describe el proceso desde la *edictio actionis* hasta la sentencia, y de la que se conservan dos redacciones: una de 1216, en la que se utilizan las *Compilationes antiquae*, y otra de 1234, en la que se utilizan también las *Decretales* o *Liber Extra* de Gregorio IX, además de las fuentes romanas.

El segundo de los textos atribuidos a Pedro HISPANO, el *Ordo iudiciarius Ad summariam notitiam*, fue un tratado procesal de gran difusión que engendró ilustres derivaciones. Este tratado consta de un proemio en el que se divide el proceso en diez partes o tiempos, constando de un capítulo por cada tiempo del proceso. El primer tiempo describe los actos previos a la citación; el segundo está dedicado a los actos propios de la citación; el tercero trata todo lo referente a la presentación de las partes ante el juez; el cuarto hace referencia a las excepciones dilatorias bien contra el demandante, bien contra el juez o bien contra el contenido de la demanda; el quinto tiempo trata la exposición de la demanda y la respuesta del demandado (la *litis contestatio*); el sexto tiempo es el de la prueba de las posiciones negadas, siempre mediante testigos, ante la parte contraria y después del juramento; el séptimo abarca lo referente a la publicación de lo declarado; en el octavo se llega a la discusión y a las alegaciones, para lo que el juez debe señalar un término; el noveno tiempo es en el que se debe publicar lo alegado en el tiempo anterior; y en el décimo y último tiempo se publica la sentencia, redactada por el juez y leída ante las partes, que debe, además, contener claramente la condena o absolución del demandado. Para justificar y corroborar todo lo dicho, el autor de este tratado introduce citas de ambos *Corpora Iuris*: de las 211 citas, 199 se extraen del *Corpus iuris civilis* (95 del *Digesto*, 79 del *Código*, 22 de las *Novelas* y 3 de las *Instituciones*) y 22 del *Corpus* canónico (21 del *Liber Extra* y 1 del *Decreto*). A la vista de esto, podemos decir que su autor tiene una mayor formación como civilista que como canonista, y, por este motivo, parece que este Pedro HISPANO se podría identificar mejor con Pedro DE CARDONA († ca. 1185) que con los otros “Pedros Hispanos” propuestos.

Tal y como conocemos el *Ordo Ad summariam notitiam*, no es posible que sea anterior a 1234, pues contiene, como hemos señalado, citas del *Liber Extra*. Pero no es descartable la idea de que existiera una redacción anterior. En apoyo de esta tesis podemos aducir que, a propósito del sexto tiempo, el texto anuncia que es el tiempo “circa tempus probationum que producuntur super positis ac negatis, nota decem”, cuando, sin embargo, estas notas se convierten en doce.

Fueron bastantes los textos derivados de este *Ordo iudiciarius Ad summariam notitiam* tanto en latín como en romance, pero no todos conocie-

ron la misma fortuna. El *Ordo iudiciarius Ad fundandam notitiam* atribuido a Odofredo es un texto que parece copiar el *Ad summariam notitiam* introduciendo algunas variantes. Éstas consisten principalmente en una forma diferente de realizar las citas (ley, nombre del libro y título) y en la supresión, la adición y la corrección de las citas, tanto romanas como canónicas. Según A. PÉREZ MARTÍN (1999: 62), existe la posibilidad de que ambos textos tuvieran como modelo un texto común anterior.

Otra obra conectada con *Ad summariam notitiam* es el *Ordo Quoniam plerique* de Martín DE FANO. Esta obra coincide casi literalmente con la atribuida a Pedro HISPANO. Posee una pequeña introducción en la que declara que está compuesta para alumnos de Derecho civil y canónico que desconocen el proceso judicial; además, añade un undécimo tiempo (“tempus executionis rei iudicatae”) y procede a la supresión y adición de citas. Su fecha de composición debe situarse entre 1245 y 1264. Parece que no gozó de gran difusión (sólo se conserva en un manuscrito), quizá por ser un texto demasiado elevado para alumnos y fines prácticos, y poco científico para los estudiosos. Coincide, en ocasiones, con las variantes de *Ad fundandam notitiam*, pero aún no se puede definir cuál es la relación exacta de dependencia entre ambos textos.

El *Ordo Ut minores* de Arnulfo de París es otro de los textos dependientes del *Ordo* de Pedro HISPANO. Éste es un texto que adapta el *Ad summariam notitiam* en función de unos destinatarios muy específicos: los escribanos encargados de la parte práctica del proceso. Las novedades introducidas en el texto, como la adición de fórmulas o las omisiones a la vida académica, responden a este hecho. Esta obra, quizá por su valor práctico y riqueza de fórmulas, alcanzó una importante difusión.

El último texto derivado del tratado atribuido a Pedro HISPANO es el *Ordo iudiciarius Haec sunt*, que se atribuye tradicionalmente a Bártolo DE SAXOFERRATO. El texto contiene el *Ad summariam notitiam* con alguna variante, como una breve introducción al comienzo; la omisión de algún pasaje del primer tiempo; la adición, la supresión y la corrección de algunas citas, y concluye un poco antes que el texto de Pedro HISPANO. Las citas siguen en ocasiones el criterio del *Ad summariam* y, en otras, el del *Ad fundandam*. La paternidad del texto se discute, pues, como en el caso de los textos anteriores, es posible que sus autores utilizaran algún texto precedente como base, al que añadieron algunas innovaciones.

Dentro de este grupo de textos derivados del *Ordo Ad Summariam notitiam* se enmarcan la *Summa de los nueve tiempos* de Jacobo DE LAS LEYES, los nueve tiempos del proceso contenidos en las “Glosas al *Fuero Real*” de Vicente ARIAS DE BALBOA, el *Pseudo Ordenamiento de Alcalá*, y *De como se parten los pleytos en diez tiempos* del doctor Infante, que trataremos a continuación.

Existen, además, otros dos tratados procesales hispánicos en lengua latina –y ya no derivados de la obra de Pedro HISPANO– que cabe mencionar. Se trata del *Tractatus de positionibus* de Rodrigo DE PALENCIA y de los *Tractatus de appellatione*, *Tractatus de recusatione* y *Tractatus de testibus* de Ugolino DE SESSO. Es cierto que este último autor no es de origen español, pero estas tres lecciones fueron expuestas por Ugolino poco después de 1184 en la Universidad de Palencia, y por ello las consideramos en cierto modo hispanas.

1.3. Textos hispánicos en romance castellano.

Hablaremos en primer lugar de obras específicamente procesales. Dentro de la literatura procesal habría que diferenciar entre traducciones, glosas a textos anteriores y tratados compuestos por juristas castellanos. En segundo lugar, examinaremos las obras legales que se ocupan del Derecho de forma general, pero que tratan en algún momento sobre el proceso judicial.

1.3.1. Obras procesales.

En el capítulo de las traducciones de obras procesales, lo único digno de mención es la traducción del *Libellus fugitivus* de Neveu DE MONTAUBAN (o Nepos DE MONTEALBANO) (68). De las glosas realizadas sobre textos procesales anteriores son varias la colecciones que podemos señalar: las “Glosas al *Ordenamiento de Alcalá*”, posteriores a 1391, son breves indicaciones que se limitan a señalar pasajes paralelos al *Ordenamiento* en obras como las *Partidas*, el *Ordenamiento de Briviesca*, las cortes de Toro, etc., y en autores como BÁRTOLO, AZÓN, BALDO, además de aducir textos de ambos *Corpora iuris*. Las “Glosas al *Fuero Real*” (Venecia, 1491), las “Glosas al *Ordenamiento de Alcalá*” (Segovia, 1472-75) y las “Glosas a las *Siete Partidas*” (Venecia, 1501), atribuidas todas a DÍAZ DE MONTALVO, comentan las diferentes disposiciones utilizando tanto textos de ambos *Corpora iuris* como la obra de los glosadores y posglosadores. Destacamos, finalmente, las “Glosas al *Fuero Real*” que se atribuyen a Vicente ARIAS DE BALBOA (anteriores a 1414), cuya función es aclarar algunos pasajes del *Fuero Real* aduciendo citas del propio *Fuero Real*, el *Fuero Juzgo*, el *Espéculo*, las *Partidas*, las *Leyes de Estilo*, la *Summa de los nue-*

(68) Nepos DE MONTEALBANO fue un jurista del siglo XIII. Vid. GARCÍA y GARCÍA: 1971, 671, 1993-1994: 69 y FAULHABER: 1983, I, 352-53, § 363. Se considera que la fecha de la traducción al castellano de su *Libellus* es tardía, quizá de mediados del siglo XIV. El manuscrito conservado en la HSA lo fecha FAULHABER entre 1450-1475.

ve tiempos y el *Dotrinal* de Jacobo de las Leyes, las *Summas* de MARTÍNEZ DE ZAMORA y textos del *Corpus Iuris Civilis* (69).

En el capítulo de tratados procesales son varias las obras de importancia compuestas por juristas españoles. Empezaremos por hablar de la *Margarita de pleytos* de Fernando MARTÍNEZ DE ZAMORA, tratado que debió de componerse antes de 1263 (70) y que se basa en la literatura jurídica de su tiempo; incluye también una colección de fórmulas para el uso práctico (demandas principalmente). Pero la obra más importante atribuida a MARTÍNEZ DE ZAMORA y una de las más relevantes en la producción hispánica es la *Summa aurea de ordine iudiciario*. Este tratado consta de un proemio que declara el origen y el destino de la obra, prosigue discutiendo sobre los diez tiempos del proceso y concluye con algunos capítulos más dedicados a menciones de casos jurídicos especiales o particulares. El profesor GARCÍA Y GARCÍA (1976: 396) ha definido esta obra como “una traducción, adaptación y ampliación de la popular *Summa pauperum* de Adenulfus de París”. Sin embargo, PÉREZ MARTÍN (1999: 78-79) afirma que es una colección de textos de diferente procedencia, entre los que destacan la *Summa pauperum* o *Ut nos minores* de Arnulfo DE PARÍS, el *Ordo In nomine domini* de Aegidius FUSCARARIUS, el proemio del *Libellus lugitivus* de Nepos DE MONTEALBANO, más otros textos no muy bien identificados. Hay que destacar también que, fuera de la labor de selección de textos, la actividad intelectual del autor de la *Summa Aurea* fue escasa: se limitó a copiar y traducir los textos en el mismo orden en que aparecían en los manuscritos donde los encontró.

Destaca sobremanera en el panorama jurídico del siglo XIII la figura de Jacobo de las Leyes, el maestro Jacobo. La persona y la obra del maestro Jacobo es de vital importancia en la obra jurídica de Alfonso X y, muy especialmente, en la *Tercera Partida*. Por ello, no podemos dejar de examinar aquí sus tratados procesales. El *Dotrinal de los pleytos* es un compendio del proceso judicial según el Derecho común. El autor seleccionó los textos de los *corpora iuris* y los tradujo al castellano eliminando las citas. Algunos han deducido del estudio del texto que el *Dotrinal* puede ser un extracto o bien un primer borrador de la *Tercera Partida* (71). La obra tuvo bastante difusión y aparece citada en las “Glosas al *Fuero Real*” de ARIAS BALBOA. Las *Flores del Derecho* o *Flores de las Leyes* es otro compendio procesal del maestro Jacobo, realizado por encargo del

(69) En las glosas que comentan *Fuero Real* II, III, 1 se inserta un texto reducido del *Ad summariam notitiam* de Pedro HISPANO, con una redacción intermedia entre la versión del tratado del maestro Jacobo y la versión del doctor Infante (de ambas se trata posteriormente).

(70) Para el estado de la cuestión de esta obra remitimos *infra* Parte II, cap. II.

(71) *Vid. infra* Parte II, cap. II y Parte III, cap. II.

infante Alfonso, a quien está dedicado; alcanzó igualmente gran difusión, como muestra la gran cantidad de manuscritos que lo contienen, las traducciones que se hicieron al portugués y al catalán y el hecho de que aparezca como apéndice en varios fueros municipales. Pero la obra más importante de Jacobo de la Junta es, sin duda, la *Summa de los nove tiempos de los pleytos*. La obra reproduce el contenido del *Ordo iudiciarius Ad summariam notitiam* de Pedro HISPANO, pero simplificando el texto y eliminando todas las citas. La principal particularidad de la *Summa* de Jacobo es la reducción de los tiempos del proceso de diez a nueve, al trasladar el contenido del “tiempo de los actos anteriores a la citación” al “tiempo de la citación”; también divide el quinto tiempo del *Ad summariam*, repartíéndolo entre los tiempos cuarto y quinto de la *Summa*, y recoge en el sexto tiempo los tiempos sexto y séptimo del *Ad summariam*. En general, las modificaciones corresponden a pequeñas omisiones y transposiciones de algunos contenidos. Parece ser, por todo ello, que la versión del *Ad summariam* que utilizó el maestro Jacobo ya estaba reducida y adaptada, de modo que su labor se limitó a introducir algunas modificaciones y a traducirla. La *Summa* se tradujo al portugués (*Todos os preytos podense partir en IX tempos*) y se incluyó con algunas variantes en los títulos 34-36 del *Pseudo Ordenamiento de Alcalá*.

Para finalizar con los tratados procesales castellanos herederos de la obra de Pedro HISPANO mencionaremos la *Forma libellandi* del doctor Infante, compuesta entre 1474 y 1484 y que consiste en un formulario procesal cuyas fórmulas están, en la mayor parte de los casos, comentadas. Lo más interesante sea quizá la inserción al final de este formulario del tratado *De como se parten los pleytos en diez tiempos* basado en el *Ordo Ad summariam notitiam*. Este texto es, como la *Summa* de Jacobo, una reducción y adaptación del texto de Pedro HISPANO. Aunque los textos del maestro Jacobo y del doctor Infante no son idénticos, sus diferencias podrían explicarse si de nuevo consideramos que ambos tratados se remontan a un texto común del *Ad summariam* ya reducido.

1.3.2. Obras legales que tratan lo procesal.

En este grupo destacan el *Fuero Real*, las *Siete Partidas*, el *Ordenamiento de Alcalá* y el *Ordenamiento de Montalvo*.

Al hablar del conjunto de la obra jurídica alfonsí tuvimos ocasión de ver cómo el *Fuero Real* ya instituía el Derecho procesal. En efecto, los títulos VII-XII del primer libro y los quince títulos del segundo ofrecen un compendio del proceso judicial conforme a los principios del Derecho Común, que difería técnicamente del proceso tradicional castellano, basado en la técnica acusatoria y sin etapas. El mismo procedimiento, aunque

tratado con mucho más detenimiento y detalle, lo encontramos en los títulos I-XVII de la *Tercera Partida*, pero de ello hablaremos al tratar particularmente de sus fuentes y su estructura. Muestra de cómo este procedimiento iba siendo adoptado por la sociedad castellana en función de sus necesidades son las *Leyes de Estilo*, texto que recoge 252 aclaraciones del rey o de los jueces reales sobre puntos que en la mayor parte corresponden a cuestiones procesales (demandas, abogados y personeros, emplazamientos, pesquisas, alzadas, costas, etc.).

El *Ordenamiento de Alcalá* de 1348 incluye en los títulos II-XV el proceso del *Ius commune*, pero de forma más práctica y abreviada que las obras legales alfonsíes, debido quizá al rechazo que el Derecho Común y su proceso judicial, largo y complejo, habían sufrido desde el siglo anterior.

En el libro tercero del *Ordenamiento de Montalvo* (1472-1475) se recogen muchas de las disposiciones que los reyes fueron dando como respuesta a las críticas de los procuradores sobre el funcionamiento de la administración en algunas de las cortes celebradas en la Baja Edad Media. La colección está ordenada temáticamente y las disposiciones tratan, entre otros aspectos del proceso, sobre conflictos jurisdiccionales, demanda y contestación a la demanda, recusaciones de jueces, dilaciones, asentamientos, sentencias, apelaciones y costas judiciales. Todas estas disposiciones reflejan la recepción del procedimiento del Derecho común en Castilla y los problemas prácticos que ocasionaba en algunos momentos.

CAPÍTULO II

LA *TERCERA PARTIDA*. FUENTES, ESTRUCTURA Y DATACIÓN

1. Fuentes y estructura

La *Tercera Partida* se estructura en treinta y dos títulos en los que se define qué es la justicia y se expone lo relativo al proceso judicial y al acto de administrar la justicia. Los primeros diecisiete títulos tratan sobre los intervinientes y las actuaciones principales en el pleito, es decir, nos muestran cómo se desarrolla el proceso judicial desde el comienzo a través de los intervinientes —demandantes, demandados, jueces, procuradores (o personeros), abogados, testigos, fiscales (o pesquisadores)— y regulan los plazos, los juramentos, las pesquisas y las pruebas.

El grupo de títulos que van del título XVIII al XXVII definen los documentos que pueden aducirse como pruebas, así como las actuaciones finales del proceso judicial, tras las sentencias. El primero de ellos, el título XVIII, que trata sobre las escrituras, incluye un magnífico tratado notarial y varios tipos de formularios para los actos jurídicos y para la redacción de documentos públicos, tanto cancillerescos como notariales, y para algunos documentos privados emitidos sin la mediación de notario; el título XIX regula la institución notarial, introduciendo la figura de escribano público, regulación que se prolonga en el título XX, estableciendo el uso de los sellos y definiendo a los selladores. Sobre este conjunto (títulos XVIII-XX) tendremos ocasión de extendernos con calma más adelante, pues se trata del objeto de nuestra edición crítica. El título XXI trata sobre los consejeros, esto es, los peritos judiciales. Los títulos del XXII al XXVII rematan la exposición del proceso judicial definiendo las alzas, las apelaciones de las sentencias y la ejecución de las mismas.

El último grupo, títulos XXVIII-XXXII, de carácter menos procesal, se ocupa de definir los Derechos de propiedad y señorío, la posesión o tenencia de las cosas y la servidumbre o Derecho de uso.

No es mucho lo que por el momento se puede asegurar con respecto a las fuentes y el proceso de composición de la *Tercera Partida*, pues si bien los estudios al respecto se iniciaron hace algunas décadas, no se han desarrollado mucho posteriormente. Por el momento, podemos afirmar que, a diferencia de lo que ocurre con las *Partidas* IV-VII, para la *Tercera* tenemos el punto de partida que constituyen los libros IV y V del *Espéculo* (72) y quizá la obra del maestro Jacobo, que tradicionalmente ha venido relacionándose estrechamente con esta *Tercera Partida*. Sin embargo, el alcance de la intervención del trabajo del maestro Jacobo en la confección de la *Partida* que estamos estudiando no está ni mucho menos definido y aclarado y, de nuevo, todo son conjeturas e hipótesis.

Dos obras del maestro Jacobo vienen relacionándose con la composición de la *Tercera Partida*: las *Flores de las leyes o del Derecho* y el *Dotri-
nal de los pleytos*, a las que se ha venido añadiendo tradicionalmente como otra fuente más la *Margarita de pleytos* de Fernando MARTÍNEZ DE ZAMORA. La existencia de todas estas fuentes hace el estudio de la historia de la *Tercera Partida*, según GARCÍA-GALLO (1951-52: 423), “más interesante y fructífero” que en otras *Partidas*, en que el elenco de fuentes se conoce peor.

(72) Recordemos que el testimonio del *Espéculo* sólo existe en relación al proceso de formación de las tres primeras *Partidas*, y que carecemos de antecedentes alfonsíes para las cuatro últimas.

Sin embargo, aunque podemos creer sin temor a equivocarnos que la relación que pueda existir entre la *Tercera Partida* y los libros IV y V del *Espéculo* es similar a la que se da entre *Espéculo* I-III y *Partidas* I-II, no es, en cambio, mucho y, además, poco seguro lo que se sabe acerca de la relación entre nuestra *Partida* y las obras de Jacobo de las Leyes y de Fernando MARTÍNEZ DE ZAMORA.

1.1. *Las Flores de las leyes.*

En una fecha muy temprana José RODRÍGUEZ CASTRO aseguraba que las *Flores de las leyes* eran obra de Mosé ZARFATI (73). La polémica idea quedó pronto zanjada, por ser la incongruencia grande, ya que dicho Mosé ZARFATI fue hombre que floreció a finales del siglo XIV, por lo que difícilmente pudo haber escrito una obra cuyo más reciente testimonio conservado está datado en 1289. La opinión tradicional y más comúnmente aceptada dice que las *Flores de las leyes* fueron una obra temprana, escrita por Jacobo de las Leyes a petición del infante Alfonso para iniciar su formación en el funcionamiento del proceso judicial (MARTÍNEZ MARINA: 192-194). Según esto, la obra debió de ser escrita antes de la muerte de San Fernando, o lo que es lo mismo, antes del 31 de mayo de 1252. Esta corriente de opinión se basa en la interpretación de las palabras con que Jacobo dedica el libro a Alfonso (74):

Al muy noble ⁊ mucho ondrado sennor don Alfonso fferrandez fiyo del muy noble ⁊ bien auenturado sennor don fera[n]do, por la gracia de Dios, rey de Castiela ⁊ de Leon, yo maestre jacobo de las leys, uuestra fiel cosa, uos enbio este libro pequen[n]o, enlo qual me encomiendo en uuestra gracia, como de sennor de quien atiengo bien ⁊ merced (*Flores*: 11-12).

Pero para GARCÍA-GALLO, las *Flores de las leyes* o *Flores del Derecho* son una obra tardía. Sus argumentos son los siguientes: las palabras de la dedicatoria podrían querer decir lo contrario de lo que la opinión tradicional piensa, ya que el adjetivo “bienaventurado” aplicado al rey Fernando indicaría que éste ya había muerto. Por otra parte, el título de rey podría corresponder tanto a Fernando III como a su hijo Alfonso, dependiendo de la puntuación que se ofrezca. Además, sería extraño que, siendo Jacobo ayo del infante Alfonso, no recibiera ningún premio de Alfonso

(73) *Biblioteca rabínica*, I, Madrid, 1871, fol. 258 y ss.

(74) Así lo recogen UREÑA y BONILLA (1924: XII-XV) y también autores más modernos como GALO SÁNCHEZ (1948-1949), cuyas reflexiones colocan la *Tercera Partida* después de las *Flores del Derecho* y antes del *Dotrinal de los pleytos*.

ya rey, como, por ejemplo, en el repartimiento de Sevilla en 1253 (agravado este detalle porque Jacobo era extranjero y aún no había recibido tierras en Murcia); por tanto, le cabe concluir a GARCÍA-GALLO que probablemente las *Flores* no son una obra temprana. Finalmente, el hecho de que el maestro Jacobo se denomine “de las Leyes” –si no es una interpolación posterior– supone que para este tiempo ya habría producido leyes o alguna obra jurídica de importancia. En conclusión, la *Flores* serían una obra tardía que, como dice en su prólogo, selecciona y copia algunas leyes *más ancianas* (para GARCÍA-GALLO, la *Tercera Partida*). Estas afirmaciones entran en contradicción con sus planteamientos más generales con respecto a la fecha de redacción de las *Partidas* (1951-1952 y 1977, I) (75), ya que si las *Flores del Derecho* es una obra encargada por el rey Alfonso y extractada de la *Tercera Partida*, parecería lógico concluir que la *Partida* estaba redactada, cuando menos, antes del 2 de mayo de 1294, fecha de la muerte de Jacobo.

Frente a lo argumentado por GARCÍA-GALLO, el profesor IGLESIA FERREIRÓS (1971: 959-961) aduce que, si bien se puede considerar que el texto se podría haber enviado a Alfonso X ya rey, este hecho no se habría producido en una fecha muy posterior a la muerte de Fernando III. Los argumentos que utiliza a favor de esta hipótesis son algunas alusiones que se encuentran en el texto de las *Flores*, como, por ejemplo, *Flores* II, I, 1, donde se dice “... E deue ser fecho el libello en esta guisa. «Ante uos don Alfonso, fiyo de nuestro sennor el rey...»” (76); existen también en el texto algunas otras alusiones en las que parece haber un rey distinto a Alfonso X (el supuesto destinatario de las *Flores*), como, por ejemplo, *Flores* I, VIII, 4 “et se uos u otro juyz del rey” (77). Otro argumento, quizá el de mayor peso a favor de una fecha temprana del texto, se encuentra en el Prólogo de la obra cuando dice:

“Sennor, yo pense enlas palabras que me dixestes, que uos plazeria que escogisse algunas flores de derecho breue mientre, por que podiessedes auer alguna carrera ordenada pora entende[r] τ deliberar estos pleytos, segundo las leys delos sabios...” (*Flores*: 13).

(75) Ya señalábamos que, para GARCÍA-GALLO (1951-1952), las *Partidas* fueron reelaboradas en 1265, adquiriendo la división septenaria, aunque también afirma que la reelaboración de los libros IV y V del *Espéculo* en la *Tercera Partida* sólo tuvo lugar después de 1278; y en sus últimos trabajos (1977: I, 398) acaba afirmando que probablemente fue en la corte de Fernando IV donde se llevó a cabo la reelaboración con la que el texto alcanzaría su actual estructura setenaria.

(76) *Flores*: 103.

(77) *Flores*: 57-58.

Para IGLESIA FERREIRÓS esta afirmación del maestro Jacobo entra en contradicción con la figura del Alfonso X legislador, no sólo del *Espéculo* y las *Partidas*, sino incluso del *Fuero Real*.

No obstante, algo más modernamente se ha vuelto a insistir en el carácter tardío de las *Flores*. Así se pronuncia PÉREZ MARTÍN (1985: 273-275 n. 78, reiterándolo en 1998-1999: 250 n.16), quien defiende –quizá de manera más sólida– que el tratado no se dedica al infante Alfonso y futuro rey Alfonso X, sino a un hijo natural de éste, conocido como Alfonso el Niño [idea no del todo nueva ya apuntada por MARTÍNEZ MARINA (1945), aunque refutándola] (78). En consecuencia, no habría por qué datar la obra antes de 1252, sino más bien hacia 1274 ó 1275. Este autor basa sus afirmaciones fundamentalmente en dos argumentos. En primer lugar, partiendo del examen de los manuscritos de las *Flores de las leyes* que han conservado el Prólogo (79) –examen que creemos fundamental y que ninguno de los críticos había hecho hasta entonces–, observa que coinciden de forma unánime en dedicar la obra “Al muy noble e mucho onrado señor don Alfonso Ferrández, fijo del muy noble e bien aventurado señor don Alfonso por la gracia de Dios rey de Castilla e de Leon...”. Sólo cuatro testimonios no comparten esta dedicatoria en sus prólogos. Tres de ellos (80) señalan que Alfonso Ferrández es hijo de Fernando III y no de Alfonso X; la sustitución se debería al desconocimiento por parte de los copistas de la existencia de este Alfonso Ferrández, hijo de Alfonso X, y al identificarlo con este último habrían sustituido la mención “Alfonso... rey” por “Fernando... rey”. El cuarto testimonio (81) coincide con la lección de los tes-

(78) En principio, la opción más lógica es, sin duda, considerar que este Alfonso Ferrández es el propio Alfonso X, hijo de Fernando III, y de ahí Ferrández. Sin embargo, aduce PÉREZ MARTÍN, ninguna documentación alude jamás al rey Alfonso X como Alfonso Ferrández, ni siendo Alfonso infante ni ya rey. Con este nombre, en cambio, es con el que se alude y conoce a Alfonso el Niño, hijo natural del rey Alfonso X habido con una dama –al parecer de origen leonés–: Aldonza Dalanda o María d'Auleda. Este hijo del rey aparece documentado por primera vez el 3 de noviembre de 1255 como “D. Alonso Ferrández, fijo del rey”; a partir del 27 de diciembre de 1272 se alude a él como “D. Alfonso Fernández, fijo del rey e Senyor de Molina”, título que ostenta gracias a su matrimonio –presumiblemente por estas fechas– con doña Blanca Alfonso, señora de Molina. Sabemos que dirige en 1281 la retaguardia en la expedición de la Vega de Granada. Parece ser que la última noticia que se tiene del personaje data del 5 de julio de 1281. Para bibliografía y documentación al respecto, *vid.* MHE: I, 79, 84, 88, 92, 96, 100, 107, 113, 126, 130, 138, 147, 183, 186, 191, 200, 203, 216, 220, 225, 246, 265, 270, 276, 287, 291, 293, 303; II, 10, 14, 47, 84-85; BALLESTEROS: 1918, 70.

(79) Esos manuscritos son Z.iii.11, Z.iii.13, Z.iii.21 y B.iv.15 de la RBME; Ms. 6501 BNM; Ms. 43-22 ABCT; Ms. 7 de la RAE; Ms. 1404 del Monasterio de San Martín, y una traducción portuguesa de entre 1273 y 1282 que se halla en el ANTT.

(80) El manuscrito denominado Q, base de la edición de UREÑA y BONILLA, fechado en 1289; el Ms. HC 411/534 de la HSA, y el Ms. 7 de la Biblioteca de Santa Cruz de Valladolid (copia dieciochesca de Floranes).

(81) Ms. 998 de la Biblioteca Universitaria de Valencia.

timonios primeramente referidos, pero, en cambio, sustituye el nombre de Alfonso Ferrández por el de Sancho; ello se explicaría simplemente porque el copista desconocería que el rey Alfonso tenía un hijo llamado Alfonso (Ferrández) y lo sustituyó por el nombre del segundogénito legítimo del rey (82).

El segundo argumento de PÉREZ MARTÍN parte de algunas citas y referencias extraídas del texto de las *Flores*. Estas citas (ya aducidas por MARTÍNEZ MARINA: 194) (83) mostrarían que la obra se dedica a una persona real que estaba en pleno ejercicio de sus funciones de gobierno y no tanto a un futuro gobernante necesitado de instrucción. Esto había de corresponder en la opinión tradicional a la figura de Alfonso X –según *Flores* II, I, 1 (84) (obviando las variantes de la dedicatoria del Prólogo)–. Para conjugar la dedicatoria a un Alfonso en plena tarea de gobierno con una posible fecha de redacción aún en vida de Fernando III, se adujo tradicionalmente que el texto de las *Flores* fue compuesto para ayudar al infante Alfonso durante las regencias del reino, del que se tuvo que ocupar en las ausencias de Fernando III debidas a las campañas de la conquista de Andalucía. Sin embargo, PÉREZ MARTÍN –una vez demostrado que el Alfonso Ferrández destinatario de la obra era el hijo natural del rey Alfonso X– considera que el tratado se confeccionó muy probablemente en torno a 1274 ó 1275 para orientar a Alfonso Ferrández en las funciones de gobierno durante sus regencias de Sevilla, tarea de la que se ocupó mientras duró la “ida y el fecho del imperio” del rey Alfonso (85). Parece lógico pensar que, si por entonces Alfonso Ferrández tenía funciones de gobierno y poca experiencia debido a su juventud, acudiera al ya para entonces maduro y prestigioso Jacobo “el de las Leyes” para que le instruyera.

Todo esto explicaría finalmente que la dedicatoria de las *Flores del Derecho* no identifique al Alfonso destinatario de la obra con la figura del rey, y bastaría para justificar que la obra no habría sido compuesta

(82) No podemos dejar de indicar que los editores de la obra que, a pesar de evidenciar estos hechos en el aparato crítico (*Flores*: 12), nada comentan al respecto.

(83) *Flores* I, I, 1: “... E non consintade[s] que sean apar de uso omnes nengunos, se non alcaldes o sabios que ozcan los pleytos conuosco, ⁊ que ayades siempre uostros escriuanos que sean auestros pies, ⁊ porteros ⁊ monteros que esten delante en pie...” (*Flores*: 17); *Flores* I, II, 3: “Otrossi, los auogados que pleytearen conlos duennos delos pleytos por cierta parte dela demanda, non deue[n] auogar en uestra corte, ca el derecho lo defiende...” (*Flores*: 24).

(84) *Vid.* n. 6.

(85) Se sabe que Alfonso el Niño estaba a cargo de la defensa de Écija en 1274 y de Sevilla en 1275 (BALLESTEROS: 1984, 693). Cuando Alfonso X emprende la “ida del imperio” nombra a don Nuño Adelantado de Andalucía, pero este don Nuño acompañó al rey durante parte del viaje, por lo que probablemente dejó como sustituto a uno de sus más estrechos colaboradores, Alfonso Ferrández, señor de Molina y Mesa.

antes de junio de 1252, sino más bien hacia 1274. Insiste PÉREZ MARTÍN sobre ello en 1999: 51-52 y 1998-1999: 269 donde, además, propone que la obra es posterior al *Dotrinal* y a las *Partidas* (86).

1.2. El *Dotrinal de los pleytos*.

El *Dotrinal de los pleytos* ha despertado una gran polémica sobre su datación y relación con el texto de las *Partidas*. La obra aparece dedicada a Bonajunta, hijo de Jacobo, con la finalidad de que aprenda en castellano lo que después habría de aprender en latín en la universidad. Suele fecharse tradicionalmente tras la redacción de las *Siete Partidas*; siendo así, debemos suponer que el texto se confeccionó en fecha tardía. Sustentan esta hipótesis dos importantes argumentos: la coincidencia en ocasiones a la letra de ambas obras y algunas anomalías en varias remisiones internas y autocitas del *Dotrinal*. Como ejemplo de lo primero se pueden aducir muchas de las leyes del *Dotrinal*; destacamos nosotros *Dotrinal* VI, IV, 1 (literalmente *Partidas* III, XXVI, pról.), donde se alude a lo “que fablamos en esta misma *partida* en el título de los juicios” (que puede ser tanto *Dotrinal* V, I como *Partidas* III, XXVII) y en que la expresión “esta misma *partida*” resulta cuando menos curiosa. Respecto a las autocitas, en cinco ocasiones el *Dotrinal* remite a títulos que no hallamos en su texto, aunque sí en la *Tercera Partida*. Así, en *Dotrinal* VI, I, 7 (igual que *Partidas* III, XXIV, 2), encontramos una referencia a “lo que mostramos en el titulo de los testamentos”, pero tal título no se encuentra en este texto; o en *Dotrinal* VI, II, 2 (*Partidas* III, XXIV, 2), leemos “lo que dixiemos en el titulo ante desta, de los mandaderos”, que no existe como tal, si bien la materia puede encontrarse en *Dotrinal* II, III, 5-6.

A partir de remisiones como la de *Dotrinal* VI, IV, 1, se viene tradicionalmente aceptando que el *Dotrinal* copia a la *Tercera Partida*. En esta línea se expresa, por ejemplo, GALO SÁNCHEZ (1948-1949: 872) cuando propone que la relación entre las obras del maestro Jacobo y la *Tercera Partida* es *Flores –Partidas– Dotrinal*, al igual que UREÑA y BONILLA, quienes consideran el *Dotrinal* como un extracto de la *Tercera Partida*, por lo que no dudan de calificar al maestro Jacobo de autoplagiario (1924: xv).

Sin embargo, GARCÍA-GALLO (1951-1952: 428 y ss.) propone situar al *Dotrinal* como una obra anterior a la confección de la *Tercera Partida*. En primer lugar dice que “no conviene dejarse arrastrar por el fetichismo de la palabra [*partida*] y querer ver en toda mención de ella una referencia a una obra que en tiempos del maestro Jacobo no fue conocida con tal nombre”. Entre otras razones, según GARCÍA-GALLO, porque ya el *Sete-*

(86) Bajo el esquema *Fuero Real – Dotrinal – Partidas – Flores*.

nario (ley 104) denominaba partidas a cada una de sus partes (87) y porque el mismo Jacobo dice en las *Flores* que “parti esta vestra obra en tres libros”, lo que significa que cada libro es también una “partida”. En cambio, el hecho de que el *Dotrinal* haga referencias a títulos que no se encuentran en el texto probaría que Jacobo copió de un texto en el que estos títulos sí aparecían; en este sentido, GARCÍA-GALLO ve posible tanto que el *Dotrinal* copie de las *Partidas* como que ambos copien de un texto común. A favor de que la elaboración del *Dotrinal* no consistió en una simple copia de las *Partidas*, no hay que olvidar un detalle importante —creemos que es el argumento más decisivo de los que maneja GARCÍA-GALLO—: el maestro Jacobo declara que “traslade *del latin al romance* e ayunte este dotrinal que fabla de los juyzios”, y lo repite en la dedicatoria diciendo:

E enbiolo a ti, Bonajunta, que lo leas e lo decore: De manera que los libros de las leyes que son dellas *tomadas sotilmente en latin*, puedas después mejor entender, e que no te espantes ni te desesperes dellas (*Dotrinal*: 201).

La obra tiene, pues, como objetivo la exposición en romance de las materias que después Bonajunta habrá de estudiar en latín. Según esto, lo más lógico sería pensar que el *Dotrinal* es una obra original que seleccionó y tradujo algunas leyes de textos latinos. Esa originalidad fue destacada por GARCÍA-GALLO al recalcar las diferencias cuantitativas y de planteamiento entre ambos textos. La *Tercera Partida* posee 664 leyes repartidas en 32 títulos y el *Dotrinal* se divide en seis libros que contienen 152 leyes recogidas en veintidós títulos.

Es cierto, sin duda, que en ocasiones las correspondencias entre el *Dotrinal* y las *Partidas* son literales, pero, en realidad, lo que ha llevado a pensar a la crítica que se trata de un texto extraído de la *Tercera Partida* es la coincidencia literal del libro sexto del *Dotrinal* con ésta. Mientras que los cuatro primeros libros del *Dotrinal* contienen sólo algunas leyes que concuerden con las del título correspondiente de la *Tercera Partida*, en el libro quinto la aparición de pasajes idénticos es más frecuente y el sexto es, en efecto, una copia literal —salvo algunas omisiones— de los títulos correspondientes de nuestra *Partida*. Hay en el *Dotrinal* un cambio en el criterio de elaboración al llegar al libro sexto, en el que se pasa de la selección de leyes a la copia literal, recogiendo incluso las referencias internas del texto de la *Tercera Partida*. El hecho de que el último libro

(87) Argumento inválido en nuestra opinión, pues, como hemos tenido ocasión de mostrar, el *Setenario* sería más bien el eslabón final en la tradición textual de la *Primera Partida*, su última versión (cf. *supra* Parte I, cap. II, § 4).

presente un criterio de composición diferente puede revelar la posibilidad de que no sea obra de Jacobo o que, inacabado, algún copista, observando las correspondencias que toda la obra posee con la *Tercera Partida*, lo completase copiando indiscriminada e irreflexivamente. Según GARCÍA-GALLO, no habría, por tanto, necesidad de concluir que, por el hecho de que el libro sexto del *Dotrinal* sea una copia servil de la *Tercera Partida*, toda la obra lo sea.

A estas conclusiones ha interpuesto algunas objeciones el profesor IGLESIA FERREIRÓS (1971: 959-964 y 1986: 497-503). Destaca el mencionado profesor algunos argumentos que, si bien no considera del todo convincentes, le sirven para apuntar cuando menos algunas dudas con respecto a la defendida prelación del *Dotrinal* con respecto a la *Tercera Partida*. En primer lugar, acude a argumentos estilísticos (que el propio autor reconoce débiles). Frente al uso de la primera persona de las *Flores*, se prefiere en el *Dotrinal* el plural mayestático y apenas se documenta el uso de la primera persona. Además, en el uso de estas formas plurales, el *Dotrinal* produce la sensación de ser un texto más normativo (“debemos catar”, “tenemos por derecho”, etc.). No obstante, como el propio autor reconoce, estas formas sólo se encuentran en el libro VI del *Dotrinal*, que se considera –como veíamos– una copia servil de la *Tercera Partida*. Sin embargo, IGLESIA FERREIRÓS afirma que es posible demostrar que hay citas anteriores al libro VI que muestran dependencia de la *Tercera Partida*; así, la más importante se encuentra en *Dotrinal* IV, I, 4 (88), cuyo texto se autoriza “según las leyes que fablan de los adulterios”, materia que no se regula en el *Dotrinal* por ninguna parte, y que, en palabras del profesor IGLESIA, “puede hacer dudar sobre quién copia a quién” (1971: 963). Otro argumento esgrimido por el profesor IGLESIA –aunque se trata de un argumento que ya dejaban entrever UREÑA y BONILLA (1924: xv)– es que, apoyándose en el *incipit* del texto, es posible considerar que la forma original de aludir a las leyes en el *Dotrinal* es calificándolas como capítulos (89); sin embargo, en otras ocasiones se alude a éstas como “leyes” y no como capítulos; lo que es realmente significativo para el profesor IGLESIA es que, en aquellos casos en que las leyes se califican como tales, se da un paralelo textual con las leyes de la *Partida* (90).

En definitiva, nos parece que estos argumentos no poseen el carácter absoluto necesario para anteponer la redacción de la *Tercera Partida* a la

(88) Texto en *Dotrinal*: 269. Reproduce *Partidas* III, XIV, 12.

(89) “Este es el dotrinal que compuso el maestre jacobo delas leyes, juez τ cauallero del rrey de castilla... τ este dotrinal es ordenado en seys ljbros τ veynte τ dos tytulos, por que se contienen, en çiento τ çinquenta τ dos capitulos...” (*Dotrinal*: 187).

(90) Vid. *Dotrinal* II, II, 1 y *Partidas* III, VI, 3; *Dotrinal* V, I, 13 y *Partidas* III, XXII, 16; *Dotrinal* V, II, 5 y *Partidas* III, XXII, 27; *Dotrinal* VI, I, 15 y *Partidas* III, XXIII, 16.

del *Dotrinal*; sin embargo, no negamos su importancia, aunque los consideramos más bien de carácter subsidiario o secundario en todo caso. Así lo reconoce el propio IGLESIA FERREIRÓS cuando afirma “si fuesen los suficientemente convincentes estos datos, sería necesario aceptar la prelación de P. 3 frente a la obra del maestro Jacobo” (964).

Por nuestra parte, habremos de volver sobre este peliagudo asunto de la relación textual del *Dotrinal* con respecto a la *Tercera Partida* en el estudio de esta obra del maestro Jacobo como fuente o copia de algunas leyes del título XVIII –concretamente entre las cinco leyes de *Dotrinal* IV, IV y las leyes 1, 54, 112, 118 y 121 del título XVIII de la *Tercera Partida*–. A partir del análisis de sus coincidencias literales y de sus divergencias, cerraremos conclusiones al respecto (cf. *infra* Parte III, cap. II, § 3.2.3). Vaya por delante que, a nuestro juicio –a falta de una nueva y moderna edición del *Dotrinal* y del conjunto de la obra del maestro Jacobo, así como de nuevos estudios al respecto–, ante los contradictorios datos referenciales y textuales que se extraen del *Dotrinal* –*supra* expuestos–, consideramos que *Dotrinal* y *Tercera Partida* podrían haberse estado realizando a un mismo tiempo y, claro está, por un mismo autor, el maestro Jacobo. De este modo, las influencias bien habrían podido producirse en ambos sentidos –en realidad, se trataría del mismo texto–. Las divergencias podrían encontrar su justificación en la diferencia de criterio e intención que dan lugar a los textos: el *Dotrinal* sería el texto pseudoescolar que Jacobo “toma del latín” –no vemos ningún motivo para no creer en estas palabras del maestro Jacobo– y envía a Bonajunta para ayudarle en sus estudios procesales, en tanto que la *Partida* forma parte de la ley del rey y de un proyecto político. En definitiva, los textos responderían dos conceptos divergentes de criterio e intenciones que bien pueden justificar las diferencias textuales. El *Dotrinal* sería así parte del borrador de la *Tercera Partida* y, al tiempo, un extracto. El proceso compilatorio fue quizá paralelo durante el comienzo de redacción de ambos textos, pero finalmente la redacción del *Dotrinal* sufriría retrasos con respecto a la redacción de la *Partida* o habría quedado relegada, hechos que, a nuestro juicio, permiten explicar las mencionadas citas, referencias o reenvíos en los libros IV y V a materias no tratadas en el *Dotrinal* y sí en la *Partida* y la copia indiscriminada de la *Partida* en el libro VI.

1.3. La *Margarita de los pleytos*.

No podemos dejar de referirnos a la *Margarita de pleytos*, obra de fecha incierta, posiblemente compuesta poco después de 1263. La obra fue considerada tradicionalmente anónima, hasta que MARTÍNEZ MARINA la atribuyó a MARTÍNEZ DE ZAMORA. El texto fue editado por J. CERDÁ (1950).

La *Margarita* es otro de los textos procesales castellanos que tradicionalmente se ha propuesto como fuente de la *Tercera Partida* (CERDÁ 1950: 658-665). Sin embargo, modernamente no está considerada como una obra relacionada de forma directa con la obra alfonsina. La *Margarita de los pleytos* viene a ser una compilación romanceada de fórmulas y textos del Derecho común, de los que algunos han sido identificados con el *Tractatus de positionibus* de Martín DE FANO y con obras anónimas como el *Videndum est* y el *Cum usus positionum* (PÉREZ MARTÍN 1985: 297). Las concordancias con la *Tercera Partida* se deberían al simple hecho de que comparten algunas fuentes. Actualmente se discute incluso la paternidad de MARTÍNEZ DE ZAMORA (PÉREZ MARTÍN, 1999: 50 n.120).

1.4. Los libros IV y V del *Espéculo*.

La valoración de la relación entre la *Tercera Partida* y el *Dotrinal* se enriquece si introducimos en la comparación los libros IV y V del *Espéculo*. Las observaciones de GARCÍA-GALLO (1951-1952) son las siguientes: salvo el título 32, exclusivo de la *Tercera Partida*, el resto de los títulos de ésta que no encuentran paralelo en el *Espéculo* están en el *Dotrinal* (títulos 12, 24-27 de *Partidas* III). También se da el caso contrario: que los títulos que se tratan conjuntamente en *Partidas* y *Espéculo* no hallen correspondencia en el *Dotrinal* (*Partidas* III, 1, 11, 15, 19, 20, 28, 29, 30, 31) o que estén poco desarrollados (*Partidas* III, 2, 3, 10, 17, 18). También se produce que los tres textos coincidan en pasajes paralelos (*Partidas* III, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 13, 14, 16, 22, 23). Pero lo que nunca sucede es que *Espéculo* y *Dotrinal* coincidan en la regulación de materias que no aparezcan en la *Tercera Partida*. Otro hecho destacable es que, mientras el *Espéculo* y la *Tercera Partida* coinciden o no literalmente, las concordancias entre *Dotrinal* y nuestra *Partida* son casi siempre literales. En vista de todo esto, parece que el *Espéculo* y el *Dotrinal* sólo concuerdan a través de la *Tercera Partida*. En nuestra opinión, ello podría deberse tanto a que la *Tercera Partida* funcione como texto intermedio entre el *Espéculo* y el *Dotrinal* o bien a que la *Tercera Partida* sea el resultado de una labor compilatoria en que se tuvieron en cuenta esas dos fuentes.

Por otro lado, frente a la *Tercera Partida*, el *Dotrinal* y los libros IV y V del *Espéculo* poseen un plan de exposición semejante con independencia de las respectivas redacciones. El libro IV del *Espéculo* define y trata sobre la justicia (tít. 1), sobre los jueces y los encargados de ejecutarla (2 y 3), los demandantes (4) y los demandados (5). En cierta forma se establece una correspondencia con el primer libro del *Dotrinal*, que trata de los demandantes y los demandados (tít. 1) y de los jueces (2, 3, 4). El cuarto libro del *Espéculo* continúa con las querellas ante el rey (6) y diserta so-

bre los intervinientes en el proceso: testigos (7), personeros (8), voceros (9), consejeros (10), pesquisidores (11), escribanos (12) y selladores (13), materias que trata el segundo libro del *Dotrinal*: personeros (1), abogados (2), emplazamientos (3), y el libro cuarto: testigos (1, 2), pesquisidores (3) y escrituras (4). El libro quinto del *Espéculo* trata sobre las actuaciones del proceso, desde el inicio hasta las alzadas; lo mismo se trata, aunque más brevemente, en los libros II, V y VI del *Dotrinal*.

Frente a esta organización expositiva, el planteamiento que hace de la materia la *Tercera Partida* es completamente diferente: en el primer título se define la justicia y, después, la obra se ocupa del curso del proceso judicial desde el inicio hasta el final, pero, a medida que se expone el desarrollo del proceso y van apareciendo los distintos intervinientes, éstos son definidos, es decir, personas y actuaciones se encuentran indisociablemente unidas. Si observamos el orden en que las personas aparecen en las *Partidas* (demandante, demandado y sus escritos; jueces, personeros y abogados; emplazamientos; juramentos de las partes; *conoscencias*; pruebas; plazos; testigos; *pesquisidores*, escrituras y escribanos; sentencias y otras materias de carácter menos procesal), parece claro que el plan que presenta el *Dotrinal* es una versión intermedia entre el del *Espéculo* y el de la *Tercera Partida*. El maestro Jacobo habría compuesto a partir de algunos textos latinos una obra original que fue aprovechada para componer la *Tercera Partida*, lo que explicaría la identidad que poseen en tantas ocasiones. Posteriormente es posible que el libro VI del *Dotrinal* fuese completado copiando directamente de las *Partidas*, generando así una apariencia falaz de la obra. Por otro lado, las *Flores* no serían un borrador del *Dotrinal* o de las *Partidas*, sino una selección de éstas, recogidas a petición del rey Alfonso X.

Parece, pues, que, en la opinión de GARCÍA-GALLO (1951-1952: 428-436), el *Dotrinal* es un texto original e independiente que posee un criterio de composición, un plan de estructuración y unas características propias, y no una obra tardía, tributaria de la *Tercera Partida*. En este mismo sentido se manifiesta PÉREZ MARTÍN (1985: 276-277 y 1998-1999: 269) cuando establece que la relación de las obras de Jacobo con la *Tercera Partida* es *Dotrinal – Partidas – Flores*, opinión que se basa principalmente en el examen de ambos textos, especialmente en los textos paralelos, lo que le lleva a concluir que, si bien las sistemáticas de ambas obras son muy próximas, el *Dotrinal* es más explícito, más dado al detalle y su temática es mucho más amplia (insiste en ello en 1999: 51, n. 126).

En vista de todo lo dicho hasta aquí, se puede afirmar que existe un texto, el *Espéculo*, cuyos contenidos se constituyen en la columna vertebral de la *Tercera Partida*. Del mismo modo es muy probable que el *Dotrinal* fuese otro de los textos manejados con cierta intensidad por los

compiladores de la *Tercera Partida* o quizá ambos se elaboraban al mismo tiempo. A riesgo de simplificar el proceso creador del texto, se podría decir que parte del contenido del *Dotrinal* se incorporó al de los libros IV y V del *Espéculo*, dando lugar a la *Tercera Partida*. Esto bastaría para explicar las señaladas afinidades y las coincidencias literales que se dan entre las tres obras y que no exista correspondencia entre los planes de exposición de la materia procesal entre *Dotrinal* y *Espéculo*, por un lado, y la obra que las refunde, por otro. Por otro lado, no deja de ser significativo a favor de esta hipótesis que el *Dotrinal* no muestre jamás coincidencia literal alguna con el *Espéculo*, coincidencia que sería de esperar si copiase de forma general la *Tercera Partida*. Tendremos que volver sobre el *Dotrinal* (*infra* Parte III, cap. II § 3.2.3).

1.5. Nuevas fuentes y otros textos subsidiarios.

Pero el *Espéculo* y el *Dotrinal* no son las únicas fuentes detectadas en la *Tercera Partida*. Posteriormente a los análisis de GARCÍA-GALLO, José BONO (1979) identificó la fuente directa de otras secciones del texto. Así, la fuente exclusivamente seguida en los talleres alfonsíes para la confección de las leyes 56-110 del título XVIII y para ciertas cuestiones del título XIX fue la segunda redacción del *Ars notariae* de SALATIEL, fechada en 1253-1254. De esta manera no podemos dar por buena la hipótesis de GARCÍA-GALLO (1951-1952: 442), según la cual los documentos que aparecen en esta sección reproducirían textos originales. Por otro lado, rastreando en varios textos, hemos hallado coincidencias notables entre algunas secciones del título XVIII y varias leyes del título XIX de la *Tercera Partida* y el *Speculum iudiciale* de Guillermo DURANTE, obra que suele fecharse hacia 1272. No obstante, a pesar de la coincidencia textual absoluta de partes del *Speculum* con la *Partida* alfonsina, no es sencillo establecer ni argumentar una relación directa. De ello tendremos ocasión de tratar extensamente al tratar específicamente el uso de las fuentes en el texto de nuestra edición (Parte III, cap. II).

Tampoco podemos dejar de mencionar la existencia de algunas valiosas reliquias para la historia del Derecho alfonsino. Tenemos noticia de al menos tres textos que fueron extraídos del *Espéculo* con la finalidad de aclarar algunos puntos de difícil interpretación para algunos de los destinatarios del *Fuero Real*. Los extractos fueron adaptados a la situación a la que servían, despojándolos de las referencias internas al *Espéculo* y dotándolos en ocasiones de una nueva ordenación de las leyes. La particularidad de estos tres textos es que, en ocasiones, nos proporcionan mejores lecciones o colman lagunas del *Espéculo* (según el ms. 10123 de la BNM) y son, por tanto, fundamentales en el proceso de la reconstrucción crítica

de algunas secciones de esa obra. Dichos textos coinciden a veces también con secciones de la *Tercera Partida* que fueron también tomadas literalmente del *Espéculo*. El hecho de que estos fragmentos estén, en ocasiones, más próximos a la redacción de la *Tercera Partida* que a la del *Espéculo* nos revela que posiblemente derivan de ella y que, por tanto, han de tenerse igualmente muy en cuenta en la elaboración de una edición crítica de su texto.

El primer documento son unas ordenanzas que el rey Alfonso dirigió a Valladolid el 31 de agosto de 1258 que reglamentaban la actuación de los alcaldes en los procesos judiciales. El texto es un extracto de *Espéculo* IV, II, 7-9 y 12-18, con el que se pretendía aclarar lo expuesto en el *Fuero Real*. El segundo documento es una sentencia del rey dirigida a Santiago de Compostela en 1261 para acabar con las constantes disputas entre el concejo santiaguense y el cabildo de la catedral; en este caso se extraen del *Espéculo* IV, XI, 1-14 y fragmentos de *Espéculo* IV, VII, 15-16. El tercero es un pequeño grupo legislativo inserto en las *Leyes Nuevas* para aclarar ciertos aspectos sobre usuras y juramentos, concretamente *Espéculo* V, XI, 1 (que es también casi idéntica a *Partidas* III, XI, 1) y *Espéculo* V, XI, 18.

2. Datación

La primera conclusión a que podemos llegar es la siguiente: si las *Flores del Derecho* es una obra encargada por el propio rey Alfonso al maestro Jacobo, que la extraería de la *Tercera Partida*, es evidente que ésta estaba ya redactada en vida del rey Alfonso X. Otra consideración importante que debemos hacer es que, si efectivamente el *Speculum iudiciale* de DURANTE es fuente de parte del título XIX, la *Tercera Partida*, tal como la conocemos ahora, no puede ser anterior a 1272, fecha en la que se data la primera redacción de esta obra (*vid. infra* Parte III, cap. II, § 3.2.4.2). Otro dato a tener en cuenta es que los formularios recogidos en el título XVIII en ocasiones nombran personas, cargos y posiblemente hechos datables en torno a la década de los setenta del siglo XIII: a nuestro modo de ver, no parece lógico pensar que si el texto fue redactado en tiempos de Sancho IV, o incluso de Fernando IV como postula GARCÍA-GALLO, se recurriera a personas de generaciones anteriores, y no a ningún coetáneo (*vid. infra* Parte III, cap. III § 2).

Por otro lado, es más que seguro que el *Espéculo* estaba redactado en 1258. En cambio, aunque no poseemos datos suficientes para fechar el *Doctrinal*, es probable, según lo señalado anteriormente, que la obra o parte de ella fuera redactada con anterioridad a la composición de la *Tercera Partida*. Puesto que la obra está dedicada a Bonajunta, hijo del maestro

Jacobo, y concebida como auxilio en sus estudios de Derecho, podríamos haber calculado su datación aproximada a partir de la fecha de nacimiento de este hijo de Jacobo, si no fuera porque esa fecha permanece hoy sin identificar. No obstante, en cuanto al *Dotrinal*, no han de pasarse por alto los datos que indican que parte del texto bien pudo ser copiado de la *Tercera Partida* –y no sólo nos referimos al libro VI–; la contribución de todos estos datos contradictorios entraña una tremenda dificultad a la hora de determinar la calidad textual del *Dotrinal de los pleytos* en relación al texto de la *Tercera Partida* (91).

Las fuentes textuales primordiales no ayudan mucho, pues, a concretar una fecha clara para la *Tercera Partida*, ya que la enmarcan en un período demasiado amplio, posterior a 1258 y anterior a la muerte del rey, en 1284. Si recurrimos al testimonio del *Speculum iudiciale* de DURANTE, sin embargo, parece que el marco cronológico podría circunscribirse a los últimos diez o doce años del reinado (*vid. infra* Parte III, cap. III).

Aparte de las fuentes empleadas en su composición, la *Tercera Partida* se ha intentado fechar a partir de los personajes citados en algunos de los documentos insertados en el título XVIII. Así GARCÍA-GALLO observó que los documentos provienen en su mayor parte de Sevilla y Toledo y afirmó –de forma un tanto arbitraria– que los documentos toledanos eran algo posteriores a los sevillanos: si éstos se pueden fechar entre 1255 y 1264, aquéllos sólo procederían del período que va de 1260 a 1270. No podemos dejar de poner de manifiesto, por la importancia que se le ha dado a este argumento, que existen en esta valoración de GARCÍA-GALLO no pocos errores y que sus ideas al respecto quedarán desestimadas por completo cuando tratemos más abajo particularmente sobre la datación y las fuentes específicas de los títulos XVIII-XX (Parte III, cap. III, §§ 1 y 2). Vaya por delante que el jurista madrileño desconoció que la mayoría de los documentos que aparecen en el título XVIII de la *Tercera Partida* fueron tomados (algunos literalmente) del formulario documental expuesto en el *Ars notariae* del italiano SALATIEL, y que, por tanto, no eran verdaderos documentos. No obstante, aunque hoy sabemos que estas leyes no reproducen documentos que existieran como tales, no puede dejarse de lado la existencia de personajes identificables en tiempos del rey Alfonso X en algunas leyes del título XVIII, sobre la que llamó la atención GARCÍA-GALLO. Por ello, no se hace comprensible que el jurista madrileño insista en que la redacción de la *Tercera Partida* sólo se llevó a cabo en tiempos de Fernando IV (1977: I, 398), yendo en contra de estos datos y también contra una de sus más acertadas demostraciones, como es que

(91) Insistimos sobre el *Dotrinal* con más datos, *infra* Parte III, cap. II, § 3.2.3.

las *Flores de las leyes* del maestro Jacobo son un extracto de la *Tercera Partida* (con lo que no cabría más posibilidad que concluir que la obra alfonsina estaba redactada como muy tarde en 1294, fecha de la muerte del maestro Jacobo) (92).

Al hilo de la hipótesis de GARCÍA-GALLO, A. J. LÓPEZ GUTIÉRREZ (1990) también localiza la redacción del título XVIII de la *Tercera Partida* (y por ende toda ella) después del reinado de Alfonso X. El único argumento aportado es la mención en *Partidas* I, IV, 35 del sello de poridad (93), concepto que no se documenta hasta tiempos de Sancho IV, momento en que, según este autor, se habría redactado lo relativo al sistema documental que expone la *Tercera Partida* (LÓPEZ GUTIÉRREZ, 1990: 229). Sin embargo, nos parece poco riguroso datar de este modo la redacción de esta sección del texto, partiendo de una mención marginal en la *Primera Partida*, máxime si tenemos en cuenta dos hechos fundamentales: primero, que ni a lo largo de toda la *Tercera Partida* –ni por tanto en los títulos relativos al sistema documental y la administración cancilleresca (XVIII-XX)– se menciona nunca tal sello de poridad; y, segundo, que en todo caso los conceptos de carta cerrada y carta abierta, desde antiguo conocidos, se encuentran presentes en *Espéculo* IV, XII, 12 (94) y 52 (95) junto a una mención al “sello mayor”, lo que, sin duda, bien puede documentar la existencia de tal tipo de sello antes de la primera documentación referida.

Volviendo a las hipótesis de GARCÍA-GALLO, existe a juicio de este jurista un argumento decisivo a la hora de saber, al menos, cuándo no estaba aún redactada la *Tercera Partida*. Según este autor, el testimonio de la colección conocida como las *Leyes Nuevas* vendría a demostrar que la *Tercera Partida*, tal como la conocemos, no estaba redactada en 1278, cuando se reunieron esas *Leyes* (1951-1952: 388, 443-445) (96). Los hechos en

(92) Cuesta comprender cómo GARCÍA-GALLO –máximo exponente en la defensa de la redacción tardía de las *Partidas*– no sólo no consigue ofrecer datos que demuestren claramente que, cuando menos, la *Tercera Partida* se compuso tras el reinado de Alfonso X, sino que indirectamente nos aporta información que habla a favor de la idea contraria.

(93) “... Ca anfi es la confesion, como fello de poridat, que guarda lo que es escrito dentro de la carta, que non lo pueda ninguno faber...”.

(94) “... Ca las [cartas] unas son mayores assy como privilegios et otras cartas y a que son promadas pero non las llaman privilegios e y a y otras abiertas e seelladas con seello de çera et estas son de muchas maneras Et otras y a que son çerradas et destas las unas son fore-ras e las otras de menssajería et dotras cosas muchas...”.

(95) Que corresponde a *Partidas* III, XIX, 13.

(96) De ser cierta esta suposición, se confirmaría la tesis de GARCÍA-GALLO de que la primera reelaboración del *Espéculo*, la que originaría el *Libro del Fuero de las leyes* (familia A), sólo afectaría al primer libro (i. e., la *Primera Partida*).

que se apoya Alfonso GARCÍA-GALLO son los siguientes: sabemos que las cartas que Alfonso X envía a Burgos, Úbeda, Béjar, Toro y Uclés en 1260 se tomaron de *Espéculo* V, XI, 15, 17 y 26. Aunque la carta y los formularios correspondientes que fueron enviados a Burgos se han perdido, fueron recogidos en la ley 27 de las *Leyes Nuevas*, si bien no es posible determinar si el recopilador tomó los formularios directamente de la carta o acudió al *Espéculo*. La carta copiada como ley 27 hacía referencia a “la ley segunda de este título”, y el autor de la recopilación consideró importante buscar y copiar esta ley que servía de soporte de lo anunciado y la copió como ley 26, ley que, salvo la cita, ninguna relación guarda con el conjunto. Pero el copista también recogió otra ley sobre juramentos de demandadores y demandados una vez iniciado el pleito que copió como ley 25. Lo crucial es que la persona que copió estas dos leyes (25 y 26 en las *Leyes Nuevas*) recurrió al *Espéculo* (la ley 26 de las *Leyes Nuevas* se corresponde con *Espéculo* V, XI, 1, y la ley 25 con *Espéculo* V, XI, 18) y no a la *Tercera Partida*. GARCÍA-GALLO no cree que el recopilador considerara mejor texto el *Espéculo* que la *Tercera Partida*, sino que, cuando por 1278 se lleva a cabo la recopilación de las *Leyes Nuevas*, la *Tercera Partida* como la conocemos aún no existía.

El profesor IGLESIA FERREIRÓS (1986: 502-503) ha objetado respecto a la relación entre *Leyes Nuevas* y la *Tercera Partida* —el argumento principal de GARCÍA-GALLO para demostrar que la *Tercera Partida* no estaba redactada, al menos como nos es conocida, antes de 1278— que no es necesario argumentar que el compilador de las *Leyes Nuevas* acudiera forzosamente al *Espéculo*. Mientras que GARCÍA-GALLO considera que el autor de este complejo de normas relativas a los préstamos de los judíos y al juramento fue el compilador de las *Leyes Nuevas*, para el profesor IGLESIA esta colección tenía ya, en realidad, una existencia autónoma e independiente; retoma para ello las palabras de Fray José LÓPEZ ORTIZ (1945) sobre las *Leyes Nuevas* (que reproducimos a continuación), que aplica como réplica a la hipótesis de GARCÍA-GALLO:

En una forma o en otra no es de ninguna dificultad reagrupar los fragmentos distintos del documento de 1260, dislocados más o menos arbitrariamente por los coleccionadores.

Aun el hecho de su total omisión por un manuscrito de los más antiguos, el Z.ii.16 [*Leyes Nuevas*], de El Escorial, no deja de ser una insinuación de la homogeneidad del documento; el coleccionador no dispuso de ninguno de estos elementos aislados, porque no existieron más que juntos. Ninguno de los formuladores manejó un formulario autónomo; a ninguno se le ocurrió ir a buscar al *Espéculo* o a las *Partidas* unas fórmulas de juramento. La ocurrencia habría sido ciertamente extraña. (LÓPEZ ORTIZ, 1945: 26).

En resumen, esta colección de normas relativas a las usuras y las fórmulas de juramento se habían formado a la luz del texto del *Espéculo*, pero ya circulaban independizadas en una colección autónoma. Por tanto, es posible que el compilador de las *Leyes Nuevas* acudiera a esta colección y no al *Espéculo*, por lo que no habría por qué afirmar que la *Tercera Partida*, tal como la conocemos, no estaría redactada antes de 1278.

A este respecto, nos parece interesante aportar un dato que no ha sido aducido hasta la fecha y que, si no constituye una prueba definitiva, sí habla al menos a favor de la existencia independiente de estas fórmulas de juramento. En 1276 el maestro Roldán incluye en el *Ordenamiento de las tafurerías* que le ordenó redactar el rey Alfonso los famosos juramentos aludidos. Sin embargo, hay ciertas diferencias entre los textos. En el *Ordenamiento* se introducen las fórmulas de forma directa, sin los prolegómenos explicativos habituales sobre las virtudes y necesidad del juramento. Pero la diferencia más importante se encuentra en el texto en sí: si la jura de los moros es idéntica en *Espéculo*, *Partidas* y *Leyes Nuevas*, la de los cristianos muestra ciertas diferencias de redacción:

Partidas III, XI, 19

Qvitar deuemos a los omes quanto pudieremos, de contiendas. E porque muchas vezes acaecen, fobre las juras, queremos mostrar cierta manera, en esta ley como deuen jurar los Christianos. E despues mostraremos, como deuen jurar los judios, e los moros. E dezimos, que los Christianos, deuen jurar afsi, poniendo las manos fobre alguna de aquellas cosas, que dize en la primera ley deste titulo, e aquel que tomare la jura, del que ouiere de jurar, a le de conjurar, diziendo desta guisa, vos me jurades por dios padre que fizo el cielo, e la tierra, e todas las otras cosas, que en ellos son, e por Iesu Chisto su fijo, que nacio de la virgen gloriosa santa Maria, e por el espiritu santo, que son tres personas, e vn verdadero Dios, e por estos santos euangelios, que cuentan las palabras, e los fechos de nuestro señor Iesu Christo. E si touiere las manos en la cruz, diga que jura por aquella cruz, que es semejança de aquella en que prefio muerte nuestro señor Iesu Christo por los pecadores salvar. E si las touiere fobre el altar, fobre

Tafurerías, ley 41

Pongan las manos sobre los santos evangelios, sobre la cruz del altar, e el que tomare la jura de aquel que ouiere de jurar álo de conjurar de esta guisa: vos me jurades por Dios padre, que fizo el cielo e la tierra, e todas las otras cosas que son fechas, e por Iesucrito que nació de la virgen gloriosa santa Maria, e por el espíritu santo, que son tres personas e un Dios, e por los santos evangelios que cuentan las palabras, e los fechos de nuestro señor Iesucrito: e si toviere la mano sobre la cruz diga, que jura por aquella cruz, que es semejante de aquella en que nuestro señor Iesucrito pasó muerte e pasión por nos pecadores salvar: e si las metiere sobre el altar, diga que jura por aquel altar en que fue consagrado el cuerpo de nuestro señor Iesucrito, que aquello que demanda es ansi como su contendor dice, e esto sobre la razón que ouiere de jurar. E sobre todas estas palabras a de responder aquel que ficiera la jura al otro que se la toma, e otrosi como gela hace; e despues desto a de decir aquel que toma la

que fue confagrado el cuerpo de nuestro señor Iesu Christo, que aquello quel demandan, non es, afsi como fu contendor dize. Mas que es afsi como el mismo razona. E esto segund la razon, sobre que ouiere de jurar. E sobre todas estas palabras ha de responder aquel que faze la jura al otro, que gela toma, afsi lo juro como vos lo auedes dicho. E despues desto, a le de dezir aquel que toma la jura del, que afsi le ayude Dios, e aquellas palabras que el le dixo, e los Euangelios, o la cruz, o el altar sobre el que jura, como dize verdad. E aquel que jura ha de responder, amen, fin refierta ninguna. Ca non es guifado, que aquel que toma la jura, sea maltraydo, por su derecho que demanda.

Pero el cambio en el modelo es radical en las fórmulas indicadas para el juramento de los judíos:

Partidas III, XI, 20

Ivdios auiendo de jurar, deuen lo fazer desta manera, aquel que demanda la jura al judio, deue ir a la sinagoga conel, e el judio que a de jurar: deue poner las manos sobre la tora: con que faze la oracion, e deuen fer delante Christianos, e judios, porque vean como jura. E aquel que toma la jura del judio, ha le de conjurar desta manera: juras tu fulan judio, por aquel Dios que es poderoso sobre todos, e que crio el cielo y la tierra, e todas las otras cosas. E que dixo non jures por el mio nombre en vano. E por aquel dio Dios que fizo Adam el primero ome e le puso en el parayso, e le mando que non comiesse de aquella fruta, que el, le vedo, e porque comio della echole del parayso. E por aquel Dios que recibio el sacrificio de Abel e desecho el de Cayn. E saluo a Noe enel arca enel tiempo del diluuio, e a su muger, e a sus fijos con sus mugeres, e a todas las cosas biuas que y metio, porque se poblasse la tierra despues. E por aquel Dios que saluo a Loth e a sus fijos de la destruycion de

jura, que ansi le ayude Dios en aquellas palabras que dixo en los evangelios, o en la cruz, o en el altar sobre que jura, como dice verdad, e aquel que jurare debe decir amen, como es guisa, e aquel que toma la jura non sea mal trecho por el derecho que demanda.

Tafurerías, ley 42

En esta guisa: primeramente jure por el libro de Moysen, si juras tu judio por esta ley que fue dada por mano de Moysen a los judios en el monte Sinay, e despues que ficiere esta jura, hercen por su nombre especialmente en Altalaposu, e desí llamen al Rabí o al que lo oviese de conjurar su nombre, e este es el hereen alimur e en velgumur, e a de tener cofar e tora en su brazo, aquella que sacan los judios lunes, e jueves, e sabado, fasta que acabe la jura. Asi juras tu judio por diez versos de los mandamientos Sinay en dia de cincuesma porque dixo, yo fui al siglo e otro non, e el que dixo no jures el nombre de Dios vivo, ca non le para daño al que juró en su nombre, e yo nombro vos al dia de sabado por santiguarlo, ca en seis dias fizo Don Diós el cielo y la tierra, e el dia seteno puso el fuego, ca sabedes los judios que por la jura falsa viene el mal a todo el siglo, e tu juras por la fuerza, e por el bien, e por la ley, e por el nombre, porquien el mundo se formó, e sana-

Sodoma e Gomora. E por aquel Dios que dixo a Abraham que en su linage serian biendichas todas las gentes, e escogio a el e a Isaac su fijo e a Jacob por patriarchas, e mando que se circuncidassen todos los que viniesen de su linage. E saluo a Joseph de mano de sus hermandos que non le mataren [e] le dio gracia del Rey Pharaon por que non pereciesse su linage en el tienpo dela fambre. E guardo a Moyse feyendo niño que no muriesse quando le echaron en el rio, E despues quando fue grande apareciole en semejança de fuego e dio las diez llagas en EgYpto por que Pharaon no dexaua yr los fijos de Israel e fizoles sacrificar en el desierto e fizoles carreras en la mar por do passassen en seco, e mato a Pharaon e a su hueste que yuan empos ellos en aquella mar. E dio la ley a Moyse en el monte Synai e la escriuio con su dedo en tablas de piedra, e fizo Aaron su sacerdote e destruyo a sus fijos por que fazian sacrificio con fuego ageno. E fizo que la tierra fuesse buos a Datan e Abiron, e a los otros sus compañeros. E dio a comer a los judios en el desierto mana e fizo salir de la piedra que bebiesen, e governo los judios en el desierto quarenta años que sus vestiduras no se enuejecieron, nin se rompieron. E fizo que quando lidiauan los fijos de Israel con los del pueblo de Amaleth, e alçaua Moyse las manos arriba que vencian. E mando a Moyse que subiesse en el monte, e despues nunca fue visto. E otrossi non quiso que ninguno de los que salieron de Egipto entrassen en la tierra de promission, porque no le eran obedientes nin le conocian, conplidamente, el bien que les fazia, fueras Caleph, e Iosue a quien fizo: que passassen el rio de Jordan por seco, tornando las aguas arriba. E derribo los muros dela cibdad de Ierico por que Iosue la pritiesse mas ayna. E fizo otrossi el sol detener en medio dia fasta que Iosue vencio sus enemigos. E escogio a Saul por el primero Rey del pueblo de Israel. E despues de su muerte fizo a Dauid

foras que es fuerza del mundo, juro: si tu verdad dices, vengan sobre ti todas las bendiciones que son escritas en Cefermose, e si tu verdad sabes, e la encubres o la niegas, e non la dixeres en esta razon que yo demando, que vengan sobre ti todas las llagas que vinieron sobre Egipto, e todas las maldiciones de la ley que estan escritas contra aquellos que descreen los mandamientos de Dios. E si tu esta jura pasares, maldito seas en el dia, maldito seas en la noche, maldito en echar, maldito en tu leuantar, maldito en andada, maldito en cuydar, maldito en el campo, maldito en tu saber, maldito en todo tu poder. A todo responda el que jura: Amen, sin refiarta alguna. E si refiartare. Que sea caído de la demanda porque él face la jura.

reynar e metio enel espíritu de propheta,
e en todos los otros prophetas e guardolo
de muchos periglos, e dixo por el que fa-
llara ome segund fu coraçon. E subio a
Helias en carro de fuego e fizo muchas
virtudes e muchas marauillas enel pueblo
de los judios. E juras otrofi por los diez
mandamientos de la ley que dio Dios a
Moyfen. Todas estas cosas dichas deve
responder vna vez juro, e defi deve le de-
zir aquel que le toma la jura, que si verdad
fabe e la niega, o la encubre, e non la dize
en aquella razon por que jura: que ven-
gan sobre el todas las llagas que vinieron
sobre los de Egypto, e todas las maldicio-
nes de la ley, que son puestas contra los
que desprecian los mandamientos de Dios.
E todo esto dicho deve responder vna vez
amen, sin refierta ninguna así como dixi-
mos en la ley ante desta.

... No conocemos el porqué de estas divergencias, especialmente radica-
les en la jura relativa a los judíos, con alusiones puramente judaicas frente
a las más puramente cristianas de la *Partida* extraídas del Viejo Testamen-
to. ¿Podría ser esto indicio suficiente para afirmar que hacia 1276 estas
fórmulas existían en colecciones que circulaban de forma totalmente inde-
pendiente, que se cargaban, por tanto, de variantes, o que recogían tradi-
ciones o prácticas diferentes? De ser así, insistimos en que no es necesario
afirmar que en 1278 el compilador de las *Leyes Nuevas* acudió forzo-
samente ni al *Espéculo* ni a las *Partidas* en busca de las fórmulas de jura-
mento. Parece desde luego que el maestro Roldán no recurrió a ninguno
de estos dos textos, ni tampoco a las *Leyes Nuevas*, cuando insertaba las
fórmulas en su *Ordenamiento*.

En conclusión, son muchos y distintos los indicios que parecen situar
la composición y quizá la conclusión de la *Tercera Partida* hacia final del
reinado de Alfonso el Sabio. Habremos de volver sobre ello con nuevos
datos y argumentos al ocuparnos del estudio de los textos objetos de nues-
tra edición, sus fuentes, posibles autores y lugar o lugares de composición
(*vid. infra* Parte III, caps. II y III).

IV. Bibliografía: fuentes documentales y estudios

a) FUENTES DOCUMENTALES

Ediciones de *Las Siete Partidas*

- Montalvo = *Las Siete Partidas*, ed. de Alfonso DÍAZ DE MONTALVO, Sevilla, 1491 y Venecia, 1501.
- GL = *Las Siete Partidas de Alfonso el nono glosadas por el Licenciado Gregorio López*, Salamanca, 1555 [edición facsímil, Madrid, BOE, 1974].
- Part. RAH = *Las Siete Partidas del Rey don Alfonso el Sabio, cotejadas con varios códices antiguos por la Real Academia de la Historia*, I-III, Madrid, 1807 [edición facsímil, Madrid, Atlas, 1972].
- Adelantados = *Opúsculos legales de Alfonso X el Sabio. II. Fuero Real. Leyes para los Adelantados mayores. Leyes Nuevas. Ordenamiento de las tafurerías*, Real Academia de la Historia, Madrid, 1836, pp. 171-177.
- CARLYC = *Cortes de los antiguos reinos de León y Castilla*, I, RAH, 1861.
- Cr. Alfonso X = M. GONZÁLEZ JIMÉNEZ, ed., *Crónica de Alfonso X el Sabio*, Academia Alfonso X el Sabio, Murcia, 1998.
- DEDAL = M.^a Á. SÁNCHEZ, *Diccionario español de documentos alfonsíes*, Madrid, 2000.
- Docs. Oña = I. OCEJA GONZALO, *Documentación del monasterio de San Salvador de Oña (1032-1284)*, Burgos, 1983.
- Dotrinal = R. UREÑA Y SMENJAUD y A. BONILLA Y SAN MARTÍN, eds., *Obras del Maestro Jacobo de las Leyes, jurisconsulto del siglo XIII*, Madrid, 1924, pp. 187-376.
- Espéculo = G. MARTÍNEZ DÍEZ, *Leyes de Alfonso X. I. Espéculo*, Ávila, 1985.
- Estilo = *Opúsculos legales de Alfonso X el Sabio. II. Fuero Real. Leyes para los Adelantados mayores. Leyes Nuevas. Ordenamiento de las tafurerías*, Real Academia de la Historia, Madrid, 1836, pp. 235-338.
- F. Iud. = *Fuero Juzgo en latín y castellano cotejado con los más antiguos y preciosos códices*, Real Academia Española, Madrid, 1815.
- F. Juz. = V. ORAZI, ed., *El dialecto leonés antiguo (edición, estudio lingüístico y glosario del "Fuero Juzgo" según el Ms. escurialense Z. III. 21)*, Madrid, 1997.
- F. Viejo = I. JORDÁN DE ASSO Y DEL RÍO y M. DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, eds., *El Fuero Viejo de Castilla*, Madrid, Ibarra, 1771.
- Flores = R. UREÑA Y SMENJAUD y A. BONILLA Y SAN MARTÍN, eds., *Obras del Maestro Jacobo de las Leyes, jurisconsulto del siglo XIII*, Madrid, 1924, pp. 1-184.
- FR = G. MARTÍNEZ DÍEZ, *Leyes de Alfonso X. II. Fuero Real*, Ávila, 1988.

- GE I = P. SÁNCHEZ-PRIETO, ed., *General estoria de Alfonso X el Sabio. Primera parte*, Madrid, Biblioteca Castro, 2001.
- LFL = J. A. ARIAS BONET, ed., *Primera Partida según el manuscrito Add. 20.787 del British Museum*, Universidad de Valladolid, 1975.
- LN = *Opúsculos legales de Alfonso X el Sabio. II. Fuero Real. Leyes para los Adelantados mayores. Leyes Nuevas. Ordenamiento de las tafurerías*, Real Academia de la Historia, Madrid, 1836, pp. 179-209.
- MHE = *Memorial Histórico Español*, I y II, Real Academia de la Historia, Madrid, 1851.
- Mozárabes = Á. GONZÁLEZ PALENCIA, *Los mozárabes de Toledo del siglo XII y XIII*, Valencia de Don Juan, 1926-1928.
- Notar. Sevilla = P. OSTOS y M.^a L. PARDO, *Documentos y notarios de Sevilla en el siglo XIII*, Madrid, Fundación Matritense del Notariado, 1989.
- Or. Alc. = I. JORDÁN DE ASSO Y DEL RÍO y M. DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, eds., *Ordenamiento de la leyes que fizo D. Alfonso XI en las Cortes de Alcala de Henares el año de 1348*, Madrid, 1771.
- PCG = R. MENÉNDEZ PIDAL, ed., *Primera Crónica General de España que mandó componer Alfonso el Sabio y se continuaba bajo Sancho IV en 1289*, I-II, Madrid, 1955.
- Repartimiento = J. GONZÁLEZ, *El Repartimiento de Sevilla*, I-II, 1951.
- Rolandino = Rolandino DE PASSAGGERI, *Summa totius artis notariae Rolandini Rodulphini Bononiensis*, Venezia, 1546: Ristampa anastática a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, Bologna, 1977.
- Salatíel = G. ORLANDELLI, ed., *Salatiele, Ars Notariae, I, I frammenti della prima stesura dal codice bolognese dell'Archiginnasio B 1484*, Milán, 1961; *Salatiele, Ars Notariae, II, La seconda stesura dai codici della Biblioteca Nazionale di Parigi lat. 4593 e lat. 14622*, Milán, 1961.
- Setenario = K. H. VANDERFORD, ed., *El Setenario*, Barcelona, 1984².
- Speculum = W. DURANTIS (Guillaume Durand), *Speculum iudiciale illustratum et repurgatum a Giovanni Andrea et Baldo Degli Ubaldi*, Neudruk der Ausgabe Basel, 1574 [Scientia Verlag Aalen, 1975].
- Tafurerías = *Opúsculos legales de Alfonso X el Sabio. II. Fuero Real. Leyes para los Adelantados mayores. Leyes Nuevas. Ordenamiento de las tafurerías*, Real Academia de la Historia, Madrid, 1836, pp. 211-231.
- Vcrít = I. FERNÁNDEZ-ORDÓÑEZ, ed., *Versión crítica de la Estoria de España. Estudio y edición desde Pelayo hasta Ordoño II*, Madrid, Seminario Menéndez Pidal-UAM, 1993.
- Vg = A. COLUNGA y L. TURRADO, eds., *Biblia Sacra iuxta Vulgatam Clementinam*, Biblioteca de Autores Cristianos, Decima Editio, Madrid, 1999.
- X = *Gregorius IX Decretalium libri V cum glossa*, Venezia, Baptista de Tortis, 1496.

b) ESTUDIOS

- ALBERTE, A.: *Retórica medieval: historia de las artes predicatorias*, Centro de Lingüística aplicada atenea, Madrid, 2003.
- ARIAS BONET, J. A.: "Manuscritos de las *Partidas* en la Real Colegiata de San Isidoro de León", *AHDE*, XXXV, 1965, pp. 565-568.
- ALONSO CORTÉS, M.: *Catálogo de manuscritos de la Biblioteca de Santa Cruz*, Valladolid, 1976.
- ARIAS BONET, J. A.: "El depósito en las *Partidas*", *AHDE*, XXXII, 1962, pp. 560-566.
- "Derecho marítimo en las *Partidas*", *Revista de Derecho Mercantil*, 41, 1966, pp. 91-108.
- "Un epítome de las *Partidas*. El ms. 140 de la Biblioteca universitaria de Valladolid", *AHDE*, XXXVIII, 1968, pp. 671-673.
- ed., *Primera Partida según el manuscrito Add. 20.787 del British Museum*, Universidad de Valladolid, 1975.
- ASKINS, A.; G. AVENZOÁ; A. F. DIAS y H. L. SHARRER: "Novos fragmentos de textos xurídicos galegos (s. XIV)", *Revista de Literatura medieval*, IX, 1997, pp. 9-43.
- ASKINS, A. L.; A. F. DIAS y H. L. SHARRER: 2002, *Fragmentos de Textos Medievais Portugueses da Torre do Tombo*, Lisboa, 2002.
- AZEVEDO FERREIRA, J.: "Dois fragmentos da *Tercera Partida*", *CLHM*, 5, 1980 a, pp. 101-141.
- *Alfonso X: Primeyra Partida. Édition et Étude*, Textos de lingüística 3, Braga, 1980 b.
- "Subsídios para uma edição da *Terceira Partida* de Alfonso X", *Boletim de Filologia* XXIX, Lisboa, 1984, pp. 101-118.
- "Un nouveau fragment de la *Terceira Partida* d'Alphonse X", en *Petru Skokulo Stotoj Oblejetnici Rodenja (1881-1956)*, Zagreb, 1985, pp. 45-64.
- "A obra legislativa de Alfonso X em Portugal", *Diacrítica* 1, Braga, 1986, pp. 5-21.
- "Fragmentos das *Partidas* de Alfonso X reencontrados em Braga", *CLHM* 18-19, 1993-1994, pp. 367-402.
- "*Terceira Partida* de Alfonso X: subsídios para a sua edição e estudo linguístico", en R. LORENZO, ed., *Actas do XIX Congresso Internacional de Lingüística y Filología Románicas*, La Coruña, 1994, pp. 187-204.
- "Um fragmento reencontrado da *Terceira Partida* de Alfonso X", *Miscelânea de Estudos Linguísticos, Filológicos e Literários in Memoriam de Celso Cunha*, 1995, pp. 577-82.
- BALLESTEROS-BERETTA, A.: *Sevilla en el siglo XIII*, Sevilla, 1913.
- *Alfonso X Emperador (electo) de Alemania*, Madrid, 1918.
- "Itinerario de Alfonso X, rey de Castilla" *Boletín de la Real Academia de la Historia*, CIV, 1934, pp. 49-88, 455-516; CV, 1934, pp. 123-180; CVI, 1935, pp. 83-150; CVII, 1935, pp. 21-76, 381-418; CVIII, 1936, 15-42; CIX, 1936, pp. 377-460. Aquí concretamente CV, pp. 130-137.
- *Alfonso X el Sabio*, Barcelona, "El Albir", 1984².
- BERISTÁIN DÍAZ, H.: *Diccionario de retórica y poética*, México, Porrúa, 2001.
- BERTOLUCCI PIZZORUSSO, V.: "Un trattato de *ars dictandi* dedicato ad Alfonso X", *Studi mediolatini e volgari*, 15-16, 1968, pp. 9-88.

- BLECUA, A.: *Manual de crítica textual*, Madrid, Castalia, 2001.
- BONO HUERTA, J.: *Historia del Derecho Notarial español*, t. I. *La Edad Media*, 2 vols., Madrid, 1979.
- “La legislación notarial de Alfonso X el Sabio: sus características”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXVII, 1984, pp. 31-43.
- “Notariado público y documento privado: de los orígenes al siglo XIV”, *Actas del VII Congreso Internacional de Diplomática*, Valencia, 1986, pp. 481-506.
- *Breve introducción a la Diplomática Notarial española. Parte primera*, Sevilla, 1990.
- BOSCH, S.: “Las Partidas i els textos catalans didàctics sobre cavalleria”, *Homenatge a Antoni Rubio i Lluch III*, Barcelona, 1936, pp. 655-680.
- BOUREAU, A.: “La norme épistolaire, une invention médiévale”, en R. CHARTIER, ed., *La correspondance: Les usages de la lettre au XIX^e siècle*, Paris, 1991, pp. 127-157.
- BURNS R. I.: ed., *Las Siete Partidas*, Translations and notes by S. Parson Scott, Introduction table of contents and index of CH. Summer Lobinger, Bibliography by J. Vance, Chicago-New York-Washington, 1931 [R. I. Burns 2000].
- CALASSO, F.: *Introduzione al Diritto comune*, Milán, 1951.
- CAMARGO, M.: “Ars dictaminis. Ars dictandi”, *Typologie des sources du Moyen Age occidental*, Fasc. 60, Brepols, 1991.
- CANO AGUILAR, R.: “Los prólogos alfonsíes”, *CLHM*, 14-15, 1989-1990, pp. 79-90.
- *Comentario filológico de textos medievales no literarios*, Madrid, 1998.
- CARDENAL DE IRACHETA, M.: *Alfonso el Sabio*, CSIC, 1946.
- CÁRDENAS, A.; J. GILKISON; J. NITTI; E. ANDERSON: *Bibliography of Old Spanish Texts* (Literary Texts, Edition 2), Bibliographical Series n. 1, Madison, Wisconsin, 1977.
- CASKEY, A. F.: *An Edition, Study, and Glossary of the Old Portuguese Translations of Partidas I & III of the Alfonsine Siete Partidas*, Madison, 1979.
- CASTÁN LANAPASA, G.: *Política económica y poder político. Moneda y fisco en el reinado de Alfonso X el Sabio*, Valladolid, Junta de Castilla y León, 2000.
- CASTRO, M.: “La edición del *Dictaminis Epithalamium*, de Juan Gil de Zamora”, *AIA*, 153-154, 1979, pp. 217-227.
- CATALÁN, D.: *La Estoria de España de Alfonso X. Creación y evolución*, Madrid, Fundación Ramón Menéndez Pidal-UAM, 1992.
- CRADDOCK, J. R.: “La nota cronológica inserta en el prólogo de las *Siete Partidas*”, *Al-Andalus*, 39, 1974, pp. 363-89 [reimpresión electrónica con suplementos del 30 de julio de 2004].
- “La cronología de las obras legislativas de Alfonso X el Sabio”, *AHDE*, XLI, 1981, pp. 365-418.
- “Must the King Obey his Laws?”, en Dorothy Clotelle Clarke, ed., *Florilegium Hispanicum*, Madison, 1983, pp. 71-79.
- *The legislative works of Alfonso X, el Sabio. A critical bibliography*, 1986 (a).
- “El *Setenario*: última e inconclusa refundición de la *Primera Partida*”, *AHDE*, LVI, 1986 (b), pp. 441-466.
- “Dynasty in dispute: Alfonso X el Sabio and the succession to the throne of Castile and Leon in history and legend”, *Viator*, 17, 1986 c, pp. 197-219.
- “El texto del *Espéculo*”, *Initium*, 3, 1998, pp. 221-274.

- D'ABADAL I VINYALS, R.: "Les *Partidas* a Catalunya durant l'edat Mitja", *Estudis Universitaris Catalans* 6, 1912, pp. 13-180.
- DA COSTA, A. J.: "Fragmentos preciosos de códices medievais", *Bracara Augusta*, 2, 1950, pp. 50-52.
- DAUMET, H.: *Mémoire sur les relations de la France et de la Castille de 1255 à 1320*, Paris, 1913.
- D'AZEVEDO, P.: "Duas traduções portuguesas do sec. XIV, um fragmento das *Partidas* de Castilla", *Revista Lusitana* 16, 1913, p. 101.
- DEL MONTE, A.: *Elementi di ecdotica*, Milán, 1987.
- DEYERMOND, A. D.: *Historia de la literatura española, 1. La Edad Media*, Barcelona, Ariel, 1994.
- DÍAS, A. F.: "As *Partidas* de Alfonso X: novos fragmentos em língua portuguesa - 2", *Romance Philologie*, 54, 2001, pp. 263-275.
- DOMÍNGUEZ APARICIO, J.: *El código escurialense N.ii.19: Ars Notariae de Rolandino*, Tesis doctoral, UCM, 1992.
- DOMÍNGUEZ BORDONA, J.: *Manuscritos con pinturas*, 1-2, Madrid, 1933.
- *Exposición de Códices*, Barcelona, 1962.
- DURO PEÑA, E.: "Los códices de la Catedral de Orense", *Hispania Sacra*, 14, 1961, pp. 185-212.
- ESTEPA DíEZ, C.: "La política exterior en la época de Alfonso X: el «fecho del imperio»", *Alfonso X, Toledo 1984*, MEC, 1984, pp. 13-20.
- FALLETTI, L.: "Guillaume Durand", *Dictionnaire de Droit Canonique*, 5, 1950, pp. 1014-1075.
- FAULHABER, Ch. B.: "Retóricas clásicas y medievales en bibliotecas castellanas", *Ábaco*, 4, 1973, pp. 151-300.
- ed., *Juan Gil de Zamora, Dictaminis Epithalamium*. Edición y estudio, Biblioteca degli Studi Mediolatini e Volgari, Nuova serie II, Pisa, Pacini, 1978 (a).
- "The *Summa dictaminis* of Guido Faba", en J. J. MURPHY, ed., *Medieval Eloquence. Studies in Theory and Practice of Medieval Rhetoric*, University of California Press, 1978 (b), pp. 85-111.
- "Las retóricas hispanolatinas medievales, siglos XII-XV", *Repertorio de Historia de las ciencias Eclesiásticas en España*, 7, 1979, pp. 11-64.
- *Medieval Manuscripts in the Library of the Hispanic Society of America. Religious, Legal, Scientific, Historical, and Literary Manuscripts*, 2 vols., The Hispanic Society of America, 1983.
- FERNÁNDEZ-ORDÓÑEZ, I.: *Las Estorias de Alfonso el Sabio*, Madrid, Istmo, 1992.
- ed., *Versión crítica de la Estoria de España*, Madrid, Fundación Ramón Menéndez Pidal-UAM, 1993.
- "La evolución del pensamiento alfonsí y transformación de la obras jurídicas e históricas del rey Sabio", *CLHM*, 23, 2000, pp. 264-283.
- "Antes de la *collatio*. Hacia una edición crítica de la *General Estoria* de Alfonso el Sabio" (segunda parte), en Aengus Ward, ed., *Teoría y práctica de la historiografía hispánica medieval*, University of Birmingham Press, 2000, pp. 124-148.
- "Tras la *collatio* o cómo establecer correctamente el error textual", *La corónica* 30 (2), 2002, pp. 105-180.

- GACTO FERNÁNDEZ, E.; J. A. ALEJANDRE GARCÍA y J. M.^a GARCÍA MARÍN: *El derecho histórico de los pueblos de España*, Madrid, 1982 (1987^a).
- GARCÍA-GALLO, A.: “El Libro de las leyes de Alfonso el Sabio. Del Espéculo a las Partidas”, *AHDE*, XXI-XXII, 1951-1952, pp. 345-528.
- “Nuevas observaciones sobre la obra legislativa de Alfonso X”, *AHDE*, XLVI, 1976, pp. 609-670.
- *Manual de Historia del derecho español*, I-II, Madrid, 1977.
- GARCÍA GOYENA, J.: “La promulgación de las Partidas”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 68, 1886, pp. 141-166.
- GARCÍA Y GARCÍA, A., y R. GONZÁLEZ RUIZ: *Catálogo de los manuscritos jurídicos de la Catedral de Toledo*, Roma-Madrid, 1970.
- GARCÍA Y GARCÍA: “Un nuevo código de la Primera Partida de Alfonso X el Sabio”, *AHDE*, XXXIII, 1963, pp. 267-343.
- “Obras de derecho común medieval en castellano”. *AHDE*, XLI, 1971, pp. 665-686.
- “La canonística ibérica medieval posterior al Decreto de Graciano (III)”, *Repertorio de las ciencias Eclesiásticas en España*, 5, 1976, pp. 360-434.
- “La tradición manuscrita de las Siete Partidas”, en A. PÉREZ MARTÍN ed., *España y Europa, un pasado jurídico común*, Murcia, 1986, pp. 655-699.
- “Las fuentes canónicas de las Partidas”, *Glossae*, 3, 1992, pp. 93-101.
- “El Derecho común en Castilla durante el siglo XIII”, *Glossae*, 5-6, 1993-1994, pp. 45-74.
- GARCÍA Y GARCÍA, A.; F. CANTELAR RODRÍGUEZ y M. NIETO CUMPLIDO: *Catálogo de los manuscritos e incunables de la Catedral de Córdoba*, Biblioteca Salmanticensis, 6, Estudios 5, Salamanca, 1976.
- GAUDENZI, A.: ed., *Guidonis Fabe Summa dictaminis*, en “Il Propugnatore”, 3, 13-14, 1890, pp. 287-338; 3, 16-17 1890, pp. 345-393; 5, 25-26, 1892, pp. 86-129 y 5, 28-29, 1892, pp. 58-109 [reed. Guido Faba, *Dictamina Rhetorica Epistole*, Bologna 1971].
- *Rhetorica novissima*, en *Bibliotheca iuridica medii aevi*, 2, Bologna, 1892 b.
- GIBERT, R.: *360 preguntas y respuestas sobre historia del derecho español. Addenda para el curso primero en la Distancia*, Madrid, 1982.
- GIL FARRÉS, O.: *Historia de la moneda española*, Madrid, 1976.
- GIMÉNEZ Y CARVAJAL, J.: “El Decreto y las Decretales fuentes de la Primera Partida de Alfonso el Sabio”, *Antológica Annua*, II, pp. 239-248.
- “San Raimundo de Peñafort y las Partidas de Alfonso X el Sabio”, *Antologica Annua*, III, 1955, pp. 201-238.
- GIMENO MENÉNDEZ, F.: *Estudio filológico de la versión romance de Privilegios de Alfonso X el Sabio a Alicante guardados en su Archivo municipal*, Alicante, 1971.
- GÓMEZ DE LA SERNA, P.: “El Código de Don Alfonso el Sabio conocido con el nombre de las Siete Partidas. Introducción histórica”, en *Los Códigos españoles concordados y anotados*, II, Madrid, 1848, pp. I-XLVI
- GÓMEZ REDONDO, F.: *Historia de la prosa medieval castellana*, I, Madrid, Cátedra, 1998.
- GONZÁLEZ, J.: *El Repartimiento de Sevilla*, I-II, 1951.

- GONZÁLEZ JIMÉNEZ, M.: ed., *Crónica de Alfonso X*, Murcia, Academia Alfonso X el Sabio, 1998.
- *Alfonso X el Sabio*, Barcelona, Ariel, 2005.
- GONZÁLEZ PALENCIA: *Los mozárabes de Toledo en los siglos XII y XIII*, Madrid, 1926-1930.
- GONZÁLEZ RUIZ, R.: *Libros y hombres de Toledo*, Madrid, Fundación Areces, 1997.
- HERNÁNDEZ, F. J.: *Los cartularios de Toledo*, Madrid, Fundación Areces, 1996.
- *Las rentas del rey*, Madrid, Fundación Areces, 1996.
- HERNÁNDEZ, F. J., y P. LINEHAN: *The morazabic Cardinal. The life and times of Gonzalo Pérez Gudiel*, Florencia, Sismel-Edizioni del Galluzzo, 2004.
- IGLESIA FERREIRÓS, A.: “Las Cortes de Zamora de 1274 y los casos de corte”, *AHDE*, XLI, 1971, pp. 945-971.
- “Fuero Real y Espéculo”, *AHDE*, LII, 1982, pp. 111-191.
- “El privilegio general concedido a las Extremaduras en 1264 por Alfonso X”, *AHDE*, LIII, 1983, pp. 455-521.
- “La labor legislativa de Alfonso X el Sabio”, en A. PÉREZ MARTÍN, ed., *España y Europa, un pasado jurídico común*, Murcia, 1986, pp. 275-599.
- “Una traducción catalana de la Segunda Partida”, *Anuario de estudios medievales* 17, 1987, pp. 265-278.
- *La creación del derecho. Una historia del Derecho español*, Barcelona, 1988.
- “El poder de hacer leyes de Alfonso X”, en *Federico II legislatore del Regno di Sicilia nell’Europa del Duecento*, Messina-Reggio Calabria, 1995, pp. 397-409.
- “Libro de leyes y privilegio”, en *Sevilla, ciudad de privilegios*, Sevilla [separata sin año], pp. 117-175.
- INGUANEZ, D. M., y H. M. WILLARD: eds., *Alberici Casinensis, Flores rhetorici, Miscellanea cassinese* 14, Montecassino, 1938.
- *Inventario de los manuscritos de la Biblioteca Nacional*, XIII, Madrid, 1995.
- JUÁREZ BLANQUER, A., y B. RUBIO FLÓREZ: eds., *Partida segunda de Alfonso X el Sabio (manuscrito 12.794 de la B. N.). Edición y estudio*, Granada, 1991.
- KLEIN, J.: *La Mesta. Estudio de la historia económica española 1273-1836*, Madrid, 1981.
- LARMON PETERSON, J.: “The transmission and reception of Alberic of Montecassino’s *Breviarium de dictamine*”, *Scriptorium*, LVII, 3 (1), 2003, pp. 27-50.
- LAWRENCE, J.: “Nueva luz sobre la biblioteca del conde de Haro”, *Crotalón. Anuario de Filología española*, I, 1984, p. 1103.
- LEPAGE, Y. G.: *Guide de l’édition de textes en ancien français*, Paris, 2001.
- LICITRA, V.: “Il mito di Alberico de Montecassino iniziatore dell’*Ars dictaminis*”, *Studi medievali*, serie 3, núm. 18, 1922, pp. 609-627.
- LLACAYO Y SANTAMARÍA, A.: *Antiguos manuscritos de historia, ciencia y arte militar, medicina y literarios en la Biblioteca del Monasterio de San Lorenzo de El Escorial*, Sevilla, 1878.
- LÖFSTEDT, B.: “Zum *Dictaminis Epithalamium* des Juan Gil de Zamora”, *Habis*, 22, 1991, pp. 383-398.
- LÓPEZ GUTIÉRREZ, A. J.: *La Cancillería de Alfonso X a través de las fuentes legales y la realidad documental* (Microfichas), Universidad de Oviedo, 1999.

- LÓPEZ-IBOR, M.: "El pleito de sucesión en el reinado de Alfonso X", *Revista de Occidente*, Extraordinario 11, 1984, pp. 55-65.
- LÓPEZ ORTIZ, Fray J.: "La colección conocida con el título *Leyes Nuevas*", *AHDE*, XVI, 1945, pp. 5-70.
- LUCAS ÁLVAREZ, M.: "Documentos notariales y documentos en el monasterio de Osera", *Primeras jornadas de Metodología aplicada a las ciencias históricas*, V, Santiago de Compostela, 1975, pp. 223-240.
- MACDONALD, R. A.: "Problemas políticos y derecho alfonsino considerados desde tres puntos de vista", *AHDE*, LIV, 1984, pp. 25-53.
- "El *Espéculo* atribuido a Alfonso X, su edición y problemas que plantea", en A. PÉREZ MARTÍN, ed., *España y Europa, un pasado jurídico común*, Murcia, 1986, pp. 611-653.
- MADERO, M.: *Las verdades de los hechos. Proceso, juez y testimonio en la Castilla del siglo XIII*, Universidad de Salamanca, 2004.
- MALDONADO, J.: "Un manuscrito del *Fuero Viejo*", *AHDE*, XXXII, 1962, pp. 471-481.
- MARAVALL, J. A.: *El concepto de España en la Edad Media*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997⁴.
- *Estudios de historia del pensamiento español. Serie primera*, Madrid, Ediciones cultura hispánica, 2001⁴.
- MARCOS RODRÍGUEZ, F.: "La antigua biblioteca de la Catedral de Salamanca", *Hispania Sacra*, 14, 1961, pp. 281-319.
- MÁRQUEZ VILLANUEVA, F.: *El concepto cultural alfonsí*, Barcelona, Bellaterra, 2004.
- MARTIN, G.: *Les juges de Castille. Mentalités et discours historiques dans l'Espagne médiévale*, Annexes des *CLHM*, Paris, Klincksieck, 1992.
- "Alphonse X ou la science politique (*Septénaire* 1-11)", *CLHM*, 18-19, 1993-1994, pp. 79-100, y *CLHM*, 20, 1995, pp. 7-33.
- "Alphonse X de Castille, roi et empereur", *CLHM*, 23, 2000, pp. 323-348.
- "Datation du *Septénaire*: rappels et nouvelles considérations", *CLCHM*, 24, 2001, pp. 325-342.
- MARTÍNEZ DÍEZ, G.: "Los comienzos de la Recepción del Derecho romano en España y el *Fuero Real*", *Diritto comune e Diritti locale nella storia dell'Europa*, Milán, 1980, pp. 251-262.
- *Fueros locales en el territorio de la provincia de Burgos*, Burgos, 1982.
- MARTÍNEZ MARINA, Fco.: *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla, especialmente el código de las Siete Partidas de don Alonso el Sabio*, I-III, Madrid, 1808 (1832 y 1835). Usamos la edición que se encuentra en F. MARTÍNEZ MARINA, *Obras escogidas*, BAE, Madrid, 1966.
- MARTÍNEZ SALAZAR, A.: "Fragmento de un nuevo código gallego de *Las Partidas*", *Boletín de la Real Academia Gallega*, 3, 31, 1909, pp. 149-158; 32, 1910, pp. 171-179.
- MARTÍN-RETORTILLO Y BÁQUER, S.: "Notas para un estudio de la prueba en la tercera *Partida*", *Argensola* 22, 1955, 101-122.
- MCNAAB, R.: "Innovations and Compilations: Juan Gil de Zamora's *Dictaminis Epithalamium*", *Rhetorica*, 21 (4), 2003, pp. 225-254.

