

M^a DEL CARMEN SANCHEZ-FRIERA GONZALEZ

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

EL CONSORCIO FORAL

**(Tras la reforma del instituto por la Ley 1/1999, de 24 de febrero,
de Sucesiones por causa de muerte)**

*A Ricardo y a nuestros hijos,
Betsabé, David y Cecilia*

Título: El Consorcio Foral (Tras la reforma del instituto por la Ley 1/1999,
de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte)

Autora: M.^a del Carmen Sánchez-Frera González

Colección: El Justicia de Aragón

Edita: El Justicia de Aragón

D. L.: Z-1673/00

I.S.B.N.: 84-89510-10-6

Imprime: ARPrelieve, S.A. • C/ Gutenberg, 13 • Tel. 976 522 033

PRESENTACIÓN

No es esta la primera vez que la profesora Dña. CARMEN SÁNCHEZ FRIERA se ocupa del Consorcio Foral en el Derecho Civil aragonés. Ha publicado con la Universidad Complutense, el Instituto de Estudios Altoaragoneses y la Institución del Justicia.

El Consorcio Foral es una Institución polémica, que tiene sus defensores y detractores, pero de gran tradición histórica en Aragón. Constituye, al menos en parte, una seña de identidad de nuestro Derecho y puede cumplir una importante función social si se utiliza de forma adecuada.

Modificado por la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte en 1999, nadie como la Dra. Sánchez Friera, por la experiencia que tiene sobre el tema, podría dar opinión fundada sobre el Consorcio en un tiempo tan breve.

La obra no es una reimprisión, sino que estudia no sólo el Derecho histórico, sino el actual, señalando las dificultades que entraña para su aplicabilidad la nueva regulación por su trascendencia fiscal.

El trabajo de CARMEN SÁNCHEZ FIERA facilitará el de otros muchos.

Zaragoza, 14 de Julio de 2000

Fernando García Vicente
JUSTICIA DE ARAGÓN

INDICE

CAPITULO 1º. - ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y PRESENTE DEL CONSORCIO FORAL.....	19
I.- El consorcio foral	19
1.- El texto legal vigente y el artículo 142 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón	20
II.- Historia legislativa	22
1.- Fueros <i>De communi dividendo</i> que regulan la figura	22
2.- El consorcio foral en las distintas redacciones del Fuero de Jaca	24
3.- Recopilaciones privadas de los Fueros de Aragón	27
4.- Compilación de Huesca de 1247	29
5.- Observancias relativas al consorcio foral	30
III.- Antecedentes de la comunidad consorcial en los documentos de aplicación del Derecho	33
1.- Nacimiento de la comunidad consorcial	33
2.- Actuación conjunta de los consortes	34
3.- Origen de los bienes consorciales	36
4.- Adquisiciones efectuadas por la comunidad consorcial	37
5.- Hermanos e hijos de hermanos como integrantes de la comunidad consorcial	37
6.- Extinción de la comunidad consorcial	38
7.- Disposición a favor de consorte	40
IV.- Estudio de la figura en otros Fueros territoriales medievales	42

V.- Universalidad de la figura consorcial	43
VI.- Consideraciones sobre el posible origen de la figura en el Derecho español	45
1.- La época prerromana: los celtas	46
2.- El <i>consortium creto</i> y el <i>cito romano</i>	47
3.- Las comunidades familiares germánicas	50
4.- El ordenamiento jurídico visigodo	53
5.- Hipótesis sobre origen de la figura	55
VII.- Valoración de la figura consorcial	56
1.- En la época de los Fueros	56
2.- Congreso de Jurisconsultos de 1881. informe de D. Pascual Comín	60
3.- Supresión de la figura en el Apéndice de 1926	64
VIII.- Justificación actual de la figura	66
CAPITULO 2º.- NATURALEZA JURIDICA DEL CONSORCIO	69
I.- Generalidades	69
II.- La comunidad consorcial	70
1.- Época de los Fueros	72
2.- La comunidad en las Observancias	74
3.- Concepción de la comunidad consorcial según la doctrina	75
III.- La hipótesis de comunidad	80
1.- Tipos de comunidad	81
IV.- Naturaleza de la comunidad consorcial	85
V.- Disponibilidad del vínculo por el causante del consorcio	90