- MENÉNDEZ PIDAL, R.: *Documentos lingüísticos de España. I: Reino de Castilla*, Madrid, 1919.
- *La epopeya castellana a través de la literatura*, Madrid, Espasa-Calpe, 1945.
- *La España del Cid. Obras completas*, t. VI, 1-2, Madrid, Espasa-Calpe, 1947.
- *Crestomatía del español medieval*, 1-2, Madrid, 1965-66.
- *La épica medieval española. Obras completas*, t. XIII, Madrid, Espasa-Calpe, 1992.
- *Historia de la lengua española* (D. Catalán ed.), Madrid, 2005.
- METTMANN, W.: ed., *Alfonso X el Sabio. Cantigas de Santa María*, 3 vols., Madrid, Castalia, 1986, 1988, 1989.
- MINGUIJÓN, S.: "Fuero Real", *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, VIII, 1960, pp. 346-352.
- MOLINA, Á. L.: "Aspectos de la vida cotidiana en *Las Partidas*", *Glossae* 5-6, 1993-1994, pp. 171-185.
- MURPHY, J. J.: *Rhetoric in the Middle Ages*, 1974.
- *Medieval Rhetoric: A Select Bibliography*, Toronto, 1989.
- NÚÑEZ LAGOS, R.: *Documento medieval y Rolandino*, Madrid, 1951.
- O'CALLAGHAN, J. F.: *Las Cortes de Castilla y León 1188-1350*, Valladolid, Ámbito, 1989.
- *El rey Sabio. El reinado de Alfonso X de Castilla*, Universidad de Sevilla, 1999².
- OCHOA SANZ, J.: *Vicentius Hispanus, canonista boloñés del siglo XIII*, Roma-Madrid, CSIC, 1960.
- OVIEDO Y ARCE, E.: "Cuatro fragmentos de distintos códigos gallegos de las *Partidas* de Alfonso el Sabio", *Colección diplomática de Galicia Histórica*, 1, Santiago, 1901, pp. 103-135.
- "Fragmento de un código galaico de las *Partidas* (apógrafo del siglo XIII)", *Boletín de la Real Academia Gallega* 10, 1915, pp. 72-82.
- PALACIOS ALCAINE, A.: ed., *Alfonso X el Sabio, Fuero Real*, Barcelona, 1991.
- PAZ Y MELIÁ, A.: "Códices más notables de la Biblioteca Nacional", *Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos*, 11, 1904, pp. 437-438.
- PENSADO, J. L.: "Tres fragmentos jurídicos galaicoportugueses", *Cuadernos de estudios gallegos*, 29, 1975, pp. 102-129.
- PÉREZ-EMBED, F.: *El almirantazgo de Castilla hasta las capitulaciones de Santa Fe*, Sevilla, 1944.
- PÉREZ LLAMAZARES, J.: *Catálogo de los códigos y documentos de la Real Colegiata de San Isidoro de León*, León, 1923.
- PÉREZ LÓPEZ, J. L.: "Las *Siete Partidas* según el código de los Reyes Católicos de la Biblioteca Nacional de Madrid", *Dicenda. Cuadernos de Filología Hispánica*, 14, 1996, pp. 235-258.
- PÉREZ MARTÍN, A.: "Estudiantes zamoranos en Bolonia", *Studia Zamorensia* 2, 1981 a, pp. 23-66.
- "El Ordo iudiciarius «Ad sumariam notitiam» y sus derivados (I)", *Historia, Instituciones y Documentos*, 8, 1981 b, pp. 195-266 y "El Ordo iudiciarius «Ad sumariam notitiam» y sus derivados (II)", *Historia, Instituciones y Documentos*, 9, 1982, pp. 327-424.
- "El *Fuero Real* y Murcia", *AHDE* LIV, 1984.

- PÉREZ MARTÍN, A.: "El estudio de la recepción del Derecho Común en España", *I Seminario de Historia del Derecho y Derecho privado. Nuevas técnicas de investigación*, Bellaterra, 1985, pp. 241-325.
- "La obra legislativa alfonsina y puesto que en ella ocupan las *Siete Partidas*", *Glossae*, 3, 1992 a, pp. 9-63.
- "Fuentes romanas en las *Partidas*", *Glossae*, 4, 1992 b, pp. 215-246.
- "La obra jurídica de Jacobo de las Leyes: *Las Flores del derecho*", *CLHM*, 22, 1998-1999, pp. 247-270.
- *El derecho procesal del «Ius Commune» en España*, Universidad de Murcia, 1999.
- "La Institución Real en el «Ius Commune» y en las *Partidas*", *CLHM*, 23, 2000, pp. 305-321.
- PÉREZ-PRENDES, J. M.: "Las leyes de los Adelantados Mayores", *Hidalguía*, 51, 1962, pp. 1-22.
- "Las leyes de Alfonso el Sabio", *Revista de Occidente*, Extraordinario 11, 1984, pp. 67-84.
- *Historia del Derecho español*, I-II, Universidad Complutense de Madrid, 2004.
- "El trabajo de un legislador cortesano: Alonso Díaz de Montalvo", *Torre de los Lujanes: Boletín de la Real Sociedad Económica Matritense de Amigos del País*, 2005, pp. 119-134.
- PÉREZ PRIEGO, M. Á.: *La edición de textos*, Madrid, Síntesis, 1997.
- PERONA, J.: "Lenguas, traducción y definición en el *Scriptorium* de Alfonso X", *CLHM*, 14-15, 1989-1990, pp. 247-276.
- PIMENTA, A.: *Fuero Real de Alfonso o Sabio, Versão portuguesa do século XIII, publicada e comentada*, Lisboa, 1946.
- PROCTER, E. S.: *Curia y Cortes en León y Castilla 1072-1295*, Madrid, Cátedra, 1988 [traducción española de *Curia and Cortes in Leon and Castile 1072-1295*, Cambridge University Press, 1980].
- *Alfonso X de Castilla, patrono de las letras y del saber*, Murcia, 2002 [traducción española de *Alfonso X of Castile, Patron of the Literature and Learning*, Oxford, Clarendon Press, 1951].
- RÁBADE OBRADÓ, M.^a del P.: *Las universidades en la Edad Media*, Madrid, 1996.
- RAMOS BOSSINI, F.: *Primera Partida de Alfonso X el Sabio* (Ms. HC 397/573, de la Hispanic Society, New York), Granada, 1984.
- REY, A.: *Castigos e documentos para vivir bien ordenados por el rey don Sancho IV*, Boomington, Indiana, 1952.
- REYNOLDS, R.: *An Edition of a Portion of the "Livro primeyro das Partidas de Castella"*, Universidad de North Carolina, 1967.
- RICO, F.: *Alfonso el Sabio y la "General Estoria"*, Barcelona, Ariel, 1984².
- RIESCO TERRERO, Á.: *Introducción a la paleografía y la Diplomática general*, Madrid, 2000.
- ROBLES, A.: "Manuscritos del Archivo del Real Convento de Valencia", *Escritos del Vedat*, 14, 1984, pp. 400-401.
- ROCKINGER, H.: *Briefsteller und Formelbücher des elften bis vierzehnten Jahrhunderts*, I-II, Munich, 1863-1864.

- RUBIO MORENO, L. M.^a: *Contribución al estudio de las definiciones léxicas de "Las Partidas" de Alfonso X el Sabio*. Leyes de Alfonso X, III, Fundación Sánchez Albornoz, Ávila, 1991.
- RUIZ GARCÍA, E.: *Introducción a la codicología*, Madrid, Fundación Germán Rui-pérez, 2002.
- SABATINO PÉREZ, R.: "Entre el Medioevo y el Renacimiento. Alfonso X y Federico II", *Revista de Occidente*, Extraordinario 11, 1984, pp. 7-14.
- SALVADOR MARTÍNEZ, H.: *Alfonso X, el Sabio. Una biografía*, Madrid, Polifemo, 2003.
- SÁNCHEZ, G.: "Para la redacción del antiguo derecho territorial castellano", *ADHE*, VI, 1929, pp. 260-328.
- SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J.: "La obra legislativa de Alfonso X el Sabio. Historia de una polémica", en J. MONTROYA MARTÍNEZ y A. DOMÍNGUEZ RODRÍGUEZ, coords., *El scriptorium alfonsí: de los libros de astrología a las "Cantigas de Santa María"*, Madrid, 1999.
- ed., *Las Siete Partidas (El Libro del Fuero de las Leyes)*, Madrid, Ed. Reus, 2004.
- SÁNCHEZ-PRIETO, P.: *Cómo editar los textos medievales. Criterios para su presentación gráfica*, Madrid, Arco Libros, 1998.
- SAVIGNY, F. C.: *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, V, 1850 [1961].
- SCHMALE, F. J.: ed., *Adalbertus Samaritanus, Praecepta dictaminum*, Nachdruck, 1961.
- SIMÓN DÍAZ, J.: *Bibliografía de la literatura hispánica*, 3 (1-2), Madrid, 1963².
- SUTTER, C.: ed., *Palma*, en *Aus Leben und Schriften des Magister Boncompagno*, Freiburg im Breisgau, 1894.
- TENORIO Y CEREZO, N.: *El Concejo de Sevilla. Estudio de la organización político-social desde su reconquista hasta el reinado de D. Alfonso XI (1248-1312)*, Sevilla, 1901.
- TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Manual de historia del derecho español*, Madrid, Tecnos, 1997.
- TORRES FONTES, J.: "Murcia y las *Partidas*", *AHDE*, XXXIV, 1964, pp. 531-545.
- TORRES SANZ, D.: *La administración central castellana en la Baja Edad Media*, Valladolid, 1982.
- UBIETO ARTETA, A.: *Colección diplomática de Cuéllar*, Segovia, Diputación Provincial, 1961.
- ULLMANN, W.: *Historia del pensamiento político en la Edad Media*, Barcelona, Ariel, 1983.
- VALDEÓN BARUQUE, J.: "Alfonso X el Sabio: semblanza de su reinado", *Revista de Occidente*, Extraordinario 11, 1984, pp. 15-28.
- "La Mesta y el pastoreo en Castilla en la Baja Edad Media (1273-1474)", en G. ANES ÁLVAREZ, coord., *Mesta, trashumancia y vida pastoril*, 1994, pp. 49-66.
- *Alfonso X el Sabio. La forja de la España moderna*, Madrid, 2003.
- VALLEJO, J.: "La regulación del proceso en el *Fuero Real*", *AHDE*, LV, 1985, pp. 495-703.
- VICENTE VELA, V., y R. NÚÑEZ LAGOS: eds., *Rolandino Passaggeri, Aurora. Con las adiciones de Pedro de Unzola*, Ilustre Colegio Notarial de Madrid, 1950.

- WAHRMUND, L.: ed., *Die Summa Libellorum des Bernardus Dorna*, L. Wahrmund, ed., Neudruk der Ausgabe Basel, 1905 [Scientia Verlag Aalen, 1962].
- *Das Formularium des Martinus de Fano*, Neudruk der Ausgabe Basel, 1906 [Aalen, Scientia Verlag, 1962].
- *Die Summa Aurea des Wilhelmus de Drokedda*, Neudruk der Ausgabe Basel, 1914 [Aalen, Scientia Verlag, 1962].
- *Der Ordo iudiciarius des Aegidius de Fuscarariis*, Neudruk der Ausgabe Basel, 1916 [Scientia Verlag Aalen, 1962].
- *Die Ars Notariae des Rainerius Perusinus*, Neudruk der Ausgabe Basel, 1917 [Aalen, Scientia Verlag, 1962].
- WITT, R.: "Boncompagno and the Defense of Rhetoric", *The Journal of Medieval and Renaissance Studies*, 16, 1986, pp. 1-32.
- ZARCO CUEVAS, J.: *Catálogo de los manuscritos castellanos de la Real Biblioteca de El Escorial*, 1-2, Madrid, 1924-1926; 3, El Escorial, 1929.
- ZURITA, R.: "Los títulos de las *Siete Partidas* y el *Corpus Iuris Civilis*", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 9, Alfonso X el Sabio, VII Centenario, 1985, pp. 129-155.

V. Abreviaturas

AA	= <i>Antológica Annua</i> .
ABCT	= Archivo y Biblioteca Capitulares de la Catedral de Toledo.
AHDE	= <i>Anuario de Historia del Derecho Español</i> .
ANTT	= Arquivo Nacional da Torre do Tombo.
BA	= <i>Bracara Augusta</i> .
BAC	= Biblioteca de Autores Cristianos.
BAE	= Biblioteca de Autores Españoles.
BNM	= Biblioteca Nacional de Madrid.
BOOST	= <i>Bibliography Of Old Spanish Texts</i> (Literary Texts, Edition-2). Comp. by Antonio Cárdenas, J. Gilkison, J. Nitti, E. Anderson, Bibliographical Series n. 1; Madison, Wis., 1977.
CARLYC	= Cortes de los Antiguos Reinos de León y Castilla.
CLCHM	= <i>Cahiers de linguistique et civilisation hispaniques médiévales</i> .
CLHM	= <i>Cahiers de linguistique hispanique médiévale</i> .
CPPV	= Convento de Padres Predicadores de Valencia.
Glossae	= <i>Glossae. Revista de Historia de Derecho Europeo</i> .
HDNE	= J. Bono, <i>Historia del Derecho Notarial Español</i> , I-II, Madrid, 1979.
HS	= <i>Hispania Sacra</i> .
HSA	= Hispanic Society of America de Nueva York.
Inventario	= <i>Inventario de los manuscritos de la Biblioteca Nacional</i> .
MHE	= <i>Memorial Histórico Español</i> .
NEJS	= <i>Nueva Enciclopedia Jurídica Seix</i> .
RABM	= <i>Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos</i> .
RAH	= Real Academia de la Historia.
RBME	= Real Biblioteca del Monasterio de El Escorial.
RCSI	= Real Colegiata de San Isidoro de León.
ROc	= <i>Revista de Occidente</i> .
Zarco	= J. Zarco Cuevas, <i>Catálogo de los manuscritos castellanos de la Real Biblioteca de El Escorial</i> , 1-3, Madrid, 1924, 1926 y El Escorial, 1929.

LA NUEVA PÓLIZA INTERVENIDA (*)

ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS

*Académico de Número de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación.
Notario Honorario*

SUMARIO: 1. Introducción. **I. LA LEY DE CIRCULACIÓN DE LA PÓLIZA.** 2. El original, documento de archivo. 3. La duplicidad de archivos. 4. La obligación de custodia del notario. 5. Los traslados del original archivado. 6. Los traslados con efectos ejecutivos. **II. LA PRESENCIA DEL NOTARIO.** 7. Introducción. 8. El Derecho anterior. 9. Derecho vigente. **III. LA UNIDAD DE ACTO.** 10. Introducción. 11. Concepto de unidad de acto formal. 12. El Derecho anterior. 13. Derecho vigente. **IV. LA NUEVA PÓLIZA INTERVENIDA, DOCUMENTO PÚBLICO.** 14. Instrumento *sui generis*. 15. Póliza e intervención. 16. La póliza intervenida: concepciones dualista y monista. **V. LA INTERVENCIÓN, AUTORIZACIÓN LIMITADA.** 17. Introducción. 18. Carácter complejo de la póliza intervenida. 19. La fase de preparación. 20. La intervención. 21. Autorización e intervención. **VI. LAS PÓLIZAS ESPECIALES.** 22. Por la ley de circulación. 23. Por la presencia del notario. 24. Por la abreviación de la fase de preparación. **VII. REFERENCIA AL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS PÓLIZAS.**

(*) Comunicación efectuada el 10 de diciembre de 2007 al Pleno de Académicos de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

1. Introducción. La Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden social, al integrar a notarios y corredores de comercio colegiados en un Cuerpo único de notarios dependiente del Ministerio de Justicia, dispuso como régimen transitorio: “El ejercicio de las funciones de los miembros del Cuerpo único de notarios se ajustará a las normas vigentes aplicables a las distintas formas de documentación hasta la aprobación de las normas reglamentarias previstas en la presente disposición” (DA 24, 2.A); y facultó al Gobierno, a propuesta conjunta de los Ministerios de Justicia y Economía y Hacienda, para dictar las normas reglamentarias de desarrollo, entre otros extremos, “en materia de forma de documentación” (núm. 4).

En su virtud, el Real Decreto 1643/2000, de 22 de septiembre, bajo la rúbrica de “Forma de documentación de las actuaciones notariales”, ordenó: “A partir del 1 de octubre de 2000, además de las actuaciones y formas de documentación previstas en la vigente legislación notarial, corresponderán también a todos los Notarios las permitidas por la legislación hasta ahora aplicable a los Corredores de Comercio Colegiados” (art. 1.1).

Las pólizas intervenidas, a que se concreta la presente comunicación, seguían, pues, reguladas por el “Reglamento para el régimen interior de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, de su Consejo General y regulando el cargo de Corredor Colegiado de Comercio” aprobado por Decreto de 27 de mayo de 1959 con sus modificaciones (1), entre las que destaca la efectuada por el Real Decreto 1251/1997, de 24 de julio, desarrollado en algunos aspectos por la Orden Ministerial de 28 de mayo de 1998, disposiciones ambas que, llevadas por una dirección doctrinal, habían impulsado un cierto proceso de aproximación de la póliza a la escritura pública, al que comenzó a dar el debido rango normativo el artículo 17 bis, introducido en la Ley del Notariado por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre.

Pero la reforma sustancial del sistema se llevó a cabo por el artículo 17 de la Ley del Notariado, en la redacción dada por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, artículo 6.º, seguida por la reforma del Reglamento Notarial por Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, especialmente en sus artículos 144.1 y 3, 145, 147.4, 150.3, 154.1 y 197 a 197 *sexiens*.

Estas disposiciones de 2006 y 2007 han conformado la “nueva” póliza intervenida, objeto de este estudio, aunque con frecuencia y para comprenderla tengamos necesariamente que acudir al Derecho anterior. La

(1) Conf. mi conferencia “Naturaleza documental de la póliza intervenida”, pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 27-10-1994 –antes de la reforma– y publicada en sus *Anales*, XXXV, pp. 7-89; *La Ley*, núms. 3736 y 3737, 14 y 15 de marzo de 1995, pp. 1-8 y 1-10; *Escritos Jurídicos*, VI, pp. 329-93.

recepción notarial de las pólizas ha supuesto un incremento de aquella aproximación a la escritura pública, en la que quizá se haya ido demasiado lejos; de aquí las numerosas remisiones reglamentarias, especialmente la del artículo 197 *quinquies*.1 del Reglamento, que como regla general declara aplicables a las pólizas intervenidas las disposiciones contenidas en las secciones 1.^a y 2.^a del Reglamento Notarial sobre los instrumentos públicos.

I. LA LEY DE CIRCULACIÓN DE LA PÓLIZA

2. El original, documento de archivo. El artículo 17.1.6 de la Ley del Notariado, redacción de la Ley de 36/2006, dispone: “El Notario conservará en su Libro-Registro o en su protocolo ordinario el original de la póliza, en los términos que reglamentariamente se disponga”.

Con estas sencillas palabras ha quedado invertida la ley de circulación de la póliza. La póliza era, desde siempre, un documento que circulaba original, en el tráfico y en el proceso, y ahora la póliza original es un documento de archivo, un documento que el notario que la ha intervenido conserva bajo su custodia, de manera que en el tráfico sólo circulan sus traslados auténticos.

Esta trascendental novedad incrementa la seguridad jurídica derivada de la póliza intervenida mediante el añadido de la llamada seguridad “protocolar”. Se trata, desde luego, de una seguridad importante, porque la pérdida del traslado auténtico de la póliza intervenida será ahora fácilmente remediada con la expedición de un nuevo traslado auténtico, y su deterioro o falsificación podrán ser detectados con la misma facilidad mediante su cotejo con el original archivado.

Tales eventualidades supusieron seculares obstáculos en el desarrollo de los documentos; los títulos “*De fide instrumentorum*” del Digesto (22.4) y del Código de Justiniano (4.21) llevan a sus mismas rúbricas el tema la pérdida de los instrumentos, “*et amissione eorum*”, al que el Código dedica numerosas leyes; por otra parte, el *Edictum Divi Hadriani* (CJ, 6.33.3) ordenó la presentación del testamento “*prima figura, sine omni vituperatione*”, y los borrados, tachaduras y añadidos en el mismo son objeto de otro título del Digesto, “*De his quae in testamento delentur, inducuntur vel inscribuntur*” (D, 28.4); la Ley *Contractus* de Justiniano (4.21.17) exigió por su parte que todo instrumento estuviese “*mundum*”, limpio, precepto desarrollado especialmente por los capítulos “*Ex litteris*” e “*Inter Dilectos*” del título “*De fide instrumentorum*” de las Decretales (X, 2.22.3 y 6).

Estas situaciones acabaron encontrando solución completa para los instrumentos públicos con la creación del protocolo notarial, pero el sistema no podía aplicarse a las pólizas intervenidas por su circulación en original;

de aquí que, para reconocerlas eficacia ejecutiva, las pólizas intervenidas tuvieran que ir acompañadas, como veremos, de aquella certificación de conformidad del artículo 517.1.5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que hoy ha de entenderse eliminada.

La innovación, sin embargo, no parece que haya sido suficientemente meditada, porque la circulación de la póliza original respondía a la especial rapidez de los negocios exigida en ciertos sectores del tráfico, sin que el sistema anterior hubiera causado en la práctica especiales dificultades; muchas menos podrían causarla con la actual posibilidad de expedición diferida, a petición del ejecutante, de la copia o testimonio que constituyan el título ejecutivo (RN, arts. 233 y 250.4.5.^a). Recordemos que, en dirección contraria, y por razones de rapidez y costos (encuadernación, conservación, etc.), se viene propugnando la introducción en nuestro Derecho de la circulación del original de la escritura pública en supuestos muy excepcionales; es la autorización *en brevet* del Derecho francés, e *in brevetto* del Derecho italiano, también conocida en el Derecho alemán.

3. La duplicidad de archivos. Del mismo artículo 17.1.6 de la Ley resulta la coexistencia de dos distintos archivos notariales para las pólizas intervenidas: el libro-registro y el protocolo. Según el Reglamento, “se presume que las pólizas se incorporan al Libro-Registro [Sección A], salvo que el Notario comunique al Colegio Notarial que opta por incorporarlas al protocolo. Dicha comunicación deberá realizarse en el mes de diciembre, para la totalidad del año inmediato posterior, no pudiendo ser modificada durante éste” (art. 283.1).

El mismo precepto reglamentario aproxima constantemente el libro-registro al protocolo: “Las condiciones de confección, llevanza y conservación del Libro-Registro serán las mismas establecidas para el protocolo, en cuanto no se opongan a la naturaleza y requisitos de los documentos incorporados” (par. 2). “El contenido del libro-registro no podrá ser revelado por el notario, salvo en los mismos supuestos que el protocolo” (par. 4). “En todo lo no regulado en este artículo, será de aplicación al Libro-Registro las normas establecidas sobre los aspectos materiales del Protocolo ordinario, incluidas las relativas a la confección y remisión de índices, en cuanto lo permita su respectiva naturaleza” (par. 14).

Esta duplicidad de archivos notariales me parece criticable por originar repeticiones y lagunas; por la distinta naturaleza y requisitos de las pólizas intervenidas en que el artículo 283 insiste (conf. párs. 2 y 14); y, sobre todo, por fomentar una excesiva aproximación entre protocolo y libro-registro, y por tanto entre escritura pública y póliza intervenida. La incorporación, en mi opinión, debería hacerse siempre en el libro-registro, ya que las pólizas no son documentos protocolares aunque estén incorpora-

das al protocolo. Las dificultades que pudieran presentarse en notarías con escaso número de intervenciones de pólizas podrían haberse resuelto de distintas maneras.

Otras críticas pueden apuntarse. La denominación oficial completa de este archivo específico, “Libro-Registro de Operaciones” (RN, art. 197.2) o “Libro-Registro de Operaciones Mercantiles” (RN, art. 183, 1, 8 y 13) es inadecuada; porque los notarios intervienen documentos, no intervienen “operaciones”, aunque también lo diga la Ley (art. 17.9, *fine*), como arrastre histórico de los tiempos en que los corredores de comercio eran al mismo tiempo comerciantes; y la separación como meras Secciones, A y B, de un mismo Registro, de lo que en realidad son dos Registros distintos, de diversa naturaleza, porque en la Sección A se archivan documentos originales, mientras que en la Sección B solamente se asientan algunos datos de esos documentos originales, que se devuelven a los interesados; por lo que la denominación de “Registro”, de *res gestae*, cosas hechas, únicamente conviene a la Sección B.

4. La obligación de custodia del notario. El cambio de sistema da lugar a la consiguiente obligación de custodia del original de la póliza por parte del notario desde el momento de la intervención, o de la primera intervención si en una misma corporalidad documental se contuvieren varias intervenciones: “La incorporación al protocolo o al libro-registro se produce con la primera intervención del notario” (art. 197 ter.2, *in fine*).

El Reglamento contiene una disposición común a los dos archivos, protocolo y libro-registro: “Se prohíbe que el notario se desprenda [el *se des-saisir* de los textos franceses] del original de la póliza, salvo los supuestos legalmente previstos” (art. 197.2, *in fine*); y además una disposición especial para las pólizas incorporadas al libro-registro, quizá conveniente por la novedad del supuesto: “El notario custodiará en su oficina, bajo su responsabilidad, su libro-registro, debiendo realizarse precisamente en dicha oficina, los cotejos procedentes con los mismos requisitos que se establecen para el cotejo de protocolo” (art. 283.5).

En ambos casos resulta pues aplicable el artículo 32 de la Ley del Notariado, que prohíbe la extracción del libro protocolo –y ahora también del libro-registro– del edificio en que se custodia “ni aun por decreto judicial ni orden superior”, es decir, ni por mandamiento judicial ni por disposición administrativa, sea del Colegio Notarial respectivo, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, o del Ministro de Justicia; y sólo permite la extracción de la matriz aislada –y ahora también del original aislado de una póliza– contra la que “aparezcan indicios o méritos bastantes para considerarla cuerpo de un delito”.

5. Los traslados del original archivado. Los documentos que circulan, tanto en el tráfico como en el proceso, son pues los traslados auténticos del original archivado, que la Ley y el Reglamento denominan “copias” si forman parte del protocolo y “testimonios” si obran en el Libro-Registro; han desaparecido, pues, las “certificaciones de asientos”. Estos traslados auténticos de las pólizas originales intervenidas no son supuestos de intervención, pues “el notario sólo intervendrá el original de la póliza” (RN, art. 197.2, pr.); constituyen géneros documentales distintos de la intervención “copias o testimonios”, que se subrogan en la eficacia de la póliza intervenida, como consecuencia necesaria del sistema de archivo del original.

Respecto a los documentos protocolizados, el Reglamento conserva la dicción tradicional: “Se consideran escrituras públicas, además de la matriz, las copias de esta misma expedidas con las formalidades de derecho”; y añade: “Igualmente, tendrán el mismo valor [que la póliza original] las copias de pólizas incorporadas al protocolo” (art. 221.1). Y en cuanto a los documentos incorporados al Libro-Registro, dice: “Sin perjuicio de sus efectos prevenidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, el testimonio del Libro-Registro relativo a la incorporación de un documento intervenido, tendrá el mismo valor y eficacia que éste, salvo que las leyes dispongan otra cosa” (art. 250.6).

También son posibles, claro es, traslados simples, a efectos meramente informativos, conforme al artículo 197.13 del Reglamento: “Intervenida e incorporada la póliza al protocolo o al libro-registro de operaciones, el notario podrá expedir traslados de la misma con solos efectos informativos, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 224 de este Reglamento respecto de las copias simples”, esto es, solamente a petición de persona con derecho a copia o testimonio autorizado.

6. Los traslados con efectos ejecutivos. Ese artículo 250.6 del Reglamento deja a salvo, como es obvio, los efectos prevenidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, actualmente Ley 1/2000, de 7 de enero, porque no todas las pólizas intervenidas producen efectos ejecutivos.

En la situación anterior, el título ejecutivo era el original mismo de la póliza, si bien acompañado de certificación del corredor, luego notario, de su conformidad con el respectivo asiento del Libro-Registro, porque estando la póliza en poder del acreedor había que garantizar que no había sido alterada; la LEC 1/2000 dispone, en efecto, que tendrán aparejada ejecución “las pólizas de contratos mercantiles firmadas por las partes y por corredor de comercio colegiado –hoy notario– que las intervenga, con tal que se acompañe certificación en la que dicho corredor acredite la con-

formidad de la póliza con los asientos de su libro-registro y la fecha de éstos” (art. 517.2.5.º).

Las cosas tenían necesariamente que cambiar, porque la póliza original ha quedado archivada en la notaría bajo la custodia del notario y no se puede desglosar del protocolo o del libro-registro a que se ha incorporado. “A los efectos de lo dispuesto en el artículo 517.2.5.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil –dispone ahora el art. 17.2.7 de la Ley del Notariado–, se considerará título ejecutivo el testimonio expedido por el Notario del original de la póliza debidamente conservada en su Libro-Registro o la copia autorizada de la misma, acompañada de la certificación a que se refiere el artículo 572.2 de la citada Ley”. La norma de la LEC no ha sido alterada en su texto, pero ha resultado seriamente afectada por la modificación de la Ley del Notariado; el ejecutante no podrá ya presentar en el Juzgado el original de la póliza que haya sido intervenida con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma notarial de 2006, porque la póliza original quedó en poder y bajo la custodia del notario; tiene que presentar lo que únicamente puede presentar, un traslado auténtico de esa póliza original, sea copia o testimonio, según esté incorporada al protocolo o al libro-registro.

Y ya no habrá certificación de conformidad porque la póliza original no ha estado nunca en poder del acreedor, sino en el del notario, y es suficiente el pie de expedición de la copia o del testimonio. Así lo debiera haber advertido la Ley, pero su silencio es suplido por el Reglamento, artículo 250.1, pr.: “A los efectos de lo dispuesto en el artículo 517.2.5.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se considera título ejecutivo el testimonio expedido por el notario del original de la póliza debidamente conservada en su Libro-Registro”; y con mayor perfección, para el caso de que la póliza forme parte del protocolo, artículo 241.4, pr.: “Cuando se trate de copias autorizadas de pólizas expedidas al efecto de su ejecución, ... se hará constar al pie que las mismas coinciden exactamente con el original, entendiéndose así cumplido el requisito de conformidad de la póliza a que hace referencia el artículo 517.2.5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

La certificación que, en su caso, subsiste, y que no tenía por qué ser mencionada aquí, la del artículo 572.2 LEC, es la certificación de liquidación del saldo resultante de las operaciones practicadas, según añaden los mismos artículos reglamentarios: “acompañada, si así se hubiera pactado, de la certificación a que se refiere el artículo 572.2 de dicha Ley de Enjuiciamiento Civil” (RN, art. 250.1, *in fine*, referente a los testimonios de las pólizas incorporadas al libro-registro); “todo ello sin perjuicio de acompañar, si así se hubiera pactado, la certificación a que se refiere el artícu-

lo 572.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil” (RN, art. 241.4, *in fine*, referido a las copias de las pólizas archivadas en el protocolo). Este documento fehaciente de liquidación está actualmente regulado en los artículos 218 y 219 del Reglamento Notarial, que evidentemente quedan fuera de nuestra exposición.

Y al ser esencial asegurar el carácter único del título ejecutivo para evitar una pluralidad de ejecuciones por una misma deuda, el artículo 250.4 del Reglamento dispone: “En todo testimonio de póliza y, en su caso, de asiento del Libro-Registro se hará constar: ... 5.º Su finalidad o no ejecutiva. Si se solicitara con efecto ejecutivo se hará constar en la póliza mediante nota y, asimismo, en el testimonio que dicho interesado no ha solicitado otro con tal carácter”. De la misma manera hay que proceder cuando la póliza intervenida esté archivada en el protocolo.

II. LA PRESENCIA DEL NOTARIO

7. Introducción. Aunque parezca que la reforma no ha afectado a esta trascendente cuestión, voy a referirme a continuación a la presencia del notario en el acto de la firma de la póliza por los otorgantes, porque la exigencia o inexistencia institucional de esa presencia es un dato esencial para determinar la naturaleza documental de la póliza intervenida, tema que especialmente me interesa tratar en esta Comunicación. Me he referido a la “presencia institucional”, porque el hecho de que el fedatario esté presente sin que legalmente le sea exigible, o incluso de que tenga una mera obligación de presenciar, no incidiría en la naturaleza documental de la póliza intervenida, originando en el segundo caso solamente una responsabilidad disciplinaria.

Sin embargo, el artículo 17 de la Ley del Notariado, reforma de 2006, no trata de esta cuestión en los tres párrafos, 5, 6 y 7, que dedica a las pólizas intervenidas y su Libro-Registro; no exige expresa y terminantemente la presencia notarial. Esta omisión constituye un grave defecto de la Ley que ha intentado salvar el Reglamento, reforma de 2007, en el artículo 197 bis.1: “Las pólizas objeto de intervención deberán suscribirse en presencia del notario”; insuficiencia de rango normativo y, además, mera obligación, “deberán”.

No debería hacer falta aclarar en qué consiste esa presencia notarial, ni tampoco calificarla redundantemente de “física” como a menudo se hace, como si pudiera haber una presencia que no fuera física; “presencia”, según el DRAE, es la “asistencia personal o estado de la persona que se halla delante de otra u otras”. Pero hay que dejar claro que queda totalmente rechazada la categoría, defendida, entre otros, para la antigua

póliza intervenida de los corredores, por DOMINGO (2), de la “*intervención directa y mediata*” en la que, con contradicción en los términos, “sin estar el fedatario mercantil físicamente presente en el momento de otorgar el documento, el principio de presencia... se cumple a través de la presencia en dicho acto de un dependiente cualificado del Agente colegiado, especialmente habilitado ante la superioridad” (3), esto es, a través de la ausencia del corredor; ni puede, en fin, entenderse la presencia “con la flexibilidad que propugnamos de la colaboración de los apoderados del Agente mediador”, según quería SAMPER (4); porque la presencia es un hecho –se está presente o no se está presente– en el que no caben flexibilizaciones. “Se trata, en suma –insistía también CANO RICO (5)–, del cumplimiento del requisito de presencia física y aseguramiento que impone la fe pública, pero aplicado a los condicionantes del tráfico mercantil. Se sustituye un concepto formal, vetusto y decimonónico, por uno moderno y actual que no traiga nuevas trabas a la agilidad necesaria de la contratación mercantil”. Todas estas actuaciones serían hoy “infracciones muy graves”, conforme a la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, sobre el régimen disciplinario de los notarios: “La actuación del Notario sin observar las formas y reglas de la presencia física” (art. 43.2.A.d).

8. El Derecho anterior. La legislación “notarial” anterior a la integración nada podía decir al respecto, puesto que la intervención de la póliza no era competencia de los notarios, sino exclusiva de los corredores de comercio colegiados. La legislación de los corredores había sufrido unos conocidos vaivenes a lo largo de los siglos XIX y XX, que me limito a resumir.

El Código de Comercio de 1829 exigió esa presencia como obligación del corredor: “Tiene el corredor obligación de hallarse presente al firmarlas los contratantes” (art. 98). El actual Código de Comercio de 1885 sólo la exige de manera expresa al tratar del contrato de fletamento, pero lo hace ya como requisito de la dación de fe pública: “Las pólizas del fletamento contratado con intervención del corredor que certifique la autenticidad de las firmas por haberse puesto en su presencia, harán prueba ple-

(2) DOMINGO GONZÁLEZ, Vicente: *La fe pública de los Agentes de Cambio y Bolsa y de los Corredores de Comercio Colegiados*, Gerona, 1976, pp. 640 + XVI; conf. pp. 167-80.

(3) DOMINGO GONZÁLEZ: *op. cit.* en nota anterior, p. 172.

(4) SAMPER REIG, José: “Aspectos prácticos de la prestación de la fe pública mercantil: su problemática y posibles soluciones”, II Seminario de Estudios sobre la Fe Pública Mercantil, 1975, pp. 151-206; las palabras citadas en la p. 193.

(5) CANO RICO, José Ramón: *Mediación, fe pública mercantil y Derecho bursátil*, colaboradores, Jorge CANO RICO y Jesús IBÁÑEZ CALOMARDE, Madrid, Tecnos, 1982, pp. 508; las palabras citadas en p. 54, nota 40.

na en juicio...” (art. 654.1); norma tan específica parece que debía entenderse como mero residuo del sistema anterior o como excepción al nuevo sistema de inexistencia de la presencia del corredor instaurado por el fundamental artículo 95 del Código de Comercio: “Será obligación de los Agentes colegiados: 1.º Asegurarse de la identidad y capacidad legal para contratar de las personas en cuyos negocios intervengan, y, en su caso, de la legitimidad de las firmas de los contratantes”; sin imponer la presencia del agente como medio imprescindible de asegurarse de tales extremos. Los Reglamentos de corredores de 1923 y de 1959 –el intermedio, de 1929, nada disponía sobre la materia– se decidieron en su artículo 33 por la necesidad de la presencia, el de 1923 como obligación del corredor –“están obligados a presenciar”– para lo que tenía competencia, y el de 1959 como requisito del otorgamiento y firma de la póliza –“siempre en presencia del Corredor”–, lo que claramente excedía de una norma reglamentaria.

Las dificultades y problemas que originaba la necesidad de la presencia del corredor, sobre todo ante la recuperación económica del país, y la acertada interpretación del Código de Comercio que he adelantado, fueron expuestas por la doctrina, en la que destaca la ponencia de Rodrigo URÍA, “Consideraciones sobre la fe pública mercantil”, 1967 (6); el Decreto 3110/1968, de 5 de diciembre, convencido sin duda por la argumentación de URÍA, modifica, entre otros, el artículo 33 del Reglamento de Corredores de 1959, suprimiendo el inciso “siempre en presencia del Corredor” que imponía esa exigencia, y durante mucho tiempo ésta fue la posición casi unánime de la doctrina mercantilista.

Vino, sin embargo, la política de los corredores de aproximación a los notarios; y vinieron una serie de sentencias que negaban la ejecución en base de una póliza en cuya firma no había estado presente el corredor; y por Real Decreto 1251/1997, de 24 de julio, el artículo 33 del Reglamento de Corredores se inicia con estas palabras: “Los contratos objeto de intervención deberán suscribirse en presencia de corredor de comercio”.

9. Derecho vigente. El artículo 197 bis.1 del Reglamento Notarial, reforma de 2007, se limita como vimos a parafrasear estas palabras del Reglamento de corredores: “Las pólizas objeto de intervención deberán suscribirse en presencia del notario”, y a añadir en el párrafo 3: “Mientras no se haga constar otra cosa, se entenderá que la firma ha sido puesta en presencia del notario, en el mismo lugar y en la misma fecha de la intervención”.

(6) URÍA GONZÁLEZ, Rodrigo: “Consideraciones sobre la Fe Pública Mercantil”, pp. 121-152 del “Coloquio de Derecho Bursátil - diciembre 1967”, Universidad de Bilbao, 1970.

Ahora bien, el Reglamento Notarial, lo mismo que decíamos respecto del Reglamento de Corredores, no es competente para imponer la presencia, ahora del notario, como requisito de validez de la intervención; quizá por ello ambos la establecen como mera obligación del mismo. Parece, pues, ante el silencio del artículo 17 de la Ley y el texto del artículo 197 bis.1 del Reglamento, que las cosas no han variado con la reforma de la legislación notarial 2006-2007. Hay, sin embargo, una diferencia fundamental; ahora la legislación notarial es la competente para regular la póliza intervenida y, por tanto, resulta inexcusable, no sólo como principio, sino también como norma con rango de Ley (conf. LN, arts. 25.3, lectura, y 20, testigos instrumentales), la exigencia de la inmediación, de la presencia del notario, a las personas y sus actos objeto de la documentación notarial, incluida la póliza, como requisito necesario para que pueda dar fe de la veracidad y legalidad fundamentos del sistema (7); “la realidad principal del instrumento –escribió NÚÑEZ-LAGOS– es el hecho de la presencia física de la persona ante el Notario” (8); mucho antes había escrito BALDO que el tabelión no podía confeccionar documentos sobre cosas pasadas, “*de praeteritis*” (9). En consonancia con estas ideas, la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, al regular el régimen disciplinario de los notarios, considera infracción muy grave, según ya hemos dicho, “la actuación del Notario sin observar las formas y las reglas de la presencia física” (art. 43.Dos.2.A.d).

III. LA UNIDAD DE ACTO

10. Introducción. La presencia institucional del notario no es, sin embargo, suficiente para que el documento produzca todos los efectos que se pretenden de él, porque la inmediación del notario a las cosas y a las personas y sus actos a que se refiere su actuación es un *prius* lógico para que el documento resultante pueda calificarse de notarial, pero se trata de un requisito de alcance general, con muy pocas excepciones, que puede exigirse con variadas finalidades y efectos, dando así lugar a los diversos géneros documentales, en todos los cuales la inmediación se cum-

(7) Conf. mis artículos en *El Notario del Siglo XXI*: “El principio de veracidad” (núm. 9, sep.-oct. 2006, pp. 26-28); “El principio de inmediación” (núm. 10, nov.-dic. 2006, pp. 36-38); “*De visis et auditis suis sensibus*” (núm. 11, ene.-feb. 2007, pp. 12-14); y “El principio de legalidad” (núm. 15, sep.-oct. 2007, pp. 104-6).

(8) NÚÑEZ-LAGOS, Rafael: “Los esquemas conceptuales del instrumento público”, *Revista de Derecho Notarial*, 1-2, jul.-dic. 1952, núm. 114, p. 138; *Estudios de Derecho Notarial*, II, p. 78.

(9) BALDO: “*Tabellio non potest conficere instrumenta de praeteritis*”, “*In Decretales subtilissima Commentaria*”, X, 2.22.3.

ple, conforme a su respectiva naturaleza. En el caso de la nueva póliza intervenida, la presencia tiene que completarse, como en la escritura pública, con la unidad de acto, anudando como en un solo y único acto el acto de la parte, el otorgamiento, y el acto del notario, la intervención. Lo contrario ocurría con la anterior póliza intervenida en que, como veremos, la unidad de acto se rechazaba con razón por la doctrina, y por el mismo Reglamento de Corredores.

11. Concepto de unidad de acto formal. La unidad de acto ha sido entendida de muy distintas maneras. Tenemos que empezar, como es lógico, exponiendo el concepto de unidad de acto del que partimos.

En manera alguna se trata de la unidad de acto sustantiva, la referente al negocio, que para los actos entre vivos nunca existió entre nosotros, como recordó la Ley *Paesciendo* del Ordenamiento de Alcalá de 1348, 16-Única, al poner en vigor las Partidas como Derecho supletorio de último grado: “e non pueda ser puesta excepción... que fue fecha la obligación del contrato entre ausentes”; es el criterio vigente en nuestras legislaciones civil, mercantil y notarial.

Aquí tratamos de la unidad de acto formal, esencial o nuclear, que no afecta a los diversos sujetos del negocio, que pueden declarar su voluntad en documentos distintos, sino a los sujetos del documento, otorgantes y notario, bien del documento único o de cada uno de los documentos en que el negocio se haya disgregado. “La unidad de acto meramente *formal o instrumental* –nos dice NÚÑEZ-LAGOS– ha conservado íntegramente el concepto [de unidad de acto], pero atribuyéndoselo al instrumento, no al negocio jurídico; imponiéndolo al notario y a *todos* los comparecientes, pero no a *todas* las partes contratantes” (10).

La Resolución de la Dirección General de 18 de marzo de 1986 ha puesto de manifiesto respecto a las escrituras públicas ese sentido formal, nuclear, de la unidad de acto: “la esencia de la unidad de acto formal, según se patentiza en las escrituras de un solo otorgante, consiste en que la lectura, consentimiento, firma y autorización del texto documental tenga lugar *in continenti*”; por ello, en las escrituras con pluralidad de otorgantes, la “frustración de la unidad de acto ampliada no puede conducir a otorgamientos sucesivos dentro del mismo texto documental, que nuestro Derecho desconoce, sino al paralelo fraccionamiento de la unidad de contexto, en que el acto único se disgrega, por tanto, en dos o más actos, regidos, cada uno, por la unidad de acto esencial o nuclear, ya que han de consis-

(10) NÚÑEZ-LAGOS: *op. cit.* en nota 8, *Revista de Derecho Notarial*, núm. 79.b, p. 120 y *Estudios...*, II, p. 63.

tir en la lectura, consentimiento, firma y autorización ininterrumpidas de su propio texto, y siendo indiferente por lo demás que los distintos textos documentales resultantes de la ruptura de la unidad de contexto se configuren como instrumentos públicos distintos, según prevé para la donación de inmuebles el artículo 633 del Código Civil, o como sucesivas diligencias de un documento formalmente único, según permite también el artículo 176.2 del Reglamento Notarial”.

Los varios otorgantes de un negocio pueden por tanto concurrir todos simultáneamente en una misma escritura pública. Pero sin infracción de la unidad de acto pueden también hacerlo conforme a Derecho sucesivamente, en tiempos y lugares distintos, en la misma escritura o en otra, ante el mismo notario o ante otro, con observancia de la unidad de acto en cada diligencia o en cada escritura.

12. El Derecho anterior. El rechazo de la unidad de acto en la póliza intervenida ha sido, sin embargo, unánime en la doctrina, por contraria a la celeridad exigida por el tráfico en que incide, elevando tal rechazo a signo distintivo de la documentación de la contratación mercantil. De conformidad con estas ideas, el artículo 33.2 del Reglamento de Corredores, redacción del RD 1251/1997, vigente al tiempo de la integración, a continuación de exigir, como vimos, la presencia del corredor de comercio, añadía: “Los distintos contratos [«objeto de intervención»] no requerirán unidad de acto, pudiendo, por tanto, tener lugar en momentos diferentes...”. Sí a la presencia; no a la unidad de acto.

En el mismo sentido se había pronunciado dicho artículo 33 en su redacción originaria de 1959 y en la introducida por el Decreto de 5-12-1968, que sin utilizar la expresión de “unidad de acto” disponían que la intervención podía tener lugar “en momentos diferentes”; y era en ambos textos tan obsesiva la exclusión de la unidad de acto que se referían conjuntamente a “las operaciones que se formalicen en letra de cambio o póliza”, cuando “la letra –como dice OLIVENCIA– no integra un negocio, sino que documenta, normalmente, una pluralidad de declaraciones o, si se quiere, de negocios diversos” (11), que se producen en tiempos y lugares generalmente distintos, y que por ello se tienen que formalizar en documentos independientes, aunque hayan de consignarse en el mismo soporte o trozo de papel que materialmente constituye la letra de cambio; pues como escribió GONZÁLEZ PALOMINO: “la *unidad de papel no es la unidad*

(11) OLIVENCIA RUIZ, Manuel: “Algunos aspectos de la intervención del agente mediador en las operaciones formalizadas en letra de cambio”, IV Seminario de estudios sobre la fe pública mercantil, 1977, pp. 21-55; las palabras citadas, en p. 40.

de documento” (12). Que yo sepa, nadie ha pensado nunca en exigir la unidad de acto para las diversas declaraciones cambiarias.

En esta inaplicabilidad de la unidad de acto a las pólizas intervenidas se justificaba en el Derecho anterior la admisibilidad de otorgamientos extemporáneos a la intervención de la póliza, fueran anteriores (“recogida de firmas”) o posteriores (“otorgamientos sucesivos”), así como las pólizas desdobladas y compartidas.

Los “otorgamientos sucesivos” en una misma póliza no son en sí mismos incompatibles con la unidad de acto, como no lo son los otorgamientos sucesivos en una misma escritura pública (conf. RN, art. 176.2); pero lo que muchas veces se quería amparar bajo la repulsa de la unidad de acto es que las firmas de los distintos otorgantes de un negocio pluripersonal figuraran en la póliza al pie de un solo texto documental, objeto de una sola intervención, sin especificar el lugar y la fecha en que cada una de las firmas se hubieran estampado; se defendían pues los otorgamientos sucesivos más o menos “ocultos”, aquellos “otorgamientos sucesivos dentro del mismo texto documental, que nuestro Derecho desconoce”, que decía la Resolución de 18 de marzo de 1986.

Ello no producía, sin embargo, demasiadas preocupaciones cuando tenía lugar en la misma plaza mercantil o en otra plaza de competencia del mismo corredor, sencillamente porque el problema se planteaba desde el punto de vista –tan accesorio documental– de la competencia ilícita entre corredores. Surgían, en cambio, las discusiones cuando las firmas extemporáneas habían sido puestas en lugares comprendidos en la competencia territorial de otros corredores, lo que generalmente ocurriría en fechas también distintas. Las soluciones de los autores, de la Junta Central de Corredores y de los Tribunales de Justicia eran discordantes hasta que en su redacción de 1997 el Reglamento de Corredores dictó la norma adecuada a esta llamada intervención “compartida”, que había defendido SAMPER (13): “Cuando un corredor sea requerido para intervenir una operación en la que se pretenda que la firma de algunos de los documentos se efectúe fuera del ámbito de su competencia territorial, lo remitirá a un corredor competente para que lo intervenga y efectúe el correspondiente asiento en su Libro-Registro, quien, una vez intervenido y asentado, lo devolverá al corredor correspondiente” (art. 33.4).

Respecto de las “firmas anticipadas”, el artículo 33.3.pr. del Reglamento de Corredores, redacción de 1997, disponía: “Si la fecha de alguna de

(12) GONZÁLEZ PALOMINO, José: “*Negocio jurídico y documento* (Arte de llevar la contraria)”, conferencia leída en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia el día 3 de junio de 1950; Valencia, 1951, Sucesor de Vives Mora, pp. 234. (Nueva edición, “amansada”, en sus *Estudios Jurídicos de Arte Menor*, III, Madrid 1976, pp. 7-283; las palabras citadas en nota 8, p. 23).

(13) SAMPER REIG: *op. cit.* en nota 4, p. 205.

las firmas fuera anterior a la del documento mismo, se hará constar dicha circunstancia en el Libro-Registro del corredor, con expresión de la fecha específica de cada otorgamiento efectuado anticipadamente”; mejoraba así un poco la versión de 1968 en que tal circunstancia se debía hacer “constar en todo caso en el registro del Mediador, siempre bajo la responsabilidad de éste”, pero en las dos versiones, y al igual que en los otorgamientos sucesivos ocultos antes referidos, se incurría en total falta de transparencia de la póliza respecto de un dato tan fundamental como la fecha, de la cual tiene que hacer fe (CC, art. 1.218-1). En el sentido correcto se había pronunciado el Reglamento de 1959, si “la fecha [de la firma anticipada] fuere distinta a la del documento mismo, se hará constar así en éste”; en el documento, en la póliza; pero como hemos visto fue modificado en 1968.

13. Derecho vigente. El artículo 17 de la Ley del Notariado no resuelve respecto de la póliza intervenida tan importante cuestión. El artículo 197 ter.1 del Reglamento, por su parte, dispone: “En las pólizas objeto de intervención no se requerirá la concurrencia simultánea ante el notario de los distintos otorgantes, pudiendo tener lugar en momentos diferentes, salvo que una disposición legal o reglamentaria, o el notario o cualquiera de los interesados la exija”.

La fórmula utilizada “no se requerirá la concurrencia simultánea ante el notario de los distintos otorgantes” está en la línea del artículo 33 del Reglamento de Corredores, redacciones de 1959 y de 1968, que fueron interpretados en el sentido de rechazo de la unidad de acto. Nótese, sin embargo, que se ha suprimido la referencia expresa a la “unidad de acto”, que contenía el mismo precepto en su última versión, la de 1997, dejando por tanto un mayor campo a la interpretación de la doctrina.

Aprovechando esa supresión, y a favor de exigencia de la unidad de acto formal o nuclear a la póliza intervenida, hemos de hacer constar que la letra del precepto sólo repele la unidad de acto sustancial, la referente al negocio y a todas sus partes, pero no la unidad de acto formal, que permite la concurrencia sucesiva de los distintos otorgamientos que recomponen el otorgamiento total, en la misma póliza o en pólizas diferentes, ante el mismo notario o ante otro, siempre que en cada uno de ellos se cumpla la unidad de acto formal, con concurrencia simultánea de su otorgante y el notario, y la póliza exprese la verdad de lo acontecido.

En la misma dirección cabe alegar la supresión de aquellas anomalías que pretendían ampararse en la inexigencia de la unidad de acto, como las firmas anticipadas y los otorgamientos sucesivos ocultos, artículo 197 ter.2: “En el caso de otorgamientos sucesivos, en cada uno de ellos el notario bajo la rúbrica «con mi intervención» indicará el nombre del otorgante, fecha del otorgamiento y cualquier otra circunstancia que conside-

re necesario y signará, firmará y sellará. La incorporación al protocolo o al libro-registro se produce con la primera intervención del notario”. También han quedado suprimidas las pólizas compartidas, pero no por infracción de la unidad de acto, que no la producen, sino debido al artículo 5 de la Ley, “Cada notario formará por sí protocolo”, y a la obligación de custodia que tiene el notario que efectuó la primera intervención (RN, arts. 197.2 y 197 ter.2).

Por el contrario, se mantiene la póliza desdoblada, que encaja perfectamente en el sistema de unidad de acto, artículo 197.3: “Salvo en los casos de sustitución reglamentaria, respecto de la intervención del mismo supuesto negocial ante distintos notarios, podrá utilizarse el sistema de póliza desdoblada consistente en extender tantas pólizas completas como notarios competentes existan. Cada notario conservará la póliza que haya intervenido en su Libro-Registro y, en su caso, en el protocolo ordinario”.

Desde un punto de vista más general, resultan más conformes con el sistema de la unidad de acto, aunque no se produzcan con perfecta precisión, la regulación de las expresiones de la póliza [art. 197.4, e) y f)], y sobre todo del significado de la intervención según el artículo 197 *quater*: “Como consecuencia del artículo 17 de la Ley del Notariado, la expresión «con mi intervención» implica... g) la conformidad y aprobación del contenido de la póliza tal como aparece redactada, por los otorgantes, y de haber estampado los mismos o los testigos instrumentales, en su caso, la firma ante el notario”.

Argumento final que adolece de falta de rango legal; el artículo 144.1 del Reglamento dispone: “Conforme al artículo 17 de la Ley del Notariado son instrumentos públicos... las pólizas intervenidas...”; no la intervención, sino la póliza intervenida. Y en consecuencia ordena la aplicación supletoria a las pólizas de las normas generales de los instrumentos públicos (art. 197 *quinquies*.1). Pero, como vamos a ver, sólo la unidad de acto del otorgamiento y la intervención puede superar este dualismo.

IV. LA NUEVA PÓLIZA INTERVENIDA, DOCUMENTO PÚBLICO

14. Instrumento *sui generis*. Ahora estamos ya en condiciones de encarar el problema central de esta Comunicación, la naturaleza como documento de la póliza intervenida.

Señalemos ante todo, como punto de partida, que la póliza intervenida se concibe legalmente como un tipo instrumental *sui generis*, que no se identifica con ningún otro, tampoco con la escritura pública, aunque su ámbito sea parcialmente común. Así resulta paladinamente del artículo 17.1 de la Ley: “El notario redactará *escrituras matrices*, intervendrá *pólizas*,

extenderá y autorizará *actas*, expedirá *copias*, *testimonios*, *legitimaciones* y *legalizaciones...*"; el artículo 144.1 del Reglamento, acabado de citar, repite una vez más el criterio legal, atribuyendo a todos estos géneros documentales la naturaleza de instrumentos públicos: "Conforme al artículo 17 de la Ley del Notariado son instrumentos públicos las *escrituras públicas*, las *pólizas intervenidas*, las *actas* y, en general, todo documento que autorice el notario, bien sea *original*, en *certificado*, *copia* o *testimonio*".

15. Póliza e intervención. La misma denominación de este instrumento *sui generis* ya nos indica que originariamente la "póliza intervenida" es un conjunto formado por dos documentos distintos, la "póliza" y su "intervención"; si hay pólizas "intervenidas" es porque hay otras pólizas que no han sido objeto de "intervención", y que producen todos los efectos que les correspondan conforme al principio de libertad de forma del artículo 51 del Código de Comercio y sus excepciones. "La intervención de fedatario público –nos dice MÓXICA– tampoco es determinante del concepto de póliza, pues sólo afecta a su ejecutividad" (14).

La póliza es un documento *a se*, un "documento en que figura incorporado un contrato mercantil", o todavía mejor, por precisar su naturaleza, "el documento privado en el que, con la firma de las partes, se plasma un contrato mercantil" (15). Éste es el sentido con el que la palabra "póliza" se usa con profusión en el Código de Comercio, especialmente en materias de transporte y de seguros.

La intervención "fedataria", única de la que tenemos que ocuparnos –en tiempos se llamó también "intervención" la actividad comercial de mediación del corredor–, era un documento que tenía por autor un corredor de comercio colegiado, y luego un notario, por lo que, siempre que concurrieran los demás requisitos del artículo 1.216 del Código Civil, la intervención era un documento público; la intervención sola, no la póliza.

16. La póliza intervenida: concepciones dualista y monista. La situación descrita llevaba, en efecto, a una concepción dualista de la póliza intervenida, como conjunto de dos documentos yuxtapuestos: un documento adicionado, la póliza, y un documento adicional, la intervención. Los dos documentos estaban separados por el espacio, apareciendo materialmente la intervención pública como una diligencia puesta al pie de un docu-

(14) MÓXICA ROMÁN, José: *Las pólizas bancarias. Ejecución, oposición y prelación (Análisis de doctrina y jurisprudencia. Formularios)*, Aranzadi, 1993, p. 784; las palabras citadas, en p. 22.

(15) Ss. de 2-11-1989, de la Sección 16 de la Audiencia Provincial de Barcelona, y de 16-1-1988 de la Audiencia Territorial de Valencia, respectivamente, citadas por MÓXICA en la obra referida en la nota anterior, pp. 21-22.

mento privado, o en folio anexo al mismo; y sobre todo por el tiempo, por ser la intervención pública no presencial posterior al documento privado. Ambos documentos conservaban su respectiva individualidad, naturaleza y efectos, de documento privado la póliza y de documento público la intervención, sin perjuicio de los efectos legales de la intervención sobre la póliza, fundamentalmente consistentes, según los artículos 1.218-1 del Código Civil y 95.1 del Código de Comercio, en hacer prueba, aun contra tercero, de la legitimidad de las firmas de las personas que han contratado en la póliza, de su identidad, y de su capacidad legal para contratar.

Producía ante todo este dualismo, según vimos, la falta institucional de presencia del corredor; legalmente, los corredores tenían que limitarse a comprobar determinados extremos –identidad, capacidad, autenticidad de firmas– de un documento privado precedente; “la actividad notarial de los mediadores mercantiles –afirmó FERNÁNDEZ PIRLA– transcurre más próxima al contenido de las actas notariales... que de las escrituras públicas, aunque sus intervenciones recaigan sobre operaciones que en sí constituyen contrato o dan lugar a contrato” (16); era una actividad exherente, extrínseca, al otorgamiento.

Esa concepción dualista de la póliza intervenida solamente podía ser superada, como hemos adelantado, mediante la presencia institucional del fedatario en el momento de la firma de la póliza por los otorgantes, precisamente a fin de que queden reunidos, en unidad de acto, la firma por la que los otorgantes declaran su voluntad y la intervención del notario; la actuación pública, la intervención, ya es intrínseca o inherente a la actividad privada, el otorgamiento; sólo la unidad de acto de otorgamiento e intervención puede producir el documento unitario que es la nueva póliza intervenida; el antiguo dualismo ha sido, pues, superado en una concepción monista de la póliza intervenida.

Ya no hay dos documentos, un documento privado que es la póliza y un documento público que es la intervención; la nueva póliza intervenida es un documento unitario, y este documento unitario es evidentemente documento público, conforme al artículo 1.216 del Código Civil y 317.1.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(16) FERNÁNDEZ PIRLA, José María: “Los Libros-Registros de los mediadores mercantiles”, “Segundo Seminario de estudios sobre la Fe pública mercantil”, *Anales de la Universidad Hispalense*, 1976, pp. 293-307; las palabras citadas en p. 304.

V. LA INTERVENCIÓN, AUTORIZACIÓN LIMITADA

17. Introducción. La naturaleza documental de la póliza intervenida no queda, sin embargo, completamente definida con su calificación como documento público notarial o instrumento público, sino que es preciso deslindarla de los otros géneros instrumentales y especialmente de la escritura pública.

No podemos atenernos aquí a la naturaleza del objeto o asunto a documentar, que es el criterio más general de individualización de los distintos tipos de instrumentos, porque tanto la escritura pública como la póliza intervenida documentan actos, contratos y negocios jurídicos. Tampoco nos sirve apuntar que la póliza intervenida pertenece a un tráfico necesitado de una especial celeridad, porque esta finalidad pudiera haberse intentado mediante alguna mera especialidad de la escritura pública. Tenemos que acudir a la distinta estructura de uno y otro género documental, bastando a nuestro objeto con mostrar algunas diferencias documentales concretas, las más llamativas, entre la póliza intervenida y la escritura pública, que nos puedan llevar a la determinación de la tipicidad de la póliza.

18. Carácter complejo de la póliza intervenida. La nueva póliza intervenida, aun constituyendo un solo documento según la concepción monista, presenta, a diferencia de la escritura pública, un carácter complejo, derivado de los orígenes históricos e impuesto por la agilidad del tráfico en que la póliza se inserta. En su estructura subsiste, en efecto, la antigua diferenciación entre la póliza y la intervención, conservando las apariencias de documento adicionado y adicional, respectivamente; apariencias, porque no existen ya dos documentos, sino un documento único con dos parcelas distintas: la póliza, encomendada en principio a los otorgantes y la intervención, competencia del notario; con evidente reducción de las funciones de éste y consiguiente ampliación de las actividades de las partes, como medio de obtener esa agilidad que el tráfico precisa.

El contenido de póliza e intervención es establecido con separación en los párrafos 4 y 9, respectivamente, del artículo 197 del Reglamento; separación que se lleva hasta el punto de que los requisitos de la póliza que hubieran sido omitidos en ella no se pueden consignar en la intervención, sino que “los hará constar el notario antes de la diligencia de intervención” (art. 197.6).

Por su origen de documento privado, la póliza puede estar redactada en idioma extranjero, mientras que para la intervención rigen las mismas reglas de los instrumentos públicos, conforme al artículo 150.3: “Los notarios podrán intervenir pólizas redactadas en lengua o idioma extranjero a

requerimiento de las partes, si todas ellas y el notario conocen dicho idioma. En estos casos, la diligencia de intervención y las restantes manifestaciones del notario se redactarán en el idioma oficial del lugar del otorgamiento”.

19. La fase de preparación. La fase preparatoria de la escritura queda así en la póliza muy simplificada, porque la rogación viene acompañada de la entrega por los otorgantes al notario de la póliza ya extendida y redactada, sólo pendiente de su firma.

Las pólizas, en efecto, a diferencia de las escrituras, y en conformidad con su origen de documento privado, *se extienden* por los otorgantes con una libertad que no tiene el notario en las escrituras públicas. Utilizan papel común según el artículo 154.1 del Reglamento: “Los instrumentos públicos, *a excepción de las pólizas*, se extenderán en el papel timbrado correspondiente...”; en ellas “podrán usarse guarismos para la expresión de cantidades y de fechas” (RN, art. 151.3), y no les afectan la prohibición de espacios en blanco (conf. RN, arts. 152.2 y 197 *quinquies*.1), ni tampoco, a lo que creemos, la prohibición de abreviaturas ni las limitaciones de líneas y sílabas de las escrituras, sino solamente las prescripciones generales de legibilidad e indelebilidad del artículo 197.7 del Reglamento: “Las pólizas deberán extenderse con caracteres perfectamente legibles de manera que los tipos resulten marcados en el papel de forma indeleble”, así como la observancia de los márgenes que se indican en dicho precepto, indispensables para la ulterior encuadernación de las pólizas en el libro-registro o en el protocolo ordinario, así como para la consignación de las notas pertinentes.

Esta extensión de la póliza, operación material, viene acompañada de su *redacción*. El artículo 17.1 de la Ley empieza diciendo: “El notario *redactará* escrituras matrices, *intervendrá* pólizas...”, contraponiendo así “redacción” e “intervención”, y atribuyendo al notario la autoría de la redacción de la escritura pública, pero no la de la póliza; el notario es pues redactor en la escritura, y no lo es en la póliza; en las escrituras el notario es un documentador de documentos propios, mientras que en las pólizas lo es de documentos ajenos, de unos predocumentos privados a los que no falta otra cosa que la firma. Me refiero, claro es, al punto de vista institucional, que no es incompatible con que en los casos concretos el notario pueda asumir como propia la redacción ajena de una escritura en la correspondiente minuta (RN, art. 147.3), o que redacte él mismo la póliza si las partes se lo solicitan.

La autoría de la redacción de la póliza por los otorgantes llega en el Reglamento al extremo de invadir, a lo que parece, la autoría del notario de la redacción de la intervención en el artículo 197.8: “El notario *podrá*

redactar las circunstancias relativas al otorgamiento de la póliza por las partes y a la intervención notarial”; pero es evidente que el notario redacta siempre, como estima conveniente, su propia actuación, lo mismo en las escrituras –sin que quepa presentarle minuta–, que en las pólizas; las partes no pueden imponer al notario una determinada redacción de los juicios propios del mismo ni de su propia actuación.

La importancia de la autoría notarial de la redacción de la escritura, ausente en la póliza, resulta patente si se piensa que en el inciso inicial “el Notario redactará escrituras matrices”, del artículo 17 de la Ley de 1862 estaba comprendida la mayor parte de la actividad profesional del notario; porque como enseñó NÚÑEZ-LAGOS, la redacción no es la narración de un hecho, sino que en las escrituras públicas “el Notario ha de desempeñar un papel activo en cumplimiento de su deber legal de *redactar* el acto o contrato conforme a la ley de fondo y a la voluntad de las partes... O lo que es lo mismo: el Notario ha de agregar al nudo hecho las estructuras jurídicas indispensables, el esquema legal del acto o contrato” (17).

El notario no tiene, pues, en las pólizas que “indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico” la *voluntad común* de los otorgantes como ocurre en las escrituras (conf. RN, art. 147.1), sino que aseverar –lo que está incluido en la expresión “Con mi intervención”, artículo 197 *quater.e*)– “que el contenido del negocio jurídico de que se trate está de acuerdo con la *declaración de voluntad* de los intervinientes”; y tampoco éstos manifiestan que el texto del documento está conforme con su *voluntad*, sino que expresan su “conformidad y aprobación del contenido de la póliza tal como aparece *redactada*”, lo que también está incluido en el “Con mi intervención” [art. 197, *quater.g*)].

De aquí la reducción de la función de *asesoramiento* del notario: “insistirá en informar a cada una de las partes –sin mengua de su imparcialidad–, respecto de las cláusulas... de las pólizas propuestas por la otra”; “prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella” y “velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios” (RN, art. 147.5); pero sin “aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos” que los intervinientes se proponen alcanzar (RN, art. 1.º, 3), sobre los que el notario difícilmente podría formar su propia opinión. También consignará si le constare, por analogía con lo dispuesto en el artículo 147.3 para las escrituras y sus minutas, “la parte de quien procede ésta [la póliza] y si la misma obedece a condiciones generales de su contratación”.

(17) NÚÑEZ-LAGOS, Rafael: *Hechos y derechos en el documento público*, Madrid, 1950, Introducción. 2; *Estudios...*, II, p. 485.

20. La intervención. El acto de intervención de la póliza por el notario resulta también abreviado, especialmente por la supresión de su *lectura*. Precisamente porque ha sido redactada por los otorgantes, el notario no tiene que darles lectura de la póliza o permitirles que la lean por sí a su elección, como para las escrituras públicas exige el artículo 25.3 de la Ley. El que tiene que leer la póliza es el notario, pero se trata de una lectura privada que no forma parte del acto de la intervención; de una lectura previa a dicho acto dirigida a comprobar si el texto que le han entregado reúne los requisitos necesarios para intervenirla y a permitirle formar los juicios que le exige la Ley y cumplir sus deberes de información; el Reglamento, en efecto, omite el requisito de la lectura de la póliza en el artículo 197 *quater*, letra g).

A la misma línea de simplificación obedece la regulación reglamentaria de la *fe de conocimiento*: “La identificación por el notario de los contratantes [se hará] por sus documentos de identidad reseñados, salvo que se consigne otro medio de identificación de los establecidos en el artículo 23 de la Ley del Notariado” (RN, art. 197 *quater*.a). El conocimiento de los otorgantes por el notario, el primero de los medios de identificación que ese artículo 23 de la Ley establece, ya no podía conservar en la póliza el primer puesto, porque lejos de tratarse de un *prius notus*, de un conocimiento previo como en otros tiempos pudo defenderse, es un conocimiento para la autorización del documento que el notario debe ser *muy acucioso* de obtener, como decían las Partidas (3.18.54), en la fase de preparación del documento; y esta fase ha quedado en la póliza tan recortada que le sería imposible formar ese conocimiento.

También está cubierto por la expresión “Con mi intervención” el “*control de legalidad*” de la póliza por el notario, artículo 197 *quater*, pr., que fundamentalmente se refiere a los extremos comprendidos en este precepto reglamentario, precepto especial a su vez basado en el artículo 95.1.^a del Código de Comercio. Recordemos la limitación de las facultades de asesoramiento del notario, a quien no está permitido llegar al fondo del negocio; que los otorgantes aprueban la póliza “tal como aparece redactada” y no por estar conforme a su voluntad; y que al notario incumbe comprobar que la póliza está “de acuerdo con las declaraciones de voluntad de los intervinientes” y no con su voluntad. Todo ello nos permite afirmar que el control de legalidad del notario en las pólizas intervenidas se concreta al documento, y a lo que el documento dice sobre el negocio de manera prontamente reconocible, según impone la celeridad del tráfico a que la póliza pertenece.

En contra, el artículo 145 del Reglamento parece equiparar el control de legalidad de las pólizas al de las escrituras; nada menos que seis veces utiliza la expresión “autorización o intervención” o alguna de sus corres-

pondientes formas verbales; y el artículo 197 *quinquies* declara aplicables a las pólizas las disposiciones de las secciones 1.^a y 2.^a del título sobre el instrumento público, en la primera de las cuales figura el artículo 145. Baste hacer constar, sin embargo, que aunque tales secciones y en concreto el artículo 145 se refieren a todos los instrumentos públicos, de hecho sólo son aplicables íntegramente a las escrituras públicas, y cuando se les trata de aplicar a los demás instrumentos –actas, copias, testimonios, etc., y también a las pólizas–, hay que examinar en cada caso concreto qué normas son compatibles con la naturaleza del tipo de documento de que se trate.

Indicaremos, en fin, que el Reglamento Notarial es competente para imponer obligaciones a los notarios, bajo la correspondiente responsabilidad disciplinaria, pero no para declarar la nulidad de un documento público, competencia exclusiva de la Ley. Quizá por ello la regla general del artículo 145.1 del Reglamento transcribe las palabras del artículo 17 bis 2.2.a) de la Ley del Notariado –“La autorización o intervención del instrumento público implica el deber del notario de dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de otorgantes e intervinientes”–, y el artículo 197 *quater*, pr. se acoge expresamente a dicho precepto legal. Pero la igualdad de requisitos y efectos de ese artículo 17 bis no se refiere a los géneros instrumentales, lo que supondría su desaparición, sino al soporte, cartario o informático, en que estén consignados.

La abreviación radical del texto de la intervención se consigue en el artículo 197 *quater* con ese alcance reglamentario de la expresión “Con mi intervención”.

21. Autorización e intervención. Estas y otras diferencias concretas entre escrituras públicas y pólizas intervenidas nos exige buscar su fundamento, con lo que quedarán totalmente perfilados el concepto y la naturaleza de la póliza intervenida.

MARTÍNEZ SANCHIZ, el autor que más ha profundizado en esta materia, ha distinguido, antes de la reforma notarial 2006/2007 (18) y después de ella (19) un “otorgamiento integral” propio de la escritura y un “otorgamiento instrumental” correspondiente a la póliza, al que yo preferí denominar “otorgamiento parcial” (20). Pero si partimos de un concepto es-

(18) MARTÍNEZ SANCHIZ, José Ángel: “El negocio jurídico. Parte primera. Elaboración del concepto”, *Instituciones de Derecho Privado*. Coordinadas por Juan Francisco DELGADO DE MIGUEL, tomo I, volumen IV, 2005, pp. 81-350; véanse pp. 343-350, especialmente p. 345.

(19) MARTÍNEZ SANCHIZ: *Nueva Legislación Notarial comentada*, tomo I, Madrid, 2007; comentario al artículo 144 del Reglamento, pp. 314-328, especialmente p. 322.

(20) *Nueva Legislación Notarial comentada*, tomo I, Madrid, 2007; comentario al artículo 17 de la Ley, pp. 80-83, especialmente p. 82.

tricto de otorgamiento como “la asunción de una declaración de voluntad previamente escrita”, en palabras de CALVO SORIANO (21), el otorgamiento de la póliza por las partes comprende la totalidad del negocio, es integral.

La diferencia no puede encontrarse, pues, en la actuación de las partes, sino en la actuación del notario. El nombre genérico de “autorización” con que ésta se conoce no implica uniformidad; la autorización de una escritura pública no es idéntica a la autorización de un acta, de una copia, de un testimonio; tampoco es idéntica a la autorización de una póliza, hasta el punto de que ésta se conoce desde siempre con un nombre distinto, el de intervención. La “intervención” de la póliza no es, pues, otra cosa que la autorización propia de las pólizas.

Los diferentes tipos de autorización vienen determinados, para decirlo con el artículo 1.218-1 del Código Civil, en el hecho que las motiva, que en el caso de las pólizas está establecido en el artículo 95.1.^a del Código de Comercio, por el que es obligación de los agentes colegiados –hoy de los notarios– “asegurarse de la identidad y capacidad legal para contratar de las personas en cuyos negocios intervengan, y, en su caso, de la legitimidad de las firmas de los contratantes”. Este precepto legal está vigente, y a él precisamente responden los actuales artículos 197 bis.2, 197 *quater* y 197 *sexiens* del Reglamento Notarial, repetidamente estudiados. La “intervención” de la póliza resulta pues una “autorización” que, más que de parcial, debe calificarse de “limitada”.

VI. PÓLIZAS ESPECIALES

Existen también pólizas intervenidas que presentan especialidades respecto de la doctrina general expuesta, entre las que destacamos las siguientes.

22. Por la ley de circulación. Por excepción a la nueva ley de circulación de las pólizas intervenidas mediante su traslado auténtico, el artículo 283.1, *in fine*, del Reglamento dispone: “En la Sección B [del Libro-Registro] se asentarán por orden de fecha y correlativamente, las intervenciones de aquellos documentos originales que por su naturaleza no pueda conservarse en poder del notario el original”; este original, con la diligencia de intervención, tiene que devolverse, por tanto, al interesado y es el que circula en el tráfico a la manera tradicional.

Así ocurre especialmente con las declaraciones cambiarias, a las que

(21) CALVO SORIANO, Álvaro: “La unidad de acto y el otorgamiento sucesivo”, II CINot-Lat, Madrid, 1950, pp. 11-105, las palabras citadas, en p. 100. *Ponencias España*, I, 341-420.

el Reglamento dedica el artículo 197 *sexiens.1*: “Los notarios podrán intervenir o autorizar las distintas declaraciones cambiarias, asegurándose de la identidad, capacidad y declaración de voluntad de los otorgantes, así como de sus facultades si actuasen en representación de otras personas, y velarán porque se extiendan, en su caso, en el modelo oficial y con el timbre correspondiente”, del que suministra una innecesaria fórmula el párrafo 2 del mismo precepto.

El inicio de este artículo 197 *sexiens.1* del Reglamento, paso “o autorizar”, parece suponer que también es aquí posible la escritura pública, lo que, como dice MARTÍNEZ SANCHIZ, “causa perplejidad, cuando no sonrojo” (22).

23. Por la presencia del notario. La necesidad de presencia del corredor tenía una excepción en el artículo 33.1.2 del Reglamento de Corredores, redacción del RD 1251/1997: “No obstante, en los [contratos objeto de intervención] que realicen los representantes de entidades financieras, en lo que atañe exclusivamente a los otorgamientos por dichas entidades, bastará con que el corredor de comercio, si no concurre personalmente, se asegure, previamente a la intervención, de la identidad, capacidad y legitimidad de las firmas de tales representantes, dejando constancia en la póliza de estas circunstancias”.

Esta excepción al requisito de presencia es recogida en el artículo 197 bis.2 del vigente Reglamento Notarial: “No obstante [la norma del párrafo 1: “Las pólizas objeto de intervención deberán suscribirse en presencia del notario”], en los contratos realizados por representantes de entidades financieras, en lo que atañe exclusivamente a los otorgamientos por dichas entidades de operaciones propias de su tráfico ordinario referidas en el párrafo tercero del artículo 144 de este Reglamento, bastará con que el notario, si no concurren personalmente, se asegure, previamente a la intervención, de la legitimidad de las firmas, y de la suficiencia de los poderes de tales representantes, dejando constancia en la póliza de estas circunstancias”. En este supuesto quedan incluidos en la expresión “Con mi intervención”, el juicio notarial de legitimidad de las firmas (art. 197 *quater.1.g*) y la reseña de las circunstancias de los comparecientes (art. 197 *quater.1.b*). “Mientras no se haga constar otra cosa [añade el párrafo 3 de aquel art. 197 bis], se entenderá que la firma ha sido puesta en presencia del notario, en el mismo lugar y en la misma fecha de la intervención”.

La excepción –que ha de ser objeto de interpretación restrictiva– no creemos que afecte a la actual inadmisión de firmas anticipadas ni que quiebre la unidad de acto, puesto que antes de la intervención del notario no había póliza intervenida alguna. Pero produce un sonoro quebranta-

(22) MARTÍNEZ SANCHIZ: *op. cit.* en nota 19, p. 554.

miento del principio de presencia del notario, que parece se ha considerado ineludible dadas las necesidades de este especial tráfico económico-jurídico.

En su favor cabe indicar que no ha planteado problemas en la práctica, según demuestra la experiencia de los tiempos de los corredores, por la seriedad y responsabilidad de esas entidades financieras; y sobre todo que resulta legalmente posible en virtud del artículo 95.1.^a del Código de Comercio, que no exige que el aseguramiento del fedatario se realice siempre y necesariamente mediante su presencia. Téngase también finalmente en cuenta que, en esas operaciones “propias”, la entidad financiera es la parte acreedora.

24. Por la abreviación de la fase de preparación. La brevedad de la fase de preparación de la póliza intervenida resulta más reducida todavía en el supuesto del artículo 147.4 del Reglamento: “Asimismo, el notario intervendrá las pólizas presentadas por las entidades que se dedican habitualmente a la contratación en masa, siempre que su contenido no vulnere el ordenamiento jurídico y sean conformes a la voluntad de las partes”.

VII. REFERENCIA AL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS PÓLIZAS

Únicamente tomada conciencia de la peculiar naturaleza documental de la póliza intervenida cabe comprender la delimitación del ámbito de su aplicación que efectúa, positiva y negativamente, el artículo 17.2.5 de la Ley: “Las pólizas intervenidas tienen como contenido exclusivo los actos y contratos de carácter mercantil y financiero que sean propios del tráfico habitual y ordinario de al menos uno de sus otorgantes, quedando excluidos de su ámbito los demás actos y negocios jurídicos, especialmente los inmobiliarios”; el Reglamento, artículo 144.3, repite innecesariamente este texto legal y le añade un evidente estrambote: “todo ello sin perjuicio, desde luego, de aquellos casos en que la Ley establezca esta forma documental”; ejemplo, la intervención de declaraciones cambiarias, artículo 197 *sexiens*.

La póliza intervenida se inscribe, pues, en el mismo campo que la escritura pública, el de los actos y negocios jurídicos. Pero la póliza intervenida es un género documental específico, que sólo puede utilizarse en los casos concretos para los que está dibujado; mientras que la escritura pública es el género instrumental genérico, al que siempre cabe acudir, salvo excepciones, como ocurre también con las declaraciones cambiarias (art. 197 *sexiens*), que pueden intervenir incluso en aquellos supuestos no comprendidos en el ámbito marcado a la póliza por los artículos 17.2.5 de la Ley y 144.3 del Reglamento.

LA EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA POR EL CESE DE LA CAUSA QUE LA MOTIVÓ. ESPECIAL REFERENCIA A LOS TRABAJOS OCASIONALES

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

Abogada de Familia.

Doctora en Derecho.

*Miembro de la Asociación Española
de Abogados de Familia*

Introducción al tema

La problemática que plantea la extinción de la pensión compensatoria en los supuestos de separación matrimonial y/o divorcio es, sin lugar a dudas, uno de los temas más apasionantes dentro del marco del Derecho de Familia. Una de las causas por las que procede extinguir dicha pensión viene explicitada en nuestro Código Civil como “cese” –debería decir “cesación”, pues el término empleado es claramente incorrecto desde el punto de vista semántico, además de absolutamente inexpresivo en orden a la idea que intenta aportar– de la causa que la motivó. ¿Qué se entiende por el cese de la causa que la motivó? ¿Qué motiva, en realidad, la concesión de una pensión compensatoria?

El derecho a percibir la pensión compensatoria y la extinción de la causa que lo motivó: especial referencia a los trabajos ocasionales

En primer lugar, como punto de partida previo, hay que entender que el derecho a percibir la pensión compensatoria descansa en dos requisitos esenciales: 1.º La existencia de un desequilibrio patrimonial entre los esposos, y 2.º Que esa situación económica, desfavorable o desventajosa para uno de los cónyuges, sea consecuencia directa y esté vinculada causalmente al hecho de la separación o el divorcio y no a cualesquiera otras circunstancias ajenas a la crisis matrimonial.

La pensión compensatoria nace con una finalidad y un fundamento concretos, que consiste en restablecer el equilibrio de las condiciones materiales de los esposos, roto por la separación o el divorcio, soslayando cualquier referencia a la culpabilidad o al grado de participación de los cónyuges en tales conflictos. La pensión por desequilibrio, en síntesis, tiende a evitar que la crisis conyugal sitúe a uno de los esposos en una situación desfavorable en relación con la posición del otro cónyuge y con la que disfrutaba durante el matrimonio, permitiendo, así, que los esposos mantengan el mismo nivel de vida del que gozaban cuando se encontraban constante matrimonio.

La pensión regulada en el artículo 97 de nuestro Código Civil se caracteriza, por tanto, por constituir una prestación compensatoria que tiende a evitar que la separación o el divorcio supongan para uno de los cónyuges un descenso en el nivel de vida efectivamente gozado durante el matrimonio, si bien algunas sentencias en nuestro país se refieren al nivel de vida efectivamente gozado en el último período de convivencia matrimonial, de lo que se desprende que el desequilibrio económico del cónyuge que reclama la pensión, en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento de su situación anterior en el matrimonio, ha de existir en el momento de producirse la ruptura de la convivencia conyugal, sin que las circunstancias sobrevenidas o las alteraciones posteriores den derecho a pensión, si no lo hubo en aquel momento.

Según expone LÓPEZ ALARCÓN (1), la pensión tiene un evidente carácter social, tanto por los elementos que la Ley obliga a tomar en consideración para su cálculo, como por estar concebida en función del desequilibrio perjudicial que un cónyuge puede sufrir como consecuencia de la ruptura del grupo matrimonial y familiar en el que, desde que se integró, acumuló bienes y servicios, aportó renunciaciones juntamente con ideas y sentimientos y tantos otros factores indefinibles que fueron construyen-

(1) LÓPEZ ALARCÓN, Mariano: "Efectos de las sentencias de nulidad, separación y divorcio: cuestiones particulares", en *La Ley*, Madrid, 1982, número 2.

do progresivamente la comunidad familiar. Estas aportaciones tenían su compensación durante el matrimonio en la propia dinámica del grupo familiar, pero, al disgregarse, se pueden producir con la liquidación del patrimonio común acumulado los desequilibrios que la Ley dispone que se corrijan en favor del cónyuge más disminuido.

El Código Civil patrio no define el desequilibrio, término éste que, sin embargo, el jurista ha de estar continuamente aplicando en esta materia. Hay que entender que se da el desequilibrio cuando los recursos económicos de los esposos no son similares.

La mayoría de las legislaciones divorcistas, tal como apuntan LACRUZ BERDEJO y otros autores (2), predispusieron una pensión alimenticia a favor del cónyuge que, tras la disolución del matrimonio, se encuentre necesitado de ella. Así se preveía en nuestra Ley republicana de 1932, si bien limitada a favor del cónyuge inocente. Nuestro legislador de la Reforma del Derecho matrimonial, al admitir el divorcio, también ha acogido la idea de que al cónyuge que pase, por consecuencia del divorcio, a tener una situación económica desfavorable, se haya de pagar por el otro una pensión, no como auxilio para hacer frente a las necesidades indispensables, sino como una prestación compensatoria de la disparidad que la disolución o separación del matrimonio pudiera crear en las respectivas condiciones de vida de los esposos.

El derecho a percibir una pensión del otro cónyuge, tal como hay que entenderlo en función del artículo 97 de nuestro Código Civil, es la exteriorización, tal como una sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca expresó, de fecha 13 de enero de 1983, de cierta solidaridad conyugal que no desaparece por la ruptura del vínculo matrimonial —divorcio—, ni por la suspensión judicial de la convivencia —separación—; tal pensión, que no es calificada por el legislador de alimenticia, para evitar su identificación con la tradicional del ordinal primero del artículo 143, en relación con el 142, ni con cualquiera otra denominación específica en dicho artículo 97, ni en el apartado c) del artículo 90 del citado *corpus* legal civil.

Parece evidente, en todo caso, que es el desequilibrio entre los cónyuges o ex cónyuges o, por mejor decir, en sus patrimonios, lo que, al fin y al cabo, va a motivar o justificar la fijación de una pensión a favor de uno de ellos y a cargo del otro. De ahí que será la modificación de las circunstancias económicas de uno de ellos o de ambos, de forma que quede eliminado el desequilibrio, lo que constituirá causa de extinción. Es la dicción del Código Civil siguiente: “Cese de la causa que la motivó”.

Puede, sin embargo, parecer injusto y, en todo caso, no acomodado a

(2) LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros autores: *El nuevo régimen de la familia: matrimonio y divorcio*, Editorial Civitas, Madrid, 1982.

las reales necesidades de la pareja conyugal el hecho de que se atienda, como punto de comparación, al último período de la convivencia conyugal, aunque ésta fuere efectiva, porque hay que pensar en el grave inconveniente que supone, por ejemplo, el hecho de que esta última época o período haya sido o excepcionalmente opulenta, desde el punto de vista económico, o pobre e incluso mísera, por circunstancias excepcionales u ocasionales, tanto de carácter permanente como fugaz o transitorio.

ROCA TRÍAS estimaba que esta causa era concurrente cuando la relación comparativa acreedor-deudor no arroja un saldo negativo en contra del acreedor, porque ambos se hallan, en realidad, en una situación similar o parecida (3).

Para CAMPUZANO (4), la reequilibración de posiciones puede alcanzarse, bien a través de una mejora de la situación del cónyuge acreedor, o bien mediante un empeoramiento de la del deudor.

Una sentencia de la Audiencia Territorial de Baleares, de 16 de julio de 1982, ya declaró que el derecho a percibir una pensión del otro cónyuge, tal como lo estatuye el artículo 97 del Código Civil, tiene dos presupuestos fácticos: a) Que la separación o divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro esposo, y b) Que ello implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio.

Otra sentencia, esta vez dictada por la citada Audiencia de Baleares en fecha 15 de julio de 1983, reiteró claramente la idea de que los procesos matrimoniales no debían constituir una fuente de rentabilidad para ninguno de los cónyuges y que el divorcio o la separación, en su caso, no llevan implícita, de modo preceptivo, la procedencia de una pensión indemnizatoria, sino que es exigible un desequilibrio económico, que es la base fáctica típica de la pensión que se regula en el precepto tantas veces citado (art. 97 del Código Civil), y del que, básicamente, cabe constatar que se genera obligatoriamente, pues así lo impone la normativa contenida en el mencionado precepto civilista, por causa de separación o divorcio, así como la constatación de su sustancia, que la constituye el empeoramiento de la situación real de un cónyuge en relación con la que disfrutaba constante matrimonio, debiendo producirse en virtud de una comparación con la calidad de vida que, hipotéticamente, se supone seguirá manteniendo el otro cónyuge.

La sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de 13 de enero de 1983 fue muy expresiva en punto a considerar que la sentencia de divorcio o de separación matrimonial, en su caso, no conlleva

(3) ROCA TRÍAS, Encarna: "Comentario al artículo 97 del Código Civil", en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, volumen I, Tecnos, Madrid, 1984.

(4) CAMPUZANO TOMÉ, Herminia: *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*, Barcelona, 1986.

necesariamente la declaración de satisfacer la pensión que señala el repetido artículo 97 del Código Civil, ya que se trata de un derecho que puede corresponder tanto a un cónyuge como al otro y que, por razones y causas de la más diversa índole, puede no interesarle su declaración o reconocimiento.

La sentencia de 27 de octubre de 1983, dictada, asimismo, por la Audiencia Territorial de Baleares, declaró que “nuestro ordenamiento jurídico (art. 97 del Código Civil) parte, como medio de acercarse a esa determinación, de los elementos objetivos proporcionados por el estado de cosas existentes al tiempo de la separación o del divorcio, y exige, además del obvio requisito de que se haya producido una separación o un divorcio, que uno de los cónyuges, el reclamante, se encuentre en una situación económica inferior a la mantenida durante la subsistencia del matrimonio, jugando así la norma con términos comparativos temporales, pero impone además –acumulándose al anterior requisito– que quien reclame se halle en una situación económica inferior a la del otro cónyuge, lo que significa el juego de términos comparativos personales, sólo la combinación de ambas condiciones comparativas –temporal y personal– ha de permitir la obtención de la pensión compensatoria o indemnizatoria normativamente prevista para la concreción de la cuantía de la compensación económica se acoge nuestro ordenamiento a elementos de muy diversa naturaleza que cabe reconducir, bajo un criterio de orden temporal, a aquellos que están referidos a actos y hechos ocurridos durante el matrimonio y a aquellos otros que, condicionados por la anterior existencia del matrimonio, tienen una proyección de futuro: entre los primeros aparecen mencionados, a modo de ejemplo, los acuerdos anteriores de los cónyuges, la dedicación pasada a la familia, la colaboración laboral en las actividades del otro cónyuge, la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal (núms. 1.º, 4.º, 5.º y 6.º), entre los segundos, la edad y estado de salud del reclamante, la cualificación profesional y las probabilidades de acceder a un empleo, la dedicación futura a la familia, la eventual pérdida de un derecho de pensión (núms. 2.º, 3.º, 4.º y 7.º). Así pues, los criterios normativos se acogen a una concepción que ve en el matrimonio una institución jurídica con unos rasgos muy característicos, entre los que tanto su duración prolongada en el tiempo como la incidencia de factores de la más diversa índole, tanto económicos y sociales como humanos y psicológicos, así como la contemplación de los frutos humanos que es susceptible de producir –y que goza de preferente y particular protección– constituyen aspectos que no terminan tajantemente al tiempo de decretarse la separación o el divorcio, sino que se prolongan en el tiempo indefinidamente y deben ser objeto de regulación a falta de acuerdo entre los interesados. Aquellos datos objetivos contemporáneos a la terminación de la relación

matrimonial (empeoramiento temporal y personal), y los anteriores y posteriores a esa finalización, deben siempre atender, y están decisivamente condicionados, por las posibilidades económicas de quien debe prestar la pensión compensatoria y por las necesidades de quien debe recibirla (núm. 8 del art. 97), convirtiéndose así en un elemento fundamental y preferente para cuantificar el montante de la pensión a conceder”.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de noviembre de 1999 se refirió, principalmente, a la extinción de la pensión compensatoria por el cese o cesación de la causa que motivó su concesión y que, como es obvio, no es otra que la reequilibración de posiciones entre los cónyuges o ex cónyuges. En este sentido, se expresó esta sentencia: “... cabe empezar analizando lo dispuesto en el artículo 101 del Código Civil que enumera las causas de extinción de la pensión compensatoria contemplando, en primer lugar, «el cese de la causa que la motivó», cuyo presupuesto es el desequilibrio, de forma que si éste desaparece, cesa la causa originaria del derecho. Reequilibrio que no tiene que suponer una igualdad entre los patrimonios de ambos, sino en hallarse cada uno de ellos de forma autónoma en la posición económica que le corresponde según sus propias aptitudes y capacidades para generar recursos económicos”.

Según DE LA HAZA DÍAZ (5), el equilibrio que debe restaurarse no es el mismo que sirvió de modelo para el otorgamiento de la pensión, no teniendo por qué hacer referencia a la situación del deudor de tal pensión ni a la situación matrimonial anterior. Esta autora estima que sólo debe tomarse como punto de referencia al propio acreedor, en el sentido de que ha llegado, no ya a cubrir sus propias necesidades, sino a gozar de la posición económica que le corresponde como individuo, de acuerdo con sus aptitudes para conseguir bienes o recursos materiales.

A esta tesis, que, a primera vista, sin mayores puntualizaciones, pudiera parecer correcta, opone Carlos LALANA DEL CASTILLO que, cuando se concedió la pensión, tampoco se trataba de igualar matemáticamente los recursos de los cónyuges, siendo la causa que motivó la concesión de la pensión el desequilibrio existente entre la posición de un cónyuge respecto a la del otro y en relación al *status* matrimonial. Por todo ello, considera este autor que debería tenerse en cuenta el desequilibrio que sirvió de base para la concesión de la pensión. Otra cuestión, naturalmente, será la dificultad de la prueba (6).

Una sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 22 de septiembre de 1989 declaró que no procede la extinción de la pensión cuan-

(5) DE LA HAZA DÍAZ, P.: “La pensión de separación y divorcio”, en *La Ley*, Madrid, 1989.

(6) LALANA DEL CASTILLO, Carlos: *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, Barcelona, 1993.

do se alegan causas cuya existencia era conocida al tiempo de la aprobación del convenio regulador, puesto que mal puede haber desaparecido el desequilibrio económico si las circunstancias en que se encuentran los cónyuges son las mismas.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA estimaba que el derecho a pensión tiene naturaleza indemnizatoria a favor de uno de los cónyuges de la sociedad conyugal, por lo que a este autor no le parecía apropiado que se extinguiera por el cese de la causa que la motivó, porque, al examinar las circunstancias que sirven de base o que causan fundamentalmente la resolución judicial, se advierte que la mayoría de los supuestos contenidos en los ocho incisos del artículo 97 del Código Civil tratan de hechos pasados que el correr el tiempo no modificará, o sea, que no puede cesar la causa que motivó el derecho a la pensión porque no se puede borrar lo ya acontecido, como, por ejemplo, la edad y el estado de salud, la dedicación pasada en atención a la familia, la colaboración prestada en el trabajo del cónyuge, la duración del matrimonio y la convivencia conyugal. En definitiva, para este autor, el error surge de identificar la naturaleza jurídica del derecho a la pensión con el derecho a la cuota alimentaria (7).

Aunque estas teorías apuntan, sin duda alguna, ciertos factores de interés, hay que tener siempre en cuenta que será la reequilibración de los recursos económicos de ambos cónyuges el elemento determinante a la hora de extinguir el derecho a percibir la pensión compensatoria, porque, si los ingresos de ambos esposos o ex esposos se han equilibrado, ya no tiene razón de ser esa pensión, que, como su mismo nombre indica, es “compensatoria”.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 26 de enero de 1999 afirmó que “... debe decirse que el artículo 101 del Código Civil determina que el derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, entre otras causas que aquí no interesan, o lo que es lo mismo, por haber cesado el desequilibrio económico que para la esposa, en este caso, supuso el divorcio en relación con la posición del otro cónyuge y que la llevó a un empeoramiento económico en su situación anterior al matrimonio. El artículo 100 de la Ley Sustantiva dispone que fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o de divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge. El Código, por tanto, establece un criterio objetivo, y no aspectos subjetivos relativos a las necesidades del acreedor y deudor. Lo primero que debe hacerse por un instante de modificación, es determinar cuál fue la fortuna que se tuvo en cuenta para adoptar

(7) VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos: “La pensión indemnizatoria en los casos de separación y divorcio”, en *La Ley*, tomo I, Madrid, 1982.

la cuantía de la pensión, como requisito previo e ineludible, necesario para saber si se ha producido alteración sustancial de la misma, no bastando cualquier alteración, sino que es preciso, como se ha dicho, que sea sustancial, por alteración de las bases de establecimiento, debiendo la parte interesada en la modificación acreditar que la alteración de fortuna invocada ostenta entidad patrimonial suficiente, estable y permanente, para romper el equilibrio que instauró la pensión”.

Llegados a este punto, parece oportuno plantearse una cuestión que, de manera inicial, quedó esbozada: ¿Se extingue la pensión compensatoria cuando el cónyuge o ex cónyuge acreedor a la misma encuentra un trabajo ocasional? ¿Puede estimarse que, en este supuesto, que, con toda probabilidad, surge en la práctica forense muchas veces, se ha producido una reequilibración de los ingresos de ambos esposos o ex esposos?

La cuestión no es baladí ni mucho menos, porque, en la actual sociedad en la que vivimos, existe la posibilidad de acceder a muchos trabajos que tienen un mero carácter ocasional, transitorio, no permanente. En estos supuestos, el ordenamiento jurídico-civil ha de ofrecer una respuesta válida y coherente. Como siempre, la jurisprudencia ha ofrecido una interpretación a la norma. En este sentido, veamos una sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Álava el 24 de enero de 2001, que, por su importancia en relación con el tema que estoy planteando, transcribo literalmente: “El incidente de modificación de medidas en sentencia de separación suscitado en la instancia y promovido por el esposo hoy recurrente, tenía como exclusivo objeto el de instar la supresión de la pensión compensatoria otorgada a favor de su esposa en la sentencia de separación de 10 de septiembre de 1997 en cuantía de 25.000 pesetas mensuales, pensión que conforme se pretendía justificar en el Fundamento de Derecho 1.º de aquélla encontraba su origen en la situación de desequilibrio económico en que la esposa quedaba, ya que, frente a los ingresos obtenidos por el esposo e integrados por la suma de 115.000 pesetas mensuales en concepto de pensión de jubilación y al hecho de habersele atribuido el uso y disfrute del domicilio que había sido conyugal por ser de su propiedad, la esposa sólo contaba con una determinada ayuda del Instituto Foral de Bienestar Social en concepto de arrendamiento. Frente a tal situación, la esposa recurrida se encuentra en la actualidad dada de alta en el régimen especial de Empleados de Hogar por el cabeza de familia de la anciana a la que dedica sus servicios en concepto de cuidados y atención y por los que percibe la suma de cien mil pesetas mensuales. La sentencia de instancia desestimó la pretensión de supresión de la pensión compensatoria que ahora se reproduce en base a que la mejora de la esposa experimentada a consecuencia de sus nuevos ingresos quedaba compensada a su vez por un aumento del caudal del esposo originado por no

tener éste ya en su domicilio a la hija del matrimonio a la que sostenía económicamente, por haberse ésta independizado (...).

(...) el análisis de la naturaleza a la que responde la denominada pensión compensatoria o por desequilibrio se constituye como la clave del problema suscitado. Obviamente, no responde a los parámetros de la pensión por alimentos, ya que la causa que la genera, conforme expresa el artículo 97 del Código Civil, es la posible situación de desequilibrio que puede afectar a uno de los cónyuges como consecuencia de la separación o del divorcio o, más exactamente, del cese de la convivencia por efecto de dicha separación o divorcio. Partiendo de esta base, la jurisprudencia menor es conteste en el sentido de que, para poder apreciar si realmente hay desequilibrio, se ha de tomar como exclusiva referencia la situación económica del cónyuge supuestamente afectado al tiempo de producirse la ruptura de la convivencia para poder así contrastarla con la devenida posteriormente y poder calibrar de esta forma si existe diferencia económica entre una y otra y compensarla consecuentemente a través del mecanismo de la pensión (...).

Aplicando lo anterior al supuesto de autos, hay que hacer abstracción de si el esposo llamado a prestar la pensión a su cónyuge experimentó un mejoramiento de su situación económica con posterioridad a la separación por la indicada circunstancia de no tener ya que mantener a la hija del matrimonio. Ello es efectivamente irrelevante, siendo lo realmente trascendente, tal y como decíamos, la situación de los cónyuges al tiempo de la separación y deduciéndose de ella una clara situación de desequilibrio afectante a la esposa, quien quedaba con escasos ingresos frente a la del esposo perceptor de pensión periódica y usufructuario del que había sido domicilio conyugal; así como también la mejora experimentada posteriormente por la esposa, pues, a diferencia de la situación inmediatamente posterior a la ruptura de la convivencia, goza en la actualidad de unos ingresos estables al prestar sus servicios como cuidadora y encontrarse dada de alta en el Régimen Especial de Empleados de Hogar, tal y como expresábamos, situación que indudablemente minora en forma evidente la descompensación inicial. De esta forma, el recurso deberá ser sustancialmente estimado por proceder, a juicio de la Sala, más que la supresión de la pensión conforme a lo suplicado en la demanda —ya que el actual empleo desempeñado por la esposa tampoco es de carácter permanente— una minoración de la misma atendiendo a esta situación actual de la que goza la esposa de incorporación al mercado laboral y a su indudable y *demostrada aptitud para acceder a nuevos empleos dentro de tal categoría laboral*, quedando aquélla reducida a la suma de quince mil pesetas mensuales”.

Hay que matizar, asimismo, y en relación con esta última e importantísima sentencia, que los trabajos eventuales y de carácter familiar no ex-

tinguen tampoco la pensión compensatoria, tal como puso de relieve la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo de 21 de enero de 1989: "(...) respecto a la esposa, tampoco hay base suficiente en lo actuado para estimar acreditada la aludida alteración sustancial de su situación económica, pues aunque realice algunas tareas en la cafetería propiedad de su hermano, don A. D., no consta el concepto en que lo haga, ni si percibe sueldo fijo, siendo más bien presumible que se trata de una colaboración esporádica, por razones de tipo familiar, y que, en el mejor de los casos, supondrá para la esposa una pequeña ayuda, lo que impide acogerla como causa de alteración sustancial, sobre todo si se pone en relación con la posición del esposo, el cual, con posterioridad a la separación, adquirió una vivienda, por la que percibe una renta mensual de 25.000 pesetas, según reconoció en confesión al absolver la posición octava".

Ya GARCÍA CANTERO, con respecto a este tema, expresaba que, si la nueva posición de los cónyuges no anula el desequilibrio existente, pero sí lo reduce, parece razonable la posibilidad de aminorar la pensión, siendo, en este caso, conveniente redactar el suplico de la demanda de modo alternativo, solicitando tanto la extinción del derecho a la pensión como, eventualmente, su modificación, si no procediere la primera (8).

A todas luces, es evidente que, cuando el esposo acreedor ha obtenido un trabajo de carácter temporal, la pensión no se ha extinguido, pero hay que reducirla en su cuantía, en función de las circunstancias concurrentes al caso. Así se aprecia claramente en una sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Guadalajara de 29 de septiembre de 1997: "... se combate el pronunciamiento relativo a la supresión de la pensión compensatoria a favor de don O. C. I... Estas circunstancias son fundamentalmente el desempeño por la señora C. I. de un trabajo por cuenta ajena remunerado con una cantidad mensual líquida de 81.470 pesetas, que resulta muy superior a las 35.000 pesetas importe de la pensión compensatoria suprimida (...). Lo cual significa que su relación laboral finalizará en el momento en que se concluyan los proyectos para cuya realización ha sido contratada, desconociéndose la posible duración de los mismos, así como el estado de desarrollo en el que se encuentran. Sin embargo, ninguna duda cabe acerca del carácter inestable de la relación laboral de la que es parte la señora C. I.; por lo que (...) no parece aconsejable eliminar la pensión compensatoria establecida a su favor, sino que lo que sería más procedente es su reducción".

En similar sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de marzo de 1998: "(...) en cuanto a la situación de doña N. C. A.,

(8) GARCÍA CANTERO, G.: "Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, artículos 97 a 101", Tecnos, Madrid, 1984.

se dice en la demanda modificadora que se encuentra trabajando desde hace tiempo en el Decanato de los Juzgados de Plaza de Castilla, por lo que percibe ingresos fijos; resulta, de lo actuado, conforme certificación del Ministerio de Justicia, Gerencia Territorial de Madrid, que desde el 12 de diciembre de 1995 no presta servicios de interinidad en el Decanato de los Juzgados de Madrid; si bien desempeña dichas funciones en los años 1991, 1992, 1994 y 1995; por lo que no puede calificarse dicha relación como consolidada por el tiempo; además de tratarse de una circunstancia que ya fue valorada en parte en el anterior incidente de modificación de efectos y calificados de trabajos esporádicos”.

No obstante lo expuesto, algunas sentencias en nuestro país tienden a considerar que la obtención de un trabajo por el esposo deudor de la pensión compensatoria, aunque éste sea temporal u ocasional, es un factor a tener en cuenta por lo que respecta a las posibilidades de empleo, equilibrando, en cierta medida, las posiciones desiguales de uno y otro cónyuge. Así lo entendió, por citar una resolución, la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 3 de abril de 1990: “(...) no puede ignorarse que se trata de un matrimonio joven, que mantuvo, sin hijos, la convivencia tan sólo durante un período de veinte meses, y que tras la ruptura de hecho en septiembre de 1986 el marido ayudó económicamente a su esposa, reparando la indudable situación de desequilibrio y necesidad de recursos que en esos momentos tenía, lo que en cierta manera posibilitó la terminación de la carrera de Magisterio y su posterior colocación, que, si bien es de carácter provisional, la sitúa en el camino del empleo y equilibra las posiciones desiguales de uno y otro cónyuge. Por estas razones y porque, en definitiva, aún siguen existiendo diferencias salariales, no puede seguir manteniéndose esa vinculación económica de la esposa respecto a su marido en la cuantía que establece la recurrida, más cercana al momento de la ruptura en el que se fija, si la prestación aludida que se mantiene es por razones meramente residuales derivadas de la dedicación de la esposa a las tareas del hogar, y de la necesidad de no romper absolutamente esa relación económica que genera la provisionalidad del empleo que disfruta la beneficiaria”.

Por último, me planteo qué ocurriría en el supuesto –que puede ser frecuente– en que se redujera la pensión compensatoria por haber obtenido el deudor de la misma un trabajo eventual u ocasional y, más tarde, sin embargo, reapareciera el desequilibrio económico entre un cónyuge y otro, que había sido aminorado por dicho trabajo ocasional. No parece que, sin ningún otro trámite, pudiera constituirse *ex novo* pensión compensatoria idéntica a la que el esposo deudor de la pensión tenía antes de conseguir ese empleo.

FUNCIÓN Y DESNATURALIZACIÓN DE LOS PROTOCOLOS DE CONSENTIMIENTO INFORMADO

M.^a PAZ SÁNCHEZ GONZÁLEZ

Catedrática de Derecho Civil

Universidad de Cádiz

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN: DESDE EL PRINCIPIO DE BENEFICENCIA HASTA EL DE AUTONOMÍA DEL PACIENTE. **II.** REFERENCIA AL RÉGIMEN LEGAL DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y SU EFICACIA. **III.** EL PROBLEMÁTICO CONTENIDO DE LOS PROTOCOLOS DE CONSENTIMIENTO INFORMADO. **a)** Contenido legal de los protocolos de consentimiento informado. **b)** Contenido fáctico de los protocolos de consentimiento y su valoración jurisprudencial. **c)** Referencia a algunas cláusulas particularmente discutibles. **IV.** CONCLUSIONES.

I. Introducción: desde el principio de beneficencia hasta el de autonomía del paciente

La mayoría de los trabajos que versan sobre el consentimiento informado suelen principiar con una referencia –más o menos extensa– a la profunda transformación operada en la relación entre médico y paciente en orden a la prestación del consentimiento legitimador de la correspondiente terapia. En efecto, comúnmente se recuerda cómo, en sus orígenes, la actitud de los facultativos venía caracterizada por un cierto paternalismo, en el sentido de que, al considerarse al enfermo como un sujeto carente de los conocimientos técnicos precisos, se podía obviar su opinión, sometiéndosele a la terapia que, a juicio exclusivo del médico, fuese más aconsejable para su salud. Semejante modo de proceder remonta sus orígenes, nada menos, que a la ética griega hipocrática del siglo IV a. C. En efecto, según Hipócrates, “... *el médico debe hacer patente una cierta vivacidad, pues una actitud grave le hace inaccesible tanto a los sanos como a los enfermos. Y debe estar muy pendiente de sí mismo sin exhibir demasiado de su persona ni dar a los profanos más explicaciones que las estrictamente necesarias, pues eso suele ser forzosamente una incitación a enjuiciar el tratamiento... Haz todo esto con calma y orden, ocultando al enfermo, durante tu actuación, la mayoría de las cosas. Dales las órdenes oportunas con amabilidad y dulzura, y distrae su atención; repréndele a veces estricta y severamente, pero otras ánimale con solicitud y habilidad, sin mostrarle nada de lo que le va a pasar ni de su estado actual; pues muchos acuden a otros médicos por causa de esa declaración, antes mencionada, del pronóstico sobre su presente y futuro*” (1).

Este “despotismo ilustrado” protagonizado por la clase médica, vigente durante bastante tiempo, fue dando paso de forma progresiva a un principio de autodeterminación del paciente, conforme al cual sería el propio enfermo quien tomaría las decisiones atinentes a su salud, tras recibir la oportuna información. Como motor de este cambio se suele considerar el mayor respeto que merece –y se dispensa– a la dignidad humana. Sin embargo, estimo que ubicar de forma exclusiva la razón de tal transformación en el incremento de la relevancia jurídica de la dignidad de los seres humanos resulta bastante ingenuo y olvida un aspecto fundamental de la cuestión, como es el carácter “defensivo” que para la clase médica revisita la obtención del consentimiento del enfermo. En efecto, frente al incremento del número de demandas interpuestas por pacientes insatisfechos, la doctrina del consentimiento informado se articula como una praxis netamente defensiva, en la medida en que se utiliza para residenciar en el

(1) Hipócrates: *Escritos hipocráticos*, traducción de GARCÍA GUAL, vol. I, 1983.

propio paciente las consecuencias no deseadas del tratamiento al que fue sometido, riesgos de los que fue informado y que, a través de su firma, aceptó.

Esta finalidad, a la que también responde el consentimiento informado, explica en buena medida el proceso de desnaturalización en el que se encuentra inmerso el referido principio que, a través de la plasmación del mismo que se viene realizando en los llamados protocolos de consentimiento informado, se está transformando en un instrumento que es utilizado como un mecanismo de exoneración de responsabilidad por parte de muchos de los profesionales de la medicina. A la explicación de semejante fenómeno y a sus posibles remedios dedicaremos las páginas siguientes.

II. Referencia al régimen legal del consentimiento informado y su eficacia

En el Derecho sanitario actualmente vigente constituye una constante la exigencia de la obtención del consentimiento informado del paciente con carácter previo a la actuación del facultativo (2). Son muchas las disposiciones normativas en las que, expresamente, se alude a este mecanismo como requisito legitimador de la actuación médica (3).

(2) En lo que se refiere a nuestro ordenamiento, la primera manifestación legal de la exigencia de consentimiento informado aparece en el artículo 148.4.º de la Orden de 7 de julio de 1972, por la que se aprobó el Reglamento General para el Régimen, Gobierno y Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social. Sobre los antecedentes del consentimiento informado en Derecho español y comparado, véase GALÁN CORTÉS: *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*, Madrid, 1997, pp. 21 a 32.

(3) Sin ninguna pretensión de exhaustividad, pueden señalarse numerosas disposiciones, tanto estatales como autonómicas, en las que se alude al consentimiento informado. Entre las primeras pueden citarse el RD 1720/2004, de 23 de julio, por el que se establecen las tipologías fisiopatológicas que permiten la superación de los límites generales establecidos para la fecundación de ovocitos en procesos de reproducción asistida (art. 2); el RD 223/2004, de 6 de febrero, de regulación de los ensayos clínicos con medicamentos (art. 7); el RD 2132/2004, de 29 de octubre, por el que se establecen los requisitos y procedimientos para solicitar el desarrollo de proyectos de investigación con células troncales obtenidas de preembriones sobrantes (art. 2); Ley 14/2006, de 26 de mayo, de técnicas de reproducción humana asistida (arts. 3 y 11 y disposición adicional primera); RD 1301/2006, de 10 de noviembre, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos (arts. 7 y 9, h); Ley 14/2007, de 3 de julio, de regulación de la investigación biomédica (art. 4). Por su parte, las normas autonómicas en las que se exige el consentimiento informado del paciente son, realmente, numerosas. Las que a continuación se relatan lo son a simple título ejemplificativo: Ley 5/2003, de 9 de octubre, de Andalucía, de declaración de voluntad vital anticipada

Pues bien, de acuerdo con la genérica definición que se contiene en el artículo 3 de la Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, por consentimiento informado debe entenderse “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecte a su salud” (4).

En el ámbito autonómico, la práctica totalidad de las normas reguladoras de la ordenación sanitaria en el territorio de la respectiva Comunidad suelen contener disposiciones análogas a la estatal anteriormente reproducida, si bien, en algunos de aquellos textos se incluyen requisitos adicionales que contribuyen a precisar el concepto de consentimiento informado y a facilitar la consecución de la finalidad que con el mismo se pretende. Es el caso del artículo 23 de la Ley extremeña de información sanitaria y autonomía del paciente, que exige que esa información se dispense “con tiempo suficiente” (5), lo que convertiría en ilícita la práctica –por otra parte, bastante habitual– de proporcionar al enfermo y exigir del mismo la información y su consentimiento en los instantes previos a la actuación del facultativo (6). La misma exigencia temporal aparecía en el artículo 8 de la Ley 1/2003, reguladora de los derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana, que añade, además, como condición de la eficacia legitimadora del consentimiento del enfermo, que la

(art. 3); Ley 7/2003, de 20 de octubre, por la que se regula la investigación en Andalucía con preembriones humanos no viables para la fecundación *in vitro* (art. 3); Ley 1/2007, de 16 de marzo, de Andalucía, que regula la investigación en reprogramación celular con finalidad exclusivamente terapéutica (art. 6); Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de ordenación sanitaria de Castilla-La Mancha (art. 4); Ley 7/2003, de 9 de diciembre, de ordenación sanitaria de Galicia (arts. 115.2.º, 133.1.º, 1); Ley 9/2005, de 30 de septiembre, de La Rioja, de regulación del documento de instrucciones previas en el ámbito de la sanidad; Ley 3/2005, de 23 de mayo, de Madrid, reguladora del ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario; Ley Foral 29/2003, de 4 de abril, por la que se modifica parcialmente la Ley Foral 11/2002, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica (art. 3); Ley 7/2002, de 12 de diciembre, del Parlamento Vasco, sobre voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad.

(4) Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

(5) Especificándose en el artículo 28.3.º de la misma Ley 3/2005, de 8 de julio, que esa información “se facilitará con la antelación suficiente para que el paciente pueda reflexionar con calma y decidir libre y responsablemente, y en todo caso, al menos 24 horas antes del procedimiento correspondiente, siempre que no se trate de actividades urgentes o que no requieran hospitalización. En ningún caso se proporcionará cuando esté adormecido ni con sus facultades mentales alteradas, ni tampoco cuando se encuentre ya dentro del quirófano o la sala donde se practicará el acto médico o el diagnóstico. En estos casos la información se facilitará a su representante legal o a personas vinculadas al paciente”.

(6) Esta exigencia cronológica no ha pasado desapercibida para la jurisprudencia, que, de forma expresa, ha indicado que el consentimiento informado “es un acto que debe hacerse efectivo con tiempo y dedicación suficientes...”: STS de 15 de noviembre de 2006 (RJ 2006/8059).

información recibida sea “claramente comprensible para él” (7). Esto último parece implicar que la información previa a la emisión del consentimiento no puede revestir un carácter genérico –el mismo para cualquier paciente–, sino que habría de modularse *ad hoc* en función de las circunstancias concurrentes en cada caso (fundamentalmente, en función del grado de conocimientos y entendimiento que de la correspondiente terapia pudiera tener el enfermo afectado).

En todo caso, y a pesar de que en la definición de consentimiento informado contenida en la norma estatal no se hace una expresa referencia a la antelación con que debe suministrarse la información o a su accesibilidad para el concreto enfermo, entiendo que una interpretación teleológica de la referida norma convertiría a las mencionadas exigencias en circunstancias de concurrencia obligada, so pena de falsear la finalidad primaria del consentimiento informado, que no es otra que la de permitir que sea el propio paciente quien decida, con conocimiento de causa, sobre su propia salud (8).

En otro orden de consideraciones, la precisión del sujeto emisor del consentimiento informado es objeto de especial atención por parte de la normativa atinente al tema. Así, a nivel estatal, la Ley 41/2002 exige, en línea de principio, que la prestación del consentimiento en los términos requeridos proceda del propio afectado (9). No obstante, cabe el consentimiento por representación en determinadas circunstancias, tales como cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a juicio del médico responsable de la asistencia; cuando esté incapacitado legalmente; o cuando se trate de un menor que no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención (10). En todos estos casos, el consentimiento será emitido por el representante legal del enfermo y, en su defecto, por las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho (11).

(7) De acuerdo con la jurisprudencia, “la información habrá de ser exhaustiva, es decir, que, en la comprensión del destinatario, se integre con los conocimientos suficientes a su alcance para entenderla debidamente...”: STS de 27 de abril de 2001 (RJ 2001/6891). En el mismo sentido, entre otras muchas, STS de 26 de junio de 2006 (RJ 2006/5554), SAP de Bizkaia de 7 de marzo de 2007 (AC 2007/829).

(8) Abundando en esta misma idea, en el artículo 4.2.º de la norma estatal se señala literalmente que “la información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad”.

(9) Artículo 8.1.º

(10) Artículo 9.

(11) En el ámbito autonómico existen disposiciones análogas a la estatal referida en el texto en la práctica totalidad de las normas de ordenación sanitaria del respectivo territorio. Así, artículos 12 y 14 de la Ley 6/2002, de Salud de Aragón; 30, 31 y 32 de la Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria; 33 de la Ley 8/2003, sobre derechos y

No se menciona de forma expresa en la Ley 41/2002 quién es el destinatario de esa declaración de voluntad del paciente por la que presta su consentimiento a la actuación médica (12). No obstante, dado que en su artículo 4 se atribuye al médico responsable del paciente la obligación de garantizar el cumplimiento de su derecho a la información, habrá que entender que éste debe ser el receptor del consentimiento. Este facultativo, en su definición legal, sería “el profesional que tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o del usuario, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales”. En cualquier caso, la carga de la prueba de la información adecuada corresponde al facultativo, según se señala en reiteradísima jurisprudencia (13).

No obstante la genérica exigencia relativa a la necesidad de que cualquier actuación médica se encuentre precedida del preceptivo consentimiento del paciente, se puede prescindir del mismo en concretos casos legalmente tasados: si existe riesgo para la salud pública, o inmediato y grave para la salud física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización o la de sus familiares o personas vinculadas de hecho a él (14).

deberes de las personas en relación con la salud, de Castilla y León; 6 y 7 de la Ley 21/2000, de Cataluña, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica; 24 y 25 de la extremeña 3/2005, de información sanitaria y autonomía del paciente; 3 y 6 de la Ley gallega 3/2001, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes; 12 de la Ley 5/2003, de Salud, de las Islas Baleares; 6 de la Ley 2/2002, de Salud, de La Rioja; 7 y 8 de la Ley Foral 11/2002, de derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica; 8 y 9 de la Ley 1/2003, sobre derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana.

Manejar de forma simultánea la legislación estatal y la autonómica atinente al tema puede prestar al presente trabajo un nivel de complejidad absolutamente injustificado. De ahí la conveniencia de centrarnos en la legislación estatal y la omisión de toda referencia a la legislación autonómica, salvo en aquellos extremos en los que sus previsiones supongan aportaciones realmente significativas en relación con la normativa estatal.

(12) Como, en cambio, sí se prevé expresamente en la legislación gallega: “el consentimiento deberá recabarse por el médico designado por el centro sanitario para la atención del paciente o por el que practique la intervención diagnóstica o terapéutica al propio paciente” (art. 4.1.º).

(13) Entre otras muchas, STS de 20 abril 2007 (RJ 2007/4294); STS de 25 de abril de 2005 (RJ 2005/4448); STS de 29 de septiembre de 2005 (RJ 2005/8891); STSJ de Comunitat Valenciana de 28 de febrero de 2006 (RJCA 2006/742); STSJ de Castilla y León de 6 de marzo de 2007 (ya citada); SAP de Málaga de 10 julio de 2007 (AC 2007/455).

(14) Artículo 9.2.º Sobre esta excepción al principio general del consentimiento informado se incide en la STSJ de Castilla y León de 6 de marzo de 2007, precisándose que no se puede equiparar necesidad o imperatividad con urgencia. En efecto, frente a las alegaciones de los facultativos que pretendían exonerarse de la responsabilidad que se les exigía por la inexis-

Al margen de las anteriores hipótesis, el consentimiento deberá otorgarse verbalmente como regla general, requiriéndose forma escrita cuando se trate de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y aplicación de procedimientos que supongan riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente (15). Esta última previsión legal convertirá a la exigencia de la forma escrita del consentimiento en algo bastante menos excepcional de lo que inicialmente pudiera pensarse. Y es aquí en donde entrarían en juego los protocolos o formularios de consentimiento informado, entendiendo por tales aquellos documentos en los que se plasmaría la necesaria información, así como el consentimiento del paciente a la actuación médica a la que va a ser sometido.

Por su parte, la jurisprudencia se ha encargado de precisar cómo el consentimiento informado constituye el elemento clave para el ejercicio del derecho a la autodeterminación del paciente (16), siendo calificado como “derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizadas en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o aplicación de los clásicos derecho a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia” (17) que, además, “no supone un mero formalismo, sino que encuentra fundamento y apoyo en la misma Constitución Española, en la exaltación de la dignidad de la persona que consagra en su artículo 10.1.º...” (18).

De forma coherente con las anteriores afirmaciones, el consentimiento informado ha sido calificado como presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y, como tal, debe formar parte de toda actuación asistencial (19). Sin embargo, la ausencia del referido consentimiento es valorada de modo muy dispar por parte de nuestros tribunales. Así, según reiterada jurisprudencia, semejante omisión, *per se*, no puede considerarse generadora de un daño indemnizable. Tal es la consideración que subyace en la argumentación contenida en la sentencia del Supremo de 20 de abril de 2007 cuando afirma que “...el defecto del consentimiento informado se considera como incumplimiento de la *lex artis* y revela una manifestación

tencia de previo consentimiento a la intervención –que, a la postre, determinó el fallecimiento del paciente–, el Tribunal entendió que sólo la urgencia y no la imperatividad “excusaban la petición de conformidad y no parece poder hablarse de urgencia en un caso como el de autos en que la intervención no fue inmediata, sino que se realizó al día siguiente...”.

(15) Artículo 8.2.º

(16) STSJ de Asturias de 5 de julio de 2006 (JUR 2006/258829).

(17) SAP de Barcelona de 29 de noviembre de 2006 (JUR 2007/113141).

(18) STSJ de Castilla y León de 6 de marzo de 2007 (JUR 2007/215960).

(19) SSTs de 29 de mayo de 2003 (RJ 2003/3916), 23 de julio de 2003 (RJ 2003/5462), 21 de diciembre de 2005 (RJ 2005/10149), 10 de mayo de 2006 (RJ 2006/2399), 15 de noviembre de 2006 (RJ 2006/8059), 23 de mayo de 2007 (JUR 2007/198094).

anormal del servicio sanitario, pero obviamente se requiere que se haya ocasionado un resultado lesivo como consecuencia de las actuaciones médicas realizadas sin tal consentimiento informado” (20). Desde esta perspectiva, el incumplimiento de esa obligación de previa información –que, como se ha señalado con anterioridad, tiene su último fundamento en el principio constitucional de respeto a la dignidad de las personas– en la medida en que no se traduce en una lesión física, no permitiría solicitar y obtener una reparación pecuniaria.

Mucho más acertada me parece otra tesis divergente que, con gran precisión, se sustenta en la STSJ de Cataluña de 27 de febrero de 2007, que, al valorar la omisión de información sobre los riesgos que se podían derivar de la intervención a la que fue sometida la paciente, declaró que “... esta situación provocada por la falta de información imputable a la Administración sanitaria del riesgo existente, con absoluta independencia del lamentable resultado final, que no es imputable a dicha falta de información, supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de tal intervención, que debe ser indemnizado siguiendo las pautas marcadas ya por la jurisprudencia...” (21). En efecto, si el principio del consentimiento informado supone un corolario del respeto a la dignidad de la persona, la actuación del facultativo prescindiendo del mismo –salvo en los casos en que eso es legalmente admisible– supondría un claro atentado contra aquel principio y, consecuentemente, un daño

(20) En la misma dirección apunta la STS de 28 de febrero de 2007 (RJ 2007/3306) cuando señala que “la falta de consentimiento informado supone por sí misma, *cuando se ha producido un resultado dañoso* y el mismo resulta, como en el presente caso ha ocurrido, antijurídico en el sentido de que no tiene por qué ser soportado por el interesado, una mala praxis que exige una indemnización la cual ha de fijarse en atención al resultado dañoso padecido”. (El subrayado es nuestro.) En sentido análogo, STS de 4 de noviembre de 2005 (RJ 2006/1544).

(21) JUR 2007/132452. Con mayor claridad, si cabe, se expresa la idea en la SAP de Cantabria de 19 de noviembre de 2004 (AC 2005/84) al señalar que “la inexistencia de consentimiento informado supone que el paciente ha sido privado de la oportunidad de decidir que las cosas fueran de otra manera; el bien jurídico lesionado es el derecho del paciente a ejercitar su facultad o capacidad de autodeterminación. Por consiguiente, la indemnización por *pérdida de oportunidad* no puede coincidir con la que corresponda por los daños derivados del padecimiento final que sufre el paciente a consecuencia de la actuación curativa; la relación de causalidad se habrá de establecer entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica... Dicho de otra manera, la omisión de este deber de información no puede relacionarse causalmente con la materialización del daño dimanante de una operación correctora con arreglo a la *lex artis* sino con la pérdida de la oportunidad de decidir entre varias opciones a consecuencia de la ausencia de las explicaciones precisas para participar en el planteamiento y definición de las alternativas existentes. De ahí que la indemnización haya de modularse en función de la existencia o no de alternativas, del estado clínico previo, de la previsible evolución de la enfermedad y de las circunstancias personales, sociales y profesionales, con el fin de deducir razonablemente, a partir de las mismas, si el enfermo –caso de haber sido informado– hubiese optado por someterse a la intervención quirúrgica o, en otro caso, hubiese decidido no someterse a ella”.

moral. Y ello, con independencia de que la práctica del procedimiento haya sido adecuada y a través del mismo se haya logrado un resultado exitoso. Mantener la tesis opuesta supondría un nuevo acercamiento a ese principio paternalista de la práctica de la medicina, hoy –supuestamente– superado.

Las anteriores consideraciones no son obstáculo para entender que, al margen del daño moral derivado de la ausencia de consentimiento informado, si existen secuelas de cuya producción no fue informado el paciente, cabrá también exigir responsabilidad por tales daños, y ello, con independencia de que la práctica de la actuación facultativa haya sido la adecuada (22). En otras palabras, entendemos que la ausencia de consentimiento informado constituye un daño moral cuyo resarcimiento habrá de determinarse en función de los factores concurrentes que hubieran influido sobre la decisión del paciente; si, además, se producen efectos no deseados, las consecuencias indemnizatorias de los mismos habrían de imputarse, también, al facultativo, aún en el supuesto de que se tratase de secuelas que no fuesen consecuencia de una inadecuada práctica de la correspondiente técnica curativa. Ni que decir tiene que, por supuesto y con más razón, habrá responsabilidad si la referida técnica no se aplicó de forma correcta.

III. El problemático contenido de los protocolos de consentimiento informado

La breve referencia al régimen legal del consentimiento informado realizada en el epígrafe precedente nos sirve de pórtico para adentrarnos en la cuestión que centra nuestro interés en las presentes páginas y que no es otra que la constatación de un fenómeno fácilmente detectable en la práctica de la medicina actual, como es la utilización del instrumento representado por los formularios (o documentos) de consentimiento informado, no tanto como mecanismo para asegurar que el consentimiento del enfermo se ha otorgado de forma consciente –después de recibir y comprender la necesaria información–, sino como una especie de pantalla protectora usada por el facultativo frente a la reclamación de pacientes insatisfechos.

En efecto, un correcto entendimiento de los formularios de consentimiento informado debe llevar a dotarlos de aquellos contenidos que permitan constatar que el paciente, antes de la actuación médica a la que se ha aconsejado que se someta, ha recibido toda la información necesaria

(22) En tal sentido, STS de 9 de marzo de 2005 (RJ 2005/4306).

de acuerdo con los términos legales. Sin embargo, en la práctica, tales documentos, en ocasiones, contienen una información que, al margen de las dificultades de comprensión que puedan representar para el ciudadano medio, se extiende a riesgos sumamente graves y, a veces, bastante improbables, pero mediante cuya expresa manifestación los facultativos responsables pretenden quedar indemnes en caso de que se produzcan. La trascendencia de esta cuestión requiere su análisis con un mayor detalle.

a) Contenido legal de los protocolos de consentimiento informado.

La ausencia de previsión legal en la normativa estatal sobre el contenido del documento en el que habrá de plasmarse el consentimiento del paciente es paliada en el ámbito autonómico con detalladas descripciones sobre el mismo. En efecto, en tanto que no se contiene en la Ley estatal 41/2002 disposición alguna relativa al contenido de los protocolos de consentimiento informado, hay Comunidades en cuya específica normativa se prevé el contenido mínimo de tales documentos (23), y a pesar de que entre unas y otras existen variaciones, en términos generales, suelen responder al siguiente esquema formal:

- Identificación del Centro.
- Identificación del paciente, representante legal o persona que presta el consentimiento.
- Identificación del médico que informa.
- Identificación del procedimiento.
- Consentimiento del paciente o, en su caso, de su representante legal o de la persona a la que corresponda prestarlo.
- Lugar y fecha.
- Firmas del médico y del que haya prestado el consentimiento.

Pero, evidentemente, si lo que se pretende es evitar que la firma de estos protocolos se convierta en un puro formulismo, junto con el consentimiento del paciente, en tales documentos deberá contenerse la información esencial que ha servido de base para que el enfermo haya aceptado someterse al correspondiente procedimiento. Tal información, en línea de principio, podría proporcionarse al paciente de forma verbal. No obstante, la posibilidad de tener que demostrar su existencia en un procedimiento ulterior aconseja –cuando no obliga– incluirla en el mismo documento en el que aparece la firma del enfermo o, en su caso, de la persona que, de acuerdo con las prescripciones legales, preste su consentimiento a la actuación médica.

(23) Así, en Castilla y León, Extremadura, Galicia y Valencia.

En el ámbito estatal, la Ley 41/2002 regula la cuestión relativa a la información que debe suministrarse al enfermo en su artículo 10.1.º, de acuerdo con el cual, antes de recabar su consentimiento escrito, el facultativo proporcionará al paciente la información básica sobre las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad; los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente; los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención, así como las contraindicaciones (24).

A pesar de la aparente claridad de la norma y de las exigencias informativas en ella contenidas, su plasmación en la práctica resulta bastante controvertida, de lo que constituye buena prueba el abultado número de pronunciamientos judiciales que versan sobre la extensión y alcance de la información proporcionada al paciente en los protocolos de consentimiento. Y es que, como veremos en el siguiente apartado, la interpretación que de las anteriores prescripciones legales realizan algunos de los redactores de los protocolos de consentimiento, difieren sensiblemente de lo que, a juicio de la jurisprudencia, exige el carácter informado de ese consentimiento.

b) Contenido fáctico de los protocolos de consentimiento y su valoración jurisprudencial.

Constituyendo una exigencia genérica la plasmación escrita del consentimiento del paciente previo a la intervención, una simple ojeada en internet permite constatar la superabundancia de materiales que, de forma más menos ajustada, responden a la idea de lo que deba considerarse un protocolo de consentimiento informado. En efecto, textos que se autocalifican como tales pueden encontrarse en páginas web de la más

(24) Tales previsiones coinciden, en términos generales, con las contenidas en los preceptos autonómicos en los que se alude a la misma cuestión. Así, en el artículo 27.2.º de la Ley de información sanitaria y autonomía del paciente de Extremadura, se exige información sobre “beneficios que se esperan alcanzar, alternativas existentes, contraindicaciones, consecuencias y molestias previsibles para su realización, riesgos frecuentes, de especial gravedad y asociados al procedimiento por criterios científicos (se entiende por riesgos típicos o frecuentes como aquellos cuya realización deba esperarse en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado actual de la ciencia)”, así como sobre los “riesgos en función de la situación clínica del paciente y sus circunstancias personales o profesionales”. Por su parte, en el artículo 34 de la Ley sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud, de Castilla y León, se exige información sobre el “procedimiento, finalidad, naturaleza, alternativas existentes, contraindicaciones, consecuencias relevantes o de importancia que deriven con seguridad de su realización y de su no realización, riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente y riesgos probables en condiciones normales conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención”.

variada procedencia (25), tanto de organismos públicos (26), como privados (27), así como de distintos tipos de organizaciones y asociaciones (28). El estudio de todos ellos se revela tarea imposible, si bien, de los muchos que hemos tenido ocasión de examinar, cabe extraer como conclusión la existencia de una muy diversa interpretación de las exigencias legales sobre la materia, que se traducen, en unos casos, en textos realmente escuetos (29); y en otros, en propuestas informativas muy detalladas y estructuradas.

En cualquier caso, a la vista de la finalidad esencial a la que tiende la prescripción del consentimiento informado, resulta meridianamente claro que el punto clave de todos esos documentos en los que se plasmaría el consentimiento del enfermo es el atinente a la información que, previamente, debe serle suministrada. Y es éste un extremo sobre el que existe una más que amplia discrepancia, de la que constituye buena muestra las muy diversas opiniones jurisprudenciales vertidas sobre el particular.

Ciertamente, no resulta fácil precisar cuál debe ser el contenido y extensión concreta de la información que debe proporcionarse al paciente. Las dificultades que presentan la ubicación del punto justo de equilibrio no han pasado inadvertidas para la doctrina (30) o jurisprudencia. En efecto, como recuerda el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de abril de 2007, “el contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de los riesgos. No cabe, sin embargo, olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada –puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de

(25) Es muy significativo el número de sitios que aparecen en la Red tras teclear en Google la expresión “protocolo de consentimiento informado”: 382.000.

(26) Por ejemplo, los modelos de protocolos de consentimiento informado de la Conselleria de Sanitat de la Generalitat valenciana pueden consultarse en <http://www.san.gva.es/comun/ciud/docs/pdf/>

(27) Así, en la página web del Dr. Suñol: <http://www.drsunol.com/consentimiento.html>

(28) Por ejemplo, en <http://nuevo.sefertilidad.com/documentos/consentimientos.pdf> aparecen los modelos de protocolos de la Sociedad Española de Fertilidad; en tanto que en <http://www.secot/documentacion/consentimiento-informado.php> pueden consultarse los de la Sociedad Española de Cirugía Ortopédica y Traumatológica.

(29) Es el caso de la propuesta de protocolo de consentimiento de la extracción de muestra de sangre para proyecto de investigación que aparece en <http://www.um.es/investigacion/impresos/consentimiento-memoria.doc>, en la que lo único que se manifiesta es que se ha recibido información sobre los posibles perjuicios, pero no se indica cuáles. Respecto de este tipo de protocolos de consentimiento, debe tenerse en cuenta que, según la jurisprudencia, “en ningún caso el consentimiento prestado mediante documentos impresos carentes de todo rasgo informativo adecuado sirve para conformar debida y correcta información... Son documentos ética y legalmente inválidos que se limitan a obtener la firma del paciente...”: STS de 15 de noviembre de 2006 (RJ 2006/8059).

(30) GALÁN CORTÉS: *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Madrid, 2001, p. 141.

información al paciente– y en un padecimiento innecesario para el enfermo. Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica –no cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados o el entendimiento de su entrega como una agresión–, sin excluir que la información previa pueda comprender también los beneficios que deben seguirse al paciente de hacer lo que se le indica y los riesgos que cabe esperar en caso contrario” (31).

La propia jurisprudencia, al pronunciarse sobre la cuestión apuntada, no mantiene un criterio unánime acerca de los extremos sobre los que habrá de informarse al enfermo antes de requerir su consentimiento. En efecto, según un sector de esta doctrina jurisprudencial, la información debería abarcar “tanto la naturaleza y finalidad de la intervención como sus riesgos y consecuencias, los beneficios que se esperan de ella y, con sus alternativas, los eventuales riesgos y consecuencias de su rechazo” (32). En cambio, otros sectores jurisprudenciales atribuyen un más amplio contenido al deber de información, pues abarcaría, “como mínimo y, en sustancia, la exposición de las características de la intervención quirúrgica que se propone; en segundo lugar, las ventajas o inconvenientes de dicha intervención; en tercer lugar, los riesgos de la misma; en cuarto lugar, el proceso previsible del posoperatorio, e incluso en quinto lugar el contraste con la residual situación ajena o el margen a esa intervención” (33).

En cualquier caso, del examen de los pronunciamientos judiciales que hemos tenido ocasión de realizar con carácter previo a la redacción de las presentes líneas, hemos podido constatar cómo la cuestión más controvertida en esta materia es la que se refiere a la extensión de la información sobre los riesgos de la actuación médica. Así, hay quien resuelve la cuestión planteada en el entendimiento de que los riesgos de los que hay que informar al paciente son los que, como secuelas o efectos secundarios, se deriven de la intervención (34); en tanto que en otras sentencias se afirma que esos riesgos que deben comunicarse al paciente se refieren a la posibilidad de que la intervención practicada no produzca los resultados pretendidos (35).

(31) RJ 2007/4294. En el mismo sentido, STS de 22 de diciembre de 2005 (RJ 2006/4254); STSJ de Comunitat Valenciana de 28 de febrero de 2006 (RJCA 2006/742); STSJ de Cataluña de 27 de febrero de 2007 (JUR 2007/132452); STSJ de Castilla y León de 6 de marzo de 2007 (JUR 2007/215960).

(32) SAP de Barcelona de 24 de marzo de 2006 (AC 2006/1655).

(33) SAP de Valencia de 19 de diciembre de 2005 (AC 2006/259).

(34) SAP de Murcia de 24 de septiembre de 1998 (AC 1998/6500).

(35) En semejante sentido, puede citarse aquí toda la jurisprudencia relativa a operaciones de vasectomía que, más tarde, resultaron fallidas: SAP de Baleares de 21 de enero de 1997

De otro lado, en algunos pronunciamientos judiciales, la obligación de información en materia de riesgos se circunscribe a los típicos (36), entendiendo por tales aquellos que son previsibles y frecuentes (37). En este sentido, cuando se trate de riesgos atípicos, excepcionales, imprevisibles o infrecuentes, no existiría obligación de informar, “pues no puede exigirse a los profesionales sanitarios la información eventual y potencial de todos y cada uno de los riesgos e infinitas complicaciones que pueden producirse en el acto médico” (38). Sin embargo, semejante tesis dista mucho de ser compartida de forma unánime por nuestros tribunales, ya que no faltan sentencias que amplían de forma notable el contenido de ese deber de información en sede de riesgos, extendiéndolo a “cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, y con independencia de su frecuencia...” (39).

Ciertamente, tan opuestas formas de entender la extensión del deber de información responden, en buena medida, a una tesis compartida –ahora sí– por una parte importante de la jurisprudencia de nuestro país y que, de modo resumido, responde a la idea de que el deber de información presenta peculiares y distintos perfiles en materia de medicina curativa y en sede de medicina satisfactiva. La primera sería la que “tiene por objeto curar al paciente que presenta una alteración patológica de su organismo”; en tanto que la medicina voluntaria o de satisfacción no tiene como fin propiamente curar, “sino que actúa sobre un cuerpo sano para mejorar su aspecto estético (cirugía estética) o para anular su capacidad reproductiva (vasectomía o salpingectomía)” (40).

Son muchas las sentencias en las que se distingue entre uno y otro tipo de medicina en orden a la calificación jurídica del acto médico que,

(AC 1997/256); SAP de Alicante de 27 de febrero de 1997 (AC 1997/256); SAP de Álava de 18 de mayo de 1998 (AC 1998/5514), entre otras muchas.

(36) STSJ de Comunidad de Madrid de 22 de noviembre de 2006 (JUR 2007/164387).

(37) SAP de Málaga de 10 de julio de 2007 (AC 2007/455). Para la doctrina, serían “las consecuencias y peligros de cuya aparición debe contarse de acuerdo con las experiencias de las Ciencias Médicas en el momento del tratamiento considerando las particularidades del caso concreto...; asimismo, ... las consecuencias necesarias del tratamiento o de su omisión”: RODRÍGUEZ BERZOSA y MARTÍNEZ-CALCERRADA: “El médico en el Derecho penal. Estudio doctrinal”, en *Derecho médico*, vol. I, Madrid, 1986, pp. 199 y ss., concr. pp. 263 y 264.

(38) SAP de Alicante de 8 de noviembre de 2005 (AC 2006/303) o, como se dice en la STS de 30 de abril de 2007 (RJ 2007/2397), “... no cabe exigir una información acerca de todos y cada uno de los riesgos eventuales y potenciales que pueden producirse...”.

(39) SAP de Asturias de 22 de junio de 2006 (AC 2006/999). En el mismo sentido, en la STSJ de las Islas Canarias de 13 de enero de 2006 (JUR 2006/100880) se afirma literalmente que “el facultativo tiene el deber de informar al paciente de cuáles son los riesgos, incluso los menos frecuentes, del tratamiento o intervención a que va a ser sometido...”.

(40) Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona número 37, de 18 de abril de 2006 (AC 2006/409).

en el caso de la medicina curativa, se considera de forma indubitada como obligación de medios; en cambio, la práctica de la medicina satisfactiva tiende a equipararse con la obligación de resultados (41).

Las implicaciones de semejante distinción en relación con el deber de información traen consigo –siempre a juicio de la jurisprudencia– un menor nivel de exigencia en la medicina necesaria que en esa otra que no tiene por directa finalidad la curación del paciente (42). Los argumentos que justificarían esta opción interpretativa se cifrarían en que en la medicina voluntaria “la libertad de opción por parte del cliente es evidentemente superior a la que tienen los pacientes sometidos a la medicina necesaria o curativa” (43); en “el mayor margen de libertad para optar por el rechazo de la intervención cuando ésta no es necesaria o apremiante” (44); así como en la “falta de necesidad vital de someterse a tales intervenciones” (45). De este modo, “el criterio más riguroso respecto de la me-

(41) En efecto, tal como se señala en la SAP de Valencia de 19 de diciembre de 2005 (AC 2006/259), “en el ámbito de la responsabilidad médica, es jurisprudencia reiterada la que declara que la relación médico-enfermo no implica una obligación de resultado, sino de medios, es decir, la labor del facultativo no tiene por objeto necesario la curación del paciente, que normalmente nadie puede asegurar, sino el compromiso de proporcionarle todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia y la denominada *lex artis ad hoc*... Ahora bien, la anterior doctrina es aplicable a aquellas especialidades que tiene por finalidad la curación directa de un paciente, en cuanto que el facultativo no puede comprometerse a garantizar la rehabilitación de la salud enferma, sin embargo, junto a ellas hay otras cuyo objetivo no es ese, cual es el caso de la cirugía plástica o estética, y cuya peculiar característica motiva que exista una tendencia a calificar la relación jurídica que de ella surge como propia de un contrato de obra, y originadora en el médico, por tanto, de una obligación de resultado, en la medida que al no ser puramente curativa, ni encaminarse a evitar graves deformidades o sufrimientos psíquicos, quien la emprende debe dar una garantía de su intervención que no puede exigirse a las demás ramas de la medicina, todo ello, a salvo las convenciones específicas que existan entre médico y paciente. En consonancia con ello, se ha distinguido jurídicamente dentro del campo de la cirugía entre una cirugía asistencial que identificaría la prestación profesional con la *locatio operarum* y una cirugía satisfactiva (operaciones de cirugía estética, vasectomía, aumento de estatura y técnicas odontológicas no estrictamente curativas) que identifican aquélla con la *locatio operis*, esto es, con el plus de responsabilidad que, en último caso, comporta la obtención del buen resultado, o dicho con otras palabras, el cumplimiento exacto del contrato”. La cita de la jurisprudencia que responde a esta misma concepción resultaría excesivamente extensa. Entre los más recientes pronunciamientos, sostiene tal tesis la SAP de Barcelona de 24 de marzo de 2006 (AC 2006/1655), SAP de Asturias de 22 de junio de 2006 (AC 2006/999), SAP de Barcelona de 29 de noviembre de 2006 (JUR 2007/113141), SAP de Madrid de 19 de enero de 2007 (AC 2007/937).

(42) “Sin embargo, la medicina satisfactiva, dada su peculiar naturaleza, exige extremar el deber de información. En ella... se acrecienta –para algún sector doctrinal es el único aspecto del enfoque judicial en el que debe operar la distinción con la medicina denominada necesaria, curativa o asistencial– el deber de información médica...”: STS de 23 de mayo de 2007 (JUR 2007/198094).

(43) SAP de Málaga de 10 de julio 2006 (AC 2007/455).

(44) STS de 21 de octubre de 2005 (RJ 2005/8547).

(45) SAP de Guipúzcoa de 30 de junio de 2006 (AC 2007/361).

dicina asistencial se justifica también por la necesidad de evitar que se silencien riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria o de una necesidad relativa” (46).

De acuerdo con las anteriores consideraciones, la información correcta que resultaría plenamente legitimadora del consentimiento requerido en esas actuaciones facultativas que han sido calificadas como voluntarias debería ser “objetiva, veraz, completa y asequible, y comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre la probabilidad del resultado, y también cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos que se pueden producir, sean de carácter permanente o temporal, con independencia de su frecuencia” (47).

Siendo plenamente conscientes del carácter, prácticamente, unánime con que la doctrina jurisprudencial sostiene la tesis anteriormente expuesta, debo decir que no la comparto en absoluto. Ya en un trabajo anterior tuve ocasión de pronunciarme sobre la cuestión ahora analizada (48), y lo hice en el sentido de rechazar ese distinto nivel de exigencia, en lo que a la información se refiere, en función del carácter curativo o no de la intervención. Como señalaba en aquel entonces, la necesidad de un tratamiento médico realmente no es causa que faculte al médico para reducir el nivel de información que debe suministrar al paciente. Sólo el carácter urgente del mismo puede justificar la ausencia o la reducción de los extremos objeto de información. La admisión de distintos niveles exigibles en cuanto a la extensión de la información (mayor en la medicina satisfactiva que en la curativa) supone volver a una concepción paternalista del acto médico, configuración ésta que resulta, hoy por hoy, totalmente inaceptable.

Pues bien, los años transcurridos desde que realicé las anteriores afirmaciones no me han llevado a cambiar de opinión; tampoco lo han hecho las decisiones judiciales que reiteradamente sostienen la tesis opuesta. Hoy sigo pensando que, en el caso de que se llegue a la conclusión de que el paciente debe recibir información no sólo sobre los riesgos probables o típicos, sino también sobre todos los posibles –por infrecuentes que sean–, no existe razón alguna que justifique que al enfermo que precisa someterse a un acto médico para recuperar su salud se le pueda sustraer de esos últimos extremos informativos; ¿no tiene también este enfermo el derecho a decidir, con pleno conocimiento de causa, si presta o no su consentimiento al acto médico? Creo que el simple hecho de que la concreta ac-

(46) STS de 23 de mayo de 2007 (JUR 2007/198094).

(47) STS de 23 de mayo de 2007.

(48) *La impropia llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos*, Valencia, 2002, pp. 96 a 98.

tuación médica sea precisa para preservar o recuperar la salud perdida no justifica la restricción de la información en sede de riesgos: no perdamos de vista la facultad de persuasión que sobre el consentimiento del paciente puede tener el facultativo al informarle sobre las consecuencias de su intervención profesional. ¿No tiene este paciente el mismo derecho que el que acude a la medicina para mejorar su aspecto físico de optar por la no intervención? Sostener la tesis opuesta sería tanto como afirmar la existencia en nuestro Derecho de una “obligación de tener salud”, cosa que, al menos por el momento, no creo que exista (49). Sobre este particular debe recordarse que, en la actualidad, en el régimen contenido en la Ley 41/2002, sólo se podría hablar de tratamientos médicos forzosos en caso de que exista riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias (50).

En conclusión, entiendo que las mismas razones éticas y legales que aconsejan fijar el límite del deber de información en sede de riesgos en un cierto extremo deben regir para cualquier acto médico. En este sentido, el artículo 10.1.º de la tantas veces citada Ley 41/2002 establece un contenido específico del deber de información en materia de riesgos: debe proporcionarse información básica sobre los probables en condiciones normales y sobre los relacionados con las circunstancias personales y profesionales del paciente. Y tales precisiones las efectúa sin matización alguna en función de la naturaleza necesaria o no del acto médico.

No obstante, en el párrafo segundo de ese mismo artículo 10, se realiza una afirmación que, mal entendida, podría conducir a conclusiones, a mi juicio, erróneas. En efecto, según esta norma, “el médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente”. A todas luces, la redacción de esta norma no es excesivamente afortunada, ya que, de acuerdo con el artículo 8 del mismo tex-

(49) La Constitución, en su artículo 15, proclama el derecho que todos tenemos a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, podamos ser sometidos a torturas ni a penas ni tratos inhumanos o degradantes. Por su parte, el artículo 43.1.º del mismo texto legal establece en su párrafo segundo la obligación de los poderes públicos de organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. Así pues, no cabe duda de que el derecho a la salud goza de respaldo constitucional; no así ese hipotético “deber de salud”, únicamente admisible desde la óptica del carácter de beneficio social que podría atribuirse a la salud del individuo, del ciudadano (potencial de trabajo, coste para la sanidad pública, etc.). El tema tiene, indiscutiblemente, un enorme interés, llegando sus implicaciones hasta extremos aparentemente tan alejados como lo es el de la eutanasia. No obstante, a fin de no perder el hilo conductor del presente trabajo, debemos obviar toda referencia a estas otras cuestiones, por más atractivas que puedan resultar.

(50) Artículo 9.2.º, a). La hipótesis contemplada en el apartado b) del mismo precepto y párrafo no sería en puridad un caso de tratamiento médico forzoso, sino de imposibilidad real de obtener el necesario consentimiento (del enfermo o de sus familiares) por razones de urgencia.

to legal, es preceptivo el consentimiento escrito para las intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, la aplicación de procedimientos que supongan riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. Si partimos de la base de que para todas estas actuaciones médicas es necesaria la previa obtención del consentimiento escrito, no se entiende que quepa una gradación de semejante exigencia en función de las mayores o menores probabilidades de obtención del resultado deseado.

Es posible que el legislador, al redactar el precepto ahora comentado, estuviera pensando, no en el consentimiento, sino en la información previa al mismo. De acuerdo con ello, lo que la norma, tal vez, quiere decir es que cuanto más dudoso sea el resultado, mayor debe ser el grado de información. En todo caso, esta interpretación no pasa de ser una mera conjetura, que responde a la intención de proporcionar al párrafo 2.º del artículo 10 un mínimo de compatibilidad con el carácter imperativo del consentimiento escrito prescrito por el artículo 8.

En otro orden de consideraciones, pero también en relación con el contenido genérico de los protocolos de consentimiento informado, debe reseñarse la necesidad de que la información que se suministre se module *ad hoc*, en función de las peculiaridades de cada paciente. Así lo exige —esta vez, con buen criterio— la Ley 41/2002, requerimiento éste del que también se ha hecho eco la jurisprudencia. En efecto, para nuestros tribunales, la exigencia de adaptación del contenido informativo de los protocolos de consentimiento a las peculiaridades del caso ha de entenderse en un doble sentido: de un lado, deben tratarse de formularios específicos para el concreto tipo de intervención que se va a efectuar; de otro, debe recogerse información personalizada sobre el concreto paciente.

En relación con el primero de los aspectos derivados de la necesidad de que formulario sea *ad hoc*, debe tenerse en consideración que, en muchas ocasiones, el documento que se presenta al paciente al objeto de recabar su consentimiento es de tipo genérico, modo de proceder éste que ha sido objeto de rechazo expreso por parte de nuestros tribunales. A título meramente ejemplificativo, puede citarse la SAP de Alicante de 9 de febrero de 2006, en la que se apreció graves deficiencias en el consentimiento informado de la paciente, dado que el impreso en cuestión estaba redactado para las operaciones de implantación de prótesis de mama y rinoplastia, y no para la corrección de una cicatriz que fue la concreta intervención a la que se sometió la paciente (51). En el mismo sentido, el Juzgado de Primera Instancia número 37 de Barcelona, en su sentencia de 18 de abril de 2006, entendió que hubo mala praxis en cuanto a la in-

(51) AC 2006/1465.

formación suministrada con carácter previo a la intervención, ya que la proporcionada se refería a una gastroplastia y la que realmente se practicó fue una técnica mixta de gastroplastia y bypass (52). Así pues, la exoneración de responsabilidad del facultativo frente al resultado no deseado exige como condición necesaria –aunque no suficiente– la existencia de un protocolo de consentimiento específico (53).

Pero, además, como ya se ha indicado, la corrección del protocolo de consentimiento informado exige que en el mismo se hayan contemplado las peculiaridades del concreto enfermo, al menos en la medida en que sus condiciones personales o profesionales puedan suponer un incremento de los riesgos o la aparición de otros distintos de los habituales. Y aquí son muchos los ejemplos que podríamos poner para ilustrar la anterior afirmación. Así, en la STSJ del Principado de Asturias de 5 de julio de 2006 fue objeto de reproche el formulario de consentimiento que se había obtenido debido a que en el mismo se facilitaba una información genérica sobre los riesgos generales de la intervención y de la anestesia –en principio, válidos para cualquier paciente–, pero sin que constase que se advirtiese “del riesgo concreto en relación con pacientes ancianos de la posibilidad de importantes deterioros mentales tras un proceso quirúrgico”, lo que, a la postre, terminó sucediendo (54). Por su parte, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 20 de junio de 2006, casó la sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de octubre de 2001 y apreció responsabilidad de la Administración Sanitaria, entre otras razones, porque “en el modelo (de protocolo) utilizado se deja en blanco la casilla correspondiente a los riesgos personalizados...” (55).

A partir de los anteriores pronunciamientos judiciales, cabe afirmar la necesidad indubitada de protocolos específicos y personalizados.

c) Referencia a algunas cláusulas particularmente discutibles.

En el precedente apartado hemos realizado algunas valoraciones sobre el contenido genérico de los protocolos de consentimiento informa-

(52) AC 2006/409.

(53) Entre otras muchas, STS de 22 de diciembre 2005 (RJ 2006/4254), STS de 21 de marzo de 2007 (RJ 2007/3145), STS de 20 de abril de 2007 (RJ 2007/4294), STS de 28 de junio de 2007 (RJ 2007/3698), STSJ de Comunitat Valenciana de 28 de febrero de 2006 (RJCA 2006/742), STSJ de Castilla y León de 6 de marzo 2007 (JUR 2007/215960), SAP de Barcelona de 29 de noviembre de 2006.

(54) JUR 2006/258829.

(55) RJ 2006/5152. En relación con esta cuestión, pueden contemplarse otros ejemplos en la STS 15 de noviembre de 2006 (RJ 2006/8059) y SAP de Barcelona de 11 de mayo 2006 (AC 2006/1846).

do. Hora es de que nos pronunciemos sobre la admisibilidad de ciertas cláusulas que, en ocasiones, forman parte de los mismos. En este sentido, no es infrecuente que en estos documentos aparezca, como una especie de cláusula de estilo, la autorización de otras medidas terapéuticas si fueran necesarias en el curso de la intervención (56), articulándose poco menos que como una autorización en blanco para el equipo médico.

Sobre la admisibilidad de este tipo de cláusulas tuvo ocasión de pronunciarse la SAP de Asturias de 25 de mayo de 1998. De forma sucinta, los hechos que dieron lugar al pronunciamiento del tribunal sentenciador se resumen en la práctica de un aborto terapéutico a una señora que se encontraba en la semana catorce de gestación, a consecuencia del cual sufrió una perforación del útero y tuvo que ser objeto de una histerectomía total. En la apreciación de la responsabilidad del médico, el tribunal tuvo muy en cuenta la falta de información sobre las complicaciones que podrían derivarse de la interrupción de un embarazo de catorce semanas, señalándose expresamente que “... si los riesgos en el caso debatido eran superiores a los de un aborto en el primer trimestre, esa circunstancia debe ser puesta en conocimiento de una manera clara, tanto oralmente como por escrito, a la paciente, de forma que, cuando ésta preste su consentimiento para la operación sea plenamente consciente del riesgo por ella asumido, sin que esa información pueda proporcionarse a través de un impreso general –aplicable a todas las interrupciones voluntarias– ni a través de cláusulas de estilo donde se diga que *consiente en que se le practiquen otras medidas terapéuticas, si fueran necesarias durante el curso de la intervención*, sino que debe tratarse de un escrito donde se detallen expresamente en qué consistirían esas otras medidas terapéuticas, cuándo sería necesario aplicarlas...” (57).

La misma opinión adversa se manifestó ante este tipo de cláusulas en la SAP de Asturias de 20 de marzo de 2000. En este caso, con total niti-

(56) Así, por ejemplo, en el documento de consentimiento informado para la realización de una biopsia de la Sociedad Española de Cirugía Ortopédica y Traumatológica, se establece en el apartado 6 que “si en el momento del acto quirúrgico surgiera algún imprevisto, el equipo médico podrá variar la técnica quirúrgica programada” (<http://www.secot/documentacion/consentimiento-informado.php>).

Por su parte, en un protocolo de consentimiento informado para lipoescultura, literalmente se establece: “Soy consciente de que durante el curso de la operación y el tratamiento médico o anestesia, pueden darse condiciones imprevistas que necesiten procedimientos diferentes de los propuestos. Por la presente autorizo al cirujano citado y a sus ayudantes a realizar otros procedimientos en el ejercicio de su juicio profesional necesario y deseable. La autorización que otorga este párrafo incluirá cualquier condición que requiera tratamiento y que no fuera conocida por el cirujano en el momento de iniciar el procedimiento”.

Puede consultarse este texto en (<http://www.drsunol.com/consentimiento.html>).

(57) AC 1998/1072.

dez y contundencia, el tribunal precisó que “... la genérica mención contenida en aquel documento (protocolo de consentimiento), relativa a que *el paciente consiente y autoriza a que se administren todos los tratamientos que se consideren aconsejables y necesarios a juicio del médico*, nada indica sobre la información facilitada, información que, evidentemente, debe ser proporcionada, en términos claros y comprensibles, por el médico especialista que vaya a efectuar la intervención” (58).

En ambos pronunciamientos judiciales se residencia muy adecuadamente el rechazo de la cláusula analizada en la falta de información del paciente acerca de la naturaleza de esas “otras medidas terapéuticas”, así como sobre los riesgos derivados de su práctica. Ni que decir tiene que, en relación con las mismas, podría discutirse si la firma del documento en cuya redacción se incluyen constituye o no prestación de consentimiento; pero lo que no plantea ningún género de dudas es que, en cualquier caso, tal consentimiento no puede considerarse “informado” y, consecuentemente, a través de su alegación no debería alcanzar el facultativo la exoneración pretendida (59).

Pero, además, la ineficacia de las cláusulas a las que venimos refiriéndonos puede concluirse a partir de la aplicación a estos supuestos de la normativa tuitiva de los consumidores y, más específicamente, de la relativa a las condiciones generales (60). En efecto, de acuerdo con el artículo 148.2.º del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLGDCU), se consideran sometidos al especial régimen de responsabilidad previsto en aquella norma, entre otros, los servicios sanitarios (61). Por otra parte, si por condición

(58) AC 2000/1150.

(59) No sólo la jurisprudencia, también la doctrina se ha pronunciado en contra del empleo de este tipo de cláusulas: “... aquellos documentos de *consentimiento informado* en los que el paciente otorga carta blanca al cirujano para proceder a cualquier tipo de intervención que considere necesaria, lo que se denominan *fórmulas ómnibus*, serán nulos de pleno derecho”: GALÁN CORTÉS: *Responsabilidad médica...*, cit., p. 148.

(60) Ello, evidentemente, en la medida en que el ámbito temporal de vigencia de tales normas lo permita.

(61) Refiriéndose a la anterior LGDCU, era doctrina pacífica la que afirmaba la posibilidad de aplicar a este tipo de asistencia las disposiciones protectoras de los consumidores y usuarios. Como ejemplo, puede citarse la STS de 26 de marzo de 2004 (RJ 2004/1668), que, refiriéndose a un supuesto de reclamación ante el Instituto Nacional de la Salud, declaró que “son aplicables los artículos 1, 26 y 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en cuanto la demandante es consumidora (artículo 1.º), ha autorizado unos servicios (artículo 26), entre los que se incluyen los sanitarios (artículo 28.2) y la producción de un daño genera responsabilidad objetiva que desarrolla el capítulo VIII (artículos 25 y siguientes)”. En esta misma línea, la STS de 12 de julio de 2007 (RJ 2007/5594) explica que “el artículo 25 (de la LGDCU) otorga al consumidor o usuario el derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios probados o derivados del consumo o utilización de productos o servicios con la salvedad de que tales consecuencias sean *causadas por su culpa exclusiva o*

general debe entenderse “las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos” (62), está claro que el clausulado de los protocolos de consentimiento informado lo son. En tal sentido, los protocolos de consentimiento informado constituyen auténticos contratos de adhesión, a los que sería aplicable la Ley 7/1998, en la medida en que se dé el requisito subjetivo que en ella se exige y se traduce en la necesidad de que el predisponente sea un profesional; esto es, una persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada (63).

La concurrencia en el paciente de la condición de consumidor nos permitiría la aplicación del artículo 86 del TRLGDCU y, más concretamente, de su apartado 7, que proscribe la imposición de renunciaciones o la limitación de los derechos del consumidor, siendo así que esas autorizaciones genéricas a las actuaciones que el médico estime oportunas supondrían, precisamente, la renuncia al carácter informado del consentimiento que, a todas luces, constituye un derecho básico de los usuarios de los servicios sanitarios (64). Siendo una cláusula abusiva, el efecto legal previsto –ex art. 83-1.º del TRLGDCU– es la nulidad de la misma.

En todo caso, sea cual sea la vía argumental elegida, creo que no ofrece dudas la conclusión relativa a la ineficacia de las cláusulas de autorización genéricas a las que nos venimos refiriendo, cuya inserción en el correspondiente protocolo es, además, completamente innecesaria, tenien-

por la de las personas de las que deba responder civilmente, y esta declaración se enlaza con la excluyente de tal responsabilidad del suministrador en el artículo 26 cuando se han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad, y se completa en el artículo 28, descargando esa responsabilidad en el suministrador cuando el daño se origine pese al correcto uso del servicio y cuando se hubieran desatendido las medidas de seguridad y los controles técnicos que garanticen las condiciones con que, en ese orden preventivo, ha de llegar el servicio al usuario, precisando que los servicios sanitarios están, entre otros, sometidos a ese régimen precautorio...”. Resulta también sumamente interesante el paralelismo que se establece entre la obligación de información al paciente y el genérico deber contractual de información que se efectúa en la SAP de Zaragoza de 27 de octubre de 2006 (JUR 2006/285334).

(62) Artículo 1.1.º de la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación.

(63) Artículo 2, párrafos 1.º y 2.º de la Ley 7/1998. La SAP de Madrid de 19 de enero de 2007 (AC 2007/973), refiriéndose a la información suministrada en la publicidad de una empresa dedicada al microinjerto capilar, consideró expresamente el contrato que unía a empresa y cliente de adhesión.

(64) Tal vez, también podría invocarse la previsión contenida en el apartado 1.º del artículo 89, en cuanto estima abusivas las declaraciones de adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato.

do en cuenta que los facultativos cuentan ya con una autorización legal para prescindir del consentimiento del paciente si existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo. De este modo, si en el curso de la intervención médica para la que cuenta con consentimiento informado del paciente surgieran complicaciones imprevistas que respondan a las características antes descritas –riesgo inmediato y grave–, su actuación, sobre la base de lo dispuesto en el apartado b) del artículo 9.2.º de la Ley 41/2002, resultaría completamente irreprochable, sin necesidad de acudir a la inclusión de autorizaciones genéricas e indeterminadas cuya admisibilidad resulta, cuando menos, dudosa.

Otras de las posibles cláusulas de los protocolos de consentimiento cuya legalidad puede ser discutida son aquellas en las que se establece una limitación o renuncia a la posible exigencia de responsabilidad al médico o a la institución sanitaria en caso de que se originen daños al paciente. Ya en la legislación común, el artículo 1.102 del Código Civil declaraba de forma expresa la nulidad de tales cláusulas frente a los daños ocasionados por dolo; no obstante, la exigencia de que concurra en el médico tan cualificada forma de incumplimiento hará que no sea el recién mencionado el precepto que normalmente pueda esgrimirse para combatir la eficacia de las mencionadas cláusulas de renuncia. En efecto, la realidad demuestra cómo los daños derivados de la actuación sanitaria tienen ordinariamente su origen en comportamientos meramente negligentes.

Las anteriores afirmaciones no pueden interpretarse en modo alguno como una proclamación de la validez de las cláusulas de renuncia a la exigencia de responsabilidad si el daño procede de negligencia y no de dolo. Muy al contrario, la normativa tuitiva de los consumidores –también de los usuarios de los servicios sanitarios– vuelve nuevamente a salir al paso del mantenimiento de tales cláusulas, constituyendo una inmejorable herramienta para su desarticulación. En este caso cobraría especial relieve la previsión contenida en el apartado 2.º del artículo 86 del TRLGDCU, que estima abusiva y, en consecuencia, nula de pleno derecho “la exclusión o limitación de responsabilidad del empresario en el cumplimiento del contrato, por los daños o por la muerte o lesiones causadas al consumidor debidas a una acción u omisión por parte de aquél”. De otra parte, debe recordarse que también el apartado 1.º del mismo artículo 86 prevé la ineficacia de las cláusulas que impongan una limitación o exclusión de los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o por incumplimiento defectuoso del empresario (65).

(65) Tales cláusulas cuentan con el rechazo general del legislador, que, en ocasiones, ha tenido ocasión de manifestarse expresamente en contra de las mismas. Así, por ejemplo, en la Ley 5/2003, de 3 de abril, de atención y protección a las personas mayores de Castilla y León,

Mayores dificultades puede plantear la tarea de desmantelar la eficacia de aquellas otras cláusulas incluidas en los documentos de consentimiento de intervenciones de cirugía estética, en las que expresamente se indica que no se garantiza la obtención de un resultado (66). Pues bien, a los efectos que ahora nos interesan, cobran especial relieve las aseveraciones jurisprudenciales relativas a la distinción entre medicina curativa y satisfactiva a las que hemos hecho referencia con anterioridad (67).

De acuerdo con las anteriores tesis, en la medicina estética parece que sí existe la obligación de obtener un resultado favorable. La propia dinámica con que, en la práctica, se realizan este tipo de intervenciones apunta en la misma dirección: si partimos del carácter no necesario que tiene esta modalidad de cirugía y de los riesgos que normalmente implica (anestésicos, por ejemplo) resultaría contrario al sentido común el someterse a la misma si lo que existiese fuese una mera probabilidad de obtener el resultado previsto.

Por otra parte, en la medida en que el carácter satisfactivo de la cirugía le atribuya la naturaleza de *locatio operis*, el hecho de que en el documento de consentimiento se haya incluido una cláusula que expresamente advierta de la inexistencia de garantías en cuanto al resultado posible, no nos sitúa en modo alguno frente a una obligación de medios. Nuevamente aquí, el hecho de tratarse de un profesional que actúa frente a un consumidor y hacerlo a través de un contenido contractual prerredactado, nos permitiría invocar la correspondiente normativa tuitiva que, en este concreto caso, podría estar cifrada en el apartado 1.º del artículo 86 del TRLGDCU o, en su caso, en la genérica definición de cláusula abusiva contenida en el apartado primero del artículo 82 del mismo texto legal. Constatado el posible carácter abusivo de la cláusula en cuestión, sólo restaría la declaración de su ineficacia ex artículo 8.2.º de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

se considera como infracción grave “formalizar contratos de prestación de servicios imponiendo a los usuarios condiciones abusivas o que permitan o justifiquen comportamientos arbitrarios por parte del titular, o pretendan liberarle de sus responsabilidades frente a aquéllos” (art. 61, j).

(66) Así, por ejemplo, en el documento de consentimiento informado para lipoescultura que aparece en <http://www.dr.sunol.com/consentimiento.html>, en el apartado relativo a la descripción de los riesgos, se señala literalmente lo siguiente: “Usted puede estar insatisfecho con los resultados de la cirugía. Infrecuentemente se necesita realizar cirugía adicional para mejorar los resultados”. Más adelante, dentro del mismo texto informativo, se precisa que “la práctica de la Medicina y la Cirugía no es una ciencia exacta, y aunque se esperan buenos resultados, no hay garantía explícita o implícita sobre los resultados que pueden obtenerse”. Por último, en la parte del documento en el que se recoge el consentimiento a la intervención, la cláusula número 6 dispone que: “Estoy de acuerdo en que no se me ha dado garantía por parte de nadie en cuanto al resultado que pueda ser obtenido”.

(67) Véase cita número 41 y texto al que la misma se refiere.

Al margen de lo anterior, y como cosa distinta del posible abuso que puede implicar la cláusula a través de la cual se intente transformar una obligación de resultado en simple obligación de medios, es que el obtenido, siendo el originariamente previsible, no satisfaga por completo al paciente, en el sentido de que, antes de someterse a la intervención, se hayan creado unas expectativas desmesuradas que en la realidad no haya podido ver cumplidas. Recordemos aquí que, aunque nos movamos dentro de las obligaciones de resultado, sobre el aspecto estético de la persona, resulta muy difícil sustraerse a criterios subjetivos. En todo caso, la constatación del éxito de la intervención, en caso de discrepancia, no puede resolverse sobre la base de la opinión unilateral del profesional de la medicina. A este respecto, debe indicarse que también resultaría nula la cláusula por la que se atribuyese al médico el derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato (68).

En términos generales, la jurisprudencia, cuando se ha enfrentado al problema reseñado, lo ha resuelto sobre la base de informes periciales (69), aunque hay supuestos en los que la falta de obtención del resultado previsto es tan manifiesta, que el propio tribunal, sin necesidad de acudir a peritos, se ha sentido habilitado para pronunciar un fallo condenatorio (70).

IV. Conclusiones

Las consideraciones efectuadas en el precedente apartado pueden conducirnos a la errónea idea de que los protocolos de consentimiento informado constituyen un peligroso mecanismo para los derechos de los usuarios de los servicios sanitarios. Nada más lejos de la realidad, como cualquier instrumento, en sí mismos son inocuos, dependiendo su carácter lesivo del mal uso que se haga de los mismos. En este sentido, conviene recordar en qué medida la elevación del consentimiento informado a la categoría de principio básico de la actuación sanitaria supuso una importante conquista sobre la situación previamente existente, cuestión ésta que ha sido ya suficientemente subrayada en la primera parte del presente trabajo. En cualquier caso, sí destacaremos que el referido principio es considerado como un corolario del respeto que en la sociedad y en el

(68) Artículo 85-11 TRLGDCU.

(69) Entre otras, SAP de Asturias de 20 de marzo 2000 (AC 2000/1150), SAP de Valencia de 19 de diciembre de 2005 (AC 2006/259), SAP de Barcelona de 24 de marzo de 2006 (AC 2006/1655), SAP de Asturias de 22 de junio de 2006 (AC 2006/999).

(70) Fue lo acaecido, por ejemplo, en el caso enjuiciado por la SAP de Madrid de 19 de enero de 2007 (2007/937).

Derecho actual merece la dignidad de la persona y, justamente por ello, la preterición del mismo, por sí sola, debe poder considerarse como omisión antijurídica generadora de daño moral.

Dando por ciertas las aseveraciones anteriores, ha de reseñarse que las críticas al consentimiento informado proceden de la forma en que tiene lugar su plasmación escrita, a través de unos documentos prerredactados por la clase médica y con un contenido que, por exceso o por defecto, no permite en ocasiones que el enfermo se haga cabal cuenta del alcance y las consecuencias del acto médico al que presta su consentimiento. Por ello, al margen de la protección que para el usuario de los servicios sanitarios proporciona toda la normativa tuitiva en materia de condiciones generales de la contratación, sería conveniente una más directa implicación de las Administraciones competentes en la redacción de tales documentos.

Como también hemos precisado con anterioridad, la proliferación de protocolos de consentimiento resulta, tal vez, excesiva, al menos en lo que se refiere a sus fuentes de procedencia. Quizá aquí sería necesaria una cierta armonización. Ello, evidentemente, en la medida en la que las normas estatutarias autonómicas sobre competencias lo permitan.

Algunas de las Administraciones afectadas, conscientes de los graves problemas que pueden derivarse de la puesta en circulación de protocolos de consentimiento inadecuados, se han involucrado en la cuestión a través de la creación de una Comisión de Consentimiento Informado (71) que, entre otras funciones, asumiría la de “revisión, actualización y publicación periódica de una guía de formularios de referencia de consentimiento informado” (72), así como “la elaboración de formularios de referencia para la obtención del consentimiento informado de los pacientes” y la “valoración, selección y expurgación de la documentación clínica de los consentimientos informados en desuso” (73).

De otra parte, circulan en la red distintos textos que se autodenominan “guías sobre el consentimiento informado” y que, teniendo un diverso

(71) Así, por ejemplo, el artículo 12 de la Ley gallega 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, preveía la creación de la comisión indicada en el texto, dependiendo orgánicamente de la Consellería de Sanidad y Servicios Sociales de aquella Comunidad. Por su parte, el artículo 14 de la Ley 1/2003, de 28 de enero, sobre derechos e información del paciente en la Comunidad Valenciana, contiene idéntica previsión.

(72) Artículo 7, a) del Decreto 93/2004, de 4 de junio, de la Consellería de Sanidad valenciana, por la que se determina la constitución, composición y funcionamiento de la Comisión de Consentimiento Informado.

(73) Artículo 3 del Decreto 247/2002, de 18 de julio, de la Consellería de Sanidad de Galicia, por la que se determina la constitución, composición y funciones de la Comisión de Consentimiento Informado.

origen, pretenden facilitar la resolución de los problemas antes apuntados (74). Sin poner en tela de juicio la bondad de estas iniciativas, estimo que la adecuada solución de las cuestiones analizadas debería ir en la línea ya seguida por algunas Comunidades Autónomas, a través de la elaboración institucional de específicos protocolos de consentimiento informado, a cuyos modelos deberían ajustarse todos los que profesionalmente efectúen la actuación médica de referencia (75).

Por último, y a modo de reflexión final, convendría destacar un hecho aparentemente muy obvio, pero que, a la vista de muchos pronunciamientos judiciales, no debe resultarlo tanto: en un importante número de sentencias nuestros Tribunales han tenido que salir al paso de tentativas de defensa de la clase médica, frente a reclamaciones de pacientes insatisfechos, articuladas sobre la base de la existencia de un protocolo de consentimiento informado debidamente firmado. En este sentido, hemos de precisar que la firma de un documento de consentimiento firmado, incluso en la hipótesis de encontrarse debidamente redactado, no excluye sin más la responsabilidad del médico, en el caso de que haya existido mala praxis. La exoneración del facultativo frente al resultado indeseado exige, por supuesto, que al paciente se le hubiese informado sobre tal eventuali-

(74) Así, por ejemplo, la *Guía sobre el consentimiento informado* redactada por el Comité de Bioética de Cataluña, o la *Guía práctica de consentimiento informado* elaborada por el Comité de Expertos en Consentimiento Informado del Departamento de Salud del Gobierno de Navarra.

(75) En este sentido, pese a no referirse a una actuación médica propiamente dicha, me parece sumamente correcto y detallado el documento de consentimiento informado para las prácticas de tatuaje, micropigmentación, perforación cutánea y otras técnicas similares de arte corporal aprobado mediante la Orden 1/2007, de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales de Cantabria. En dicha norma, como contenido básico del documento de consentimiento informado, se prevé el siguiente:

- Datos de identificación (del establecimiento, del profesional aplicador y del cliente).
- Denominación de la técnica y localización anatómica.
- Descripción detallada de la técnica, materiales y características.
- Duración en el tiempo, con la indicación expresa de que las que sean permanentes son “para toda la vida”.
- Información clara y realista sobre las posibilidades de eliminación de la técnica aplicada.
- Medidas higiénico-sanitarias que se adoptarán en la aplicación de la técnica corporal.
- Medidas que han de observarse en los días previos a la intervención.
- Medidas de cuidado, desinfección y limpieza posteriores a la intervención.
- Complicaciones que pueden aparecer tras la aplicación (alergias, infección o cicatrices hipertróficas).
- Contraindicaciones.
- Constancia de la voluntad del interesado de someterse a la técnica corporal y firma del interesado y el aplicador, dejando constancia del lugar y de la fecha de aplicación.
- En el caso de menores con madurez suficiente para prestar el consentimiento, documento de acreditación del grado de madurez firmado por sus padres, madres o tutores.
- Presupuesto previo y coste del servicio.

dad; pero, también, que la práctica haya sido correcta (76). En otras palabras, en orden a la liberación del facultativo de su posible responsabilidad, el consentimiento informado es condición necesaria, pero no suficiente. Será preciso también que en su proceder haya actuado de acuerdo con las exigencias de la *lex artis ad hoc* (77), que funcionaría como módulo rector que permite determinar cuándo el paciente tiene o no el deber jurídico de soportar el daño (78). Semejante parámetro de correcta actuación se daría cuando el médico hubiese intervenido con sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo (79), presumiéndose que no ha habido tal sujeción si se ha producido lo que la jurisprudencia llama

(76) Con total nitidez se expresa esta idea en la SAP de Madrid de 25 de abril de 2006 (ARP 2006/329): “En cuanto a la alegación de que la paciente prestó consentimiento informado a esta última intervención, debemos decir que... las lesiones y secuelas ocurridas van mucho más allá de lo que se menciona en el mismo y, consiguientemente si partimos de la base de que el tratamiento era inadecuado, el mencionado consentimiento no tiene relevancia alguna, puesto que lo presta una persona sin conocimientos en medicina, que no tiene capacidad para valorar si la operación ofrecida es la adecuada a sus problemas o si los riesgos a los que se expone son superiores al problema que se trataba de solucionar”.

(77) Entre otras muchas, STS de 28 de junio de 2007 (RJ 2007/3698), STSJ de Comunidad de Madrid de 22 de noviembre de 2006 (JUR 2007/164387), SAP de Barcelona de 11 de mayo de 2006 (AC 2006/1846).

(78) STSJ de la Comunidad de Madrid de 18 de octubre 2006 (JUR 2007/166407).

(79) STS de 26 de junio de 2006 (RJ 2006/5554). Mucho más extensamente, en la STS de 11 de marzo de 1991 (RJ 1001/2209) se definió la *lex artis ad hoc* como “aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina, ciencia o arte médica, que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos (estado o intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria), para calificar dicho acto como conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado; siendo sus notas: 1) como tal *lex* implica una regla de medición, a tenor de unos baremos, que valoran la citada conducta; 2) objetivo: valorar la corrección o no del resultado de dicha conducta, o su conformidad con la técnica normal requerida, o sea que esa actuación médica sea adecuada o se corresponda con la generalidad de conductas profesionales ante casos análogos; 3) técnica: los principios o normas de la profesión médica en cuanto ciencia se proyectan al exterior a través de una técnica y según el arte personal de su autor o profesionalidad: el autor o afectado por la *lex* es un profesional de la medicina; 4) el objeto sobre el que recae: especie de acto (clase de intervención, medios asistenciales, estado del enfermo, gravedad o no, dificultad de ejecución); y 5) corrección de cada acto médico o presupuesto *ad hoc*: tal vez sea éste el aporte que individualiza a dicha *lex artis*; así como en toda profesión rige una *lex artis* que condiciona la corrección de su ejercicio, en la médica esa *lex*, aunque tenga un sentido general, responde a las peculiaridades de cada acto, en donde influirán, en un sentido o en otro, los factores antes vistos)”. Este texto ha sido después reiteradamente reproducido en otras muchas sentencias, como, por ejemplo, en la STS de 26 de marzo de 2004 (RJ 2004/1668) o en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona número 37 de 18 de abril de 2006 (AC 2006/409).

“un daño desproporcionado” (80). Como se dice en la SAP de Alicante de 8 de noviembre de 2005, “cuando el mal resultado obtenido es desproporcionado a lo que comparativamente es usual, existe una presunción desfavorable al buen hacer exigible y esperado... La idea es que si el tratamiento médico produce un daño en la persona del paciente, que no guarda proporción con las enfermedades o lesión que le llevó a acudir al médico y éste no explica la causa de tal daño, este resultado desproporcionado acredita el nexo causal entre la actuación del médico y el daño” (81) y, consiguientemente, la responsabilidad del facultativo.

(80) Por ejemplo, una colecistomía laparoscópica que termina produciendo el fallecimiento de la paciente: STS de 20 de junio de 2006 (RJ 2006/5152).

(81) AC 2006/303. Son muchas las decisiones judiciales en las que nuestros tribunales acuden a la mencionada doctrina para imputar al facultativo las consecuencias dañosas del acto médico. Una de las manifestaciones que, sobre la misma, se reitera con más asiduidad es la que emparenta tal doctrina con otras de Derecho comparado. De acuerdo con la misma, “... el profesional médico debe responder de un resultado desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del mismo, que corresponde a la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla *Anscheinsbeweis* (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la *faute virtuelle* (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción”: STS de 26 de junio de 2006 (RJ 2006/5554). Análogos pronunciamientos en STS de 29 de junio de 1999 (RJ 1999/4895), STSJ de Comunitat Valenciana de 28 de febrero de 2006 (RJCA 2006/742), entre otras muchas.

LA COMUNIDAD CONYUGAL EN LIQUIDACIÓN (*)

JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA

*Profesor titular de Derecho Civil en la Universidad de Zaragoza.
Secretario de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*

(*) Iniciamos en este número de la Revista la publicación del trabajo “La comunidad conyugal en liquidación”, que continuará en los tres próximos números.

SUMARIO GENERAL

ABREVIATURAS

INTRODUCCIÓN

PRIMERA PARTE

ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y ELABORACIÓN DE LA ACTUAL REGULACIÓN ARAGONESA

CAPÍTULO PRIMERO. LA COMUNIDAD CONYUGAL CONTINUADA EN EL DERECHO HISTÓRICO ARAGONÉS

- I. LA COMUNIDAD CONYUGAL CONTINUADA EN EL DERECHO DE LOS FUEROS Y OBSERVANCIAS.
- II. LA COMUNIDAD CONYUGAL CONTINUADA EN EL APÉNDICE.
- III. LA COMUNIDAD CONYUGAL CONTINUADA EN LA COMPILACIÓN.
- IV. LA COMUNIDAD CONYUGAL EN LIQUIDACIÓN EN LA COMPILACIÓN.

CAPÍTULO II. ELABORACIÓN Y VIGENCIA DE LA NUEVA LEY

- I. LOS TRABAJOS DE LA COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL.
- II. LA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DEL PROYECTO DE LEY.
- III. VIGENCIA DE LA NUEVA LEY.

SEGUNDA PARTE

ORIGEN Y NATURALEZA DE LA COMUNIDAD CONYUGAL EN LIQUIDACIÓN

CAPÍTULO PRIMERO. DISOLUCIÓN DEL CONSORCIO CONYUGAL Y NACIMIENTO DE LA COMUNIDAD EN LIQUIDACIÓN

- I. LA NUEVA REGULACIÓN DE LA DISOLUCIÓN DEL CONSORCIO CONYUGAL.
- II. CAUSAS DE DISOLUCIÓN DE PLENO DERECHO.
- III. CAUSAS DE DISOLUCIÓN POR DECISIÓN JUDICIAL.

CAPÍTULO II. MEDIDAS PROVISIONALES, MOMENTO DE EFICACIA DE LA DISOLUCIÓN Y RÉGIMEN SUBSIGUIENTE

- I. MEDIDAS PROVISIONALES.
- II. MOMENTO DE EFICACIA DE LA DISOLUCIÓN.
- III. LA DISOLUCIÓN CON MANTENIMIENTO DEL MATRIMONIO.

CAPÍTULO III. EFICACIA DE LA DISOLUCIÓN FRENTE A TERCEROS

- I. EFICACIA DE LA DISOLUCIÓN FRENTE A TERCEROS DE BUENA FE.
- II. LA INTANGIBILIDAD DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS POR TERCEROS.

CAPÍTULO IV. REQUISITOS, SUJETOS, ESTATUTO NUEVO Y NATURALEZA JURÍDICA

- I. REQUISITOS PARA LA EXISTENCIA DE LA NUEVA COMUNIDAD.
- II. VARIEDAD DE SUPUESTOS Y DENOMINACIÓN.
- III. TITULARES DE LA NUEVA COMUNIDAD.
- IV. EL ESTATUTO JURÍDICO DE LA NUEVA COMUNIDAD.
- V. EL RÉGIMEN SUPLETORIO.
- VI. EL CARÁCTER DE LA CONTINUACIÓN EN EL DERECHO HISTÓRICO Y EN EL VIGENTE.
- VII. NATURALEZA JURÍDICA DE LA NUEVA COMUNIDAD.

CAPÍTULO V. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CUOTA EN LA COMUNIDAD POSCONSORCIAL

- I. LA ENAJENACIÓN DE LA CUOTA.
- II. LA RENUNCIA A LA CUOTA.
- III. EL EMBARGO DE LA CUOTA. LA INCLUSIÓN DE LA CUOTA EN LA MASA ACTIVA DEL CONCURSO DE ACREEDORES.
- IV. LA CONSTANCIA REGISTRAL DE LA CUOTA POSCONSORCIAL.
- V. EL EMBARGO DE LOS DERECHOS SOBRE UN BIEN COMÚN CONCRETO.
- VI. EL EMBARGO DE UN BIEN COMÚN (O DE SU MITAD INDIVISA) A INSTANCIA DE UNO DE LOS CÓNYUGES O DE SUS HEREDEROS.

TERCERA PARTE

RÉGIMEN DE LA COMUNIDAD CONYUGAL EN LIQUIDACIÓN

CAPÍTULO PRIMERO. ESPECIALIDADES DE LA DISOLUCIÓN POR MUERTE

- I. PLANTEAMIENTO GENERAL.
- II. MUERTE DE UN CÓNYUGE Y TRANSMISIÓN DE SU PARTICIPACIÓN CONSORCIAL A SUS HEREDEROS.
- III. COMUNIDAD POSCONSORCIAL Y COMUNIDAD HEREDITARIA.
- IV. COMUNIDAD POSCONSORCIAL Y USUFRUCTO DE VIUEDAD.
- V. COMUNIDAD POSCONSORCIAL, USUFRUCTO DE VIUEDAD Y FIDUCIA SUCESORIA.

CAPÍTULO II. BIENES COMUNES

- I. PATRIMONIO INICIAL.
- II. AUSENCIA DE PRESUNCIÓN DE COMUNIDAD FRENTE A TERCEROS.
- III. BIENES QUE INGRESAN EN EL PATRIMONIO COMÚN DURANTE LA INDIVISIÓN.
- IV. BIENES QUE NO INGRESAN EN EL PATRIMONIO COMÚN.
- V. LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE LOS BIENES POSCONSORCIALES.

CAPÍTULO III. GESTIÓN DE LA COMUNIDAD EN LA DISOLUCIÓN POR MUERTE

- I. INTRODUCCIÓN A LA GESTIÓN.
- II. LA ADMINISTRACIÓN POR EL CÓNYUGE VIUDO.
- III. LA DISPOSICIÓN DE BIENES COMUNES ENTRE VIVOS EN LA DISOLUCIÓN POR MUERTE.
- IV. LA FACULTAD DE DEDUCIR ALIMENTOS DEL PATRIMONIO COMÚN.
- V. LA DONACIÓN CON OCASIÓN DE CASARSE UN HIJO O HIJA DE AMBOS.
- VI. LA GESTIÓN EN CASO DE FIDUCIA SUCESORIA.
- VII. MEDIDAS CAUTELARES Y RESPONSABILIDADES EXIGIBLES AL CÓNYUGE VIUDO.
- VIII. LA PRESUNCIÓN DE APROVECHAMIENTO COMÚN DE LOS BIENES CONSUMIBLES QUE NO APAREZCAN AL TIEMPO DE LA DIVISIÓN.

CAPÍTULO IV. GESTIÓN DE LA COMUNIDAD EN LA DISOLUCIÓN POR OTRAS CAUSAS

- I. EL ARTÍCULO 54 DE LA COMPILACIÓN.
- II. EL ARTÍCULO 72 DE LA LREM.
- III. GESTIÓN “PROVISIONAL” DE LOS BIENES COMUNES Y MEDIDAS “PROVISIONALES”.
- IV. LA GESTIÓN CONFORME A LO ACORDADO.
- V. LA GESTIÓN SUBSIDIARIA DISPUESTA POR EL JUEZ.
- VI. RÉGIMEN SUPLETORIO DE LA GESTIÓN.

CAPÍTULO V. DISPOSICIÓN POR CAUSA DE MUERTE

- I. LA REMISIÓN AL ARTÍCULO 56 LREM.
- II. LA ELABORACIÓN DEL ARTÍCULO 56 LREM.
- III. OBSERVACIONES GENERALES SOBRE LA REGULACIÓN.
- IV. LA DISPOSICIÓN DE LA PARTICIPACIÓN EN EL PATRIMONIO COMÚN.
- V. LA DISPOSICIÓN DE BIENES DETERMINADOS DEL PATRIMONIO COMÚN, EN GENERAL.
- VI. EL LEGADO DE BIEN COMÚN POR UN PARTÍCIPE A FAVOR DEL OTRO.
- VII. EL LEGADO DE BIEN COMÚN HECHO CONJUNTAMENTE POR LOS PARTÍCIPE.
- VIII. EL LEGADO DE BIEN COMÚN POR UN PARTÍCIPE A FAVOR DE PERSONA QUE NO LO SEA.
- IX. EL LEGADO DE LOS DERECHOS SOBRE UN BIEN COMÚN DETERMINADO.

CAPÍTULO VI. DEUDA, RESPONSABILIDAD Y EJECUCIÓN

- I. VISIÓN DE CONJUNTO.
- II. DEUDAS COMUNES ORIGINADAS DURANTE EL CONSORCIO CONYUGAL.
- III. DEUDAS Y GASTOS DE GESTIÓN DEL PATRIMONIO COMÚN.
- IV. LA RESPONSABILIDAD POR LAS DEUDAS COMUNES.
- V. LA EJECUCIÓN SOBRE BIENES COMUNES POR DEUDAS CONSORCIALES.
- VI. LAS DEUDAS PRIVATIVAS Y SU RESPONSABILIDAD.
- VII. LA EJECUCIÓN SOBRE BIENES COMUNES POR DEUDAS ANTERIORES A LA DISOLUCIÓN.
- VIII. LA EJECUCIÓN SOBRE LOS DERECHOS EN LA COMUNIDAD EN LIQUIDACIÓN O EN ALGUNO DE SUS BIENES. REMISIONES.
- IX. LA SALVAGUARDA DE LOS PREFERENTES DERECHOS DE LOS ACREEDORES POR DEUDAS COMUNES.
- X. LA EJECUCIÓN SOBRE BIENES PRIVATIVOS POR DEUDAS COMUNES O PRIVATIVAS.

XI. RELACIONES ENTRE PATRIMONIOS.

XII. EJECUCIÓN, DERECHO DE VIUDEDAD Y FIDUCIA SUCESORIA.

CAPÍTULO VII. LA EXTINCIÓN DE LA COMUNIDAD EN LIQUIDACIÓN

- I. EXTINCIÓN POR DESAPARICIÓN DE ALGUNO DE LOS REQUISITOS DE EXISTENCIA.
- II. EXTINCIÓN POR EJERCICIO DEL DERECHO A LA DIVISIÓN.
- III. LA LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN: REMISIÓN.
- IV. LA DIVISIÓN EN CASO DE DISOLUCIÓN POR NULIDAD DEL MATRIMONIO CON MALA FE DE UNO SOLO DE LOS CÓNYUGES.

BIBLIOGRAFÍA

LA COMUNIDAD CONYUGAL EN LIQUIDACIÓN (I)

SUMARIO

ABREVIATURAS

INTRODUCCIÓN

PRIMERA PARTE

ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y ELABORACIÓN DE LA ACTUAL REGULACIÓN ARAGONESA

CAPÍTULO PRIMERO. LA COMUNIDAD CONYUGAL CONTINUADA EN EL DERECHO HISTÓRICO ARAGONÉS

**I. LA COMUNIDAD CONYUGAL CONTINUADA EN EL DERECHO DE LOS FUE-
ROS Y OBSERVANCIAS. 1.** Supuestos de continuación de la comunidad
conyugal. **2.** Viudedad y comunidad continuada. **3.** Contenido y ges-
tión. **4.** Disolución y división. **5.** Resumen de las principales carac-
terísticas.

II. LA COMUNIDAD CONYUGAL CONTINUADA EN EL APÉNDICE. 1. Su-
puestos de continuación de la comunidad conyugal. **2.** Viudedad y co-
munidad continuada. **3.** Contenido y gestión. **4.** Disolución y división.
5. Resumen de las principales características.

III. LA COMUNIDAD CONYUGAL CONTINUADA EN LA COMPILACIÓN. 1.
Supuestos de continuación. **2.** Viudedad y comunidad continuada. **3.**
Contenido y gestión. **4.** Disolución y división. **5.** Resumen de las prin-
cipales características.

IV. LA COMUNIDAD CONYUGAL EN LIQUIDACIÓN EN LA COMPILACIÓN.
1. Planteamiento. **2.** Disolución por muerte. **3.** Disolución por otras
causas.

CAPÍTULO II. ELABORACIÓN Y VIGENCIA DE LA NUEVA LEY

I. LOS TRABAJOS DE LA COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL. 1.
El planteamiento general de la reforma. **2.** Política legislativa sobre la

disolución, liquidación y división del consorcio conyugal. 3. Política legislativa sobre la comunidad conyugal continuada. 4. Reparto de ponencias y elaboración del Anteproyecto. 5. Texto de la ponencia y texto del Anteproyecto sobre disolución, liquidación y división del consorcio conyugal. 6. Extracto de la exposición de motivos del Anteproyecto de Ley de régimen económico matrimonial y viudedad.

II. LA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DEL PROYECTO DE LEY. 1. Presentación del Proyecto de Ley. 2. Enmiendas, Informe, Dictamen, debate y votación por el Pleno de las Cortes. 3. Datos globales de la incidencia de los trabajos parlamentarios sobre la disolución, liquidación y división del consorcio. 4. Análisis de la incidencia de los trabajos parlamentarios por preceptos. 5. Presentación del Dictamen de la Comisión Institucional. 6. Valoración general del Dictamen por los Grupos Parlamentarios.

III. VIGENCIA DE LA NUEVA LEY. 1. Promulgación, publicación y entrada en vigor de la nueva Ley. 2. Derecho transitorio. 3. Modificaciones en la Lrem. introducidas por la Ley de Derecho de la persona.

Abreviaturas

A	Auto
AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
Act. Civ.	Actualidad Civil
ADA	Anuario de Derecho Aragonés
ADC	Anuario de Derecho Civil
AHDE	Anuario de Historia del Derecho Español
APH	Audiencia Provincial de Huesca
APT	Audiencia Provincial de Teruel
APZ	Audiencia Provincial de Zaragoza
art.	Artículo
ATZ	Audiencia Territorial de Zaragoza
BCAZ	Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza
BIMJ	Boletín de Información del Ministerio de Justicia
BOA	Boletín Oficial de Aragón
BOCA	Boletín Oficial de las Cortes de Aragón
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CADC	Comisión Aragonesa de Derecho Civil
Cap.	Capítulo
CC	Código Civil
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CCom	Código de Comercio
cfr.	Confróntese
CHA	Chunta Aragonesista
Comp.	Compilación (aragonesa)
Const.	Constitución española
CP	Código Penal
DA	Disposición adicional
DD	Disposición derogatoria
DF	Disposición final
DGA	Diputación General de Aragón
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
Dir.	Director
DT	Disposición transitoria
ed.	Edición
F.	Fuero
GP	Grupo Parlamentario
Hmo.	Homenaje a D. Juan Moneva y Puyol
HPalá	Homenaje a D. Francisco Palá Mediano
<i>ibidem</i>	En el mismo lugar

IFC	Institución Fernando el Católico
LC	Ley Concursal
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
Lecrim.	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LH	Ley Hipotecaria
LOPE	Ley Orgánica del Poder Judicial
LRc.	Ley del Registro Civil
Lrem.	Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad
Lsuc.	Ley de Sucesiones por Causa de Muerte
ms.	manuscrito
núm.	número
Obs.	Observancia
OJH	Observancias de Jaime de Hospital
<i>Op. cit.</i>	<i>Opusculo citato</i>
p. (pp.)	Página (páginas)
Prof.	Profesor
R.	Resolución
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDCA	Revista de Derecho Civil Aragonés
RDEA	Revista de Derecho Español y Americano
RDN	Revista de Derecho Notarial
RDP	Revista de Derecho Privado
RdP	Revista de Derecho Patrimonial
RGD	Revista General de Derecho
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RH	Reglamento Hipotecario
RJN	Revista Jurídica de Navarra
RRc.	Reglamento del Registro Civil
RRm.	Reglamento del Registro Mercantil
S (SS)	Sentencia (sentencias)
ss.	siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
t.	Tomo
TR	Texto Refundido
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TSJA	Tribunal Superior de Justicia de Aragón
<i>Vid.</i>	Véase
vol.	Volumen

Introducción

En los regímenes económicos del matrimonio de comunidad de bienes, ya sea ésta parcial o universal, la disolución del régimen por cualquiera de las causas posibles no suele ir acompañada, al menos nunca de modo necesario, de la liquidación y división simultáneas del patrimonio común. El régimen se disuelve y, en consecuencia, dejan de aplicarse en el futuro sus normas sobre activo, pasivo y gestión, pero los bienes y deudas comunes existentes en el momento de la disolución no desaparecen con el régimen que les vio nacer, sino que continúan formando parte de un patrimonio indiviso ahora sujeto a un nuevo estatuto jurídico, el propio de un patrimonio en liquidación, que difiere notablemente del existente durante la vigencia del consorcio conyugal y que se prolongará hasta que, tras la liquidación, se proceda a la división del caudal remanente y a su adjudicación a los partícipes en la proporción en que lo sean.

Esta situación de comunidad conyugal en liquidación ha sido tradicional en el caso de disolución de la comunidad matrimonial –y del matrimonio mismo– por la muerte de uno de los cónyuges. En este caso, en algunos territorios como Aragón, ha existido la tradicionalmente llamada “comunidad conyugal continuada”. Pero el fenómeno de la comunidad conyugal en liquidación es, en la actualidad, mucho más extenso y se da también en cualesquiera otras causas de disolución de la comunidad matrimonial, en particular en la disolución derivada de las crisis matrimoniales.

Este fenómeno, aunque importante, no suele tener una regulación completa y, en muchos casos, el legislador prácticamente se desentiende de él, tal vez pensando que, en buena lógica, una comunidad en liquidación lo que tiene que hacer es liquidarse y desaparecer lo antes posible. El Código Civil español es un ejemplo de este planteamiento, pues apenas presta atención a la sociedad de gananciales en liquidación, salvo en lo relativo a su liquidación y división.

No ha sucedido así históricamente en Aragón ni tampoco en el momento presente. En los Fueros y Observancias, así como en el Apéndice, se conoció y reguló la situación de comunidad conyugal continuada. La Compilación de 1967 contempló la situación de comunidad conyugal en liquidación, por muerte o por otras causas, y además construyó una específica “comunidad conyugal continuada” en sus artículos 60 a 67, integrantes de un título independiente, con la intención de proporcionar a las pequeñas empresas familiares un cauce legal apto para continuar su actividad tras el fallecimiento del empresario sin más cambio estructural que la sustitución del difunto por sus herederos y la atribución de la dirección, en todo caso, al cónyuge viudo.

En la reforma de 2003 se ha prescindido de esta específica comunidad conyugal continuada inventada en 1967 y, en cambio, se ha reforzado la regulación genérica de la situación de comunidad conyugal en liquidación, que contiene también algunas normas específicas de la disolución por muerte ya conocidas en el Derecho de los Fueros y Observancias. En efecto, en el título IV, dedicado al “consorcio conyugal”, dentro del capítulo IV, referido a la “disolución, liquidación y división del consorcio”, se ha incluido una sección, la 2.^a, integrada por los artículos 68 a 75, que se ocupa de “la comunidad que continúa tras la disolución”. Es una comunidad que se inicia con la disolución de la comunidad matrimonial, por cualquier causa y sin requisitos añadidos, y dura hasta tanto no se divida y adjudique el caudal remanente. Suele conocerse también como comunidad “posconsorcial”.

El Preámbulo de la Ley de 2003 explica las razones de la supresión de la comunidad conyugal continuada introducida en 1967 con las siguientes palabras: “Las grandes transformaciones operadas desde entonces en el entorno económico y legal de las actividades económicas, así como las exigencias administrativas que condicionan la vida de todas las empresas, incluidas las agrarias, han dejado fuera de uso, o acaso sólo para supuestos marginales que no es prudente propiciar, unas normas sin duda bien-intencionadas y, entonces, innovadoras, pero que no han dado los frutos que cabía desear y, en todo caso, no resultan hoy de utilidad”.

Las enseñanzas de la Historia, así como algunas de las normas de la comunidad conyugal continuada que se deroga en 2003, han servido para la formulación más acabada de la vigente regulación de “la comunidad que continúa tras la disolución”. Hay en ella rasgos propios y específicos del Derecho aragonés, difícilmente extrapolables a otros Derechos, como es la gestión del patrimonio común por el cónyuge viudo en caso de disolución por muerte, en coherencia con la preferencia de su derecho de viudedad; pero el resto de la regulación aragonesa, sobre activo, pasivo, responsabilidad, administración y disposición en la disolución por causas distintas de la muerte, así como la regulación de las posibilidades de disponer por causa de muerte mientras la masa común no haya sido dividida, puede ser de utilidad para la construcción dogmática de la figura de la comunidad en liquidación en cualquier otro régimen de comunidad conyugal de bienes y, en particular, para explicar mejor el funcionamiento de la sociedad de gananciales en liquidación o comunidad posganancial.

La primera parte de este estudio es específica del Derecho aragonés, pues se ocupa en el capítulo primero de la comunidad conyugal continuada en el Derecho de los Fueros y Observancias, en el Apéndice y también en la Compilación, en ésta en su doble faceta de comunidad específica cuando se dan sus presupuestos y de simple comunidad conyugal en

liquidación en los demás casos; el capítulo segundo hace referencia a los trabajos de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil preparatorios de la regulación vigente, a la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley, así como a las cuestiones relacionadas con la vigencia de la Ley de 2003, que ha sido ligeramente modificada por la Ley de 2006.

Las otras dos partes del trabajo, aunque siempre sobre la base de la extensa y detallada regulación vigente en Aragón, se han construido teniendo en cuenta, además de los antecedentes históricos y la elaboración del Derecho vigente, la doctrina y la jurisprudencia existente sobre esta figura tanto en Derecho aragonés como en el Código Civil. Ha sido deseo del autor que la construcción de la figura que en el trabajo se hace pueda servir para ambos Derechos.

De esta manera, no hay duda de que el Derecho aragonés se enriquece con las valiosas y numerosas aportaciones de los autores de Código Civil, así como con las importantes resoluciones de los Tribunales que lo aplican. La construcción de la comunidad posconsorcial aragonesa resulta así más completa y acabada.

Pero, por otra parte, las soluciones del Derecho aragonés, en cuanto no son específicas de la disolución por muerte, pueden ser de gran utilidad para llenar las lagunas e insuficiencias que la regulación de la comunidad posganancial presenta en el Código Civil. En este trabajo se pone de manifiesto cómo las soluciones legales aragonesas vienen a coincidir, en la mayoría de las ocasiones, con las que la mejor doctrina y la jurisprudencia del Código Civil proponen como más razonables ante los silencios de este Cuerpo legal.

El origen y la naturaleza de la comunidad conyugal en liquidación, de los que se ocupa la segunda parte del trabajo, son, salvo algunos matices, prácticamente idénticos en ambos Derechos. Con la doctrina y la jurisprudencia de ambos se ha construido una exposición de las causas de disolución del consorcio conyugal, que lo son a la vez de nacimiento de la comunidad conyugal en liquidación, que puede ser de utilidad también para el Código Civil; lo mismo sucede con las materias de que se ocupan los restantes capítulos de esta segunda parte: medidas provisionales, momento de eficacia de la disolución y régimen subsiguiente (cap. II); eficacia de la disolución frente a terceros (cap. III); requisitos, sujetos, estatuto nuevo y naturaleza jurídica (cap. IV); régimen jurídico de la cuota en la comunidad posconsorcial (cap. V).