CAPITULO 3º.- ELEMENTO SUBJETIVO DEL CONSORCIO	93
I.- Hermanos e hijos de hermanos, como integrantes de comunidad consorcial	93
1.- En los diplomas	94
2.- En los Fueros y Observancias	96
3.- En la doctrina	97
A. ¿Hijos de doble vínculo o de vínculo sencillo?	97
II.- Derecho de representación	100
1.- Generalidades	100
2.- El derecho de representación en el Derecho Aragonés y su aplicación al consorcio foral	102
A. Entrada de hijos de hijos premuertos	102
B. Derecho de representación a favor de ulteriores descendientes	108
III.- El elemento personal en la doctrina posterior	109
IV.- Consorcio subsiguiente o modificación subjetiva del consorcio ...	111
1.- Adquisición de la cualidad de consorte al suceder al consorte muerto	112
2.- Opiniones doctrinales y exámen de la Observancia 14 <i>De consoribus ejusdem rei</i>	115
V.- El elemento personal del consorcio en la regulación actual	119
1.- Consorcio originario: hijos e hijos de hermanos	120
2.- Ascendiente común	122
3.- Entrada, por derecho de representación, de ulteriores descendientes: La sustitución legal en la Ley de Sucesiones	122
VI.-Modificación subjetiva del consorcio	124
1.- Los hijos o descendientes sucesores en la cuota consorcial ¿adquieren la cualidad de consortes?	128

CAPITULO 4º.- ELEMENTO OBJETIVO DEL CONSORCIO	133
I.- Determinados bienes inmuebles como elemento objetivo del consorcio	133
II.- Bienes que presumiblemente integraban el activo de la comunidad consorcial con anterioridad a los Fueros	134
1.- En la época de los Fueros	135
A. Análisis de la palabra <i>haereditas</i> o <i>hereditas</i> empleada por los Fueros	136
2.- El elemento objetivo del consorcio en las Observancias	141
3.- Evolución posterior de la doctrina	143
4.- Opinión de la doctrina hasta la derogación de los Fueros y Observancias	148
5.- Jurisprudencia	151
III.- Régimen actual	151
1.- Bienes inmuebles	151
2.- La presunción aragonesa de inmovilidad	153
3.- ¿Es necesario que los bienes inmuebles se tengan en pleno dominio?	154
A. Doctrina del Tribunal Supremo	156
CAPITULO 5º.- TITULO ADQUISITIVO	163
I.- Título para inducir consorcio en los Fueros <i>De communi dividundo</i> y las Observancias <i>De consortibus ejusdem rei</i>	163
II.- Sucesión testada e intestada	165
III.- Sucesión mediata e inmediata	167
1.- Sucesión por sustitución fideicomisaria	169
IV.- Sucesión a título universal y a título particular	170

V.- Necesidad de un mismo título	176
VI.- Bienes recibidos a título de donación	180
1.- La donación en la Compilación de 1247	182
2.- Posturas doctrinales	185
VII.- Exclusión de los bienes adquiridos por otro título	190
VIII.- El título adquisitivo según la regulación actual	194
1.- Adquisición en virtud de herencia, legado y donación	194
IX.- Inicio del consorcio en caso de donación	196
X.- Inicio del consorcio en caso de contrato sucesorio	198
XI.- Sucesión mediata o inmediata	199
1.- Supuesto de sustitución fideicomisaria	200
2.- Inicio del consorcio en caso de Fiducia sucesoria	202
XII. Sucesión a título universal y a título particular ¿se necesita un mismo título para formar consorcio?	204
CAPITULO 6º.- ADQUISICION PROINDIVISO	207
I.- La indivisión como presupuesto de la comunidad consorcial	207
1.- En el Derecho histórico	207
2.- La proindivisión en la regulación actual	209
II.- Indivisibilidad de los bienes	210
1.- Los bienes indivisibles en los Fueros	211
2.- Los bienes indivisibles en las Observancias	215
3.- Regulación actual en cuanto a bienes indivisibles	218

CAPITULO 7º.- EFECTOS DEL CONSORCIO: LA INALIENABILIDAD DE LA CUOTA CONSORCIAL POR ACTOS "INTER VIVOS"	219
I.- La prohibición de enajenar	219
II.- La prohibición de disponer por actos "inter vivos" en la época histórica	220
1.- En los Fueros y Observancias	220
2.- Doctrina	224
3.- Jurisprudencia	230
III.- Excepciones a la inalienabilidad en el Derecho anterior	230
1.-Enajenación a favor de consortes	231
A. En los Fueros y Observancias	231
B. En la doctrina	233
2.- Enajenación "inter vivos" a favor de hijos	236
3.- Posibilidad de enajenación conjunta de los consortes	239
4.- La responsabilidad de los bienes consorciales por deudas del causante y por actos realizados por el consorte, como excepción a la inalienabilidad de la cuota consorcial	242
A. Responsabilidad por deudas del causante del consorcio	243
a. La responsabilidad de los herederos en los Fueros y Observancias	243
b. Doctrina	247
B. Posibilidad de venta de la cuota consorcial para pagar deudas del consorte	249
a. Responsabilidad delictual en los Fueros y Doctrina	249
b. Responsabilidad contractual	255
IV.- Alcance de la prohibición de disponer según la regulación que del consorcio foral hace el artículo 59 de la Ley de Sucesiones.	257
1.- La prohibición de disponer	257
V.- Excepciones a la inalienabilidad de la cuota consorcial	258
1.- Enajenación "inter vivos" de la cuota a favor de otro consorte	258
2.- Enajenación "inter vivos" a favor de hijos	260