Si la segunda parte se centra en el momento inicial de la nueva comunidad, para estudiar las causas y el momento de su nacimiento, la eficacia de la disolución del consorcio conyugal frente a terceros, así como los requisitos y características generales de la nueva comunidad, la tercera parte se ocupa de exponer con detalle el régimen propio de la comuni-

dad conyugal en liquidación, régimen aplicable desde su nacimiento hasta la división del caudal remanente resultante de la liquidación.

Con independencia de la duración de la comunidad en liquidación y de la posible intervención judicial en su administración a instancia de los partícipes, la Ley aragonesa se ha preocupado de regular, con cierto detalle, la dinámica (siempre de menor intensidad que la del consorcio conyugal) de la nueva comunidad, en los aspectos relativos al activo (bienes comunes), el pasivo (deudas comunes y responsabilidad de los bienes comunes) y la gestión (administración de los bienes comunes y su disposición entre vivos; la disposición por causa de muerte).

Todo el régimen resulta alterado en caso de disolución por muerte por la incidencia que el usufructo de viudedad tiene tanto en los frutos de los bienes comunes, como en los gastos que son propios del usufructuario, así como en las facultades de gestión que por derecho de viudedad ya corresponden al cónyuge sobreviviente. Y es que, como dice el artículo 74 Lrem., los derechos y obligaciones derivados de la viudedad son preferentes a los propios de la comunidad posconsorcial. En coherencia, la gestión del patrimonio común, que en las facultades propias de un usufructuario ya le corresponde por derecho de viudedad, se encomienda al cónyuge viudo, salvo cuando al producirse la disolución se encontrasen ya en trámite los procedimientos dirigidos a obtener la declaración de nulidad del matrimonio, el divorcio, la separación, o la disolución del consorcio (art. 71 Lrem.).

El patrimonio posconsorcial tiene inicialmente la misma composición que tenía el patrimonio consorcial en el momento de la disolución de la comunidad conyugal; pero a partir de ese momento deja de existir la presunción de comunidad y ya sólo ingresan en el patrimonio común los frutos y rendimientos de los bienes comunes (salvo en caso de disolución por muerte y derecho de viudedad), los bienes y caudales procedentes de sustitución o enajenación de bienes comunes y los incrementos y accesiones de los bienes comunes, sin perjuicio de los reintegros que procedan (art. 68 Lrem.)

El pasivo posconsorcial está integrado por las deudas comunes originadas durante el consorcio conyugal y, desde su disolución, exclusivamente por las deudas y gastos de gestión del patrimonio común. Respecto de las primeras, la responsabilidad frente a terceros no cambia: responde el deudor o sus herederos y los bienes comunes (art. 69 Lrem.); el acreedor tiene a su favor, ex artículo 541 LEC, la presunción procesal de que la deuda anterior a la disolución es consorcial y puede seguir el procedimiento de ejecución previsto en dicho artículo. En cambio, los acreedores que pretendan cobrar sobre bienes comunes una deuda común contraída tras la disolución habrán de proceder contra ambos cónyuges o sus herederos (art. 70-1 Lrem.). También los acreedores por deudas internamente priva-

tivas contraídas antes de la disolución pueden verse favorecidos por el procedimiento de ejecución sobre bienes comunes previsto en el artículo 541 LEC; pero si la deuda privativa es posterior a la disolución, o siendo anterior ha prevalecido su carácter privativo, los acreedores ya no pueden proceder contra bienes comunes concretos de la comunidad disuelta y no dividida, pero sí contra los derechos que a su deudor puedan corresponder sobre los mismos en la liquidación de aquélla (art. 70-2 Lrem.).

La gestión de la comunidad en liquidación en los casos no comprendidos en el artículo 71 Lrem. se rige por lo acordado por los cónyuges o partícipes y, en su defecto, por lo dispuesto por el juez (art. 72 Lrem.). El derecho a solicitar un anticipo de bienes comunes para alimentos se rige supletoriamente por lo previsto en el artículo 1.408 CC. Por lo demás, el régimen supletorio de la administración y disposición de los bienes comunes es el propio de una comunidad ordinaria. No obstante, cabe admitir la validez de la disposición individual de los derechos sobre un bien común concreto, con eficacia condicionada siempre al resultado de la división del patrimonio posconsorcial. Y es que si en la disposición por causa de muerte cabe, no sólo disponer de la participación posconsorcial o de bienes determinados del patrimonio común, sino también de los derechos sobre un bien común determinado (arts. 73 y 56 Lrem.), lo mismo hay que admitir en la disposición entre vivos, así como en la ejecución forzosa de los bienes y derechos del deudor.

El capítulo final de esta tercera parte está dedicado a la extinción de la comunidad en liquidación, bien por desaparición de alguno de los requisitos necesarios para su existencia, bien por ejercicio del derecho a la división. Las modalidades de liquidación y división, las operaciones de la liquidación ordinaria, las ventajas, la división y adjudicación, los derechos de adjudicación preferente y otras cuestiones propias de esta fase final de la comunidad en liquidación sólo se dejan apuntadas, a la espera de que, en su momento, puedan recibir el desarrollo que por su importancia dogmática y trascendencia práctica merecen. El capítulo, y con él esta obra, se cierra con el estudio de la división de la comunidad en liquidación en caso de disolución por nulidad del matrimonio con mala fe de uno solo de los cónyuges, que es un supuesto que el legislador, con poco rigor sistemático, incluye entre las normas dedicadas a la disolución del consorcio (art. 67 Lrem.).

Es un trabajo que terminé de preparar a finales de 2006 con la finalidad de presentarlo a la segunda prueba de la habilitación nacional para catedráticos de Derecho civil (1/130/2005), convocada por la Resolución de 7 de septiembre de 2005 de la Secretaría General del Consejo de Coordinación Universitaria (BOE de 21 septiembre 2005).

PRIMERA PARTE

ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y ELABORACIÓN DE LA ACTUAL REGULACIÓN ARAGONESA

CAPÍTULO PRIMERO (1)

LA COMUNIDAD CONYUGAL CONTINUADA EN EL DERECHO HISTÓRICO ARAGONÉS

I. La comunidad conyugal continuada en el Derecho de los Fueros y Observancias

1. Supuestos de continuación de la comunidad conyugal (2).

A) *En el primitivo Derecho aragonés.*

La muerte de uno de los cónyuges disuelve la comunidad conyugal cuando el sobreviviente no quiere o no puede continuarla. Si la comunidad continúa, se disuelve cuando quiere el viudo o, si contrae segundas nupcias, cuando quieren los restantes comuneros (3).

(1) En las notas a pie de página se dará completa la referencia de la obra citada en la primera ocasión que se cite; en las restantes citas de una misma obra ya sólo se dará el nombre, año y página. Cuando se citen varias obras de un mismo autor publicadas el mismo año, el año irá seguido de un número entre paréntesis que servirá para distinguirlas. Toda cita incompleta podrá completarse con facilidad consultando la bibliografía que se incluye al final de la obra.

(2) Reproduzco en este punto lo escrito por José Antonio SERRANO GARCÍA: "Comentarios a la comunidad conyugal continuada", en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*. Vol. 2.º (Dir. José Luis LACRUZ BERDEJO y Jesús DELGADO ECHEVERRÍA), Gobierno de Aragón, Zaragoza, 1993, pp. 403 a 406.

(3) A esta conclusión llega José Luis LACRUZ BERDEJO en su trascendental estudio sobre "El régimen matrimonial de los fueros de Aragón", *Anuario de Derecho Aragonés (ADA)*, III, 1946, pp. 17-153 (p. 118). En el capítulo V, dedicado a la disolución y división del consorcio conyugal, analiza con todo rigor el fenómeno de la continuación de la comunidad tras la muerte de uno de los cónyuges en el primitivo Derecho aragonés, desde los testimonios documentales más antiguos (cita uno del año 845) y los textos del Derecho de Jaca hasta los fueros de la Compilación de Huesca. El estudio de las fuentes, muchas de ellas manuscritas, es exhaustivo. Por ello, me limitaré a reproducir resumidamente las principales aportaciones del profesor LACRUZ, refiriendo, en lo posible, las citas de fuentes manuscritas a las transcripciones habidas con posterioridad (Fuero de Jaca) y añadiendo, en su caso, alusiones al "VIDAL MAYOR", no publicado hasta 1956.

Desde época muy temprana, los documentos dan testimonio de que la muerte de uno de los cónyuges no disuelve necesariamente la comunidad matrimonial de bienes (4). Los documentos posteriores dan, asimismo, fe de que la costumbre de continuar el consorcio no ha desaparecido (5).

Aunque sin base documental, presume LACRUZ que el establecimiento de la comunidad por regla general ocurría existiendo hijos del matrimonio, y era legal e inmediato a la muerte de uno de los cónyuges, salvo que el sobreviviente quisiera dividir los bienes. No hay seguridad sobre si la continuación tenía lugar de modo exclusivo en los matrimonios con descendencia, o también en los que se disolvían sin ella, ni sobre si la división procedía también a instancia de cualquiera de los comuneros.

Las fuentes anteriores a la Compilación de Huesca aluden a la comunidad del cónyuge viudo con los hijos del premuerto y no tratan del caso de que tuviera lugar con los herederos de un matrimonio sin descendencia, seguramente porque tal continuación no era obligatoria para ninguna de las dos partes, ni tampoco frecuente. Las recopilaciones del Derecho de Jaca presuponen que la división ocurre precisamente cuando el viudo intenta contraer nuevas nupcias (6).

La Compilación de Huesca conserva las reglas anteriores sobre la comunidad continuada. Así, el fuero 2.º *De secundis nuptiis* se limita a reproducir lacónicamente los textos del Derecho de Jaca (7). El F. 1.º *De secundis nuptiis* pone singularmente de relieve cómo la división se efectúa

(4) Vid. un documento del 845 recogido por SERRANO Y SANZ: "Documentos ribagorzanos del tiempo de Ludovico Pío y Carlos el Calvo", en el *Boletín de la Real Academia de la Historia*, LXXXI, p. 378 y otros documentos, de 1003 y 1010, publicados por el mismo autor en "Documentos ribagorzanos del tiempo de los reyes francos Lotario y Roberto", *Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos*, pp. 460 y 605, respectivamente (citas tomadas de LACRUZ).

(5) Vid. el documento del año 1192 en Adolfo BONILLA SAN MARTÍN: "El Derecho aragonés en el siglo XII", en *II Congreso de Historia de la Corona de Aragón*, Huesca, 1920, p. 272.

(6) Redacción A del *Fuero de Jaca*, número 100 (ed. de MOLHO, pp. 69-70); redacción C número 37 (MOLHO, p. 324); redacción D número 36 (MOLHO, p. 325); redacción E número 40 (MOLHO, pp. 525-526) y redacción S número 40 [ed. de MARTÍN DUQUE (-LACARRA), *Fueros derivados de Jaca*, 2. Pamplona, 1975, pp. 316-317].

El texto número 101 de la "II Recopilación privada de Fueros de Aragón", publicada por RAMOS LOSCERTALES (AHDE, II, 1925, p. 513), dice así: *De patre aut matre qui fuerint uidui. Non possunt dare filio uel filie donum completum si non habet donum unus de alio cum carta et fidantia, aut si non diviserunt; set de sua parte cognita de racione potest donum dare.*

(7) *Quicumque defuncta uxore prima et contracto matrimonio cum secunda, non diviserit cum filiis primae uxoris mobilia et immobilia, quae cum matre eorum habebat, habebit postea cum eis dividere omnia quae lucratus fuerit cum secunda. Idem intelligitur de uxore, si sepulto viro cum alio duxerit contrahendum* (SAVALL y PENÉN: *Fueros, Observancias y Actos de corte del Reino de Aragón. Precedida de un Discurso sobre la legislación foral de Aragón*, Zaragoza, 1866, tomo I, p. 234).

El número 226 de la versión romanceada de los "Fueros de Aragón hasta 1265", contenida en el ms. 207 de la Biblioteca Provincial y Universitaria de Zaragoza, transcrita por LACRUZ, reproduce fielmente el texto latino: Vid. ADA, II, 1945, p. 306.

sólo por voluntad del cónyuge sobreviviente, y no de los hijos, aunque el no verificar tal división antes de las segundas nupcias tenga consecuencias muy desfavorables para el cónyuge que la omitió (8).

En los fueros, y sobre todo en el derecho vivido, que podemos conocer a través de los documentos más antiguos, la continuación del consorcio parece mostrarse como una forma comunitaria y familiar de explotación de bienes, sobre todo agrícolas, prevaleciendo el aspecto dinámico y productivo (9).

B) En las Observancias.

En las Observancias, como en los Fueros, es norma general la continuación de la comunidad, a la muerte de uno de los cónyuges, entre el sobreviviente y los hijos comunes (sin excluir otros posibles herederos), con la excepción del hecho del inventario que determina la voluntad de no prorrogar el consorcio (10). Esta disposición aparece recogida en las Observancias más antiguas (11), en las de Jaime de HOSPITAL (12), y de ellas pasa a la "Colección oficial":

Obs. 2.^a *De iure dotium: Nota, quod de consuetudine Regni est, quod mortuo altero coniugum omnia quae superstes expendidit, non veniunt in divisione: nisi esset factum inventarium de bonis mobilibus.*

(8) *Tamen quandocumque pater voluerit dare partem filiis, compellantur filii recipere, si incontinenti vult tradere eis partem ipsorum: aliter compelli non debet, idest si incontinenti nollet eis tradere. Idem est de matre* (SAVALL y PENÉN, I, 1866, p. 234).

Vid. número 225, *in fine*, de la versión romanceada publicada por LACRUZ (ADA, II, 1945, p. 306).

Por su parte, el "VIDAL MAYOR" dice al respecto lo siguiente: *quadaque el padre o la madre que sobreuiue quisiere partir con sus fillos los ditos bienes, los fillos luego deuen ser constreynidos a partir con eill, assí empero que si el padre antedjto sea prieto de dar lis luego a los fillos la su part; en otra guisa los fillos non deuen partir con eill* (Ed. TILANDER, VI, 10, 6, p. 402).

(9) DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: "Comunidad conyugal continuada. Requisitos para su existencia. Continuación forzosa y continuación voluntaria (arts. 60 y 61 Comp. arag.)", RCDI, 1968, p. 407.

(10) Vid. RIVAS PÉREZ, José Enrique: "Esquema de la comunidad legal continuada aragonesa en el Derecho de los Fueros y Observancias", *Homenaje a Moneva (Hmo.)*, Zaragoza, 1954, p. 638.

(11) *Item maritus non tenetur diuidere cum filiis bona mobilia nisi ea tantum que inueniuntur tempore diuisionis, nisi excepto tempore mortis factum fuerit inuentarium de eisdem, prestito tamen iuramento per eum quod non aprestauit aliquid de dictis bonis uel alienauit, ut fraudaret filios uel uxorem* (MARTÍNEZ DÍEZ: "Dos colecciones de Observancias de Aragón", AHDE, XLV, 1975, núm. 304, p. 590).

(12) Observancias de Jaime de Hospital (OJH), 5, 3, 9 (coincide con la 2.^a *De iure dotium*) y 5, 3, 31 (coincide con la 22 *De iure dotium*), en la edición de MARTÍNEZ DÍEZ, Gonzalo: *Observancias del Reino de Aragón de Jaime de Hospital*. Introducción y texto crítico. Caja de Ahorros de la Inmaculada, Zaragoza, 1977.

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

Es el simple hecho de la indivisión de los bienes, sin que se haya realizado inventario de los bienes muebles, lo que desencadena la prórroga de la comunidad conyugal, probablemente con el fin de evitar la dificultad de probar, años después de disolverse el matrimonio, qué bienes existían al cesar el consorcio y cuáles han sido consumidos hasta el momento de la división. Por eso, basta el otorgamiento de inventario para evitar la continuación de la comunidad (13). En las Observancias prevalece el momento estático de indivisión de unos bienes muebles que no se han inventariado y pasan a primer plano las preocupaciones por la dificultad de la prueba de su pertenencia, obviada con una partición de todos los muebles de que al tiempo de dividir esté en posesión el viudo (14).

C) *En la doctrina de los autores regnícolas.*

LA RIPA (15) explica de esta manera la continuación del consorcio: “En llegando el caso de morir el uno de ellos [de los cónyuges] las más veces, al menos muchísimas, sucede que no se hace inventario, empara ni otra diligencia relativa a la descripción de los muebles, ni hay quien luego inste la partición; por esto se halla prevenido en nuestras leyes que si ni a instancias del sobreviviente ni de los herederos del difunto no se hace legítima descripción, embargo, inventario u otra cosa que persuada que el sobreviviente o los herederos quieren separarse de la sociedad, continúa ésta no de la misma forma que si sobreviviese el marido, pero poco menos; porque mientras no se separe expresamente o por alguna de aquellas diligencias, puede gastar y consumir de lo que queda, aunque lo que se aumentare deberá entrar y quedar en la comunión”. Explica NOUGUÉS que se induce la nueva sociedad cuando los cónyuges significan con los hechos una tácita voluntad de formarla (16).

(13) Pero, como hace notar RIVAS, con ello no se evita la indivisión, puesto que el patrimonio continúa indiviso: simplemente se evita la aplicación de este especial estatuto a la masa de bienes patrimoniales, que quedan sometidos al derecho común de la indivisión y, en su caso, al derecho de viudedad (“Hmo.”, 1954, pp. 638-640).

(14) DELGADO: RCDI, 1968, pp. 407-408.

(15) “Tratado sobre los derechos de los cónyuges en el matrimonio a los bienes que poseen durante él y de la división de ellos entre los mismos y sus herederos”, en *Segunda ilustración a los cuatro procesos forales de Aragón*, Zaragoza, 1772. Edición facsímil de las Cortes de Aragón, Zaragoza, 1985, p. 191.

(16) “Y para que esta voluntad se presuma es necesario que, además de existir bienes, que puedan dar lugar a su formación, no medie para retenerlos ninguna circunstancia, que pue-

La regla de que continúa la comunidad con los herederos (17) del cónyuge premuerto si no se hace inventario tiene en los autores, desde MOLINO (18), algunas excepciones: en primer lugar, cuando no quedan bienes comunes al tiempo de la muerte de uno de los cónyuges, o aunque queden si se enajenan para pago de deudas comunes (19); en segundo lugar, cuando los bienes comunes que quedan no son fructíferos (20); y en tercer lugar, cuando el sobreviviente queda usufructuario universal de la parte de bienes tocante al premoriente (21). En los demás casos se presume que continúa la comunión (22).

da atribuir al supérstite un derecho, diferente del título de la sociedad" [NOUGUÉS SECAL, Pedro: *Tratado del consorcio conyugal con arreglo a la Jurisprudencia de Aragón* (obra póstuma), Zaragoza, 1859, pp. 62-63].

(17) Nótese que los autores no restringen la continuación de la comunidad al supérstite y los hijos comunes, sino que hablan genéricamente de los "herederos" del difunto.

Vid. el análisis de la jurisprudencia anterior al Apéndice sobre los supuestos de continuación de la comunidad conyugal en FORTÚN COSTEA, A.: "Estudio sobre la comunidad conyugal continuada. Una reflexión práctica". Publicado en *El Justicia de Aragón: Informes y Estudios Especiales* 1996, Zaragoza, 1997, pp. 190-192, que destaca la importancia de las SSTs de 5 de diciembre de 1866 y 27 de mayo de 1872.

(18) *Repertorium Fororum et Observantiarum Regni Aragonum*, 3.^a ed., Zaragoza, 1585, voz "Divisio", vers. *Divisionem bonorum si non fecerit*, fol. 98.

(19) MOLINOS, Pedro: *Libro de la pratica judicial del reyno de Aragón*, Zaragoza, 1575, p. 253.

La STS de 27 marzo de 1872 confirmó este criterio.

(20) LA RIPA: *Tratado sobre división de bienes*, 1772, p. 193.

Vid. SAZ de 5 de diciembre de 1917.

(21) MOLINOS: *Libro de la Pratica*, pp. 255-256. PORTOLÉS, Jerónimo: *Scholia sive Adnotationes ad Repertorium Micaelis Molini super Foris et Observantiis Regni Aragonum* (cuatro partes, Zaragoza, 1578, 1588, 1590 y 1592, respectivamente), IV, comentario a la Obs. 2.^a *De iure dotium*, números 11 y 12, p. 565.

(22) Entre los autores del siglo XIX y principios del XX, respecto a los supuestos en que no continúa la comunidad, vid. MARTÓN Y GAVÍN, Joaquín y SANTAPAU Y CARDÓS, Francisco: *Derecho y jurisprudencia de Aragón en sus relaciones con la legislación de Castilla* por dos abogados del ilustre Colegio de Zaragoza. Tomo I (único publicado), Zaragoza, 1865, p. 560; BLAS Y MELENDO, Andrés: *Derecho civil aragonés ilustrado con la doctrina de los autores forales, con el derecho común y con la jurisprudencia aragonesa del Tribunal Supremo*, Madrid, 1873. 2.^a ed., Zaragoza, 1898, p. 145; AZPEITIA ESTEVAN, Mateo: *El consorcio foral, la sociedad tácita familiar y la sociedad legal continuada* (Zaragoza, 1904) p. 57; e ISÁBAL BADA, Marceliano: *Exposición y Comentario del Cuerpo legal denominado Fueros y Observancias del Reino de Aragón*, Zaragoza, 1926, p. 489.

Dice RIVAS PÉREZ que si el fundamento de la continuación consiste en la dificultad de identificar luego los bienes existentes en el momento de la muerte de un cónyuge, es claro que tal fundamento se da también aunque el cónyuge usufructúe los muebles del consorcio, mientras no forme inventario, y cuando, aun existiendo bienes comunes, estuvieran gravados por deudas de un importe igual o superior a su valor, puesto que entonces seguiría existiendo una masa indivisa de bienes cuya posterior identificación ofrecería las mismas dificultades que cuando el activo supera al pasivo, y a la cual podría aplicarse sin inconvenientes el estatuto específico del consorcio continuado ("Hmo.", Zaragoza, 1954, pp. 641 y 642-643).

2. Viudedad y comunidad continuada (23).

En el siglo XII, junto a la continuación de la comunidad conyugal y las arras, aparece una nueva forma, voluntaria, de protección al cónyuge viudo: la concesión, por el premuerto, del usufructo o de la propiedad vitalicia de bienes determinados o de todo su patrimonio. Es la institución que luego, extendida por la ley a todos los matrimonios y a la totalidad de los bienes inmuebles del cónyuge premuerto, ha de llamarse viudedad foral aragonesa.

Institución incompatible con las arras y el consorcio prorrogado, y desconocida hasta 1247 en el Derecho escrito, la viudedad legal no puede ser anterior a este año (24).

La viudedad legal es incompatible con las arras y, de hecho, cuando el usufructo viudal se va imponiendo, las arras, llamadas después *excreix* y luego *firma de dote*, cambian de contenido y acaban por empequeñecerse y casi desaparecer (25).

La viudedad legal es incompatible con la continuación de la comunidad, precisamente porque en cuanto a la posesión y administración de los bienes son una misma cosa —por lo cual no pueden coexistir dos administraciones y posesiones una por cada título—, y porque el destino de la totalidad de los frutos es en cada caso diferente, por lo que no puede destinarse una totalidad, a la vez, a dos masas patrimoniales (26).

(23) Reproduzco aquí las pp. 444 a 447 de mis “Comentarios a la comunidad conyugal continuada”, *op. cit.*

(24) LACRUZ muestra cómo el camino hacia la viudedad como beneficio legal está jalonado por una serie de documentos en los que voluntariamente se amplían los derechos que por ley corresponden al cónyuge viudo. Los documentos demuestran que no era legal un beneficio que había de reservarse al cónyuge viudo por medio de negocio jurídico. *Vid.* ADA, III, 1946, pp. 124-129. De este trabajo tomó las siguientes ideas sobre los orígenes de la viudedad legal y sus relaciones con la comunidad prorrogada.

(25) *Vid.* el comentario a los artículos 30-32 de la Compilación de 1967 de José Luis LACRUZ.

(26) Explica LACRUZ que “la viudedad es siempre, en teoría, especie distinta de la comunidad continuada. Aun habiendo hijos del matrimonio y extendiéndose el usufructo viudal a todos los bienes del cónyuge difunto, existen entre ambas instituciones diferencias de estructura muy importantes. La comunidad continuada excluye la división de los bienes consorciales por definición, como resultado normal de la continuación del funcionamiento del consorcio, cuyo patrimonio varía en cada momento; la viudedad excluye la partición de hecho, por razones prácticas, aunque en rigor nada se opone a que se atribuyan a los herederos del marido, en nuda propiedad, o una cuota en el patrimonio del cónyuge premuerto u objetos determinados de él: por lo demás, puede la viudedad alcanzar sólo a ciertas categorías de bienes o a bienes individualmente determinados dentro de un patrimonio, en cuyo caso únicamente se suspende la partición respecto de aquéllos. Los frutos de los bienes conyugales van a parar, en la comunidad continuada, al fondo consorcial; en la viudedad, al patrimonio de la viuda usufructuaria. La administración y posesión de los bienes del matrimonio se obtienen en cada caso por título distinto” (ADA, III, 1946, pp. 124-125).

Es el F. 1.º *De iure dotium*, de 1247, el que introduce en el Derecho aragonés un principio nuevo: el de conservación, en todo caso, por la viuda, de la tenencia de los bienes que hubo juntamente con el marido, es decir, tanto de los consorciales como de los privativos. Dice así: *Defuncto viro, uxor vidua, licet ab eo filios habuerit, omnia quae simul habuerant possidebit: ea tamen vidua, existente. Et licet non accipiat virum, si manifeste tenuerit fornicatorem, vel adulterum, amittat viudatem, et dotes, ac si duxisset virum* (27).

Del texto del fuero se desprende que la mujer, tanto si tiene hijos como si no los tiene, debe retener en usufructo la totalidad de los bienes que poseía juntamente con su marido, mientras no contraiga nuevas nupcias y lleve vida honesta. Es dudoso si el fuero pretende atribuir a la viuda con hijos un derecho de usufructo, o si le autoriza para continuar la comunidad contra la voluntad de éstos. Prácticamente ocurre lo segundo por aplicación de los fueros del título *De secundis nuptiis*. Nada dice el fuero de los derechos viduales del marido.

En el *VIDAL MAYOR* los derechos viduales de marido y mujer son idénticos y la viudedad legal, aunque algún texto parece reducirla a los bienes inmuebles, se extiende también a los muebles: *el marido o la muiller, de quoaal quiere conditió que sea, ha uso de los fruitos en los bienes non mouibles del su marido que morió o de la su muiller que morió, en todo su tiempo de su uida, empero tan ayna como otro marido tomare o aillenare alguna cosa d'aqueillas cosas, deue perder luego, saluo los fruitos d'aqueill tiempo que deue auer. Otrosí, si la muiller, el su marido muerto, ouiere manifestament alguno adulterio o qui faga fornitió con eilla, luego deue perder todos los bienes de su uiudage* (28). Este texto alude sólo al usufructo sobre los inmuebles del cónyuge premuerto, pero otros ponen de manifiesto que la viudedad alcanzaba también la mitad de las cosas muebles y de las ganancias muebles del cónyuge difunto (29).

Dice LACRUZ que la extensión de la viudedad a los muebles llevaba en este tiempo inevitablemente a confundirla con la comunidad continuada, a causa de la dificultad de individualizar en todos los casos los muebles que constituían el capital del consorcio, sobre el cual había de tener lugar el usufructo. De ahí la restricción que sufrió el gravamen, seguramen-

(27) SAVALL y PENÉN: I, 1866, p. 231. Vid. el número 219 de la versión romanceada publicada por LACRUZ (ADA, II, 1945, p. 303).

(28) Ed. TILANDER, 1956, VI, 3, 11-13, p. 388.

(29) [...] *la mittad de las cosas mouibles et de las ganantias mouibles et renunciar al dreito de uiudat, el quoaal dreito auría en los bienes de la muiller demientre eill biudo biuiesse* (Ed. TILANDER, 1956, VI, 3, 42, p. 392).

En otro lugar dice el *VIDAL MAYOR*: *quoál maraueilla, por la muert del marido o de la muiller se gana usofructo por este fuero al qui finqua biuo* (Ed. TILANDER, 1956, IV, 42, 10, p. 323).

te desde el momento en que comenzó a regir la norma que lo imponía. En realidad, hasta las Observancias del ms. 36618 del Museo Británico de Londres, de principios del siglo XIV, no conocemos un texto que reduzca la viudedad a los inmuebles (30). Con tal restricción es fácil distinguir en la práctica, como dice LACRUZ, el ejercicio de la viudedad de la continuación del consorcio: si se usufructúan los inmuebles y se dividen los muebles o al menos se hace inventario de ellos, hay viudedad legal o universal; si nada cambia en el estado de cosas anterior a la disolución del matrimonio, hay comunidad prorrogada. La prórroga de la comunidad depende simplemente del hecho de la indivisión, y así no se limita a los hijos (31).

En el régimen de las Observancias ya no hay duda de que la viudedad legal se extiende únicamente a los inmuebles (32), por ello la Obs. 2.^a *De secundis nuptiis* prescribe la división de todos los bienes muebles entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del fallecido, no así los inmuebles si el supérstite quiere usufructuarlos (33). Es el simple hecho de la indivisión de los bienes, sin que se haya realizado inventario de los bienes muebles, lo que desencadena la prórroga de la comunidad conyugal.

Como excepción más frecuente a la regla general de continuación de la comunidad a la muerte de uno de los cónyuges señalan los autores el hecho de que el sobreviviente quede usufructuario universal de la parte de bienes tocante al premoriente (34). Dicen los autores que la comuni-

(30) *In Aragonia uxor in rebus mariti, causa [tam] in acquisitis tempore contracti matrimonii quam etiam acquirendis durante matrimonio, habet uiduitatem et contra econtra. Sed tamen tenetur uxor soluere debita uiri uel deserrere uiduitatem.*

Item de mobilibus nec habet uiduitatem, quod mobilia omnia que habet uiri uel uxor tempore contractus in matrimonii uel postea durante matrimonio sunt coram [communis] uiri et uxoris, et mortuo altero coniugum diuidantur inter coniugem, qui peruixit, et heredes uel manumissores defuncti (MARTÍNEZ DÍEZ, Gonzalo: AHDE, 1975, p. 557).

(31) ADA, III, 1946, p. 131.

(32) *Vid.* los números 87 y 88 de las Observancias publicadas por Gonzalo MARTÍNEZ DÍEZ (AHDE, 1975, p. 557) y la OJH, 5, 4, 19 (similar a la 2.^a *De secundis nuptiis*).

(33) *Item, bona mobilia omnia mortuo altero coniugum: statim debent dividi inter superviventem et haeredes: immobilia autem non, si vult tenere viduitatem supervivens* (SAVALL y PENÉN, II, 1866, p. 37).

(34) MOLINOS: *Libro de la Pratica*, pp. 255-256. PORTOLÉS: *Scholia*, IV, comentario a la Obs. 2.^a *De iure dotium*, números 11 y 12, p. 565.

NOUGUÉS equipara a la viudedad universal el pacto de muebles por sitios, en cuyo caso tampoco continúa la sociedad porque el sobreviviente no los tiene como socio, sino como usufructuario (*Tratado*, p. 63).

Los comentaristas del Derecho aragonés anterior al Apéndice no se ocupan de las dificultades que plantea la coexistencia de la viudedad legal con la continuada, pero sin excepción señalan la incompatibilidad entre la viudedad universal y la continuada (véase por todos ISÁBAL: *Exposición y Comentario*, p. 489).

Por su parte, la jurisprudencia de la Audiencia de Zaragoza y del Tribunal Supremo ha confirmado sin interrupción esta causa de no continuación de la comunidad: SSAZ de 23 de diciembre de 1859, de 18 de junio de 1860, de 20 de febrero de 1865, de 10 de marzo 1866, de

dad matrimonial se disuelve *ipso iure*, porque entonces cesa la participación en las pérdidas y ganancias, requisito esencial a la comunidad, ya que los beneficios obtenidos de los bienes comunes lo serían a favor del sobreviviente. Y así se ha de entender que, tanto si se hace como si no se hace inventario, siempre que existiese viudedad universal han de dividirse los bienes existentes a la muerte del cónyuge, lo cual equivale a decir que cesó en tal punto la comunidad. No obstante, como dice RIVAS PÉREZ, estas razones no resisten un análisis detenido. Si el fundamento de la continuación consiste en la dificultad de identificar luego los bienes existentes en el momento de la muerte de un cónyuge, es claro que tal fundamento se da también aunque el cónyuge usufructúe los muebles del consorcio, mientras no forme inventario (35).

El Congreso de jurisconsultos aragoneses llegó a la siguiente conclusión en tema de viudedad legal y comunidad conyugal continuada: “Que la viudedad por derecho sea extensiva a los bienes muebles; y sin más decirse por los cónyuges, al morir uno de ellos, el sobreviviente goce usufructo en los bienes sitios y muebles del premuerto. Para tal caso, nunca se hará lugar la continuación de la sociedad conyugal” (36).

En la conclusión del Congreso está implícita la incompatibilidad entre la viudedad universal y la comunidad conyugal continuada. Esta era la opinión generalizada entre los autores para el caso de la viudedad universal voluntaria o para el pacto de muebles por sitios, y no podía ser otra, en buena lógica, si por ley se pretendía establecer la viudedad sobre todos los bienes del cónyuge premuerto.

3. Contenido y gestión (37).

A) *En el primitivo Derecho aragonés.*

Según el Derecho de Jaca, el padre [o madre] viudo que quiera volver a casarse debe dividir con los hijos *totas las cosas moules e sedentz quantas que n'auran ell e la muyller demantre que era uidua* (38); otros

14 de enero de 1879, de 25 de junio de 1903, de 23 de febrero de 1905, de 2 de abril de 1908, de 2 de febrero de 1917, de 4 de diciembre de 1920 y SSTs de 23 de diciembre de 1858, de 5 de diciembre de 1866 y 22 de junio de 1872. También RDGRN de 9 de agosto de 1895. *Vid.* el análisis de la jurisprudencia anterior al Apéndice sobre la viudedad universal y la comunidad continuada en FORTÚN COSTEA, 1997, pp. 192-193.

(35) “Hmo.”, Zaragoza, 1954, p. 641.

(36) COSTA MARTÍNEZ, Joaquín: *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses*, Madrid, 1883. Nueva edición de Guara ed., Zaragoza, 1981, p. 104.

(37) Reproduzco las pp. 454 a 461 de mis “Comentarios a la comunidad conyugal continuada”, *op. cit.*

(38) Redacción A del Fuero de Jaca, número 100 (MOLHO, 1964, pp. 69-70). En parecidos términos se expresan las redacciones posteriores: Redacción C, número 37 (MOLHO, 1964,

textos insisten en la misma idea de que lo que se divide entre los hijos es la parte del cónyuge premuerto: el viudo que se quiera volver a casar *deu dar a sos filtz certa part de mule e de siti que lis deuia pertaynner per raçon del mort*, si no lo hace así y se casa es cuando los hijos *conseguiran part en totas las cosas moules e sedentz que gadaynnara aquel qui sobrauiura, quar no dona certa part e determinada asi con deuia a sos filltz e del mort mentre que deuia et podia* (39).

Nada se dice de los bienes adquiridos por el viudo o los hijos desde la muerte del padre o madre hasta las segundas bodas del superviviente. Sin embargo, los documentos parecen demostrar que lo que continúa es una comunidad dinámica, con un patrimonio capaz de aumentar mediante nuevas conquistas. Además, como dice LACRUZ, es imposible imaginar que los frutos de las heredades, aportadas o comunes, puedan permanecer aislados de los muebles consorciales, de modo que su identificación resulte luego posible (40).

Tampoco la Compilación de Huesca, que conserva las reglas anteriores sobre la comunidad prorrogada, aclara la situación de los bienes ganados durante la continuación de la comunidad: el fuero 2.º *De secundis nuptiis* se limita a reproducir lacónicamente los textos del Derecho de Jaca (41). En cambio, el ms. 458 de la Biblioteca Nacional de Madrid explica que *si, muerta la muller primera, el padre quisiere casar con la segunda, deue partir con los fillos de la primera muller todos sos bienes muebles e sedientes, on quier que los aya ganado e quando quier tro al tiempo de la partición, et en todos los sedientes que ganaron después que ensemble casaron o el uno d'ellos, en qual que manera los aya ganados, tro al tiempo de la partición* (42).

p. 324): *deu lo payre partir lealment totes les cosses mobles e non mobles que el e so mulier aujen d'esenble*; Redacción D, número 36 (MOLHO, 1964, p. 325): *deue el partir lealment todas las cosas, el mueble que aujen ensemble e non muebles eil e su mujer*; Redacción E, número 40 (MOLHO, 1964, pp. 525-526): *deu lo payre partir leyalment totes les coses mobles et non mobles que el et sa muyller aujen d'ensemble*; Redacción S, número 40 (MARTÍN DUQUE, 1975, p. 316): *deu partir lo payre totes les coses mobles et no mobles leyalment que el et sa muyller aujen ensemble*.

(39) Redacción A, número 164 (MOLHO, p. 101). Textos similares se encuentran en las restantes Recopilaciones del Derecho de Jaca: Redacción B, número 107 (MOLHO, p. 233); Redacción C, número 36 (MOLHO, p. 324); Redacción D, número 35 (MOLHO, p. 325); Redacción E, número 39 (MOLHO, p. 525); Redacción S, número 39 (MARTÍN DUQUE, pp. 315-316).

(40) ADA, III, 1946, p. 122.

(41) *Quicumque defuncta uxore prima et contracto matrimonio cum secunda, non diuiderit cum filiis primae uxoris mobilia et immobilia, quae cum matre eorum habebat, habebit postea cum eis dividere omnia quae lucratus fuerit cum secunda. Idem intelligitur de uxore, si sepulto viro cum alio duxerit contrahendum* (SAVALL y PENÉN, I, 1866, p. 234).

El número 226 de la versión romanceada de los Fueros de Aragón contenida en el ms. 207 de la Biblioteca Provincial y Universitaria de Zaragoza, transcrita por LACRUZ, reproduce fielmente el texto latino: *Vid.* ADA, II, 1945, p. 306.

(42) Ed. de TILANDER Gunnar: *Los Fueros de Aragón. Según el ms. 458 de la Biblioteca Nacional de Madrid*, LHMA, Lund, 1937, p. 126.

Pero es en el *VIDAL MAYOR* donde, con toda suerte de detalles, se describen los bienes de la comunidad prorrogada hasta las segundas nupcias: todos los bienes muebles del matrimonio o habidos hasta el momento de la partición por los consortes (43) y los inmuebles comunes o ganados por los comuneros hasta la partición (44). No se dividen entre el sobreviviente y los hijos los inmuebles de marido o mujer anteriores al matrimonio (y, seguramente, los adquiridos a título lucrativo con posterioridad) por su condición de privativos (45) y tampoco los bienes propiedad exclusiva de los hijos (46). Desde la disolución del matrimonio hasta la partición de la comunidad continuada ingresan en ésta tanto las ganancias muebles como inmuebles realizadas por el sobreviviente y los hijos; cosa que no sucede si se disuelve la comunidad aunque permanezca la indivisión de bienes (47). Si las segundas nupcias tienen lugar antes de la partición, los hijos del primer matrimonio tienen derecho, además, a la cuar-

(43) *Uno de marido et muiller muerto, todos los fillos d'aqueill mismo muerto, si quiere sean en su poder, si quiere fuera de su poder, serán clamados a partilla, con el qui biue, de las cosas mouibles las quales possedían marido et muiller en el día que morió el uno d'eillos, et serán aún recebidos a la partilla d'aqueillas cosas que ganará el marido o la muiller qui biue entro ad aqueill día de la partilla, en guisa que el marido o la muyller qui biue aurá la mittad d'aqueillos bienes et los fillos la otra meytad pora partir entre sí depués ygoalment* (Ed. TILANDER, IV, 33, 2-3, p. 296).

(44) *El sobreviviente debe partir con los hijos, además de los muebles, las cosas non mouibles que el marido et la muiller o el I d'eillos ganaron depués que casaron entroa ad aqueilla partición* (Ed. TILANDER, VI, 11, 2, p. 403).

(45) *Quar las cosas non mouibles que cada I del marido et de la muiller auían ante del matrimonio, saluas las arras, ninguno d'eillos no es tenido de partir, de quoral quiere conditió que sea, con ninguno de los fyllos* (Ed. TILANDER, VI, 11, 3, p. 403).

(46) *Empero aqueillas cosas mouibles que los fillos han ensemble o partido, que sean deiús eill qui biue o fuera de su poder ganaron aqueillas cosas, encara por donadío de los parientes ouivieron ganado, enpero que sea feito aqueill donadío por razón, non serán tenidos de partir aqueillos bienes, ante será saluo a cada I lo que an en tal manera* (Ed. TILANDER, IV, 33, 4-5, p. 296).

(47) *Empero es assaber que, depués que entre el padre et los fillos los bienes son partidos, los fillos non deuen auer d'aqueillas ganantias mouibles o non mouibles el padre o la madre que ganaron, el qui partió las cosas mouibles segunt es dito, maguer aqueill padre o la madre ganasase aqueillas ganantias non mouibles, las quales reteniendo deuta partir con eillos. Empero, si algún millloramiento fiziere en aqueillas cosas que deue partir con los fillos anteditos, aqueill amillloramiento [que] fiziere en las cosas todo entrará en aqueillas cosas en las quales fué feito aqueill amillloramiento, por que los fillos deuen auer aqueill amillloramiento* (Ed. TILANDER, VI, 11, 11-13, p. 404).

Et esto feito [la partición], non será tenido [el hijo] de partir ren con los hermanos de las cosas que ganó, fuera del poder ho en el poder seyendo del padre o de la madre, et encara si ganare por donadío del padre o de la madre o de ambos, assí empero que aqueill donadío sea feito segunt fuero, si aqueillos bienes mouibles non fueron ganados en el tiempo, que ganó, de la muert del padre o de la madre qui finó a postremas entro al día de la dita partilla, quar sin dubda ninguna será tenido de partir aqueillos bienes, si non fuere cosa manifesta que d'otro logar et en otra guisa ganó eill aqueillos bienes, car entontz non sería tenido de partir aqueillos bienes (Ed. TILANDER, IV, 33, 12-13, p. 297).

ta parte de las ganancias habidas durante el nuevo matrimonio hasta la partición (48).

De manera que en el *VIDAL MAYOR* lo adquirido por los hijos con independencia del acervo consorcial era de propiedad exclusiva del adquirente, y de la misma forma ingresaban en el patrimonio privativo del cónyuge viudo las heredades que consiguiera por título lucrativo, o al menos aquéllas que constante matrimonio no hubieran tenido la consideración de comunes (49).

Tampoco aluden las fuentes aragonesas a los poderes que competían al sobreviviente en la gestión de la comunidad prorrogada con los hijos. Cabe suponer, con LACRUZ (50), que eran los mismos que competían al marido constante matrimonio; por tanto, no sólo le estaría prohibido al cónyuge viudo disponer de los inmuebles comunes en favor de los hijos, como ponen de manifiesto algunos textos (51), sino también en favor de otra persona sin el consentimiento de éstos. Podía, en cambio, disponer de los muebles, no siendo en fraude de los otros comuneros (52).

De seguro la viuda o el viudo no infanzones administrarían los bienes comunes y privativos, percibirían los frutos que serían luego destinados a satisfacer las necesidades del consorcio, las atenciones particulares de sus miembros y la adquisición de nuevos bienes; estarían legitimados, igual que el marido constante matrimonio, para disponer sobre los bienes muebles y precisarían de la concurrencia de los hijos para enajenar heredades. A éstos competería, además de su participación en el fondo consorcial, el

(48) *Mas si alguno del marido o de la muiller se casare, ante que partan, será constreynido de partir por medio todas las ganantias, dont quiere que fueron ganadas durando el matrimonio, saluo la meata d'aqueilla ganantia, con los fillos del primero matrimonio, la quoa sobredita mittat con todas las ganantias deue ser de la segunda muiller et la otra meytad deue partir con los fillos del primero matrimonio.* (Ed. TILANDER, VI, 11, 4-5, pp. 403).

(49) Ya LACRUZ, en 1946, pensó que era lógico que así sucediera (*vid.* ADA, III, p. 123).

(50) ADA, III, 1946, p. 123.

(51) *Vid.* el texto número 101 de la "II Recopilación privada de Fueros de Aragón" publicada por RAMOS LOSCERTALES (AHDE, II, 1925, p. 513). *Vid. etiam:* Redacción A, número 255 (MOLHO, pp. 137-138); F. 1.º *De donationibus* (SAVALL y PENÉN, I, p. 286); número 213 de la versión romanceada publicada por LACRUZ (ADA, II, p. 301); número 219 de la versión romanceada publicada por TILANDER (pp. 117-118). Por último, el "VIDAL MAYOR" dice lo siguiente: *Muerto el uno del marido o de la muiller, qui biue non puede ren dar ad alguno de los fillos oltra su part, mueble o non mueble, si por auentura, mientre biuían, non pusieron entre sí con público instrumento, que fuesse firmado con fiador et con testigos, que el qui sobrebiuiesse al otro podiesse hondrar I de sus fillos o de las fillas por dono o por donos, segunt la forma que es puesta en el antedito capítulo, et esto ante que faga partiñon con los fillos, quar, depués que partiñlla fuere feita de los bienes entre este padre o madre que sobrebiue et los fillos, podrá segunt su uoluntad dar et assignar francament de la su part a uno de los fillos o a muitos o a quoaes quiere otros quoa eill quisiere por donatión o por quoa se quiere otro título* (TILANDER, V, 53, 2-3, p. 381).

(52) LACRUZ (ADA, III, 1946, p. 123) cita un texto del ms. de Londres.

derecho a ser alimentados en la casa familiar, según es lógico y se afirma expresamente en las fuentes navarras, pero no podrían inmiscuirse en la administración del cónyuge sobreviviente, ni reclamar su parte en los bienes comunes o aportados ni en las ganancias conseguidas con ellos, que sólo se dividirían, juntamente con el capital, a la terminación del consorcio (53).

No obstante, el "VIDAL MAYOR" dice que, muerto el marido infanzón, las cosas muebles deben ser partidas entre la viuda y sus hijos previa detracción de las ventajas de la mujer: *todas las otras cosas entre la madre et los fillos deuen ser partidas, la mittad de los quaoles bienes deue auer la madre et la otra mittad los fillos* (54). Y lo mismo hay que entender del infanzón muerta su mujer (55). De manera similar se dispone para la mujer ciudadana o de burgo y para la rústica o villana (56). En la división de los bienes muebles se tiene en cuenta la minoría de edad de los hijos (57). Por tanto, según el "VIDAL MAYOR", los hijos podían pedir al padre viudo la división de los bienes muebles (58); pero, si el padre o madre

(53) LACRUZ, ADA, III, 1946, p. 124.

(54) TILANDER, VI, 3, 14-18, pp. 388-389.

(55) VIDAL MAYOR, ed. TILANDER, VI, 3, 19-20, p. 389.

(56) VIDAL MAYOR, ed. TILANDER, VI, 4, 20-23 y VI, 5, 7-11.

(57) *Si, muerto el uno del padre o de la madre, fincaren fillos o fillas que non son de hedat, los más cercanos cormanos d'aqueill fillo o d'aqueillos fillos qui serán clamados a heredar los sus bienes, si moriessen sin testament, pueden aquellos segunt fuero constreynner al padre o a la madre qui biue d'aqueillos fillos menores qui non son de hedat que parta con sus fillos los bienes mouibles, et, feita aqueilla partilla, entre aqueill padre o la madre et aquellos cormanos sobreditos deue ser feito declaramiento que aqueill qui millor manteniença monstrare et más aproueitable ad aqueill fillo menor o los fillos menores deua possedir aqueillas cosas mouibles et tener. Empero deue dar abastant seguramiento et conuenible con fiador et con instrumento público, tan bien d'aqueillas heredades como de las ganantias, de tornar et render lis todo el su bien ad aquellos fillos menores, tan ayna como uenieren a hedat. Et estos cormanos pueden constreynner en dar est asseguramiento al padre et a la madre, si en su poder son aquellos bienes, e otrosí el padre o la madre pueden constreynner a estos cormanos en dar est asseguramiento, si en su poder son aquellos bienes* (VIDAL MAYOR, ed. TILANDER, VI, 9, pp. 401-402).

(58) *Et otrosí, muerto el uno del marido et de la muiller, los fillos siempre deuen partir los bienes et ser con aqueill o con aqueilla qui sobreuiue et los fillos, et, passado el noueno día empués la muert del marido o de la muiller que morió, los fillos pueden constreynner ad aqueill que sobreuiue que parta con eillos todas las cosas mouibles que ambos el marido et la muiller, en el tiempo de la muert d'aqueill qui morió, si quiere que aquellos bienes fuessen ganados en el tiempo del matrimonio o ante, auían, et otrosí las ganantias de las cosas non mouibles que fueron ganadas tant solament en el tiempo del matrimonio et encara después, ante la partición de las cosas mouibles. Aquestas cosas que ante del matrimonio ganaron el marido et la muiller o el I d'eillos otrosí deuen ser partidos por medio entre aqueill padre o madre que sobreuiue et los fillos* (Ed. TILANDER, VI, 11, 6-9, pp. 403-404).

En otro lugar se dice: *Empero, si el I del padre o de la madre tiene cosas que deuen ser partidas entre los fillos, el IXº día passado de que aqueil morió, los hermanos et hermanas con los quaoles eill deue partir luego deuen ser clamados a la partilla de las cosas mouibles et non mouibles* (Ed. TILANDER, IV, 33, 8, p. 296).

sobreviviente no volvía a contraer matrimonio, no estaba obligado a entregar a los hijos su parte, incluso una vez realizada la división (59). Lo que significa que la continuación era obligatoria para los hijos o que el padre o madre disfrutaba de viudedad universal mientras permaneciera viudo.

B) En el Derecho de Observancias.

Como en el régimen de los Fueros, el activo de la comunidad prorrogada está integrado por los bienes comunes existentes al tiempo de producirse la continuación y por todos los ganados hasta la partición (60). En el supuesto de segundas nupcias, la mitad de todo lo ganado durante la nueva unión ingresa en el consorcio y ha de dividirse por mitad entre el padre o madre supérstite y los hijos del primer matrimonio (F. 2.º *De secundis nuptiis*), según dice la Obs. 1.ª *De secundis nuptiis, quia praesumitur quod de bonis communibus fuerit lucratus*. Esto es así, aclara la Observancia, *nisi aliás constet per ipsum ex sua industria, vel alio modo fuisse lucrata* (61). Por tanto, no integran el activo de la comunidad (al menos si continúa durante las segundas nupcias) los bienes que adquiriera el sobreviviente mediante su propia industria, o que haya lucrado de otro modo que no guarde relación con los bienes comunes. Tampoco entran en el cúmulo de bienes comunes las mejoras hechas en bienes privativos de un cónyuge durante su matrimonio o hasta el momento del segundo enlace, pues éste o sus herederos vienen obligados a entregar al otro cónyuge o a los suyos la mitad del importe de las mejoras o la cuarta parte de la finca mejorada, a voluntad del dueño de ésta (62). Por último, no forman

(59) *Empero el padre o la madre qui sobreuiue, si non casare otra uetz, si non quisiere, non partrá con eillos aquellos bienes en su uida* (Ed. TILANDER, VI, 11, 10, p. 404).

(60) *Item, si vir fecerit emptiones durante matrimonio inter ipsum et primam uxorem, vel usque ad tempus secundi matrimonii, nondum facta divisione cum filiis primae uxoris, de istis debent habere filii primae uxoris medietatem, in qua secunda uxor nullum habebit ius: et alia medietas contingens viro debet dividi inter filios primae uxoris et secunda per capita: et in ista medietate secunda uxor tenebit viduitatem* (SAVALL y PENÉN, II, p. 38). Vid. OJH, 5, 4, 87.

(61) SAVALL y PENÉN, II, p. 37.

OJH, 5, 4, 17: *Mortua uxore si viduus non diviserit cum filiis primae uxoris quando contraxit cum secunda, debet eis medietatem omnium quae lucratus fuerit cum secunda. Ratio est quia praesumitur quod de bonis communibus fuerit lucratus, nisi alias constet per ipsum ex sua industria vel alio modo fuisse lucratus*.

(62) *In operibus vero factis per virum in bonis primae uxoris constante matrimonio inter oes, vel usque ad tempus secundi matrimonii. Vir lucratur medietatem operum vel quartam partem rei operatae: et ista pars contingens virum debet dividi inter filios primae uxoris et secundae. In qua secunda uxor nullum ius habet, nisi viduitatem in medietate contingente filios secundae uxoris et primae ratione patris. Et si vir operatus fuerit in bonis propriis infra tempus supradictum, filii primae uxoris hebebunt medietatem operum vel quartam partem proprietatis, relicta semer optione illi in cuius solo fuit operatum, plantatum vel aedificatum: et alia medietas debet*

parte del consorcio prorrogado las ventajas del padre o madre supérstite y los bienes aportados al matrimonio por la segunda esposa (63).

En la disolución de las segundas nupcias del cónyuge sobreviviente se establece un régimen especial para las joyas que de los bienes comunes del primer matrimonio regaló el marido a su segunda mujer y se encontraron en poder de aquél al tiempo de su muerte: corresponden por mitad a los herederos del marido y a la segunda mujer o los suyos, a no ser que fuesen ventajas de dicha segunda mujer, pues en tal caso le corresponderían a ella enteramente (64).

Durante la continuación de la comunidad, el cónyuge supérstite puede gastar de los bienes muebles comunes, siempre que no lo haga en su propio interés o en el del premuerto. En tal caso, los bienes que no aparezcan al tiempo de la división se tienen por consumidos y se presumen gastados en utilidad común, salvo prueba en contrario (65). Jaime de HOSPITAL dice que *uso del regno yes que si el marido sobrevivirá a la muller vel e converso, aquel que vive ante que sia feito inventario de los bienes muebles o sean emparados puede consumir o despende aquellos, mas si inventario hende sera feito o emparados seran no pueden fer. Et yes la razon esta, porque en todo lo que guanya el sobrevivient ante que no faga la particion o sia feito inventario de los bienes o emparamento, los herederos del defuncto ganan su meitat. Et si por el contrario, si son negligentes en de-*

dividi inter filios primae et secundae uxoris, et in ista medietate secunda uxor tenebit viudicatem (Obs. 10 *De secundis nuptiis*, SAVALL y PENÉN, II, p. 38). Vid. OJH, 5, 4, 88 y 89.

Vid., en sentido más general, la Obs. 12 *De iure dotium*.

(63) [...] *exceptis tamen primo suis advantagiis et exceptis iis bonis quae notabiliter constet fuisse per secundam uxorem ducta in matrimonio*. (Obs. 3.^a *De secundi nuptiis*, SAVALL y PENÉN, II, p. 37). Vid. OJH, 5, 4, 21.

La Jurisprudencia de la Audiencia de Zaragoza (SS de 10 de abril de 1876, de 20 de octubre de 1869, de 5 de noviembre de 1873 y 20 de mayo de 1882) aplicó estrictamente las anteriores disposiciones de los Fueros y Observancias.

(64) [...] *et etiam exceptis iocalibus, quae vir secundo contrahens dederit secundae uxori de bonis communibus inter eum et primam uxorem, si illa pro iocalibus data tempore mortis viri, in eius posse sint reperta, quia illa uxor secunda, seu eius haeredes, debent primo dividere cum haeredibus viri, nisi sint de illis quae uxor superstes debet recipere ante partem, quia tunc uxor superstes debet ea habere praecipua* (Obs. 3.^a *De secundis nuptiis*, SAVALL y PENÉN, II, p. 37).

(65) *Item, bona mobilia dicuntur consumpta et habetur pro consumptis, quando non constat in quo fuerunt possita, secus quando constat, ut puta in solvendis debitis defuncti vel similibus, quia tunc, sic et simili modo consumpta veniunt in divisione, alias non* (Obs. 57 *De iure dotium*, SAVALL y PENÉN, II, p. 36). Vid. OJH, 5, 4, 20.

Seguramente sería aplicable al cónyuge administrador de la continuada la Obs. 29 *De iure dotium*: *Item, si certum posit esse et probari, quod maritus pecuniam quam mortuo recepit, vel blandum, vel aliam rem expendidit in necessariis domus in comedendo, vel bibendo, vel alias, quod praesumitur si vir non fuerit malus administrator, mortuo viro uxor solvet partem illius debiti, dato quod cum viro non fuerit obligata* (SAVALL y PENÉN, II, p. 34).

mandar que sia feito inventario de los bienes mobles et de fer los emparar, et el sobrevivient los consuma contesele su negligencia (66).

Los textos de las Observancias dan por supuesto que la potestad de administrar el consorcio conyugal prorrogado corresponde al cónyuge superviviente, sin intervención alguna de los consortes herederos del premuerto. Parece lógico pensar que las posibilidades de disposición de bienes comunes del viudo serían similares a las del cónyuge administrador constante matrimonio.

A diferencia de los Fueros, las Observancias permiten al viudo continuador hacer donaciones a los hijos, con motivo de su matrimonio, de los bienes comunes e incluso de los privativos del premuerto si permanecen indivisos. En efecto, las Observancias de Jaime de HOSPITAL en el título *De donationibus* (67) y en el *De iure dotium* (68) dicen que el padre o madre superviviente pueden hacer a sus hijos, con ocasión de matrimonio –y no en otro caso–, una donación cuyo importe sea aproximadamente igual a la que hicieron ambos cónyuges a los hijos o hijas que casaron anteriormente en vida de los dos. Esta donación ha de hacerse con cargo a los bienes comunes indivisos, y de modo que quede otro tanto de esos bienes para los hijos que todavía no han contraído matrimonio: para hacer a éstos una donación aproximadamente igual cuando lo contraigan. Pero añade HOSPITAL, afirmando además que así se ha juzgado varias veces, que si los bienes del cónyuge difunto permanecen indivisos entre los hijos, el sobreviviente puede dar cuanto quiera de ellos a aquel de sus hijos que vaya a contraer matrimonio, bienes que éste no habrá de colacionar. Estas Observancias se recogen textualmente en la Compilación de 1437: Obs. 12 *De donationibus* (69) y 17 *De iure dotium* (70).

(66) OJH, 5, 4, 65.

Completa la explicación el siguiente texto también de las Observancias de Jaime de HOSPITAL: *Sed si dividerit mobilia secundum consuetudinem non tenetur dare medietatem lucratorum, quamvis non dividerit immobilia, quia viduus debet possidere quae simul habeant et quia usufructus immobilium eius usus est; intelligitur aliquid ex bonis communibus fuisse lucratus* (OJH, 5, 4, 18).

(67) OJH, 4, 10, 33 a 35.

(68) OJH, 5, 3, 24.

Item nota quod vir defuncta uxore vel uxor defuncto viro potest dotare filium vel filiam de bonis communibus non obstante foro “de donationibus”, cap. II, lib. III [Fori 4, 12, 2] (OJH, 5, 3, 57).

(69) *Pater vel mater superstes potest dare filio vel filiae communibus in casamento, et non alias de bonis suis, et coniugis mortui, unum vel plura dona mobilia vel immobilia tanti valoris parum plus vel minus quantum ambo coniuges dederant alteri filio vel filiae in casamento in quo ipsum collocaverant: dum tamen tantum parum plus vel minus remaneat de bonis communibus, quod possit dari in casamento cuilibet ex filiis vel filiabus remanentibus, qui matrimonium non contraxerunt* (SAVALL y PENÉN, II, p. 31).

(70) *Item, pater vel mater superstes si bona defuncti inter fratres remanent indivisa: potest dare antequam fiat divisio filiis de mobili et sedenti indivisis, quod sibi visum fuerit in matrimo-*

C) *En la doctrina de los autores.*

En el activo de la comunidad incluyen los autores todos los bienes ganados durante la continuación con los bienes indivisos existentes al tiempo de producirse la continuación. Señala LA RIPA a este respecto que “todo lo que sean frutos de los fundos, pastos y productos de los ganados, réditos de censos, ganancias de la tienda, trato o tráfico que llevaban los cónyuges mientras vivían, que lo continúa el sobreviviente, será común, porque para este efecto persevera como antes la sociedad” (71). Pero se exceptúan, como dice MOLINOS, aquellos bienes que constase haber sido adquiridos, no con los bienes comunes, ni por ocasión de ellos, sino *aliunde*, como si alguno se los hubiese dado, o los hubiese adquirido con alguna industria sin aprovecharse para ello de los bienes comunes (72).

nio quod contraxit licet aliqui supersint qui non contraxerint: et si non fecerit deffinimentum qui contraxit, dividet nihilominus bona quae remanent indivisa cum aliis fratribus: quia non habemus de Foro collationem bonorum, secus si diffiniverit, qui tunc non habet locum ius succedenti vel dividendi, aut partem petendi cum aliis fratribus id quod superest (SAVALL y PENÉN, II, p. 33).

Vid. LACRUZ BERDEJO, José Luis: “Algunas observaciones sobre la facultad que conceden al cónyuge continuador de la comunidad los artículos 54 y 76- 6.ª del Apéndice”, ADA, IV, Zaragoza, 1947-48, p. 133.

(71) *Tratado sobre división de bienes*, p. 192.

(72) *Libro de la Pratica*, p. 253. En el mismo sentido, LA RIPA: *Tratado sobre división de bienes*, p. 192.

NOUGUÉS, tratando de poner de manifiesto las diferencias entre la comunidad conyugal constante matrimonio y la comunidad conyugal continuada, dice que “esta segunda sociedad constituida por el silencio de los interesados, difiere de la primera; porque en la una entran todos los bienes, y en la otra sólo entran los que ya existían, y las adquisiciones que proceden de título oneroso, haciendo suyos cada uno de los cónyuges separadamente, y con una completa independencia, los bienes que emanan de título lucrativo: en la una todo lo que trabajan los socios es para la sociedad, cualquiera que sea la grangería a que se dediquen, y la ocupación en que se empleen; en la otra es patrimonio de cada uno de ellos lo que gana por un efecto de una industria, o de un trabajo extraño a la marcha, que primeramente llevaban los negocios de la comunión: por decirlo de una vez, lo que antes existía era una sociedad, que comprendía el producto de la industria, todos los bienes presentes, todos los muebles futuros cualquiera que fuese el título de adquisición, los sitios que ingresaron por título oneroso, y los rendimientos de los que procedieran de título lucrativo: y la que forman después, es una sociedad particular, concreta a lo que hay al tiempo de su formación, y a lo que puede lucrarse con la administración de lo que existe entonces” (*Tratado*, 1859, p. 62). Véanse también las pp. 64 y 65 sobre el activo de la comunidad prorrogada.

Según MARTÓN y SANTAPAU (*Derecho y jurisprudencia*, pp. 561-562), “autores hay que creen y admiten como cosa corriente en la jurisprudencia de nuestro reino, que se hace común la utilidad que puede reportar al cónyuge sobreviviente el ejercicio de la *misma* industria a que se dedicaba, cuando vivía, su compañero; de manera, que para los autores aludidos es evidente que no entrará en esta segunda sociedad, para los efectos de la comunicación y división, el lucro que produzca el ejercicio de cualquier otro oficio, industria u ocupación a que *nuevamente* se dedique el sobreviviente, pero distinta de aquella a que se consagraba en la sociedad conyugal, porque ésta se comunica y divide por mitad con los herederos del premuerto. / Confesamos, con nuestra habitual independencia, que no sabemos en qué se apoyan para sostener

Durante la continuación de la comunidad, el sobreviviente puede consumir “géneros, efectos o dinero para la manutención de la sociedad y sus caudales (73), y no se le podrá pedir razón de ello, antes bien lo que no aparezca irá por consumido, y tiene la presunción en su favor de que se gastó para sostener los gastos de la sociedad” (74). Esta presunción admite prueba en contrario y, como dice LA RIPA, “si se pudiese hacer ver que alguna porción de dichos efectos y dinero los gastó en utilidad propia y privativa como es en pagar sus deudas o beneficiar sus fondos, lo gastado en esto sería común; y así se ha de entender la proposición de que los bienes que quedaron al tiempo de la muerte de uno de los cónyuges que no aparecen al tiempo del inventario o de la división van por consumidos, cuya regla se ha de limitar, como se ha visto cuando lo consumido hubiese recaído en provecho propio del sobreviviente y también cuando el no aparecer los bienes fuese porque éste los ha ocultado” (75).

semejante especie; pues lo cierto es, que esta segunda sociedad es de pura administración, que no cuenta con más recursos que con los bienes comunes que quedan y sus productos, y que la Obs. 1.^a *De secundis nuptiis* no usa de ninguna frase que autorice para distinguir y excluir la industria a que pueda dedicarse el cónyuge sobreviviente: por el contrario; dice a la letra, que el cónyuge sobreviviente: no tiene que dar la mitad de lo que lucre *por su industria o de otro modo*, y de esta frase deducimos nosotros, que, excepto la administración y manejo del haber social, todo otro trabajo personal o proveniente de su particular industria sin auxilio de aquél, no entra en la sociedad, ni debe, por lo tanto, dividirse, sino, por el contrario, imputarse única y exclusivamente a su autor”.

LACRUZ considera indudable, al no establecer nada en ese sentido las Observancias, que todas las ganancias procedentes del trabajo del viudo se acumulan a la masa partible, acaso por partir las Observancias del supuesto de que él, a su vez, se alimenta con cargo a dicha masa (*Derecho de Familia*, I, Barcelona, 1974, p. 399, núm. 48).

(73) “Como un buen padre de familia”, dicen FRANCO Y GUILLÉN: *Instituciones de Derecho civil aragonés*, Zaragoza, 1841, artículo 118.

(74) LA RIPA: *Tratado sobre división de bienes*, p. 192, número 42, con cita del comentario de PORTOLÉS a la Obs. 57 *De iure dotium* (*Scholia*, p. 913). Véase también PORTOLÉS, *Ad. Obs. 2.^a De iure dotium*, números 1 y 5, pp. 560 y 562. Pedro MOLINOS, *Libro de la Pratica*, p. 256, vers. “pero si acaeciére”; Miguel del MOLINO, *Repertorium*, verb. “divisio”, vers. *dividenda sunt bona mobilia*, fol. 97, colum. 3.^a, vers. *in divisionem non veniunt*, fol. 98, colum. 1, y fol. 99 colum. 3.^a al principio.

Vid. S. A.T. de 26 de marzo de 1873.

(75) *Tratado sobre división de bienes*, p. 192, número 42. Vid. PORTOLÉS, *ad Obs. 2.^a De iure dotium*, números 17 y 21, pp. 567 y 568 y MOLINO, *Repertorium*, verb. “divisio”, vers. *Item entonces son habidos por gastados*, fol. 99, col. 3.^a.

La SAZ de 2 de noviembre de 1859 declaró que “cuando no consta que el marido sobreviviente haya malversado los bienes que administra del consorcio que tiene con sus hijos, herederos del premuerto, no pueden excusarse éstos de pagar con los bienes comunes de dicho consorcio las deudas que su padre contrajera durante él”. La sentencia presume, por aplicación de la Obs. 29 *De iure dotium*, que las deudas han sido contraídas en beneficio común. En cambio, la SAZ de 31 de enero de 1865 exige que el cónyuge sobreviviente “acredite en legal forma, no solamente la existencia de tales deudas, sino también los fines y las fechas en que fueron contraídas”.

De manera que, como señala NOUGUÉS, el supérstite puede consumir y gastar en su manutención y en beneficio de la sociedad, pero, en compensación se halla obligado a administrar los bienes comunes y a dar a los herederos del premuerto la mitad de las ganancias y la mitad de las utilidades que produzca su trabajo, entendiendo por tal el que acostumbraba a prestar en la sociedad constante matrimonio (76). La dirección y gobierno de todo compete al que sobrevive, siendo responsable de la administración frente a los herederos de su cónyuge (77).

Sobre la facultad de disposición de bienes por el supérstite en favor de hijos que van a contraer matrimonio, advierte PORTOLÉS (78) que el viudo no puede hacer uso de la facultad de donar bienes del difunto que permanezcan indivisos (Obs. 17 *De iure dotium*) sino moderadamente y a arbitrio de buen varón, de suerte que no puede donar todos aquellos bienes a uno de los hijos: lo mismo habrá que entender de los comunes (79). De los autores del siglo XIX, la mayor parte callan sobre la facultad de disposición que concede esta Observancia. ISÁBAL, aun reconociendo lo exorbitante de la facultad en cuestión, entiende que “la Observancia está terminante, y no aparece derogada por ninguna otra disposición” (80).

(76) Cfr. *Tratado*, pp. 64 y 65.

(77) “En esta nueva sociedad —dice NOUGUÉS— la dirección y gobierno de todo compete al que sobrevive, y por consiguiente, si la mujer se halla en este caso, a su cargo quedarán los bienes, y la responsabilidad que el marido tenía con respecto a la misma, la tendrá ella por lo que hace a los herederos de aquél; porque la responsabilidad nacía de la administración, y la administración corre de su cuenta. La mujer en este supuesto, estará tenuta a conservar a los herederos de su esposo los capitales que existían cuando se encargó del manejo: no podrá enajenarlos, y tendrá que proveer a su cuidado competentemente; y aunque los muebles podrá consumirlos, no podrá desentenderse de abonar lo que se pruebe que consumió en utilidad propia. En una palabra, gerente como el marido, está ligada bajo las mismas condiciones, y sus actos están sujetos a la responsabilidad que pesa siempre, sobre el que administra lo que no es suyo” (*Tratado*, pp. 74-75).

Vid. SATZ de 21 de octubre de 1910.

(78) *Scholia*, IV, ad. Obs. 17 *De iure dotium*, p. 589.

(79) RIVAS PÉREZ: “Hmo.”, Zaragoza, 1954, p. 649. Este autor hace notar la contradicción existente entre la Obs. 12 *De donationibus* y la 17 *De iure dotium*, pues ésta permite al cónyuge sobreviviente dar a los hijos cuanto quiera de los bienes del difunto que permanecen indivisos, lo que con mayor razón debería poder hacer entonces sobre los bienes comunes.

(80) Exposición y Comentario, p. 234.

Dice LACRUZ que “en el Derecho consuetudinario sólo se conoce la facultad del cónyuge viudo de asignar legítimas e instituir heredero —en general, con asistencia de ciertos parientes o personas caracterizadas— cuando se le ha concedido por medio de testamento o capitulación matrimonial. Por lo demás, las donaciones por razón de matrimonio y en equivalencia de legítima, corren a cargo del heredero cuando éste ha consolidado su derecho: sólo en el caso de que el cónyuge viudo esté al cuidado de sus hijos, de los cuales alguno haya de contraer matrimonio, y por otra parte no se haya nombrado heredero, cabe pensar en que éste pudiera hacer uso de la facultad que le concede el Derecho escrito de disponer gratuitamente sobre algunos bienes en favor del hijo o hija que va a contraer matrimonio” (ADA, IV, 1947-48, p. 134).

4. Disolución y división (81).

A) *En el primitivo Derecho aragonés.*

Parece que lo normal era que la comunidad continuase hasta las segundas nupcias del padre o madre supérstite, bien porque los hijos no pedían la división de los bienes muebles, bien porque el viudo no estaba obligado a atender esta petición hasta ese momento. El F. 1.º *De secundis nuptiis* pone singularmente de relieve cómo la división se efectúa sólo por voluntad del cónyuge sobreviviente, y no de los hijos, aunque el no verificar tal división antes de las segundas nupcias tenga consecuencias muy desfavorables para el cónyuge que la omitió (82). El F. 1.º *De secundis nuptiis* regula también el procedimiento y el orden con que se efectúa la partición (83).

Si se produce un nuevo matrimonio, los hijos tienen derecho sobre las ganancias de las cosas no muebles y, muerto el marido o la mujer, mientras los bienes muebles no se partan, les corresponde en ellos el mismo uso, administración y relación que al padre o madre superviviente, pudiendo apropiarse de ellos por su propia autoridad o acudiendo al alcalde (84).

(81) Reproduzco las pp. 528 a 532 de mis "Comentarios a la comunidad conyugal continuada", *op. cit.*

(82) *Tamen quandocumque pater voluerit dare partem filiis, compellantur filii recipere, si incontinenti vult tradere eis partem ipsorum: aliter compelli non debet, idest si incontinenti nollet eis tradere. Idem est de matre* (SAVALL y PENÉN, I, p. 234).

Vid. número 225, *in fine*, de la versión romanceada publicada por LACRUZ (ADA, II, 1945, p. 306).

Por su parte, el "VIDAL MAYOR" dice al respecto lo siguiente: *quadaque el padre o la madre que sobreuiue quisiere partir con sus fillos los ditos bienes, los fillos luego deuen ser constreynnidos a partir con eill, assí empero que si el padre antedjto sea priesto de dar lis luego a los fillos la su part; en otra guisa los fillos non deuen partir con eill* (Ed. TILANDER, VI, 10, 6, p. 402).

(83) Vid. SAVALL y PENÉN, I, p. 234; número 225 de la versión romanceada publicada por LACRUZ (ADA, II, 1945, p. 306); con mayor detalle en el número 228 del ms. 458 publicado por TILANDER (p. 125) y en "VIDAL MAYOR", 6, 10 (TILANDER, pp. 402 y 403).

Para los precedentes del Derecho de Jaca, véanse Redacción A, número 100 (MOLHO, pp. 69-70); Redacción C, número 37 (MOLHO, p. 324); Redacción D, número 36 (MOLHO, p. 325); Redacción E, número 40 (MOLHO, pp. 525-526) y Redacción S, número 40 (MARTÍN DUQUE, p. 316).

Véase la exposición de LACRUZ en ADA, III, 1946, pp. 136-141.

(84) *Et si el segundo matrimonio fuere feito, los fillos del primero matrimonio podrán constreynner al padre o a la madre qui sobreuiue encara que parta las ditas ganantias de las cosas non mouibles con eillos. Et otrosí, demientre, el I del marido et de la muiller muerto, los bienes mouibles finquan non partidos, eixe mismo usage et aqueilla misma ministración et aqueill mismo taynnimjento pertaynnesce en aqueillas cosas mouibles non partidas tan bien a los fillos como al padre o a la madre que biue, los quoaales bienes todos pueden apropiar a ssí los fillos, si quisieren, por su propria auctoridat o por el alcalde* ("VIDAL MAYOR", ed. TILANDER, VI, 11, 10 y 14-15, p. 404).

Además los hijos pueden constreñir al padre viudo a hacer inventario de todos los bienes partibles (85).

Cuando no se ha dividido la comunidad antes del segundo matrimonio, lo que el F. 2.º *De secundis nuptiis* viene a decir es que la división tendrá lugar después, sin alteración de los derechos de los hijos comunes, y por consiguiente retirando éstos la mitad de los bienes consorciales, y quedando la otra mitad para el marido y su segunda mujer, que la dividirán a su vez por mitades (86).

B) *En el Derecho de Observancias.*

La comunidad continuada se disuelve por la división de los bienes muebles comunes o por el otorgamiento de inventario de los mismos hecho a instancia del sobreviviente o de los herederos del difunto (87). Aunque tras el inventario o cualquiera de las diligencias afines continúa la indivisión de los bienes, como se ha dicho antes, el supérstite ya nada podrá consumir de la parte que haya correspondido a los herederos del premuerto, siendo responsable de lo que consuma. En los Fueros, la división sólo es obligatoria para el sobreviviente si contrae segundas nupcias (F. 1.º *De secundis nuptiis*) mientras que en las Observancias los hijos pueden obligar al padre o madre viudo a dividir todos los bienes muebles inmediatamente después de la muerte del otro. Esta obligación no alcanza a los inmuebles si el supérstite quiere tener en ellos viudedad (Obs. 2.ª *De secundis nuptiis*). No obstante, cuando el sobreviviente contrae segundas o ulteriores nupcias sin dividir ni inventariar los bienes comunes continúa la comunidad: el procedimiento y orden a seguir en la división es el previsto por la Observancia 3.ª *De secundis nuptiis* (88).

C) *En la doctrina de los autores* (89).

Ya se ha señalado que los autores equipararon al inventario, en cuanto a los efectos de disolución del consorcio, la empara, la descripción o

(85) *Et encara los fillos pueden constreynner al padre o a la madre qui sobreuiue que de todos aquellos bienes sea feito inuentario, es assaber carta en que todos aquellos bienes deuen ser puestos públicament, et aqueillo mismo es de las ganantias de las cosas non mouibles que entre el padre o la madre que sobreuiue et los fillos duen ser partidos, empero tant solament d'aqueill día adelant en la quaal començaron los fillos de auer dreito de constreynner al padre o a la madre qui sobreuiue de fazer partición d'aqueillas gananntias de las cosas non mouibles, segunt que es dito de suso* ("VIDAL MAYOR", ed. TILANDER, VI, 11, 16-17, pp. 404-405).

(86) LACRUZ: ADA, III, 1946, p. 150.

(87) *Vid.* Obs. 22 *De iure dotium*.

(88) *Vid.* SAVALL y PENÉN: II, p. 37.

Para el estudio de la división de la masa común, véase J. E. RIVAS PÉREZ, 1954, pp. 651-657.

(89) Entre las obras clásicas impresas hay que destacar las páginas del *Repertorium* de

cualquier otra diligencia análoga. Incluso LA RIPA estimó que con tal que esa diligencia fuese bastante a mostrar la manifestación de voluntad contraria a permanecer en la comunidad, el consorcio quedaba disuelto (90). La jurisprudencia, con absoluta unanimidad en sus fallos, ratificó este criterio y estableció que había de tenerse por fenecida la comunidad cualquiera que fuese el defecto de que adoleciera el inventario y sin perjuicio de las reclamaciones que, a otros efectos, pudieran hacerse (91).

La posición doctrinal favorable a considerar disuelta la sociedad conyugal se agudiza especialmente para el supuesto de las segundas bodas. Así dice LA RIPA que, si bien el hecho de contraerlas no es suficiente para extinguir la comunión, también lo es que si “lo acompañase alguna otra circunstancia, por leve que fuese, que demostrase que el sobreviviente quiere separarse de la sociedad, se debía considerar por extinta”. Y entre esas circunstancias señala expresamente el caso de que al contraer segundo o tercer matrimonio describiera en la capitulación que otorgase la parte de bienes propios que llevaba a él, procedentes de la sociedad primera, y añade que “así se ha juzgado varias veces” (92). Esta parece

Miguel del MOLINO (voz “divisio”, folio 97 y ss.), que reproducen sin decirlo un *Tratado de la división de bienes entre marido y mujer* escrito antes de 1485 por Martín de PERTUSA y Pedro FRANCÉS; las de Pedro MOLINOS, al tratar en su *Libro de la Pratica* del “proceso de la división de los bienes”, folios 252 y ss.; y las de Jerónimo PORTOLÉS, al comentar la Obs. 2.^a *De iure dotium* en sus *Scholia ad Molinum*, folios 558 y ss.

En el siglo XVIII destaca el *Tratado* de LA RIPA sobre los derechos de los cónyuges en el matrimonio a los bienes que poseen durante él y de la división de ellos entre los mismos y sus herederos, inserto al final de la *Segunda ilustración a los cuatro procesos forales de Aragón*, Zaragoza, 1772, en particular el apartado 7.º (núms. 41 a 46), pp. 191 y ss. Ya en el siglo XIX hay que mencionar la obra póstuma de Pedro NOUGUÉS SECALL: *Tratado del consorcio conyugal*, Zaragoza, 1859, especialmente desde la página 60 hasta el final.

(90) *Tratado sobre división de bienes*, número 41, p. 191.

Dice NOUGUÉS que el inventario no es el único modo de significar el propósito de no permanecer en sociedad, aunque sí el más frecuente. Y añade que “como la comunión es odiosa, después de disuelto el matrimonio, en cuyo favor se estableció, será bastante para tenerla por extinta, cualquier acto que de algún modo manifieste la intención de separarse de ella” (*Tratado*, p. 66). De esta opinión, generalizándola indebidamente, se hace eco la SAZ de 18 de noviembre de 1878.

(91) SS TS de 5 de diciembre de 1866 y 23 de diciembre de 1878, y SSATZ de 26 de junio de 1868, de 18 de noviembre de 1878, de 16 de enero de 1902, de 6 de diciembre de 1910, de 31 de enero de 1920, citadas por RIVAS PÉREZ, 1954, p. 649 y nota 38. *Vid.* también el análisis de la jurisprudencia anterior al Apéndice sobre disolución y división de la masa común en FORTÚN COSTEA, 1997, pp. 193-194.

Entiende RIVAS que, si el fundamento de la continuación es la dificultad de identificar los bienes cuando no se hace inventario, cabrá dispensar a éste de requisitos formales, pero no puede sostenerse que sin la descripción de los bienes, por clara que sea la voluntad de apartarse del consorcio, deba éste considerarse disuelto (1954, pp. 649-650).

(92) *Tratado sobre división de bienes*, número 43, p. 193. Véase también el número 68, pp. 205-206 y FRANCO Y GUILLÉN: *Instituciones*, artículo 77.

MARTÓN y SANTAPAU (*Derecho y Jurisprudencia*, p. 562), están de acuerdo con la opinión

haber sido la jurisprudencia y práctica constantes hasta el Apéndice (93).

Una vez producida la disolución de la comunidad continuada, no siempre se puede compeler al sobreviviente a hacer la división. Hay que distinguir dos tipos de casos: “primero, aquel en que no procede porque los bienes muebles se llevaron por sitios o el cónyuge sobreviviente goza por otra razón de la viudedad en ellos; siendo el segundo, cuando deja de verificarse porque, hecho el inventario, no la insta ninguno de los que podrían promoverla” (94).

En el primer caso, todos los frutos de los bienes serán del sobreviviente, porque en el goce de los frutos consiste la viudedad, y podrá usar de estos bienes cumpliendo con entregar en el estado en que se encuentren los que se justifique que había a la muerte del otro cónyuge (95).

Pero en el segundo caso, “ya el sobreviviente nada podrá consumir de la parte que toca y pertenece al premoriente y sus herederos, y será responsable de lo que consuma; si gananciare con el dinero inventariado, será a su beneficio, pero si perdiere con él, será de su cuenta y riesgo” (96).

de LA RIPA, “siempre y cuando la mencionada descripción sea tan minuciosa y detallada que pueda equipararse y suplir al inventario”.

ISÁBAL parece inclinarse a negar trascendencia para la disolución del consorcio continuado al inventario formulado para la liquidación del impuesto de derechos reales (*Exposición y comentario*, Zaragoza, 1926, p. 488). Señala RIVAS que “quizá la eficacia para este efecto civil de la relación jurada suscrita con fines fiscales dependa del detalle mayor o menor con que se formule, porque siendo frecuente en la práctica desde el establecimiento del impuesto, la consignación de un valor global en lo tocante a muebles, con excepción de los valores mobiliarios, es claro que ello no habría sido bastante a producir efectos en cuanto a la disolución del consorcio” (1954, p. 650).

(93) Vid. SAZ de 29 de marzo de 1954, recurrida y confirmada en este extremo por la STS de 14 de abril de 1959, que aplican el Derecho de Observancias.

Esta práctica no parece del todo correcta a DELGADO, “ya que, no teniendo los herederos del cónyuge premuerto ninguna participación en estos capítulos, ni siéndoles comunicada la voluntad del viudo tendente a la disolución, bien pudo ocurrir que el viudo llamara propios y como tales aportara al segundo matrimonio bienes que fueron comunes en el primero, y sobre los que no tenía sino un derecho de copropiedad compartido con los herederos del primer cónyuge. Si el viudo no dividió con los herederos los bienes comunes, y los aportó como propios al segundo matrimonio, el derecho de los herederos, según esta doctrina y jurisprudencia, había de quedar desprotegido; todo lo más, y logrando probar la naturaleza común de estos bienes, podrían conseguir su parte sobre los mismos, pero nunca alcanzarían una parte de las ganancias producidas con estos bienes comunes durante el segundo matrimonio” (“La comunidad conyugal continuada en el Apéndice aragonés”, ADA, XII, 1963-64, p. 265).

(94) NOUGUÉS: *Tratado*, pp. 67-68. Véase también LA RIPA: *Tratado sobre división de bienes*, número 53, p. 198, con citas de Pedro MOLINOS.

(95) NOUGUÉS: *Tratado*, p. 68.

(96) LA RIPA: *Tratado sobre división de bienes*, número 45, p. 193.

Ya MOLINOS (*Libro de la Pratica*, fol. 254, colum. I) había señalado que “si acaeciese que fueren inventariados mil ducados en dinero, o n. cahíces de trigo, o n. nietros de vino, y el tal sobreviviente vendió dicho trigo y vino, y con el dinero, grangeandolos, ganó algunas cantidades, esta ganancia no vendrá en división: y es la razón porque si perdiera, era a su riego, y no

En consecuencia, “los aumentos y productos naturales de aquellos bienes, cuya naturaleza es aumentar y producir, quedarán comunes, aun después de hecho el inventario; como es, si se inventariasen censales, ganados, colmenas y otras cosas semejantes que fuesen comunes y del consorcio, todas las pensiones que se vencieren y cobraren, y aumentos y frutos que hubiesen dado dichos bienes después de inventariados, serán pertenecientes a la comunión y, como tales, partibles” (97). “Y pues son esos productos un accesorio, deben seguir la suerte de la cosa principal a que están unidos; debiendo abonarse la mitad de las expensas hechas en su percepción por los herederos que quieran disfrutar de la mitad de estos aumentos” (98). Si los productos fueren de bienes propios de alguno de los cónyuges, seguirán al dueño de los bienes (99).

Cuando cesa la comunidad prorrogada “también quedan comunes todos los frutos cogidos; y de los que están por coger, los que son aparentes al tiempo que se hace el inventario, y si no lo hubiere, los que fueren aparentes al tiempo de la división” (100). Porque, como explica NOUGUÉS, siendo muebles para los efectos de la división los frutos cogidos y aparentes, son comunes por mitad del cónyuge supérstite y de los herederos del premuerto, pagando uno y otros las impensas en la misma proporción. Y por lo que hace a los no aparentes, considerándose parte del fundo, cuando lleguen a recolectarse, serán del usufructuario de la finca que los produjo, siendo por supuesto de su cuenta el pago de las impensas (101).

se causaba perjuicio al heredero, antes tenía ya su hacienda cierta por el inventario, y así no es justo que quien no está a la pérdida este a la ganancia”.

Vid. *etiam*, PORTOLÉS, *Scholia*, IV, *ad Obs.* 2.^a *De iure dotium*, número 13, folio 565.

Dice NOUGUÉS que, en este caso, el sobreviviente “no podrá usar de los bienes inventariados, y si los usare, deberá resarcir el detrimento que sufran, lo mismo que cuando estén sin usarlos, si la indivisión procede de su negligencia” (*Tratado*, p. 68).

(97) *Tratado sobre división de bienes*, número 46, pp. 193-194.

Con anterioridad, MOLINOS: *Libro de la Pratica*, folio 254, colm. I, vers. “pero si claramente constase”.

(98) NOUGUÉS: *Tratado*, p. 68.

Vid. MOLINOS: *Libro de la Pratica*, folio 254, colm. I, vers. “pero si claramente constase”. PORTOLÉS, *ad Obs.* 2.^a *De iure dotium*, número 17 (*Scholia*, p. 567); LA RIPA: *Tratado sobre división de bienes*, número 46, p. 194.

(99) LA RIPA, *ibidem*.

(100) LA RIPA: *Tratado sobre división de bienes*, número 48, p. 195. Obs. 61 *De iure dotium*. Vid. MOLINO: *Repertorium*, verb. “fructuus”, fol. 163.

(101) NOUGUÉS: *Tratado*, p. 69. Añade este autor que “por el contrario, cuando la división se hace después en cuanto a los sitios, porque gozó el sobreviviente la viudedad en ellos; y al mismo tiempo se parten los muebles, o porque no se hizo inventario o porque se estipuló la viudedad universal, los frutos pertenecen al propietario del fundo, ora sean aparentes o no lo sean, y a él pasa la finca cultivada o sin cultivar, no estando obligado al abono de las impensas”. Obs. 6.^a y 54 *De iure dotium*. Este última, como excepción, concede a los hijos, cuando el padre casa segunda vez, la mitad de los frutos aparentes; también la pensión que se debe por

Sobre la forma de realizar la división de la masa común, véase el trabajo de RIVAS PÉREZ (102).

5. Resumen de las principales características.

En el sistema de los Fueros y Observancias —dice LACRUZ (103)—, la “continuación” de la comunidad a la muerte de un cónyuge se producía automáticamente, por no otorgarse inventario de los bienes muebles. 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 2.^a *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 en poder del cónyuge supérstite son comunes.

La comunidad continuada duraba hasta que se otorgase inventario por el cónyuge sobreviviente jurando no haber distraído bienes, y comprendía todos los que aparecieran en el momento de la división, aunque no existieran a la disolución del matrimonio, con lo cual los herederos se lucraban a veces del trabajo del cónyuge sobreviviente o de los frutos percibidos por él, incluso aquellos que percibía en virtud de la viudedad; en cambio, podía dicho cónyuge consumir, a fin de atender a sus necesidades, los bienes muebles indivisos. Como se ve, la comunidad era una situación estática, destinada a evitar dificultades de prueba, al concretar el inventario a los bienes que existían en el momento de otorgarlo, entre los cuales podrían faltar muebles que existieran al fallecer el cónyuge premuerto: claro que la consunción arbitraria e injustificada por el sobreviviente determinaba la inclusión, en el inventario, del correspondiente crédito contra él.

En definitiva, la comunidad es un hecho que se produce, sin necesi-

frutos ya percibidos, pertenece al heredero del usufructuario, aunque éste muera antes de que se venza el término que se fijó para el pago: porque se debe por una cosa ya adquirida, y en el relato está la sustancia del referente (p. 70).

(102) 1954, pp. 651 a 657.

(103) LACRUZ (-Sancho): *Derecho de Familia*, I, 1974, pp. 398 y ss., de donde tomo este resumen.

dad 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 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 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 Obs. 17 *De iure dotium*, se consideran 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, parece indudable —como dice LACRUZ— 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 si hubiera otorgado inventario.

II. La comunidad conyugal continuada en el Apéndice

1. Supuestos de continuación de la comunidad conyugal.

A) *La continuación en los textos precursores del Apéndice* (104).

En el Congreso de Jurisconsultos aragoneses de 1880-1881 se debatió el tema de la subsistencia de sociedad de bienes entre el cónyuge viudo y los herederos del premuerto. La conclusión a que llegó el Congreso es la siguiente: “Que la viudedad por derecho sea extensiva a los bienes muebles; y sin más decirse por los cónyuges, al morir uno de ellos, el sobreviviente goce usufructo en los bienes sitios y muebles del premuerto. Para tal caso, nunca se hará lugar la continuación de la sociedad conyugal” (105). Además, para el caso de que no se aprobara la anterior conclusión y subsistiera la viudedad legal sólo sobre los inmuebles, la Sección encargada de este tema proponía al Pleno del Congreso aprobar como conclusión alternativa que “la sociedad conyugal continuada únicamente debe existir cuando los herederos del cónyuge premuerto fueren sus hijos, por lo que respecta a los bienes muebles no inventariados, y aún en este caso sólo continuará durante la vida del cónyuge sobreviviente si permanece viudo” (106).

El “Proyecto Ripollés” también reducía la comunidad al supérstite y los hijos comunes (art. 128). Sin embargo, la “Memoria” de FRANCO Y LÓPEZ (art. 194) y el “Proyecto Gil Berges” (art. 38) la extienden a todos los sucesores del premuerto, y el mismo camino siguió el Apéndice (art. 53) (107).

El barón de Mora, en la Memoria sobre las instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho Civil Aragonés y reforma y adiciones que en ellas es conveniente establecer, considera a la tradicional comunidad conyugal continuada como institución que debe subsistir y la incluye en el título que denomina de las sociedades familiares tácitas, cuyo capítulo segundo trata específicamente “de la sociedad familiar entre el cónyuge viudo o sus herederos y los del premuerto; y de la formada entre

(104) Nota 2 de las pp. 389 y 390 de mis “Comentarios a la comunidad conyugal continuada”, *op. cit.*

(105) COSTA MARTÍNEZ, Joaquín: *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses*, Madrid, 1883. Nueva edición de Guara ed., Zaragoza, 1981, p. 104.

(106) COSTA, *ibidem*, p. 291.

(107) La tendencia a reducir la comunidad al solo caso de haber descendientes comunes es compartida por las legislaciones extranjeras que admiten alguna especie de continuación de la sociedad conyugal, como el Derecho alemán, el de los Países Bajos y el de Suiza, con variantes (en el Derecho alemán, todos los descendientes comunes llamados por la Ley a la herencia; en el Derecho suizo, sólo en caso de pacto entre el sobreviviente y los hijos; en los Países Bajos, sólo en favor de los descendientes menores de edad: KIPP y WOLF: *Tratado de Derecho Civil* de ENNECCERUS, KIPP y WOLF. T. IV. *Derecho de Familia*. Vol. 1.º *El matrimonio*, 2.ª ed. esp., Barcelona, reimpresión de 1979, p. 445).

éstos, el mismo cónyuge y las personas con quienes sucesivamente contrajere nuevos matrimonios” (108).

Tanto el Proyecto de 1889 como el de 1904 contienen una amplia e interesante regulación de la comunidad conyugal continuada, que iremos exponiendo, en notas, al hilo del estudio de la regulación del Apéndice foral aragonés de 1925.

La exposición de motivos del *Proyecto* de Apéndice de 1904 afirma, entre otras cosas, que “tan arraigada se halla en Aragón la institución de la sociedad conyugal *tácita continuada*, y son tan de todos los días las ocasiones en que la práctica la ofrece al estudio y a la aplicación, que la Comisión no podía desentenderse de ella ni de incluirla en el *Proyecto*. Los habitantes de este antiguo Reino cuidan con el mayor esmero de diferir cuanto humanamente les es posible la dispersión de la familia, y en la sociedad *continuada* como en la *viudedad* hallan la forma apropiada para el logro de sus deseos, y no era cosa de pugnar contra un estado de opinión bien definido, ni tampoco de arredrarse ante el pueril escrúpulo de que quepa tal cual vez peligro para los herederos del consocio premuerto. Todas las instituciones ofrecen inconvenientes; pero, por fortuna, en la de que se trata está a la mano prevenirlos con sólo intentar la disolución, el inventario de bienes y la partición y adjudicación de ellos, cosas hacenderas a voluntad, hasta en la hipótesis de que la *continuación* del consorcio se haya impuesto a sus sucesores por testamento de dicho premuerto, si el supérstite infunde sospechas de mala administración. / Y, en realidad de verdad, no deben ser graves ni menos graves los defectos de la *continuación* de la sociedad conyugal *tácita* después de fallecer uno de los esposos, al ver que también el Código germánico (arts. 1.482 a 1.492) la acoge para el régimen de la comunidad de bienes, con la única diferencia de declararla terminada por el matrimonio subsiguiente del consorte que sobrevive (art. 1.493)”.

B) *La continuación en el Apéndice* (109).

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

(108) Vid. la *Memoria sobre las instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho Civil Aragonés y reforma y adiciones que en ellas es conveniente establecer*. Escrita según el RD de 2 de febrero de 1880. Zaragoza, 1886, artículos 194 y 203 a 210, pp. XCIX y CV a CIX.

(109) Reproduzco las pp. 406 a 409 de mis “Comentarios a la comunidad conyugal continuada”, *op. cit.*

El legislador del Apéndice incluye las normas sobre la sociedad continuada (arts. 53 y ss.) dentro del epígrafe “De la sociedad conyugal tácita”, pero ello, como dice DELGADO (110), no obsta para que la comunidad continuada sea posible cuando el régimen del matrimonio que se ha disuelto haya sido regulado por capitulación matrimonial (sociedad conyugal paccionada) (111), siempre que los cónyuges no la hayan excluido expresamente en sus capitulaciones y siempre que el régimen de éstas no sea el de separación, pues la existencia de bienes comunes es un requisito esencial de la comunidad prorrogada (art. 53-4.º).

Dice el artículo 53-1 del Apéndice que *el fallecimiento de un cónyuge, si el matrimonio ha sido válido y no está decretada la separación de bienes, no obsta para que la sociedad continúe entre el supérstite y los herederos del finado [...]. En la sociedad continuada durante la viudez del supérstite, participarán por mitad, en aumentos y pérdidas, este cónyuge y la sucesión conjunta del finado. En tales términos se presume la continuación de la sociedad, a falta de pacto expreso en contrario* (112). Por tanto, el matrimo-

(110) “La comunidad conyugal continuada en el Apéndice aragonés”, ADA, XII, 1963-64, p. 190. Excepcional trabajo, máxime si se tiene en cuenta que su autor era entonces alumno de 5.º curso de Derecho. De él iremos extrayendo las principales aportaciones doctrinales para la interpretación de la regulación de la comunidad conyugal continuada en el Apéndice.

Otras aportaciones, de menor importancia: FUENTE PERTEGAZ: *Derecho foral de Aragón. Conferencias en la Universidad de Zaragoza*, 1936, en particular pp. 115 a 125; LORENTE SANZ: *Comentarios de jurisprudencia*, en la sección correspondiente del *Anuario de Derecho Aragonés*, desde 1944; ARREGUI LUCEA: “La sociedad conyugal continuada en Aragón”, *Rev. “Argensola”* (Huesca), III, 1952, pp. 11 a 34; CAMÓN AZNAR: “Regulación de la sociedad conyugal continuada en Aragón”, en *Hmo.*, Zaragoza, 1954, pp. 215 a 233.

(111) Así resulta del artículo 62, párrafo 2.º, que admite expresamente la posibilidad de que la sociedad conyugal paccionada continúe tras la muerte de uno de los cónyuges. Precepto que proviene del artículo 127 del *Proyecto* GIL BERGES.

(112) Artículo 194 de la “Memoria” de FRANCO Y LÓPEZ: *Se presume, no habiendo convención en contrario, que existe una sociedad familiar tácitamente formada:*

2.º *Cuando a la muerte de un cónyuge no se procede entre sus herederos y el cónyuge sobreviviente al inventario de los bienes muebles [El art. 221 de la Adición añade: y cuando al adquirir estos herederos derecho a que se les entreguen los bienes del difunto, no les son sin embargo entregados].*

3.º *Cuando este sobreviviente pasa a otro matrimonio sin haber previamente entregado a los herederos de su cónyuge los bienes que como a tales les pertenezcan.*

Artículo 128 del *Proyecto* RIPOLLÉS: *Hay sociedad continuada cuando después de la muerte de un cónyuge no se procede entre los hijos comunes y el sobreviviente usufructuario de bienes sitios, a la división y entrega de los muebles, entonces existentes.*

La confección del inventario de estos bienes no producirá los efectos de impedir o interrumpir esta sociedad si en él no se expresa lo contrario.

Nótese que este *Proyecto* limita la comunidad continuada al cónyuge supérstite y los hijos comunes. La propia rúbrica del capítulo VIII dice lo siguiente: “De la sociedad continuada entre el sobreviviente y sus hijos”.

La exposición de motivos del *Proyecto* de 1904, resumiendo el contenido de sus artículos 37 y 38, dice que “si al fallecimiento de uno de los esposos *no* resultan bienes ni derechos de ninguna clase pertenecientes al matrimonio, o se hace constar que no han quedado más que

nio disuelto, canónico o civil, ha de ser válido. Si la declaración de nulidad se ha producido antes de la muerte de uno de los cónyuges no hay duda de que no se dan los requisitos para la continuación; la cuestión es más dudosa si la declaración de nulidad se produce con posterioridad. Lo que parece fuera de duda a DELGADO es que, siendo el sobreviviente cónyuge de buena fe, hasta la declaración de nulidad, el matrimonio ha producido todos sus efectos, incluso los de continuación del consorcio (113). También si la resolución judicial de separación de bienes recae, o adquiere firmeza, después de la muerte de uno de los cónyuges, parece que la sociedad ha continuado hasta este momento, salvo que, por voluntad del supérstite, se haya producido la disolución. La declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges produce la apertura de la sucesión del ausente o desaparecido, de manera que si no se ha procedido con anterioridad a la separación de bienes, no hay inconveniente en que el supérstite y los herederos continúen la sociedad (114). El Apéndice presume la continuación de la sociedad, a falta de pacto expreso en contrario, cuando el matrimonio ha sido válido, no está decretada la separación de bienes y fallece uno de los cónyuges.

Añade el Apéndice que la comunidad conyugal se entenderá totalmente disuelta *cuando al morir el marido o la mujer la sociedad conyugal no posea bienes algunos, o los existentes sean por su naturaleza infructíferos, o no excedan de las deudas* (art. 53-4.º) (115). Circunstancias que no se

raíces o inmuebles siquiera haya de tener en ellos viudedad el supérstite –y se entenderá que no han quedado sino raíces aunque aparezcan algunos muebles, si son infructíferos, de los exceptuados en los embargos o de insignificante valor–, se considera disuelta la sociedad conyugal *tácita*. De la propia suerte se disuelve cuando los herederos del finado practican con el supérstite inventario u otra diligencia expresiva de su voluntad de que cesen los efectos del consorcio. / Fuera de esos casos el fallecimiento de un cónyuge no disuelve la sociedad tácita, subsistiendo con el carácter de continuada, circunscrita a los bienes comunes y a los aumentos que con ellos y con los peculiares se obtengan [trabajando en familia], y sin que se extienda a lo que los respectivos partícipes adquieran independientemente por títulos extraños a tal sociedad; con la singularidad, digna de notarse, de que las segundas o las ulteriores nupcias del sobreviviente y el obligado empalme de nuevos consorcios que las mismas llevan consigo, no obstan, mientras cualquiera de los interesados no inste formalmente la disolución, a que aquélla perdure de modo indefinido”.

(113) Vid. ADA, XII, 1963-64, pp. 192-193.

(114) Pero al tratarse de muerte tan sólo presunta, se producirán pequeñas alteraciones en el régimen de la continuada, con objeto de garantizar los eventuales derechos del declarado fallecido. Vid. DELGADO, ADA, XII, 1963-64, pp. 194-195.

(115) Artículo 129 del Proyecto RIPOLLÉS: *No se considerará continuada esta sociedad:*

1.º *Cuando el viudo o alguno de los hijos mayores de edad, hicieron manifestación o requerimiento en forma para proceder a la división de bienes muebles.*

Los dos parientes más próximos del cónyuge premuerto, o el Ministerio fiscal, podrán hacer igual manifestación o requerimiento, en representación de los hijos menores de edad.

Mientras quede algún hijo que no pida la división, existirá esta sociedad respecto de él.

2.º *Cuando el cónyuge sobreviviente goce por pacto o por testamento el derecho de viudedad universal.*

3.º *Cuando al fallecimiento de uno de los cónyuges no quedaren bienes muebles divisibles*

presumen. Es necesario, por tanto, para que la continuación sea posible que no se pruebe que en el patrimonio común no hay bienes fructíferos que sean superiores a las deudas del consorcio conyugal, en el momento de la muerte de uno de los cónyuges. No exige la ley que los bienes formen una unidad orgánica de producción. Por lo demás, cree DELGADO que, si no consta en el momento de la muerte de uno de los cónyuges el hecho de que las deudas sean superiores al activo, no ha de entenderse impedida la continuación de la comunidad (116).

La continuación de la comunidad, en la regulación del Apéndice, nunca es obligatoria para el viudo, salvo que la continuación se hubiera pactado en capítulos o por pacto del supérstite con los herederos. Los herederos sólo pueden pedir la disolución de la continuada en cuanto a su parte, salvo que les haya sido prohibido por el finado en testamento o capitulación matrimonial (cfr. arts. 53-2.º y 31-2.º, no del todo coincidentes) (117).

o fuesen estos infructíferos o hubieren necesariamente de desaparecer por ser entregados o vendidos en pago de las deudas comunes del consorcio conyugal.

4.º *Cuando después de hecha la partición de los muebles dejaren los hijos del cónyuge pre-muerto en poder de su padre viudo, o le entregaren nuevamente, los bienes que les hubieren correspondido en la división.*

En el caso de este número, los hijos tendrán derecho a recobrar o a reclamar del viudo otro tanto de la misma especie y siempre el valor de lo consumido.

5.º *Cuando alguno de los hijos hubiere renunciado o renunciare expresa o tácitamente a estar o seguir en la sociedad continuada.*

Se entiende que hay renuncia tácita cuando el hijo se da por satisfecho de la herencia paterna y materna con ciertos bienes.

Artículo 37 del Proyecto de 1904: *La sociedad conyugal tácita se entiende disuelta por la muerte de uno de los consortes en los casos siguientes:*

1.º *Si se acredita que no resultan en el matrimonio bienes ni derechos de ninguna clase.*

2.º *Cuando se hace constar convenientemente que no han quedado más que bienes raíces o inmuebles, aunque en ellos haya de tener viudedad el sobreviviente.*

Entenderáse que no han quedado sino bienes raíces o inmuebles del matrimonio por más que aparezcan algunos muebles, si son éstos infructíferos, o de los que se exceptúan de embargo en las leyes administrativas, civiles y penales, o de tal insignificancia que no baste su valor a cubrir las deudas de la sociedad.

3.º *Si los herederos del difunto practican con el supérstite inventario y descripción de bienes, u otra diligencia expresiva de su voluntad de que cesen los efectos de dicha sociedad.*

No tendrá fuerza de inventario o diligencia suficiente a los fines de este número la mera declaración o relación que para satisfacer el impuesto sucesorio subscriban los interesados, a menos de consignarse en la misma lo contrario.

(116) En tal caso, “debemos entender subsistente la comunidad, pues es posible que con los productos de los bienes comunes, y más aún con los de los peculiares de cada partícipe obtenidos trabajando en familia, se llegue a sobrepasar las deudas. En el caso de que, tiempo después de la muerte del cónyuge, haya que proceder a la venta de todos los bienes comunes y todos sus productos para hacer frente a las deudas existentes en el momento de la muerte, parece igualmente que la comunidad continuada ha tenido vida hasta entonces, siquiera los acreedores de la primitiva sociedad conyugal puedan desconocer los actos de disposición sobre el patrimonio común realizados por el cónyuge administrador” (DELGADO, ADA, XII, 1963-64, p. 197).

(117) *Vid.* el análisis de la jurisprudencia sobre los supuestos de continuación de la comunidad en el Apéndice en FORTÚN COSTEA, 1997, pp. 198-202.

2. Viudedad y comunidad continuada (118).

Según el artículo 64-2.º del Apéndice, *el disfrute de la viudedad legal por el sobreviviente puede coexistir con la sociedad continuada entre éste y los herederos del finado, pero la viudedad universal, al contrario, determina la inmediata disolución de la sociedad conyugal por muerte de uno de los consortes* (119).

Por su parte, el artículo 72, norma 4.ª, dispone que *cuando la sociedad legal subsista continuada, simultáneamente con la viudedad legal, los aumentos o productos que se obtengan en familia con los bienes peculiares de cada consorte y con los comunes, no pertenecerán exclusivamente al supérstite, sino que acrecerán al caudal divisible en su día y caso* (120).

Resulta clara la posible coexistencia de viudedad legal y consorcio prorrogado. En este caso, el artículo 72 hace prevalecer el régimen de sociedad continuada típico, con trabajo en familia, sobre la viudedad foral, puesto que no pueden aplicarse a la vez los dos estatutos al mismo supuesto. El derecho de viudedad permanece, al menos en su aspecto de usufructo, como en suspenso (yacencia del derecho) y no se realizará *in actu* mientras no se disuelva la continuada, como muestra la norma 2.ª del artículo 57 sobre división de la sociedad (121). Cree DELGADO que, en este

(118) Reproduzco las pp. 447-448 de mis "Comentarios a la comunidad conyugal continuada", *op. cit.*

(119) En el articulado propuesto por FRANCO Y LÓPEZ, la viudedad legal se extiende también a los bienes muebles, por ello, dispone el artículo 204-1.º que *si al extinguirse el derecho de viudedad del cónyuge sobreviviente, o en los casos en que no tenga este derecho, no se procede a la entrega a los herederos del premuerto de los bienes que a éste pertenecían, queda constituida una sociedad tácita entre los mismos y el sobreviviente o los suyos; cuyos efectos son el de ser comunes a unos y otros todas las ganancias o adquisiciones por título oneroso que se hicieren por el que administrase los bienes indivisos, con inclusión de las que obtuviere en el ejercicio de la industria, si continuase con ella, a que se habían dedicado el cónyuge o los cónyuges de quienes procediesen estos bienes.*

Proyecto RIPOLLÉS, artículo 129-2.º: *No se considera continuada esta sociedad cuando el cónyuge sobreviviente goce por pacto o por testamento el derecho de viudedad universal.* Artículo 150-3.º: *La viudedad limitada a bienes raíces puede coexistir con la sociedad continuada, conforme al capítulo 8.º del presente título.*

Proyecto GIL BERGES, artículo 134-4.º: *Puede coexistir el disfrute de la viudedad legal por el consorte sobreviviente y la sociedad conyugal tácita, continuada entre el mismo y los herederos del prefallecido. La viudedad universal determina, por el contrario, la inmediata disolución de la sociedad conyugal, por muerte de uno de los consortes.*

(120) Artículo procedente del 165 del Proyecto GIL BERGES: *Cuando por no haberse practicado las diligencias mencionadas en el artículo 37 ni dar términos hábiles para el disfrute de la viudedad universal, exista con carácter de continuada la sociedad conyugal a tenor del artículo 38, los aumentos o productos que se obtengan trabajando en familia con los bienes peculiares de cada consorte y con los comunes, no pertenecerán exclusivamente al superviviente, sino que acrecerán al caudal divisible en su tiempo y lugar.*

(121) Para dividir el neto haber remanente [...] 2.º será respetado y se hará efectivo el disfrute de viudedad cuando corresponda al cónyuge sobreviviente.

supuesto, ha de aplicarse la regulación de la continuada en su totalidad (pudiendo el viudo, por ejemplo, enajenar bienes muebles, sin necesidad de consentimiento ni aun conocimiento por parte de los herederos) (122).

En el Apéndice, el hecho de realizar inventario ya no funciona como presunción de querer separarse de la comunidad (123); habrá que averiguar la voluntad del viudo (por la que en todo caso puede disolverse la continuada), y el inventario podrá servir a lo más como indicio (*praesumptio hominis*). Además, siempre que los bienes estén indivisos, habrá que distinguir según los herederos trabajen en familia con el supérstite, o no (124).

En caso de concurrencia de viudedad universal y comunidad continuada, la solución legal es la primacía de la primera, no tanto, en opinión de DELGADO, por ser universal, cuanto por ser voluntaria. Pero, normalmente, de hecho continúa la situación de indivisión y gestión de la masa total de los bienes por el titular de la viudedad universal, lo que significa que, aunque oculta por la viudedad, continúa la comunidad mientras los bienes están indivisos y su regulación será aplicable en cuanto no contradiga a los derechos del usufructuario universal (125).

Por lo demás, como la viudedad (sea universal o no) es renunciable, resulta que, una vez renunciada esta viudedad, nos encontramos, si nada en

(122) ADA, XII, 1963-64, p. 225.

(123) Dice FRANCO Y LÓPEZ, con respecto a la sociedad familiar que es objeto del capítulo 2.º de la *Memoria*, que ha procurado “que las dudas a que pueda dar lugar el no haberse procedido oportunamente a la correspondiente división de bienes o a su inventario por lo menos, se resuelvan en perjuicio del que con la omisión de los que debió practicar, o con su apatía en hacer uso de su derecho, haya sido causa de que se produzcan [...]” (*Memoria*, pp. 160-161).

(124) “En el primer caso, aun realizado el inventario, si continúa la vida y el trabajo común, todos los aumentos alcanzados con este trabajo con bienes de cualquier clase y procedencia, se hacen comunes; si el sobreviviente desea la disolución de la sociedad, deberá notificarlo fehacientemente a los herederos, o conseguir de estos su conformidad, procediéndose después al inventario y liquidación de los bienes comunes. Si no hay trabajo en familia el problema es mucho menor, pues se reduce al de los frutos de los inmuebles que eran comunes a ambos cónyuges (los frutos de los demás patrimonios en ningún caso van a parar a la comunidad) y no hay duda de que el viudo, si cumple entre otros requisitos el fundamental de inventario, tiene derecho a los frutos de estos bienes; en cuanto a los frutos de los muebles comunes, al no alcanzar a ellos la viudedad, se hacen comunes” (DELGADO, ADA, XII, p. 226).

(125) DELGADO, ADA, XII, 1963-64, pp. 227-229.

La SAZ de 26 de enero de 1957 afirma que “hasta que se practique la liquidación, subsiste *de facto* la mentada comunidad, aunque no responda a la institución que contempla el artículo 53 del Apéndice foral aragonés”. En cambio, DELGADO cree que la comunidad que subsiste hasta la liquidación no es diferente de la regulada en el artículo 53; “ha llevado a esta conclusión —dice—, sin duda, la deficiente interpretación del «trabajo en familia», considerado erróneamente como requisito para la existencia de la continuada” (ADA, XII, p. 229).

Vid. el análisis de la jurisprudencia sobre la viudedad universal y la comunidad continuada en el Apéndice en FORTÚN COSTEA, 1997, pp. 202-203.

contrario se dice, y mientras se persiste en la indivisión, en situación de consorcio prorrogado. La renuncia, en principio, por exigencia de los artículos 63 y 73, ha de ser expresa y en documento público. Aun sin renuncia expresa en escritura pública, cree DELGADO serán aplicables las normas del consorcio prorrogado en caso de renuncia traslativa en pacto privado, y aún implícitamente, y en caso de omisión de la obligación de inventario (126).

3. Contenido y gestión.

A) *Activo de la comunidad.*

Dice el artículo 53-1.º del Apéndice que la comunidad continuada queda *circunscrita a los bienes comunes existentes y a los aumentos que con ellos y con los peculiares de cada partícipe se obtengan, trabajando en familia; de modo que la sociedad continuada no comprenderá los bienes y derechos que durante la continuación adquieran los interesados por separado del caudal común* (127).

Aunque todos los bienes –privativos del premuerto, privativos del supérstite, comunes a ambos– permanezcan indivisos, y todos ellos sean ad-

(126) ADA, XII, pp. 230-233.

El pacto de renuncia a la viudedad, celebrado con los herederos, sin formalidad de escritura pública, ha sido admitido por la AZ en la S de 14 de febrero de 1959.

Sobre la obligación de inventario impuesta por el artículo 68 del Apéndice y su frecuente incumplimiento, véase SANCHO REBULLIDA: “La viudedad aragonesa”, ADA, VIII, 1955-56, p. 157, y LORENTE SANZ: “La omisión del inventario en la viudedad (notas para su estudio)”, *Hmo.*, p. 514.

(127) Más explícito era el *Proyecto* RIPOLLÉS, artículo 130: *Constituyen el patrimonio de la sociedad continuada:*

1.º *Todos los bienes procedentes de la sociedad conyugal que le da origen y los que, durante su existencia, se produzcan o se adquieran.*

2.º *Los productos de los bienes propios del sobreviviente y de los de sus hijos mientras los administre aquél.*

Esta sociedad no se extenderá a la propiedad de los bienes del sobreviviente ni a los de sus hijos, cualquiera que sea el título de adquisición.

Los hijos que vivan fuera de la compañía del sobreviviente tendrán derecho, como partícipes, en la sociedad continuada, pero ni éste ni los hijos que con él vivan lo tendrán por concepto de sociedad en los bienes que aquéllos posean y administren separadamente.

El artículo 38 del Proyecto de 1904 circunscribe la comunidad continuada a los bienes comunes y a los aumentos o productos que con ellos y con los peculiares de cada uno se obtengan trabajando en familia./ La sociedad continuada no se extiende, por tanto, a los bienes y derechos que, durante ella y sin relación ninguna con el caudal común, adquieran separada e independientemente los respectivos partícipes. El artículo 165, en sede de viudedad, precisa que, cuando subsista la comunidad continuada y no exista viudedad universal, los aumentos y o productos que se obtengan trabajando en familia con los bienes peculiares de cada consorte y con los comunes no pertenecerán exclusivamente al supérstite, sino que acrecerán al caudal divisible en su tiempo y lugar.

ministrados indiscriminadamente por el supérstite (por títulos diferentes: propietario, usufructuario, viudo continuador), sólo forman propiamente el patrimonio de la comunidad continuada, a la muerte de uno de los cónyuges, los bienes comunes de la sociedad determinados por las capitulaciones matrimoniales o, en su defecto, por el artículo 48 del Apéndice. Como cuestión de principio, ni los bienes privativos del supérstite, ni los del premuerto, ni los de los herederos, forman parte del patrimonio de la continuada (cfr. arts. 53-1, 55-1 y 57-3).

El patrimonio de la sociedad se extiende también a los aumentos de los bienes comunes, bien por haber sido alcanzados por el trabajo familiar, bien, aun no habiendo trabajo familiar, al no estar afectos a la viudedad del supérstite administrador. En cambio, para que los aumentos de los bienes peculiares de cada partícipe ingresen en la sociedad es necesario que se obtengan trabajando éstos en familia (128). Los aumentos de los bienes propios del supérstite y de los herederos se hacen comunes, en cuanto que hayan sido logrados precisamente por este trabajo en común y sólo en beneficio de quienes en el mismo participan. Por último, si hay trabajo en familia, los aumentos del patrimonio privativo del premuerto se hacen también comunes (129).

Si no hay trabajo en familia, es obvio que los aumentos que por su cuenta consigan los herederos o el supérstite con sus propios bienes no forman parte de la comunidad; los aumentos del patrimonio privativo del premuerto corresponden al viudo, en la medida que tenga sobre ellos viudedad, y el resto a los herederos del difunto. En cuanto a los aumentos producidos por los bienes comunes, pertenecerán a la comunidad porque el viudo no tiene viudedad sobre ellos.

Pero muy bien puede suceder que parte de los herederos continúen en el trabajo familiar, y algunos salgan de la familia para llevar una vida

(128) Artículo 72-4.º: *Cuando la sociedad legal subsista continuada, simultáneamente con la viudedad legal, los aumentos o productos que se obtengan trabajando en familia con los bienes peculiares de cada consorte y con los comunes, no pertenecerán exclusivamente al supérstite, sino que acrecerán al caudal divisible en su día y caso.*

(129) El inciso *trabajando en familia* es la mayor innovación introducida por el Apéndice en relación al Derecho de los Fueros y Observancias, y quizá por eso es el punto de más difícil interpretación. La intención del Apéndice al introducir el elemento de trabajo en familia (tomado del *Proyecto* de 1904) parece ser evitar las posibles injusticias producidas al atribuir a los herederos la mitad de los productos que el viudo hubiera podido adquirir con los bienes comunes por su propio trabajo, y en esta intención de equidad encuentra su justificación. *Vid.* LACRUZ-SANCHO: *Derecho de Familia*, Barcelona, 1966, p. 274 (n. 15).

DELGADO pone de relieve que el trabajo en familia no es un requisito para la existencia de la sociedad continuada (ADA, XII, 1963-64, pp. 202-204). Lo contrario sostienen CAMÓN AZNAR (1954, p. 232) y las SSAZ de 19 de junio de 1953 y 4 de julio de 1956.

Vid. también el análisis de la jurisprudencia sobre el activo de la comunidad en el Apéndice en FORTÚN COSTEA, 1997, pp. 203-204.

independiente. Es decir, pueden coexistir los dos tipos de comunidad continuada que hemos trazado. Estos herederos, cuyas economías son independientes de la familia, hacen suyos todos los rendimientos de su patrimonio y de su trabajo personal; tienen derecho a pedir la entrega de los bienes comunes en la parte que les corresponda (art. 53-3.º) a la muerte de su causante, pero no participarán en los aumentos alcanzados por el trabajo en familia de los otros herederos y el viudo con los bienes comunes y los peculiares de ellos, de modo que los socios capitalistas-industriales retirarán la parte de ganancias que correspondería a los puramente capitalistas (130).

B) Pasivo de la comunidad.

Artículo 54-2.º: Se entenderá aplicable a deudas que contraiga la esposa sobreviviente en el tiempo de la sociedad continuada el párrafo final del artículo 50.

Artículo 50-3.º: Se presumirán contraídas en beneficio común las deudas del marido, salvo prueba en contrario. Los bienes raíces o inmuebles peculiares de la mujer y la mitad que pertenezcan a ésta en los comunes de la misma clase, no responderán en caso alguno de deudas contraídas por el marido en su propio provecho, con ocasión de vicios, afianzando a favor de otros o con propósito conocido de perjudicar a aquélla.

Artículo 57, norma 3.ª: Se reintegrará al partícipe o a los causahabientes suyos del valor de bienes que le pertenecieren privativamente, de los cuales se haya dispuesto en provecho del fondo común; y, por el contrario, se contarán como integrantes de este fondo y se tomarán en cuenta para las adjudicaciones en pago los valores o cantidades que de él se hayan tomado o hayan de tomarse en provecho privativo de algún partícipe, sea en su persona o sea en sus particulares bienes, deudas o negocios.

Del mismo modo que la sociedad continuada es sucesora, en cuanto al activo, de los bienes comunes de la sociedad conyugal, sucede también en las deudas de que estos bienes respondían, de modo que la situación

(130) Estas son, en resumen, las conclusiones sobre el activo de la comunidad a que llega DELGADO en su brillante trabajo del ADA, XII, pp. 201-208.

¿Cómo debe interpretarse el trabajo en familia? Se trata fundamentalmente de un estándar social o bien de un “concepto jurídico indeterminado” que deja amplio terreno a la apreciación discrecional del juez. CAMÓN (1954, p. 232) propone una interpretación restrictiva y exige para que haya trabajo en familia una auténtica explotación o industria familiar; en cambio, DELGADO patrocina una interpretación amplia, siendo bastante con que haya una “cooperativa de consumo” de carácter familiar y una interdependencia de las economías de los partícipes (ADA, XII, p. 205).

inicial del patrimonio es, en el activo y el pasivo, la del patrimonio común de la sociedad conyugal. Y no sólo sucede en las deudas frente a terceros, sino también en las relaciones internas entre las masas patrimoniales en juego (131).

Todas las deudas a título oneroso contraídas por el supérstite administrador (marido o mujer) se presume que lo han sido en beneficio común y obligan *erga omnes* el patrimonio consorcial. De modo que la situación del supérstite a este respecto es la del marido constante matrimonio. Pero los bienes privativos de los herederos no responden nunca por las deudas contraídas por el viudo aunque lo sean en beneficio de la sociedad. La forma en que resulta protegida la parte de los herederos en la masa común, en caso de deudas contraídas por el administrador en provecho propio, es similar a la que la mujer casada tiene para defenderse por las deudas en beneficio exclusivo de su marido (132), con una diferencia importante derivada del derecho de los herederos a pedir la disolución, incluso si esto les ha sido prohibido por el premuerto, ya que estaríamos en un caso de mala administración. Y, una vez disuelta la sociedad, como la apertura del patrimonio común a la agresión de los acreedores por deudas privativas del viudo debe entenderse como un sucedáneo del embargo de la cuota de éste, y la cuota en la comunidad en liquidación es ya embargable, no hay razón para mantener la responsabilidad de todos los bienes comunes por las deudas del viudo (excepto las que se pruebe sean en beneficio común) (133).

El artículo 57-3.^a regula los reintegros y reembolsos que hayan podido resultar de las relaciones entre la masa común y las privativas de los partícipes. Es de notar que este artículo tiene aplicación tanto constante matrimonio como en la continuación de la sociedad.

El Apéndice no dice qué deudas son definitivamente comunes. Según DELGADO, pueden considerarse tales: las contraídas en beneficio del patrimonio común; los gastos menores o de mera conservación de los bienes privativos, si la comunidad hace suyos los productos de estos bienes (situación de trabajo en familia); los gastos normales de alimentación, ves-

(131) DELGADO: ADA, XII, 1963-64, p. 211.

(132) La Exposición de motivos del *Proyecto* GIL BERGES dice expresamente: "Las deudas contraídas por el supérstite en el período de continuación de la sociedad en las condiciones en que el marido obliga con sus actos de administración los bienes consorciales, afectarán naturalmente a éstos, dándose en pro de aquél igual presunción de haber obrado en beneficio común a menos de alegarse o probarse lo contrario. Las contraídas por el propio supérstite con causas o ánimo ajenos a dicho beneficio común no comprometerán los inmuebles peculiares del premuerto, recaídos en sus sucesores, ni la parte que les corresponda en los adquiridos por título oneroso".

(133) DELGADO: ADA, XII, 1963-64, pp. 211-213. *Vid.* SSATZ de 4 de enero de 1947 y 3 de marzo de 1954.

tido, etc., del viudo y de los herederos que conviven con el mismo y los gastos de inventario para la disolución, liquidación y reparto de los bienes (134).

C) *Gestión de la comunidad.*

Artículo 54: El cónyuge sobreviviente representará en juicio y fuera de él a la sociedad continuada, administrará los bienes de la misma, y una vez que satisfaga las cargas y obligaciones, destinará el remanente producto a acrecentar el caudal común.

Se entenderá aplicable a deudas que contraiga la esposa sobreviviente en el tiempo de la sociedad continuada el párrafo final del artículo 50.

Estará facultado también el dicho sobreviviente, aunque los herederos del finado o alguno de ellos no lo consientan, mientras dure la sociedad continuada, para ejercitar las acciones radicadas en la sucesión del difunto consorte, háyanse iniciado o no en vida de éste los procedimientos.

Podrá, además, durante la dicha continuación, arregladamente a lo que se dispone en el artículo 72, norma 6.^a, asignar legítimas, donaciones o dotes, con los bienes comunes, a los descendientes habidos con el finado consorte, que sean sucesores forzosos de éste, para ayudarlos a negociar por cuenta propia o vivir con independencia, o con ocasión de contraer matrimonio o de ingresar en religión; pero en los demás casos no podrá enajenar ni gravar bienes raíces o inmuebles sin el consentimiento de los copartícipes, debidamente representados o asistidos los que no tengan capacidad plena (135).

(134) ADA, XII, pp. 215-216.

(135) *Proyecto 1889, artículo 131: El cónyuge viudo tendrá la administración de todos los bienes, la representación de todos los derechos y la carga de todas las obligaciones de la sociedad continuada.*

Las ganancias que se produzcan corresponderán por mitad al cónyuge viudo y a sus hijos.

La exposición de motivos del *Proyecto* de 1904, resumiendo el contenido de sus artículos 40, 41 y 42 dice: "Cuanto al gobierno de la sociedad conyugal durante su fase de continuada, bastan ligeras afirmaciones a que se forme juicio. El supérstite llevará la cuenta de la administración con absoluta separación de la que pudiera corresponder acerca de bienes que por título distinto hayan recaído en los herederos del prefallecido. Representará a la comunidad en juicio y fuera de él, deducirá las acciones radicadas en dicho prefallecido, por más que en vida de éste no se hubieran iniciado los procedimientos y medie oposición de parte de sus causahabientes, atribuirá a los mismos la mitad de los productos o aumentos que se obtengan y la de las pérdidas que sobrevengan, pagará las deudas y los gravámenes de los inmuebles, destinará el remanente al acrecentamiento del caudal consorcial, y asignará, en fin, legítimas, donaciones y dotes con cargo al propio caudal a los sucesores forzosos del matrimonio con ocasión de sus respectivas colocaciones, atemperándose a los precedentes que existan en la familia por lo tocante a la cuantía de esas liberalidades. No podrá, sin embargo, enajenar, hipotecar ni gravar los raíces o sitios comunes sin el consentimiento de sus copartícipes o de quienes estén habilitados para prestarlo por los mismos".

Al disolverse el matrimonio por muerte de uno de los cónyuges, sus herederos le suceden en cuanto a la titularidad que al difunto correspondía sobre los bienes comunes, pero no ponen su capacidad patrimonial, ni siquiera en parte, al servicio del patrimonio común (sus adquisiciones no son para la sociedad; sus deudas no la hacen responsable), ni reciben las facultades de gestión que tenía el difunto. Nacen entonces, *ope legis*, en el cónyuge superviviente unas facultades similares a las que el marido tenía en el consorcio conyugal; pero cuando sea la viuda quien continúe no puede decirse que suceda en tales facultades a su marido, sino que éstas nacen para ella al darse unos supuestos contemplados por la ley, entre los que se encuentra la muerte del consorte.

El viudo, siempre y sólo él, es el administrador y gestor de la comunidad con poderes realmente amplios. Poderes que abarcan únicamente los bienes comunes que constituyen el patrimonio inicial de la continuada y los bienes que hayan ingresado posteriormente en este patrimonio. No alcanza el poder del viudo, en cuanto gestor de la continuada, a los bienes privativos del premuerto, aunque su situación es bastante compleja, ni al patrimonio de los herederos. El viudo tiene obligación de administrar los bienes consorciales, hacerlos fructificar normalmente y dedicar el producto neto a acrecentar el caudal común, siendo responsable de su gestión. En especial se le prohíbe disponer de los bienes en beneficio propio (más allá de lo que pueda considerarse como un amplio derecho de alimentos), y aplicarlos a cualquier otro fin en que no esté interesado el grupo familiar. El viudo podrá repartir los frutos líquidos entre quienes trabajaron para producirlos (136). Ostenta la representación legal de la comunidad continuada en juicio y fuera de él (137).

El cónyuge continuador goza de un poder de disposición a título oneroso sobre los muebles de forma ilimitada. Así resulta del artículo 54, que establece tan sólo una limitación en cuanto a los inmuebles. Pero no puede disponer a título lucrativo, salvo en los casos muy excepcionales que contempla el mismo artículo. Sobre los bienes inmuebles, el régimen es muy diferente: tan sólo con el consentimiento de los copartícipes podrá enajenarlos y gravarlos.

En general, el poder de disposición del viudo sobre el patrimonio de la comunidad no alcanza a los actos a título lucrativo. Pero el artículo 54 admite unos supuestos excepcionales en que puede hacerlo a favor de los descendientes comunes que sean sucesores del premuerto, en los casos

(136) DELGADO: ADA, XII, pp. 248-249.

(137) *Vid.* el desarrollo de estos puntos en DELGADO: ADA, XII, 1963-64, pp. 234-235 y 240-243.

Vid. también el análisis de la jurisprudencia sobre administración y disposición de bienes de la comunidad continuada en el Apéndice en FORTÚN COSTEA, 1997, pp. 204-205.

que específicamente señala. Para la interpretación de este párrafo, y por remisión expresa del mismo, es necesario considerar el artículo 72-6.^a:

El viudo, a expensas de los bienes comunes, y aun de los que fueron privativos del cónyuge finado, mientras unos y otros estén indivisos, puede, con ocasión de casarse un hijo o hija de ambos, hacerle donación análoga a la que marido y mujer hubiesen otorgado a favor de hijo o hija casados durante el matrimonio. A falta de este precedente, la tal donación no podrá comprender bienes privativos del cónyuge difunto (138).

En el Apéndice se ha seguido en lo fundamental las Observancias, pero alterando la regulación según se trate de bienes comunes o privativos del supérstite. Si la liberalidad ha de comprender bienes privativos del difunto sólo puede disponerse a favor de los hijos comunes, con ocasión de su matrimonio, y en cuantía análoga a la que marido y mujer hubieren otorgado a favor de hijo o hija casados durante el matrimonio (nunca si falta este precedente). Si sólo comprende bienes comunes, los favorecidos pueden ser todos los descendientes comunes, sucesores forzosos del finado consorte, para ayudarles a negociar por cuenta propia o vivir con independencia, o con ocasión de contraer matrimonio o de ingresar en religión. Tanto en uno como en otro caso no parece necesario que los hijos sean miembros de la sociedad continuada (139). Es de observar que para estas liberalidades puede el viudo disponer también de los inmuebles, sin necesidad del consentimiento de los demás partícipes.

4. Disolución y división (140).

A) *Disolución de la comunidad.*

Aunque el Apéndice no la menciona como causa de disolución, no hay duda de que la muerte del cónyuge continuador opera por sí misma la disolución de la sociedad, sin necesidad de manifestación alguna por parte de los herederos, ni declaración judicial (141). Parece que a la muerte

(138) Regulación tomada del artículo 42 del *Proyecto* de 1904. Véase también el artículo 82 del *Proyecto* de 1899.

Para la interpretación de los artículos 54-4 y 72-6.^a, además de DELGADO (ADA, XII, pp. 245-248), véase LACRUZ: ADA, IV, 1947-48, pp. 133 y ss.; SANCHO REBULLIDA: ADA, VIII, 1955-56, pp. 162 y ss.; SAPENA TOMÁS: "La ineficacia del negocio jurídico en el Apéndice al CC vigente en Aragón", ADC, IX, 1956, pp. 155 y ss.

(139) En contra, LACRUZ: ADA, IV, p. 143.

(140) Reproduzco aquí las pp. 532 a 536 de mis "Comentarios a la comunidad conyugal continuada", *op. cit.*

(141) Artículo 132 del *Proyecto* 1889: *Esta sociedad se disuelve:*

1.º *Por voluntad del sobreviviente o de sus hijos, conforme al artículo 129.*

2.º *Por muerte del cónyuge viudo.*

3.º *Por extinción del derecho de viudedad existiendo el viudo.*

El fallecimiento de un hijo interesado en la sociedad no extingue ésta entre los demás socios,

de uno de los partícipes, distinto del supérstite, se impone la disolución parcial liquidando la parte del difunto a favor de sus herederos, y si ya no queda ningún partícipe además del viudo es obvio que la comunidad desaparecerá (142). Cree DELGADO que hay suficientes razones de analogía para entender que algunas causas de extinción de la viudedad (no del derecho expectante de viudedad) producirán también la extinción de la sociedad conyugal continuada, por ejemplo, la vida licenciosa de la viuda, la corrupción o abandono de los hijos, etc. (art. 73) (143). También parece razonable a este autor que si los bienes perecen totalmente, resultan infructíferos o inferiores a las deudas, durante la continuación de la sociedad, ésta ha de disolverse.

La continuación de la comunidad, en la regulación del Apéndice, nunca es obligatoria para el viudo, salvo que la continuación se hubiera pactado en capítulos o por pacto del supérstite con los herederos. Fuera de estos casos, el viudo puede siempre en cualquier momento declarar su voluntad de disolver (144). Obviamente, la comunidad se disuelve por acuerdo de todos los interesados. Los herederos sólo pueden pedir la disolución de la continuada en cuanto a su parte, salvo que les haya sido prohibido por el finado en testamento o capitulación matrimonial (145).

pero deberá practicarse la liquidación de la porción social de aquél en el caso de que no fueran sus herederos por igual los restantes hermanos.

La porción liquidada y no recibida se considerará, en cualquier caso, en poder del padre sobreviviente.

(142) DELGADO: ADA, XII, 1963-64, pp. 200-201 y 255-256.

El párrafo 2.º del artículo 44 del *Proyecto* de 1904 dice así: "Si fuesen sucesores forzosos del matrimonio, en número de dos o más, no empecerá a la subsistencia de ella la renuncia expresa o tácita de cualquiera de aquéllos al beneficio de la comunidad, ni tampoco su muerte, si las resultas de la renuncia o de la herencia en los respectivos casos recaen por entero en él o los otros sucesores forzosos".

(143) El propio DELGADO demuestra que la aplicación analógica de otras causas de extinción de la viudedad del artículo 73 del Apéndice no resulta muy fecunda para la comunidad continuada; *vid.* ADA, XII, pp. 253-255.

(144) Era más explícito el *Proyecto* RIPOLLÉS: artículo 132: *Esta sociedad se disuelve: 1.º por voluntad del sobreviviente o de sus hijos conforme al artículo 129. Artículo 129: No se considera continuada esta sociedad: 1.º Cuando el viudo o alguno de los hijos mayores de edad, hicieren manifestación o requerimiento en forma para proceder a la división de bienes muebles. Los dos parientes más próximos del cónyuge premuerto, o el Ministerio fiscal, podrán hacer igual manifestación o requerimiento, en representación de los hijos menores de edad. Mientras quede algún hijo que no pida la división, existirá esta sociedad respecto de él.*

(145) Según el artículo 43 del *Proyecto* de 1904, *será obligatoria para los herederos del cónyuge premuerto la disposición testamentaria en que su causante les prohíba promover la disolución de la sociedad continuada mientras se conserve viudo el supérstite, a no ser que éste se haga sospechoso de mala administración. / Fuera de tal prohibición, puede cualquiera de los partícipes solicitar en todo tiempo la formación de inventario y la división de bienes de la sociedad continuada, y la entrega de cuantos no hayan de quedar afectos a la viudedad del sobreviviente. / En nombre de los menores, incapacitados y ausentes está autorizada para instarlas la representación a que se refiere el apartado final del artículo anterior. Pero añade el párrafo 1.º*

En efecto, dice el artículo 53-2.º: *La muerte del marido o de la mujer determinará la disolución inmediata de la sociedad cuando el supérstite y todos los herederos del finado así lo acuerden, a menos que el finado, en su testamento o en capitulación matrimonial, haya prohibido a éstos que promuevan la disolución durante la viudez del sobreviviente; prohibición que les obligará, aunque sean herederos forzosos, mientras tanto que el viudo no se haga sospechoso de mala administración.* Y, por su parte, señala el artículo 31-2.º: *Puede prohibir a los descendientes [el testador] que promuevan la disolución de la sociedad conyugal continuada, mientras el cónyuge supérstite se conserve viudo y no se haga sospechoso de mala administración, salva siempre la obligación de prestar éste a aquéllos alimentos adecuados.*

Añade el artículo 53-3.º: *No estorbándolo la prohibición antedicha, cualquiera de los herederos del cónyuge finado puede pedir la disolución de la sociedad continuada en lo que le afecta y la entrega de los bienes que le correspondan, con tal que no hayan de quedar afectos a la viudedad del sobreviviente. Si los demás interesados optan por conservar la sociedad, la participación retirada por los que se hayan separado se contará en lo venidero imputándola a la mitad de interés que a la sucesión corresponde en la sociedad.*

La separación parcial puede pedirla cualquiera de los herederos (si son menores, su capacidad deberá ser suplida por tutor o defensor judicial), uno o varios, y aún todos los que con el viudo forman la sociedad. En este último caso, la comunidad habrá de entenderse disuelta. La entrega de la cuota del heredero separado debe hacerse, salvo pacto, en bienes concretos, adjudicando al que se separa bienes de la misma naturaleza, calidad y especie, que los que queden en el patrimonio común. Lo que significa que la voluntad de uno solo de los herederos puede destruir la unidad del patrimonio familiar. No obstante, si el viudo conserva su viudedad, los bienes quedarán afectos a la misma y el heredero sólo recibirá la nuda propiedad. Ni el supérstite, ni los herederos, pierden ni ganan con la separación de uno de ellos: cada uno conserva la cuota que tenía. En cuanto a los frutos producidos después de la separación, opina DELGADO que la división más equitativa parece ser de una mitad para el viudo y otra para los herederos que permanecen, pues a estos frutos nada les afecta la separación anterior de uno de los partícipes (146).

del artículo 44 que "la petición de que se practique inventario y división de bienes no surtirá efecto entre los herederos del cónyuge fallecido más que para quien la haya deducido, cuando los demás quieran seguir en sociedad con el sobreviviente.

(146) ADA, XII, p. 262.

B) Segundas nupcias.

Artículo 53-5.º: Por el hecho de contraer el supérstite segundas nupcias cesará la sociedad continuada, a menos que todos los partícipes acuerden proseguirla; y en este caso deberán inventariar, de mutua conformidad, el activo y pasivo, como asiento de las liquidaciones venideras. Igualmente se deberá formalizar inventario cada vez que se vayan a contraer nuevas nupcias durante la continuación de la sociedad (147).

En el Apéndice, de forma novedosa, las nuevas nupcias del supérstite producen la disolución de la sociedad continuada de manera automática, y sólo el acuerdo de todos los partícipes puede evitar esta disolución. A los autores no les ha pasado desapercibido este cambio en la regulación tradicional (148). Pero, como dice DELGADO, no puede negarse, sin embargo, que hay cierta continuidad entre presumir la continuación salvo

(147) Memoria de FRANCO Y LÓPEZ, artículo 205: *Si el cónyuge sobreviviente pasara a nuevo matrimonio, y al verificarlo hiciere, con citación de los herederos del premuerto, inventario de todos los bienes comunes, pero no les entregare los que les correspondieren, las adquisiciones o aumentos que posteriormente se obtuvieren se dividirán en tres partes, una para los tales herederos y las otras dos para dicho cónyuge y la persona con quien casare. / Pero si no se hubiere formado inventario, se dividirán todos los aumentos o adquisiciones que posteriormente se hicieren en dos partes iguales, lo mismo que los anteriormente obtenidos, de las cuales se adjudicará la una a los herederos del cónyuge premuerto y la otra al sobreviviente y su nuevo consorte.*

Artículo 206: *Si disuelto este matrimonio, contrajere otro el cónyuge que sobreviva sin entregarse a los herederos de los otros cónyuges premuertos la parte que les corresponda con arreglo a los artículos anteriores, pero haciéndose previamente, con citación de aquéllos, inventario de los bienes comunes, los aumentos que posteriormente se obtengan pertenecerán en su totalidad a los nuevos cónyuges. Pero si no se hubiere hecho inventario, únicamente pertenecerá a éstos la tercera parte de los bienes aumentados, distribuyéndose las otras dos restantes los representantes de los anteriores matrimonios en la forma establecida en el artículo 205.*

Artículo 207: *En caso de que disuelto este último matrimonio contrajere el cónyuge viudo sin entregar a los herederos de los premuertos la parte de bienes que les corresponda con arreglo a los precedentes artículos, no tendrá el nuevo matrimonio parte alguna de los bienes comunes ni de los aumentos que en lo sucesivo se hicieren: sino únicamente su disfrute. Por consiguiente se dividirán todos ellos en la forma que en los referidos artículos se halla dispuesto.*

Artículos que no sufrieron modificación alguna en el articulado propuesto con la Adición a la Memoria, véanse artículos 232, 233 y 234.

Proyecto 1904, artículo 45: *Ni aun convolando o pasando a segundo o ulteriores matrimonios el cónyuge supérstite cesa la sociedad continuada con los herederos del prefallecido, si en defecto de inventario o diligencia encaminados a disolverla, no se describen por lo menos en la capitulación u otro documento que se otorgue para cualquiera de aquellos matrimonios, los bienes que como propios aporta a dicho consorcio.*

(148) Vid. PALÁ MEDIANO: *Observaciones al Proyecto de Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho foral de Aragón*, Barbastro, s.f. [1924], p. 83; MARTÍN COSTEA: "Observaciones hechas al Proyecto de Apéndice al Código Civil", ADA, VIII, 1955-56, p. 281; AZPEITIA ESTEVAN: *El Proyecto de Apéndice al Código Civil, correspondiente al Derecho foral de Aragón*, Madrid, 1924, p. 107; VIDAL TOLOSANA: *El Apéndice aragonés al Código Civil general*, Huesca, 1924, p. 47.

declaración en contrario, una vez que se ha admitido esta declaración en forma indirecta (Derecho anterior); e imponer la disolución por segundas nupcias, salvo pacto expreso de continuar (Apéndice) (149). Ahora bien, con esta solución, aparentemente simplificadora, los problemas son mayores, ya que se ha prescindido precisamente de aquellas reglas legales (Obs. 3.^a *De secundis nuptiis*) según las cuales se realizaba la partición durante o después de las segundas nupcias, con lo que el derecho de los herederos a su parte queda francamente desprotegido. PALÁ entiende que, si de hecho continúa la sociedad, es decir, si no se ha hecho división ni siquiera inventario, habrá que aplicar las reglas del artículo 57.4 (liquidación comunidad continuada durante las segundas nupcias) (150). DELGADO rechaza esta solución y defiende como más acomodada a la ley la siguiente: los herederos del cónyuge premuerto podrán siempre pedir la división de los bienes que eran comunes o de los que se hayan subrogado probando ambas circunstancias; lo que nunca podrán pretender es participar en las ganancias que con base en estos bienes de los que son condueños se hayan producido durante el segundo matrimonio (151).

El efecto del acuerdo entre los partícipes tendente a la continuación es prorrogar la sociedad, que, de otra forma, quedaría disuelta *ipso facto* al pasar el supérstite a segundas nupcias. El pacto ha de tener lugar antes de la boda y el nuevo cónyuge habrá de prestar después su consentimiento (152).

Como excepción a la regla del artículo 53-5.º, sobre disolución de la sociedad conyugal continuada por segundas nupcias, cree DELGADO que puede pactarse en capítulos matrimoniales que la continuación de la comunidad será obligatoria para los herederos incluso para después de las segundas nupcias del supérstite (153).

C) *Liquidación de la comunidad.*

Una vez disuelta la sociedad, y hasta que se proceda a la división y entrega de sus bienes, perdura el estado de indivisión de éstos, y precisamente entre las personas que formaron la sociedad continuada. El Apéndice incluye unas normas especiales para esta sociedad disuelta, pero no liquidada, que rigen también para el supuesto análogo que se produce a

(149) ADA, XII, pp. 267-268.

(150) *Observaciones al Proyecto de Apéndice*, s.f. [1924], pp. 81-83.

(151) ADA, XII, p. 269.

(152) *Vid.* en DELGADO: ADA, XII, pp. 272-277, el estudio de la estructura y funcionamiento de la “comunidad continuada compuesta” que puede resultar después de las segundas nupcias.

(153) ADA, XII, pp. 269-272.

la disolución de la sociedad conyugal cuando no procede la continuación, ya que en el Apéndice se regula conjuntamente la liquidación de ambos supuestos. Después de la disolución ha de procederse a la confección del inventario (154). El viudo, sea marido o mujer, a la disolución del consorcio tiene funciones de administrador, si bien limitadas y sin los amplios poderes que le venían atribuidos como gestor de la comunidad continuada (155). Si se ha extinguido el usufructo viudal, todos los frutos producidos entre la disolución y la división por los bienes comunes serán comunes, lo mismo que los gastos ocasionados para su producción. Cuando se procede a la división, a falta de pacto, la comunidad subsiste en cuanto a los frutos aparentes y los gastos que se ocasionen para su obtención (156).

La regla 2.^a del artículo 57 dispone que *será respetado y se hará efectivo el disfrute de viudedad cuando corresponda al cónyuge superviviente*. Normalmente, la disolución de la sociedad continuada coincidirá con la extinción del usufructo viudal, ya que de ordinario no se pide aquella disolución sino a la muerte del viudo; desde el punto de vista práctico tendría muy pequeña trascendencia pedirla antes, ya que los herederos tampoco entrarían en posesión de los bienes; incluso si se trabaja en familia, la disolución de la sociedad pondría a los herederos en situación económica inferior (no tendrían participación en los frutos de los bienes comunes). (157).

Por último, dice la regla 4.^a del artículo 57 que *para liquidar la sociedad que haya continuado durante segundas nupcias, se referirán al tiempo en que éstas se contrajeran, así la detracción de los bienes que sean propiedad privativa, como la fijación de los haberes de cada partícipe en el fondo*

(154) Artículo 55.1.º: *Al quedar disuelta la sociedad se hará inventario de todos los bienes y derechos integrantes de su haber con distinción entre los inmuebles privativos y los comunes, y entre deudas anteriores al matrimonio, a cargo de uno u otro consorte y deudas consorciales. La segunda parte del precepto proviene del artículo 52 del Proyecto de 1904.*

Vid. el comentario de DELGADO: ADA, XII, pp. 278-280. Véase también ARREGUI LUCEA: *Disolución y liquidación de la sociedad conyugal legal en Aragón*, tesis doctoral, sin publicar; resumen de la misma en *Rev. Temis*, Zaragoza, 1961, pp. 135-153.

(155) Artículo 53.3.º: *Hasta tanto que cada partícipe reciba lo que le corresponda en la división, el cónyuge sobreviviente custodiará bajo su responsabilidad, los bienes, y a expensas de éstos podrá solventar las deudas que, con cargo a los mismos, sean exigibles y consten de manera fehaciente.*

Vid. DELGADO: ADA, XII, pp. 280-282.

(156) Artículo 57, regla 1.ª: *Se entenderá subsistente la comunidad en los frutos aparentes de las heredades, los esquilmos de ganados y los gastos que por razón de unos y otros se ocasionen hasta la recolección u obtención respectiva; a menos que todos los partícipes opten por dejarlo a cuenta y riesgo del sobreviviente a quien está atribuida la administración mediante un valor concertado que se incorpore al caudal divisible.*

Vid. DELGADO: ADA, XII, pp. 282-283; SANCHO REBULLIDA: "Liquidación de frutos naturales e industriales en la extinción del usufructo viudal", ADA, X, 1959-60, p. 463.

(157) DELGADO: ADA, XII, p. 284.

común; y dentro del nuevo consorcio los aumentos o pérdidas se entenderán por terceras partes entre el sobreviviente del primer enlace, los herederos del finado y el nuevo consorte, a quien le será respetado el derecho de viudedad que le corresponda, por cualquiera títulos o conceptos, sobre los sitios o inmuebles pertenecientes a aquél.

Si la liquidación ha de abarcar, además de las segundas, ulteriores nupcias, esta norma se adaptará a la época de cada casamiento, y para el tiempo sucesivo se agrupará en el segundo de los mencionados tercios el interés en la sociedad de todos los herederos de consortes fallecidos (158).

5. Resumen de las principales características.

La desventajosa posición del viudo en la comunidad continuada trató de remediarse en el Apéndice de 1925-26, 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 de 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*”.

“En este artículo –dice LACRUZ (159)– es mucho más clara la consecuencia final, extraída razonando *a contrario*, que los hechos que sirven para deducirla: quedan excluidos 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 tengan relación con el patrimonio familiar. Esto es así porque todos los restantes aumentos o ganancias obtenidos por el viudo y los demás partícipes son comunes, es decir, son comunes los bienes y derechos que durante la continuación adquieran los interesados «gestionando» los bienes del caudal común (bienes comunes y privativos del matrimonio). La expresión «trabajando en familia» –que tanto dificultó una interpretación unánime del precepto– creo que no tiene tanta trascenden-

(158) El *Proyecto* RIPOLLÉS atiende por separado, con remisiones al capítulo que regula la disolución de la sociedad conyugal cuando no existe viudedad, a la división de bienes por muerte del cónyuge viudo (art. 133), a la división de bienes durante la viudedad del sobreviviente (arts. 134 y 135) y a la división de bienes por extinción de la viudedad existiendo el viudo. Destacaremos únicamente dos textos: a) *El viudo que casare sin haber practicado la división de bienes con sus hijos y hecho la entrega de su parte respectiva a cada uno, perderá la mitad de lo que le correspondan en la sociedad continuada* (art. 136.3.^a). b) *Nada de lo consumido por el cónyuge sobreviviente viene a división, a no resultar inventariado, constar invertido en pago de deudas familiares, o haber sido aquél declarado mal administrador* (art. 136. 7.^a).

(159) LACRUZ (-Sancho): *Derecho de Familia*, I, 1974, pp. 398 y ss., de donde tomo este resumen.

cia: lo adquirido por los partícipes a partir de los bienes comunes existentes y de los que eran privativos de cada cónyuge –así entiendo el inciso «los peculiares de cada partícipe»– trabajándolos para la familia (gestionándolos), se hacen comunes. El trabajo de los bienes del caudal común, su administración o gestión, realizada normalmente por el viudo, pero en ocasiones también por otros partícipes, es un trabajo en familia y para la familia cuyo producto siempre se hace común. «Trabajando en familia» vendría a equivaler a «trabajando en casa» o a «trabajando en la hacienda familiar» como supuesto distinto de quien trabaja «fuera de casa» o no trabaja en bienes de la familia.”

En este sentido, la aportación principal del Apéndice es que ya no se presume común todo lo ganado por el supérstite durante la continuación, sino sólo aquello que guarda relación con la administración de los bienes de la masa indivisa; la especificación sirve también para los partícipes que colaboren en la gestión de estos bienes.

III. La comunidad conyugal continuada en la Compilación (160)

El artículo 52 de la Compilación da a entender, con mayor claridad tras la reforma de 1985, que *disuelto el matrimonio por muerte de uno de los cónyuges*, y hasta tanto no se divida y adjudique el patrimonio consorcial, la comunidad que continúa puede estar sometida a un doble régimen: a) el de la comunidad conyugal continuada, cuando se den sus presupuestos y requisitos; b) el de la comunidad conyugal en liquidación, que suele llamarse comunidad “posconsorcial”, en los demás casos, y también desde la disolución de la comunidad continuada y hasta tanto no se divida y adjudique su patrimonio.

A la comunidad conyugal continuada se dedica un título, el V del libro I (arts. 60 a 71), separado del correspondiente al régimen económico matrimonial, con lo que los perfiles de la institución se destacan con notable claridad (161).

(160) En este apartado hago un resumen de las principales aportaciones contenidas en mis “Comentarios a la comunidad conyugal continuada”, *op. cit.*, pp. 387 a 610. *Vid. etiam* los “Comentarios” de MERINO HERNÁNDEZ a los artículos 60 a 71 de la Compilación en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (Dir. M. ALBALADEJO), T. XXXIII, vol. 2.º, Madrid, 1990, pp. 157 a 281. FORTÚN COSTEA, 1997, en la parte referida a la Compilación, pp. 205 a 247, que pone de manifiesto la práctica inexistencia de jurisprudencia y se ocupa de los problemas fiscales.

(161) La Exposición de motivos de la Compilación de 1967 dice en relación a la comunidad conyugal continuada: *En el Derecho aragonés histórico, el fallecimiento de un cónyuge no determina necesariamente la disolución inmediata de la sociedad conyugal, y muy frecuentemente ésta se continúa entre el viudo y los herederos. La institución de la comunidad conyugal con-*

Además, en la sección 5.^a (disolución de la comunidad) del capítulo III (régimen matrimonial legal) del título IV (régimen económico conyugal), para los casos de simple indivisión del patrimonio consorcial, tras la muerte de uno de los cónyuges, la Compilación dedica varias normas a regular la administración por el viudo en estos supuestos (art. 53). Normativa que recoge el espíritu, y aun parcialmente la forma, de la regulación de Observancias; pero en la Compilación son supuestos que quedan fuera de la denominada “comunidad conyugal continuada”.

También quedan fuera todos los demás casos de simple indivisión del patrimonio consorcial cuando la comunidad conyugal se ha extinguido por causa distinta de la muerte, a los que la Compilación dedica el artículo 54. De los casos de simple indivisión del consorcio conyugal disuelto nos ocuparemos en el apartado siguiente.

1. Supuestos de continuación.

A) Elementos subjetivos.

En la Compilación, excepto en el caso de que la voluntad conjunta de los cónyuges o la unilateral del premuerto hayan establecido la obligación de continuar (en este último caso, la obligación afecta sólo a los herederos del premuerto), supuesto en el que la comunidad continuada puede estar enteramente formada por el viudo y sucesores del premuerto no descendientes del matrimonio; en las demás clases de comunidad continuada es necesario que entre los sucesores exista algún descendiente del matrimonio; es decir, que éste haya sido fecundo, que en el momento de su disolución todavía viva algún descendiente común y que sea sucesor del premuerto. Con ello se evitan situaciones, totalmente injustificadas, de continuación del consorcio con sucesores extraños a la familia, manteniéndose con mayor pureza el carácter familiar de la comunidad, a la vez que se recogen las tendencias de nuestro Derecho más antiguo.

Sujetos de la comunidad conyugal continuada son los partícipes o co-

tinuada se hallaba, sin embargo, deficientemente regulada. Los preceptos sobre la materia del Apéndice de 1925, escasos y confusos, mantenían un estado de inseguridad jurídica. Era indispensable ordenar en normas más precisas los supuestos de continuación obligatoria y potestativa de la comunidad conyugal, los efectos y gestión de la misma, la separación de un partícipe y la disolución. El texto que se propone recoge toda esta problemática con cierta cautela, ya que se exige, para la continuación, que los principales ingresos de la sociedad conyugal provengan de explotaciones agrícolas, ganaderas, industriales o mercantiles. / Se aprovecha así este incentivo para la permanencia de la organización económica, en beneficio de una ordenación que tiende a robustecer el principio de unidad y continuidad de la familia. Y conviene notar que, aun no teniendo gran extensión este Título dedicado a la comunidad conyugal continuada, puede significar una considerable mejora sobre las escasas normas del Apéndice en esta materia.

muneros, entre los que ocupa un lugar nítidamente destacado el cónyuge sobreviviente (miembro nato y principal cuya concurrencia es siempre necesaria para el nacimiento y subsistencia de esta comunidad), mientras que los demás partícipes son los sucesores (voluntarios o legales, a título universal o particular, descendientes o no descendientes) en la participación consorcial del cónyuge premuerto que, en conjunto, constituyen otra posición subjetiva equivalente a la del cónyuge supérstite. Después del cónyuge sobreviviente, los partícipes descendientes comunes son los sujetos de mayor importancia. Su presencia es un requisito que la Compilación añade siempre que la continuación no ha sido pactada o dispuesta de mancomún por ambos cónyuges, si bien junto a ellos puede haber partícipes que no sean descendientes del matrimonio. Y cuando alguno de los partícipes descendientes comunes es menor de edad y además sucede en todo o en parte de la explotación familiar, si no quedan otros descendientes que lo sean de uno solo de los cónyuges, la continuación se hace forzosa para todos los interesados.

Así se deduce de los dos primeros artículos del título V (162), que integran el capítulo primero de *normas generales*, cuyo texto es el siguiente:

[*Cuándo tiene lugar*] (163).

Artículo 60.— 1. Continuará entre el sobreviviente y los herederos del premuerto la comunidad existente al fallecimiento de uno de los cónyuges, siempre que los principales ingresos de la sociedad conyugal provengan de explotaciones agrícolas, ganaderas, industriales o mercantiles:

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

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

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

Continuación con los descendientes.

Artículo 61.— 1. En caso de no haberse pactado en capítulos o dispuesto en testamento mancomunado, para la continuación de la comunidad con los descendientes se requiere la voluntad concorde de todos los interesados. Se entenderá que hay acuerdo tácito de continuarla si en el término de un año, a contar del fallecimiento del cónyuge premoriente, ninguno de los in-

(162) Los artículos 60 y 61 de la Compilación fueron comentados por J. DELGADO ECHEVERRÍA en un trabajo titulado "Comunidad conyugal continuada. Requisitos para su existencia. Continuación forzosa y continuación voluntaria (arts. 60 y 61 Comp. arag.)", publicado en la RCDI, número 465, 1968, pp. 405-435, en particular 414 a 435. En mis "Comentarios" me limito, en muchas ocasiones, a seguir sus aportaciones.

(163) Ladillo omitido, pero que figuraba en los Anteproyectos.

interesados notifica en forma fehaciente a los restantes su voluntad en contrario.

2. *No surtirá efecto la voluntad en contrario si entre los descendientes que sucedan en todo o parte de la explotación hubiera algún menor de edad y no quedaren descendientes de uno solo de los cónyuges (164).*

(164) Anteproyecto del Seminario de la Comisión Compiladora (1961): Artículo 126. *Cuándo tiene lugar.— Al fallecer uno de los cónyuges constante un régimen de comunidad, continuará ésta entre el supérstite y los herederos del premuerto:*

1.º *Cuando se haya pactado así en capítulos, o dispuesto por ambos cónyuges o el premuerto en testamento.*

2.º *Cuando el matrimonio tenga descendencia.*

La comunidad continuada es compatible con la viudedad universal.

Artículo 127. *Continuación obligatoria.— La continuación de la comunidad será obligatoria cuando algún descendiente del matrimonio sea menor de edad, y no haya descendientes de otro matrimonio de los cónyuges.*

Anteproyecto de la Comisión Compiladora de 1962: Artículo 130. *Cuándo tiene lugar.— Al fallecer uno de los cónyuges, constante un régimen de comunidad, si los principales ingresos de la sociedad conyugal proviniesen de explotaciones agrícolas, ganaderas, industriales o mercantiles, podrá continuar la comunidad entre el supérstite y los herederos del premuerto:*

1.º *Cuando se haya pactado así en capítulos o dispuesto por ambos cónyuges en testamento [el resto coincide con el art. 126 del Seminario].*

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

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

Los artículos 126, 127 y 128 del Anteproyecto aragonés de 1963 coinciden literalmente con los transcritos, con la salvedad de que la rúbrica del último es “continuación tácita”.

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

Anteproyecto de la Comisión General de Codificación (Sección Especial), 1965: Artículo 59. *Cuándo tiene lugar.— 1. La comunidad existente al fallecimiento de uno de los cónyuges continuará entre el sobreviviente y los herederos del premuerto en cualquiera de los casos siguientes:*

1.º *Que así se hubiera pactado en capítulos, o dispuesto en testamento por ambos cónyuges mancomunadamente.*

2.º *Que, aun sin pacto o disposición, haya quedado descendencia del matrimonio.*

2. *En uno u otro caso, la continuación de la comunidad requiere, además, que los principales ingresos en la sociedad conyugal provengan de explotaciones agrícolas, ganaderas, industriales o mercantiles.*

3. *La comunidad continuada es compatible con la viudedad universal.*

Artículo 60. *Continuación con los descendientes.— En el caso prevenido en el número 2.º*

B) Presupuestos de la continuación.

Los requisitos comunes a toda clase de continuación se deducen del párrafo primero del artículo 60, y son los siguientes:

1) Que un matrimonio válido se disuelva por la muerte (o declaración de fallecimiento: art. 196 CC) de uno de los cónyuges. Es un requisito presente también en el artículo 52.2.º Comp. en la redacción de 1985.

2) Que exista un patrimonio común en el momento de la disolución del matrimonio, tanto si el régimen económico es el legal o uno paccionado.

3) Que los principales ingresos del patrimonio común provengan de explotaciones agrícolas, ganaderas, industriales o mercantiles, tanto si son bienes comunes como privativos de uno de los cónyuges. Lo importante no es la titularidad de la explotación, sino que los principales ingresos de la comunidad conyugal provengan de ella.

Esta alusión a la fuente de ingresos “responde –dice LORENTE SANZ (165)– al deseo de compaginar el espíritu del Derecho civil aragonés con

del apartado 1 del artículo anterior, para la continuación de la comunidad se requiere la voluntad concorde de todos los interesados.

2. *Se entenderá que hay acuerdo tácito de continuarla, si en el término de un año, a contar del fallecimiento del cónyuge premoriente, ninguno de los interesados notifica en forma fehaciente a los restantes su voluntad en contrario.*

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

El artículo 60 adquirió su forma definitiva en el Anteproyecto de marzo de 1966, pero el artículo 61 aún sufriría nuevas redacciones:

Texto de marzo de 1966: Artículo 61. *Continuación con los descendientes.*– 1. *En caso de no haberse pactado en capítulos o dispuesto en testamento mancomunado, para la continuación de la comunidad se requiere la voluntad concorde de todos los interesados, entendiéndose que hay acuerdo tácito de continuarla, si en el término de un año, a contar del fallecimiento del cónyuge premoriente, ninguno de los interesados notifica en forma fehaciente a los restantes su voluntad en contrario.*

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

El texto de mayo de 1966 deja intacto el párrafo 2.º, y en el 1.º sustituye “entendiéndose que hay acuerdo” por “Se entenderá que hay acuerdo” (precedido de punto y seguido); y, como más importante, introduce el inciso “con los descendientes”, después de “para la continuación de la comunidad”.

El párrafo 2.º del artículo 61 ha sido modificado, en su parte final, por la Reforma de la Compilación de 1985, para aludir también a los hijos no matrimoniales de uno de los cónyuges: “y no quedaren descendientes de uno solo de los cónyuges”, dice ahora.

(165) “Disolución, liquidación y división de la sociedad conyugal. De la comunidad conyugal continuada (arts. 52 a 71 inclusive, de la Compilación)”, BCAZ, número 26, 1967, p. 96.

las exigencias de la civilización industrial y de la economía neocapitalista"; configurando un consorcio que no versa ya sobre una masa inerte de bienes; sobre un patrimonio meramente productor de rentas, sino que éstas han de obtenerse mediante la aplicación de un trabajo (que puede ser común).

C) *Clases de comunidad conyugal continuada.*

Si se dan los presupuestos señalados, la comunidad conyugal continuada tiene lugar, obligatoriamente, cuando así se hubiera pactado en capítulos o dispuesto en testamento mancomunado por ambos cónyuges (comunidad continuada paccionada: art. 60-1-1.º Comp.), con independencia de que haya quedado o no descendencia del matrimonio.

En ausencia de pacto en capítulos o de previsión en testamento mancomunado, la comunidad conyugal continuada requiere, junto a los requisitos imprescindibles para la continuación, que haya quedado descendencia del matrimonio que suceda, en todo o en parte, al cónyuge premuerto (arts. 60-1-2.º y 61 Comp.); en tal caso la continuación se produce por efecto directo de la ley (comunidad continuada legal), efecto al que puede sumarse la voluntad concorde de los interesados (expresa o tácita), pero sin que ésta sea necesaria.

En unas ocasiones, la continuación habiendo partícipes descendientes del matrimonio resulta forzosa, así sucede cuando entre los partícipes descendientes que sucedan en todo o en parte de la explotación hubiera algún menor de edad y no quedaren descendientes de uno solo de los cónyuges (art. 61-2); la continuación sólo es obligatoria cuando los sucesores del premuerto son todos descendientes comunes y existe entre ellos alguno menor de edad y sucesor en todo o en parte en la explotación familiar.

En otras ocasiones, la continuación es inicialmente meramente potestativa, por la posibilidad que tienen los interesados de evitarla si en el término de un año, a contar del fallecimiento del cónyuge promoriente, alguno de ellos notifica en forma fehaciente a los demás su voluntad en contrario; pero la continuación acaba teniendo lugar de todos modos (continuación impuesta) cuando la voluntad en contrario no ha resultado eficaz, por falta de notificación o porque la notificación no se ha hecho en forma y plazo (art. 61-1).

Puede todavía especularse sobre la continuación impuesta por un cónyuge en su propio testamento a sus sucesores. Se trataría de una continuación impuesta u obligatoria para los sucesores y potestativa para el cónyuge sobreviviente, salvo en el caso del artículo 61-2, en el que la continuación es también forzosa para éste.

2. Viudedad y comunidad continuada.

La Compilación convierte la viudedad legal en universal y afirma, no obstante, que la comunidad continuada es compatible con ella (art. 60-2). Lo que quiere decir que la concurrencia de los supuestos fácticos de la comunidad prorrogada y de la viudedad, cualquiera que sea su extensión (universal o limitada), se resuelve en la Compilación a favor de la *primacía de la primera*.

La compatibilidad de la viudedad con la comunidad continuada representa un evidente sacrificio para el esposo sobreviviente, pues esa compatibilidad se realiza a costa de su derecho de usufructo, que permanece quiescente mientras la comunidad dura (166). La declaración de compatibilidad con la viudedad universal, que no deja de plantear difíciles problemas, significa sustancialmente que, dados los requisitos necesarios tanto para la aplicación del régimen de la comunidad continuada como del de la viudedad universal, prevalece sustancialmente aquél, y en particular los frutos que en otro caso adquiriría el cónyuge como usufructuario pasan a ingresar en la comunidad (167).

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, limitado y provisionalmente excluido, pero con toda su flexibilidad y capacidad de expansión; en aquellas 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 (168).

3. Contenido y gestión.

A) Activo.

El artículo 62 de la Compilación se refiere al patrimonio inicial y dice que *la comunidad continuada asume el activo y pasivo consorcial del disuelto matrimonio* (169). La disolución del matrimonio produce el efecto de sustituir la comunidad conyugal por la comunidad conyugal continua-

(166) LACRUZ: *Derecho de Familia*, 1974, p. 400.

(167) DELGADO: "Viudedad universal, omisión de inventario y comunidad conyugal continuada. Adquisiciones a título oneroso por el viudo continuador (Comentario a la Sentencia de 19 de febrero de 1970)", *Homenaje a Palá*, IFC, Zaragoza, 1974, p. 63.

(168) SANCHO REBULLIDA: "La viudedad en la Compilación del Derecho Civil de Aragón", en *Estudios de Derecho civil*, II, Eunsa, Pamplona, 1978, pp. 607-608 (= ADC, XX, octubre-diciembre de 1967).

(169) Anteproyecto del Seminario de la Comisión Compiladora (1961): Artículo 128. *Situación inicial.*— *La comunidad continuada asume el activo y pasivo consorcial del disuelto ma-*

da, sin solución de continuidad. El cónyuge sobreviviente y, en lugar del premuerto, sus herederos son titulares de la masa de bienes comunes existente a la disolución del matrimonio. Del mismo modo, la comunidad prorrogada asume también las cargas y deudas de que respondían los bienes comunes al finalizar el anterior consorcio, de manera que la situación inicial del patrimonio continuado es, en el activo y pasivo, la del patrimonio común de la comunidad conyugal al morir uno de los cónyuges.

La Compilación, después de delimitar la composición del patrimonio inicial de la comunidad continuada, enumera los bienes que ingresan en el patrimonio común durante la continuación y aporta criterios para distinguirlos de los que ingresan en el patrimonio privativo de los partícipes. Es el artículo 63 el que, bajo el titulillo de “bienes comunes”, dice lo siguiente:

1. Constante la comunidad continuada, ingresarán en el patrimonio común:

1.º Los frutos y rendimientos de la explotación de los bienes de la comunidad y de los que eran privativos de cada cónyuge, así como las ganancias de cualquier clase obtenidas con ellos.

2.º Los bienes y caudales procedentes de sustitución o enajenación de bienes de la comunidad.

3.º Los incrementos y accesiones de los bienes comunes, sin perjuicio de los reembolsos que procedan.

2. No serán comunes los beneficios y ganancias obtenidos por los partícipes con independencia de los bienes y negocios de la masa común.

3. Frente a terceros, los bienes adquiridos por uno de los partícipes a su nombre y sin referencia alguna a la comunidad, se considerarán privativos del adquirente (170).

trimonio, y en ella ocupan los herederos del cónyuge premuerto la posición que correspondía a su causante en el consorcio conyugal.

Los Anteproyectos de la Comisión Compiladora aragonesa mantienen la redacción dada por el Seminario, pero hablan de “sucesores” en lugar de “herederos”. Vid. artículo 133 del Proyecto de 1962 y artículo 129 del de 1963.

La redacción definitiva proviene del artículo 61 del Anteproyecto redactado por la Sección Especial de la Comisión General de Codificación de julio de 1965.

(170) Anteproyecto del Seminario de la Comisión Compiladora (1961): Artículo 129. *Bienes comunes.*— *Constante la comunidad continuada ingresarán en el patrimonio común:*

1.º Los frutos y rendimientos de explotación de los bienes de la comunidad y de los privativos de cada cónyuge, así como las ganancias de especulación obtenidas con ellos.

2.º Los bienes y caudales procedentes de sustitución o enajenación de bienes de la comunidad.

3.º Las accesiones e incrementos de los bienes comunes, sin perjuicio de los reembolsos que procedan.

No serán comunes los beneficios y ganancias obtenidos por los herederos con independencia de los bienes y negocios de la masa común.

El artículo 134 del Proyecto aragonés de 1962 se limita a añadir una coma después de “cons-

B) Pasivo.

Del pasivo de la comunidad continuada se ocupan los artículos 64 y 66 Comp., que dicen así:

Cargas y deudas comunes.

Artículo 64. *Además de las deudas y responsabilidades de la anterior comunidad conyugal, serán cargas de la continuada:*

1.º *Las atenciones legítimas de la economía del hogar, las personales del cónyuge supérstite, de los hijos y descendientes de ambos y los de cualquiera de ellos, en tanto unos u otros continúen viviendo en la casa, así como las de aquellos sucesores que colaboren en la gestión y administración en la forma prevenida en el artículo siguiente.*

2.º *Los alimentos legales debidos por las personas enumeradas en el apartado anterior.*

3.º *Los réditos o intereses normales que se devenguen durante la continuación por cargas de la comunidad, quedando excluidas las derivadas del ejercicio profesional u otras actividades estrictamente personales (171).*

tante la comunidad continuada". En el Proyecto de 1963 (art. 130) se añade el último párrafo del actual artículo 63. Finalmente, es el Proyecto de la Sección Especial de la Comisión General de Codificación de julio de 1965 (art. 62) el que aporta la redacción definitiva: numera los párrafos y modifica el número 1.º del apartado 1: a) precisa que los frutos y rendimientos de explotación de los bienes privativos que ingresan en el patrimonio común son sólo los de los bienes *que eran* privativos de cada cónyuge; b) sustituye "ganancias de especulación" por "ganancias de cualquier clase".

(171) Anteproyecto del Seminario de la Comisión Compiladora (1961): Artículo 130. *Deudas comunes.— Con los bienes comunes se satisfarán las deudas y responsabilidades de la anterior comunidad conyugal. Serán, además, carga de la comunidad, a partir del fallecimiento de uno de ellos, las siguientes:*

1.º *Las atenciones legítimas de la economía del hogar, las personales del cónyuge supérstite, de los hijos y descendientes legítimos de ambos y de cualquiera de ellos que continúen viviendo en la casa, y las de los herederos que colaboren en la gestión y administración de la masa en la forma prevenida en el artículo 131.*

2.º *Los alimentos debidos por todas las personas enumeradas en el apartado anterior.*

3.º *Los réditos e intereses normales devengados durante la continuación de la comunidad por cargas de ésta anteriores.*

4.º *Las responsabilidades por gestión y administración que se indican en el artículo 107 [art. 42 Comp.], con excepción de las contraídas en el ejercicio profesional u otras actividades estrictamente personales.*

Coincide con el artículo 135 del Proyecto aragonés de 1962, que sólo introduce una variación al hablar en el número 1.º de "sucesores" en vez de "herederos". El artículo 131 del Proyecto de 1963 mantiene la misma redacción que el de 1962.

Es el Proyecto de la Sección Especial de la Comisión General de Codificación de julio de 1965 el que contiene ya la redacción definitiva: junto a alguna mejora estilística, elimina de la enumeración de deudas definitivas las de gestión y administración y mezcla las deudas excluidas de la comunidad con los réditos e intereses, lo que hace perder claridad al artículo.

Deudas de gestión.

Artículo 66. 1. *Las mismas normas que rigen las deudas de gestión en la comunidad conyugal serán aplicables en la continuada.*

2. *En defecto de bienes comunes, responderá de las deudas el gestor que las contrajo, quien podrá obligar a los demás partícipes a contribuir al pago en proporción a sus cuotas (172).*

La nueva comunidad asume, no sólo el pasivo definitivo de la comunidad matrimonial, sino también las responsabilidades que a título provisional puedan exigir de los bienes comunes los acreedores de los cónyuges. Además, en el artículo 64 se enumeran las cargas de la comunidad continuada nacidas durante la continuación, es decir, el pasivo definitivo: deudas que gravan el patrimonio común. Es una enumeración que tiene como modelo la lista de cargas de la comunidad matrimonial del artículo 41, con las necesarias supresiones y adaptaciones a las características de la nueva comunidad. Pero la enumeración no es completa porque, como decían los Anteproyectos aragoneses, también son definitivamente comunes las deudas de gestión y administración de los bienes y negocios de la masa consorcial, es decir, las deudas de gestión del artículo 42, exceptuadas las derivadas del ejercicio profesional u otras actividades estrictamente personales.

El párrafo segundo del artículo 66 contiene el régimen de la responsabilidad, externa e interna, aplicable a todas las cargas definitivamente comunes de la nueva comunidad. No obstante, del apartado 1 del artículo 66 cabe deducir que a las deudas contraídas por un gestor aparentemente en el ejercicio de sus facultades legales de gestión se aplica el régimen especial del artículo 42.

C) Gestión.

A la gestión, en sentido amplio, dedica la Compilación dos artículos:

(172) Anteproyecto del Seminario de la Comisión Compiladora (1961): Artículo 132. *Deudas de gestión.— Las deudas contraídas por un gestor aparentemente en el ejercicio de sus facultades obligan al patrimonio común en los términos del artículo 107 [art. 42 Comp.].*

En defecto de bienes comunes, responderá por ellas el gestor que las contrajo, quien podrá obligar a los restantes partícipes, en proporción a su cuota, a contribuir al pago, en tanto se den las circunstancias del artículo 106-4.º [41-5 Comp.].

El artículo 137 del Proyecto aragonés de 1962 reproduce, con alguna corrección estilística, los dos párrafos del artículo del Seminario y añade un tercero del siguiente tenor: *En todo caso conservarán los partícipes el derecho al reembolso contra el patrimonio común.* El artículo 133 del Proyecto de 1963 mantiene la redacción del de 1962.

La redacción definitiva de este artículo, como la del 64, procede del Anteproyecto de la Comisión Especial de la Comisión General de Codificación de julio de 1965.

Gestión de la comunidad.

Artículo 65. *El cónyuge supérstite es el gestor administrador de la comunidad continuada. En dicha función deberá prestar su actividad adecuadamente a sus circunstancias personales y a la índole del patrimonio. A los partícipes que reciban alimentos o sean atendidos con cargo a la comunidad, se les podrá exigir una colaboración similar (173).*

Actos de disposición.

Artículo 67. 1. *Los actos de disposición, a título oneroso, de los bienes comunes requieren el acuerdo de la totalidad de los partícipes. El consentimiento de los sucesores partícipes podrá suplirse por el Juez de Primera Instancia.*

2. *Sin necesidad de tal acuerdo o de aprobación judicial, el cónyuge supérstite podrá hacer las donaciones a que se refiere el número 2 del artículo 53 (174).*

(173) Anteproyecto del Seminario de la Comisión Compiladora (1961): Artículo 131. *Gestión de la comunidad.*— *El cónyuge supérstite es el gestor administrador de la comunidad continuada. En dicha gestión deberá prestar su actividad personal adecuadamente a sus circunstancias de edad, sexo, capacidad y a la índole del patrimonio. A los herederos que reciban alimentos, o sean atendidos con cargo a la masa, se les podrá exigir una colaboración similar.*

El artículo 136 del Anteproyecto aragonés de 1962 mantiene la redacción del Seminario, pero habla de “partícipes” en lugar de “herederos”. El artículo 132 del Anteproyecto aragonés de 1963 no introduce modificación alguna. Es el Anteproyecto de la Sección Especial de la Comisión General de Codificación de julio de 1965 el que contiene la redacción definitiva, muy próxima a la dada por el Seminario.

(174) Anteproyecto del Seminario de la Comisión Compiladora (1961): Artículo 133. *Actos de disposición.*— *Los actos de disposición a título oneroso de los bienes comunes requieren el acuerdo de la totalidad de los partícipes, a excepción del supuesto enunciado en el artículo 115.2.º, en el que será válida la disposición del cónyuge gestor [bienes aparentemente destinados a la especulación o no afectos de modo permanente al uso y provecho familiares]. A este mismo régimen estarán sujetos los actos enumerados en el artículo 116, 1.º y 3.º [deudas de los partícipes de cierta importancia y arrendamientos por más de seis años o sometidos a prórroga legal].*

El artículo 138 del Anteproyecto aragonés de 1962 mantiene el contenido del Seminario, añadiendo que *el consentimiento de los sucesores partícipes podrá suplirse conforme a lo dispuesto en el número 1.º del artículo 119 [por decisión del Consejo de parientes con aprobación judicial].*

El Anteproyecto aragonés de 1963, al modificar el régimen de las enajenaciones de bienes conyugales y de los actos de obligación de los cónyuges, elimina las remisiones a las normas de la comunidad conyugal; los actos de disposición a título oneroso de los bienes comunes, sin excepciones, requieren el acuerdo de la totalidad de los partícipes. El consentimiento de los sucesores partícipes podrá suplirse por la autoridad judicial. Nada se dice de los actos de obligación.

El párrafo segundo del artículo 67 aparece por primera vez en el Anteproyecto aprobado por el Pleno de la Comisión General de Codificación, aceptado por el Gobierno y presentado a las Cortes españolas como Proyecto de Ley.

La Reforma de la Compilación de 1985 ha precisado que la autoridad judicial competente para suplir el consentimiento de los sucesores partícipes es el juez de Primera Instancia.

En la comunidad continuada, la titularidad de las facultades de administración corresponde exclusivamente al cónyuge supérstite, que puede gobernar la sociedad a su arbitrio y tomar las decisiones sin necesidad de contar con el consentimiento de los demás partícipes, pero ha de actuar con una diligencia media, puesto que la gestión y administración dolosa o negligente con grave perjuicio para los intereses familiares es causa de disolución de la comunidad continuada (art. 68-5.º). Además, el viudo responde de su actividad como administrador, que la Compilación le encomienda en beneficio del consorcio. Por tanto, habrá de indemnizar a la comunidad por las acciones u omisiones culposas o dolosas en el ejercicio de sus poderes. La actividad del gestor, como exige el artículo 65, ha de ser adecuada a sus circunstancias personales y a la índole del patrimonio gestionado.

Indica LACRUZ que el tema de la gestión del consorcio se halla enfocado en la Compilación más desde el punto de vista agrario que desde uno industrial, y vale sobre todo para el supuesto de ser el cónyuge sobreviviente quien anteriormente gobernaba la explotación. Cuando enviuda el cónyuge que se ha dedicado a la atención de las tareas domésticas y el premuerto deja una importante empresa individual que constituye el núcleo de la fortuna familiar, el sobreviviente habrá de limitarse a dirigir discretamente y con los oportunos asesoramientos al personal que ha de llevar el negocio, y difícilmente se le podrá exigir una cooperación directa a la marcha del mismo, porque sus circunstancias personales están en pugna con los puestos, muy subalternos, que podría ocupar en la empresa con verdadera eficacia. Otras veces no es así, y el cónyuge supérstite, o porque antes las tenía o porque las adquiere, muestra dotes de empresario y capacidad de dirección. Pero cuando no las tenga queda como una autoridad para decidir —con o sin preparación para ello— aquellas cuestiones tan graves que no puede resolver por sí un gerente; y como un elemento de vigilancia y control (también con los convenientes asesoramientos) de la marcha de la empresa (175).

Aunque el gestor administrador de la comunidad es siempre el cónyuge supérstite, hay que admitir que con el consentimiento expreso o tácito del supérstite también los demás partícipes pueden realizar actividades de gestión de la comunidad. Y a los que reciban alimentos o sean atendidos con cargo a la comunidad, se les puede exigir una colaboración en la gestión (adecuada a sus circunstancias personales y a la índole del patrimonio). Es frecuente que, de hecho, los herederos no sólo presten su trabajo o servicio, sino que sean quienes lleven la administración de la sociedad continuada, cultiven los campos, vendan las cosechas, dirijan la em-

(175) *Derecho de Familia*, I, 1974, p. 402, número 54.

presa industrial o comercial, etc. Como garantía de los acreedores, debe admitirse que el heredero que así se comporta con el consentimiento expreso o tácito del supérstite hace responsable a la masa común cuando las deudas por él contraídas son de las que responsabilizan externamente a la comunidad (art. 66-2), si bien serán los acreedores quienes tengan que demostrar que la obligación tiene ese carácter; de otra manera, la comunidad se vería injustamente enriquecida en perjuicio del acreedor de buena fe (176).

El acuerdo del viudo y los demás partícipes se requiere para los actos de disposición a título oneroso de los bienes comunes, tanto si son muebles como inmuebles (art. 67-1); parece lógico pensar que, pese al silencio del legislador, el mismo régimen se aplica a los actos de disposición a título lucrativo de los bienes comunes, con la excepción de las donaciones a que se refiere el número 2 del artículo 53 (177). Cada partícipe viene obligado a cooperar con los demás en la disposición de los bienes consorciales, cuando ésta sea precisa o conveniente a todas luces. El consentimiento de los sucesores partícipes podrá suplirse por el juez, no así el del cónyuge supérstite. Pese a lo cual, parece haber aquí, más bien, un supuesto de codisposición, y no uno de asentimiento (178).

El artículo 67-2, por remisión al artículo 53-2, admite unos supuestos excepcionales en que el viudo continuador puede disponer a título lucrativo a favor de los hijos comunes, con ocasión de su matrimonio, de los bienes de la comunidad y aún de los que fueron privativos del cónyuge finado. En efecto, dispone el artículo 53-2 de la Compilación que “el viudo, a expensas de los bienes comunes, y aún de los que fueron privativos del cónyuge finado, mientras unos y otros estén indivisos, puede, con ocasión de casarse un hijo o hija de ambos, hacerle donación análoga a la que marido y mujer hayan otorgado a favor de hijo o hija casados en vida de los dos”.

4. Disolución y división.

A) *Causas de disolución.*

La Compilación, a diferencia del Apéndice, contiene en el artículo 68 una enumeración de *causas* específicas de disolución total de la comuni-

(176) Cfr. DELGADO: ADA, XII, 1963-64, p. 214.

(177) Como señala MERINO HERNÁNDEZ, del hecho de que el artículo 67-1 solamente hable de “actos de disposición a título oneroso” no puede ni debe extraerse ninguna consecuencia especial, como pudiera ser que en la continuada no caben las disposiciones a título gratuito, o que éstas no requieren el acuerdo unánime que se exige para los actos onerosos (*Comentarios*, 1990, pp. 236-237).

(178) LACRUZ: *Derecho de Familia*, I, 1974, p. 403.

dad conyugal continuada. Dice este precepto que *la comunidad conyugal continuada se disuelve*:

- 1.º *Por muerte, incapacidad o ausencia del cónyuge supérstite.*
- 2.º *Por petición del supérstite o de partícipes que representen intereses mayoritarios en la herencia, hecha en tiempo oportuno, dejando a salvo lo dispuesto en los artículos 60 y 61. En nombre de los menores, podrá formular la petición quien legalmente los represente y, en su caso, el Ministerio Fiscal.*
- 3.º *Por pérdida del derecho de viudedad.*
- 4.º *Por renuncia del cónyuge supérstite a su participación.*
- 5.º *Por gestión y administración dolosa o negligente con grave perjuicio para los intereses familiares (179).*

Es ésta una enumeración en la que se entremezclan causas de disolución forzosa y otras de disolución voluntaria; causas que operan automáticamente y otras a petición de parte interesada, con o sin intervención judicial (180). Por lo demás, la enumeración hay que considerarla, por un

(179) Anteproyecto del Seminario de la Comisión Compiladora (1961): Artículo 134. *Causas.*— *La comunidad conyugal continuada se disolverá por las siguientes causas:*

- 1.º *Muerte, incapacidad, ausencia o interdicción del cónyuge supérstite.*
- 2.º *Petición del supérstite, o de partícipes que representen intereses mayoritarios en la herencia, dejando siempre a salvo lo dispuesto en el artículo 127. Por los menores podrán formular esta petición, o la de separación de que trata el artículo siguiente, el tutor, un defensor judicial o el Ministerio fiscal.*
- 3.º *Pérdida del derecho de viudedad.*
- 4.º *Renuncia del cónyuge supérstite a su participación.*
- 5.º *Gestión y administración dolosa o negligente, con grave perjuicio para los intereses familiares.*

Los artículos 139 del Anteproyecto aragonés de 1962 y 135 del de 1963 reproducen literalmente el correspondiente del Seminario.

Por otra parte, los Anteproyectos aragoneses, tanto el del Seminario como los de la Comisión Compiladora de 1962 y 1963 dedicaban un artículo (el 136, el 141 y el 137, respectivamente) a regular los *presupuestos de la disolución o separación*: *Para que produzcan efecto las peticiones de disolución voluntaria y separación parcial, deberán ser hechas de buena fe y en tiempo oportuno. Será aplicable lo preceptuado en el artículo 1.706 del Código Civil.*

La redacción definitiva del artículo 68 Comp. procede del artículo 67 del Anteproyecto de la Sección Especial de la Comisión General de Codificación (1965): las causas 1.ª, 3.ª, 4.ª y 5.ª no sufren variación; en cambio, en la segunda se dice que la petición de disolución ha de ser “hecha en tiempo oportuno, dejando siempre a salvo lo dispuesto en los artículos 59 y 60” [actuales 60 y 61]. Y se añade que “en nombre de los menores, podrá formular la petición quien legalmente los represente y, en su caso, el Ministerio Fiscal”. Al introducirse en el artículo dedicado a las causas la precisión de que la disolución voluntaria ha de ser “hecha en tiempo oportuno” se prescinde del artículo que los anteproyectos aragoneses dedicaban a los *presupuestos de la disolución o separación*.

La reforma de 1985 ha eliminado del número 1.º la referencia a la interdicción que representaba un anacronismo desde el momento en que se suprimió la pena de interdicción civil.

(180) El artículo 68, como ya señaló DELGADO en relación al texto de los anteproyectos,

lado, supletoria de las previsiones que al respecto hayan podido hacer válidamente y en su momento los cónyuges, los interesados o los propios partícipes, y, por otro, no excluyente de la disolución por acuerdo unánime de todos los partícipes, aun en los supuestos de continuación forzosa u obligatoria.

B) Separación de un partícipe.

A continuación de las causas de disolución total de la comunidad conyugal continuada, la Compilación regula el derecho de separación individual de cualquiera de los herederos partícipes.

Bajo el titulillo de *separación de un cónyuge*, dice el artículo 69 Comp.: *A salvo lo prevenido en los artículos 60 y 61, cualquiera de los herederos partícipes podrá pedir su separación de la comunidad, siempre que se ejercite este derecho de buena fe y en tiempo oportuno. Los demás herederos partícipes podrán optar entre adquirir la participación del que se separa o abonarla con cargo al caudal común, reajustándose las cuotas de los comuneros de acuerdo con lo que se haya decidido* (181).

es criticable en cuanto que no distingue aquellos supuestos en que la disolución es automática y aquellos otros en que es necesario acuerdo de los interesados o declaración judicial (cfr. ADA, XII, 1963-64, p. 254, núm. 101).

(181) Anteproyecto del Seminario de la Comisión Compiladora (1961): Artículo 135. *Separación de un partícipe.*— *Salvo lo previsto en el artículo 127, cualquier partícipe podrá pedir su separación de la comunidad continuada, que subsistirá entonces entre el cónyuge supérstite y los demás herederos del premuerto. Estos herederos podrán optar entre adquirir la participación del que se separa o abonarla con cargo al caudal común, reajustándose las cuotas de los comuneros de acuerdo con la solución que se adopte.*

Los artículos 140 del Anteproyecto aragonés de 1962 y 136 del de 1963 reproducen, como primer párrafo, el 135 del Seminario modificando únicamente su final, que ahora dice “de acuerdo con lo que se haya decidido”; pero añaden un segundo párrafo del siguiente tenor: *No llegándose a un acuerdo sobre los plazos en que haya de hacerse el pago del precio o el abono de la participación, los herederos que continúen en la comunidad podrán fraccionarlo en cuatro soluciones semestrales, a partir de los seis meses siguientes a la petición de separación, con obligación de abonar el interés legal que corresponda.*

Ya se ha dicho que los Anteproyectos aragoneses, tanto el del Seminario como los de la Comisión Compiladora de 1962 y 1963, dedicaban un artículo (el 136, el 141 y el 137, respectivamente) a regular los *presupuestos de la disolución o separación*: *Para que produzcan efecto las peticiones de disolución voluntaria y separación parcial, deberán ser hechas de buena fe y en tiempo oportuno. Será aplicable lo preceptuado en el artículo 1.706 del Código Civil.*

Es el artículo 68 del Anteproyecto de la Sección Especial de la Comisión General de Codificación (1965) el que contiene la redacción definitiva del artículo 69 Comp. La redacción final es más técnica, incluye la referencia a que la petición de separación ha de ejercitarse “de buena fe y en tiempo oportuno”, lo que elimina la necesidad de un artículo como el contenido en los anteproyectos anteriores, y no incluye el párrafo que se dedicaba al tema de los plazos. Nada se dice ahora de la posibilidad de formular petición en nombre de los menores.

Se trata de un derecho reservado a los partícipes herederos –puesto que la comunidad no puede existir sin el viudo–, de ejercicio individual y libre, que no provoca la disolución de la comunidad mientras quede junto al supérstite algún partícipe heredero. La separación de cualquiera de los herederos puede ser pedida libremente cuando no se trate de comunidades continuadas forzosas u obligatorias para ellos; el derecho corresponde individualmente a cada uno de los herederos partícipes sin necesidad de mayorías: por los menores de edad e incapacitados podrá solicitar la separación el representante legal y, en su caso, el Ministerio Fiscal; por último, para la eficacia de la petición de separación se precisa que haya sido realizada de buena fe y en tiempo oportuno. La salida de un heredero partícipe no siempre conllevará la disminución proporcional del patrimonio común, puesto que los restantes partícipes herederos pueden optar por adquirir, con cargo a sus respectivos patrimonios personales, la participación del que se separa; en este caso la disolución parcial se limita al elemento humano, pero no afecta directamente a la extensión del patrimonio común, que permanece inalterado. Con o sin disminución patrimonial, la separación de un partícipe obligará a la realización de una liquidación provisional, es decir, al balance del activo y pasivo para concretar el valor de la participación del que se separa. El que se separa tiene derecho a cobrar el importe de su participación, pero no tiene derecho a recibir o exigir la entrega de bien alguno de la comunidad. La forma de pago será decidida por los demás herederos partícipes. Cualquiera que haya sido la opción tomada por los demás herederos partícipes, se habrá producido la salida de un comunero y este simple hecho obliga ya a reajustar las cuotas de los restantes comuneros aunque su importe global no se haya alterado; reajuste que será también necesario cuando, además, exista alteración en el importe de las cuotas de todos o algunos de los comuneros herederos.

C) *Fallecimiento de partícipe descendiente.*

La solución que el artículo 70 de la Compilación da al problema planteado por la muerte de un partícipe descendiente es la siguiente: *Si al fallecimiento de un partícipe descendiente su cuota en la comunidad continuada recayera en heredero no descendiente, los restantes partícipes herederos, y en su defecto, el cónyuge partícipe, podrán hacer uso de la opción a que se refiere el artículo anterior en el término de un año* (182).

(182) Anteproyecto del Seminario de la Comisión Compiladora (1961): Artículo 137. *Fallecimiento de partícipe descendiente.*– *Al fallecimiento de un partícipe descendiente, su cuota en*

Al fallecimiento de un partícipe descendiente, su cuota en la comunidad continuada se transmite a sus herederos, que pasan a ser miembros de la misma en la parte del fallecido, por aplicación general de las reglas del Derecho de sucesiones. La cuota del fallecido no debe recaer necesariamente en sus descendientes, si existen, sino en sus herederos, cualquiera que sea su condición y parentesco con el causante; con ello se está admitiendo que el partícipe descendiente puede disponer *mortis causa* de su cuota en la comunidad continuada con entera libertad, de modo que la cuota, y con ella la condición de comunero, se transmite a sus herederos, aunque no sean descendientes suyos ni miembros de la comunidad continuada. Dando por supuesto que opera sin limitaciones el Derecho de sucesiones, el artículo 70 de la Compilación se ha preocupado únicamente de introducir un mecanismo que permita a los restantes partícipes herederos, y en su defecto al cónyuge partícipe, evitar la permanencia como comunero del heredero que no sea descendiente del partícipe descendiente fallecido; a tal fin les permite, si así lo desean, optar entre adquirirle personalmente la participación heredada o abonársela con cargo al caudal común, provocando en este caso la disolución parcial de la comunidad. Pero el hacer uso de la opción del artículo 69 no es una obligación, sino un derecho, que si no se ejercita en el término de un año provoca que el heredero no descendiente en el que ha recaído la cuota del partícipe fallecido ocupe definitivamente su lugar en la comunidad.

En todos los supuestos de fallecimiento de partícipe heredero no contemplados específicamente por la Compilación, la aplicación del Derecho de sucesiones supone que el heredero (o herederos) del causante en el (los) que haya recaído la cuota en la comunidad continuada le sucede, personal y patrimonialmente, en sus derechos en la misma. Así, en primer lugar, si al fallecimiento de un partícipe descendiente su cuota en la comunidad recae en heredero descendiente, éste pasa a ser miembro de la comunidad en la parte del fallecido sin que los demás comuneros puedan hacer nada para evitarlo; en segundo lugar, al fallecimiento de un partícipe no descendiente, tanto si su cuota en la comunidad continuada recae en descendientes como si no, los herederos (incluida en la sucesión legal, a falta de parientes, la Diputación General) le suceden en su condición de comunero de forma definitiva.

la comunidad continuada se transmite a los suyos. Si no los tiene, acrece a los demás partícipes descendientes.

Idéntica es la redacción de los artículos 142 del Anteproyecto aragonés de 1962 y 138 del de 1963. La redacción definitiva se contiene en el artículo 69 del Anteproyecto de la Comisión General de Codificación (1965).

D) Liquidación y división.

Dice el artículo 71 Comp. que *para la liquidación y división de la comunidad continuada serán aplicables, en lo pertinente, las disposiciones de la sección 6.ª, capítulo III, título IV, del libro I* (183). La remisión es a las normas de liquidación y división de la comunidad conyugal: artículos 55 a 59. Normas aplicables sólo “en lo pertinente”. Por lo demás, aún fuera de las normas de la remisión, parece que también pueden ser de aplicación a la disolución de la continuada las reglas previstas en el artículo 53, siempre que el cónyuge viudo continúe vivo y no haya razón para que no sea titular de la administración de la comunidad continuada en liquidación.

La remisión, en lo pertinente, creo que no debe restringirse a los casos de disolución total de la comunidad continuada, sino que tal remisión será también muy útil en los casos de separación voluntaria o fallecimiento de un comunero heredero; en estos casos, como se dijo en su momento, será preciso realizar una liquidación provisional para calcular el importe de la cuota del comunero que se separa o fallece sin que su sitio sea ocupado por el heredero.

En lo que no se halle expresamente determinado por la Compilación en tales artículos habrá que acudir a las normas del Derecho supletorio (arts. 1.396-1.410 Código Civil) y, en última instancia, observar lo establecido para la partición y liquidación de la herencia (art. 1.410 CC), en cuanto sea pertinente. Por otra parte, hay que tener siempre presente que en Aragón “el heredero responde de las deudas de la herencia exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto, aunque no se haga inventario” (art. 138 Comp.).

Dice LORENTE que “cuando la liquidación de la comunidad continuada sea debida a causas distintas del fallecimiento del cónyuge viudo –como, por ejemplo, a petición de los interesados– casi todas las normas de la liquidación y división de la comunidad conyugal serán aplicables en la de la continuada. Pero no ocurrirá lo propio si la extinción se produce por fallecimiento del supérstite [...]. Y la coincidencia –muy frecuente– de los mismos sujetos en la liquidación de ambas herencias y de la comunidad continuada, producirán una absorción de estas operaciones en aquéllas. Esta fricción entre las dos instituciones –liquidación y división de heren-

(183) Anteproyecto del Seminario de la Comisión Compiladora (1961): Artículo 138. *Liquidación y división.*– *Para la liquidación y división de la comunidad continuada serán aplicables, en lo pertinente, los artículos 120 a 125 [liquidación y división del régimen matrimonial legal].*

Idéntica, salvando la adecuación de las remisiones, es la redacción de los artículos 143 del Anteproyecto aragonés de 1962 y 139 del de 1963. La redacción definitiva se contiene en el artículo 70 del Anteproyecto de la Comisión General de Codificación de 1965.

cia y de sociedad conyugal—, que ya se habría producido a la muerte de un cónyuge, será más intensa al fallecimiento del viudo” (184).

5. Resumen de las principales características.

La regulación del Apéndice —como dice DELGADO— era deficiente y objeto de críticas por todos los que de ella se ocuparon. Tampoco podía pensarse en la vuelta pura y simple a las observancias, en las que la preocupación por las dificultades de prueba, el papel casi mágico del inventario y la falta de comprensión de la dinámica de los patrimonios familiares hacían del consorcio prorrogado algo muy cercano a una comunión incidental, una mera situación provisional de indivisión. El camino emprendido por la Compilación puede interpretarse, a la vez, como una vuelta al Derecho consuetudinario más antiguo y una atención realista a los problemas actuales de la economía de la empresa media de carácter familiar (185).

La principal novedad de esta comunidad continuada, en un intento de acentuar su aspecto social, es la exigencia de que los principales ingresos de la sociedad conyugal provengan de explotaciones agrícolas, ganaderas, industriales o mercantiles.

También es novedosa y trascendental la compatibilidad de la comunidad continuada con la viudedad universal, ya que de otro modo la continuación de la comunidad se haría casi ilusoria, supuesta la extensión por ley del usufructo de viudedad a todos los bienes del cónyuge primeramente fallecido.

IV. La comunidad conyugal en liquidación en la Compilación

1. Planteamiento.

Como sabemos, la Compilación no se limita a regular, en los términos que acabamos de resumir, la comunidad conyugal continuada, sino que consciente de que ésta sólo puede existir cuando los principales ingresos de la sociedad conyugal provengan de explotaciones agrícolas, ganaderas, industriales o mercantiles, dedica también dos artículos (el 53 y el 54), en sede de disolución de la comunidad legal, a regular algunos aspectos de la comunidad conyugal disuelta, por cualquier causa, pero que sigue indivisa hasta tanto no se divida y adjudique su patrimonio.

(184) BCAZ, número 26, 1967, pp. 102-103.

(185) DELGADO: RCDI, 1968, p. 412.

Es la comunidad conyugal en liquidación o comunidad posconsorcial que la nueva Ley de 2003 ha llamado “comunidad que continúa tras la disolución”. Como esta Ley mantiene, en sustancia, todo el contenido de los artículos 53 y 54 de la Compilación, y además completa la regulación de esta figura añadiendo otros preceptos complementarios, será al estudiar el Derecho vigente donde nos detendremos en la exposición y comentario de toda esta materia (186).

Aquí basta con hacer la presentación de las normas ya contenidas en la Compilación de 1967:

Disolución por muerte.

Artículo 53. 1. Disuelta la comunidad, y hasta tanto no se adjudique su patrimonio, el cónyuge viudo lo administrará; podrá deducir de él alimentos para sí y las personas que con el matrimonio convivan, y atenderá el pago de las deudas exigibles, así como al normal desarrollo de los negocios comunes y a la conservación de los bienes.

2. El viudo, a expensas de los bienes comunes, y aun de los que fueron privativos del cónyuge finado, mientras unos y otros estén indivisos, puede, con ocasión de casarse un hijo o hija de ambos, hacerle donación análoga a la que marido y mujer hayan otorgado a favor de hijo o hija casados en vida de los dos.

3. El cónyuge responderá de su gestión como administrador y dará cuenta de ella a los partícipes en aquello que les afecte. A instancia de cualquiera de ellos se observarán, en sus respectivos casos, las cautelas previstas en esta Compilación para el usufructo viudal.

4. Habiendo sólo hijos comunes, los bienes consumibles que no aparezcan al tiempo de la división se presumen aprovechados en beneficio del consorcio (187).

(186) Será allí donde tendremos ocasión de analizar lo dicho por la doctrina (especialmente por MERINO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA en sus respectivos *Comentarios* editados por Eder-sa y el Gobierno de Aragón) y por las resoluciones judiciales recaídas en esta materia.

(187) Anteproyecto del Seminario de la Comisión Compiladora (1961): “Artículo 118. *Indivisión que sigue a la disolución por muerte. El cónyuge viudo administrará el patrimonio de la disuelta comunidad hasta que se adjudique: podrá tomar alimentos de él para sí y las personas que con el matrimonio convivían; atenderá al pago de las deudas exigibles y adoptará las medidas convenientes para el normal desarrollo de los negocios comunes y la conservación de los bienes.*

El cónyuge deberá dar cuenta de su administración a los partícipes en lo que les afecte. A instancia de cualquiera de ellos se observarán, en sus respectivos casos, las cautelas previstas en los artículos 148 y 149 [las previstas para el usufructo de viudedad: inventario y fianza, medidas precautorias].

Habiendo sólo hijos comunes del viudo y del premuerto, se presumen consumidos en beneficio del consorcio todos los bienes que no aparezcan al tiempo de la división”.

Los Anteproyectos aragoneses de 1962 (art. 122) y 1963 (art. 118) reproducen, con alguna pequeña variación de índole exclusivamente gramatical, el texto del Seminario. Y parecido su-

Disolución por otras causas.

Artículo 54. Extinguida la comunidad por causa distinta de la muerte, la administración provisional se regulará por acuerdo de los cónyuges y, en su defecto, le corresponderá al único cónyuge inocente o de buena fe. No habiendo cónyuge inocente o siéndolo ambos, el Juez, apreciadas las circunstancias, resolverá sobre la administración (188).

El legislador de 1967 contempla como una consecuencia normal de la disolución del consorcio conyugal la existencia de una situación de comunidad en liquidación hasta tanto no se adjudique su patrimonio. Esta situación se produce tanto en los casos de disolución por muerte como en los de disolución del consorcio conyugal por causa distinta de la muerte. Lo importante en esta situación de comunidad es cómo hacer la liquidación y división, a lo que se dedican los artículos 55 a 59 Comp.; pero como la situación de indivisión puede prolongarse, el legislador consideró oportuno añadir también unas normas sobre administración “provisional” de ese patrimonio común que sigue existiendo hasta que se proceda a su división y adjudicación. A este respecto, la situación no es la misma en caso

cede con el Anteproyecto de la Comisión General de Codificación de 1965, cuyo artículo 52 (*Disolución por muerte*) dispone:

“1. *Disuelta la comunidad, y hasta tanto no se adjudique su patrimonio, el cónyuge viudo lo administrará; podrá deducir de él alimentos para sí y las personas que con el matrimonio convivan y atenderá al pago de las deudas exigibles, así como al normal desarrollo de los negocios comunes y a la conservación de los bienes.*

2. *El cónyuge deberá dar cuenta de su administración a los partícipes en aquello que les afecte. A instancia de cualquiera de ellos, se observarán, en sus respectivos casos, las cautelas previstas en esta Compilación para el usufructo vidual. En todo caso, responderá de su gestión como administrador.*

3. *Habiendo sólo hijos comunes, los bienes consumibles que no aparezcan al tiempo de la división se presumen aprovechados en beneficio del consorcio.”*

El cambio importante lo introdujo el artículo 53 del texto presentado al Pleno de la Comisión General de Codificación en mayo de 1966, que, manteniendo sustancialmente el contenido de los Anteproyectos aragoneses, añadió el apartado 2 del texto final y aportó la redacción definitiva a los restantes.

(188) Anteproyecto del Seminario de la Comisión Compiladora (1961): “Artículo 119. *Disolución por otras causas. Extinguiéndose la comunidad por causa distinta de la muerte, la administración provisional se regulará por acuerdo de los cónyuges, y no habiéndolo ocupará la posición de cónyuge administrador el inocente o de buena fe. Siéndolo ambos o ninguno, el Juez, apreciadas las circunstancias del caso, determinará cómo ha de llevarse la administración”.*

En una redacción anterior el Seminario daba entrada al Consejo de parientes en lugar de al juez: *vid.* ARREGUI LUCEA: “Informe sobre disolución y división de la comunidad legal”, Zaragoza, 1956, publicado en 1996 por el Justicia de Aragón [*Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. II, p. 490].

El Anteproyecto aragonés de 1962 (art. 123) cambia, al principio, “extinguiéndose” por “extinguida”, cambio que mantiene el Anteproyecto aragonés de 1963 (art. 119). Sin cambiar el sentido del precepto, la redacción definitiva procede del artículo 53 del Anteproyecto de la Comisión General de Codificación de 1965.

de muerte que en los demás, por ello el legislador dedica dos preceptos, con reglas distintas, para cada tipo de comunidad posconsorcial.