3.- Disponibilidad a favor de extraño con consentimiento de los otros consortes y disponibilidad conjunta de los consortes 263
4.- Excepción a la indisponibilidad "inter vivos" de la cuota consorcial cuando el bien sobre el que recaiga sea indivisible 265
5.- Posibilidad de venta de la cuota consorcial para pago de deudas del ascendiente causante del consorcio, como excepción a la inalienabilidad de la misma 266
6.- Posibilidad de venta de la cuota consorcial para hacer frente a responsabilidades por actos realizados por el consorte 267
V).- Invalidez del acto de disposición "inter vivos" realizado por un consorte en contra de lo dispuesto en las disposiciones que rigen el Consorcio foral 269
1.- En el Derecho histórico 269
A. Disposiciones forales 270
B. Doctrina 272
2.- La invalidez del acto dispositivo "inter vivos" celebrado contra consorcio en la regulación actual 274
CAPÍTULO 8º.- EFECTOS DEL CONSORCIO: PROHIBICIÓN DE DISPONER POR ACTOS "MORTIS CAUSA" 277
I.- La prohibición de disponer por actos "mortis causa" 277
II.- La prohibición de disposición por actos "mortis causa" en el Derecho histórico 278
1.- En los Fueros y Observancias 278
2.- En la doctrina 280
A. Prohibición absoluta de testar el consorte sin descendencia y posibilidad de efectuar disposición "mortis causa" el que la tuviera 280
III.- La prohibición de disponer por actos "mortis causa" según la regulación de la Compilación y la regulación actual 287
1.- Pacto al más viviente 290

IV.-Consecuencias jurídicas del incumplimiento por el consorte de la prohibición de disponer "mortis causa" a favor de extraño	292
1.- Testamento otorgado a favor de otro consorte	297

CAPITULO 9º.- EL FALLECIMIENTO DEL CONSORTE SIN DESCENDIENTES	299
I.- El acrecimiento consorcial	299
1.- El acrecimiento consorcial en los Fueros	300
2.- El acrecimiento en las Observancias	303
II.- Posiciones doctrinales respecto a la naturaleza del acrecimiento consorcial	304
III.- Resoluciones de Tribunales	312
1.- Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado	313
2.- Resolución de la Dirección General de lo Contencioso	315
3.- Sentencia del Tribunal Supremo	317
IV.-Diferencias entre el acrecimiento consorcial y el derecho de acrecer regulado en el Código Civil y en los arts. 166 a 168 de la Ley de Sucesiones	317
V.- Mi opinión respecto a la naturaleza del acrecimiento consorcial	318
VI.- Mecanismo del acrecimiento consorcial	324
1.- En el Derecho histórico	324
2.- En la regulación actual	330
VII.-Excepciones al acrecimiento consorcial	334
1.- En el Derecho histórico	334
A. Existencia de descendientes	334
a. En los Fueros y Observancias	334
b. Doctrina	336
B. Sustituto nombrado por el causante del consorcio	338
2.- Excepciones al acrecimiento en la regulación actual	339
A. La existencia de descendientes	339

B. Existencia de sustituto nombrado por el causante de consorcio	343
C. El recobro de liberalidades como excepción al acrecimiento consorcial	343
VIII.- El acrecimiento consorcial y la viudedad aragonesa	345
1.- Origen y caracteres del derecho de viudedad	345
2.- El cónyuge sobreviviente ¿ha de tener viudedad sobre la cuota consorcial?	347
A. En el Derecho histórico	348
B. Jurisprudencia	352
C. Estado de la cuestión en la Compilación y en la regulación actual	354
CAPITULO 10º.- LA EXTINCION DEL VINCULO CONSORCIAL	359
I.- La división como extinción de la comunidad consorcial	359
II.- La partición en el Derecho histórico	360
1.- La partición en los Fueros y Observancias	360
III.- Otras formas de extinción del vínculo consorcial	361
IV.- ¿La sola petición de partición faculta para enajenar validamente?	362
V.- La disolución del consorcio en la regulación actual	365
VI.- La facultad de pedir la división de la comunidad consorcial	366
1.- Problemática en el supuesto de que el causante hubiere prohibido la división de los bienes consorciales	367
A. Plazo por el que puede imponerse la prohibición	368
2.- Acuerdo de los consortes de no dividir	369
3.- Declaración de voluntad de un consorte encaminada a extinguir respecto a él, el consorcio	370