2. Disolución por muerte.

En caso de disolución por muerte, la situación de comunidad en liquidación puede producirse por dos vías:

a) Porque no se han dado los requisitos para la existencia de la comunidad conyugal continuada, pero tampoco se ha procedido a la adjudicación de los bienes comunes. Si el viudo tiene el usufructo de todos los bienes del premoriente, sucederá de ordinario que todas las masas patrimoniales existentes a la disolución del matrimonio (bienes comunes y bienes privativos del fallecido, en particular) persistirán mezcladas e indivisas. Tendría escaso sentido práctico exigir la división de bienes cuya administración y pleno aprovechamiento corresponden o siguen correspondiendo al viudo; no sería imposible, pues en rigor nada se opone a que se atribuya a los herederos del premuerto, en nuda propiedad, o una cuota de su patrimonio u objetos determinados de él (189); pero sería muy difícil encontrar un supuesto en que tal especie de disolución se haya realizado, por ello la Compilación ha previsto normas para esta situación de comunidad en liquidación (art. 53).

b) Porque la comunidad conyugal continuada ya se ha disuelto, pero no se ha procedido aún a la adjudicación de los bienes del patrimonio común. Es un supuesto en el que la aplicación de las normas del artículo 53 Comp. no resulta muy probable, pero que tampoco cabe descartar de manera absoluta. Se precisa que continúe la indivisión, que siga vivo el cónyuge viudo, que no se pacte nada en contra de la administración por el viudo y que la extinción de la comunidad conyugal continuada no se haya debido a la mala administración del viudo o, incluso, a la pérdida del derecho de viudedad (190).

En ambos casos, la atribución de la gestión del patrimonio común al cónyuge viudo tiene su precedente en el artículo 55-3 del Apéndice. Tanto si existe viudedad o no y con independencia de la extensión que en su caso pueda tener, la condición de administrador de la comunidad en liquidación corresponde al cónyuge viudo, quien está dotado de las facultades que esta función lleva consigo. Pero, por otra parte, el cónyuge sobreviviente responde de su gestión como administrador y ha de dar cuenta de ella a los partícipes “en aquello que les afecte”.

(189) LACRUZ: ADA, III, 1946, p. 125.

(190) Vid. SERRANO GARCÍA: 1993, pp. 596-602.

Este inciso de la primera parte del artículo 53-3 Comp., así como en general la relación entre las facultades de gestión que concede al cónyuge viudo y las que puedan corresponderle por derecho de viudedad, son cuestiones oscuras que cuesta descifrar si no se tiene en cuenta que el texto del artículo 53 Comp. está pensado para un supuesto de viudedad legal limitada a los inmuebles. La viudedad legal universal se introdujo en la fase final de elaboración de la Compilación sin que se llevara a cabo la necesaria adaptación de muchos de sus preceptos pensados para la pervivencia de la situación anterior en materia de viudedad.

Si hay viudedad, universal o limitada, los herederos del premuerto no son partícipes en los frutos de los bienes comunes usufructuados por el cónyuge viudo. Pero si la viudedad es por ley universal, lo normal será que todos los frutos de los bienes comunes sean para el viudo usufructuario, quien no responde de su gestión como usufructuario ni tiene que dar cuenta de ella a los nudopropietarios porque es algo que no les afecta, al no tratarse de la gestión de un patrimonio ajeno, sino del ejercicio de las facultades propias del derecho real de usufructo. Sólo si hay bienes comunes no sujetos al usufructo de viudedad, su gestión afectará a los partícipes; también en cuanto el viudo ejercite facultades, como las del artículo 53-2 Comp., que exceden de las propias de un usufructuario.

En la comunidad en liquidación, tanto en el Derecho histórico como ahora, y a diferencia de lo que sucede en la comunidad conyugal continuada, el derecho de viudedad prevalece sobre el régimen de gestión de la comunidad que, aunque se sigue encomendando al cónyuge viudo, ya no pierde su derecho a los frutos de los bienes comunes. La problemática de las normas del artículo 53 de la Compilación queda, como señala LORENTE SANZ, reducida al examen de la compatibilidad de ellas con las que regulan el usufructo de viudedad. Habrán de compararse unas y otras para integrar el régimen de esta comunidad conyugal provisionalmente continuada, en que el supérstite sea usufructuario universal y en que el patrimonio se halle pendiente de división (191). El régimen dominante será el de la viudedad.

3. Disolución por otras causas.

Como dice ARREGUI LUCEA (192), el artículo 54 Comp. es un precepto nuevo que viene a llenar un vacío del Apéndice y del Derecho histórico respecto a la administración provisional de la comunidad en liquidación en los supuestos en que la disolución se ha producido por causa

(191) BCAZ, número 26, 1967, p. 90.

(192) 1956 (edición de 1996), pp. 502-503.

distinta del fallecimiento de uno de los cónyuges (cfr. art. 52 Comp.) (193).

El Seminario, por fidelidad al principio de libertad de pacto entre cónyuges que impera en nuestro ordenamiento jurídico, y pese a que en aquellas fechas el marido era el administrador ordinario del consorcio conyugal, consideró el acuerdo de aquéllos como primera fuente normativa en cuanto a la regulación de la administración provisional. En defecto de dicho acuerdo será administrador el cónyuge inocente o de buena fe; y, cuando no sea posible atribuir tales funciones a uno de los esposos, por concurrir dicho carácter en ambos, o no reunir ninguno de ellos las condiciones previstas, resolverá sobre la administración el juez, apreciadas las circunstancias concurrentes (194).

La Ley 3/1985, de 21 de mayo, en coherencia con la reforma experimentada por el Código Civil en 1981, en materia de nulidad, separación y divorcio, que redujo notablemente las consecuencias de la inocencia o culpabilidad de los cónyuges, modificó el artículo 54 Comp., que desde entonces quedó con la siguiente redacción: *Extinguida la comunidad por causa distinta de la muerte, la administración provisional se regulará por acuerdo de los cónyuges y, en su defecto, resolverá el Juez de Primera Instancia, pudiendo adoptar las medidas necesarias hasta que se efectúe la liquidación* (195).

(193) En 1967, el artículo 52 Comp. regulaba las *causas de disolución de la comunidad conyugal* con el siguiente texto: *La comunidad legal se disolverá:*

1.º *En los supuestos previstos en el artículo 1.417 del Código Civil [disolución del matrimonio, declaración de su nulidad o separación de bienes], salvo cuando proceda su continuación con arreglo al Título V del Libro I de esta Compilación.*

2.º *Por voluntad de ambos cónyuges expresada en capítulos matrimoniales.*

Tras la reforma por Ley 3/1985, de 21 de mayo, el artículo 52 Comp. quedó así:

Sin perjuicio de las causas previstas en esta Compilación [supuestos de graves y reiterados desacuerdos sobre la administración o disposición de los bienes comunes: art. 49.2 Comp.], la comunidad legal se disolverá:

1.º *Por voluntad de ambos cónyuges expresada en instrumento público.*

2.º *En los supuestos de los artículos 1.392 y 1.393 del Código Civil [vigentes en la actualidad], salvo que, disuelto el matrimonio por muerte de uno de los cónyuges, proceda la continuación del consorcio con arreglo al título V del libro primero de esta Compilación.*

(194) Inicialmente parece que el Seminario se había inclinado por dar competencias al Consejo de parientes en lugar de al juez. Dice ARREGUI LUCEA (1956 —edición de 1996— p. 503) que “entre Consejo de parientes y Autoridad judicial, decidióse el Seminario, en sesión de 13 de abril de 1956, por el primer órgano, en atención a su naturaleza y funciones, y al deseo, patente en nuestro derecho regnícola, de evitar en la medida de lo posible intromisiones judiciales en el ámbito de la comunidad familiar”.

(195) La propuesta de reforma del artículo 54 Comp. fue estudiada por la primera Comisión de Juristas de Aragón sin llegar a aprobar un texto. Fue la posterior Comisión Asesora sobre el Derecho Civil Aragonés la que propuso un texto que, ligeramente modificado, pasaría al Proyecto de Ley y finalmente, tras la desestimación de las enmiendas número 57 (formulada por el Partido Aragonés Regionalista, pretendía sustituir la referencia al juez de Primera Instancia por el juez de Distrito) y número 58 (formulada por el Grupo de Alianza Popular, pedía la supresión de la reforma de este precepto para dejarlo con la redacción de 1967), se convertiría en Ley. *Vid.*, al respecto, MERINO HERNÁNDEZ: *Comentarios*, 1990, pp. 82 y 83.

CAPÍTULO II

ELABORACIÓN Y VIGENCIA DE LA NUEVA LEY

I. Los trabajos de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil

1. El planteamiento general de la reforma.

En la elaboración de la regulación vigente en materia de régimen económico matrimonial y viudedad cabe distinguir dos fases:

a) La fase técnica de preparación del Anteproyecto de Ley por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, regulada por el Decreto 10/1996, de 20 de febrero, de la DGA, y presidida por el profesor Jesús Delgado Echeverría (1).

(1) Este Decreto, publicado en el BOA número 24, de 28 de febrero de 1996, modifica la regulación de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil que había sido creada por Decreto 162/1994, de 12 de julio, como heredera de la Comisión Asesora sobre Derecho Civil Aragonés.

Los antecedentes próximos de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil de 1996 pueden consultarse en la RDCA, 1995-1.º, pp. 178-184.

Por Decreto de 19 de abril de 1996, de la Presidencia de la Diputación General de Aragón (BOA núm. 47, de 24 de abril), se nombran vocales de la Comisión, a propuesta de instituciones o corporaciones de intereses profesionales a Joaquín Cereceda Marquín (magistrado jubilado), Ramón Torrente Giménez (abogado), Adolfo Calatayud Sierra (notario), José García Almazor (registrador de la propiedad) y Jesús Delgado Echeverría (catedrático de Derecho civil), y a propuesta del Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales (Manuel Giménez Abad) a José Luis Batalla Carilla (registrador de la propiedad), Fernando García Vicente (fiscal), Jesús Martínez Cortés (notario), Javier Sancho-Arroyo y López Rioboo (abogado) y José Antonio Serrano García (profesor titular de Derecho civil).

Sendos Decretos de 13 de mayo de 1996, de la Presidencia de la DGA (BOA núm. 55, de 15 de mayo), nombran presidente de la Comisión a Jesús Delgado Echeverría y secretario a Adolfo Calatayud Sierra.

Los citados Decretos de 1996 pueden consultarse en la RDCA, 1996-1.º, pp. 214-217.

Por Decreto de 28 de septiembre de 1999, de la Presidencia del Gobierno de Aragón (BOA núm. 130, de 8 de septiembre de 1999), se nombra nuevo vocal de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil a María Ángeles Parra Lucán, profesora titular de Derecho civil, quien por Decreto de 7 de febrero de 2000 es nombrada nueva secretaria de la Comisión en sustitución de Adolfo Calatayud Sierra. *Vid.* RDCA, 1999-2.º, pp. 416-417.

Por Decreto de 7 de junio de 2000, de la Presidencia del Gobierno de Aragón (BOA núm. 70, de 16 de junio de 2000), se acepta la renuncia del magistrado jubilado Joaquín Cereceda Marquín como vocal de la Comisión Aragonesa de Derecho civil. Para cubrir la vacante producida se nombró (Decreto de 19 de julio de 2000, BOA núm. 96, de 11 de agosto de 2000) al magistrado Juan Ignacio Medrano Sánchez, quien no llegó a tomar posesión por serle denegada por el Consejo General del Poder Judicial la necesaria compatibilidad. Por Decreto de 30 de enero de 2001 se acepta la renuncia de don Juan Ignacio Medrano Sánchez y por Decreto de la misma fecha se nombra vocal, a propuesta del presidente del Tribunal Superior de Justi-

b) La tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley presentado a las Cortes de Aragón por el Gobierno de la Comunidad, que coincide en todo con el texto elaborado por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil.

En este estudio nos interesa, como es obvio, reflejar en especial los trabajos extraparlamentarios y parlamentarios relativos a la disolución, liquidación y división del consorcio conyugal, pero sin poder renunciar a dar cuenta también, de la forma más breve posible, del contexto general en el que la reforma de la economía del matrimonio se ha producido.

La Comisión Aragonesa de Derecho Civil (CADC), configurada por el Decreto 10/1996, de 20 de febrero, elaboró en primer lugar una ponencia general titulada “Objetivos y método para una política legislativa en materia de Derecho Civil de Aragón”, en la que se afirma que el objetivo de la tarea legislativa por realizar es la elaboración de un nuevo cuerpo legal del Derecho civil de Aragón “enraizado en nuestra historia, vivificado por los principios y valores constitucionales y adecuado a las necesidades y convicciones de los aragoneses de hoy y del próximo siglo” (2). No obstante, la Comisión admitió la posibilidad de aprobación fraccionada o por partes de dicho Cuerpo legal y decidió ocuparse, en primer lugar, de la parte correspondiente al Derecho de sucesiones (3).

Aprobada la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte (BOA núm. 26, de 4 de marzo), primera Ley fruto de los trabajos acometidos por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, y ya en la siguiente legislatura, la Comisión debate sobre qué materia ha de ser objeto del siguiente anteproyecto de ley a preparar, y, en igualada pugna con el Derecho de la persona, se decide finalmente abordar la reforma de los títulos IV, V y VI del libro primero de la Compilación, es decir, el régimen económico conyugal, la comunidad conyugal continuada y el derecho de viudedad (4). El objetivo es elaborar un anteproyecto de ley indepen-

cia de Aragón, a Ricardo Giménez Martín, notario jubilado. *Vid.* RDCA, 2000-2.º, pp. 398-399.

En septiembre de 2001, María Ángeles Parra Lucán, que ha ganado cátedra de Derecho civil en la Universidad de La Laguna, renuncia al cargo de secretario de la Comisión, por lo que por Decreto de 15 de noviembre de 2001 (BOA núm. 142, de 3 de diciembre) se acepta su renuncia y se nombra nuevo secretario de la Comisión a José Antonio Serrano García. *Vid.* RDCA, 2001-2002, p. 663.

(2) La Ponencia General citada puede consultarse en la RDCA, 1996-2.º, pp. 175-196.

(3) Noticias de los trabajos de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil en materia de Derecho de sucesiones suministran las RDCA, 1997-1.º, pp. 193-194; RDCA, 1997-2.º, pp. 275-277, y RDCA, 1998, pp. 527-529.

(4) En las noticias de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil relativas al inicio de esta nueva fase, redactadas por su secretario (Adolfo Calatayud Sierra) y publicadas en la RDCA, 1999-2.º, pp. 405-407, se dice:

“Todos sus miembros estaban de acuerdo en que era preciso continuar con la modernización de nuestro Derecho civil y, por tanto, preparar un nuevo anteproyecto de ley de reforma

diente que recoja la regulación sobre esas materias, dejando sin contenido los indicados títulos de la Compilación, de la misma forma que se ha hecho con la Ley de sucesiones por causa de muerte (5).

“Lo primero que se hizo –cuenta el secretario de la Comisión– fue repartir los diversos aspectos de la regulación de estas materias entre los miembros de la Comisión, que elaboraron informes dirigidos a la realización de un análisis crítico del texto vigente y de la problemática práctica que hoy plantea y, simultáneamente, a elaborar propuestas concretas de política legislativa sobre los diversos aspectos contenidos en dichos títulos. Así se hizo y de este trabajo ya salieron definidas las líneas básicas que debería seguir una reforma de nuestro Derecho en las indicadas materias. Entre ellos destaca la supresión de la comunidad conyugal continuada, a la que actualmente se dedica un título íntegro de la Compila-

del mismo. También había acuerdo en que la materia de dicho anteproyecto tendría que extraerse de lo que hoy es el contenido del Libro I de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, «Derecho de la persona y de la familia»; y en que debería seguirse con la técnica de acudir a una ley independiente de la Compilación, que derogara parcialmente ésta, como se ha hecho con la Ley de Sucesiones por causa de muerte, ante la dificultad de integrar en los estrechos límites de aquélla el desarrollo del Derecho civil aragonés que se pretende. Sin perjuicio de que, una vez acabada la reforma global del Derecho Civil Aragonés, puedan integrarse todas las leyes aprobadas hasta entonces en un texto único.

Aun habiendo acuerdo general en esos presupuestos, se debatió sobre la materia a seleccionar. En primer término, había que decidir si era conveniente afrontar un anteproyecto de ley que incluyera todo el Derecho de la persona y de la familia de Aragón. La mayoría de la Comisión se inclinó por descartar esta idea, porque, aunque desde el punto de vista de lo ideal quizá sería lo más adecuado, sin embargo las dimensiones de la tarea, la gran variedad de las materias comprendidas y la extraordinaria dificultad de algunas de ellas harían casi imposible su conclusión dentro de la presente legislatura, lo que podría impedir que el trabajo realizado cuajara realmente en un texto legislativo.

Era, pues, necesario seleccionar una parte del Derecho de la persona y de familia sobre la que trabajar. Eso sí, tenía que ser una parte sustantiva suficientemente importante y con entidad bastante.

Así las cosas, se sometió a discusión cuál de esas partes era la indicada para esta nueva fase del trabajo de la Comisión. Eran dos las posibilidades sobre las que se debatía. La primera consistía en acometer la reforma de la regulación de todo lo relativo a menores de edad e incapaces y partía de la base de la mayor urgencia social de esta materia y de la insuficiencia que hoy se siente en la normativa contenida en la Compilación. La segunda, partidaria de enfrentarse a lo que hoy es el contenido de los títulos IV, V y VI, es decir, régimen económico conyugal, comunidad conyugal continuada y viudedad, se defendía argumentando que la viudedad tiene una relación estrecha con el Derecho de sucesiones, que acaba de ser reformado, y que es un momento oportuno para modernizar el Derecho aragonés en la materia, aun reconociendo que la regulación de la Compilación es bastante buena en muchos aspectos.

Tras un amplio debate, se optó por esta segunda solución, ante la dificultad de la primera [...].”

Las noticias relativas a la preparación del Anteproyecto de Ley de régimen económico matrimonial y viudedad por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil continúan en la RDCA, 2000-2.º, pp. 395-397, y terminan en la RDCA, 2003-2004, pp. 341-346.

(5) Vid. las “Noticias de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil”, RDCA, 2000-2.º, p. 395.

ción, si bien con la intención de regular con detalle la comunidad que surge tras la disolución de la comunidad legal y hasta su liquidación y división” (6).

2. Política legislativa sobre la disolución, liquidación y división del consorcio conyugal.

Antes que las relativas a la comunidad conyugal continuada fueron expuestas y debatidas, siguiendo el orden de materias de la Compilación, las propuestas de política legislativa sobre disolución, liquidación y división de la comunidad conyugal legal presentadas por José Antonio Serrano García. Es un documento dividido en cuatro grandes apartados (disolución, la comunidad en liquidación, liquidación, división y adjudicación), de los cuales el segundo es el referido específicamente a la comunidad en liquidación o posconsorcial; sin embargo, nos ha parecido preferible transcribirlo íntegro aquí porque, por un lado, las causas de disolución del consorcio conyugal y su régimen son las mismas que originan el nacimiento de la comunidad en liquidación y, por otro, porque la regulación de la liquidación, división y adjudicación del patrimonio común es también directamente aplicable a la comunidad que continúa tras la disolución.

Transcribimos a continuación el citado documento (7):

(6) *Ibidem*. El reparto de materias se hizo en la sesión de 20 de octubre de 1999: en concreto, del pasivo y liquidación del régimen económico matrimonial se encargan Javier Sancho-Arroyo y López Rioboo y José Antonio Serrano García, y de la comunidad conyugal continuada Jesús Delgado Echeverría.

Pero en esa misma sesión y antes de la distribución de materias ya se emiten algunas opiniones sobre la comunidad conyugal continuada: Según el acta de dicha sesión, “Don Jesús Delgado dice que, aunque siempre se comenta que puede ser muy útil en la práctica, lo cierto es que no se usa; cuando en 1967 se reguló, se pensó que podía ser muy útil para los patrimonios dinámicos, la empresa familiar, pero actualmente éstos se estructuran siempre por medio de sociedades; además, en 1967 era preciso resaltar lo que tenía de específico nuestro Derecho en relación al Código Civil y por ello se reguló con tanto detalle; esta necesidad ya no existe hoy. Por todo ello, concluye, habrá que pensar bien sobre la institución. Otros miembros de la Comisión se refieren a la diferencia de esa institución con la comunidad posmatrimonial indivisa; también se pone de manifiesto la práctica de liquidar la comunidad matrimonial enseguida, convirtiéndola en una comunidad ordinaria, para poder obtener su inscripción en el Registro de la propiedad. Otro aspecto acerca del cual se llama la atención es el tributario, que no ayuda.”

(7) Figura como Anexo al Acta de la sesión de la Comisión del día 12 de enero de 2000.

PROPUESTAS PARA LA REGULACIÓN DE LA “DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN DE LA COMUNIDAD CONYUGAL LEGAL”

I. DISOLUCIÓN DE LA COMUNIDAD

1. CAUSAS.

Artículo 52. Causas. Presenta una defectuosa técnica, con remisiones internas (causas previstas en esta Compilación: art. 49.2) y externas (arts. 1392 y 1393), con formulación directa de alguna causa (52.1) y advertencia de que la comunidad conyugal puede continuar en caso de muerte. Algunas de las causas del Código civil reiteran, en todo o en parte, causas comprensibles ya en las fórmulas del 49.2 y 52.1.

Debe reformularse el elenco de causas, para evitar las remisiones e introducir claridad y sistemática. Si la comunidad conyugal continuada desapareciera, sobraría la referencia a ella.

En uno, o mejor en dos preceptos, podrían regularse las causas de disolución distinguiendo entre:

1. Causas de disolución automática o de pleno derecho:

Por voluntad de ambos cónyuges expresada en instrumento público, aunque no sea escritura pública: A. Presidente TSJA 22 XII 93: convenio regulador homologado judicialmente.

No es necesario convenir un régimen distinto (contra: 1392.4.º Cc.). A falta de pacto sobre el régimen posterior a la disolución: art. 23.2: régimen legal.

Si el pacto de disolución incluye la exclusión del régimen de comunidad para el futuro: separación de bienes (arts. 49.2 Comp., 1435.2 Cc.). Norma que podría incluirse al regular la separación de bienes.

Cuando se disuelva el matrimonio (muerte, declaración de fallecimiento y divorcio).

Cuando el matrimonio sea declarado nulo y alguno de los cónyuges lo fuera de buena fe (art. 79 Cc.).

Habiendo sido declarado de mala fe uno de los cónyuges, el de buena podrá optar por liquidar el régimen matrimonial legal por las normas del régimen de participación, en cuyo caso el contrayente de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte (arts. 95.2, 1395 Cc.).

Es dudoso si en la actualidad es ya aplicable supletoriamente esta norma del Cc.: En 1967 el art. 52 se remitía al art. 1417 Cc., según el cual “el cónyuge que por su mala fe hubiere sido causa de la nulidad no tendrá parte en los bienes gananciales”; en 1985, la remisión se ha hecho sólo a los arts. 1392 y 1393, pero no parece que se haya pretendido eliminar la razonable norma que pretende evitar que el cónyuge de mala fe se beneficie de su mala fe.

De lege ferenda me parece conveniente regular esta cuestión, posiblemente me-

jor en artículo independiente: bien en sede de disposiciones generales bien en sede de disolución del régimen legal.

Cuando judicialmente se decrete la separación de los cónyuges (1392.3.º):

2. Causas de disolución judicial, a petición de los cónyuges:

Cuando un cónyuge haya sido judicialmente incapacitado, declarado pródigo, ausente o en quiebra o concurso de acreedores, o condenado por abandono de familia (1393.1.º), a petición del otro y presentando la correspondiente resolución judicial.

Cuando existan graves y reiterados desacuerdos sobre la administración o disposición de los bienes comunes (49.2 Comp., 1393, 2.º y 4.º), a petición de cualquiera de los cónyuges, o sobre la administración y disposición de los bienes privativos (1393.2.º) a petición del otro.

(O mejor, para la parte final, aparte) cuando existan graves y reiterados incumplimientos del deber de informar sobre la marcha y rendimientos de sus actividades económicas (art. 1393.4.º).

Llevar separados de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar (1393.3.º).

Para la separación de hecho conviene precisar, en norma aparte, que, aunque no se haya pedido la disolución judicial, no se hacen comunes los bienes o derechos adquiridos o las deudas contraídas por los cónyuges si la separación es de mutuo acuerdo, seria, prolongada y demostrada. Dice el Supremo que es contrario a la buena fe y constitutivo de abuso de derecho reclamar la mitad de los bienes ganados en ese tiempo por el otro.

En cuanto a la *disolución por el embargo de la parte de uno de los cónyuges por deudas privativas*, se estará a lo especialmente dispuesto en el artículo 46 [o equivalente] (art. 1393, i.f.). Coordinar las regulaciones.

2. MOMENTO DE EFICACIA DE LA DISOLUCIÓN:

El artículo 1394 Cc., seguramente de aplicación supletoria, no resulta satisfactorio por no dar efectos retroactivos a la sentencia que conlleva la disolución de la comunidad conyugal. Lo mismo cabe decir para el artículo 95 Cc.

Los efectos de la disolución de la comunidad legal se producen desde la muerte de uno de los cónyuges, o desde la fecha del instrumento público en que se acuerda o desde la fecha de la sentencia que la decreta (separación de bienes por decisión judicial) o de la que deriva (sentencia de nulidad, separación o divorcio).

Podría decirse que en los casos de sentencia de separación de bienes o de nulidad, separación o divorcio, los efectos de la disolución se retrotraerán al día de la presentación de la demanda.

3. MEDIDAS CAUTELARES DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL PROCESO DE SEPARACIÓN DE BIENES:

¿Transcripción del segundo punto del artículo 1394.2?: inventario, medidas sobre la administración del caudal común, requiriéndose licencia para todos los actos que excedan de la administración ordinaria.

4. INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE LA DEMANDA Y DE LA SENTENCIA DE DISOLUCIÓN DE LA COMUNIDAD CONYUGAL:

Art. 1436 Cc.

Si se regula el régimen de separación de bienes, allí debería incluirse una norma de este tipo: como en el Código civil. Alternativa: colocarla en sede de disolución.

5. INMUTABILIDAD DE LA DISOLUCIÓN DE LA COMUNIDAD:

Art. 1443 Cc.: la disolución de la comunidad legal no se altera por la reconciliación de los cónyuges en caso de separación personal judicial ni por la desaparición de cualquiera de las demás causas que la hubieren motivado.

Tal vez sea mejor sede ésta que la del régimen de separación.

La dicción literal del 1443 no me parece del todo correcta, pues tras la sentencia de separación conyugal no hay régimen de separación de bienes: si tras la separación conyugal no hay vida en común, no parece que haya régimen económico matrimonial (ni siquiera de separación de bienes); las relaciones patrimoniales entre cónyuges serán exclusivamente las contenidas en la sentencia de separación.

La reconciliación hará que haya régimen de separación de bienes, salvo si se pacta que sea de otro tipo. Lo seguro es que la reconciliación no resucita la comunidad legal disuelta.

“Si tras la separación judicial se produce *la reconciliación de los cónyuges* regirá, a falta de capitulaciones en contrario, el régimen de separación de bienes” (arts. 95.1, 1435.3.º y 1443).

6. RÉGIMEN SUBSIGUIENTE A LA DISOLUCIÓN:

Cuando la comunidad conyugal legal se disuelva constante matrimonio, si los cónyuges viven juntos y no pactan otro régimen distinto, existirá entre ellos separación de bienes, que hasta la liquidación y división de los bienes comunes coexistirá con la comunidad en liquidación (cfr. art. 1435.3).

La sede de esta norma puede ser ésta o la del régimen de separación.

Podría especificarse, como hace el artículo 1444, que los cónyuges también pueden pactar en capitulaciones que vuelva a regir entre ellos una nueva comunidad legal: ¿Sólo tras la liquidación y partición de la anterior?

II. LA COMUNIDAD EN LIQUIDACIÓN (O POSCONSORCIAL)

Nacimiento de una nueva comunidad. El efecto inmediato de la disolución de la comunidad conyugal es la aparición, sin solución de continuidad, de otra comunidad heredera del activo y pasivo de la anterior, pero estática y dividenda. Ya no es una comunidad “matrimonial”, sino ordinaria con especialidades que la asemejan a la hereditaria.

Conveniencia de regularla. Puede ser conveniente abordar con cierto detalle la regulación de esta comunidad, especialmente en caso de disolución por muerte de uno de los cónyuges en que será muy frecuente que concorra con la viudedad, la comunidad hereditaria o la fiducia sucesoria.

Naturaleza jurídica. En la comunidad en liquidación *existen dos cuotas* (y sólo dos, aunque el número de partícipes sea mayor: si los herederos son varios, hasta la partición de la herencia es la comunidad de herederos la partícipe en la comunidad conyugal en liquidación; tras la partición, lo será el heredero adjudicatario o, en su caso, la comunidad ordinaria de adjudicatarios de la cuota del premuerto) de las que *son titulares*, por mitad o en la forma pactada, los cónyuges, ex cónyuges o el viudo y los herederos del premuerto. *La cuota de cada cónyuge es ahora enajenable* (con efectos similares a los de la enajenación de cuota de herencia: arts. 1531 y 1534) *y es embargable* por los acreedores consorciales y, tras ellos, por los acreedores particulares de sus titulares (cónyuges o ex cónyuges, viudo y coherederos del otro). La cuota consorcial es embargable, en su caso, por deudas privativas (ahora cargas hereditarias) del cónyuge premuerto; pero por deudas particulares de los coherederos no se puede embargar la cuota consorcial perteneciente a la comunidad hereditaria, porque antes de la partición de la herencia los acreedores particulares de un heredero no pueden embargar bienes hereditarios indivisos.

Activo:

- Bienes que formaban la comunidad conyugal al disolverse.
- Bienes subrogados y accesiones.
- *Frutos*, rendimientos, beneficios, etc., generados por el patrimonio común (1063 Cc.):
 - salvo los que correspondan al *viudo usufructuario*
- *No se hacen ya comunes* los frutos de los bienes privativos, ni las ganancias de los partícipes.
- *No existe la presunción* de que lo adquirido por uno de ellos es común.

Pasivo:

- Cargas y deudas nacidas durante el consorcio conyugal y que generaron la responsabilidad, provisional o definitiva, del patrimonio común.
- Deudas y gastos derivados de la gestión del patrimonio común:
 - salvo, si corresponden al *viudo por ser usufructuario*.
- *Alimentos*, en sentido amplio, a los partícipes (cfr. 1408 Cc.).
 - Salvo que sean de cargo del viudo usufructuario: 84.4.^a
 - No presuponen estado de necesidad
 - Se obtienen de un caudal, en parte propio.
 - No limitados al importe de los frutos.

- El *resto de deudas* que serían comunes antes de la disolución, ahora *son particulares* del partícipe que las contrae.

Pago de deudas consorciales antes de la partición de los bienes comunes:

- La *responsabilidad externa* y la garantía patrimonial de los acreedores es la correspondiente al momento de nacimiento de la obligación: La responsabilidad es del deudor o deudores (o sus herederos); la garantía patrimonial recae primero *sobre los bienes comunes*, y después sobre los privativos del o los responsables personales.
- Aplicación de las *normas del pago de deudas por los coherederos*: - Art. 54 LS: los acreedores, *antes de la partición*, han de proceder contra todos los copartícipes; - Art. 55 LS: los acreedores sociales pueden oponerse a la partición; Los acreedores particulares pueden intervenir a su costa.
- *Siendo insuficientes los bienes comunes*, los acreedores consorciales podrán dirigirse *contra el patrimonio personal del deudor* o deudores: Si deudor era el cónyuge premuerto, los herederos responden limitadamente: sólo con los bienes del caudal relicto (los bienes privativos del premuerto): Al estar indivisos: proceder contra todos los coherederos.
- La *responsabilidad interna* es del patrimonio común, del que podrá reclamarse, procediendo contra el otro partícipe, el importe de la deuda común pagada con bienes privativos (reembolso); en defecto de bienes comunes, los cónyuges, o la comunidad hereditaria y el viudo, contribuirán por mitad a las cargas del matrimonio y a las deudas comunes que hayan redundado efectivamente en utilidad común, pudiendo reclamar del otro la mitad de lo pagado. La responsabilidad interna de la comunidad hereditaria está limitada al importe de los bienes del caudal relicto. A la responsabilidad interna entre los coherederos del premuerto se aplica el art. 57 LS.

Pago de deudas privativas de los partícipes antes de la partición de los bienes comunes:

- Los acreedores particulares de los partícipes pueden, ahora, *embargar*, además de los bienes privativos del partícipe deudor, *su cuota en la comunidad posconsorcial*, pues ya es disponible; pero no pueden embargar ahora, en cambio, bienes comunes pues pertenecen también a no deudores.
- Embargada la cuota, una vez liquidada la comunidad, se les adjudicarán bienes concretos.
- Pero los acreedores consorciales tienen, también ahora, preferencia sobre los bienes comunes frente a los acreedores personales de los partícipes.

Gestión de la comunidad disuelta por causa distinta de la muerte: artículo 54

- La *administración y posesión de los bienes comunes* corresponde a los cónyuges o ex cónyuges, que pueden acordar la forma de gestión que prefieran, aplicándose supletoriamente las reglas de la copropiedad ordinaria:
 - Los acuerdos constante el consorcio no se prolongan a esta situación estática.
 - La administración individual exigirá acuerdo expreso y poder bastante.
 - En otro caso: mandato tácito o gestión sin mandato.
- La *disposición* requiere unanimidad: Si el acto se realiza por uno sólo será nulo *inter partes* y válido pero ineficaz frente al tercero (venta de cosa ajena).

Gestión en caso de disolución por muerte: art. 53.

- *Viudo administrador único*: respuesta realista: Es titular de una mitad y puede ser ya administrador de la otra: por derecho de viudedad universal, por representación de los hijos menores o por ser administrador en la fiducia.
- La indivisión *puede prolongarse* hasta la muerte del viudo.
- Actos de *administración de un patrimonio familiar*: ejemplos: deducción de alimentos, pago de deudas exigibles, atención al normal desarrollo de los negocios comunes, conservación de los bienes comunes.
- *Medidas preventivas*: 53.2: inventario y fianza, a petición de parte; la petición de inventario (arts. 80, 55) es el inicio de las operaciones liquidatorias.
- *Responsabilidad* por la gestión de patrimonio ajeno:
 - Deber de rendición de cuentas a los partícipes.
 - Presunción de consunción en provecho del consorcio: 53.4.
- La *disposición* requiere unanimidad del viudo y los herederos del otro.
- Parece que *este régimen no es aplicable si la muerte ha acaecido iniciados los trámites* de la nulidad, separación o divorcio, o los trámites para la separación de bienes.

Facultad de disposición especial: 53.2

- Más propia de la c.c.c.: 67.2. No obstante, si la indivisión se prolonga podrá darse también en la comunidad en liquidación.
- Es un poder personalísimo e intransmisible concedido al viudo en calidad de padre o madre.
- Parece necesario también *que quede otro tanto* para los hijos restantes.

Gestión por el supérstite con derecho de viudedad

- Si el viudo es usufructuario universal, *prevalece el régimen de la viudedad* sobre el del art. 53: administra en beneficio suyo y debe soportar las cargas propias del usufructo.
- Los herederos del premuerto son sólo *nudo propietarios de su cuota* consorcial: Aunque se divida la comunidad el usufructuario mantiene la posesión y administración de los *bienes comunes adjudicados en nuda-propiedad* al caudal relicto y que, hasta la división de la *comunidad hereditaria*, siguen indivisos.
- *Disposición* de los bienes comunes: remisión al artículo 83.2.

Gestión de la comunidad en caso de fiducia sucesoria

- Mientras la *herencia está pendiente de asignación no hay herederos del premuerto*: cfr. art. 133 (delación) LS.
- *Gestión de los bienes comunes: administra el viudo* (regla general, confirmada por el art. 134 LS), para la comunidad (si no es usufructuario), para sí mismo (si es usufructuario). Aplicación preferente de las reglas del usufructo de viudedad; si no lo hay, aplicación de las reglas de gestión de la comunidad conyugal en liquidación; *las reglas de la fiducia sólo son útiles para* la gestión de los bienes privativos del causante o de los comunes una vez partidos y no afectos a la viudedad.
- Aplicación subsidiaria de los arts. 135 (inventario), 136 (obligaciones y cargas) y 137 (contenido de la administración y representación) de la LS.

- *Disposición de los bienes comunes*: para pago de deudas comunes: acto de administración del viudo.
- Cuando lo juzgue conveniente *para sustituirlos por otros* (art. 138 LS): dispone el viudo en su doble condición de partícipe de la masa común y fiduciario de la cuota sin herederos designados; habiendo legitimarios: art. 139 LS.
- *A título gratuito*: sólo en el caso especial del art. 53.2 Comp.
- *Facultades del fiduciario*:
 - *De solicitar la liquidación* de la comunidad conyugal disuelta: la previsión del art. 140 LS sólo tiene sentido cuando el fiduciario no sea el cónyuge viudo: equivalente a la petición de inventario del art. 55.1 Comp.
 - *Actos de ejecución de la fiducia* sobre la cuota consorcial del premuerto o sobre bienes consorciales:
 - *Adjudicación de la cuota* del premuerto a los descendientes o a uno de ellos (arts. 141-143 LS): en nuda-propiedad si hay viudedad; no desaparece la comunidad consorcial: los nuevos titulares de la cuota del premuerto son ahora los adjudicatarios. No tiene mucho sentido.
 - *Si el único fiduciario es el cónyuge viudo*, en uso parcial de la fiducia, *puede atribuir bienes de la comunidad conyugal*, sin necesidad de practicar su previa liquidación: art. 143.3 LS (A. PTSJ 3-X-89). Facultad extraordinaria: acto de adjudicación parcial del patrimonio común, sin ningún control externo, sin previa liquidación. Podrá hacerlo exclusivamente como fiduciario, incluyendo el bien en el lote del premuerto y computándolo en su participación a efectos de la liquidación del consorcio; o podrá hacerlo como fiduciario de una parte y copropietario de la otra: extinción parcial del consorcio.

III. LIQUIDACIÓN DE LA COMUNIDAD POSCONSORCIAL

1. PLANTEAMIENTO

- *La regulación (arts. 55-59) está pensada para la disolución por muerte que no suele ser conflictiva*; sí lo es cuando viene precedida de una crisis matrimonial que no ha podido resolverse amistosamente.
- Regulación escueta, no imperativa, con remisión a las formas del juicio de testamentaria (55.3).
- *Normas necesitadas de desarrollo legislativo*:
 - Presidido por el principio de *libertad de pacto* entre los partícipes: *standum est chartae*: a salvo siempre los derechos adquiridos por terceros.
 - Inspirado en las *normas de la liquidación y partición de la comunidad hereditaria*:
 - Ley aragonesa de sucesiones: - Responsabilidad del heredero, 40-47; - Partición: 50-53; - Pago de las deudas hereditarias por los coherederos, 54-57.
 - A completar con el Derecho supletorio: Formas de partición (excluida la partición por el disponente): arts. 1057-1059; Criterios para la formación de lotes: 1061, 1062; Frutos y gastos comunes, arts. 1063, 1064; Entrega de títulos de pertenencia, 1065, 1066; Retracto de coherederos (comuneros): 1067, 1522; Efectos de la partición, arts. 1068-1072; Rescisión de la partición, 1073-1081.
 - Contrastar con las normas de liquidación y división de la sociedad de gananciales y otros regímenes de comunidad parcial.

2. DERECHO A LA DIVISIÓN

- *Legitimación activa* (arts. 55.1 Comp., 50.1 y 140 LS: cualquiera de los cónyuges o ex cónyuges, sus herederos o el fiduciario no cónyuge) y *pasiva* (el otro cónyuge, sus herederos o el fiduciario no cónyuge; La preterición no intencional de algún coheredero: 1080).
- Los coherederos de un cónyuge han de actuar conjuntamente (?).
- Prohibición de dividir: art. 50 LS.
- Actuación del contador-partidor por los herederos del premuerto.
- Partición con *menores de 14 años o incapacitados*: remisión al art. 51 LS.
- Partición con *menores mayores de 14 años*: remisión al art. 52 LS.
- *Partición en caso de fiducia*:
 - *Acto* conveniente para sustituir un bien del caudal hereditario (la cuota) por otro (los bienes comunes adjudicados), *que puede realizar el fiduciario* (art. 138.1 LS), habiendo legitimarios *con la autorización* requerida por el artículo 139 LS:
 - *Con el viudo*, si éste no es fiduciario o no es el único.
 - *El viudo sólo* si es fiduciario único.
 - Oposición de intereses con los eventuales sucesores.
 - Autorización de uno de los legitimarios: 139 LS.
 - Salvo que la partición se limite a adjudicar los bienes proindiviso: 51.2 LS (?).

3. MODALIDADES DE LIQUIDACIÓN Y PARTICIÓN

- *Contractual*: Totalidad y unanimidad de los partícipes: 1058; Libertad de forma; Distribuyendo los bienes de la manera que tengan a bien; Eficacia retroactiva del nuevo régimen matrimonial:
 - Sin efectos perjudiciales para los terceros: 26 Comp.
 - Rescisión por fraude de acreedores personales.
- *Judicial*: a falta de partición contractual y a petición de parte.
 - Disolución convencional o por muerte: juicio testamentaria o abintestato: 1059 y declarativo ordinario, si hay oposición.
 - Disolución por sentencia y liquidación en Convenio regulador, en la propia sentencia: 91 Cc. o en ejecución de la misma: 91 Cc.: pieza separada: trámites del j. de testamentaria y, si hay oposición, declarativo ordinario, ante el mismo juzgado.
- *Por árbitro, arbitrador o contador-partidor dativo*: Árbitro: 402 Cc.; Arbitrador: sin previa cuestión litigiosa; Contador-partidor dativo: 1057.2 Cc.

4. EL INVENTARIO: FIJACIÓN DEL ACTIVO Y PASIVO COMÚN

- *Derecho potestativo* de cualquier partícipe: 55.1.
- *Forma libre*: 55.3: La convenida; La prevista en el juicio de testamentaria, etc.
- *Citación* de todos los *interesados*: eficacia frente a todos ellos: 55.3.
- *Contenido*: 55.2 y 56 Comp. (cfr. 1397 y 1398 Cc.).
 - Bienes comunes en sentido amplio: incluidos los créditos.
 - Frente a terceros o frente a los cónyuges.
 - Real o presuntamente comunes.
 - Existentes al hacer el inventario.

- Otros: si se prueba que existieron, salvo 53.4 y 59.
- Deudas comunes: (deducible del art. 56).
 - Debidas a los cónyuges: reintegros: 56.1.º
 - Debidas a terceros, incluso no vencidas: 56.2.º
- Bienes de la firma de dote o donaciones entre cónyuges: 56.3.
- Bienes detraíbles como aventajas: 56.3 y 4, 57.
- Bienes de adjudicación preferente: 56.3, 58.2.
- *Valoración*: Al tiempo de formalizar el inventario: 55.2.
 - Las mejoras o deterioros son de cuenta de la comunidad.
 - El valor de los créditos debe actualizarse al día del inventario.
 - La valoración ha de ser “justa”: imparcial, fiable y equilibrada.
 - Preferible atender al valor de mercado.

5. LIQUIDACIÓN CONCURSAL

“Cuando el patrimonio común, después de haberse reintegrado de los créditos cobrables, no baste para satisfacer las deudas consorciales y los reembolsos a los patrimonios privativos, se aplicarán los artículos 1911 y ss. del Cc., dando a unas y otros la consideración que conforme a tales preceptos les corresponde.”

- Precepto existente en los Proyectos aragoneses de Comp.
- Cfr. art. 1399.2 Cc.

6. LIQUIDACIÓN ORDINARIA: ARTÍCULO 56

- Contiene un *plan de liquidación* lógico y necesario para salvaguardar las aventajas y los bienes objeto de adjudicación preferente: 56.3.º, i.f.

Derechos de los acreedores: 55 LS (1082).

Pago en metálico o dación en pago: 1175, 1400 Cc.

Formas de pago: arts. 45, 46 LS.

7. DETRACCIÓN DE AVENTAJAS: 56.4.º Y 57 (Distinta regulación del Cc.: 1321, 1346, 7.º y 8.º)

- Operación no estrictamente liquidatoria, previa a la partición.
- Función: evitar la interrupción brusca de los hábitos personales y profesionales del sobreviviente: No es una atribución sucesoria, ni un premio o don de supervivencia, sino más bien un derecho de origen legal, derivado del régimen económico matrimonial, que permite la prolongación del destino personal o profesional de ciertos bienes comunes.
 - ¿Extensible al resto de causas de disolución?
 - ¿Derecho transmisible a los herederos?
- Bienes aventajables:
 - Ropas (y demás objetos de uso personal).

8. PAGO DE DEUDAS PARTICULARES ENTRE CÓNYUGES: ART. 1405 CC

- ¿Aplicable supletoriamente?: no.
- Debería darse la misma oportunidad a los demás acreedores de uno de los cónyuges que hayan intervenido en la partición.
- Parece más acertado el artículo 1034 Cc.

IV. DIVISIÓN Y ADJUDICACIÓN DEL PATRIMONIO COMÚN

1. DIVISIÓN DEL PATRIMONIO LIQUIDADO EN DOS PARTES O LOTES: 58.1

- *Participaciones* iguales o desiguales, si hay pacto.
- Salvo pacto, en la *formación de los lotes* se observarán las normas del Derecho de sucesiones (1061): libertad de pacto.
- El *lote del premuerto* se adjudica al caudal relicto: posterior división.
- Parecen aplicables las *normas de las sucesiones* sobre:
 - *efectos de la partición*: 1068 y ss. Cc. (evicción y saneamiento de los bienes adjudicados).
 - *rescisión de la partición*: 1073 y ss.

2. DERECHO DE ADJUDICACIÓN PREFERENTE: ART. 58.2

- Derecho potestativo de configuración de la partición: La *petición* debe hacerse al finalizar el inventario, es irrevocable.
 - exclusivo del cónyuge sobreviviente: debería generalizarse: art. 1406 Cc.
- El art. 1406 Cc. incluye también, sólo para caso de muerte, la adjudicación preferente, en propiedad o en derecho de uso o habitación (1407), de *la vivienda donde tuviese la residencia habitual*:
 - No es de aplicación supletoria: preferencia cónyuge sobre hijos.
 - Podrá pactarse o decidirse dicha adjudicación por ser lo “justo”.
 - Caso de división por mitad: posibilidad del viudo de suceder en la otra mitad si los hijos fallecen intestados: exclusión de la troncalidad: 213.2 LS.

3. LIQUIDACIÓN DE VARIAS COMUNIDADES: ART. 59

- Desde 1985 referido, además de a la *muerte*, al *divorcio*.
- Conveniencia de prohibir el inicio de una nueva comunidad matrimonial sin previa liquidación de la del primer matrimonio (Rams).

4. PASIVO TRAS LA DIVISIÓN DE LA COMUNIDAD

Existencia de deudas consorciales no pagadas.

Desaparecida la comunidad, los *partícipes* son titulares plenos de los bienes adjudicados. Los *terceros titulares de derechos adquiridos sobre los bienes comunes* no pueden verse perjudicados por la partición: La división de los bienes comunes *no conlleva la división de las deudas comunes*.

- El acreedor consorcial puede pretender el **cobro íntegro de su crédito**:
 - A) *Del partícipe (s) deudor (o deudores) o de sus herederos*:
 - La responsabilidad del deudor es ilimitada: con todo su patrimonio personal.
 - Los herederos del deudor: responsabilidad limitada al caudal relicto.
 - Antes de la partición de la herencia: proceder contra todos.
 - Después: resp. solidaria, pero limitada a lo recibido, 56 LS.
 - Posibilidad de llamar al proceso a los demás: 56.3.
 - B) *De quienes hayan recibido bienes consorciales*:
 - *El otro cónyuge*: resp. limitada a los bienes recibidos (*cum viribus*).
 - *Herederos del premuerto*: resp. limitada a los bienes consorciales adjudicados al caudal relicto:
 - Aunque no se haya hecho inventario: 40 LS (c. 1401 Cc.).
 - Tercería dominio por embargo de bienes privativos, 43 LS.
 - Será *pro viribus* en los casos del 40.2 LS.
 - Sin preferencia sobre los acreedores particulares, 44.2.
- **Acción de regreso entre copartícipes**: 47 Comp. (1401.2).
 - Contribución por mitad: 43.1, 43.2.
 - No hay acción de regreso en caso de adjudicación en pago (asunción de deuda).
- Acción de regreso entre coherederos: 57 LS.
- Contribución exclusiva del cónyuge deudor si, agotados los bienes comunes, la deuda no redundó en beneficio común: 43.2.
- **Las deudas personales de cada partícipe tras la división**:
 - Derechos de los acreedores personales*:
 - Pueden intervenir a su costa en la partición consorcial: 55.2 LS (1083).
 - No pueden oponerse a las operaciones particionales del consorcio: sí a las de la comunidad hereditaria de la que son acreedores.
 - Preferencia de los acreedores consorciales sobre los bienes comunes adjudicados a los partícipes*: 46.1 Comp.; 44 LS.
 - Pagados los acreedores consorciales*:
 - a) Si deudor es el cónyuge sobreviviente:
 - Pueden pedir, antes de llevarse a efecto la adjudicación de bienes, la retención o embargo del remanente correspondiente a su deudor: 1034.
 - Pueden pedir el embargo del resto de sus bienes.
 - b) Si deudor es el cónyuge premuerto:
 - Podrán exigir el pago antes de la partición de la comunidad hereditaria.
 - Tras la partición: 56 LS.

Subsidiariamente, pueden impugnar la liquidación y partición por haberse realizado en fraude de sus derechos: *a. pauliana*, 403, 1111, 1290 Cc.”

Las propuestas sobre disolución de la comunidad conyugal son expuestas y debatidas en la sesión de la Comisión de 12 de enero de 2000. En esta misma sesión comienza la presentación de las propuestas de polí-

tica legislativa relativas a la comunidad en liquidación (o posconsorcial), presentación que continúa y concluye en la sesión del día 26 de enero de 2000, en la que también se exponen y comentan las propuestas sobre liquidación, división y adjudicación del patrimonio común.

En general, hay acuerdo en que toda esta materia requiere una mayor atención del legislador, pero sin que sea necesario descender a tanto detalle como se propone (8). En particular, se comparte la idea de que es preciso dictar algunas normas sobre la comunidad en liquidación, incluso si se prescindiera de la actual comunidad conyugal continuada, porque es aquélla la que más se aproxima al tratamiento tradicional en Aragón de la comunidad matrimonial disuelta; no obstante, se cree que hay cuestiones muy complejas que no es necesario regular con detalle, y que, además, podría ser contraproducente hacer una regulación amplia sobre la comunidad posconsorcial, en el sentido de que supondría un reconocimiento de normalidad para una situación que consideramos que causa problemas y que lo mejor es que concluya sin tardar demasiado, de manera que lo fundamental es decir cómo se liquida esta situación.

Las cuestiones concretas surgidas en el debate de las propuestas de política legislativa serán tenidas en cuenta al exponer la regulación vigente.

3. Política legislativa sobre la comunidad conyugal continuada.

Transcribimos a continuación el documento presentado por Jesús Delgado Echeverría (9).

“NOTAS DE POLÍTICA LEGISLATIVA SOBRE LA COMUNIDAD CONYUGAL CONTINUADA

1. En 1967 se introdujeron modificaciones notables en la regulación de esta materia. Se dividió la regulación tradicional de la comunidad conyugal continuada en dos series de preceptos, de planteamiento técnico muy distinto. Me refiero, obviamente,

(8) El último párrafo del Acta de la sesión del día 26 de enero de 2000 dice: “Con ello, se acaba con las propuestas para la regulación de la disolución, liquidación y división de la comunidad conyugal legal de don José-Antonio Serrano García. Todos los miembros de la Comisión le felicitan por lo elaborado de las propuestas que ha traído y el gran trabajo realizado. Don Jesús Delgado Echeverría abunda en iguales términos y dice que será de gran utilidad el análisis de todos los supuestos que ha planteado, pero añade que le parece que la regulación no debe descender a tanto detalle, es decir, no debe convertirse en una especie de *Vademecum* de soluciones para todas las cuestiones que puedan llegar a plantearse, lo cual es más bien un trabajo doctrinal”.

(9) Figura como Anexo al Acta número 87, de la sesión de la Comisión de 9 de febrero de 2000.

a la regulación del actual artículo 53, y a los artículos 60 y siguientes, únicos en la Compilación considerados como constitutivos de la regulación de la «comunidad conyugal continuada», es decir, sin que proceda disolución de la comunidad legal (artículo 52), mientras que el 53 parte precisamente de que la comunidad ha quedado disuelta (curiosamente, para introducir reglas que, con anterioridad, se entendían propias de un consorcio no disuelto, “prorrogado”, etc.).

La regulación de los artículos 60 y siguientes no tiene concretos antecedentes en el Derecho histórico. Puede entenderse como una concreción de la idea de limitar la comunidad conyugal continuada (para evitar dañar los intereses del viudo) al solo caso de presencia del «trabajo en familia», idea introducida por el Apéndice. En adelante, la comunidad conyugal continuada tendría como objeto explotaciones agrícolas, ganaderas, mercantiles o industriales, como fórmula para mantener la continuidad de la explotación y la unidad del grupo familiar.

Además, hay que tener en cuenta que, finalmente, en la Compilación de 1967 se regula como legal la viudedad universal, que, hasta ese momento, había sido siempre considerada incompatible con la comunidad conyugal continuada.

2. Sin embargo, es dudoso que la sugestiva innovación de 1967 en atención a las pequeñas empresas familiares haya mostrado su utilidad práctica. Según Fortún (El Justicia de Aragón, Informes especiales 1996, página 205) (10), «el período comprendido entre 1967 y 1996 revela una producción jurisprudencial casi inexistente. La aplicación por nuestros tribunales de las normas contenidas en la Compilación, se reducen a cuestiones referentes a la naturaleza jurídica de la institución y a los supuestos de continuación. Desgraciadamente, la mayoría declaran la inexistencia de la comunidad continuada por incumplimiento de los requisitos exigidos.

No se tiene noticia de que se haya utilizado conscientemente el régimen de los artículos 60 y stes. por parte de un viudo y los herederos de su cónyuge difunto, manifestando una «voluntad concorde»; tampoco de la posibilidad prevista en el núme-

(10) FORTÚN COSTEA, 1997, pp. 179-248. *Vid.*, no obstante, las SSTs de 1 de julio de 1996, TSJA 24 de mayo de 2002, APH de 8 de agosto de 2000, APZ de 31 de julio de 2001, APT de 5 de diciembre de 1995.

Con posterioridad se ha ocupado de esta institución, para resumir el estado de la cuestión, ANDRÉS BERMEJO, Carlos de: “La comunidad conyugal continuada en Aragón”, en *Derechos civiles de España* (BSCH), vol. VI, II parte, Aragón. Madrid, 2000, pp. 3567-3588. Tratamientos parciales contienen los trabajos de SANTOS MARTÍNEZ, Vicente: “Repercusión en el ámbito mercantil de la condición jurídica de aragonés”, en *Actas de los VII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1998, pp. 9-72; SERRANO GARCÍA, José Antonio: “El régimen económico matrimonial aragonés”, en *Derechos civiles de España* (BSCH), vol. VI, II parte, Aragón. Madrid, 2000, pp. 3439-3488; ARANDA DE PASTOR, Ambrosio: “Las universalidades patrimoniales, con especial referencia al Derecho aragonés”, en *Anuario 1999 de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación*, Zaragoza, 2000, pp. 37-67; CURIEL LORENTE, Fernando: “La sucesión de la empresa familiar en el Derecho civil aragonés. Aspectos sustantivos”, en *Actas de los XI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2002, pp. 89-112; PARRA LUCÁN, María Ángeles: “La sucesión de la empresa. Algunos problemas que se plantean en la sucesión legal de la empresa individual. En especial, la responsabilidad por deudas”, en *Actas de los XI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, cit., 2002, pp. 113-124; ARANDA DE PASTOR, Ambrosio: “Concurrencia de la sociedad conyugal continuada y la fiducia sucesoria” (resumen), en *Anuario 2002-2003-2004 de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación*, Zaragoza, 2005, pp. 303-318.

ro 1.º del artículo 60, es decir, el pactarlo en capítulos o disponerlo en testamento mancomunado por ambos cónyuges. No parece, por tanto, que los interesados en las explotaciones hayan visto en las reglas de la Compilación una solución a sus problemas.

3. Así las cosas, pienso que cabe hacer lo siguiente:

A) Mantener el contenido del art. 53, pensando con cuidado todas sus implicaciones. Su regulación, directamente procedente del Derecho histórico, es realmente aplicada en muchísimos casos y está muy relacionada con situaciones tan frecuentes como el usufructo viual y la fiducia sucesoria.

B) En cuanto a los arts. 60 y stes., una propuesta de supresión podría parecer demasiado drástica, aunque es la más coherente si no llegamos al convencimiento de su utilidad. Puestos a mantenerla sin este convencimiento, posiblemente serían convenientes algunos retoques, como la limitación de los partícipes a los descendientes de los cónyuges (no ya todos los herederos), pero sin que merezca la pena dedicarle demasiada atención: en sustancia, transcripción de los preceptos de la Compilación con modificaciones de detalle, con la esperanza de que una regulación de utilidad no demostrada tampoco produzca especiales problemas.

Sólo si creemos que una comunidad o sociedad familiar compuesta por un viudo (siempre en situación preeminente aunque hasta su viudez estuviera ajeno a la dirección de los negocios familiares) y sus hijos, tiene hoy encaje en la vida real de los negocios fuera de las formas societarias conocidas por el Derecho mercantil, con ventaja sobre éstas, merecería el tiempo y esfuerzo de inventar una regulación adecuada a esta finalidad. En principio, creo que hoy los instrumentos jurídicos que incentivan o posibilitan la continuación de la pequeña empresa familiar son muy distintos, y la comunidad conyugal continuada es más bien un obstáculo. En todo caso, este creo que es el debate de fondo sobre esta materia.”

La presentación y debate de estas propuestas tiene lugar en la sesión de la Comisión de 9 de febrero de 2000 (Acta 87) (11). Los vocales co-

(11) Recoge el acta citada que “Don Jesús Delgado Echeverría dice que aquí hay que empezar por decidir si conviene mantener la regulación existente en la Compilación. A estos efectos, dice que la práctica ha demostrado que las buenas intenciones de los compiladores han servido para poco. Cuenta que Lorente Sanz y Palá Mediano estaban convencidos de que la comunidad conyugal continuada era una institución esencial en el Derecho Civil Aragonés y se tomaron el esfuerzo de estudiar las instituciones similares existentes en los años 50 y 60 en Alemania y Suiza. Pero lo cierto es que en los siglos anteriores lo que había existido en Aragón era una comunidad residual, de características similares a lo que hoy aparece en el artículo 53 de la Compilación, basada en la idea de que, como todavía no se ha partido la comunidad, sigue mandando el cónyuge viudo. Ahora bien, los compiladores fueron más allá y, junto a esa comunidad tradicional, crearon otra, de características muy distintas, para los casos en que la familia era una especie de unidad de producción, porque creyeron que en esos supuestos hacía falta una regulación moderna que facilitara su desenvolvimiento. La regulación elaborada es la primera que en el Derecho español pone como objeto las explotaciones económicas. Se trata de una normativa buena y coherente. Pero, como se decía antes, no ha servido de soporte jurídico de la empresa familiar, por lo que cabe dudar de su utilidad, máxime en estos tiempos en que existen otros instrumentos jurídicos para esos fines”.

mentan que en su respectiva actividad profesional se han encontrado con muy pocas comunidades conyugales continuadas, casi ninguna conscientemente constituida, lo que unido a la escasez de jurisprudencia da idea de la falta de utilidad práctica que la figura tiene en la actualidad. Se acuerda por unanimidad su supresión, que habrá que explicar en la exposición de motivos, indicando que se ha tratado de una experiencia valiosa, pero que no se ha mostrado útil. También hay acuerdo en que será preciso elaborar una disposición transitoria para las comunidades conyugales continuadas que pudieran estar funcionando con anterioridad al momento en que entre en vigor la nueva ley. Todos están de acuerdo en mantener únicamente la comunidad del artículo 53 Comp., a la que habrá que buscar una denominación adecuada.

4. Reparto de ponencias y elaboración del Anteproyecto.

Una vez fijadas las líneas básicas de la reforma pretendida, en la sesión de la Comisión del día 22 de marzo de 2000 (Acta 90) se repartieron las materias objeto de la misma entre los miembros de la Comisión, para la elaboración de diversas ponencias que sirvieran de base a los debates y a la aprobación de los textos de la Comisión (12).

Según dice el Acta citada, “se decide formar los siguientes grupos de trabajo, nombrando para cada uno de ellos a un miembro responsable de la ponencia:

1) *Disposiciones generales. Capítulos. Régimen de separación*: don Jesús Martínez Cortés, don Jesús Delgado Echeverría y don Javier Sancho-Arroyo y López de Rioboo. Responsable, este último.

2) *Activo y gestión*: don Ramón Torrente Giménez, don José García Almazor y don José Luis Batalla Carilla. Responsable, este último.

3) *Pasivo*: don Javier Sancho-Arroyo y López de Rioboo y don José-Antonio Serrano García. Responsable, este último.

4) *Disolución, liquidación y división*: don José-Antonio Serrano García y don Adolfo Calatayud Sierra. Responsable, este último.

5) *Viudedad*: don Joaquín Cereceda Marquínez (13), don José Luis Batalla Carilla, doña M.^a Angeles Parra Lucán y don Jesús Delgado Echeverría. Responsable, este último.”

(12) Vid. “Noticias de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil”, RDCA, 2000-2.º, p. 396.

(13) Don Joaquín Cereceda Marquínez fue sustituido en este puesto por su sucesor en la Comisión, don Ricardo Giménez Martín.

Cuenta Adolfo CALATAYUD (14) que “en la elaboración del texto legal, se decidió comenzar por el régimen económico matrimonial legal, que se ha optado por denominarlo *consorcio conyugal*. En el mes de abril de 2000, ya se disponía de una propuesta de la correspondiente ponencia relativa al activo de la comunidad, que fue objeto de discusión desde entonces hasta el mes de febrero de 2001, en que se comienza a debatir sobre el pasivo de la comunidad. En ese momento, se decide avivar el ritmo de trabajo de la Comisión, de modo que ésta comienza a reunirse todas las semanas. La redacción del texto legal sobre el pasivo de la comunidad legal aragonesa se extiende hasta el mes de abril. Tras lo cual, se redactan los preceptos reguladores de la gestión de la comunidad desde entonces hasta el mes de junio. Con el solo descanso del mes de agosto, la Comisión siguió trabajando en la regulación de la disolución y liquidación del régimen legal, hasta tener concluido el texto completo a finales del mes de septiembre”.

En la sesión de la Comisión de 26 de septiembre de 2001 (Acta 131) se hizo un repaso del texto del consorcio conyugal aprobado y se introdujeron algunos retoques en preceptos determinados. Aprobado el texto del derecho de viudedad y de la parte general, en las sesiones de 17 de abril de 2002 (Acta 155), 24 de abril de 2002 (Acta 156) y 2 de mayo de 2002 (Acta 157) se hizo una revisión general del articulado aprobado, introduciéndose alguna pequeña modificación en algún artículo.

El debate sobre las normas transitorias, finales y otras se inicia en la sesión de 24 de abril de 2002 (Acta 156) y concluye en la de 2 de mayo de 2002 (Acta 157). Tras el debate de la exposición de motivos, en la sesión de 8 de mayo de 2002 (Acta 158) se acomete la revisión final del Anteproyecto introduciendo alguna mejora de redacción de última hora. En esta misma sesión se da definitivamente por terminado el Anteproyecto de régimen económico matrimonial y viudedad. A finales del mes de mayo de 2002 se hace la entrega formal del Anteproyecto al Gobierno de Aragón (15).

5. Texto de la ponencia y texto del Anteproyecto sobre disolución, liquidación y división del consorcio conyugal.

La ponencia encargada de preparar el texto base para su debate y, en su caso, aprobación por la Comisión elaboró varios borradores, alguno de

(14) “Noticias de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil”, RDCA, 2000-2.º, pp. 396-397.

(15) *Vid.* “Noticias de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil”, RDCA, 2003-2004, p. 342.

los cuales llegó a ser repartido a los miembros de la Comisión (aunque no figura como Anexo en las Actas), pero el que vamos a transcribir aquí es el finalmente presentado para ser debatido por la Comisión (16). Transcribimos también el texto de la disposición transitoria referida a la comunidad conyugal continuada.

Sección 1.^a

Disolución de la comunidad

En la sesión de 27 de junio de 2001 (Acta 123) se aprueba como título de la Sección **Disolución del consorcio**.

Artículo 1. *Causas de disolución de pleno derecho*

El consorcio conyugal concluirá de pleno derecho:

- a) Por voluntad de ambos cónyuges expresada en capítulos matrimoniales.*
- b) Cuando se disuelva el matrimonio.*
- c) Cuando sea declarado nulo.*
- d) Cuando judicialmente se decrete la separación de los cónyuges.*

En la sesión de 27 de junio de 2001 (Acta 123) se debate y aprueba el texto de la ponencia, que finalmente será el **artículo 61 del Anteproyecto**.

Artículo 2. *Causas de disolución judicial*

1. El consorcio conyugal concluirá por decisión judicial, a petición de uno de los cónyuges, en alguno de los casos siguientes:

a) Haber sido el otro cónyuge judicialmente incapacitado, declarado pródigo, ausente o en quiebra o concurso de acreedores, o condenado por abandono de familia.

Para que el Juez acuerde la disolución bastará que el cónyuge que la pidiere presente la correspondiente resolución judicial.

b) Llevar separado de hecho más de un año.

c) Concurrir alguna de las causas a que se refiere el artículo 2 [de la regulación sobre gestión].

(16) El articulado de la ponencia relativo a las dos primeras secciones (disolución y comunidad que continúa tras la disolución) se entregó en la sesión de 27 de junio de 2001 (Acta 123) y la sección tercera (liquidación y división) posiblemente en la sesión de 11 de julio de 2001 (no consta en el acta).

d) Haber solicitado la disolución por el embargo de bienes comunes por deudas privativas del otro cónyuge, conforme a lo especialmente dispuesto en el artículo 11.2 [de la regulación del pasivo].

2. También podrá disolverse el consorcio conyugal a petición de los tutores, curadores, representantes legales o síndicos del cónyuge incapacitado, pródigo, declarado ausente, quebrado o en concurso cuando sean persona distinta del otro cónyuge.

En la sesión de 27 de junio de 2001 (Acta 123) comienza el debate, en la de 4 de julio de 2001 (Acta 124) se aprueba el texto, que será ligeramente modificado en las sesiones de 26 de septiembre de 2001 (Acta 131) y 17 de abril de 2002 (Acta 155). El texto finalmente queda así:

Artículo 62. Causas de disolución por decisión judicial

El consorcio conyugal concluirá por decisión judicial, a petición de uno de los cónyuges, en alguno de los casos siguientes:

a) Haber sido un cónyuge judicialmente incapacitado, declarado pródigo o ausente, cuando lo pida el otro; también cuando lo pida la persona que represente al incapacitado o ausente y, en el caso de pródigo o incapaz sujeto a curatela, cuando lo pida éste con asistencia del curador.

b) Haber sido el otro cónyuge declarado en quiebra o concurso de acreedores o condenado por abandono de familia.

En los casos de las letras a) y b) para que el Juez acuerde la disolución bastará que quien la pida presente la correspondiente resolución judicial.

c) Llevar separado de hecho más de un año.

d) Concurrir alguna de las causas a que se refiere el artículo 45.

e) Haber optado por la disolución del consorcio en caso de ejecución sobre bienes comunes por deudas privativas del otro cónyuge, conforme a lo especialmente dispuesto en el apartado 2 del artículo 42.

Artículo 3. Medidas cautelares

De seguirse pleito sobre la concurrencia de la causa de disolución, una vez admitida la demanda, se practicará inventario y el Juez señalará las reglas que deban observarse en la administración y disposición de los bienes comunes. En defecto de acuerdo entre los cónyuges, se requerirá licencia judicial para todos los actos que excedan de la administración ordinaria.

En la sesión de 27 de junio de 2001 (Acta 123) comienza el debate y en la sesión de 4 de julio de 2001 (Acta 124) se aprueba el siguiente texto:

Artículo 63. *Medidas provisionales*

Admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, o iniciado el proceso en que se haya demandado la disolución del consorcio, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la formación de inventario y, a falta de acuerdo entre los cónyuges, el Juez señalará las reglas que deban observarse en la administración y disposición de los bienes comunes. En defecto de acuerdo entre los cónyuges, se requerirá licencia judicial para todos los actos que excedan de la administración ordinaria.

Artículo 4. *Momento de eficacia de la disolución*

1. La disolución se produce desde que concurre la causa de disolución de pleno derecho o, en los casos de disolución por decisión judicial, desde la firmeza de la resolución en que se acuerde.

2. En los casos de nulidad, separación o divorcio y en los de disolución de la comunidad conyugal por resolución judicial, los efectos de la disolución se retrotraerán al inicio del procedimiento judicial, pero quedarán a salvo los derechos adquiridos por terceros.

3. En los casos en que la disolución de la comunidad haya estado precedida por una situación de separación de hecho, prolongada y acreditada de forma indubitada, a solicitud de uno de los cónyuges, los efectos de la disolución se retrotraerán al momento inicial de la separación de hecho, pero quedarán a salvo los derechos adquiridos por terceros.

En la sesión de 4 de julio de 2001 (Acta 124) se debate y se aprueba un texto que será terminado de redactar en la sesión de 26 de septiembre de 2001 (Acta 131):

Artículo 64. *Momento de eficacia de la disolución*

1. La disolución se produce desde que concurre su causa, si es de disolución de pleno derecho, y, en los casos que requieren decisión judicial, desde la fecha que en ella se fije o, en su defecto, desde la fecha de la resolución en que se acuerde.

2. En los casos de nulidad, separación o divorcio y en los de disolución de la comunidad conyugal por decisión judicial, el Juez podrá retrotraer los efectos de la disolución hasta el inicio del procedimiento judicial, pero quedarán a salvo los derechos adquiridos por terceros.

Artículo 5. Régimen subsiguiente

1. Cuando se disuelva constante matrimonio la comunidad, existirá entre los cónyuges separación de bienes, salvo que pacten otro régimen.

2. La separación de bienes no se altera por la reconciliación de los cónyuges en caso de separación personal o por la desaparición de cualquiera de las demás causas que la hubiesen motivado.

En la sesión de 4 de julio de 2001 (Acta 124) se debate y se aprueba el siguiente texto:

Artículo 65. Régimen subsiguiente

1. Cuando el consorcio se disuelva constante matrimonio, existirá entre los cónyuges separación de bienes, salvo que pacten otro régimen.

2. La separación de bienes no se altera por la reconciliación de los cónyuges en caso de separación personal o por la desaparición de cualquiera de las demás causas que la hubiesen motivado.

Artículo 6. Disolución por nulidad del matrimonio

Si la sentencia de nulidad del matrimonio declara la mala fe de uno solo de los cónyuges, el que hubiera obrado de buena fe podrá optar por la aplicación de las normas del régimen de participación; en este caso el contrayente de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte.

En la sesión de 4 de julio de 2001 (Acta 124) se debate y se aprueba un texto, que modificado ligeramente en la sesión de 26 de septiembre de 2001 (Acta 131), queda finalmente así:

Artículo 66. Disolución por nulidad del matrimonio

Si la sentencia de nulidad del matrimonio declara la mala fe de uno solo de los cónyuges, el que hubiera obrado de buena fe podrá optar por la liquidación del régimen matrimonial según las normas de este capítulo o por la aplicación retroactiva del régimen de separación de bienes.

Sección 2.ª

La comunidad que continúa tras la disolución

El título de la 2.ª Sección propuesto por la ponencia se aprueba en la sesión de 4 de julio de 2001 (Acta 124).

Artículo 7. Bienes comunes

Disuelta la comunidad matrimonial y hasta tanto no se divida, ingresarán en el patrimonio común:

- a) Los frutos y rendimientos de los bienes comunes.*
- b) Los bienes y caudales procedentes de sustitución o enajenación de bienes que eran comunes.*
- c) Los incrementos y accesiones de los bienes comunes, sin perjuicio de los reembolsos que procedan.*

En la sesión de 4 de julio de 2001 (Acta 124) se debate y se aprueba con el texto de ponencia, pero en la sesión de 17 de abril de 2002 (Acta 155) se quita de la letra b) el inciso “que eran”. El texto queda así:

Artículo 67. Bienes comunes

Disuelta la comunidad matrimonial y hasta tanto no se divida, ingresarán en el patrimonio común:

- a) Los frutos y rendimientos de los bienes comunes.**
- b) Los bienes y caudales procedentes de sustitución o enajenación de bienes comunes.**
- c) Los incrementos y accesiones de los bienes comunes, sin perjuicio de los reintegros que procedan.**

Artículo 8. Deudas comunes y su responsabilidad

1. Además de las deudas y responsabilidades comunes originadas durante el consorcio conyugal, tras la disolución serán también de responsabilidad de los bienes comunes las deudas y gastos derivados de la [titularidad y] gestión del patrimonio común.

2. De las deudas comunes contraídas tras la disolución responde también el gestor que las contrajo, quien, en defecto de bienes comunes, podrá obligar a los demás partícipes a contribuir al pago en proporción a sus cuotas.

Comienza el debate en la sesión de 4 de julio de 2001 (Acta 124), continúa en la de 11 de julio de 2001 (Acta 125) y se aprueba el texto de ponencia con un recorte en la rúbrica y la supresión en el apartado 1 del término “titularidad y”. El texto final queda así:

Artículo 68. Deudas comunes

1. Además de las deudas y responsabilidades comunes originadas durante el consorcio conyugal, tras la disolución serán también de responsabilidad de los bienes comunes las deudas y gastos derivados de la gestión del patrimonio común.

2. De las deudas comunes contraídas tras la disolución responde también el gestor que las contrajo, quien, en defecto de bienes comunes, podrá obligar a los demás partícipes a contribuir al pago en proporción a sus cuotas.

Artículo 9. Responsabilidad de los bienes comunes

1. Hasta la división, el patrimonio común responde del pago de las deudas comunes, pero los acreedores que pretendan cobrar una deuda de este tipo sobre bienes comunes indivisos habrán de proceder contra ambos cónyuges o sus herederos.

2. Los acreedores privativos de los cónyuges o de sus herederos no pueden proceder contra bienes concretos de la comunidad disuelta y no dividida, pero sí contra la cuota que a su deudor corresponde en dicha comunidad.

En la sesión de 11 de julio de 2001 (Acta 125) se debate y se aprueba el texto de ponencia con la supresión en el apartado 1 de “indivisos”. En la sesión de 2 de mayo de 2002 (Acta 157) se cambia en el apartado 2 la referencia a la cuota del deudor en la comunidad. El texto final dice así:

Artículo 69. Responsabilidad de los bienes comunes

1. Hasta la división, el patrimonio común responde del pago de las deudas comunes, pero los acreedores que pretendan cobrar una deuda de este tipo sobre bienes comunes habrán de proceder contra ambos cónyuges o sus herederos.

2. Los acreedores privativos de los cónyuges o de sus herederos no pueden proceder contra bienes concretos de la comunidad disuelta y no dividida, pero sí contra los derechos que a su deudor puedan corresponder sobre los mismos en la liquidación de aquélla.

Artículo 10. Disolución por muerte

1. Disuelto el consorcio por muerte de uno de los cónyuges, y siempre que no se encontrasen ya en trámite los procedimientos dirigidos a obtener la declaración de nulidad del matrimonio, el divorcio, la separación, o la disolución del consorcio, la administración del patrimonio de la comunidad disuelta corresponde al cónyuge viudo. En dicha función, deberá prestar su actividad adecuadamente a sus circunstancias personales y a la índole del patrimonio, atendiendo en particular el pago de las deudas exigibles, así como al normal desarrollo de los negocios comunes y a la conservación de los bienes.

2. *El cónyuge viudo podrá deducir del patrimonio de la comunidad disuelta alimentos para sí y las personas que con el matrimonio convivían, pero, siendo usufructuario, sólo a falta o insuficiencia de frutos de los bienes comunes.*

3. *El viudo, a expensas de los bienes comunes, y aún de los que fueron privativos del cónyuge finado, mientras unos y otros estén indivisos, puede por sí solo, con ocasión de casarse un hijo o hija de ambos, hacerle donación análoga a la que marido y mujer hayan otorgado a favor de hijo o hija casados en vida de los dos, siempre que quede otro tanto para los hijos restantes.*

4. *El cónyuge viudo que no tenga derecho de viudedad responderá de su gestión como administrador y dará cuenta de ella a los partícipes. En tal supuesto, a instancia de cualquiera de ellos se observarán, en sus respectivos casos, las cautelas previstas para el usufructo vidual.*

5. *Habiendo sólo hijos comunes, los bienes consumibles que no aparezcan al tiempo de la división se presumen aprovechados en beneficio del consorcio.*

Comienza el debate en la sesión de 11 de julio de 2001 (Acta 125), continúa en la sesión de 18 de julio de 2001 (Acta 126), en la que se aprueba un texto, cuyo apartado 4 se retoca en la sesión de 25 de julio de 2001 (Acta 127), y finalmente queda así:

Artículo 70. *Disolución por muerte*

1. **Disuelto el consorcio y hasta tanto no se adjudique su patrimonio, el cónyuge viudo lo administrará, salvo cuando al producirse la disolución se encontrasen ya en trámite los procedimientos dirigidos a obtener la declaración de nulidad del matrimonio, el divorcio, la separación, o la disolución del consorcio.**

2. **El cónyuge viudo podrá deducir del patrimonio de la comunidad disuelta alimentos para sí y las personas que con el matrimonio convivían y mientras continúen viviendo en casa, pero cuando tenga usufructo de viudedad sólo a falta o insuficiencia de frutos de los bienes comunes.**

3. **El viudo, a expensas de los bienes comunes, y aún de los que fueron privativos del cónyuge finado, mientras unos y otros estén indivisos, puede por sí solo, con ocasión de casarse un hijo o hija de ambos, hacerle donación análoga a la que marido y mujer hayan otorgado a favor de hijo o hija casados en vida de los dos.**

4. **El cónyuge viudo responderá de su gestión como administrador y dará cuenta de ella a los partícipes en cuanto exceda de las fa-**

cultades que le pudieran corresponder en virtud del usufructo de viudedad. Cualquiera de los partícipes podrá, entonces, solicitar la aplicación de las mismas cautelas previstas para el usufructo vidual.

5. Habiendo sólo hijos comunes, los bienes consumibles que no aparezcan al tiempo de la división se presumen aprovechados en beneficio del consorcio.

Artículo 11. *Disolución por otras causas*

Cuando la disolución de la comunidad tenga lugar de forma distinta a la que dispone el artículo anterior, la administración y disposición de los bienes comunes se regirá por lo acordado por los cónyuges o partícipes y, en su defecto, se estará a lo dispuesto por el Juez en el correspondiente procedimiento.

Se debate en la sesión de 18 de julio de 2001 (Acta 126) y se aprueba el que será su texto final:

Artículo 71. *Disolución por otras causas*

En los demás casos de disolución la administración y disposición de los bienes comunes se regirá por lo acordado por los cónyuges o partícipes y, en su defecto, se estará a lo dispuesto por el Juez en el correspondiente procedimiento.

Artículo 12. *Disposición por causa de muerte*

La disposición por causa de muerte mientras la masa común no haya sido dividida se regirá por lo dispuesto en el artículo 11 [de la regulación de la gestión].

Se debate en la sesión de 18 de julio de 2001 (Acta 126), se aprueba con el texto de ponencia y finalmente queda así:

Artículo 72. *Disposición por causa de muerte*

La disposición por causa de muerte mientras la masa común no haya sido dividida se regirá por lo dispuesto en el artículo 55.

Artículo 13. *Preferencia del derecho de viudedad*

Los derechos y obligaciones derivados de la viudedad son preferentes a los contenidos en esta sección.

Se debate en la sesión de 18 de julio de 2001 (Acta 126), se aprueba con el texto de ponencia y finalmente es el **artículo 73 del Anteproyecto.**

Artículo 14. Régimen supletorio

A la comunidad regulada en esta sección le será de aplicación, en lo que no contradiga su naturaleza, la regulación de la comunidad hereditaria.

Se debate en la sesión de 18 de julio de 2001 (Acta 126), se aprueba con el texto de ponencia y finalmente se convierte en el **artículo 74 del Anteproyecto**.

Sección 3.ª

Liquidación y división

El titulillo de la Sección 3.ª se aprueba como en la ponencia en la sesión de 18 de julio de 2001 (Acta 126).

Artículo 15. Derecho a la división

1. Cualquiera de los cónyuges o partícipes tiene derecho a promover en cualquier tiempo la liquidación y división del patrimonio consorcial. También se hallan legitimados para ello el fiduciario y el contador partidor de la herencia del cónyuge premuerto o de cualquier partícipe.

2. En caso de disolución por muerte, a la prohibición de división pactada en capítulos o dispuesta en testamento mancomunado por ambos cónyuges y al convenio de indivisión unánimemente acordado por los partícipes se aplican las previsiones contenidas en el artículo 50 de la Ley de sucesiones por causa de muerte.

Se debate y aprueba en la sesión de 18 de julio de 2001 (Acta 126) el texto de ponencia con el añadido inicial. El texto final dice así:

Artículo 75. Derecho a la división

1. Disuelto el consorcio, cualquiera de los cónyuges o partícipes tiene derecho a promover en cualquier tiempo la liquidación y división del patrimonio consorcial. También se hallan legitimados para ello el fiduciario y el contador partidor de la herencia del cónyuge premuerto o de cualquier partícipe.

2. En caso de disolución por muerte, a la prohibición de división pactada en capítulos o dispuesta en testamento mancomunado por ambos cónyuges y al convenio de indivisión unánimemente acordado por los partícipes se aplican las previsiones contenidas en el artículo 50 de la Ley de sucesiones por causa de muerte.

Artículo 16. Modalidades de liquidación y división

1. Los cónyuges o partícipes pueden practicar la liquidación y división ellos mismos, en la forma que unánimemente convengan. También pueden, por acuerdo de todos, encomendar su realización a terceros.

2. El cónyuge viudo y el contador partidor de la herencia del premuerto pueden practicar la liquidación y partición de la comunidad matrimonial disuelta, sin que sea necesaria la concurrencia de los partícipes.

3. El cónyuge viudo que sea el único fiduciario del premuerto puede realizar la liquidación y división por sí solo siempre que se limite a adjudicar proindiviso todos y cada uno de los bienes a los herederos del cónyuge premuerto y a él mismo en la misma proporción en que sean cotitulares del patrimonio. En los demás casos, necesitará la autorización de cualquiera de los legitimarios con plena capacidad de obrar y, si son todos menores o incapaces, de la Junta de Parientes o del Juez competente; y no habiendo legitimarios, precisará de la autorización del Juez.

4. El Juez, a petición de los cónyuges o partícipes que representen al menos el cincuenta por cien de la comunidad y con citación de los demás interesados podrá nombrar un contador-partidor dativo para la liquidación y división de la comunidad conyugal. La partición así realizada requerirá aprobación judicial, salvo confirmación expresa de los cónyuges o partícipes.

5. Si la liquidación y división no se pudiera llevar a cabo de alguna de las formas recogidas en este precepto, se practicará, a instancia de cualquiera de los cónyuges o partícipes, por el procedimiento previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Comienza el debate en la sesión de 18 de julio de 2001 (Acta 126), continúa en la de 25 de julio de 2001 (Acta 127), en la que se aprueba el texto de los tres primeros apartados; sigue el debate en la sesión de 5 de septiembre de 2001 (Acta 128), en la que se suprime el apartado 4 y se aprueba el 5. En las sesiones de revisión de 26 de septiembre de 2001 (Acta 131) y 17 de abril de 2002 (Acta 155) se introducen pequeñas correcciones en la redacción. El texto final queda así:

Artículo 76. Modalidades de liquidación y división

1. Los cónyuges o partícipes pueden, mediante acuerdo unánime, liquidar y dividir por sí mismos, así como encomendar a terceros la liquidación y partición.

2. El contador partidor o el fiduciario de la herencia del premuerto, actuando junto con el cónyuge viudo que no ejerza dichos cargos, pueden practicar la liquidación y partición de la comunidad matrimonial disuelta sin que sea necesaria la concurrencia de los partícipes.

3. El cónyuge viudo que sea fiduciario del premuerto, para realizar la liquidación y división, necesitará la autorización de cualquiera de los legitimarios con plena capacidad de obrar y, si son todos menores o incapaces, de la Junta de Parientes o del Juez competente; y no habiendo legitimarios, precisará de la autorización del Juez. Dichas autorizaciones no serán necesarias cuando se limite a adjudicar proindiviso todos y cada uno de los bienes a los herederos del cónyuge premuerto y a él mismo en igual proporción en que sean cotitulares del patrimonio.

4. Si la liquidación y división no se pudiera llevar a cabo de alguna de las formas recogidas en este precepto, se practicará, a instancia de cualquiera de los cónyuges o partícipes, conforme a lo previsto en la Ley de enjuiciamiento civil.

Artículo 17. Capacidad

A la liquidación y división voluntaria con cónyuges o partícipes incapacitados o menores de edad se le aplican las previsiones contenidas en los artículos 51 y 52 de la Ley de sucesiones por causa de muerte.

En la sesión de 5 de septiembre de 2001 (Acta 128) se debate y se aprueba el texto que se mantendrá hasta el final:

Artículo 77. Capacidad

A la liquidación y división voluntaria con cónyuges incapacitados o partícipes en igual situación o menores de edad se le aplican las previsiones contenidas en los artículos 51 y 52 de la Ley de sucesiones por causa de muerte.

Artículo 18. Inventario

[A petición de cualquiera de los cónyuges o partícipes,] la liquidación de la comunidad conyugal disuelta comenzará por un inventario del activo y pasivo del patrimonio consorcial, que incluirá la valoración de cada una de las partidas que lo integran, realizada según criterios objetivos de mercado y actualizada al tiempo de formalizarlo. Cualquiera de los cónyuges o partícipes podrá pedir su realización al Juez.

En la sesión de 5 de septiembre de 2001 (Acta 128) se debate y se aprueba el que será su texto final:

Artículo 78. Inventario

A petición de cualquiera de los cónyuges o partícipes, la liquidación de la comunidad conyugal disuelta comenzará por un inventario del activo y pasivo del patrimonio consorcial.

Artículo 19. Activo del inventario

1. En el activo se incluirán las siguientes partidas:

a) Todos los bienes y derechos que se hallen en poder de los cónyuges o partícipes al tiempo de formalizarlo y que, real o presuntivamente, sean comunes, así como aquéllos de igual naturaleza que se pruebe existían al cesar la comunidad matrimonial, todo ello a salvo de lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 10.

b) Los créditos de la comunidad contra terceros.

c) Los reintegros de la comunidad contra los patrimonios privativos de los cónyuges.

2. [Si lo solicita cualquiera de los cónyuges,] el inventario hará referencia también a los bienes comunes que, en su caso, puedan ser objeto de derechos de ventajas o adjudicación preferente.

En la sesión de 5 de septiembre de 2001 (Acta 128) se debate y se aprueba un texto, que ligeramente modificado en la sesión de 26 de septiembre de 2001 para añadir la referencia al artículo 86, se convertirá en definitivo:

Artículo 79. Activo del inventario

En el activo se incluirán las siguientes partidas:

a) Todos los bienes y derechos que se hallen en poder de los cónyuges o partícipes al tiempo de formalizarlo y que, real o presuntivamente, sean comunes, así como aquéllos de igual naturaleza que se pruebe existían al cesar la comunidad matrimonial, todo ello a salvo de lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 70 y en el artículo 86.

b) Los créditos de la comunidad contra terceros.

c) Los derechos de reembolso de la comunidad contra los patrimonios privativos de los cónyuges.

Artículo 20. Pasivo del inventario

En el pasivo se incluirán las siguientes partidas:

a) Las cargas y deudas pendientes de cargo o responsabilidad de la comunidad.

b) Los reembolsos debidos por la comunidad a los patrimonios privativos de los cónyuges.

En la sesión de 5 de septiembre de 2001 (Acta 128) se debate y se aprueba el que será su texto definitivo:

Artículo 80. Pasivo del inventario

En el pasivo se incluirán las siguientes partidas:

a) Las deudas pendientes de cargo o responsabilidad de la comunidad.

b) Los reintegros debidos por la comunidad a los patrimonios privativos de los cónyuges.

Artículo 21. Liquidación concursal

Cuando el patrimonio común, después de haberse reintegrado de los créditos cobrables y una vez computados los reintegros debidos por los cónyuges, no baste para satisfacer las deudas consorciales y los reembolsos a los patrimonios privativos, se aplicarán las normas sobre concurrencia y prelación de créditos.

En la sesión de 12 de septiembre de 2001 (Acta 129) se debate y se aprueba el que será su texto definitivo:

Artículo 81. Liquidación concursal

Cuando el activo inventariado no baste para satisfacer las deudas consorciales y los reintegros a los patrimonios privativos, se aplicarán las normas sobre concurrencia y prelación de créditos.

Artículo 22. Liquidación ordinaria

1. Una vez determinado que existe efectivamente un activo consorcial superior al pasivo y cuál sea aquél [o: Formalizado el inventario,] la liquidación seguirá este orden:

1.º Compensación de lo debido por la masa común a los patrimonios privativos con lo que éstos, por cualquier concepto, deban a aquélla.

2.º Compensación del saldo acreedor favorable a la comunidad frente a cada uno de los patrimonios privativos hasta el importe de la respectiva participación en el consorcio, salvo que se opte por el reintegro en metálico.

3.º Reintegro a la comunidad del saldo acreedor que no haya sido objeto de compensación.

4.º Pago a terceros de las deudas vencidas y aseguramiento de las pendientes.

5.º Reembolso a cada uno de los patrimonios privativos del saldo acreedor resultante de la compensación del número 1.º que, a falta de metálico suficiente, podrá hacerse mediante dación en pago de bienes consorciales.

[2. Los reembolsos y reintegros se harán por su importe actualizado al tiempo de la liquidación. Ahora bien, si se hubiera utilizado dinero común para el pago de la vivienda conyugal habitual privativa de uno de los cónyuges, tendrán el otro o sus herederos derecho a exigir que el reembolso se refiera, en la parte proporcional correspondiente, al aumento de valor

experimentado por la misma; se entiende incluida en esta regla la amortización del capital de los préstamos concertados para financiar su adquisición].

3. Si para las operaciones precedentes fuera necesario vender o dar en pago bienes consorciales, se respetarán, en tanto sea posible, los mencionados en los dos artículos siguientes.

En la sesión de 12 de septiembre de 2001 (Acta 129) se debate y se aprueba un texto, que será ligeramente modificado en las sesiones de 19 de septiembre de 2001 (Acta 130), 26 de septiembre de 2001 (Acta 131) y 8 de mayo de 2002 (Acta 158). El texto final queda así:

Artículo 82. Liquidación ordinaria

1. Una vez determinado que existe efectivamente un activo consorcial superior al pasivo y cuál sea aquél, la liquidación seguirá este orden:

1.º Compensación de lo debido por la masa común a los patrimonios privativos con lo que éstos, por cualquier concepto, deban a aquélla.

2.º Imputación del saldo acreedor favorable a la comunidad en la respectiva participación en el consorcio del cónyuge deudor, hasta agotar su importe, salvo que opte por el reembolso en metálico o se acuerde su pago mediante dación de bienes de los patrimonios privativos.

3.º Reembolso a la comunidad del saldo acreedor que no haya podido ser objeto de imputación, que también podrá acordarse que se haga mediante dación de bienes de los patrimonios privativos.

4.º Pago a terceros de las deudas vencidas y aseguramiento de las pendientes.

5.º Reintegro a cada uno de los patrimonios privativos del saldo acreedor resultante de la compensación del número 1.º, que, a falta de metálico suficiente, podrá hacerse mediante dación en pago de bienes consorciales.

2. Los reembolsos y reintegros se harán por su importe actualizado al tiempo de la liquidación.

3. Si para las operaciones precedentes fuera necesario vender o dar en pago bienes consorciales, se respetarán, en tanto sea posible, los mencionados en los dos artículos siguientes.

Artículo 23. Aventajas.

1. Los cónyuges tienen derecho a detraer de los bienes comunes, como ventajas, sus bienes de uso personal o profesional de un valor no desproporcionado al patrimonio consorcial.

2. *Fallecido uno de los cónyuges, el sobreviviente podrá detraer ajuar de casa en consonancia con el tenor de vida del matrimonio; además de cualesquiera otros bienes comunes que, como tales aventajas, le conceda la costumbre local.*

3. *El derecho a las aventajas es personalísimo y no se transmite a los herederos.*

En la sesión de 12 de septiembre de 2001 (Acta 129) se debate y se aprueba el texto de ponencia que se convertirá en el **artículo 83 del Anteproyecto**.

Artículo 24. División y adjudicación

1. *Liquidado el patrimonio y detraídas las aventajas, el caudal remanente se dividirá y adjudicará por mitad o en la proporción y forma pactadas.*

2. *Cada cónyuge tiene derecho a que se incluyan con preferencia en su lote los siguientes bienes:*

a) *Los bienes comunes que hubieran pertenecido a su familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la suya.*

b) *Los bienes de uso personal o profesional que no constituyan aventajas.*

c) *La explotación industrial, comercial o agrícola que dirigiera.*

d) *El local donde hubiese venido ejerciendo su profesión.*

e) *Los bienes que hubiera aportado al consorcio.*

f) *En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde al tiempo del fallecimiento el matrimonio tuviera su residencia habitual.*

Todo ello sin perjuicio de las compensaciones que procedan.

En la sesión de 12 de septiembre de 2001 (Acta 129) se debate y se aprueba un texto, que completado con la letra d) en la sesión de 26 de septiembre de 2001 (Acta 131), queda finalmente así:

Artículo 84. División y adjudicación

1. **Liquidado el patrimonio y detraídas las aventajas, el caudal remanente se dividirá y adjudicará por mitad o en la proporción y forma pactadas.**

2. **Cada cónyuge tiene derecho a que se incluyan con preferencia en su lote los siguientes bienes:**

a) **Los bienes comunes que hubieran pertenecido a su familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la suya.**

b) **Los bienes de uso personal o profesional que no constituyan aventajas.**

- c) La empresa o explotación económica que dirigiera.
 - d) Las acciones, participaciones o partes de sociedades adquiridas exclusivamente a su nombre, si existen limitaciones, legales o pactadas, para su transmisión al otro cónyuge o sus herederos, o cuando el adquirente forme parte del órgano de administración de la sociedad.
 - e) El local donde hubiese venido ejerciendo su profesión.
 - f) Los bienes que hubiera aportado al consorcio.
 - g) En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde al tiempo del fallecimiento el matrimonio tuviera su residencia habitual.
- Todo ello sin perjuicio de las compensaciones que procedan.

[Artículo 25. Partición impropia

1. Si pasado un año desde la disolución no se ha practicado aún la liquidación y división del patrimonio común, se entenderá, a falta de prohibición de dividir o pacto de indivisión, que corresponde a cada cónyuge o a sus herederos una cuota individual en cada uno de los bienes que integraban la comunidad disuelta y en la misma proporción que les correspondía en ésta.

2. Dicha cuota es disponible por su titular y embargable procediendo contra él, a salvo siempre los preferentes derechos de los acreedores consorciales sobre los bienes comunes.]

En la sesión de 19 de septiembre de 2001 (Acta 130) se debate y se acuerda la supresión del precepto.

Artículo 26. Las deudas comunes tras la división

1. Mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la comunidad, los acreedores que no hayan aceptado el aseguramiento ofrecido conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor o sus herederos.

2. El cónyuge no deudor o sus herederos responderá solidariamente, pero exclusivamente con los bienes comunes o cuotas indivisas que les hayan sido adjudicados, aunque no se haya hecho inventario. Sin embargo, cuando los bienes comunes o cuotas indivisas adjudicados no sean suficientes, responderán con su propio patrimonio del valor de lo adjudicado que hayan enajenado, consumido o empleado en el pago de deudas privativas; así como del valor de la pérdida o deterioro de los bienes consorciales recibidos.

3. Si como consecuencia de ello resultare haber pagado uno de los cónyuges o sus herederos mayor cantidad de la que le fuere imputable, podrán repetir contra el otro cónyuge o los partícipes adjudicatarios de los bienes de su participación.

En la sesión de 19 de septiembre de 2001 (Acta 130) se debate y se aprueba un texto que con una pequeña corrección gramatical hecha en la sesión de 26 de septiembre de 2001 (Acta 131) y la adición en el apartado 2 del término “comunes”, se convertirá en definitivo:

Artículo 85. *Las deudas comunes tras la división*

1. La división no modifica la responsabilidad por deudas que correspondía a los patrimonios privativos o al común.

2. El cónyuge no deudor o sus herederos responderán solidariamente de las deudas comunes, pero exclusivamente con los bienes que les hayan sido adjudicados, aunque no se haya hecho inventario. Sin embargo, cuando dichos bienes no sean suficientes, responderán con su propio patrimonio del valor de lo adjudicado que hayan enajenado o consumido, así como del valor de la pérdida o deterioro de los bienes recibidos.

3. Si como consecuencia de ello resultare haber pagado un partícipe mayor cantidad de la que le fuere imputable, podrá repetir contra los que resultasen favorecidos y en la proporción en que lo hayan sido.

Artículo 27. *Las deudas privativas tras la división*

1. Los acreedores por deudas privativas de los cónyuges, incluido el cónyuge que sea acreedor particular del otro, podrán pedir la retención o embargo del remanente de bienes comunes que pueda resultar a favor de su deudor.

[2. Subsidiariamente, pueden impugnar la liquidación y partición por haberse realizado en fraude de sus derechos.]

En la sesión de 19 de septiembre de 2001 (Acta 130) se debate y se acuerda la supresión del precepto.

Artículo 28. *Liquidación de varias comunidades*

Cuando, extinguida la comunidad, contrae uno de los anteriores cónyuges ulteriores nupcias sin previa división, se hará separadamente liquidación de cada comunidad, incluso de la continuada, si la hubiere. Entre ellas se verificarán los reintegros y reembolsos que procedan. Los bienes y deudas cuya condición no pudiera ser exactamente determinada se distribuirán equitativamente, atendiendo además al tiempo de duración de cada comunidad y a los bienes e ingresos de los respectivos cónyuges.

O:

Artículo 28. *Prohibición de iniciar una nueva comunidad sin dividir la anterior*

Cuando, extinguida la comunidad matrimonial, contrae uno de los anteriores cónyuges ulteriores nupcias sin previa división del patrimonio común, no podrá existir entre los nuevos cónyuges régimen de comunidad de bienes hasta que se practique la división. A falta de pacto que establezca un régimen distinto, regirá entre ellos el de separación de bienes.

En la sesión de 19 de septiembre de 2001 (Acta 130) se debaten los dos textos alternativos presentados por la ponencia y se aprueba el texto que se convertirá en definitivo:

Artículo 86. *Liquidación de varias comunidades*

Cuando, extinguida la comunidad, contrae uno de los anteriores cónyuges ulteriores nupcias sin previa división, se hará separadamente liquidación de cada comunidad. Entre ellas se verificarán los reintegros y reembolsos que procedan. Los bienes y deudas cuya condición no pudiera ser exactamente determinada se distribuirán equitativamente, atendiendo además al tiempo y duración de cada comunidad y a los bienes e ingresos de los respectivos cónyuges.

Artículo 29. *Régimen supletorio*

A la liquidación y división del consorcio conyugal le serán de aplicación, en lo no previsto en esta sección y en tanto lo permita su naturaleza, las normas de la liquidación y partición de la comunidad hereditaria.

En la sesión de 19 de septiembre de 2001 (Acta 130) se debate y se aprueba el texto de ponencia con la única modificación de poner “les” en lugar de “le” en la primera línea. El texto final dice así:

Artículo 87. *Régimen supletorio*

A la liquidación y división del consorcio conyugal les serán de aplicación, en lo no previsto en esta sección y en tanto lo permita su naturaleza, las normas de la liquidación y partición de la comunidad hereditaria.

La Disposición transitoria tercera dice así:

“Tercera. *Comunidad conyugal continuada*

Las comunidades conyugales continuadas existentes a la entrada en

vigor de esta Ley seguirán rigiéndose por las normas de la Compilación del Derecho civil.”

Fue aprobada en la sesión de 2 de mayo de 2002 (Acta 157) con el mismo texto propuesto por la ponencia (17).

6. Extracto de la exposición de motivos del Anteproyecto de Ley de régimen económico matrimonial y viudedad (18).

Transcribimos a continuación los párrafos y apartados de la Exposición de Motivos que contienen la valoración general del Anteproyecto, así como los referidos al régimen económico matrimonial legal en su conjunto, para terminar con las referencias específicas al capítulo de la disolución, liquidación y división del consorcio conyugal.

“I

Esta Ley de Derecho civil, que desarrolla y pone al día la regulación de las relaciones patrimoniales en la familia, incluida la institución de la viudedad, constituye un segundo paso, de gran importancia por su extensión y contenido, para la renovación del Cuerpo legal del Derecho civil de Aragón. Se avanza así en este «objetivo necesario de la política legislativa de la Comunidad» que señalaba el Preámbulo de la Ley de sucesiones por causa de muerte. Con aquella Ley las Cortes de Aragón, en ejercicio de las competencias reconocidas por el artículo 149-1-8.^a de la Constitución y el artículo 35-1.4.^a del Estatuto de Autonomía, iniciaban la «tarea de largo aliento» de desarrollar sistemáticamente el Derecho aragonés. La presente Ley sigue el camino trazado por aquélla.

En adelante, los títulos IV, V y VI del Libro Primero de la Compilación del Derecho civil de Aragón quedarán derogados y sustituidos por las normas que ahora se aprueban. No se produce con ello una ruptura sustancial con el pasado, que sería impensable tratándose de las normas que configuran el consorcio conyugal, la libertad para pactar sobre el régimen económico del matrimonio o el derecho de viudedad. La mayor parte de las normas compiladas, basadas en la experiencia histórica de siglos, quedan incorporadas a la presente Ley, que proporciona a las mismas un marco general que sirve de contexto sistemático y hace más fácil su interpretación, evitando las dudas sobre la pertinencia de acudir al Código civil para darles respuesta. El Código civil, como Derecho general del Estado, sigue siendo supletorio del Derecho

(17) La propuesta que sirvió de ponencia para las Disposiciones Transitorias, Derogatoria y Finales fue elaborada por Jesús Delgado Echeverría y José Antonio Serrano García. *Vid.* Acta 156, de la sesión de 24 de abril de 2002.

(18) La Exposición de Motivos (Preámbulo) del Anteproyecto de ley de régimen económico matrimonial y viudedad fue redactada por el Presidente de la Comisión, Jesús Delgado Echeverría, y su texto fue debatido y aprobado, con pequeñas modificaciones, por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil en la sesión de 8 de mayo de 2002 (Acta 158).

civil de Aragón, pero la Ley tiene buen cuidado de incluir normas propias en todos los casos en que el hipotético recurso al Código era más claramente perturbador, así como de construir un sistema cuyos principios sean siempre preferentes a los enunciados del Código, de acuerdo con el artículo 1 de la Compilación.

La Ley no es una reforma de la Compilación, sino una nueva formulación legal de las normas que han de regir las relaciones patrimoniales familiares. Su contenido, como se ha dicho, coincide en gran medida con el de las normas derogadas, en ocasiones aprovechando su mismo texto, pero ha sido pensado de nuevo en su totalidad, contrastándolo con los principios constitucionales, las aspiraciones reconocibles de los aragoneses y aragonesas, las enseñanzas de su aplicación por los jueces, la experiencia de los profesionales del Derecho y las sugerencias de la doctrina especializada. En consecuencia, las adiciones, modificaciones y aun supresiones son numerosas. Las principales de ellas se señalan a continuación.

[...]

V

La regulación que del régimen matrimonial legal hizo la Compilación de 1967 era, en aquella fecha, tanto por su sustancia como por su factura técnica, la más acabada de las vigentes en España. Siguió siéndolo tras la reforma del Código civil en 1981, que en algún punto se inspiró en las normas aragonesas.

La presente Ley pretende, en esta materia, completar y perfeccionar aquella regulación, atender a algunos problemas surgidos al aplicarla, prever supuestos nuevos que ha traído el paso del tiempo y, en general, desarrollar conforme a sus propios principios consecuencias más explícitas, lo que lleva, especialmente en materia de disolución, liquidación y división, a una exposición más pormenorizada.

El régimen matrimonial aragonés de comunidad carecía de nombre propio con que designarlo y diferenciarlo. Esta Ley opta por el de «consorcio conyugal», siguiendo una práctica bastante extendida, que denomina asimismo «consorciales» a los bienes comunes. De esta manera se pone de relieve la especificidad de este régimen matrimonial, que tiene sus propias raíces en los fueros más antiguos y una configuración doctrinal, judicial y legislativa que le dota de un perfil propio entre los regímenes de comunidad limitada, como los de gananciales, que surgieron y se mantienen, puestos al día, en tantos países europeos.

Rasgo definitorio y clave para entender y aplicar este régimen es el papel predominante que en el mismo tiene la voluntad de los particulares, de manera que más puede considerarse subsidiario de ella que propiamente legal. El Derecho aragonés nunca consideró fundados los temores de otros legisladores desconfiados, que prohibieron las donaciones y contratos entre cónyuges y que solamente les permitieron capitular antes de celebrar su matrimonio. Los aragoneses han configurado en cada caso el contenido del patrimonio común y los privativos con total libertad, obligándose también entre sí y reconociéndose derechos actuales o futuros según su propio criterio.

Una manera de configurar libremente el régimen de comunidad encontró cauce tradicional en las fórmulas de «llevar muebles por sitios», o la inversa, que la Compilación recibió en su artículo 29. La Ley recoge el contenido principal de aquel ar-

título en el 32 suyo, pero se ocupa además de indicar con claridad muchas de las consecuencias del principio general que el precepto encierra en otros lugares, como la letra b) del apartado 2 del artículo 27 y las letras a) y d) del artículo 28.

Ahora bien, la vieja y entrañable fórmula de «muebles por sitios o viceversa» deja de ser útil en su tenor literal, en razón de una de las decisiones de política legislativa más aparentes, aunque probablemente de escasas consecuencias prácticas, que ha adoptado el legislador. Los muebles ya no son llamados, por el mero hecho de ser muebles, a ingresar en el patrimonio común. Ya la exposición de motivos que acompañó en 1967 a la Compilación advertía que el sistema de comunidad de muebles y ganancias, asentado en los fueros y observancias y que llegó íntegramente al Apéndice de 1925, «justificado en una época en que la importancia económica de los primeros era exigua y en que la identificación de los bienes casi sólo era posible tratándose de inmuebles, tiene difícil defensa en nuestros días». La Compilación no dio el paso definitivo –que acababa de acometer el Derecho francés, muy cercano en esto al aragonés histórico– de suprimir la regla que hacía comunes los bienes muebles, pues cabía temer que, reducida la comunidad básicamente a las ganancias, se encontrara fuera de Aragón motivo para considerar el régimen aragonés como una variante de escasa importancia respecto del de ganancias del Código, con el peligro de supresión de las normas aragonesas. Siguió entonces un camino indirecto, apoyado hábilmente en la fórmula de «muebles por sitios», para considerar aportados o adquiridos como sitios los bienes muebles enumerados en el artículo 39, que son prácticamente todos los que pueden identificarse y tienen algún valor, incluido el dinero. «Con esta ficción –explicaba aquella exposición de motivos– se empalmará la nueva norma con la tradicional, sin menoscabo del propósito legislativo.»

Asumida por la Comunidad autónoma la competencia legislativa exclusiva sobre nuestro Derecho civil, es claro que han desaparecido los motivos que llevaron a aquella ficción. Hoy el propósito de excluir la inadecuada regla sobre los muebles puede y debe realizarse de manera directa. Con ello el sistema adquiere mayor claridad, sin que, por otra parte, las consecuencias sean muy distintas de las que la Compilación previó con su rodeo.

[...]

IX

Las normas sobre disolución, liquidación y división del consorcio ocupan veintiséis artículos, multiplicando por más de cuatro su número en la Compilación. Las razones son varias. Se ha pretendido enumerar exhaustivamente las causas de disolución, evitando remisiones inciertas. Asimismo, se detallan en lo necesario todas las fases e incidencias que pueden ocurrir, desde la disolución a la atribución de bienes a cada partícipe mediante la división, buscando un texto autosuficiente para cuya aplicación no sea necesario recurrir más que, en su caso, a la Ley de enjuiciamiento civil.

Hay innovaciones o modificaciones respecto del Derecho anterior en buen número de artículos, como la posibilidad de que el Juez retrotraiga los efectos de la disolución hasta el inicio de los procedimientos de nulidad, separación o divorcio (art. 64), o las consecuencias de la disolución por nulidad del matrimonio (art. 66).

En la liquidación ordinaria (art. 82) se aclaran algunas operaciones de compensación, reembolsos y reintegros. Las ventajas que consisten en bienes de uso personal o profesional no quedan reducidas al caso de disolución por muerte (art. 83), lo mismo que el derecho a hacer incluir un cónyuge en su lote determinados bienes comunes que guardan especial relación con su persona, que puede ejercitarse también en los demás supuestos de disolución, hoy más frecuentes que en 1967. La posibilidad de incluir en su lote la vivienda habitual, por evidentes razones, se reconoce sólo para el caso de muerte del otro cónyuge.

En general, se atiende con mayor cuidado al pasivo y a la situación de los acreedores, a la vez que se tiene en cuenta el usufructo universal del viudo, que pocas veces dejará de darse, y la figura del fiduciario, sea o no el viudo, de tan frecuente presencia, dando solución de forma que ha parecido a la vez sencilla y prudente a dudas surgidas en la práctica.

En los artículos 67 a 74 se regula «la comunidad que continúa tras la disolución». Allí se incluyen, con pequeñas modificaciones, las normas hasta ahora contenidas en el artículo 53 de la Compilación, que recogen en lo esencial la llamada comunidad conyugal continuada tal como se conoció en el Derecho de los Fueros y Observancias. No ha parecido, por el contrario, conveniente, trasladar a la Ley los preceptos que en 1967 construyó la Compilación (artículos 60 a 67) con la intención de proporcionar a las pequeñas empresas familiares un cauce legal apto para continuar su actividad tras el fallecimiento del empresario sin más cambio estructural que la sustitución del difunto por sus herederos y la atribución de la dirección, en todo caso, al cónyuge viudo. Las grandes transformaciones operadas desde entonces en el entorno económico y legal de las actividades económicas, así como las exigencias administrativas que condicionan la vida de todas las empresas, incluidas las agrarias, han dejado fuera de uso, o acaso sólo para supuestos marginales que no es prudente propiciar, unas normas sin duda bienintencionadas y, entonces, innovadoras, pero que no han dado los frutos que cabía desear y, en todo caso, no resultan hoy de utilidad.”

II. La tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley

1. Presentación del Proyecto de Ley.

A finales de mayo de 2002 la Comisión Aragonesa de Derecho Civil hace la entrega formal del texto del Anteproyecto de Ley al Gobierno de Aragón, que, como sucedió con la Ley de Sucesiones, tramita el Proyecto de Ley de régimen económico matrimonial y viudedad con la rapidez anunciada y sin modificar nada el texto preparado por la citada Comisión (19).

Por acuerdo de la Mesa de las Cortes de Aragón en sesión celebrada el día 7 de junio de 2002, se ordena la remisión a la Comisión Institucio-

(19) Vid. “Noticias de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil”, RDCA, 2003-2004, p. 342.

nal y la publicación en el *Boletín Oficial de las Cortes de Aragón* (BOCA) del Proyecto de Ley de régimen económico matrimonial y viudedad, el cual se tramitará por el procedimiento legislativo común.

El Proyecto de Ley se publica en el BOCA número 237, de 11 de junio de 2002, que señala también un plazo de quince días, que finalizará el próximo día 28 de junio de 2002, para presentar enmiendas. Por acuerdo de la Mesa de las Cortes, en sesión celebrada el día 21 de junio de 2002, se prorroga quince días el plazo de presentación de enmiendas, por lo que el citado plazo no finalizará hasta el día 17 de septiembre de 2002 (BOCA núm. 243, de 28 de junio de 2002).

Aunque la presentación a las Cortes del Proyecto de Ley en nombre del Gobierno de Aragón la hace el señor vicepresidente, don José Ángel Biel, en la Sesión Plenaria de los días 6 y 7 de febrero de 2003 (Legislatura V), dentro del punto del orden del día “debate y votación del Dictamen de la Comisión Institucional sobre el Proyecto de Ley de régimen económico matrimonial y viudedad”, y por tanto con posterioridad a la presentación de enmiendas y al trabajo de la Ponencia y la Comisión, creemos oportuno transcribir aquí su intervención, contenida en el *Diario de Sesiones de las Cortes de Aragón* número 83, correspondiente a esa Sesión Plenaria.

El señor PRESIDENTE: Señores diputados, ocupen sus escaños. Va a dar comienzo la sesión plenaria [*a las diez horas y quince minutos*] correspondiente a los días 6 y 7 de febrero. [...]

Permítanme en nombre de la cámara también dar hoy la bienvenida y saludar a los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil y a los decanos de los Colegios de Abogados, Notarios y Registradores que hoy nos acompañan desde la tribuna para presenciar el debate de este proyecto de ley.

Quiero también agradecer el trabajo extraordinario que han hecho la ponencia y la Comisión Institucional, que han trabajado en el mes de enero, en período extraordinario, con el fin de que pudiéramos acelerar el proyecto de ley que hoy vamos a tratar en el Pleno.

Y, sin más, procede, pues, ahora la presentación del proyecto de ley en nombre del Gobierno de Aragón por el señor vicepresidente, don José Ángel Biel.

El señor vicepresidente y consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales (BIEL RIVERA): Gracias, señor presidente.

Señorías, es para mí un motivo de muy especial satisfacción y orgullo intervenir en este Pleno en representación del Gobierno de Aragón para presentar el proyecto de ley de régimen económico matrimonial y viudedad.

Es un hecho histórico, señorías, constatado muchas veces la importancia del Derecho civil en la realidad de Aragón como seña de identidad e importante manifestación de nuestra historia. Ese Derecho civil de Aragón, que tiene sus raíces en la tradición jurídica aragonesa, ha de mantenerse atento a la realidad social de cada

momento histórico con capacidad de adaptación a las nuevas circunstancias y exigencias de la sociedad aragonesa para que sea un Derecho vivo que combine adecuadamente tradición y modernización. Y esa adaptación exige un trabajo previo y riguroso para que las propuestas de modificaciones legislativas se planteen en textos dotados de gran calidad técnica.

Tras largas décadas en que Aragón careció de órganos legislativos propios que permitieran la actualización de su Derecho, el Estatuto de Autonomía reconoció a la comunidad autónoma la competencia exclusiva para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés. Esa competencia ha sido ejercida por estas Cortes de Aragón, integrando en el ordenamiento jurídico aragonés la Compilación del Derecho civil de Aragón de 1967 y aprobando diversas modificaciones y actualizaciones de la misma, entre las que ha tenido especial relevancia la efectuada por Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte.

Tras la aprobación de esa ley, que actualizaba una parte vital del ordenamiento jurídico aragonés como son las cuestiones sucesorias, el proyecto de ley que ahora nos ocupa constituye un segundo paso de gran importancia por su extensión y contenido para la renovación del Derecho civil de Aragón. Se trata de desarrollar y poner al día la regulación de las relaciones matrimoniales en la familia, incluida la institución de la viudedad, siguiendo la tarea de desarrollo y actualización sistemática de nuestro Derecho. Podemos afirmar, por tanto, que, con la aprobación de este proyecto de ley, dos partes fundamentales del Derecho civil de Aragón habrán sido ya renovadas y puestas al día por estas Cortes, constituidas por los representantes del pueblo aragonés.

En esa actualización han sido tenidos en cuenta los requisitos a los que aludíamos al principio. La calidad técnica del proyecto de ley remitido a estas Cortes ha venido avalada por el trabajo serio y riguroso y de notable autoridad científica de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, que ha venido dedicándose a su redacción a lo largo de setenta y ocho sesiones de estudio y debate desde noviembre de 1999 a mayo de 2002. Sus trabajos tienen detallado reflejo en las actas que dan cuenta de los mismos y que han podido ser consultadas para conocer la justificación de las correspondientes propuestas normativas.

Dicha comisión, presidida por el catedrático don Jesús Delgado Echeverría, cuenta con la participación de muy selectos juristas aragoneses con gran experiencia profesional y con especial sensibilidad por nuestro Derecho, como han demostrado sobradamente. A todos ellos, nuestro especial agradecimiento.

Esa labor no hubiera tenido fruto si no hubiera contado también con la aportación de determinadas mejoras y una excepcional voluntad de consenso y acuerdo demostrada por todos los grupos parlamentarios de las Cortes de Aragón en su tramitación parlamentaria. Esos grupos, manteniendo su independencia en la defensa de enmiendas y opiniones propias, han sabido considerar prioritario el impulso conjunto de este proyecto de ley para conseguir que una norma de tanta trascendencia práctica y simbólica cuente con el respaldo de todas las fuerzas políticas aragonesas. A todos ellos, y muy especialmente a los miembros de la ponencia, también nuestro agradecimiento.

El proyecto de ley, cuyas características principales se detallan en su preámbulo, pone al día la regulación del régimen económico matrimonial y de la viudedad. Su nueva formulación legal parte de garantizar la continuidad con su regulación tradi-

cional a través de una labor de modernización –no de ruptura– que trata de brindar soluciones legales a problemas de nuestra sociedad actual, soluciones que entroncan siempre con las raíces de nuestro Derecho.

Por ello, creo que esta nueva ley de régimen económico matrimonial y de viudedad, siendo legítima heredera de nuestra tradición jurídica, puede ser conveniente, beneficiosa, valiosa y útil para afrontar las nuevas cuestiones y problemas que la sociedad de nuestros días plantea al pueblo aragonés.

Ese es el deseo y la esperanza que llevó al Gobierno de Aragón a presentar ante estas Cortes este proyecto de ley, y esperamos que se cumpla con la entrada en vigor de esta nueva ley el próximo 23 de abril, fiesta del señor san Jorge y día de Aragón.

Nada más, y muchas gracias.

2. Enmiendas, Informe, Dictamen, debate y votación por el Pleno de las Cortes.

Los Grupos Parlamentarios presentan 155 enmiendas al Proyecto de Ley, que se publican en el BOCA número 258, de 27 de septiembre de 2002.

La Ponencia designada en la Comisión Institucional para redactar el *Informe sobre el Proyecto de Ley de régimen económico matrimonial y viudedad* está integrada por los diputados don Ángel Cristóbal Montes, del GP Popular; don Francisco Catalá Pardo, del GP Socialista; doña M.^a Trinidad Aulló Aldunate, del GP del Partido Aragonés; don Chesús Bernal Bernal, del GP Chunta Aragonesista, y don Jesús Lacasa Vidal, de la Agrupación Parlamentaria Izquierda Unida de Aragón (GP Mixto).

El Informe que la Ponencia eleva a la Comisión Institucional, una vez estudiado con todo detenimiento el citado Proyecto de Ley, así como las enmiendas presentadas al mismo, se publica en el BOCA número 292, de 5 de febrero de 2003.

La Comisión Institucional, a la vista del Informe emitido por la Ponencia, eleva al presidente de las Cortes de Aragón su *Dictamen sobre el Proyecto de Ley de régimen económico matrimonial y viudedad*, que se publica en el BOCA número 293, de 6 de febrero de 2003 y que no introduce ninguna novedad en el texto del Informe de la Ponencia. Las mismas enmiendas mantenidas para su defensa en Comisión se mantienen ahora para su defensa en Pleno.

El *Diario de Sesiones de las Cortes de Aragón* número 83, correspondiente a la Sesión Plenaria de los días 6 y 7 de febrero de 2003 (Legislatura V), contiene el debate y votación del Dictamen de la Comisión Institucional sobre el Proyecto de Ley de régimen económico matrimonial y viudedad.

3. Datos globales de la incidencia de los trabajos parlamentarios sobre la disolución, liquidación y división del consorcio.

En este apartado vamos a concentrar nuestra atención en la incidencia de los trabajos parlamentarios sobre los artículos 61 a 86 del Proyecto de Ley [62 a 87 de la Ley vigente] que integran el capítulo dedicado a la disolución, liquidación y división del consorcio, así como sobre la disposición transitoria tercera referida a la comunidad conyugal continuada. Para ello vamos a partir de las enmiendas presentadas a cada uno de estos preceptos y seguidamente vamos a reflejar la suerte de estas enmiendas a su paso por Ponencia, Comisión y Pleno, trayendo a colación la defensa hecha en el debate plenario de las enmiendas mantenidas vivas hasta ese momento.

Las enmiendas referidas a la *disolución, liquidación y división del consorcio*, incluida la relativa a la disposición transitoria tercera, son 41, los números 77 a 116, ambas incluidas, y la 154. A excepción de la número 101, presentada por la Agrupación Parlamentaria Izquierda Unida de Aragón (Grupo Parlamentario Mixto), y la 115, por el Grupo Parlamentario del Partido Aragonés, todas las demás fueron presentadas por el Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA).

De las 41 enmiendas presentadas a esta parte, en Ponencia son aprobadas por unanimidad 16, todas del Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), son los números 78, 79, 80, 84, 85, 86, 90, 96, 100, 103, 104, 105, 106, 107, 108 y 112; con tres enmiendas de CHA (los núms. 88, 111 y 114) y el texto del Proyecto, se aprueban por unanimidad tres textos transaccionales; 13 enmiendas son retiradas (los núms. 81, 83, 87, 89, 91, 92, 94, 95, 98, 99, 109, 113 y 115: todas de CHA menos la 115, del GP del Partido Aragonés), y las nueve restantes son rechazadas (son los núms. 77, 82, 93, 97, 101, 102, 110, 116 y 154: todas de CHA menos la 101, de la Agrupación Parlamentaria Izquierda Unida de Aragón).

Los Grupos Parlamentarios mantienen las nueve enmiendas rechazadas por la Ponencia para su defensa en Comisión. La Comisión no introduce ninguna modificación en el texto del Informe de la Ponencia y los Grupos Parlamentarios mantienen las nueve enmiendas rechazadas para su defensa en Pleno. Todas estas enmiendas son rechazadas por amplísima mayoría en la votación del Pleno, si bien los artículos afectados por ellas se aprueban casi en su totalidad por unanimidad (arts. 61, 62, 66 y 82); no sucede así con el artículo 70, que se aprueba con sesenta votos a favor, ninguno en contra y seis abstenciones, ni con la disposición transitoria tercera, que se aprueba con sesenta y un votos a favor, ninguno en contra y cinco abstenciones.

En consecuencia, el texto del *Proyecto de Ley de régimen económico matrimonial y viudedad* aprobado por el Pleno de las Cortes de Aragón, en sesión celebrada los días 6 y 7 de febrero de 2003, y publicado en el BOCA número 295, de 13 de febrero de 2003, coincide literalmente con el del Informe de la Ponencia, si bien al haber aprobado ésta por unanimidad la enmienda número 27, del GP Chunta Aragonesista, que postula la incorporación de un artículo 13 bis [sobre *Idioma de los capítulos*], que en el texto final es el artículo 14, todos los artículos siguientes son renumerados una cifra, de manera que, en lo que respecta a nuestra materia, los artículos 61 a 86 del Proyecto de Ley acaban siendo los artículos 62 a 87 de la Ley.

4. Análisis de la incidencia de los trabajos parlamentarios por preceptos.

Veamos ahora, con el detalle necesario, la incidencia de los trabajos parlamentarios sobre los preceptos del Proyecto de Ley relativos a la disolución, liquidación y división del consorcio.

a) Artículo 61 [art. 62 de la Ley]

ENMIENDA NÚMERO 77. DE ADICIÓN. Añadir al final de la letra b) la expresión “salvo que, en caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, la comunidad continúe entre el supérstite y los herederos del premuerto conforme a lo previsto en el Capítulo V de este Título”.

MOTIVACIÓN: En coherencia con la enmienda de adición de un nuevo Capítulo V en el Título IV que regule la comunidad conyugal continuada.

La enmienda número 77, del GP Chunta Aragonesista, se rechaza con el voto favorable del GP enmendante y en contra del resto de los Grupos Parlamentarios. Se mantiene para su defensa en Comisión y luego en Pleno. Es defendida en la sesión plenaria junto con la número 116 por el representante de CHA. Ambas decaen finalmente al obtener cinco votos a favor, sesenta y uno en contra, ninguna abstención.

ENMIENDA NÚMERO 78. DE MODIFICACIÓN. En la letra d), donde dice “se decrete”, debe decir “se conceda”.

MOTIVACIÓN: Con el objeto de armonizar el texto con la legislación procesal: el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil emplea la expresión “conceder” la separación, no “decretarla”.

La enmienda número 78, del GP Chunta Aragonesista, se aprueba por unanimidad. El texto resultante, que el Pleno aprueba por unanimidad, es el siguiente:

Artículo 61 [art. 62 de la Ley]. *Causas de disolución de pleno derecho*
El consorcio conyugal concluirá de pleno derecho:

- a) *Por voluntad de ambos cónyuges expresada en capítulos matrimoniales.*
- b) *Cuando se disuelva el matrimonio.*
- c) *Cuando sea declarado nulo.*
- d) *Cuando judicialmente se **conceda** la separación de los cónyuges.*

b) **Artículo 62** [art. 63 de la Ley]

ENMIENDA NÚMERO 79. DE SUPRESIÓN. Suprimir la expresión “alguno de”, de modo que el inicio del artículo quede con la siguiente redacción: “El consorcio conyugal concluirá, por decisión judicial, a petición de uno de los cónyuges, en los casos siguientes.”

MOTIVACIÓN: El texto que se propone suprimir es innecesario.

ENMIENDA NÚMERO 80. DE SUPRESIÓN. Suprimir las comillas al final de la letra a).

MOTIVACIÓN: Corrección de errata.

Las enmiendas números 79 y 80, del G. Chunta Aragonesista, se aprueban por unanimidad.

ENMIENDA NÚMERO 81. DE MODIFICACIÓN. En la rúbrica y en el texto del artículo, donde dice “decisión judicial” debe decir “resolución judicial”.

MOTIVACIÓN: El precepto sigue el precedente del artículo 1.393 del Código Civil, pero se considera más correcta la redacción propuesta.

La enmienda número 81, del GP Chunta Aragonesista, se retira.

ENMIENDA NÚMERO 82. DE ADICIÓN. Añadir antes de la letra a) una nueva letra, adaptando la división del artículo y el segundo párrafo de la actual letra b), con la siguiente redacción: “a) Por las causas especialmente pactadas en capitulaciones matrimoniales”.

MOTIVACIÓN: Es conveniente prever la posibilidad de que los cónyuges puedan pactar en capítulos causas específicas de disolución del consorcio, si bien, por seguridad jurídica, la disolución no debe ser de pleno derecho, sino en virtud de resolución judicial.

La enmienda número 82, del GP Chunta Aragonesista, se rechaza con el voto favorable del GP enmendante y en contra del resto de los Grupos Parlamentarios. Se mantiene para su defensa en Comisión y luego en Pleno (20). En la votación, la enmienda 82 obtiene cinco votos a favor, sesenta y uno en contra y ninguna abstención.

ENMIENDA NÚMERO 83. DE MODIFICACIÓN. En el segundo párrafo de la letra b), donde dice “presente la correspondiente resolución judicial”, debe decir “presente testimonio de la correspondiente resolución judicial firme”.

MOTIVACIÓN: Para que se acuerde la disolución, la resolución judicial debe ser firme y debe presentarse testimonio de la misma.

La enmienda número 83, del GP Chunta Aragonesista, se retira.

ENMIENDA NÚMERO 84. DE MODIFICACIÓN. En la letra c), donde dice “separado”, debe decir “separados”.

MOTIVACIÓN: Se considera más correcta la redacción propuesta.

(20) *El señor diputado BERNAL BERNAL:* [...] Finalmente, en este primer grupo de enmiendas se encuentra la enmienda 82, que propone añadir otra novedad que también cuenta con precedentes en la Compilación de Navarra y es plenamente ajustada al principio *standum est chartae*. Los artículos 61 y 62 del Proyecto de Ley regulan con detalle la disolución del consorcio, pero omiten la posibilidad de que los cónyuges prevean en sus capitulaciones determinados supuestos concretos en los que concluirá el consorcio conyugal. La disolución del consorcio en estos casos no debe ser de pleno derecho, sino que debe mediar resolución judicial, a fin de que se acredite en el correspondiente procedimiento la efectiva concurrencia de la causa de disolución previamente pactada por los cónyuges en capítulos.

[...]

En tercer lugar, el artículo 45 del Proyecto de Ley prevé en su apartado segundo que un cónyuge podrá solicitar judicialmente la disolución y división del consorcio en los casos de desacuerdos graves o reiterados sobre la gestión de la economía familiar y cuando el otro incumpla reiteradamente su deber de informar. De nuevo entendemos nosotros que existe una laguna: no se contemplan los supuestos en los que un cónyuge realice por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro; en esos casos, el cónyuge perjudicado debería también poder solicitar la disolución y división del consorcio, siguiendo el precedente contenido en el número 2 del artículo 1.393 del Código Civil. Es lo que pretendemos mediante la enmienda número 64.

La enmienda número 84, del GP Chunta Aragonesista, se aprueba por unanimidad.

El texto resultante, que el Pleno aprueba por unanimidad, es el siguiente:

Artículo 62 [art. 63 de la Ley]. *Causas de disolución por decisión judicial*

El consorcio conyugal concluirá por decisión judicial, a petición de uno de los cónyuges, en [suprimidas dos palabras por la Ponencia] los casos siguientes:

a) Haber sido un cónyuge judicialmente incapacitado, declarado pródigo o ausente, cuando lo pida el otro; también cuando lo pida la persona que represente al incapacitado o ausente y, en el caso de pródigo o incapaz sujeto a curatela, cuando lo pida éste con asistencia del curador.

b) Haber sido el otro cónyuge declarado en quiebra o concurso de acreedores o condenado por abandono de familia.

En los casos de las letras a) y b) para que el Juez acuerde la disolución bastará que quien la pida presente la correspondiente resolución judicial.

*c) Llevar **separados** de hecho más de un año.*

d) Concurrir alguna de las causas a que se refiere el artículo 45.

e) Haber optado por la disolución del consorcio en caso de ejecución sobre bienes comunes por deudas privativas del otro cónyuge, conforme a lo especialmente dispuesto en el apartado 2 del artículo 42.

c) Artículo 63 [art. 64 de la Ley]

ENMIENDA NÚMERO 85. DE MODIFICACIÓN. Donde dice “o iniciado el proceso en que se haya demandado la disolución del consorcio”, debe decir “o iniciado el proceso en que se haya solicitado la disolución del consorcio”.

MOTIVACIÓN: Se considera más correcta la redacción propuesta.

ENMIENDA NÚMERO 86. DE MODIFICACIÓN. Donde dice “licencia judicial”, debe decir “autorización judicial”.

MOTIVACIÓN: Se considera más correcta la redacción propuesta.

Las enmiendas números 85 y 86, del GP Chunta Aragonesista, se aprueban por unanimidad.

El texto resultante, que el Pleno aprueba por unanimidad, es el siguiente:

Artículo 63 [art. 64 de la Ley]. *Medidas provisionales*

*Admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, o iniciado el proceso en que se haya solicitado la disolución del consorcio, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la formación de inventario y, a falta de acuerdo entre los cónyuges, el Juez señalará las reglas que deban observarse en la administración y disposición de los bienes comunes. En defecto de acuerdo entre los cónyuges, se requerirá **autorización judicial** para todos los actos que excedan de la administración ordinaria.*

d) Artículo 64 [art. 65 de la Ley]

ENMIENDA NÚMERO 87. DE MODIFICACIÓN. En los dos apartados, donde dice “decisión judicial” debe decir “resolución judicial”.

MOTIVACIÓN: El precepto sigue el precedente del artículo 1.393 del Código Civil, pero se considera más correcta la redacción propuesta.

La enmienda número 87, del GP Chunta Aragonesista, se retira.

ENMIENDA NÚMERO 88. DE SUPRESIÓN. Artículo 64-1. Suprimir las palabras “de disolución”, de modo que el inicio del apartado quede con la siguiente redacción: “La disolución se produce desde que concurre su causa, si es de pleno derecho”.

MOTIVACIÓN: Corrección de errata.

Con la enmienda número 88, del GP Chunta Aragonesista, se elabora y aprueba por unanimidad un texto transaccional, en el sentido de sustituir la expresión “si es de disolución de pleno derecho” por “La disolución, si es de pleno derecho, se produce desde que concurre su causa y, ...”.

ENMIENDA NÚMERO 89. DE ADICIÓN. Artículo 64-1. Añadir entre “desde la fecha” y “de la resolución en que se acuerde” la expresión “de la firmeza”, de modo que el final del apartado quede con la siguiente redacción: “desde la fecha de la firmeza de la resolución en que se acuerde”.

MOTIVACIÓN: Los efectos de la disolución deben producirse desde la fecha de la firmeza de la resolución.

La enmienda número 89, del GP Chunta Aragonesista, se retira.

ENMIENDA NÚMERO 90. DE MODIFICACIÓN. Artículo 64-2. Donde dice “hasta el inicio del procedimiento judicial”, debe decir “hasta el momento de admisión a trámite de la demanda”.

MOTIVACIÓN: Es conveniente concretar que la retroacción de los efectos de la disolución se produce hasta el momento de admisión a trámite de la demanda.

La enmienda número 90, del GP Chunta Aragonesista, se aprueba por unanimidad.

El texto resultante, que el Pleno aprueba por unanimidad, es el siguiente:

Artículo 64 [art. 65 de la Ley]. *Momento de eficacia de la disolución*

1. La disolución, si es de pleno derecho, se produce desde que concurre su causa y, en los casos que requieren decisión judicial, desde la fecha que en ella se fije o, en su defecto, desde la fecha de la resolución en que se acuerde.

2. En los casos de nulidad, separación o divorcio y en los de disolución de la comunidad conyugal por decisión judicial, el Juez podrá retrotraer los efectos de la disolución hasta el momento de admisión a trámite de la demanda, pero quedarán a salvo los derechos adquiridos por terceros.

e) **Artículo 65** [art. 66 de la Ley]

ENMIENDA NÚMERO 91. DE MODIFICACIÓN. Art. 65-1. Donde dice “existirá” debe decir “regirá”.

MOTIVACIÓN: Se considera más correcta la redacción propuesta.

ENMIENDA NÚMERO 92. DE MODIFICACIÓN. Artículo 65-2. Donde dice “por la desaparición de cualquiera de las demás causas que la hubiesen motivado”, debe decir “por la cesación de cualquiera de las demás causas que hubiesen motivado la disolución del consorcio”.

MOTIVACIÓN: Se considera más correcta la redacción propuesta.

Las enmiendas números 91 y 92, del GP Chunta Aragonesista, se retiran. El Pleno aprueba el texto del Proyecto de Ley por unanimidad.

f) Artículo 66 [art. 67 de la Ley]

ENMIENDA NÚMERO 93. DE ADICIÓN. Añadir al final del artículo la expresión “o del régimen de hermandad llana”.

MOTIVACIÓN: En consonancia con la enmienda de adición de un nuevo Título IV Bis que regule el régimen de hermandad llana. Puede haber supuestos en que el cónyuge de buena fe resulte beneficiado con la aplicación retroactiva de un régimen de comunidad universal.

La enmienda número 93, del GP Chunta Aragonesista, se rechaza con el voto favorable del GP enmendante y en contra del resto de los Grupos Parlamentarios. Se mantiene para su defensa en Comisión y luego en Pleno (21). En la votación del Pleno, la enmienda obtiene cinco votos a favor, sesenta y uno en contra y ninguna abstención. El artículo del Proyecto de Ley se aprueba por unanimidad.

g) Sección 2.ª del Capítulo IV

ENMIENDA NÚMERO 94. DE MODIFICACIÓN. En la rúbrica de la Sección, donde dice “La comunidad que continúa tras la disolución”, debe decir “La comunidad posconsorcial”.

MOTIVACIÓN: Se considera adecuado dar a la comunidad que continúa tras la disolución del consorcio la denominación “comunidad posconsorcial” a fin de distinguirla del “consorcio conyugal”.

La enmienda número 94, del GP Chunta Aragonesista, se retira. El Pleno aprueba por unanimidad la denominación propuesta por el Proyecto de Ley.

(21) *El señor diputado BERNAL BERNAL:* [...] En los casos de nulidad del matrimonio, el artículo 66 faculta al cónyuge de buena fe para optar por la liquidación del régimen matrimonial según las normas del consorcio conyugal o por la aplicación retroactiva del régimen de separación de bienes. Pues bien, si se aprueba la enmienda 117 y se incorpora a nuestro Derecho el régimen de hermandad llana, creemos que sería interesante, como proponemos en la enmienda 93, permitir también al cónyuge de buena fe que en los casos de nulidad del matrimonio pueda optar por la aplicación retroactiva de la comunidad universal, que puede resultarle muy beneficiosa.

h) Artículo 67 [Art. 68 de la Ley]

ENMIENDA NÚMERO 95. DE MODIFICACIÓN. Donde dice “Disuelta la comunidad matrimonial”, debe decir “Disuelto el consorcio conyugal”.

MOTIVACIÓN: A fin de distinguir el “consorcio conyugal” de la “comunidad posconsorcial”.

La enmienda número 95, del GP Chunta Aragonesista, se retira. El Pleno aprueba el texto del Proyecto de Ley por unanimidad.

i) Artículo 69 [art. 70 de la Ley]

ENMIENDA NÚMERO 96. DE MODIFICACIÓN. Artículo 69-1. Donde dice “una deuda de este tipo”, debe decir “una deuda de esta naturaleza”.

MOTIVACIÓN: Se considera más adecuada la redacción propuesta.

La enmienda número 96, del GP Chunta Aragonesista, se aprueba por unanimidad. El texto resultante, que el Pleno aprueba por unanimidad, es el siguiente:

Artículo 69 [art. 70 de la Ley]. *Responsabilidad de los bienes comunes*
1. Hasta la división, el patrimonio común responde del pago de las deudas comunes, pero los acreedores que pretendan cobrar una deuda de esta naturaleza sobre bienes comunes habrán de proceder contra ambos cónyuges o sus herederos.
[...]

j) Artículo 70 [art. 71 de la Ley]

ENMIENDA NÚMERO 97. DE ADICIÓN. Artículo 70-1. Añadir al final del apartado la frase “en cuyo caso la administración corresponderá al cónyuge viudo y a los partícipes en la forma que pacten y, a falta de pacto, en la forma que fije el Juez a petición de cualquiera de ellos”.

MOTIVACIÓN: Es conveniente prever a quién corresponde la administración de la comunidad posconsorcial cuando el cónyuge viudo no es el administrador.

La enmienda número 97, del GP Chunta Aragonesista, se rechaza con el voto favorable del GP enmendante y en contra del resto de los Grupos Parlamentarios. Se mantiene para su defensa en Comisión y luego en Pleno (22). En la votación del Pleno, la enmienda obtiene cinco votos a favor, sesenta y uno en contra y ninguna abstención.

ENMIENDA NÚMERO 98. DE MODIFICACIÓN. Artículo 70-2. Donde dice “podrá deducir”, debe decir “podrá detraer”.

MOTIVACIÓN: Se considera más adecuada la redacción propuesta.

ENMIENDA NÚMERO 99. DE MODIFICACIÓN. Artículo 70-2. Donde dice “mientras continúen viviendo en casa”, debe decir “mientras continúen habitando en la vivienda familiar”.

MOTIVACIÓN: Se considera más técnica la redacción propuesta.

Las enmiendas números 98 y 99, del GP Chunta Aragonesista, se retiran.

ENMIENDA NÚMERO 100. DE MODIFICACIÓN. Artículo 70-2. Donde dice “cuando tenga usufructo de viudedad”, debe decir “cuando sea titular del usufructo de viudedad”.

MOTIVACIÓN: Se considera más adecuada la redacción propuesta.

La enmienda número 100, del GP Chunta Aragonesista, se aprueba por unanimidad.

ENMIENDA NÚMERO 101. DE MODIFICACIÓN. Artículo 70-3. Sustituir, en el punto 3, la expresión “marido y mujer” por “los cónyuges”.

MOTIVACIÓN: Por considerarlo más conveniente.

(22) *El señor diputado BERNAL BERNAL:* [...] La quinta enmienda es la 97, que se refiere al artículo 70, que regula la administración del patrimonio común en los casos de disolución del consorcio por muerte de un cónyuge, atribuyendo la misma al viudo, salvo cuando estuvieran en trámite de procedimientos de nulidad, divorcio, separación o disolución del consorcio; pero no se aclara a quién corresponderá la administración en esos casos. Creemos que esa laguna, con la enmienda 97, se podría colmar estableciendo expresamente que la administración corresponderá al cónyuge viudo y a los partícipes en la forma que pacten, y, a falta de pacto, en la forma que fije el juez a petición de cualquiera de ellos. Este régimen de administración coincide con la solución prevista en el artículo 71 del Proyecto de Ley para la administración del patrimonio común en los casos de disolución del consorcio por causa distinta de la muerte.

La enmienda número 101, de la Agrupación Parlamentaria Izquierda Unida de Aragón (GP Mixto), se rechaza con el voto favorable de los GG PP enmendante y Chunta Aragonesista y en contra del resto de los Grupos Parlamentarios. Se mantiene para su defensa en Comisión y luego en Pleno (23). En la votación del Pleno, la enmienda obtiene seis votos a favor, sesenta en contra y ninguna abstención.

ENMIENDA NÚMERO 102. DE ADICIÓN. Artículo 70.3. Añadir entre “casarse” y “un hijo o hija” la expresión “o independizarse” y entre “hijo o hija casados” y “en vida de los dos” la expresión “o independizados”, de modo que el final del apartado quede con la siguiente redacción: “con ocasión de casarse o independizarse un hijo o hija de ambos, hacerle donación análoga a la que marido y mujer hayan otorgado a favor de hijo o hija casados o independizados en vida de los dos”.

MOTIVACIÓN: La posibilidad de poder hacer donaciones únicamente en los casos de matrimonio de los hijos es discriminatoria respecto de los hijos que abandonan el hogar familiar para vivir solos o en pareja sin contraer matrimonio.

La enmienda número 102, del GP Chunta Aragonesista, se rechaza con el voto favorable de los GG PP enmendante y de la Agrupación Parlamentaria Izquierda Unida de Aragón (GP Mixto) y en contra del resto de los Grupos Parlamentarios. Se mantiene para su defensa en Comisión y luego en Pleno (24). En la votación del Pleno, la enmienda obtiene seis votos a favor, sesenta en contra y ninguna abstención.

(23) *El señor diputado LACASA VIDAL:* [...] Dicho esto –y, por lo tanto, nosotros no vamos a entrar, no hemos entrado ni en la confrontación ni hemos aprobado o apoyado iniciativas que se separaran radicalmente de este esquema–, sí que hemos presentado varias enmiendas que, como ha dicho el señor Cristóbal Montes, se resumen en una única enmienda, solo que distribuida a lo largo de todo el Proyecto de Ley, y son las enmiendas 1, 3, 4, 16, 54, 60 y 101, en las cuales el objetivo es único y el mismo: el objetivo, como ha señalado también el señor Cristóbal Montes, es sustituir las palabras “marido y mujer” por la palabra “cónyuges”.

[...] Y queremos que la Ley aragonesa sea innecesario tocarla en aquel momento, puesto que la sustitución de las palabras “marido y mujer” por la palabra “cónyuges” dejaría perfectamente abierto que, cuando cambie el Código Civil, perfectamente quede ajustado nuestro nuevo régimen económico matrimonial y de viudedad, quede ajustado a esa nueva situación.

(24) *El señor diputado BERNAL BERNAL:* [...] La enmienda 102 se refiere al artículo 70, que es aquel que se refiere, en el apartado tercero, a que el viudo puede por sí solo hacer donación a un hijo a expensas de los bienes comunes y de los que fueron privativos del premuerto únicamente en un supuesto: que el hijo contraiga matrimonio. Esa regulación constituye una discriminación respecto de los hijos que abandonan el hogar familiar, no para casarse, sino para

El texto resultante, que el Pleno aprueba por sesenta votos a favor, ninguno en contra y seis abstenciones, es el siguiente:

Artículo 70. *Disolución por muerte*

[...]

2. *El cónyuge viudo podrá deducir del patrimonio de la comunidad disuelta alimentos para sí y las personas que con el matrimonio convivían y mientras continúen viviendo en casa, pero cuando sea titular del usufructo de viudedad sólo a falta o insuficiencia de frutos de los bienes comunes.*

[...]

Los artículos 71, 72 y 73 del Proyecto de Ley, como todos los que no han sido enmendados o a los que no se ha mantenido ninguna enmienda para su defensa en Pleno, se aprueban por unanimidad.

k) Artículo 74 [art. 75 de la Ley]

ENMIENDA NÚMERO 103. DE MODIFICACIÓN. Dar al artículo la siguiente redacción: “A la comunidad regulada en esta sección le será de aplicación, en cuanto no contradiga su naturaleza, el régimen jurídico de la comunidad hereditaria.”

MOTIVACIÓN: Se considera más adecuada la redacción propuesta.

La enmienda número 103, del GP Chunta Aragonesista, se aprueba por unanimidad.

El texto resultante, que el Pleno aprueba por unanimidad, es el siguiente:

Artículo 74. *Régimen supletorio*

A la comunidad regulada en esta sección le será de aplicación, en cuanto no contradiga su naturaleza, el régimen jurídico de la comunidad hereditaria.

vivir en pareja de hecho o bien regida por la Ley de parejas estables no casadas, o simplemente para vivir solos. Para evitar esa discriminación, la enmienda 102 plantea que el viudo pueda hacer donación a un hijo no sólo cuando contraiga matrimonio, sino en cualquier otro caso en que abandone el hogar familiar.

I) Artículo 75 [art. 76 de la Ley]

ENMIENDA NÚMERO 104. DE MODIFICACIÓN. Artículo 75-2. Donde dice “se aplican”, debe decir “se aplicarán”.

MOTIVACIÓN: Se considera más correcta la redacción propuesta.

La enmienda número 104, del GP Chunta Aragonesista, se aprueba por unanimidad.

El texto resultante, que el Pleno aprueba por unanimidad, es el siguiente:

Artículo 75. *Derecho a la división*

[...]

*2. En caso de disolución por muerte, a la prohibición de división pactada en capítulos o dispuesta en testamento mancomunado por ambos cónyuges y al convenio de indivisión unánimemente acordado por los partícipes se **aplicarán** las previsiones contenidas en el artículo 50 de la Ley de sucesiones por causa de muerte.*

II) Artículo 76 [art. 77 de la Ley]

ENMIENDA NÚMERO 105. DE MODIFICACIÓN. En los apartados 1 y 2, donde dice “partición”, debe decir “división”.

MOTIVACIÓN: Se considera más adecuado utilizar la expresión “división” en lugar de “partición”.

ENMIENDA NÚMERO 106. DE ADICIÓN. Artículo 76-1. Añadir entre “por sí mismos” y “así como encomendar a terceros” la expresión “el patrimonio consorcial”, de modo que el inicio del apartado quede con la siguiente redacción: “Los cónyuges o partícipes pueden, mediante acuerdo unánime, liquidar y dividir por sí mismos el patrimonio consorcial, así como encomendar a terceros.”

MOTIVACIÓN: Se considera más correcta la redacción propuesta mediante la adición.

ENMIENDA NÚMERO 107. DE MODIFICACIÓN. Artículo 76-2. Donde dice “El contador partidor o el fiduciario de la herencia del premuerto”, debe decir “El fiduciario o el contador partidor de la herencia del premuerto”.

MOTIVACIÓN: En concordancia con el orden seguido en el artículo 75.

Las enmiendas números 105, 106 y 107, del GP Chunta Aragonesista, se aprueban por unanimidad.

El texto resultante, que el Pleno aprueba por unanimidad, es el siguiente:

Artículo 76. Modalidades de liquidación y división

1. *Los cónyuges o partícipes pueden, mediante acuerdo unánime, liquidar y dividir por sí mismos el patrimonio común, así como encomendar a terceros la liquidación y partición (25).*

2. *El fiduciario o contador partidor de la herencia del premuerto, actuando junto con el cónyuge viudo que no ejerza dichos cargos, pueden practicar la liquidación y partición de la comunidad matrimonial disuelta sin que sea necesaria la concurrencia de los partícipes.*

[...]

m) Artículo 77 [art. 78 de la Ley]

ENMIENDA NÚMERO 108. DE MODIFICACIÓN. Donde dice “se le aplican”, debe decir “se le aplicarán”.

MOTIVACIÓN: Se considera más correcta la redacción propuesta.

La enmienda número 108, del GP Chunta Aragonesista, se aprueba por unanimidad.

El texto resultante, que el Pleno aprueba por unanimidad, es el siguiente:

Artículo 77. Capacidad

A la liquidación y división voluntaria con cónyuges incapacitados o partícipes en igual situación o menores de edad se le aplicarán las

(25) Una intervención que guarda cierta relación con el artículo 76-1 es la siguiente: *El señor diputado BERNAL BERNAL: [...]* En segundo lugar, mediante la enmienda 25, al artículo 13, queremos que en éste se reconozca expresamente a los cónyuges la posibilidad de pactar en capítulos estipulaciones en previsión de ruptura matrimonial. Esta es una norma novedosa en nuestro ordenamiento, pero también tiene precedentes en algunos Derechos civiles territoriales –casos como el del Código de familia de Cataluña–, y, además, habría que entender válidas estas estipulaciones al amparo del principio *standum est chartae*. Esta enmienda no supone, como se ha llegado a decir, desconfianza ante la institución del matrimonio, sino que responde a una realidad: el elevado índice de separaciones y de divorcios que se produce en nuestra sociedad; y es preferible que los cónyuges puedan prever y resolver en sus capítulos una posible situación de crisis matrimonial que obligarles a fijar las consecuencias familiares y económicas de la ruptura necesariamente en un procedimiento judicial.

previsiones contenidas en los artículos 51 y 52 de la Ley de sucesiones por causa de muerte.

n) Artículo 81 [art. 82 de la Ley]

ENMIENDA NÚMERO 109. DE MODIFICACIÓN. En la rúbrica, donde dice “Liquidación concursal”, debe decir “Liquidación deficitaria”.

MOTIVACIÓN: Se considera más correcta la redacción propuesta.

La enmienda número 109, del GP Chunta Aragonesista, se retira. El artículo es aprobado por el Pleno por unanimidad.

o) Artículo 82 [art. 83 de la Ley]

ENMIENDA NÚMERO 110. DE ADICIÓN. Artículo 82-1. En el número 4.º, añadir al final la expresión “con preferencia de las alimenticias”.

MOTIVACIÓN: Es conveniente establecer expresamente el carácter preferente de las deudas alimenticias.

La enmienda número 110, del GP Chunta Aragonesista, se rechaza con el voto favorable del GP enmendante y en contra del resto de los Grupos Parlamentarios. Se mantiene para su defensa en Comisión y luego en Pleno (26). En la votación del Pleno la enmienda obtiene cinco votos a favor, sesenta y uno en contra y ninguna abstención. El artículo obtiene la aprobación por unanimidad.

p) Artículo 83 [art. 84 de la Ley]

ENMIENDA NÚMERO 111. DE ADICIÓN. Artículo 83-1. Añadir entre “como ventajas” y “sus bienes de uso personal o profesional” la expresión “sin que sean computados en su haber”, de modo que el inicio del artículo quede con la siguiente redacción: “Los cónyuges tienen dere-

(26) *El señor diputado BERNAL BERNAL:* [...] Y, finalmente, el artículo 82 del Proyecto de Ley detalla el orden que se ha de seguir en la liquidación del patrimonio consorcial una vez disuelto el consorcio. Una de las operaciones liquidatorias que fija el precepto consiste en el pago a terceros de las deudas vencidas y el aseguramiento de las pendientes. Sin embargo, el texto legal omite el carácter preferente de las deudas alimenticias, que sí establece expresamente el artículo 1.399 del Código Civil. Siguiendo ese precedente, en la enmienda 110 proponemos añadir la declaración de preferencia de las deudas alimenticias.

cho a detraer de los bienes comunes, como ventajas, sin que sean computados en su haber, sus bienes de uso personal o profesional.”

MOTIVACIÓN: Es conveniente establecer expresamente que la detracción de ventajas no se computa en el haber de los cónyuges.

Con la enmienda número 111, del GP Chunta Aragonesista, y el texto del Proyecto, se aprueba por unanimidad un texto transaccional por el que se admite el texto de la enmienda, sustituyendo el término “haber” por “lote”.

El texto resultante, que el Pleno aprueba por unanimidad, es el siguiente:

Artículo 83. Ventajas

1. Los cónyuges tienen derecho a detraer de los bienes comunes, como ventajas, sin que sean computados en su lote, sus bienes de uso personal o profesional de un valor no desproporcionado al patrimonio consorcial.

[...]

q) Artículo 84 [art. 85 de la Ley]

ENMIENDA NÚMERO 112. DE ADICIÓN. Artículo 84-1. Añadir entre “se dividirá y adjudicará” y “por mitad” la expresión “entre los cónyuges o sus respectivos herederos” de modo que el apartado quede con la siguiente redacción: “1. Liquidado el patrimonio y detraídas las ventajas, el caudal remanente se dividirá y adjudicará entre los cónyuges o sus respectivos herederos por mitad o en la proporción y forma pactadas.”

MOTIVACIÓN: Se considera más correcta la redacción propuesta mediante la adición.

La enmienda número 112, del GP Chunta Aragonesista, se aprueba por unanimidad.

ENMIENDA NÚMERO 113. DE MODIFICACIÓN. Artículo 84-2. Donde dice “en su lote”, debe decir “en su haber”.

MOTIVACIÓN: Se considera más correcta la redacción propuesta.

La enmienda número 113, del GP Chunta Aragonesista, se retira.

ENMIENDA NÚMERO 114. DE MODIFICACIÓN. Artículo 84-2. Suprimir el último inciso “Todo ello sin perjuicio de las compensaciones que procedan” y dar al inicio del apartado la siguiente redacción: “Cada cónyuge tiene derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, sin perjuicio de las compensaciones que procedan, los siguientes bienes:”

MOTIVACIÓN: Se considera más correcta la redacción propuesta.

Con la enmienda número 114, del GP Chunta Aragonesista, y el texto del Proyecto, se aprueba por unanimidad un texto transaccional por el que se admite el texto de la enmienda, sustituyendo el término “haber” por “lote”.

El texto resultante, que el Pleno aprueba por unanimidad, es el siguiente:

Artículo 84. División y adjudicación

1. *Liquidado el patrimonio y detraídas las ventajas, el caudal remanente se dividirá y adjudicará entre los cónyuges o sus respectivos herederos por mitad o en la proporción y forma pactadas.*

2. *Cada cónyuge tiene derecho a que se incluyan con preferencia en su lote, sin perjuicio de las compensaciones que procedan, los siguientes bienes:*

a) *Los bienes comunes que hubieran pertenecido a su familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la suya.*

b) *Los bienes de uso personal o profesional que no constituyan ventajas.*

c) *La empresa o explotación económica que dirigiera.*

d) *Las acciones, participaciones o partes de sociedades adquiridas exclusivamente a su nombre, si existen limitaciones, legales o pactadas, para su transmisión al otro cónyuge o sus herederos, o cuando el adquirente forme parte del órgano de administración de la sociedad.*

e) *El local donde hubiese venido ejerciendo su profesión.*

f) *Los bienes que hubiera aportado al consorcio.*

g) *En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde al tiempo del fallecimiento el matrimonio tuviera su residencia habitual.*

[Frase suprimida por la Ponencia]

r) **Artículo 86** [art. 87 de la Ley]

ENMIENDA NÚMERO 115. DE ADICIÓN. Añadir un nuevo párrafo con el siguiente texto: “2. La falta de dicha liquidación, previa a la celebración del segundo o ulterior matrimonio, determinará que éste se contrae bajo régimen obligado de separación de bienes.”

MOTIVACIÓN: Por estimarlo más conveniente.

La enmienda número 115, del GP del Partido Aragonés, se retira. El artículo se aprueba por unanimidad.

s) **Título IV, Capítulo V.**

ENMIENDA NÚMERO 116. DE ADICIÓN. Añadir un nuevo Capítulo V en el Título IV, dividido en tres Secciones e integrado por los artículos 87 bis 1 a 87 bis 12, con la siguiente redacción:

**“Capítulo V. Comunidad conyugal continuada
[...]**

MOTIVACIÓN: A pesar de la expresa regulación de la comunidad que continúa tras la disolución del consorcio conyugal, se considera conveniente mantener la institución de la comunidad conyugal continuada y darle una regulación específica. En la enmienda se respeta el precedente de los artículos 60 a 71 de la Compilación, con los ajustes mínimos necesarios.

La enmienda número 116, del GP Chunta Aragonesista, que solicita la adición de un nuevo Capítulo V en el Título IV, se rechaza con el voto favorable del GP enmendante y en contra del resto de los Grupos Parlamentarios. Se mantiene para su defensa en Comisión y luego en Pleno (27). En la votación del Pleno, la enmienda obtiene cinco votos a favor, sesenta y uno en contra y ninguna abstención.

(27) *El señor diputado BERNAL BERNAL:* [...] Y llegamos, señorías, al cuarto y último grupo de enmiendas de Chunta Aragonesista, en las que planteamos soluciones diferentes a las adoptadas en el Proyecto de Ley para determinados supuestos. En primer lugar, el Proyecto de Ley supone la desaparición de la comunidad conyugal continuada, hasta ahora regulada en los artículos 60 y 71 de la Compilación. La comunidad conyugal continuada no tiene la misma naturaleza ni finalidad que la comunidad que continúa tras la disolución del consorcio. Esa es una situación provisional y aquella constituye una institución con vocación de continuidad y permanencia, con la finalidad de hacer viable el negocio familiar. Creemos que la comunidad conyugal continuada no debe desaparecer, ya que puede seguir siendo una solución eficaz para la continuación de numerosos negocios familiares. Es lo que proponemos en la enmienda 116.

Esta enmienda está vinculada con la 77 y con la 154, referidas al artículo 66, que es el que establece que el consorcio conyugal concluirá de pleno derecho cuando se disuelva el matrimonio. La 77 tiene por objeto prever que, cuando se disuelva el matrimonio por fallecimiento de uno de los cónyuges, el consorcio conyugal no concluirá si procede la comunidad conyugal continuada entre el superviviente y los herederos del premuerto. Y la 154 propone la supresión de la disposición transitoria tercera del Proyecto de Ley, relativa a la comunidad conyugal continuada, que no tiene sentido si esta institución conserva su vigencia.

t) Disposición transitoria tercera

ENMIENDA NÚMERO 154. DE SUPRESIÓN. Suprimir íntegramente la disposición transitoria segunda [sic: tercera], renumerando las demás.

MOTIVACIÓN: En coherencia con la enmienda en que se propone añadir un nuevo Capítulo V en el Título IV que regule expresamente la comunidad conyugal continuada.

La enmienda número 154, del GP Chunta Aragonesista, se rechaza con el voto favorable del GP enmendante y en contra del resto de los Grupos Parlamentarios. Se mantiene para su defensa en Comisión y luego en Pleno. El representante de CHA la defiende junto con las enmiendas 116 y 77, como ya hemos visto. En la votación del Pleno, la enmienda número 154 obtiene cinco votos a favor, sesenta y uno en contra y ninguna abstención. La disposición transitoria tercera se aprueba por sesenta y un votos a favor, ninguno en contra y cinco abstenciones.

5. Presentación del Dictamen de la Comisión Institucional.

Transcribimos, en primer lugar, la intervención del coordinador de la Ponencia, el diputado y catedrático de Derecho civil Ángel CRISTÓBAL MONTES, que hace la presentación del Dictamen en nombre de la Comisión Institucional.

El señor PRESIDENTE: Gracias, señor Biel.

Para presentar el dictamen en nombre de la comisión, don Ángel CRISTÓBAL MONTES tiene la palabra.

El señor diputado CRISTÓBAL MONTES: Señor presidente.

Señoras y señores diputados.

El presidente no miraba en la dirección correspondiente porque no es corriente que un miembro de la oposición, de un partido de la oposición, sea el coordinador de la ponencia de un proyecto de ley remitido por el Gobierno. Es una deferencia que me hicieron los componentes de la comisión y que indica mi buena calidad de no aprovecharme de las circunstancias, y desde luego que no voy a aprovecharme de esta circunstancia.

Como coordinador de la ponencia que ha visto el proyecto de ley de régimen económico matrimonial y viudedad, mi intervención va a ser sumamente corta. La ponencia ha trabajado en sesiones en parte durante el período ordinario y en parte durante la habilitación que se hizo de la segunda quincena del mes de enero, y ha trabajado a buen ritmo sin ningún problema, en un ambiente de clara, neta y estima-

ble colaboración y ayudados por la letrada doña Carmen Agüeras para completar la labor en un tiempo razonable y creo que en una forma presentable.

El proyecto de ley remitido por el Gobierno, sin tocar un ápice, sin poner ni quitar una coma al anteproyecto remitido por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, igual que ocurrió en la legislatura anterior con el proyecto de sucesiones por causa de muerte, que el Gobierno también remitió tal como se lo había enviado la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, el proyecto ha conocido un bloque importante de enmiendas, muy importante de enmiendas, presentado por Chunta Aragonesista y algunas, muy pocas enmiendas, unas pocas, presentadas por el PAR que fueron retiradas en su mayoría, salvo una que fue aprobada, y una enmienda material de Izquierda Unida que se descompuso en seis enmiendas formales, porque todas tenían el mismo contenido, relativas a distintos artículos del proyecto, para sustituir la expresión “marido y mujer”, relativa al matrimonio, por la expresión “cónyuges”. Las enmiendas de Chunta Aragonesista fueron debatidas una tras otra, como es natural, y un bloque importante, nada menos que cincuenta, fueron acogidas por la ponencia y hoy forman parte ya del dictamen de la comisión relativo a este proyecto de ley.

Ni el Grupo Parlamentario Socialista ni el Grupo Parlamentario Popular presentaron ninguna enmienda, porque ambos juzgaron que el proyecto tenía suficientes calidades como para no plantear enmiendas de ningún tipo. En esto, el Grupo Socialista fue la primera vez que lo hacía, porque presentó enmiendas en la Ley anterior de sucesiones; el Grupo Popular repetía una tónica que ya tuvo en la legislatura anterior de no presentar enmiendas a ninguno de los proyectos por creerlos técnicamente no perfectos, porque nada hay perfecto, pero significativamente cercanos a la perfección técnica y jurídica.

Y poco más en la presentación del dictamen, porque ya tendremos ocasión los grupos parlamentarios de explayarnos, cuando nos toque intervenir, en relación al contenido del proyecto de ley que hoy va a ser debatido y votado.

Simplemente, plasmar desde aquí la satisfacción de haber sido coordinador de esa ponencia, máxime perteneciendo a un partido de la oposición, confianza que agradezco sobremanera y mérito que no es atribuible a mi condición, sino a la generosidad y a la hidalguía de las fuerzas que plantearon mi condición de coordinador. Dar las gracias públicamente en esta tribuna y decir que, a veces, este parlamento, que tiene sinsabores, y, a veces, este parlamento, que tiene momentos difíciles y que tendrá momentos difíciles, también nos da momentos de satisfacción legislativa como el que vamos a tener aquí esta mañana y el que hemos tenido en los pasos precedentes, en los que la altura, la comprensión, la generosidad, la apertura, la concordia y el diálogo han primado y han cuajado en el proyecto que hoy traemos aquí.

Nada más. Muchas gracias, señor presidente.

6. Valoración general del Dictamen por los Grupos Parlamentarios.

Seguidamente el Presidente de las Cortes va dando la palabra a los portavoces de los Grupos Parlamentarios para el debate y la defensa de las enmiendas que mantienen al texto del Proyecto de Ley. Primero interviene el señor diputado Lacasa Vidal, por la Agrupación Parlamentaria

Izquierda Unida (Grupo Mixto); después el señor diputado Bernal Bernal, por el Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista; luego la señora diputada Aulló Aldunate, por el Grupo Parlamentario del Partido Aragonés; a continuación el señor diputado Catalá Pardo, por el Grupo Parlamentario Socialista; y, por último, el señor diputado Cristóbal Montes, por el Grupo Parlamentario Popular.

Todos los intervinientes coinciden en valorar muy positivamente el trabajo de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil y la calidad del Proyecto de Ley, agradeciendo expresamente la dedicación y esfuerzo de sus miembros; todos resaltan también la especial trascendencia del Proyecto de Ley que actualiza y moderniza el tradicional derecho foral en materia de economía del matrimonio; asimismo, ponen de manifiesto la tramitación un tanto especial de que ha sido objeto este Proyecto de Ley; hay también un reconocimiento general del papel destacado desarrollado por el Grupo Parlamentario de Chunta Aragonesista.

De estas intervenciones vamos a transcribir íntegra, por ser la más completa y representativa de la valoración general del Proyecto de Ley y sus circunstancias, la del diputado Cristóbal Montes, y también, en primer lugar, algunos párrafos de contenido general de la del diputado Bernal Bernal, por el especial protagonismo de su Grupo Parlamentario.

El señor diputado BERNAL BERNAL: Gracias, señor presidente.

Señorías.

Decía hace cuatro años –el próximo día 11 hará cuatro años– en esta misma tribuna, con ocasión del debate del dictamen sobre el proyecto de ley de sucesiones por causa de muerte, que aquel era un momento histórico, y sin duda lo fue, y se ha venido demostrando a lo largo de estos cuatro años. Lo fue porque, tras casi tres siglos transcurridos desde los infames Decretos de Nueva Planta, por primera vez un órgano legislativo puramente aragonés abordaba de manera decidida la reforma, la actualización y el desarrollo de nuestro Derecho foral. Y, como dije entonces, aquel 11 de febrero de 1999, y reitero hoy, estamos convencidos de que legislar sobre Derecho foral es legislar sobre la esencia misma de Aragón.

Hoy, señorías, asistimos también a un momento memorable: el proceso de recuperación y de modernización de una de nuestras principales –si no la principal– señas de identidad como nación. Y hoy damos un nuevo paso decisivo en esa línea. Aragón va a contar a partir del próximo día 23 de abril con un ordenamiento jurídico completo sobre un asunto, sobre una materia tan cercana a los ciudadanos como es el régimen económico de matrimonio y la viudedad, institución esencial en nuestro ordenamiento jurídico civil.

En esta ocasión, como hace cuatro años, el proyecto de ley que nos ha remitido el Gobierno a esta cámara constituye un digno sucesor de nuestro Derecho histórico, y no podía ser de otra manera estando integrada la Comisión Aragonesa de Derecho Civil –a la que saludo en nombre de mi grupo parlamentario– por miembros tan cualificados, por juristas de tanto y tan merecido prestigio. Mis primeras palabras

quiero, en este sentido, que sean precisamente, en nombre de mi grupo, de agradecimiento a los miembros de la comisión. El resultado de su trabajo ha sido un texto legal de elevada calidad técnica que conjuga el respeto a nuestra tradición jurídica y la modernización de nuestras instituciones forales.

Pero también quiero destacar el papel desarrollado por el Grupo Parlamentario de Chunta Aragonesista en la tramitación parlamentaria del proyecto de ley. En primer lugar, el orgullo personal que tengo y el honor de participar por segunda vez en nombre de mi grupo en una ponencia que ha tramitado un proyecto de ley relativo a nuestro Derecho foral. Y, en segundo lugar, porque una vez más tengo ocasión de decir con orgullo que, a pesar de que yo no soy jurista, a pesar de que en mi grupo parlamentario ninguno de los cinco parlamentarios somos juristas, hemos contado una vez más con la labor abnegada, con el apoyo brillante, desde nuestro punto de vista, de un grupo de jóvenes juristas al frente de los cuales, una vez más, se ha encontrado, como en la Ley de sucesiones, José Luis Soro como máximo responsable de un equipo que nos ha ayudado, nos ha asesorado en el trabajo, en el análisis, en el estudio y en la mejora de este proyecto de ley.

Chunta Aragonesista presentó ciento cuarenta y una enmiendas, del total de ciento cincuenta y cinco presentadas por todos los grupos parlamentarios. Pueden parecer demasiadas, pero aseguro –y aseguro, señorías, a ustedes y aseguro a los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil– que se han hecho desde el respeto al trabajo realizado por esa comisión y al trabajo y a las horas dedicadas por sus miembros; que esas enmiendas tienen un espíritu constructivo, y, desde luego, tienen la humilde intención de mejorar en lo posible un excelente cuerpo legal. [...]

De las ciento cuarenta y una enmiendas presentadas fueron aprobadas en ponencia cuarenta y ocho, y cuatro de ellas fueron objeto de transacción, y he de decir también en reconocimiento que lo que nos parece más importante es que fueron aprobadas por unanimidad de todos los grupos parlamentarios. [...]

Hemos mantenido únicamente para el debate en este Pleno cuarenta y tres enmiendas. Hemos hecho un esfuerzo notable para retirar todas aquellas que no considerábamos trascendentales, como luego explicaré. [...]

El señor diputado CRISTÓBAL MONTES: Señor presidente.

Señoras y señores diputados.

Como decía hace un rato a raíz de la presentación del dictamen de la ponencia, hoy es un día singular en la historia del Derecho civil, del Derecho de Aragón, y es un día particular en estas Cortes y en sus afanes legislativos.

Vamos a dar forma legal, vida legal a un proyecto remitido bajo la forma de anteproyecto por una comisión, la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, que creo –y no es la primera vez que lo hacemos– que merece un reconocimiento muy especial, un acto de gratitud y un acto de exaltación por parte de esta cámara a una comisión muy particular; una comisión que, entre otras cosas, nos demuestra, nos ha demostrado –y es la segunda oportunidad, y probablemente no será la última– que hay formas y formas, que hay maneras y maneras, que no todo se mide bajo un prisma o bajo una lupa de interés, de conveniencia, crematístico, sino que en estas tareas, en estos afanes legislativos, aunque a veces pudiera parecer paradójico, también hay grandeza, también hay desprendimiento, también hay entrega y también hay servicio a los

intereses comunes; una comisión que lleva ya unos cuantos años trabajando, y en este proyecto ha trabajado durante dos años, y no ha cobrado un céntimo, y además no ha cobrado ni dietas, le ha salido completamente gratis a la comunidad, a la Administración, al Gobierno y a esta cámara legislativa. Es una forma de trabajar; hay otras. Es una forma de trabajar, a mi modo de ver, laudable, altruista, entregada y digna de elogio y de reconocimiento. Estas cosas hay que decirlas; igual que a veces criticamos las cosas negativas, a veces también hay que exaltar las cosas positivas, y, a mi modo de ver, esta es una cosa positiva, muy positiva.

La comisión está integrada por un elenco de hombres y mujeres juristas de primera categoría, por grandes juristas teóricos y prácticos de esta comunidad; no me atreveré a decir los mejores, pero sí grandes hombres de leyes que combinan y que han sabido armonizar perfectamente los aspectos teóricos de elucubración, de reflexión, de especulación jurídica con las ataduras de la vida real, de la vida práctica, de las exigencias de la aplicación del Derecho. Hay personas muy meritorias a las que desde esta cámara debemos rendir pleitesía y reconocimiento. Presididos, y ya lo dije hace cuatro años cuando en febrero —lo recordaba el señor Bernal hace un momento— tuvimos la ocasión en la anterior legislatura de plasmar, de aprobar otra ley importantísima, la Ley de sucesiones por causa de muerte en Aragón, que emanaba de la misma comisión, y ya lo dije entonces, una comisión presidida —y me ha gustado mucho oírlo en boca del señor Catalá— por un catedrático de Derecho civil, don Jesús Delgado Echeverría, el primer foralista de Aragón vivo en este momento, el primer foralista tras la muerte del maestro Lacruz, el primer foralista de Aragón, un hombre de envergadura científica, un hombre de calidad humana e intelectual contrastadas y un hombre con una capacidad de trabajo, de entrega y dedicación a las cosas aragonesas particularmente meritoria y alabable.

La ponencia, de la que me tocó el honor de ser coordinador, volvió a trabajar por consenso de una forma particular, que, igual que hice el año noventa y nueve, me gustaría resaltar, me gustaría recordar aquí esta mañana. Lo normal en los trámites legislativos es que un Gobierno remita el correspondiente proyecto de ley, que los grupos parlamentarios presenten las enmiendas correspondientes, las que tengan a bien, y que después la ponencia debata sobre esas enmiendas y el texto legislativo y haga lo que a la cámara le parezca procedente, porque en la ponencia están representados con voto ponderado todos los grupos parlamentarios. Ese es el modo normal, esa es la manera normal, y así se solventan todas prácticamente —o casi todas— las leyes que llegan a esta cámara o a cualquier cámara legislativa. Y, sin embargo, aquí se ha modificado el modelo, y pienso que para bien. Igual que hicimos el año noventa y nueve, se llegó por consenso al acuerdo de que la Comisión Aragonesa de Derecho Civil conocería oficiosamente, conocería extraoficialmente las enmiendas presentadas por los distintos grupos, las evaluaría, las estudiaría y nos pasaría —no con carácter vinculante, claro está— con carácter orientador qué es lo que pensaba respecto a todas y cada una de las enmiendas presentadas. Y, efectivamente, nos pasó un informe en el que había un listado de enmiendas: unas que la comisión veía que no había problema que se aceptaran, otras que entendía que podían aceptarse sin quiebro del sistema, aunque la comisión prefería la otra solución, y unas terceras en que no nos desautorizaba para aceptarlas —¡faltaría más!—, pero nos decía que sería problemático para el sistema contemplado en el proyecto de ley la admisión por parte de la comisión, porque introducía algunos factores de discordia, algunos factores de fal-

ta de armonía, algunos factores en los que el proyecto podría chirriar ostensiblemente.

Pues bien, la ponencia respetó este informe, este parecer –repito, no vinculante, meramente ilustrativo, y además nos lo dieron porque nosotros se lo pedimos– de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, lo respetó escrupulosamente. Todas las enmiendas que se aceptaron pertenecían, casi todas, al bloque primero de aquellas que la Comisión decía que no pasaba nada y que incluso algunas enriquecían y mejoraban el texto; muy pocas, tres o cuatro, pertenecían al segundo grupo, y del tercer grupo no se aceptó ninguna por muy amplísima mayoría.

Señores diputados, señores y señoras diputados, ¿es esto dejación de la potestad –no diré nunca soberanía, porque estamos en una cámara territorial–, es esto dejación de la potestad legislativa de esta cámara? No, no. Se mire como se mire, el hecho de que esta cámara colabore y se someta de buena fe y por voluntad a los dictados técnicos de una comisión ajena a la cámara es una forma de colaboración legislativa que tiene precedentes, desde luego –y aquí mismo hace cuatro años–, y que es un aval, es una garantía de la rectitud de procedimiento y de la calidad del producto que salga de ese trabajo en la cámara legislativa. Repito que no hemos inventado nada –no se ha inventado la pólvora–: hay múltiples ejemplos tanto en España como fuera de España en que las cámaras legislativas aceptaron cuerpos legislativos, normalmente códigos, y particularmente códigos civiles, sin entrar en la discusión, porque se entendía que, remitido por un cuerpo técnico (la Comisión General de Codificación en España o las comisiones equivalentes en otros países) que había contrastado suficientemente el proyecto, que remitía un sistema completo, y que cualquier discusión político-parlamentaria y sobre todo cualquier gratuidad respecto a la introducción de elementos ajenos podía quebrar significativamente el sistema, ya da lugar a la admisión en bloque. Aquí no hemos llegado a la admisión en bloque, pero se le parece significativamente.

Y, desde luego, desde nuestra mentalidad parlamentaria, político-parlamentaria, no tenemos que tener ninguna duda, no debemos tener ninguna duda ni sentirnos minusvalorados ni sentirnos vejados bajo ningún aspecto al haber trabajado de esta manera, porque el fruto lo merece y porque el producto que nos remitió la comisión era lo suficientemente elaborado, lo suficientemente pensado, lo suficientemente armónico y sistemático para plasmar esta forma de trabajar.

En nombre de mi grupo y de la cámara, nos felicitamos de que hayamos sabido tener la grandeza, la altura, la categoría y el desprendimiento y hasta la generosidad político-parlamentaria para aceptar un método de trabajo que funcionó bien el año noventa y nueve, que ha funcionado bien ahora y que da lugar a un producto que nos permite a todos sentirnos sencillamente orgullosos; y nos permite sentirnos sencillamente orgullosos porque el proyecto de ley que ahora se va a transformar en ley es un proyecto modélico, va a ser una ley modélica, igual que lo fue la ley del noventa y nueve. Esta Ley de régimen económico matrimonial y de viudedad es un claro ejemplo de cómo en Aragón se sabe legislar a la manera tradicional. Esta ha sido siempre tierra de buenas leyes, de pocas y buenas leyes, que es una de las claves de la buena salud jurídico-normativa de cualquier país. Siempre se ha dicho que los ingleses tienen un buen sistema jurídico que les funciona bien y armónicamente, que está engarzado en el cuerpo social y que produce resultados muy apetecibles porque es un sistema que tiene muy pocas y buenas leyes. Igual que fue el sistema romano; el sistema romano, que es el gran sistema jurídico por antonomasia, fue un sistema de

pocas leyes, sobre todo en la época clásica y en la época republicana, y de muy buenas leyes. Pues Aragón ha sido siempre una tierra de pocas y buenas leyes, y esta buena tradición, esta rica tradición, esta sana tradición la hemos continuado y la estamos continuando con esta ley que hoy vamos a aprobar.

Tuvimos en su día una Compilación –se ha recordado aquí–, la Compilación del sesenta y siete, salida fundamentalmente, aunque no únicamente, de la cabeza y de la pluma del maestro Lacruz, una Compilación que muchos han juzgado –y no sólo desde aquí– como la mejor de las compilaciones de Derecho civil de España: técnica, rigurosa, bien confeccionada y con buena solución de los problemas. Pero el tiempo no pasa en balde; del sesenta y siete aquí ha pasado mucho tiempo, han pasado muchas cosas, y el Derecho es un cuerpo vivo que tiene que adaptarse, como el guante a la mano, a las circunstancias de una sociedad en trance de desarrollo como es la sociedad española en general y la aragonesa en particular.

Y, por lo tanto, algunas de las cosas de la Compilación, contrastadas con la realidad, habían quedado insuficientes, inadecuadas, se habían quedado estrechas, los acontecimientos habían rebasado el cuerpo mismo de la Compilación y había lagunas, había discusiones en la doctrina y entre los juristas prácticos, había decisiones jurisprudenciales que tenían que recogerse en la nueva normativa y había sobre todo una voluntad y un propósito de expandir los dos grandes bloques de nuestro Derecho civil que son característicos, que son idiosincrásicos, y que revelan como ningún otro bloque las características, la sustancia de nuestro particular Derecho civil: son el bloque sucesorio, que fue cubierto con la ley del año noventa y nueve, y el régimen económico matrimonial, que va a ser cubierto a través de esta ley.

Porque curiosamente, teniendo una buena Compilación y teniendo un buen Derecho en Aragón, el Derecho aragonés no se extiende, como pretenden otros Derechos civiles, forales –por ejemplo, el catalán–, a abarcar toda la panoplia, a abarcar todo el campo, el campo inmenso del Derecho civil, sino que el Derecho civil aragonés actual se circunscribe en buena medida a lo que ha sido siempre: Derecho de familia y Derecho de sucesiones, y, dentro del Derecho familiar, particularmente el régimen económico del matrimonio. Y aspira a pocas cosas más. No sé en el futuro –a lo mejor llegamos a tener un Código civil de Aragón, a lo mejor–, pero, desde luego, no estamos planteando la actualización, la modernización y el desarrollo de nuestro Derecho civil aragonés con grandezas imperiales, con grandezas de plenitud, con grandezas de cobrar ahora o de conseguir ahora lo que históricamente no nos habíamos planteado. A veces da pena que otros Derechos civiles forales –particularmente el catalán– pretendan correr en unos pocos metros, en unos pocos años, lo que no fueron capaces de correr en muchos siglos de desarrollo histórico.

Aquí, en Aragón, no está pasando esto, ni previsiblemente va a pasar mientras los proyectos nos los siga remitiendo una comisión tan ponderada, tan equilibrada, tan con los pies en el suelo, tan realista y tan consecuente como es la Comisión Aragonesa de Derecho Civil. No creo que corramos ese peligro. Por el contrario, estamos corriendo –entre comillas– la gran ventaja de que los pocos proyectos que nos remiten –dos hasta ahora, y no habrá muchos más; habrá alguno, pero no muchos más– son proyectos que responden a nuestra mejor tradición, que responden a lo que es típicamente aragonés, a la visión jurídica de las cosas aragonesas con soluciones históricas aragonesas, pero, claro está, puestas al día. Y este es el mérito de esta ley que hoy vamos a aprobar, que es una ley de actualización.

Cuando a veces nos preguntan: ¿y en qué va a modificar la vida de los aragoneses? Pues a mí me ponen en un brete. Digo: “En nada, en nada”, porque la vida jurídica de los aragoneses en este aspecto está bien regulada, está suficientemente cubierta. Lo que pasa es que ahora va a estar mejor regulada y más cubierta, porque se cubren detalles, se cubren aspectos que no estaban, se evitan contradicciones, se resuelven problemas, se da acogida a indicaciones que vienen de la doctrina, que vienen de los juristas prácticos, notarios y registradores, que vienen de la judicatura, y, en consecuencia, tenemos un texto moderno, tan moderno que, como recordaba el señor Catalá, se ocupa de cosas como las participaciones en los fondos de inversión –¡casi nada!; de esto no se podía haber ocupado Jaime I, con toda seguridad–. Se está ocupando de las cosas que nos ocurren hoy y que pueden tener incidencia en la vida económica del matrimonio. Y lo está haciendo, lo hace, con rigor, con precisión, con altura, con sistema y con coherencia. Por lo tanto, aunque no se note significativamente en la vida de los aragoneses, sí se va a notar en la vida colectiva, porque vamos a tener una red de seguridad mayor de la que tenemos, una red que permita ordenar este tema –no es cualquier tema–, el régimen económico del matrimonio, con amplitud, con generosidad, con sistema, con coherencia y con llenamiento de todos aquellos puntos dudosos debatidos, porque los había y los hay bastantes, que encuentren una solución adecuada en el texto que nos remite la comisión.

Pienso, pues –y con esto termino, señor presidente–, que, junto a la Ley del año noventa y nueve, las Cortes de Aragón se pueden colocar el blasón, se pueden colocar la orla de haber contribuido y haber sido protagonistas con la ayuda inestimable desde fuera, como se hacen las buenas cosas... Las buenas cosas nunca son obra exclusivamente de una persona, de un grupo o de un colectivo; siempre son fruto de la cooperación y del trabajo en común, y aquí han trabajado en común la comisión con las Cortes a plenitud, sin un resquicio, sin un chirrido, sin un conflicto, y el producto es el que tenemos a la vista. La ley del año noventa y nueve y esta Ley de régimen económico del matrimonio son probablemente las dos más importantes leyes civiles aragonesas aprobadas aquí –porque la Compilación fue aprobada en Madrid– que Aragón ha conocido en los últimos siglos, y no pocos siglos, en los últimos siglos.

El haber sido partícipes todos y cada uno de nosotros en este propósito, el haber sido partícipes todos y cada uno de nosotros en este logro, creo que, como parlamentarios, como políticos, como aragoneses, nos tiene que llenar de satisfacción, de alegría y de legítimo orgullo; el haber dado a nuestra tierra una aportación jurídica que entronca, que engarza con nuestra mejor historia y que abre, de cara a la regulación de esta materia, un panorama lleno de sensatez, lleno de equilibrio y en el que, indudablemente, habrá problemas y habrá cuestiones, y será mejorable con el tiempo, pero que hoy por hoy, como decía, nos da una red de seguridad jurídica altamente estimable, meritoria y alabable.

Muchas gracias, señor presidente.

III. Vigencia de la nueva Ley

1. Promulgación, publicación y entrada en vigor de la nueva Ley.

El *Proyecto de Ley de régimen económico matrimonial y viudedad* aprobado por el Pleno de las Cortes de Aragón, en sesión celebrada los días 6 y 7 de febrero de 2003, se publica en el BOCA número 295, de 13 de febrero de 2003.

El 12 de febrero de 2003, el Presidente del Gobierno de Aragón, Marcelino Iglesias Ricou, en nombre del Rey y como Presidente de la Comunidad de Aragón, promulga la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad, aprobada por las Cortes de Aragón, y ordena se publique en el *Boletín Oficial de Aragón* y en el *Boletín Oficial del Estado*, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20.1 del Estatuto de Autonomía.

El *Boletín Oficial de Aragón* número 22, de 24 de febrero de 2003, publica la *Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad*; también la publica el BOE número 62, de 13 de marzo de 2003.

Por indicación expresa de su disposición final tercera, sobre *entrada en vigor*, “la presente Ley entrará en vigor el día 23 de abril de 2003”.

El texto de los artículos 17, 60 y 63 de la *Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad*, ha sido ligeramente modificado por la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona.

2. Derecho transitorio.

El Preámbulo de la Ley dedica el siguiente párrafo a las disposiciones transitorias (28): “Las disposiciones transitorias parten del principio de aplicación inmediata de todas las normas de esta Ley, como parece exigir la índole misma de las modificaciones introducidas, a la vez que señalan que los hechos, actos o negocios relativos a los variados asuntos a que la Ley se refiere sólo se regirán por ella cuando se produzcan con posterioridad a su entrada en vigor. Se añaden dos sencillas reglas sobre comunidad conyugal continuada y sobre la limitación que en caso de existencia de hijos no comunes establecía el artículo 73 de la Compilación”.

(28) La propuesta de disposiciones transitorias, derogatoria y finales fue presentada a la Comisión Aragonesa de Derecho civil conjuntamente por Jesús Delgado Echeverría y José Antonio Serrano García (*Vid.* Acta 156, sesión de 24 de abril de 2002); las disposiciones transitorias propuestas fueron aprobadas por la Comisión, con la única modificación de añadir una coma en la primera, entre “inmediato” y “cualquiera” (*Vid.* Acta 157, sesión de 2 de mayo de 2002), y no sufrieron modificación alguna en la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley.

Por consiguiente, la regla general y principal es la de la disposición transitoria primera, que lleva por rúbrica *Aplicación inmediata*, y dice así:

Las normas de esta Ley serán aplicables de inmediato, cualquiera que fuere la fecha de celebración del matrimonio o de inicio del usufructo viudal, con las excepciones señaladas en las disposiciones siguientes.

En las disposiciones siguientes hay una excepción general y dos excepciones concretas; la general está contenida en la disposición transitoria segunda, que indica que la aplicación inmediata hay que limitarla a los hechos, actos o negocios que tengan lugar o hayan sido realizados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, lo que interpretado *a contrario* indica que todos los hechos, actos y contratos relativos a capítulos, bienes, deudas, gestión, disolución, liquidación y división del consorcio, así como los relativos al derecho expectante y al usufructo de viudedad, si han tenido lugar o han sido realizados antes de la entrada en vigor de esta Ley se rigen por el Derecho anterior, el vigente al tiempo de su producción o realización.

Las excepciones concretas tienen que ver con dos figuras del Derecho anterior que se derogan (la comunidad conyugal continuada y la limitación legal al derecho de viudedad del art. 73 Comp.); al derogarse, desde la entrada en vigor de la nueva Ley ya no podrán surgir por ley nuevas comunidades conyugales continuadas ni nuevas limitaciones legales *ex artículo 73 Comp.*

Pero las comunidades conyugales ya existentes a la entrada en vigor de la nueva Ley no resultan afectadas por la nueva regulación, sino que, por indicación expresa de la disposición transitoria tercera, *seguirán rigiéndose por las normas de la Compilación del Derecho Civil.*

Y lo mismo sucede, en el supuesto de existencia de hijos no comunes del cónyuge premuerto, con la extensión del usufructo de viudedad ya causado a la entrada en vigor de esta Ley: *se seguirán aplicando las limitaciones del artículo 73 de la Compilación del Derecho Civil* (disposición transitoria cuarta).

3. Modificaciones en la Lrem. introducidas por la Ley de Derecho de la persona.

La disposición final segunda de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona (BOA núm. 149, de 30 diciembre), modifica los artículos 17, 60 y 63 de la Ley de régimen económico matrimonial y viu-

dedad para suprimir las referencias a la prodigalidad (o al pródigo) y a la quiebra e introducir alguna otra pequeña modificación relativa a la asistencia (art. 17) y a la declaración de un cónyuge en concurso de acreedores como causa de disolución del consorcio conyugal (art. 63).

El análisis de la reforma del artículo 63 Lrem., que es lo único que en este trabajo nos interesa, lo haremos al hacer la exposición de su contenido.

“Storie di Diritto romano. Origine ed evoluzione di un sistema sociale”, Marie Theres Fögen (Trad. ed. edizione italiana a cura di Aldo Mazzacane). Società editrice Il Mulino. Saggi 635. Bologna, 2005, 230 páginas.

SUMARIO: **I.** PUNTO DE PARTIDA. UNA PROPOSICIÓN ATRAYENTE. **II.** SOBRE LOS ORÍGENES DE LA REPÚBLICA ROMANA. UNA LECTURA DE LA HISTORIA DE LUCRECIA Y BRUTO EN CLAVE ROMANA. **III.** EL PRIMER CAPÍTULO DE LA HISTORIA (ROMANA) DEL DERECHO ROMANO. LA REPRESENTACIÓN DE LA GÉNESIS DEL SISTEMA JURÍDICO ROMANO MEDIANTE EL RELATO DE VIRGINIA Y EL DECENVIRO APIO CLAUDIO. **IV.** VICISITUDES POSTERIORES DEL DERECHO ROMANO. LA DESCRIPCIÓN ROMANA DE LA APERTURA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO A PARTIR DE LA NARRACIÓN DE GNEO FLAVIO Y APIO CLAUDIO EL CIEGO. **V.** NUEVOS ESCENARIOS Y PERSONAJES. CICERÓN Y OTROS OBSERVADORES ROMANOS DEL DERECHO Y SU DESARROLLO. **VI.** ÚLTIMO ACTO. EL ENCUENTRO ENTRE EL VIEJO DERECHO Y LA NUEVA POLÍTICA INSTAURADA POR AUGUSTO. **VII.** EPÍLOGO E IMPRESIONES.

No son pocas las ocasiones en que por el supuesto interés del tema de que por su título se supone que se trata en una obra, por la simple curiosidad intelectual de acercarse a una materia o parte de la misma que se desconoce y a la que en dicha obra parece hacerse referencia, o bien por la necesidad de incrementar un determinado conocimiento al que presuntamente se puede acceder a través de aquélla, el lector raramente ve cumplidas, si no en parte, sí por lo menos en medida mínima, sus justas expectativas intelectuales.

Como es lógico, la sensación de decepción se intensifica en todos aquellos casos en los que el lector indulgente no abandona inmediatamente la lectu-

ra de esa obra que presuntamente tanto prometía, y en un ejercicio de paciencia franciscana, a veces realizado con tenacidad férrea, consigue a duras penas y con evidente esfuerzo terminarla, partiendo quizá de la ilusoria y benevolente presuposición de que, en algún momento de lo que le pudiese quedar de su contenido y antes de llegar a la última de las páginas con que se cierra el volumen, todavía podría encontrar algún elemento que le permitiese variar la opinión negativa que progresiva e irremisiblemente se ha ido formando de la misma.

Con toda razón y evidente justicia, el lector defraudado intelectualmente podrá entonces imputar al autor de la obra la no poco grave ofensa vital de haberle hecho perder definitiva e irrecuperablemente parte de su particular y siempre precioso tiempo, ya fuese el mismo de trabajo o, en su caso, de ocio.

Afortunadamente, a nuestro juicio, no es esta la valoración que cabe hacer de la obra que con el sencillo título de *Römische Rechtsgeschichten*, y el sugestivo subtítulo de *Über Ursprung und Evolution eines sozialen Systems*, magistralmente escrita por la profesora de Derecho romano y civil de la Universidad de Zurich, Marie Theres FÖGEN, ha sido recientemente traducida al italiano por Aldo MAZZACANE en una edición publicada por la Società editrice Il Mulino, dentro de su colección de ensayos, como *Storie di Diritto romano. Origine ed evoluzione di un sistema sociale*. A la misma dedicaremos ampliamente nuestra atención en las páginas que a continuación siguen.

La profesora FÖGEN estructura su obra en seis capítulos, que a su vez aparecen subdivididos en diversos subcapítulos, para los que la autora ha elegido unos llamativos títulos recurriendo de manera consciente a un lenguaje propiamente literario. Dichos títulos de por sí incitan la curiosidad del lector, predisponiéndolo a afrontar con interés la lectura de su contenido, dentro del cual se intercalan diversas imágenes e ilustraciones a las que en ocasiones se le remite, y que sirven a la historiadora para apoyar o ayudar a comprender mejor y de forma más eficaz algunas de las ideas y razonamientos expresados en el volumen.

Por lo demás, el libro se completa con un apéndice de referencias bibliográficas relativas a las fuentes literarias y jurídicas mencionadas en el texto, al que también se añade un índice muy completo y variado de literatura crítica especializada, no exclusivamente jurídica, que posibilita al lector interesado profundizar en cualquiera de los diversos aspectos del contenido que conforma la obra.

I. Punto de partida. Una proposición atrayente

Con el ilustrativo y sugerente título “La antigüedad no nos conoce” comienza el primero de los capítulos que da inicio a la obra, en el que la profesora FÖGEN explicita la intención que motiva su ensayo e indica la hipótesis de trabajo que pretende desarrollar en el mismo.

Utilizando un símil muy expresivo, la autora compara los textos antiguos con las piedras de un edificio, también antiguo y en ruinas, que se pretende restaurar, indicando al respecto que, al llevar a cabo su trabajo de restauración, la historiografía moderna ha operado intentando establecer a través de la denominada crítica de las fuentes un orden, escribiendo una historia racional, lineal y consecuente, que, en su opinión, resulta menos complicada que la presentada en sus textos por los autores griegos y romanos, como por ejemplo ocurre en todas aquellas fuentes en las que se contienen narraciones relativas a historias de Roma realizadas, entre otros, por Tito Livio, Dionisio de Halicarnaso, Diodoro Sículo o Cicerón.

Al contenido de dichas narraciones, que a primera vista se presentan como un cúmulo de informaciones y de fantasías acrecentadas espontáneamente y no sin contradicciones, es al que la profesora FÖGEN dedica a lo largo de su ensayo la atención, pero desde otra perspectiva radicalmente distinta de la tradicional. Y ello por entender que los historiadores modernos, con su labor de selección y ordenación de los textos, utilizando la crítica de las fuentes, han establecido una disposición totalmente artificial, alterando al realizar esa tarea, desde su propia visión presente de la Historia, la que realmente tuvieron y transmitieron en su tiempo a sus coetáneos los antiguos escritores romanos.

Una disposición artificial que la autora, recurriendo nuevamente a un símil, compara con la que el artista Raffael RHEINSBERG realiza en su instalación artística titulada “Die Antike kennt uns nicht”, presentada en la Nationalgalerie de Berlín en el año 1999 dentro de la muestra “Das XX Jahrhundert. Ein Jahrhundert Kunst in Deutschland”. En ella el artista distribuye ordenados sobre un espacio, en un campo rectangular, más de cien fragmentos de piedra de distintos colores y algunos numerados, que recuerdan a antiguos sarcófagos o sepulcros y que aparecen alineados en fila, dispuestos en ángulo recto entre ellos, transmitiendo al observador de la composición una rígida disciplina, al igual que una parada militar. Disposición que lo es artificial tanto en su conjunto –parangonable en sensaciones visuales a la que proporciona una columna de soldados en marcha o formación de parada–, como en las individualidades que componen la obra –piedras que, aun pareciendo antiguas, en realidad no lo son, por tratarse de modernos productos industriales.

Partiendo de la circunstancia de que los textos antiguos y su mensaje no fueron escritos para nosotros, sino para los propios antiguos, que evidentemente ni conocían nuestras propias exigencias ni nuestra particular visión de la Historia, la profesora FÖGEN propone restablecer a través de su obra el que considera como orden original de aquéllos, intentando liberarlos de la que califica como “tiranía de una discriminación que la historiografía de los últimos siglos ha ejercitado sobre ellos, y en amplia medida todavía ejercita”, y que concreta en la “distinción entre hechos y ficciones”, entre lo “auténticamente histórico” y lo meramente “poético”, invitando a los que se atienen

a la misma a olvidarla por entender que, en el fondo, no se trata de demostrar la verdad de unos hechos o de rechazarlos sin más como falsos, sino en algo más.

Las razones que según la autora justifican esta invitación al olvido se encuentran en la circunstancia de que, en su opinión, cuando se dice que el Derecho romano ha gozado a partir de la Ley de las Doce Tablas de un desarrollo lento, gradual, lineal y continuo, sin sorpresas ni sobresaltos, o que, como afirma SCHULZ en su clásica e imprescindible *Historia de la Jurisprudencia romana*, “en la historia de la ciencia jurídica romana no han tenido lugar eventos sensacionales”, no se responde a la verdad.

En opinión de la profesora FÖGEN, tales planteamientos son engañosos, puesto que con los mismos se oculta lo contingente en los eventos históricos, es decir, lo que habría podido suceder de forma completamente diferente a lo que en realidad sucedió.

A su entender, cuando se pregunta por qué ha sucedido algo, por qué se ha pasado de un estado determinado a otro distinto, resulta indiferente el ritmo –que se haya alcanzado ese estado posterior de forma rápida o lenta–; lo realmente importante es el movimiento en cuanto tal y su dirección, el cuándo, cómo y por qué entre esos dos estados –anterior y posterior– han intervenido las variaciones que han hecho posible propiamente la selección reconocible en la forma presente, es decir, las condiciones que han hecho posible esa evolución.

Desde estas premisas, la profesora FÖGEN anuncia que emprende en su obra la tarea de “(d)escribir” la historia del Derecho romano como historia de su evolución, es decir, la historia de la evolución del Derecho romano como sistema social, tomando para ello en consideración, no ya el que califica como atuendo biológico-genético, la constitución psíquica e intelectual, o las actitudes y elecciones de los actores y autores del Derecho romano, como por ejemplo Labeón, Ulpiano u otras personalidades, sino las comunicaciones, es decir, las “observaciones que se pueden observar”; en definitiva, sólo las “observaciones de los observadores precedentes”, que, contenidas en las “fuentes”, condensan un sistema social.

Así entendida, la Historia del Derecho se concreta para la autora en observar con ayuda del instrumental teórico evolucionístico de variación, selección y estabilización, cuáles fueron las condiciones de posibilidad por las que el Derecho romano llega a ser tal y como lo conocemos en las situaciones históricas y contemporáneas. Y ello sólo resulta factible a partir de las descripciones realizadas por los propios romanos, que, como por ejemplo Livio, desde sus escritos nos refieren los eventos y las circunstancias en que el sistema jurídico romano encontró su origen, por las que el mismo se modificó, y en base a las que aquél se desarrolló, en ningún caso de forma obvia y consecuente, nunca a pasos lentos y graduales, sino más bien e incontestablemente, según la profesora FÖGEN y en atención a las narraciones contenidas en los textos, a saltos, en historias sorprendentes y plenas de sorpresas.

La autora del ensayo propone, en definitiva, una “atrayente posibilidad” que cifra en intentar entender cómo se explicaron los romanos el *iter* seguido hasta llegar a conseguir un derecho propio tan singular, admirable y magistral como lo es el Derecho romano, invitando para alcanzar este propósito a rebelarse frente a la propuesta de lectura selectiva de los textos antiguos tradicionalmente defendida por la ciencia histórica moderna, que propugna la necesidad de “deletrear” a partir de los datos de hecho contenidos en los mismos el que considera como auténtico sentido de las historias que en ellos se transcriben, recurriendo, equivocadamente según la profesora FÖGEN, a la metáfora de las raíces y del crecimiento gradual, destruyendo de esta forma un material que, siendo del único de que se dispone, en opinión de la autora del ensayo, es un material en el que incontestablemente lo que se puede leer son las que califica como “sorprendentes aventuras de la evolución del derecho”.

II. Sobre los orígenes de la República romana. Una lectura de la historia de Lucrecia y Bruto en clave romana

En el capítulo segundo de la obra se contiene la primera de las historias que la autora recoge y analiza desde el planteamiento expuesto.

Se trata de la historia de Lucrecia y Bruto que nos es transmitida por DIONISIO DE HALICARNASO en su *Historia antigua de Roma* (4, 64-85), en la que como es sabido se contiene una referencia a los orígenes de la República romana.

Tras justificar la elección dentro de las fuentes disponibles de la narración efectuada por DIONISIO DE HALICARNASO, optando por sus informaciones antes que por las de otros autores antiguos –contemporáneos al mismo, como por ejemplo es el caso de DIODORO SÍCULO y TITO LIVIO; o posteriores a aquél, como OVIDIO– a consecuencia de su condición de experto conocedor de los sistemas políticos de la Antigüedad, así como por su mayor familiaridad con las doctrinas platónicas y aristotélicas de gobierno, la profesora FÖGEN procede a interpretar la historia transmitida intentando comprender en su esencia la motivación que DIONISIO nos proporciona del tránsito del sistema político monárquico romano al republicano.

Ciertamente la historia de los orígenes de la República romana, en la que Lucrecia aparece ocupando un papel protagonista –siendo, generalmente y por el contrario, silenciado su nombre en las obras de Historia en general e Historia del Derecho romano en particular–, es una historia sensacional, narrada en forma mítica y legendaria, que, según la autora del ensayo de que tratamos, como tal historia sensacional cumple una tarea fundamental: hacer plausible aquello que constituye el capítulo más arduo de una historia de la evolución, que se concreta en aclarar por qué se ha producido la variación –identificable en el caso que nos ocupa con la disolución y sustitución de la Monarquía

por la República; una variación que es resuelta por Dionisio DE HALICARNASO en un evento imprevisto y escandaloso—, entendiendo dicha variación como premisa necesaria y primer acto de cualquier historia de la evolución.

La muerte de Lucrecia, producida en unas circunstancias muy particulares, es el acontecimiento que sirve de exordio a Dionisio DE HALICARNASO para pasar a ocuparse a continuación del cambio político operado.

Tomando la narración que del mismo efectúa el historiador antiguo, la profesora FÖGEN procede a resaltar diversos extremos que se contienen en aquélla y que considera claves para poder interpretarla correctamente.

Así, la autora del ensayo destaca entre otros aspectos el hecho de que Dionisio DE HALICARNASO —tras ilustrar el completo espectro de posibles formas de organización política existentes en ese momento histórico, que describe y hace discutir a los romanos— conteste por boca de uno de los personajes de la narración —en concreto, Bruto— a la pregunta formulada sobre qué nuevo sistema político sustituiría al monárquico originario, reforzando la circunstancia de que la opción elegida entre las diversas factibles —sistema político republicano— no se realizó de forma obligada —“por necesidad natural”, según sostienen algunos historiadores modernos—, sino de manera voluntaria. Es decir, que Roma opta por la República como podía haber optado por cualquier otro sistema político.

En cuanto a la cuestión referente a cómo se lleva a cabo esa opción, la profesora FÖGEN resalta la circunstancia de que Dionisio DE HALICARNASO ralentice en su narración el desarrollo de los acontecimientos.

Según la autora del ensayo, para Dionisio, la transformación política decidida —acogida al principio temerosamente y sin júbilo, por desconocerse si dicha elección efectuada era en realidad la equivocada— requería tiempo y tranquilidad. No podía hacerse de una manera rápida y radical, por considerar que esta forma era ajena tanto a la Historia anterior como a la más cercana a su tiempo —cabe al respecto recordar que Dionisio vivió y enseñó en la segunda mitad del siglo I a. C.—, época ésta en la que, como es sabido, Augusto había emprendido sin perturbaciones y con éxito el camino inverso de la República al Principado.

Dado que la Monarquía debía ser sólo “modificada” y no “perturbada”, estableciéndose la República sin rupturas ni revoluciones —el concepto de revolución, recuerda la autora, se presenta como una solución moderna, ajena a los romanos en su significante y significado—, la siguiente pregunta que surge, y a la que Dionisio da respuesta en su narración, es la relativa al modo utilizable para, desde las coordenadas indicadas, establecer ese nuevo orden.

En cuanto a la misma, la profesora FÖGEN destaca el interés de Dionisio por respetar la más estricta legalidad, el *nomos* y la tradición.

En este sentido, según la autora del ensayo, Dionisio entiende que el fundamento más aceptable para alcanzar la nueva forma de gobierno es el voto del pueblo romano; un voto popular ordenado y no revolucionario que únicamente puede ser solicitado si un magistrado convoca al pueblo “en razón de su propio oficio”.

Dicha tarea se atribuye en la narración a otro de los personajes, Bruto, que, por su condición de *tribunus celerum* –magistrado auxiliar del *rex* en la organización política de la Monarquía romana, encargado del mando de la caballería–, tendría el derecho de convocar a la Asamblea popular y nombrar un *interrex*.

Precisamente será la figura del *interrex* la que, en opinión de la profesora FÖGEN, elimine en el relato de Dionisio DE HALICARNASO el que califica como “molesto dilema del nacimiento del nuevo estado”, que se concreta en la necesidad de tener que optar o bien por suponer que dicho nuevo sistema ha surgido de la nada –lo cual resultaría imposible de creer–, o en su caso de la mera fuerza –lo que sería inaceptable.

Según la autora, el *interrex* –en la narración de Dionisio es Lucrecio, el padre de Lucrecia– sirve para poner de manifiesto que ya en el antiguo orden precedente, anterior al instaurado, existía un “metaordenamiento” capaz de ofrecer soluciones a situaciones tan graves como la planteada. En el mismo se contiene una figura que resuelve el problema de vacío surgido: situándose entre dos situaciones políticas distintas –sistema monárquico y sistema republicano–, el *interrex* sirve para unir las, para engarzarlas.

En opinión de la profesora FÖGEN, esta “apasionada” propensión de los historiadores antiguos, tendente a la tranquilizadora continuidad, resulta particularmente apreciable en la narración que Dionisio realiza de los orígenes de la República romana, presentándola en su estructura política fundamental como un simple cambio en el nombre del cargo máximo –de *rex* a *consul*– con su consiguiente desdoblamiento –un recurso al que se volverá a acudir en la Historia romana más adelante.

Corolarios de la citada continuidad, como evidente peso del pasado y de la tradición, lo serán la conservación del antiguo término de *rex*, así como la de las antiguas *leges regiae*.

Dionisio y Livio –el último en su exposición de la Historia romana *Ab urbe condita*– se hacen eco de esta circunstancia, describiendo en opinión de la profesora FÖGEN con “lúcida brevedad” el tránsito de la conservación de la tradición al desapego de la misma.

Así, tras elegir un *rex sacrificulus* –“por sagrada costumbre” dice Dionisio hablando del *rex sacrorum*; “para que no se sintiese del todo la falta de los reyes”, según Livio–, conservando la antigua denominación se procede a alterar la función desempeñada por la figura inicial. El *rex* se asocia entonces a *religio*, produciéndose de esta forma precozmente la separación entre política –a la que a continuación se hará inmanente el derecho– y religión, estableciéndose, por una parte, para la religión, un cargo supremo, privado de funciones políticas, e instituyéndose, por otra, junto al citado cargo, otros dos cargos políticos laicos –los cónsules–, surgidos a partir del desdoblamiento de la figura del antiguo *rex* romano.

Aún a pesar de seguir teniendo en cuenta la voluntad de los dioses también dentro del ámbito político republicano, recurriendo a los mismos por me-

diación de los *haruspices* cuando resultaba necesario tomar decisiones políticas en situaciones de grave incerteza, no se producirá durante dicha época –como por el contrario sí ocurrirá en otras sociedades antiguas, y desde el Medievo europeo hasta la Edad Moderna– un acoplamiento del poder terreno al divino. El razonamiento sobre el origen divino del poder político sólo se inició en Roma cautamente en el Principado de Augusto, reforzándose más tarde a consecuencia de la creciente cristianización del Imperio.

Por lo que se refiere a las *leges regiae*, en las que, como es sabido, se contenían fundamentalmente prescripciones para el culto y preceptos sacros, su promulgación será calificada por la mayor parte de los antiguos escritores romanos –Livio y Dionisio, entre otros– como un evento positivo, perdurando en el tiempo, al igual que el título de *rex*, como una herencia del pasado, que se conservará como un tesoro de citas para el ordenamiento religioso.

Sin embargo, para los juristas, como destaca la profesora FÖGEN, la existencia de estas leyes monárquicas en la época republicana, aunque modesta, resultó incómoda. Por ello, según se aprecia en Pomponio, los propios juristas romanos, necesitando disponer de libertad en su camino para poder confeccionar un nuevo derecho, decidieron dar a las *leges regiae* el golpe de gracia, haciendo tabla rasa y señalando un punto inicial en la historia del Derecho romano, que sería posteriormente destacado como un derecho republicano, laico, profesional y civil.

Seguidamente, tras proponer la sustitución en las narraciones de Dionisio y Livio del nombre de Lucrecia por el término *res publica* –con el que los romanos, según nos recuerda, designaron a su “Estado”, ya fuese monárquico o republicano–, la autora del ensayo procede a resumir de forma casi completa la leyenda de la fundación de la República romana en el que considera como el sentido más apropiado posible con que los antiguos pretendieron transmitirla.

Manifestando sus dudas respecto a la correcta comprensión de la narración, la profesora FÖGEN resume el relato en los que, a su entender, serían los siguientes términos: “Según la experiencia humana todo habría quedado como estaba. El cambio es inverosímil. Sólo un escándalo provoca la concitación y la atención correspondiente, sacude el mundo y sacude a los romanos. La consecuencia es que (casi) todo resulta posible. Nada se puede decidir y ninguna selección justificar. La vía de escape de una situación abierta se encuentra en cambiar los nombres y desdoblar la antigua estructura. El dato existente, el rey, aparece desdoblado: dos cónsules. Antes existía todavía la realidad simple de un sistema político con un soberano. La duplicación hace aparecer la realidad por segunda vez, como *nueva realidad política organizada* con dos soberanos. El poder, que se encontraba todavía en un estado casi natural, se transforma en un poder planificado por los hombres, plasmado, estructurado y legitimado. La muerte de Lucrecia es el dispositivo de arranque de la variación y el símbolo fuerte de la separación de un pasado impuro”.

A la que presenta como su particular interpretación de la narración, formulada desde los postulados de la teoría de los sistemas de la evolución, la autora del ensayo añade otras diversas y curiosas visiones de la leyenda aportadas desde las artes figurativas por algunos pintores cuyos trabajos –de los que con acierto intercala varias reproducciones entre el texto– se enmarcan entre los siglos XV y XVIII.

Así, desde la que califica como “mirada curiosa más allá del muro”, y sin pretensiones de intentar analizar las obras pictóricas según la “ley del arte”, la profesora FÖGEN intenta encontrar en ellas una amplia contribución interpretativa histórica que compense la carencia de las escasamente ofrecidas por la historiografía.

Tras realizar un interesante e instructivo recorrido por obras de autores como Sandro BOTTICELLI –*Ataúd nupcial* (1490 aprox.), Gardner Museum (Boston)–, Ambrosius HOLBEIN –*Lucrecia* (1516), Abadía de St. Georgen (Stein am Rhein)–, Lorenzo LOTTO –*Lucrecia* (1533 aprox.), National Gallery (Londres)–, Hendrik GOLTZIUS –*Lucretia*, grabado (1578 aprox.)–, Marco Antonio RAIMONDI –*Lucrecia*, grabado de una pintura de Rafael (1508-1511), Bibliothèque National (París)–, Lucas CRANACH EL VIEJO –*Lucrecia* (1532), Gemäldegalerie der Akademie der bildenden Künste (Viena)–, o REMBRANDT –*Lucrecia* (1666), Institute of Arts (Minneapolis)–, la profesora FÖGEN llega a la conclusión de que, frente a lo que ocurre en el Renacimiento –en el que, como se puede apreciar a través del cuadro de BOTTICELLI, las secuencias de la historia trazadas por Livio y Dionisio se mantienen, fluyendo de forma vistosa el genuino mensaje político contenido en sus narraciones, aun atenuándose en pequeña medida el papel preeminente que Lucrecia ocupa en aquéllas–, los grandes Maestros del siglo XVI han seccionado definitivamente la narración de la Antigüedad, olvidándose del acontecimiento histórico y político, y dedicándose con pasión a un único aspecto distinto y separado de los mismos, identificable con la belleza y el erotismo de Lucrecia.

Según la autora del ensayo, con su interpretación antes estética que histórica, cuando el arte abandona en el siglo XVI la historia antigua –“la historia del arte, que no era y no es el arte de la Historia”–, se pone de manifiesto algo que por generalmente conocido no deja de ser importante recordar, y es precisamente que “el emite de una comunicación pierde todo el control sobre el destino de la misma”.

En el caso que nos ocupa nos encontramos con una Lucrecia que –ante la que supuestamente sería incompreensión, si no disgusto, por parte de Dionisio y Livio– no comete más el suicidio por la pureza de la República, y que tampoco provoca más en los espectadores conmoción política, sino, simple y llanamente, excitación erótica.

Las consideraciones que sobre la interpretación de la historia de Lucrecia son realizadas por los indicados pintores se completan por la profesora FÖGEN con una referencia a otro cuadro de CRANACH, titulado “La Justicia” –(1537), Fridart Stichting (Amsterdam)–, en el que la representación de la

diosa Justicia es casi idéntica a la *Lucrecia* pintada por el mismo autor cinco años antes.

A partir de esta identidad –perfectamente apreciable en los rasgos físicos y otros adornos que acompañan a ambas figuras–, la autora del ensayo se formula diversas preguntas, que traslada al lector, sobre el que parece presunto paralelo establecido por el artista entre Lucrecia y la Justicia, presentándolas como dos caras de una misma moneda, en principio idénticas, pero, paradójicamente y al mismo tiempo, distintas, que desde la unidad permiten descubrir la diferencia: ¿ha pretendido CRANACH ilustrar lo que los romanos han narrado, referido a que de la muerte injusta de Lucrecia surge la Justicia?; ¿que del suicidio de la *res publica* impura nace la *res publica* luminosa, estimulante y amenazante a la vez, al empuñar la espada?; ¿que una no puede darse sin la otra?

Finalmente, el primer capítulo del ensayo que nos ocupa se cierra por la profesora FÖGEN con diversas apreciaciones sobre el epílogo que completa las narraciones de Livio y Dionisio relativas a la historia romana del origen de la República.

En opinión de la autora del ensayo, la tragedia contenida en la parte final de dichas narraciones, en la cual intervienen exclusivamente hombres –condena a muerte por parte de Bruto (cónsul y padre) a dos de sus hijos, que son ejecutados por haber formado parte de una conjura (tramada en el mismo año 509 ó 508 a. C.) tendente a restaurar la Monarquía–, sirve para poner de manifiesto ante una situación comprometida –identificable con la complicada elección para Bruto entre deber y amor paterno, entre ley y sentimientos paternos– la estabilidad y el correcto funcionamiento de un sistema político como el republicano, recién instaurado, que no es paternalista –como demuestra la decisión “*contra natura*” de Bruto; una decisión violenta, pero conforme a la ley–, ni hereditario, sino “igualitario” y “fraterno”, y en el que, según Livio, el imperio de la ley debe ser más fuerte que el mero poder de los hombres.

III. El primer capítulo de la Historia (romana) del Derecho romano.

La representación de la génesis del sistema jurídico romano mediante el relato de Virginia y el decenviro Apio Claudio

La expiación de un pasado impuro, primero; la fundación sin mancha de la República, después; y, finalmente, la primera batalla victoriosa contra el intento de revisar la decisión política tomada, concatenados sucesivamente, darán lugar a la apertura del que la profesora FÖGEN califica como primer capítulo de la Historia del Derecho romano, al que la autora dedica su atención en el tercero de los seis en que se estructura su ensayo.

Dicho capítulo se inicia con una referencia a la narración que de la historia de Virginia (año 449 a. C.) nos proporciona Tito LIVIO en su Historia de Roma *Ab urbe condita* (3. 44-48).

Antes de proceder a su análisis, la autora del ensayo justifica la elección del papel de Livio como narrador, frente a Dionisio DE HALICARNASO o Diodoro SÍCULO –que también narran la historia de Virginia como patrimonio consolidado del acervo de tradiciones romanas, pero a los que sólo recurre ocasionalmente en algunas partes del capítulo– por el carácter esencialmente jurídico de lo tratado y por estar el citado Livio mucho más familiarizado con la terminología técnica del Derecho de Roma que Dionisio y Diodoro.

El enorme horror que produce a Livio no sólo el final despiadado de una virgen irreproachable como Virginia, la protagonista de la narración, sino sobre todo la impactante infracción del derecho cometida por un juez romano –Apio Claudio en la historia–, que infringe un precepto contenido en una ley que ha sido promulgada por él mismo –recogido en la Ley de las Doce Tablas; precepto éste del que nos dará cuenta con indignación en referencia al episodio de Virginia, dos siglos después de Livio, también el jurista Pomponio en D. 1.2.2.24–, proporciona a la profesora FÖGEN un motivo para, antes de referirse a Virginia y su destino, realizar una serie de indicaciones respecto a diversas cuestiones relativas a la mencionada Ley de las Doce Tablas, de la que recalca su importancia al presentarse como el punto de partida o fundamento de toda la Historia del Derecho romano.

En primer lugar, la autora procede a señalar en un epígrafe de su ensayo –que significativamente titula “Una historia romana”– el modo en que los antiguos romanos, Livio, Diodoro y Dionisio, nos transmiten la información correspondiente al proceso de formación de las Doce Tablas, intentando explicar cómo las mismas alcanzaron y conservaron durante muchos siglos su fama extraordinaria.

A la que la profesora FÖGEN califica como “Historia romana” contraponen, a continuación, la que en el siguiente epígrafe de su libro denomina “Historia romanística”, en referencia a la visión que tradicionalmente han venido aportando los historiadores modernos sobre algunos aspectos de las Doce Tablas y las vicisitudes sufridas por la mencionada Ley a lo largo del tiempo.

La autora comienza destacando el convencimiento por parte de la historiografía moderna de que los romanos no supiesen nada de su historia arcaica. Con tal motivo y ante las dudas suscitadas, los historiadores modernos se han dedicado a discutir y cuestionar, por considerarlos increíbles y legendarios, muchos de los datos transmitidos en las narraciones que Livio, Diodoro y Dionisio realizaron sobre la historia de Virginia, Apio Claudio y las Doce Tablas.

Una historia que, acudiendo a la distinción entre lo “auténticamente histórico” y lo “completamente poético”, ha sido eliminada de sus obras y estudios por la historiografía moderna, pero de la que, en opinión de la profesora FÖGEN, paradójicamente se ha venido salvando un dato que se considera por los historiadores modernos como “auténticamente histórico”: las Doce Tablas fueron redactadas realmente, y ello sucedió a mediados del siglo V a. C.

Para defender este dato, demostrando la “autenticidad” de las Doce Ta-

blas y sustrayéndolas a la criba de textos, realizada fundamentalmente a partir de la crítica de las fuentes, se llevaron a cabo numerosos y sorprendentes estudios –arqueológicos, filológicos, comparatísticos– durante los siglos XIX y XX, transformando, según la autora del ensayo, el desordenado jardín arqueológico disponible en un moderno y ordenado campo de Rheinsberg, dando a su vez lugar a nuevas historias y valoraciones de las mismas, y concediendo hasta nuestros días a la Ley, entre otras consideraciones, la de “Carta Magna” de la moderna historia del Derecho romano.

Una consideración –la de las Doce Tablas como Ley fundamental– que no sólo le otorgan los romanistas modernos, sino que, como es sabido, también le concedieron los propios romanos, como por ejemplo atestigua Cicerón (*De Oratore* I. 43-44; *De legibus* 2, 23, 59).

Precisamente a partir de la paradójica configuración de la Ley de las Doce Tablas como un “texto virtual” –“virtualidad” entendida en sentido físico, material–, la profesora FÖGEN vuelve a establecer nuevamente un sintomático paralelismo entre romanos y romanistas.

Así, en relación a los romanos, la autora del ensayo señala que, a pesar de que ninguno atestigua haber visto las Tablas –respecto de las que nos recuerda que ni siquiera existió acuerdo en cuanto al material en que la norma presuntamente se encontraba contenida: madera, bronce, marfil o piedra–, significativamente preparadas sesenta años tras la fundación de la República y supuestamente desaparecidas de forma misteriosa también otros sesenta años después del incendio de los Galos, muchos romanos, juristas y no juristas, sin embargo, afirman su existencia, dándonos cuenta –por separado y con desconocimiento recíproco de sus informaciones– de sus disposiciones, refiriéndonos incluso algunos de sus preceptos, que habían memorizado y que volvieron a poner por escrito, citándolos ya desde el siglo I a. C.

Por lo que se refiere a los romanistas, la profesora FÖGEN nos recuerda que, desde la inexistencia de cualquier sílaba original del texto de las Doce Tablas y simplemente en base a la veneración profesada al texto tanto por los juristas como por los literatos romanos, a partir de Hotman (1564) y Godofredo (1616), más adelante Dirksen (1824), Schoell (1861/1866), o recientemente Voigt (1883) –a cuyas obras también se refiere la autora en cuanto a la cuestión que nos ocupa en su ensayo–, diversos estudiosos se han venido esforzando en intentar reconstruir dicho texto. Un texto lejano, que ya al tiempo de la República romana era virtual, y al que según la profesora FÖGEN la investigación moderna ha procedido a “codificar” y “canonizar”.

Sin embargo, en opinión de la autora del ensayo, en esta forma de proceder resulta apreciable una evidente contradicción, puesto que, a su entender, la historiografía política y jurídica moderna, sin excepciones, repudiando la historia del proceso de Virginia por entenderla como un mero fruto de la fantasía, ha procedido, por ejemplo, a reconstruir el texto de la Tabla VI,6 –en el que, según los autores, se aludiría al proceso sobre la condición de libre o esclava de una persona– a partir de la narración que de dicho proceso

sobre la condición de Virginia realiza Livio en su obra, “canonizando” de esta forma lo que anteriormente había sido rechazado.

Por tanto, para la profesora FÖGEN, de la confrontación entre la historia romana con la historia romanística de las Doce Tablas se puede extraer la conclusión de que la romanística moderna ha destilado de la original una historia crítica clara, que posteriormente ha engalanado con las nuevas maravillas y los mitos de la “responsabilidad humana” y del “carácter romano”; sin creerse casi nada de lo que narran los antiguos, paralelamente ha custodiado, al igual que ellos, la firmeza en la fe de que en el año 450 a. C. las Tablas se encontrasen realmente expuestas en el Foro.

Todo ello, en opinión de la autora del ensayo, justifica la necesidad de volver a acudir a la historia romana de las Doce Tablas, de la que nos dan cuenta a través de la memoria en sus escritos los antiguos romanos, antes que a la narración árida que nos proporcionan los romanistas.

En el inicio de la narración de Livio, a la que retorna la profesora FÖGEN con la finalidad de proceder a su análisis, se encuentran las duras luchas entre patricios y plebeyos, que son resueltas con una codificación del Derecho según el ejemplo griego.

Estas huellas de la influencia griega, del contacto de los romanos con los griegos, que forman parte con variaciones de todos los relatos romanos sobre las Doce Tablas, conducen a la autora a establecer una identidad entre el contexto en que se forjó la señalada historia de la Ley de las Doce Tablas y el de la legislación de Solón (siglo VI a. C.), llegando a la conclusión de que Livio, al escribir su historia del Derecho romano, toma en préstamo un pasado ajeno, del que obtiene un derecho importado del exterior y no originario de Roma.

Preguntándose sobre el porqué de este peculiar modo de actuación, la profesora FÖGEN estima que la hipotética respuesta quizá pudiese encontrarse en la circunstancia de que Livio en realidad desconocía la antigua historia romana, así como el propio origen del Derecho romano, por lo que para explicarlo, localizándolo inicialmente en las Doce Tablas, recurrió a la cercana cultura griega, comprendiéndose de esta forma la referencia que a la embajada a Grecia y la importación del derecho realiza en su narración.

La autora del ensayo también intenta a continuación buscar una explicación al hecho de que tanto Livio como Dionisio decidieran elegir el bronce como soporte físico sobre el que se realiza la primera disposición del Derecho romano por escrito.

Siendo improbable su utilización en el siglo V a. C., en el que los materiales que solían emplearse para contener la escritura fueron la piedra, o tablas de madera enceradas o blanqueadas, la profesora FÖGEN estima que Livio y Dionisio eligieron el bronce, frente a los anteriores materiales, por tratarse del más seguro y estable –las tablas de bronce podían extraviarse, pero no romperse o destruirse–, que garantizaba la autenticidad de su contenido –las incisiones realizadas en bronce no se podían falsificar o eliminar; ni tampoco

introducir añadiduras a aquéllas– y otorgaba cuerpo a la existencia misma del derecho.

Junto al soporte material al que se alude en las narraciones romanas, la profesora FÖGEN también se refiere en su ensayo al inmaterial, identificable en este caso con la memoria de que Cicerón nos habla en sus escritos.

Según la autora, los romanos dejaron que se perdiesen sus Tablas, pero dicha pérdida no supuso un desastre, puesto que en su lugar se colocó la memoria, sobre la que se fijó el texto, haciéndose éste transportable y legible por cualquiera, tanto en Roma como fuera de Roma, contemporáneamente o no, por todos los portadores de la memoria.

La historiografía romana, en opinión de la profesora FÖGEN, hizo bien en hacer desaparecer las Tablas, no solamente porque nadie podía testimoniar haberlas visto, sino, sobre todo, para que muchos ciudadanos, y también muchos juristas, pudiesen a lo largo de los siglos, sin que se perdiesen o dañasen, llevar copias de las mismas en su memoria, citar el texto, volverlo a escribir, comentarlo e interpretarlo, sin tener que acudir al Foro romano, o transportarlo materialmente.

Otro de los detalles de la narración que sobre la Ley de las Doce Tablas nos proporcionan los antiguos romanos, en que detiene su atención la profesora FÖGEN, es el del carácter escrito del primigenio Derecho romano.

En cuanto a las razones por las que los romanos optaron por colocar la escritura en el inicio de su derecho, la autora señala que, frente a la oralidad –la duración en el tiempo, el mantenimiento estable del derecho transmitido oralmente es el ritual repetido de manera inmutable–, la escritura, además de fijar de forma unívoca el derecho, presenta la ventaja de no circunscribirse a tiempos y lugares determinados, pudiendo el texto escrito ser leído por distintas personas en momentos temporales y lugares distintos y distantes.

Según la profesora FÖGEN, esta posibilidad que ofrece la escritura da lugar a que se produzca una consecuencia desconocida al rito, que se concreta en la aparición de una nueva distinción entre texto invariado/invariable, por una parte, y sentido/interpretación, por otra; por el contrario, en el rito, en el derecho oral, “texto” y “significado” se encuentran presentes en el mismo acto, son un todo único.

El texto fijado con signos unívocos mediante la escritura obliga, en opinión de la autora, a una nueva comprensión del mismo cada vez que se repite su lectura, dando lugar al trabajo de la hermenéutica, ocupada de realizar la búsqueda y determinación de su sentido. De esta manera, del texto original surgen nuevos textos, haciéndose necesario establecer los mecanismos oportunos –vinculación a la letra, rígidas prescripciones de forma– para controlar dicho proceso.

Paradójicamente, como destaca la profesora FÖGEN, las finalidades de claridad, precisión y “certeza del derecho” que se persiguen con los textos escritos albergan justamente las expectativas contrarias, puesto que inevitablemente provocan una diferencia entre texto e interpretación, entre letra y espíritu

de la ley, entre interpretación auténtica y secundaria, entre opiniones dominantes y subordinadas; algo de lo que agudamente ya se dio cuenta en su momento Pomponio –según señala en D. 1.2.2.5–, y que también recogieron otros juristas romanos al establecer una distinción, por ejemplo, entre *videtur* (se cree) y *constat* (se tiene por cierto), o entre *verum* (es verdad, es cierto) y *verius* (pero es más cierto), lo que resulta impensable en las culturas de tradición oral.

A través de la interpretación, mediante la que se abre un amplio horizonte, y que cada vez se hace más compleja, se produce la complejidad del texto, pero el propio texto debe a la vez mantenerse estable, siendo ésta la tarea desarrollada en opinión de la autora por la jurisprudencia romana, el arte que han ejercitado los juristas al trabajar durante siglos con el mismo texto legislativo y, al mismo tiempo, ampliarlo con miles de interpretaciones de las que surgían nuevos textos que no necesitaban la dignidad de leyes.

Para la profesora FÖGEN no solamente el texto escrito y la diferencia establecida entre la letra y sentido –interpretación– del mismo fueron los elementos que permitieron la bimilenaria evolución del Derecho romano. También la vinculación a un texto y la contemporánea discusión de otros razonamientos no jurídicos fueron los que especialmente pusieron en marcha esa evolución.

En este sentido, la autora destaca, frente a lo que ocurre en otros pueblos de la Antigüedad, como por ejemplo el hebreo, la ausencia de dioses en la redacción de las Tablas romanas, señalando que el acto de legislar y el contenido del derecho legislado son presentados por Livio como obra exclusiva de los hombres, a partir del consenso entre patricios y plebeyos, con un sentido íntegro y sorprendentemente profano incluso para los tiempos en que escribe el propio Livio.

Al igual que los dioses, los filósofos también se encuentran en Roma –frente a los griegos, y hasta Cicerón– ausentes de la legislación, motivo éste por el que no se relativizó –como en su momento hizo Platón– la ley humana bajo lo que aparece como la justa relación con un orden superior de leyes no escritas, ni se renunció a la validez y obligatoriedad exclusivas y generales del texto escrito.

No obstante lo indicado respecto a la precoz y decidida escisión entre religión y derecho, que entre otros factores confirió al último la autonomía necesaria para su desarrollo posterior, la profesora FÖGEN considera que la afirmación realizada en base a la misma, en el sentido de entender que los romanos –Livio y sus contemporáneos– fueron los inventores de un derecho positivo no necesitado de una consagración más alta, o, con otras palabras, que aquéllos fueron, en definitiva, los inventores de la positividad del derecho, es aventurada y errónea, puesto que la idea de que el derecho no encuentra necesidad de legitimación nada más que en su confección por parte de los hombres no tendrá lugar antes del siglo XIX, e incluso después de dicho siglo no se presenta como incontestada.

Según la autora del ensayo, también en la narración sobre las Doce Tablas de Livio se encuentra presente un ordenamiento superior, en este caso escondido en los detalles.

A determinados detalles numéricos de la narración se refiere la profesora FÖGEN en uno de los epígrafes quizá más llamativos de su obra, titulado “Todo es número”.

En el citado epígrafe, partiendo del dato de que la norma que nos ocupa se presenta en la historia del Derecho romano como la única que no fue jamás “personalizada” –como por ejemplo ocurrió habitualmente con las propuestas presentadas por los magistrados competentes o los emperadores, tanto a las Asambleas populares como al Senado (v. g.: *lex Claudia*; *lex Iulia*; *lex Sempronia*; *s.c. Claudianum*; *s.c. Orfitianum*; etc.)–, sino simplemente definida, identificada y dictada con el número de sus tablas, que es su nombre –*leges duodecim tabularum*, o de forma abreviada *duodecim tabulae*–, la profesora FÖGEN comienza preguntándose sobre los motivos que indujeron a los antiguos romanos a elegir concretamente el número de doce tablas, así como por qué inicialmente éstas no fueron doce, sino diez.

Respecto a la última de las cuestiones indicadas, la autora considera que la elección del número diez en la narración por parte de Livio –que por lo demás se repite con cierta frecuencia en pocas páginas: *vid. Liv. 3.33.8-34.1*– no responde a una mera casualidad.

El diez, nos recuerda, se presenta como un número que entre los demás adquiere un relieve particular para los antiguos, presentándose como el núcleo de la sabiduría pitagórica, como el número perfecto, inicio y guía de la vida divina, celeste y humana, completo y armónico, que fue llamado τετρακτὺς (“número cuaternario”) por estar formado por la suma del 1, 2, 3 y 4, y representado gráficamente mediante un triángulo equilátero –en el que aparecían dispuestos los diez primeros números en cuatro filas sucesivas, integradas por el número 1 en el vértice superior; 2 y 3 en la segunda fila; 4, 5 y 6, en la tercera; y 7, 8, 9 y 10, en la base del triángulo, respectivamente separados–, cuya fuerza simbólica se ha mantenido en diferentes culturas y artes a lo largo del tiempo.

Según la profesora FÖGEN, es muy factible que el propio Livio ya conociese, aunque fuese someramente, las teorías y doctrinas pitagóricas –a las que los romanos habrían tenido acceso con anterioridad al tiempo mismo de Livio–, y que por ello encuadrarse dentro de la cosmología pitagórica armónica el acontecimiento que nos narra.

Así, en opinión de la autora, la disposición que del primer decenvirato realiza Livio en su narración refleja exactamente el célebre “número cuaternario”, completo y delimitado, que a su vez produjo las Diez Tablas en un contexto cosmológico armónico, identificable con el *consensus omnium*, que define un cuadro ideal en el que se encuentran ausentes dioses y filósofos, y que es representable mediante un perfecto triángulo pitagórico, símbolo de la inteligencia.

Un cuadro ideal introducido por los decenviros con las Diez Tablas, que, sin embargo, continuando con la narración a la que sigue refiriéndose la profesora FÖGEN, no duraría mucho tiempo.

La búsqueda de la plenitud del ordenamiento, de la necesidad de completar con dos tablas más una “suerte de *corpus* de todo el Derecho romano”, violando un texto que de por sí ya era vinculante y perfecto, condujo al abismo y al caos que describe Livio para los años 450-449 a. C.

Precisamente las páginas que el historiador antiguo dedica a algunas fases del procedimiento seguido sobre el *status* de libre o esclava de Virginia, que da comienzo cuando las Diez Tablas ya habían sido preparadas y promulgadas, ofrecen a la profesora FÖGEN la posibilidad de realizar a partir del análisis de las mismas algunas observaciones sobre la relación que se establece entre la violencia y el derecho en Roma.

En opinión de la autora, la escenificación del proceso de Virginia que nos proporciona Livio rota en torno a la *vindicatio* –junto a la que aparecen otros términos procesales como *vindex* o *vindiciae*–, que se presenta como la fórmula de mediación más antigua entre fuerza –*vis*– y discurso o razonamiento –*dicere*, cuyo significado originario es “mostrar”, pero también y sobre todo significa “decir”, “hablar”–; *vindicare* contiene en sí la fuerza, pero la contiene como “fuerza verbal”.

Lo que está haciendo Livio en su relato es, según la profesora FÖGEN, plantear qué prevalece en la reivindicación, si la *vis* –la fuerza misma–, o el *dicere* –el decir, antes del cual se encuentra la propia fuerza: *vin-dicare*–, presentando al respecto un resultado pesimista, puesto que en el momento decisivo Apio Claudio no concede la palabra ni a Virginio, ni a Marco –Virginia se encuentra callada–; tampoco habla aquél, sino que decide directamente la condición servil de Virginia (*vid. Liv. 3, 47, 5*); Virginio trunca el triste espectáculo con la violencia. Así, en el primer proceso de la historia del Derecho romano, triunfa, por tanto, la fuerza sobre la palabra y el derecho.

A la vista de los acontecimientos narrados y del resultado de los mismos cabe preguntarse, y así lo hace a continuación la profesora FÖGEN, por qué los romanos intencionadamente optaron por colocar en los orígenes de su derecho a un personaje como el decenviro Apio Claudio, inquietante y problemático, que desde su condición de legislador, al igual que los legisladores de otras Comunidades –como por ejemplo, Solón o Zaleuco–, dicta preceptos, pero frente a aquéllos –que se presentan como hombres probos y honestos– transgrede una norma que da él mismo, emitiendo un pronunciamiento que la infringe –“*contra ius, quod ipse ex vetere iure in duodecim tabulas transtulerat*”, dice Pomponio en D. 1.2.2.24–, a sabiendas de que dicho pronunciamiento provoca una fuerte indignación moral y una grave crisis de confianza.

¿Por qué Apio Claudio, el primer juez romano según la narración de Livio, que debía emitir una sentencia conforme al derecho civil, no lo hace, y comete inmediatamente la primera ilegalidad? ¿Por qué una ruptura tan clamorosa del derecho nada más haber sido establecido? ¿No habría sido más

fácil y cómodo para los romanos establecer en el inicio de su sistema una decisión legítima que mostrase la bondad de su nuevo derecho, representando al primer legislador como un hombre de confianza, moralmente intachable?

En opinión de la profesora FÖGEN, con el planteamiento que Livio realiza en su narración, pretende representar la génesis de un sistema jurídico, no en un solo acto, sino en movimiento, dinámicamente.

Según la autora, el proceso de Virginia, dentro de la narración de Livio, se presenta como un paso necesario más para completar el núcleo de un sistema jurídico, integrado por la creación de una información (jurídica), su comunicación y comprensión.

En la figura de Apio Claudio, los romanos han representado, a juicio de la profesora FÖGEN, el acto de nacimiento del sistema jurídico, describiendo con claridad y precisión la comunicación, compuesta de información –la redacción escrita del derecho–, transmisión –el proceso– y comprensión –el público y la discusión–, sin olvidar que el derecho necesita del “no-derecho” para poder existir.

La escritura y promulgación de las Diez Tablas produce sólo una “información” que para que se convierta en derecho debe ser comunicada al oyente, y además entendida por éste –o también mal entendida, añade la autora del ensayo–, considerándose sólo así completa.

Precisamente con la intención de que la transmisión de la información jurídica resultase mejor, más visible e inequívoca, Livio recurre según la profesora FÖGEN a un proceso que se celebra en el Foro romano y al que asisten parientes, amigos, el pueblo. Un proceso en el que un juez romano –Apio Claudio–, el primero, debe emitir una sentencia según el derecho civil, por él mismo establecido, pero que, sin embargo, comete una ilegalidad.

La violación cometida por Apio Claudio permite a Livio no solamente poner de manifiesto la fragilidad del derecho –en el acto mismo de su constitución se encuentra ínsita su deposición: las normas son infringidas–, sino también hacer todavía más visible y fundar el sistema jurídico en sus cimientos: se sabe mejor lo que es “derecho” cuando aparece la iniquidad; el derecho –como concepto, comunicación y sistema– puede nacer sólo cuando se conoce su contrario (el “no-derecho”).

Sólo con un acto inicuo –que se inicia con la violación del diez, y se hace manifiesto con la sentencia de Apio Claudio– nace la estructura binaria necesaria –representada por el derecho/no-derecho– para todos los sistemas sociales.

A la situación planteada –fundación del sistema jurídico e irrupción de la negación del derecho– se hará frente con un instrumento eficaz frecuentemente utilizado en el mundo antiguo, el sacrificio de la inocente y silenciosa Virginia, que aparece como la imagen de la más absoluta pureza e inocencia, al que, según la profesora FÖGEN, recurre Livio en su narración metafóricamente para preservar la libertad del pueblo, ayudando a la República a limpiar su pecado y tener un inicio limpio e inmaculado.

La casta Virginia debe morir para no caer en esclavitud y conservar su libertad. Virginio, su padre, la da muerte, y con su mano no sólo salva la libertad de su hija sino, además, a la patria.

Restaurados la paz y el orden, en el año 449 a. C., según el relato tradicional, se procedió a grabar las leyes sobre doce tablas de bronce, quedando expuestas en el Foro.

Del diez se pasó al doce, número que también gozó de gran prestigio en la Antigüedad, y al que la profesora FÖGEN también se refiere en su ensayo como número armónico a partir de la pintura al fresco realizada en la Stanza della Segnatura del Vaticano por Rafael en el año 1509, titulada “La Escuela de Atenas”, cuya imagen incluye, tanto en su totalidad como en uno de sus detalles más representativos, a todo color, en las páginas centrales del libro.

Para la profesora FÖGEN, Rafael logra representar en su fresco, mejor que nadie, de la forma más bella, más clara y con mayor densidad de significado, a través de la que denomina como “tabla armónica” —que aparece sostenida en el fresco por un joven, presuntamente discípulo de Pitágoras, el cual también se encuentra representado en la pintura—, los principios fundamentales de la doctrina numérica pitagórica.

Tras describir la “tabla armónica” —cuyo dibujo se encuentra asimismo reproducido en el ensayo—, la profesora FÖGEN procede a realizar “con la guía de Livio” una singular e imaginativa “lectura de la misma”, leyéndola, según dice, “como una historia del derecho”.

Su lectura es la siguiente: “Inicialmente se encontraba el diez en su brillante perfección. Las diez tablas eran el fundamento universalmente aprobado del Derecho romano. Esas eran el resultado de una adición, de la suma de las primeras cuatro cifras: mera aritmética. Mírese ahora la parte baja de la tabla: los diez I que forman el triángulo no tienen ninguna relación entre ellos, ninguna ligazón recíproca, pero están de pie en un orden evidente y perfecto. No se sabía todavía qué era la iniquidad”.

“Después hicieron su aparición la anarquía, el exceso y el arbitrio, y condujeron finalmente a la negación manifiesta del derecho. Tras la expiación de su instauración mediante el no-derecho, se eternizó sobre las doce tablas. Doce es un número más complejo con el cual se pasa del simple adicionar a dividir, instituir relaciones, crear consonancias y disonancias, realizar operaciones de cálculo. Rafael lo ha mostrado con sus líneas entre VI, VIII, IX y XII, que discurren paralelas, se cruzan y se separan. El paso de la aritmética al álgebra es el paso de la adición a la operación, del mero sumatorio de individuos particulares y aislados a un sistema social que no es lo mismo que una suma de «partículas indivisibles» (individualidades), sino que presenta una nueva calidad de las relaciones comunicativas.”

“Ahora que el doce está allí, el derecho puede iniciar su curso, puesto que no es solamente un derecho adicional —más derecho, todo el derecho—, sino que incorpora relaciones, diferencias, combinaciones, en breve, los cambios de

la variación, condición esencial de toda evolución. Así la jurisprudencia podrá escribir un día, como Pitágoras en el fresco de Rafael, libros doctos y voluminosos: gracias al texto, al *Urtext* escrito sobre la tabla que el joven de Rafael tiene ante los ojos del maestro y que los romanos mantuvieron ante los ojos como ley de las doce tablas.”

Con ello, la profesora FÖGEN da por concluida la interpretación de la narración romana de Virginia y del decenviro Apio Claudio, que califica como una historia demasiado bella como para poder ser considerada verdadera, sobre todo por los historiadores modernos, que al ser especialistas de la verdad y no de la belleza, por eso la silencian en sus obras.

Finalmente, la profesora FÖGEN completa el capítulo tercero de su ensayo con una referencia realmente curiosa a las diversas interpretaciones que a partir de la narración de Livio, sobre Virginia y su contexto, nos proporcionan algunos literatos –especialistas en la belleza, dice– en sus obras, escritas entre los siglos XIII y XIX.

Después de realizar la lectura de cerca de treinta obras literarias, la autora del ensayo destaca en relación a las mismas, entre otros aspectos llamativos, su acercamiento o separación a las fuentes antiguas, la reelaboración que del material virginiano se realiza en clave política en algunas, el añadido en otras de nuevos personajes a los que se contienen en la narración original, la utilización de la narración para redactar la historia del momento presente en que escriben sus correspondientes autores, o la alteración a partir del siglo XVII de dos detalles esenciales de la narración de Livio, que se concretan en considerar que Virginia tiene madre, así como en hacer expresarse a la joven de viva voz.

IV. Vicisitudes posteriores del Derecho romano. La descripción romana de la apertura del ordenamiento jurídico a partir de la narración de Gneo Flavio y Apio Claudio el Ciego

Gneo Flavio y Apio Claudio el Ciego son los dos nuevos personajes sobre los que a continuación llama la atención la profesora FÖGEN en el capítulo IV de su ensayo, que además de con sus nombres también titula “Ordenamiento jurídico cerrado y abierto”.

A la vista de la narración de los acontecimientos en que intervienen ambos personajes, que califica como “sorprendente” y “rica en variaciones ya en la tradición antigua”, la profesora FÖGEN propone reconstruirla de nuevo con la finalidad de determinar si la misma no es solamente “sorprendente”, sino, sin más, una “ingenua fabulilla”, como ha sostenido algún autor radicalmente crítico con las fuentes que la contienen.

Tras describir los rasgos biográficos esenciales de Gneo Flavio –hombre astuto e indisciplinado por naturaleza, de baja extracción social al ser hijo de un liberto llamado Annio, que fue escribano de oficio al servicio del patricio

Apio Claudio, y elegido edil curul en el 304 a. C., así como las transgresiones que cometió –publicación del derecho civil y del calendario judicial, fundamentalmente; además de realizar, teniéndolo prohibido, la dedicación del Templo de la Concordia sobre la plaza de Vulcano, en el Foro–, la profesora FÖGEN comienza formulándose al hilo de las informaciones que nos proporciona la historia del personaje diversas preguntas que se encuentran concatenadas entre sí, a las que irá dando cumplida respuesta a lo largo del capítulo al que ahora nos estamos refiriendo.

La primera cuestión se concreta en intentar determinar qué fue exactamente lo que custodiaron los pontífices con tanto anhelo durante aproximadamente los ciento cincuenta años que transcurrieron desde la publicación de las Doce Tablas –cien desde su desaparición en el incendio de los Galos–, que habían sido publicadas con el *consensus omnium* y colocadas con gran pompa en el Foro de forma que las pudiesen leer todos los romanos, hasta su sustracción por Gneo Flavio a los citados pontífices con la finalidad de que todos –“¿nuevamente?”, pregunta la profesora FÖGEN– volviesen a tener acceso a las mismas.

A la mencionada pregunta conecta la profesora FÖGEN otras directamente relacionadas con ella, como por ejemplo son: ¿cómo hicieron los pontífices para mantener durante tanto tiempo secreto ese saber jurídico, cuando, como es sabido, ya en el año 367 a. C. los romanos habían decidido instituir un oficio político específico como fue la pretura, para el derecho y la jurisdicción?; ¿quizá debía el pretor, que sólo en raros casos también fue pontífice, impetrar el acceso a su archivo para buscar el derecho?

Volviendo a la cuestión inicialmente planteada –¿qué fue lo que custodiaron los pontífices?–, la autora del ensayo recurre a las indicaciones por todos conocidas que al respecto nos proporciona el jurista Ulpiano –*vid.* D. 1.2.2.5-7–, por entender que son más precisas que las de Livio, el cual se limita a indicar que el *ius civile* fue lo depositado en el archivo secreto de los pontífices.

Pomponio señala a la interpretación de las Doce Tablas –la interpretación competente (*disputatio fori*: discusión ante el tribunal), que “fluye” del texto y que no forma una categoría *per se*, una *propia pars*, sino sólo una parte del *ius civile* en el que se incluye– y a la formulación de las *actiones* –llamadas “*legis actiones*”, “compuestas” sobre la base de las Doce Tablas, y caracterizadas por ser “ciertas y solemnes” para que “el pueblo no las estableciese a placer”– como prerrogativas del Colegio pontifical, durante unos cien años aproximadamente.

Posteriormente, Apio Claudio el Ciego, el patricio para el que Gneo Flavio trabajaba como escribano, se ocupó específicamente de las fórmulas de las acciones y les dio forma (*ad formam redegisset*), verosíblemente en forma de libro, que habría sido sustraído por Gneo Flavio y entregado al pueblo (de ahí el nombre de *ius Flavianum*).

A la transgresión cometida por Gneo Flavio con la publicación del derecho civil, entendible en los términos expuestos, se añade otra: la publicación

del calendario judicial, mediante el que se podía conocer el tiempo reservado para el ejercicio del derecho.

Sobre la importancia del calendario en la Antigüedad romana –y paradójicamente no sólo en ella, sino también en la no tan alejada época alemana de comienzos del siglo XVIII– nos da asimismo cuenta en su ensayo la profesora FÖGEN, destacando que su publicación tuvo un significado que supera la conexión entre jurisdicción y días judiciales –hábles para la celebración de los procesos, cuya determinación dependía de los pontífices mediante la elaboración de un calendario intrínsecamente móvil por el carácter lunar del año romano (355 días), en el que para hacerlo concordar con el año solar (de 365 días más $\frac{1}{4}$) resultaba necesario introducir algunos días más–, puesto que mediante el calendario se disponía del dominio del tiempo, y por consiguiente de la historia, estructurando y construyendo a través de aquél tanto el pasado como el futuro social.

En suma, cuando Gneo Flavio sustrajo el calendario a los pontífices y lo hizo público, no sólo dio a conocer los días procesales hábles; también hizo disponible el futuro, que en cierta medida se estructura mediante el derecho.

Una vez descritos el significado y la importancia de las transgresiones cometidas con sus actos por Gneo Flavio, la profesora FÖGEN procede a preguntarse sobre el porqué de la forma de actuar de los romanos al plantear tal y como plantearon la historia de su derecho, y la descripción de su desarrollo, confiándolo exclusivamente a los pontífices durante los primeros cien o ciento cincuenta años –tras haber sido inicialmente accesible al público–, reclusándolo en un archivo, comprimiéndolo en fórmulas procesales formales y solemnes y constriñéndolo a *dies fasti*.

En opinión de la autora, en la narración que nos ocupa no solamente se contiene una historia social, referida a las luchas de los plebeyos para conseguir su equiparación política y social con los patricios, que son el escenario en que se desarrolla la representación de la historia de Gneo Flavio; también se recoge específicamente una historia de lo jurídico, y se condensa de un modo que califica como “ejemplar” y “visible” un paso adelante en su evolución.

La historia se inicia con la necesidad de dotar de estabilidad a un texto originario, recién fijado sobre doce tablas, que tenía que ser tutelado y protegido de posibles oscilaciones, evitando su crecimiento desordenado e indiscriminado a partir de la interpretación del mismo realizable por cualquier particular lego.

Para conseguir estas finalidades, los romanos recurrieron a tres elementos mediante los que consiguieron controlar y disciplinar su entonces joven derecho, ampliándolo sólo muy lentamente y resguardándolo de la discusión pública general, que podría haber provocado en el mismo variaciones incalculables: la autoridad de los pontífices, el secretismo y el rito.

Según la profesora FÖGEN, el dominio de la escritura –pocos eran los que en aquellos tiempos sabían escribir–, el carácter vitalicio de su oficio –frente

a los magistrados, que generalmente desempeñaban su cargo durante un año–, y su procedencia de un círculo social privilegiado –su origen era patricio, y por su alto prestigio formaban un estrato de *honoratiores* en el interior de la sociedad aristocrática romana– hicieron que los pontífices, en quienes concurrían todas estas cualidades, resultasen los personajes más aptos para dirigir el derecho, establecer sus confines y cerrarlo en sí mismo, sin dejar lugar al exceso y a la banalización de la discusión general; algo que no habría ocurrido en el supuesto de que el texto del derecho, contenido en las Doce Tablas, hubiese sido confiado a los magistrados, en cuyo caso el derecho habría oscilado al mismo ritmo y con la misma frecuencia temporal con que lo hacían los propios magistrados –anualmente–, y además habría quedado expuesto a los riesgos del carácter abierto y no vinculante de la oralidad –a la que antes que a la escritura estaban más acostumbrados los magistrados–, siendo necesario preguntarse cada año cuál era el derecho aplicable.

Por lo que se refiere al secretismo, la profesora FÖGEN destaca que los romanos imaginaron su primer monumento público del derecho, las Doce Tablas, apoyándose claramente en el ejemplo griego, pero que a diferencia de los griegos –y en un cierto paralelo con Israel–, tras exponerlas al público, las sustrajeron de inmediato haciéndolas desaparecer materialmente, protegiéndolas y ocultándolas a su uso intelectual.

De esta forma, según la profesora FÖGEN, el saber jurídico, custodiado por los pontífices en un archivo –surgido antes que el archivo general de la ciudad, el *aerarium*– se presenta como un punto de partida excepcional, casi ideal, para su desarrollo. Un desarrollo que al ser confiado, en esa especie de “juego del escondite” al que se hace referencia en la historia de Gneo Flavio, a un restringido círculo de especialistas que son los pontífices, permitiendo que sólo ellos, como personas que gozaban de extraordinaria autoridad y posición social, pudiesen producir, reordenar y acrecentar el derecho dentro de un orden, explica la excelencia que el propio Derecho romano alcanzó en el siglo I a. C.

El acceso al derecho también se redujo utilizando un tercer elemento, el ritual, las fórmulas, cuya fijación en *legis actiones* –unida al secretismo del calendario judicial– impidió, como indica Pomponio, “que el pueblo estableciese acciones a placer”.

En cuanto a las fórmulas de las *legis actiones*, la profesora FÖGEN nos recuerda que su pronunciamiento se realizaba en un ritual de estrechísima adhesión a la forma y a la letra, lo que limitaba el ingreso de la “vida” en el derecho, asegurando la escasez del mismo –haciéndolo por ello muy valioso y permitiendo su desarrollo ordenado– frente a la abundancia de la propia vida.

Se hablaba en fórmulas, no sobre las fórmulas; se decía el derecho, no sobre el derecho, que se sustraía a la discusión e interpretación, señala expresivamente la autora del ensayo.

Las fórmulas sirvieron por tanto para filtrar y reducir el derecho y todo lo que fuese susceptible de hacerse derecho mediante la interpretación del

texto de las Doce Tablas. A través de las fórmulas, los romanos pudieron seleccionar y distinguir los supuestos jurídicamente relevantes de los jurídicamente irrelevantes, consintiendo el acceso al derecho, la activación del mismo (*ius feci*), únicamente en el caso de los primeros, identificables mediante las escasas fórmulas existentes.

La circunstancia de que entre los años 450 a. C. al 300 a. C. no apareciese ninguna estructura radicalmente nueva en la política, en la economía, en las relaciones sociales, ni tampoco en la situación geográfica y demográfica romanas, explica en opinión de la profesora FÖGEN que en dicha época no se encuentren historias del derecho dignas de relieve.

Según la autora del ensayo, la aparición en una época situable en torno al año 300 a. C. de un relato como el de Gneo Flavio, que narra un cambio estructural e imprevisto del derecho, quiere decir que los romanos notaron cómo en aquellos momentos el derecho permitió y produjo la variación, verosíblemente a consecuencia de la modificación que se operó en las estructuras sociales.

Con la finalidad de determinar cuáles fueron las condiciones que hicieron posible la apertura del hábitat jurídico, y con ello el “salto” del derecho, la profesora FÖGEN dirige su atención a los dos personajes principales de la narración: Gneo Flavio y Apio Claudio el Ciego.

Al hilo de la noticia que nos proporciona Livio en su narración, relativa a que Gneo Flavio –personaje de baja extracción social, pero que desempeñó el importante oficio de escriba–, tras haber saqueado el archivo de los pontífices y alcanzar el cargo magistratual de edil curul, “depuso las tablillas y juró no escribir más” (*Liv.* 9. 46. 2.), la profesora FÖGEN se refiere a la contraposición que se plantea entre escritura y oralidad, que en la historia se resuelve a favor de la segunda.

Según la autora, en la promesa jurada de no escribir más realizada por Gneo Flavio, además de la hipotética incompatibilidad entre el cargo de edil curul con el servicio de escriba, que se presentarían como oficios no acumulables, se esconde un dato todavía más importante: la promesa de quien, habiendo abierto el archivo, no lo volverá a cerrar más con la escritura.

Ello supone, en opinión de la profesora FÖGEN, una renuncia voluntaria a una posición dominante.

El escritor que compone los textos que en el futuro serán leídos por otros, que conoce el pasado y dispone de la facultad de decidir qué registrar y qué omitir en los mismos, ejerce, como indicaban los antiguos griegos, una “soberanía sobre el lector”. De ese poder de la escritura quizá participarían también los escribas, que, al tener las mismas capacidades y conocimientos que los pontífices –producción del texto, acceso al texto, acceso al archivo–, aparecerían según la autora del ensayo como potenciales rivales de éstos.

En opinión de la profesora FÖGEN, no escribir, o no escribir más, rechazar o simplemente dejar de usar la escritura, implica el compromiso de romper esa relación asimétrica que se establece entre el escritor y el lector, sus-

tituyéndola con la comunicación oral que asegura la paridad y la inclusión.

Para que el Derecho romano pudiese crecer tenía que ser liberado de la soberanía de quien escribía, y salir de los robustos muros del archivo en que se encontraba custodiado, probando el placer de la oralidad después de su redacción escrita inicial y el secretismo al que estuvo sometido durante más de cien años.

Tras su liberación y durante todo el siglo sucesivo a Gneo Flavio, según la profesora FÖGEN, el Derecho será en Roma una representación oral en el Foro. Su redacción escrita permitió, sin embargo, poner de manifiesto la diferenciación entre la letra y el significado, entrar en su juego y llevar a cabo creaciones nuevas, poner el texto en movimiento, dotarlo de un nuevo sentido sustrayéndolo a la rigidez de las fórmulas, pero sin hacer sufrir a las partes el riesgo de pérdida del proceso por “lesión de la fórmula”.

El otro personaje que aparece coligado en el relato tradicional junto al astuto plebeyo Gneo Flavio es el patricio reformista Apio Claudio el Ciego, del que también se ocupa en su ensayo la profesora FÖGEN.

Para la autora, Apio Claudio el Ciego se presenta como el sosias de su pariente lejano, el mal afamado decenviro de la historia de Virginia, Apio Claudio, garantizando que detrás de toda diferencia se encuentra la unidad.

En este caso, la historiografía romana nuevamente vuelve a recurrir, una vez más y como en ocasiones anteriores, a los dobles, al desdoblamiento, con una finalidad concreta.

Son dos personajes, dos Apios, los que aparecen en dos momentos decisivos en la historia del Derecho romano: por una parte, el que se concreta en la primera redacción escrita e infracción del derecho; y por otra, el que coincide con la ruptura –o, al menos, el permiso de violar– del secreto de los pontífices, haciendo posible con ello el nuevo derecho. También los dos Apios superaron los límites temporales establecidos para los cargos que desempeñaron, cometiendo la correspondiente infracción.

En opinión de la profesora FÖGEN, el desdoblamiento advierte que de la unidad originaria nace una escisión, una diferencia. Unidad y diferencia que son apreciables al mismo tiempo a través de las figuras de Apio Claudio el decenviro y Apio Claudio el Ciego: el mundo del primero vuelve a aparecer en el mundo del segundo, quedando igual y distinto; el sistema del derecho, cuyo acto de fundación se produce bajo el primer Apio, no comienza con el segundo en un punto inicial, queda como estaba, pero se convierte en algo distinto.

Según la autora del ensayo, la descripción de la evolución de la historia en forma de desdoblamiento permite ajustar estabilidad y flexibilidad, lo que sucede en Roma en torno al año 300 a. C., una época en la que se produce una ruptura insolente de un secreto, que favoreció la irrupción de un nuevo mundo jurídico caracterizado por la variedad. No obstante, dicha ruptura lo es sólo con un pasado que no pasa, ni quiere pasar. En realidad, no se funda nada nuevo –el sistema del derecho ya existía desde hacía tiempo; en concre-

to, desde su infracción por el decenviro Apio Claudio—, simplemente se vuelve a activar la historia.

A los rasgos identificativos de Apio Claudio el Ciego añade la profesora FÖGEN otros datos que, transmitidos por los antiguos, permiten completar las características definidoras de su personalidad.

Entre los mismos, aparte de su clarividencia —siguiendo el antiquísimo modelo del ciego “vidente”—, la autora señala su predisposición a la movilidad social, económica y política, a la apertura, tanto al exterior —haciendo construir caminos como la Vía Apia, o acueductos como el del *aqua* Apia, estructurando el territorio y abriendo al ejército y al comercio romano una vía recta, estable y plana desde y hacia Roma, sin escatimar para ello autorizaciones de voluminosas sumas de dinero público— como en el interior, tomando enérgicas y transgresoras medidas en el ordenamiento político interno, como por ejemplo lo fueron la admisión en el Senado de los hijos de los libertos, o la inclusión de romanos sin posesiones fundiarias —entre los que se encontrarían muchos libertos— en las Tribus rústicas.

Descubriendo el secreto de los sacerdotes, el derecho del pasado —dice la profesora FÖGEN—, Apio Claudio el Ciego, con ayuda de Gneo Flavio, abrió el derecho al futuro.

Según la autora, la historiografía romana personalizó en las figuras de Apio Claudio —patricio reformador, extraordinariamente activo— y Gneo Flavio —astuto e insolente plebeyo— las inquietudes y las sorpresas que a los inicios del siglo III a. C. agitaron el mundo romano y el hábitat del derecho. Ambos representan en su opinión el *negotium* —el “no-ocio”, la actividad—, la variación, y así hacen posible la coevolución del derecho.

No obstante, la profesora FÖGEN se preocupa por matizar a partir del relato que nos es transmitido, al que califica como “preciso” y “precioso”, que dichos personajes agitadores simplemente se limitan a hacer posible la variación, es decir, a plantear con la apertura del archivo las condiciones de posibilidad para que aparezca el que será nuevo derecho, sin inventarlo.

Siendo cierto que en los inicios del siglo III a. C. el ambiente que circunda el derecho cambia por la invención de la moneda —el dinero crea muchas y nuevas posibilidades, y plantea nuevos problemas no sólo en la economía, sino también en las relaciones sociales, militares, familiares, en la política y en la administración—, por la ampliación del territorio y su apertura a través de los caminos, por una nueva permeabilidad de la disposición política, según la profesora FÖGEN resulta preciso señalar que dichos cambios son cambios de naturaleza estructural, que no son originados, creados, planificados o conducidos por el derecho, por lo que en su óptica particular el derecho los observa como meros “casos” (“sucesos casuales”) externos y, como tales, no tendrían que haber sido tomados necesariamente en consideración por el propio ordenamiento jurídico, que por externos al mismo podría perfectamente haberlos ignorado, como por ejemplo lo demuestra más recientemente la experiencia vivida en el siglo XX, en la que el cambio brusco y violento de una

sociedad democrática y pluralista a una totalitaria, y viceversa, no influenció necesariamente al derecho, ni incidió sobre el mismo, y más específicamente sobre el derecho privado.

Sin embargo, no fue esto último lo que ocurrió en Roma, donde a juicio de la autora y a consecuencia de la apertura del archivo, es decir, del derecho, ofreciéndolo al público, estableciendo así nuevas comunicaciones que permitiesen hacer surgir nuevos elementos jurídicos, se planteó una nueva duda: ¿qué colocar entonces en el lugar del antiguo derecho?

A esta cuestión respondió Cicerón, y de su respuesta, además del que califica como “lucidísimo” análisis que realiza el rétor del tema en cuestión, también se ocupa la profesora FÖGEN en su ensayo.

En opinión de la autora, Cicerón, tanto en *Pro Murena* (25 ss.) como en *De Oratore* (1. 41. 185 ss.), critica el gesto de Gneo Flavio por entender que con el mismo el derecho se vulgarizó, se trivializó y en él se introdujo el arbitrio y el desorden.

Ante tal situación, Cicerón, en tono irónico, prácticamente satírico, establece un dilema: mantener el derecho como un saber especializado exclusivo, protegiéndolo y cerrándolo, o exponerlo a la comunicación general.

Los efectos que se producen en ambas situaciones son distintos: mientras que en el primer caso el derecho envejece a la par de sus administradores –los pontífices–, en el segundo se hace banal, crece de forma selvática y se multiplica sin descanso.

A partir de lo indicado Cicerón señala que el derecho no podía mantenerse tal y como estaba en una época antigua –considerado como un arte difícil según el orador “en primer lugar porque los antiguos que custodiaban tal ciencia, para conservar y acrecer su poder, no quisieron divulgar su arte”, manteniéndolo como un saber arcano– y que, tal y como había quedado tras su publicación por Gneo Flavio –con su consiguiente “popularización”–, corría el peligro de perder su especialización conquistada en el pasado y de diferenciarse evocando a la fórmula contingente de la justicia.

Es entonces cuando, para lograr la estabilización y evitar el caos, Cicerón recomienda la *scientia* como orientación metódica del derecho, proponiendo su sistematización, *lege artis*, en *genus* y *species*, por entender que entre saber arcano y ciencia *tertium non datur*.

La profesora FÖGEN termina el cuarto capítulo de su ensayo con una breve referencia a la proyección del mito de Gneo Flavio en Carl Ferdinand HOMMEL y Hermann KANTOROWICZ.

El primero de los autores citados publicó en 1763 un léxico de innumerables expresiones técnico-jurídicas que explica y traduce al alemán para hacer posible el recurso a la justicia, dando a la obra el título principal de “Teutscher Flavius” y un amplísimo subtítulo, descriptivo de su contenido y destinatarios, equiparando en el prólogo de la mencionada obra la finalidad que en ella persigue con la que consiguió Gneo Flavio.

Por su parte, KANTOROWICZ utilizó el nombre de Gneo Flavio como seu-

dónimo –acrecentando así la fuerza programática del personaje– en su escrito de 1906, titulado *Kampf um die Rechtswissenschaft* (La lucha por la Ciencia jurídica), alegato a favor de la determinación del derecho fuera de las formalidades de la ley y del positivismo legislativo en su búsqueda de la justicia, que se convirtió en la antorcha de la denominada Escuela del Derecho Libre a los inicios del siglo XX, levantando el telón de un nuevo escenario ciceroniano en el que se volvía a plantear una vieja necesidad del derecho, que era la de que algo fuera del mismo lo vinculase –con la ciencia o con la justicia, con el secreto o con la ley, con las autoridades o la cercanía al pueblo, con el razonamiento abierto o con la impenetrable estabilidad–, de modo que tomase su nombre y se convirtiese en un derecho bueno, legítimo, justo.

V. Nuevos escenarios y personajes. Cicerón y otros observadores romanos del Derecho y su desarrollo

En opinión de la profesora FÖGEN tras el gesto de Gneo Flavio, lo que sucede al derecho no interesa a los historiadores romanos.

De entre los mismos destaca que no disponemos de informaciones por parte de Livio –las desconocemos entre los años 292-217 a. C. por no habernos llegado su obra–, ni por parte de Dionisio DE HALICARNASO –cuya obra, de la que de los primeros veinte libros sólo se conservan los primeros iniciales, alcanzaba hasta la primera guerra Púnica (264-241 a. C.)–, que se ocuparon de la época de los escándalos y sucesos sensacionales.

Es a partir del siglo III a. C. cuando, según la autora, comienza un tipo de Historia completamente distinta. Los mitos ya han cumplido su función de crear certezas sobre lo que no se podía saber, y el derecho se confía a sí mismo y a sus administradores, que cada vez son más profesionales.

Del nuevo escenario se ocupa la profesora FÖGEN en el capítulo quinto de su ensayo, que titula “El desarrollo del derecho”.

Ahora aparecen en escena nuevos personajes como observadores: los especialistas del Estado y del derecho. Puesto que el derecho no tiene mucho que ver con el material del que nacen las historias –tiranía, luchas escandalosas, guerras, intrigas, violencias y asesinatos– raramente interesa a los que se dedican a narrar historias, además de resultarles difícilmente comprensible.

Entre estos nuevos observadores, la profesora FÖGEN destaca fundamentalmente a dos, Cicerón y Pomponio, cuya información nos traslada y analiza en el capítulo del ensayo al que ahora nos estamos refiriendo.

Por una parte, Cicerón –que no fue un verdadero *iuris consultus*, sino un orador, un rétor con conocimientos jurídicos– observa lo que sucede en el derecho con la mirada sintética del teórico y del crítico de la sociedad, prácticamente con los ojos de un sociólogo. Se trata, según la profesora FÖGEN, de un observador precioso, indispensable para analizar los sucesos acaecidos en el ámbito jurídico desde el siglo III a. C. hasta la época en que vive, un

hombre de inteligencia y verbo mordaz, que reflexiona sobre las funciones, las contribuciones, las exigencias y las tareas de los juristas –cuyo papel social considera preciso y particularmente importante– en la sociedad romana como conjunto, es decir, del derecho en su contexto social.

Por otra parte, Pomponio, técnico del derecho, jurista de mediados del siglo II d. C., que se presenta como el primer y único autor que, dedicándose a la historia del Derecho romano, redacta un pequeño manual, el *Enchiridion* –recogido en D. 1.2.2–, en el que se contiene una genealogía de juristas. Para la profesora FÖGEN esta obra de Pomponio, en la que se analiza el derecho en su dinámica propia, es la más importante para poder conocer, junto con las noticias proporcionadas por Cicerón, los sucesos inmediatos y posteriores a Gneo Flavio.

Aun cuando ni Cicerón, ni todavía menos Pomponio, narrasen en sus escritos historias coloristas y emocionantes, la profesora FÖGEN destaca que ello no excluye que, al igual que los historiadores, tanto uno como otro, fabricasen una imagen del pasado, modelasen héroes, eligiesen y acentuasen sucesos, construyendo de esta forma sus historias del derecho.

Así, en los inicios del siglo III a. C., colocarán el derecho en las hábiles manos de hombres a los que nos presentan como sabios y eminentes, que aparecen recogidos en la genealogía elaborada por Pomponio, de los que se hace eco la profesora FÖGEN en su ensayo. Sempronio Safo, Gayo Escipión Nasica, Tiberio Coruncanio, Sexto Elio, Publio Elio, Publio Atilio, o Marco Porcio Catón el Censor, como es sabido, son los primeros, y se sitúan en el arco temporal comprendido entre el ya señalado siglo III a. C. y la primera mitad del siglo II a. C.

Según la autora del ensayo, el cuadro que Cicerón y Pomponio esbozan para la jurisprudencia romana en los primeros ciento cincuenta años posteriores a Gneo Flavio se caracteriza por la adición, frente a lo que ocurría en la época antigua, en la que primaba la distinción, siendo los patricios la clase social y política dirigente de la que, como expertos en derecho, se reclutaban los pontífices. En esa época posterior a la antigua pueden operar en el ámbito jurídico no sólo los patricios o pontífices, sino también, con independencia de su origen y nacimiento, los plebeyos. Simplemente se les exigen otras condiciones o cualidades para poder acceder al grupo de los juristas: capacidad, virtud e inteligencia.

Y todo ello porque, en opinión de la profesora FÖGEN, durante el siglo III a. C. y comienzos del siglo II a. C., el derecho y sus administradores, los juristas, no se articulan funcionalmente. El derecho se convierte en el apéndice de un saber universal y sus cultivadores deben poseer ese saber universal, y al mismo tiempo ser o hacerse hombres de éxito en la comunidad, es decir, tener la máxima reputación social como *honoratiores*.

Política, saber y derecho forman un todo único: el buen jurista es al mismo tiempo un buen ciudadano, un buen político, un buen orador; quien tiene conocimientos jurídicos también los tiene de todas “las cosas divinas y humanas”.

En opinión de la profesora FÖGEN, la apertura del archivo no condujo, como creyó Cicerón, a que el derecho, al hacerse accesible al público, se vulgarizase, sino más bien a una actividad dinámica y para nada caótica, al ser controlado por medio de las estructuras sociales de la República romana con el criterio y la palabra clave *auctoritas*.

Avanzando en el tiempo, entre la segunda mitad del siglo II a. C., hasta el final del siglo I a. C., aparecieron diversos juristas –Manio Manilio, Marco Junio Bruto, Publio Mucio Escévola, Quinto Mucio Escévola, Servio Sulpicio Rufo, Aulo Cascelio, o Trebacio Testa, entre otros– que, con mayor o menor intensidad y salvando el caso de Sexto Elio –jurista de la época anterior que, frente a sus coetáneos, fue el primero en transmitir sus conocimientos no sólo oralmente, sino también a través de sus *Tripertita*, obra en la que, como es sabido, se contenía la Ley de las Doce Tablas, su interpretación y el formulario de las *legis actiones*–, se dedican a estudiar y escribir, liberándose de los impedimentos de la praxis, retirándose de la vida pública y de los eventos jurídicos contingentes, que dan lugar a una nueva forma de actividad jurídica.

Por tanto, en el siglo I a. C., según resalta la profesora FÖGEN, los juristas –que en su mayor parte pertenecen a los caballeros, clase potentada sin dignidad senatoria, ni ambiciones políticas– son particulares que viven inmersos en el derecho y apartados de la vida política y del *cursus honorum*. Su *auctoritas* se funda eminentemente sobre los conocimientos y los escritos, sobre el saber legible.

Si bien el desarrollo del derecho en Roma fue inicialmente lineal –en una secuencia que la autora del ensayo estima que se podría describir de la siguiente forma: doce Tablas, Coruncanio, *veteres*, Ofilio, etc.–, apreciándose su crecimiento en una sola dirección, con el paso del tiempo, al final del siglo I a. C., se llegó a una encrucijada en la que el camino se desdoblaba, dividiéndose en dos y ramificándose con posterioridad.

De dicha circunstancia se dio perfecta cuenta el jurista Pomponio, expresándola, según la profesora FÖGEN, con su breve historia de las dos escuelas –en terminología gayana; de “sectas” habla propiamente Pomponio– del derecho.

En opinión de la autora, dicha historia de las escuelas es la historia de una división, y con ello de una magnífica condición de posibilidad para el crecimiento y la multiplicación canalizada.

Pomponio –cuya noticia sobre las dos “sectas” surgidas al final de la República, según la profesora FÖGEN, no ha intentado ser verificada sobre el plano empírico-prosopográfico por la doctrina moderna– en dos frases, de forma descarnada y sin dramatismos, ilustra un importante salto en el derecho: el *ius controversum*. En su lacónica descripción de las dos “sectas”, Pomponio afirma que el tronco del derecho se desdobló en dos ramas: una dirección moderna (Labeón) y una tradicional (Capitón). Ello implica, en opinión de la profesora FÖGEN, la consciencia por parte de Pomponio de que no existe un “único” derecho exacto, cierto, unívoco –al igual que ya señaló Cicerón–, pero

también que no necesariamente por ello fuese a reinar el caos –como pensaba Cicerón, entendiendo que el derecho, por tal motivo, se pudiese establecer a placer–, puesto que mediante la bifurcación en dos escuelas respetables, lideradas por dos jefes reconocidos, se podía obtener un crecimiento ordenado, pudiendo escoger, experimentar y establecer nuevas diferencias bajo la protección de la autoridad de Labeón y Capítón.

Así, durante los dos o tres siglos en los que las dos escuelas sirvieron como referente, los juristas pudieron manifestar una opinión diferente sin correr el riesgo de quedar marginados o parecer desinformados; o, en su caso, de ser tachados, sin más, como heréticos o profanos.

Con Capítón/Sabino se podía mantener la fidelidad a los antiguos; con Labeón/Próculo, buscar lo nuevo. Se podía argumentar en un sentido o en otro.

La profesora FÖGEN también nos recuerda que los juristas romanos tomaron la palabra para, a partir de la escritura, que ofrece infinitas posibilidades de conexión, proceder a interpretar la palabra contenida en aquélla, contenida en el texto; tanto en el originario –Ley de las Doce Tablas, cuyo pequeño patrimonio de antiguas normas quedaría consumido y agotado cuando resultó necesario hacer frente a nuevas necesidades no contempladas en aquélla–, como en los sucesivos –escasos y raros textos legislativos aparecidos con posterioridad a la Ley de las Doce Tablas con la finalidad de regular aspectos puntuales en diversos ámbitos jurídicos–, y especialmente en el edicto del pretor, a cuyas características generales también se refiere la autora, calificándolo como el segundo gran texto jurídico de los romanos, del que –frente a la Ley de las Doce Tablas, pensadas para la eternidad– destaca su condición de efímero, fungible, anualmente mudable y no vinculante para pretores venideros, que al ser sancionado por un magistrado proporcionó, hasta su codificación definitiva sobre el año 130 d. C., materia suficiente como para poder realizar razonamientos jurídicos sin fin.

Asimismo, en cuanto al contenido del edicto, la autora del ensayo realiza una obligada referencia a las fórmulas o *actiones*, mediante cuya promesa de concesión y su probablemente contemporánea inclusión en el texto edictal –como modelos o, en su caso, mediante señalamiento *ad hoc*– aseguraba a los particulares protección jurídica, permitiéndoles acceder al juicio correspondiente en base al principio ya establecido en el procedimiento de las *legis actiones* “sin fórmula ningún derecho”.

No obstante, como señala la profesora FÖGEN, frente al carácter inmutable de las antiguas fórmulas, el pretor y los juristas, a través de la creación de nuevas fórmulas, fueron tomando en consideración, reconociendo y otorgando tutela jurídica, progresivamente y de forma continua, a determinadas relaciones particulares y sociales, encuadrables, entre otros, en el ámbito de los negocios, de la familia, de la herencia o del comercio, que no habían sido tenidas en cuenta por el *ius civile*, produciéndose así una nueva escisión o bifurcación en el cuerpo del derecho: *ius civile* inmóvil o fijo, y *ius praetorium* móvil o variable.

Este ingreso de la vida en el derecho mediante su regulación por parte del *ius praetorium* no fue, desde luego, indiscriminado y sin orden.

Al respecto, la profesora FÖGEN, utilizando un símil, nos recuerda que la fórmula, la acción, funcionaba como un termostato. Protegía al derecho del sobrecalentamiento por exceso de la vida, y de la hiper-refrigeración y congelación por falta de movimiento.

El edicto y la fórmula, según la autora, eran los instrumentos mágicos que permitían la variación, que la suspendían con mirada selectiva, incorporándola en el edicto, y que utilizaban la situación así restaurada para la producción de las variaciones siguientes. Mediante el edicto y la fórmula se determinaron y definieron la cantidad, el contenido y el desarrollo del derecho en la sociedad romana.

La profesora FÖGEN dedica las últimas páginas del capítulo quinto de su ensayo a la emblemática figura del pretor, cuya actividad analiza tomando en consideración y valorando las diversas percepciones y observaciones que de la misma nos transmiten tanto los historiadores antiguos, así como los juristas romanos y los modernos.

El dato inicial que pone de manifiesto la autora es el ya sobradamente conocido de que los juristas romanos reconocieron unánimemente el papel eminente del pretor en el ámbito jurídico. En sus escritos, la figura del pretor se encuentra omnipresente, como se puede observar a través de los muchos textos recogidos en el Digesto, en los que aparece el término *praetor* como tal, o bien en sus formas declinadas (*edictum praetoris* u *officium praetoris*) y derivadas (*ius praetorium*, por ejemplo); sus edictos son el punto de partida de innumerables discusiones a partir de las que se desarrolla gran parte de la dogmática jurídica.

Al indicado dato relativo a la función eminente desarrollada por el pretor en el ámbito jurídico –señalada por juristas como Papiniano en D. 1.1.7.1, o Modestino en D. 1.1.8; o el retórico Cicerón en *De legibus* 3.3.8–, la profesora FÖGEN añade a continuación la información que sobre la actuación del mismo nos aporta Livio, destacando la llamativa circunstancia de que el historiador antiguo se refiera al pretor en dicha actuación exclusivamente como un magistrado político, silenciando cualquier referencia al importante papel que desempeñó en el ámbito jurídico.

Así, el hecho de que en su obra Livio nos comunique que los pretores urbanos y peregrinos realizaban todo tipo de funciones militares y civiles de diversa índole pertenecientes a un magistrado *cum imperio*, y entre las mismas no aluda para nada al pronunciamiento del derecho, a la publicación del edicto, o a la notificación de la fórmula, debe ser entendida según la autora en el sentido de que Livio nos está ofreciendo una de las posibles percepciones y observaciones que sobre el pretor se pueden llevar a cabo; precisamente la que, no ya como jurista, sino como historiador, más le interesaba, que era la que se presentaba a los ojos de sus lectores como más llamativa y apasionante.

La profesora FÖGEN completa la indicada percepción y valoración que del pretor nos ofrece Livio contraponiéndola a la que por su parte efectúan los juristas romanos y modernos, destacando al respecto en cuanto a los primeros el hecho de que nada recuerden o refieran en sus escritos de lo indicado por Livio sobre la actividad cotidiana desarrollada por el pretor, e incidan únicamente en su ocupación exclusiva relativa al edicto y las fórmulas, presentándolo frente a Livio –para el que los pretores son personalidades independientes, empeñadas políticamente, y a los que cita por sus propios nombres–, como un “*homunculus*, sin sangre, anónimo y sin cara, que escupe edicto tras edicto, fórmula tras fórmula, en el lenguaje de un robot altamente instruido”. Máxime cuando, según la profesora FÖGEN, paradójicamente y al igual que Livio, los juristas romanos ni vieron ni oyeron a ningún pretor de carne y hueso publicar un edicto o anunciar una fórmula.

Esta llamativa contraposición, unida a la circunstancia de que la investigación histórico-jurídica reciente ha redimensionado en parte la figura del pretor, y a la vez ha desmontado gradualmente su imagen de creador del derecho –en el sentido de entender que sólo excepcional y ocasionalmente los pretores, como personas elegidas sobre bases políticas, con unas condiciones muy determinadas, y para desempeñar muchos encargos y tareas distintas de las específicamente jurídicas, habrían sido juristas, que se presentan ciertamente como los auténticos creadores del edicto y las fórmulas, es decir, como los creadores de aquel derecho profesional que conocimos como Derecho romano–, hace que la profesora FÖGEN se plantee dos interesantes cuestiones: “¿cómo se puede llegar a una percepción radicalmente distinta de la misma y única figura, por parte de los juristas por un lado, y por el “resto del mundo” por otra?; y ¿por qué los juristas romanos declararon obstinadamente y contra el propio conocimiento «no hemos sido nosotros, ha sido el pretor» el que ha emanado el edicto y las fórmulas?”.

En opinión de la autora del ensayo, lo que los juristas romanos nos cuentan en su historia del pretor es la afortunada conexión estructural que se produjo a través del mismo entre la política y el derecho en un momento histórico en que ambos se encontraban separados.

Según la profesora FÖGEN, los que en su obra denomina como “juristas-héroes” –identificables con los juristas que aparecieron y actuaron durante el primer siglo después de Gneo Flavio–, además de su condición de juristas, también poseían el supremo poder político. A la vez que juristas eran ediles, cónsules, pretores, y en todo caso senadores, que encauzaban el total del saber social (*genus universum*).

Cuando en un momento posterior se produce el proceso de diferenciación y autonomía del derecho –del que nos da cuenta perfectamente Cicerón, lamentándose de la nueva situación creada en *De oratore* 3. 33. 132, aludiendo a dicho proceso con los términos *distributio* y *separatio*–, separándose el saber jurídico del *universum* del saber social y estableciéndose como un saber especializado netamente circunscrito, aparece otro tipo de juristas diferentes de los anteriores –de los ya aludidos “juristas-héroes”–, que en este caso son

juristas que se encuentran especializados y desvinculados de la política y del poder público.

Esta separación del derecho del *universum* de la sociedad romana, que se produjo en el ámbito jurídico durante la madura y tardía República, no encontró, sin embargo, un paralelo en el ámbito político, que continuó manteniendo prácticamente inalteradas sus estructuras durante aproximadamente unos quinientos años, y en cualquier caso a partir de la reforma del año 367 a. C., mediante la fórmula de la anualidad y colegialidad de los cargos magistratuales y de un potente Senado. Todo ello provocó, en opinión de la profesora FÖGEN, la expansión y mantenimiento del sistema político republicano, pero a la vez impidió convertir el poder en administración y la fuerza del Estado en burocracia, estableciendo las estructuras políticas oportunas mediante la creación de órganos que permitiesen desarrollar y afianzar el ya autónomo, diferenciado, autosuficiente y cerrado sistema jurídico.

En opinión de la autora del ensayo, ante la imposibilidad de encontrar en el mundo circundante las premisas estructurales indispensables para que ese sistema jurídico diferenciado pudiese avanzar y desarrollarse –impulsos, estímulos, envites u órdenes recibidos desde la política, el pueblo, o magistrados como el pretor–, y al no disponer la propia jurisprudencia de los medios necesarios para poder conducir y robustecer por sí misma su propio discurso –por encontrarse confinada en las pocas frases que conocía de las Doce Tablas, por estar ocupada en los pequeños problemas de los litigantes, así como por ejercitarse en casos inventados–, los juristas romanos recurrieron, en la que la profesora FÖGEN califica como su “invención más genial”, a poner sus textos en boca de los pretores –*praetor ait*, dijeron continuamente–, privándoles de su dimensión temporal, de su propia historia personal, y haciéndoles anónimos, para después recibirlos de sus bocas, dotando de esta forma a su derecho del capital necesario del poder –de fuerza– de que disponían los pretores a consecuencia de su condición de magistrados *cum imperio*.

Así, según la profesora FÖGEN, a través del pretor –al que se le reconoció *iurisdictio*, pero sin dejársela ejercitar de forma real– se consiguió establecer un nexo entre política y derecho.

VI. Último acto. El encuentro entre el viejo Derecho y la nueva política instaurada por Augusto

La autora culmina su ensayo con un sexto y último capítulo que titula “La-beón y Augusto. La autonomía del derecho”, en el que analiza el devenir del Derecho romano a partir del siglo I a. C., al hilo de los nuevos acontecimientos políticos que se producen en esa época.

En opinión de la profesora FÖGEN, se trata de un momento histórico en el que se produce un desfase en la evolución entre derecho y política.

Como es sabido, el derecho alcanza el estado que se suele denominar “clásico”, entendiendo por tal según la autora el momento histórico en que se

establecen medidas vinculantes, se experimenta menos de lo que se sistematiza, aparece una jurisprudencia “científica”, y se ordena en “*genera*” y “*species*” la masa del derecho, definida y clasificada conceptualmente, por lo que pudo surgir la dogmática, además de completarse y estabilizarse lo hasta entonces conseguido, dejando poco espacio para la variación.

En cuanto a la política, con el advenimiento de Augusto se produce la que es calificada por los historiadores modernos como una “revolución”.

El que la profesora FÖGEN denomina “encuentro entre viejo derecho y política nueva” plantea toda una serie de interesantes cuestiones, de cuyos aspectos principales se ocupa la autora en las últimas páginas de su obra.

¿Qué aspiraciones tiene el Derecho romano con el emperador? ¿Puede ignorarlo? ¿La circunstancia de que haya un emperador es quizá una condición de posibilidad para que el derecho también avance? Estas son algunas de las posibles preguntas que se formula la autora.

Para contestar a estas preguntas e intentar clarificar las relaciones que a consecuencia del mencionado encuentro se establecieron entre el poder político –el emperador– y los juristas, así como el porqué de las mismas, la profesora FÖGEN recurre a las diversas informaciones que en torno a las actitudes adoptadas por Labeón y Capitón respecto al emperador Augusto nos trasladan en sus escritos algunos historiadores y literatos romanos, así como el jurista Pomponio.

En opinión de la autora, a tenor de estas noticias sobre determinados episodios –especialmente el que es contado por Tácito en sus *Anales* (3,75), y Pomponio (D. 1.2.2.47), que hace referencia al ofrecimiento formulado por Augusto a Labeón para ser cónsul *suffectus* junto con Capitón, y que aquél rechaza– en los que aparecen implicados los personajes indicados, cabe apreciar dos visiones distintas de las aludidas relaciones entre los juristas y el emperador, así como de su posible explicación.

Por una parte la que nos proporcionan historiadores y literatos como Tácito –en *Anales* 3,75; 4,70–, Suetonio –*Vida de los doce Césares*, Aug. 54–, Dión Casio –*Historia de Roma*, 54,15,8– o Aulo Gelio –*Noches Áticas* 13,12,1-3–, presentándonos a Labeón y Capitón como figuras políticas y estableciendo una diferenciación entre ambos juristas en su relación con el emperador Augusto en base a su posible inspiración política, destacando al respecto el espíritu rebelde y hostil por parte de Labeón –al que presentan como un héroe de la libertad contra el nuevo poder imperial, al no plegarse al mismo–, frente al sumiso y oportunista de Capitón.

Por otra la que nos ofrece el jurista Pomponio, para quien Labeón no rechaza la relación con Augusto por motivos políticos –es decir, por hostilidad hacia el emperador–, sino más bien por desinterés político, por encontrarse ocupado en estudiar, escribir y enseñar en soledad y libertad, en un momento histórico en el que la figura del “jurista-héroe” ya ha desaparecido definitivamente, y a quien se preocupa por hacer carrera política, como es el caso de Capitón, por lo general no se otorga gran valor como jurista profesional.

En definitiva, según la profesora FÖGEN, tras el cambio operado en el sis-

tema político, se produce un ofrecimiento por parte del emperador a los juristas para establecer una unión entre la política y el derecho. Pero dicha oferta, después de haberse desarrollado el derecho durante tres siglos sin pretensiones por parte de la política y también sin haberse podido servir el mismo derecho de las estructuras funcionalmente adecuadas que aquélla ponía a su disposición –por ser dichas estructuras materialmente inexistentes–, llegó demasiado tarde y fue rechazada por los juristas –personificándose ese rechazo en Labeón– al no necesitar éstos del emperador.

Al no ser los resultados obtenidos los deseados, será el propio emperador el que, tomando la iniciativa, se inmiscuirá por primera vez en los asuntos de los juristas.

Del *publice respondendi* –mediante el que los juristas de la época republicana daban a conocer sin necesidad de autorización su opinión o punto de vista (*responsum*) al pretor o al juez designados a propósito de un proceso–, se pasará al *ius respondendi*, sobre el que la profesora FÖGEN también realiza diversas consideraciones.

Según la autora, de las referencias que Pomponio (D. 1.2.2.49), Gayo (*Inst.* 1.7) y Justiniano (*Inst.* 1.2.8) nos aportan en torno al citado *ius respondendi* en tres conocidos textos que han planteado a los investigadores graves dificultades interpretativas de orden filológico, y sobre todo de contenido –sin haber podido llegar a proporcionar respuestas unívocas a diversos problemas implícitos en los mismos–, la única certeza que se puede extraer es la de que de un *ius respondendi* se habla en tiempos de Augusto por primera vez, y que, también por primera vez, las opiniones de los juristas debieron de valer como decisiones ante el Tribunal.

El *ius respondendi*, en opinión de la profesora FÖGEN, aportó al mundo del derecho, al igual que lo hizo la aparición de las dos escuelas de los sabianianos y proculeyanos, una nueva diferencia, introduciendo orden y disciplina e instituyendo una jerarquía entre las opiniones, sin detener el razonamiento jurídico, pero restringiéndolo –al contrario que en el caso de las dos escuelas, aptas a favorecer la multiplicidad de las opiniones de los juristas, a generar controversias y salvarlas con el prestigio– mediante un “control de calidad” y de autoridad.

No obstante, si bien el *ius respondendi* supuso un intento de instituir una jerarquía, dando lugar a un nuevo desdoblamiento en la historia del Derecho romano –que se concretó en la diferenciación establecida entre juristas con y sin facultad de responder, donde sólo los primeros gozaban de una bendición política–, según la profesora FÖGEN también fue una invitación por parte del emperador a realizar la fusión de la antigua autoridad del derecho con la nueva autoridad política.

Una oferta –u orden– de fusión formulada por Augusto a los juristas en el sentido de reconducir la fuente o la legitimación de sus opiniones y disensos, es decir, de su *auctoritas*, a la *auctoritas* del emperador, que según la autora del ensayo tuvo un éxito escaso o nulo, puesto que los propios juristas la rechazaron, no ya con la respuesta abierta, sino ignorándola, como en su opi-

nión parece demostrarlo la circunstancia de que en el Digesto, excepto el fragmento ya citado de Pomponio –D. 1.2.2.49–, el *ius respondendi* no aparece jamás; en ninguna cuestión ningún jurista se remite a la especial *auctoritas propria* o a la de sus predecesores, maestros y colegas, fundando su respuesta sobre la misma; ningún jurista habla, responde o decide *ex auctoritate principis*; en el Digesto la *auctoritas* aparece fundamentalmente referida al tutor.

En conclusión, el empuje evolutivo sufrido por la política no impidió al derecho estabilizarse en la forma “clásica”, o lo que es lo mismo, el final político de la República no supuso también y necesariamente el final del derecho republicano.

Ante el rechazo a la invitación formulada por el emperador a los juristas en el sentido de emitir sus respuestas *ex auctoritate principis*, Augusto, con la finalidad de aclarar inequívocamente al derecho que existía un emperador y una nueva política en formación, recurrió a la legislación, incluso civil, como instrumento de su política de gobierno. Únicamente después, a partir de los nuevos textos que fueron promulgados, los juristas reaccionarían comentando diligentemente edictos y rescriptos imperiales, y redactándolos ellos mismos para el emperador, tal y como en su momento hicieron para el pretor.

Con la legislación imperial y el encuadre de los juristas en su aparato burocrático se elaborará tras varios siglos un nuevo modelo, caracterizado por la unión estructural entre la política y el derecho, con el que, según la autora del ensayo, comienza un “nuevo capítulo de la historia del Derecho romano y un nuevo capítulo de las historias de derecho romanas”, del que la historia de Labeón y del emperador es sólo la primera.

Finalmente, la profesora FÖGEN se ocupa de describir y analizar la que en palabras de IHERING se presenta como una “singular aparición” en referencia al Derecho de Roma, así como también a la motivación dada que permite explicar la particular posición que el mismo –según se deduce de las fuentes disponibles, en todo lo que los romanos hicieron, pensaron, creyeron y comunicaron de forma efectiva– ocupó dentro de la estructura social romana.

Según la autora, de entre los distintos subsistemas que componen el conglomerado originario de las comunicaciones sociales, dentro de la estructura social romana, el derecho fue el primero en iniciar, frente y respecto a los demás, su proceso de diferenciación y separación de dichas comunicaciones generales, de cerramiento y autorreferencialidad; proceso del que de diversa forma nos dan cuenta tanto Pomponio como Cicerón en sus escritos. Fundó, cuidó y construyó su propio lenguaje, hasta que el mismo fue comprensible a sus creadores. Formó sus propios especialistas, olvidando progresivamente su extracción social y familiar. Encontró sus propias formas de razonamiento en la *disputatio*, en el *responsum* y en el comentario, y desarrolló su propio método específico de análisis.

Sin embargo, la religión quedó ligada muy estrechamente a la familia y a la política, agotándose en las prácticas del culto sin generar una reflexión de segundo nivel o una teología.

La economía romana no se separó, ni siquiera después de la invención de la moneda, de los mandamientos de un estilo de vida de clase, que hacían imposible un pensamiento y un funcionamiento según el código económico de ganancias y pérdidas, siendo el modelo económico predominante, aun a pesar de las importantes relaciones comerciales, el de la economía inmobiliaria, que se encontraba asentado en el arcaico significado de economía como “gobierno de la casa”, referente a todos los aspectos de la familia.

La política estuvo estrechamente conectada con estructuras de clase y con tareas militares hasta la época imperial. Tampoco se pudo establecer una distinción funcional al no existir un “aparato burocrático” dotado de los servicios y organismos administrativos correspondientes. Asimismo el nivel de reflexión filosófica y teórica sobre el “Estado” fue inicialmente débil, y después tuvo una fuerte dependencia de los modelos griegos.

La filosofía y las ciencias tampoco crearon sus propias instituciones en forma de escuelas secundarias y superiores. Ni se unieron en doctrinas y unidades de razonamiento ininterrumpidas que hubieran podido asumir sobre ellas el análisis de la sociedad.

Fue únicamente, y con independencia del jurídico, el subsistema social militar el que, gracias a su experiencia secular, comenzó a estructurarse y organizarse en época republicana, consiguiendo emanciparse sólo lentamente de la estructura social, estableciendo una serie de funciones y prestaciones, hasta convertirse en la época augustea en un “cuerpo cerrado”.

De todo lo indicado se deduce por tanto, según la autora, la estrecha interrelación e interconexión existente entre los distintos subsistemas sociales que, en su opinión, aparecen durante bastante tiempo estancados en su evolución, presentando la forma de un conglomerado amorfo, del que muy pronto se diferencia y en su evolución se separa el jurídico.

En este sentido, la profesora FÖGEN, tras haber señalado distintos ejemplos ilustrativos de cuestiones de las que sólo en sus aspectos jurídicos se ocuparían los juristas romanos, dejando al margen las implicaciones de otro tipo también contenidas en las mismas, vuelve a insistir en la circunstancia de que el derecho no toma en consideración todo aquello que para Cicerón resultaba importante, y que erróneamente también creía importante para los juristas.

Todo lo que se desarrolla en la política, en las guerras externas o internas, en el arte, en la técnica, en el culto, es decir, todo lo que se desarrolla “fuera” del derecho –el “no-derecho”– no se refleja en los textos jurídicos. Tampoco, como pretendía Cicerón, el gobierno, la filosofía o el arte militar.

El razonamiento jurídico, como es sabido, sólo tomó en consideración y puso de manifiesto dentro de las tensiones vitales lo que constituía un problema jurídico, o que se convertía en tal a partir de su valoración como tal por parte de los juristas.

Si bien se ha señalado que el Derecho romano se caracteriza por su “proximidad a la vida” en lugar de la abstracción, por la praxis en lugar de la teo-

ría, por el *casus* y los *exempla* en lugar de las doctrinas, ello no debe inducir a creer, según la profesora FÖGEN, que el derecho acogió la totalidad de la vida surgida dentro de la amplitud de comunicaciones de la sociedad romana. Admitió sólo una selección mínima; tanta vida cuanta necesitaba, y cuanto quería y podía elaborar.

A fin de cuentas ésta fue tan escasa que por ello, en opinión de la autora del ensayo, el Derecho romano aparece abundantemente falto de historias, de nombres y de tiempo. Sólo conoce, dice expresivamente la profesora FÖGEN, “ciudadanos romanos (y después peregrinos), personas sin *status* u origen, sin historia, sin cara, sin nombre: *quis* y *qui*, si es necesario también *quae* (ya que *quis* puede significar *quae*) son suficientes para el derecho”. Conoce sólo su propio tiempo, que comprendía desde las Doce Tablas, pasando por los *veteres*, hasta llegar a los juristas contemporáneos; tiempo en el que no existían hombres, sucesos ni acontecimientos, sino solamente una cosa: la dogmática jurídica.

Dando por sentado que algunas de las condiciones que posibilitaron que el derecho se convirtiese en un subsistema diferenciado, cerrado y autónomo, se pueden extraer a partir de algunos elementos obtenidos del análisis del proceso operado, ya indicados a lo largo de su ensayo por la profesora FÖGEN, la autora no deja de preguntarse cómo pudo suceder que durante la República el derecho se escindiese de la plenitud de la vida en una medida mucho más amplia que cualquier otro subsistema de la sociedad romana, encontrando su específica selección y estableciendo un límite neto entre sí mismo y el resto del mundo; así como también si ello dependió quizá del hecho de que el “resto del mundo” solicitase al propio derecho poco o nada.

Según la autora, la respuesta a estas preguntas se encuentra en la circunstancia de que el derecho estuvo ampliamente liberado de interacciones y conexiones onerosas, desestabilizantes, obligatorias. Habitó en un lugar seguro donde pudo nutrirse de los “casos” que él mismo producía y procuraba, así como especificarse en modo autorreferencial, casi autístico.

En opinión de la profesora FÖGEN, la evolución del Derecho romano fue deudora verosímilmente –y, añade también, “bastante sorprendentemente”– del largo estancamiento sufrido en la coevolución de otros sistemas, y entre ellos, en particular, del político, que pudiéndose apropiarse de aquél para sus propias exigencias, impedirlo, sacudirlo, destruirlo o dominarlo, sin embargo no lo hizo.

En este sentido, la autora destaca que hasta la época de Augusto, y todavía con posterioridad, el derecho no fue creado, ni guiado, ni turbado, ni usado, ni ocupado, ni investido en tareas por la política. No existió un derecho público, fiscal, administrativo, o de seguridad pública; únicamente en materia penal produjo lo indispensable. Su prestación al mundo circundante –y ello no fue poco, según la profesora FÖGEN– consistió, por una parte, en canalizar un tipo de violencia específica y muy determinada: la que se expresaba en el litigio; por otra, en la preparación de reglas (preceptos, máximas) fia-

bles, seguras, con la invención de nuevos edictos, fórmulas y figuras, absorbiendo así el potencial de conflicto y planteándolo al mismo tiempo sobre un nivel más elevado.

También en el plano cognitivo el derecho se mantuvo abierto a los más bien escasos eventos técnicos y económicos que fueron apareciendo progresivamente, prestándoles servicio cuando fue requerido para ello –por ejemplo, mediante el contrato de compraventa o el préstamo marítimo, una vez que fue ideado el dinero y que las naves romanas comenzaron a surcar los mares, respectivamente–. Tanto las relaciones económicas en la familia, como la propia familia, recibieron protección por parte del derecho a través de normas y principios, pero sin que el propio derecho se arrogase por sí mismo o se hiciese atribuir la función de inmiscuirse en el orden social de la familia o en la praxis económica tradicional.

De todo lo expuesto, y dando por supuesto que sobre la posible importancia del Derecho romano para la sociedad de la República sólo se pueden avanzar suposiciones, la profesora FÖGEN considera que el campo de aquél, dejando aparte el área de los problemas políticos, económicos, militares y sociales, debió de ser más bien reducido y circunscrito.

Tras haber contado las grandes historias de su fundación, historiadores romanos de la talla e importancia de Livio, Dionisio y Tácito, lo perdieron de vista; tanto como para paradójicamente desconocer –y he aquí una patente contradicción entre historiadores antiguos y modernos, que vuelve a poner de manifiesto la autora del ensayo– que el derecho de sus días fue, según afirman con rotundidad algunos historiadores modernos, como HEUSS o IHERING, respectivamente, “la más original objetivación del saber humano” y “el fruto más maduro de su espíritu”.

VII. Epílogo e impresiones

La profesora FÖGEN termina sus reflexiones recordando que el Derecho romano inició su fulgurante carrera mucho más tarde, cuando ya no existió Roma, sino la idea de Roma, que sirvió como referente del Medievo a Constantinopla, a Moscú, para la Iglesia y, sobre todo, para el nuevo Imperio sacro-romano de Occidente.

Al existir un Imperio, el derecho no se hizo esperar. Así, en el período comprendido entre los siglos XII y XIX-XX se generó una gran cantidad de razonamiento jurídico, totalmente erudito, que giró en torno al derecho elaborado en la época republicana, algunas de cuyas invenciones jurídicas originariamente romanas dieron lugar a efectos desmedidos e inesperados, no sólo en el campo del derecho, sino también en el orden económico, social y político. A su vez, las que la autora califica como “conquistas evolucionistas del Derecho romano del Medievo” fueron las condiciones que posibilitaron engarzar con conceptos jurídicos las batallas y discusiones sobre señorío y sobe-

ranía, que permitieron configurar en términos jurídicos los conflictos entre el Papado y el Imperio, y que hicieron factible llevar a cabo experimentos de autorrepresentación política con el contrato social, según el modelo consensual romano.

Para la profesora FÖGEN todo lo indicado conduce a sostener que no existe una evolución bimilenaria del Derecho civil romano. Existió, eso sí, una República romana y un Derecho romano –que se contentó con poco y se autolimitó–, y después otros numerosos derechos a los que Roma sirvió como historia de fundación. Es más, añade la autora, existió también “otro” Derecho romano que encontró su texto originario, su “fuente”, y quizá su *ratio* en el Digesto, del que tampoco faltaron historias sensacionales –el hallazgo del manuscrito, el hurto de la Florentina, el acuerdo de Federico Barbarroja con los juristas boloñeses, la constitución del emperador Lotario– mediante las que, en opinión de la profesora FÖGEN, se narran las nuevas y sorprendentes correrías de la evolución del derecho, que darían suficientes páginas, no ya para hacer un nuevo capítulo, sino más bien un libro.

El ensayo de la profesora FÖGEN se presenta como una obra particularmente original y de compleja elaboración por la multiplicidad y variedad de elementos que se contienen en la misma primorosamente engarzados.

Utilizando un lenguaje muy cuidado y a la vez sencillo y fluido, la autora logra mantener a través de los diferentes capítulos en que se divide su ensayo el interés e intensidad de las cuestiones en ella tratadas, despertando la curiosidad intelectual del lector, y consiguiendo atraer su atención sin dificultades, con la finalidad de que aquél pueda comprender nítidamente, en su esencia, la interesante visión de conjunto que, sobre las líneas básicas por las que discurre la historia de la evolución del Derecho romano como sistema social, nos ofrecen en toda su riqueza de matices y tonalidades los antiguos.

Con independencia de que la obra de la profesora FÖGEN quizá pueda ser calificada, en cuanto a su elaboración, contenido y resultados, de forma crítica por parte de un sector doctrinal defensor a ultranza del recurso a los cánones metodológicos y dogmáticos tradicionalmente establecidos y utilizados para llevar a cabo la exposición e interpretación de la Historia de Roma y su Derecho, entendemos que, tanto por su estructura, sólida y ordenada, así como por su contenido amplio, riguroso y fundamentado, y su planteamiento, en notable medida atípico, novedoso, sugerente, y en cierto sentido revolucionario, debe ser necesariamente interpretada y valorada en sus justos términos como una obra artística; es decir, con deleite y particular sensibilidad.

Ramón P. Rodríguez Montero
Profesor Titular de Derecho Romano.
Universidade da Coruña

Nota bibliográfica de autor

Don Fernando Antonio Cárdenas González, notario, es autor del libro *Páginas del Diario Vivir. Sentimientos y Vivencias del Pueblo. 101 Reflexiones*, Joyas Editoriales del Mundo, México, 2007, 264 páginas.

A continuación transcribimos una de sus bellas reflexiones: “Canto al Notario Mayor” (pp. 247-249 del libro).

CANTO AL NOTARIO MAYOR

Hoy mi canto hacia ti va dirigido, notario padre, notario amigo. A ti, vanguardia de mi tribu, a ti, el día de hoy hablo porque tú significas para mí el faro, la estrella y la brújula en mi navegar en este mar que es la vida del notario. Es mucho lo que me has enseñado, pero es más lo que me falta por aprender de ti, que me has antecedido en cada una de las estaciones que nuestra carretera tiene. Es mucha la gente fuera de nuestro mundo que piensa que la profesión de notario es una de las más cómodas.

Muchas ocasiones se supone erróneamente que el notario es una figura que sólo tiene la misión de dar fe de algún acontecimiento y acto seguido extender su recibo de honorarios. Inclusive, su paso por la vida es tan seguro, que pasa inadvertido. Todo mundo tiene sobresaltos en su diario vivir, menos el notario.

Él está hecho de una pasta diferente, vamos, ni siquiera se enferma. Mucho de eso piensa la sociedad común, pero yo, que formo parte de la familia del notariado, sé que es diferente, sé que para llegar y consolidarse como un notario respetado se requiere de mil y mil esfuerzos. La disciplina, el tesón, la fe y la esperanza fueron las armas con que ustedes cosecharon el éxito. Por eso hoy les dedico mi canto que significa abrazo y sumisión humilde a su grandeza, permitan que

llegue hasta ustedes mi palabra y admítanla como una ofrenda a su rango.

Notario Mayor: agudiza tu cansado oído, y sobre todo abre tu corazón porque hasta allá quiero que lleguen mis sentimientos, recíbelos y de buena voluntad admite mi veneración, soy un hombre, quizá algo joven, pero ya notario. Está apenas reciente mi patente, que es mi orgullo y a la vez mi reto de responsabilidad. Hoy que comienzo a sopesar la pesada misión que tú atléticamente has llevado con holgura, mi admiración por ti se multiplica y cuando me siento flaquear, analizo que los retos que me asustan ya los viviste y superaste tú, admirado maestro.

No te extrañe pues mi canto porque proviene de alguien a quien has servido de paradigma y que está dispuesto a despojarse de su vestido para alfombrarte el piso por donde caminas, hasta allá va mi admiración por tus canas, por tu sabiduría, sólo hay un pero, amargo: que toda esa veneración lleva una carga de interés, sí, como al inicio de mi canto lo señalo, no me conformo con lo que ya me diste, requiero de más, no por simple avaricia, sino porque sé que tú eres poseedor de muchos más secretos y de mucha más sabiduría.

Dime, por Dios, cómo hago cuando me siento asaltado por tentaciones. Confíame cómo puedo mantener clara la visión cuando hay un torbellino en mi entorno. Cómo puedo atraerme el valor cuando tengo miedo. Asesórame para no perder el afán cuando caigo en la monotonía. Enséñame, padre amigo, a vestir con pulcritud, con determinada elegancia, sin caer en lo ridículo. Necesito irradiar sensación de limpieza interior y exterior. Repréndeme por dejar tan abandonada mi oficina, regáñame por ser conformista, reclámame por no ser más humano con mi personal.

Dime cuál es el secreto para mantener siempre frescas las relaciones con mis clientes. Enséñame cómo debo hacerle para no descuidar a mi familia cuando el trabajo me abruma y tengo deseos de superación profesional. Oblígame a ser justo al cobrar mis honorarios. Invítame a abrir los ojos para ver con piedad los mundos de la carencia y exígeme compartir algo de mi canasta. Ubícame hermano mayor, bájame al piso cuando comience a volar perdiendo mi centro merced a las bonanzas y a las adulaciones. Invítame a reconocer que sobre todas las estrategias y técnicas estará la voluntad de Dios.

Por último, padre notario: dame la sabiduría para poder conocer mis debilidades y defectos y así poderlos enfrentar y superar. Ya ves, hermano Notario Mayor, que es mucho lo

que me falta por aprender de ti. Gracias a todos y que Dios los bendiga.

P.D. Por eso la sabiduría popular ha acuñado las siguientes máximas: “Más sabe el diablo por viejo que por diablo”. “Quien no es agradecido es un mal nacido”.