VII.- Legitimación para pedir la división	371
1.- Menores de edad	371
2.- Menores de edad, mayores de 14 años	371
A. Menores, mayores de 14 años, casados	373
B. Menores, mayores de 14 años, que vivan independientes	374
VIII.- Otras formas de extinción del vínculo consorcial	374
1.- Exclusión de los efectos consorciales por acuerdo unánime de los consortes sin efectuar la partición	376
CAPITULO 11°.- TRATAMIENTO FISCAL DE LA FIGURA CONSORCIAL	379
I.- Régimen impositivo en la época de los Fueros y Observancias	379
1.- El impuesto del maravedí o monedaje	379
2.- El monedaje sobre bienes en consorcio	380
3.- La cuestión en otros Derechos históricos	384
II.- El impuesto de sucesiones. La Resolución de la Dirección General de lo Contencioso del año 1917	386
III.- Situación actual: estudio de la nueva Ley de Sucesiones de 1987 en su aplicación al consorcio	391
BIBLIOGRAFIA	395

CAPITULO 1º

ANTECEDENTES HISTORICOS Y PRESENTE DEL CONSORCIO FORAL¹

L- EL CONSORCIO FORAL.

La institución del consorcio foral aragonés tiene una gran tradición histórica ya que era la comunidad hereditaria que se formaba entre los hijos al suceder a sus progenitores en el patrimonio familiar indiviso.

Hoy, igualmente, se puede definir el consorcio foral como una comunidad, de origen sucesorio, con especiales reglas de funcionamiento encaminadas éstas a preservar la conservación y continuidad del patrimonio familiar.

Esta comunidad está caracterizada por dos notas esenciales: la exigencia de actuación a mancomún de todos sus miembros, para determinados actos de disposición *inter vivos* sobre los bienes que constituyen el activo de la comunidad, y el especial acrecimiento que se produce al morir uno de sus miembros sin descendencia.

1 Los antecedentes históricos se recogen en este capítulo brevemente. Para verlos más detalladamente me remito a mi libro *El Consorcio Foral en el Derecho Civil Aragonés*. Editado por Universidad Complutense, Instituto de Estudios Alto Aragoneses (ed. morolichas), y la ed. realizada por El Justicia de Aragón.

De la exigencia de actuación a mancomún deriva la prohibición para los consortes, individualmente considerados, de disponer, tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa*, a favor de extraños al consorcio, de la parte o cuota ideal que en la misma les corresponde, excepto cuando esta disposición sea a favor de descendientes del consorte disponente.

1.- El texto legal vigente y el artículo 142 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón.

La institución denominada "Consortio foral" venía regulada en el art. 142 de la Compilación Aragonesa de Derecho Civil, dentro de las "normas comunes a las diversas clases de sucesión", en los siguientes términos:

- 1.- Cuando varios hermanos o hijos de hermanos adquieran de un ascendiente pro indiviso y a título gratuito bienes inmuebles queda establecido entre aquellos, y en tanto subsista la indivisión, el llamado "consorcio o fideicomiso foral" con los siguientes efectos:
 - 1º.- Ninguno de los consortes puede enajenar, gravar ni obligar la parte que le corresponde en los bienes indivisos.
 - 2º.- Tampoco puede disponer de su parte por actos *mortis causa* sino en favor de sus descendientes.
 - 3º.- Si un consorte muere sin descendencia antes de la división, su parte acrece a los demás consortes.
- 2.- El consorcio se disuelve por la división del inmueble o inmuebles, que puede pedir cualquiera de los consortes.

Este precepto reproducía, aproximadamente, reglas contenidas en los Fueros *De Communi dividundo* y en las Observancias del Título *De consortibus ejusdem rei*. Textos éstos que rigieron la figura desde la Compilación de Huesca de 1247 hasta el Apéndice Aragonés de 1926. Este Apéndice no recogió en su normativa la institución, siendo, en consecuencia, eliminada del ordenamiento jurídico aragonés.

En la Compilación de Derecho Civil de Aragón de 1967 se reinstaura, por considerar, como indica su preámbulo, "que responde a la concepción del Derecho de familia en el antiguo Reino".

La Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, que entró en vigor el 23 de abril del mismo año, derogó el artículo 142 de la Compilación y en consecuencia el Consorcio foral viene hoy regulado en el Título Primero, Capítulo VII, artículos 58 a 61 de la citada Ley. Con esta Ley las Cortes de Aragón inician la tarea legislativa de desarrollar sistemáticamente el Derecho Aragonés de acuerdo con el artículo 149 - 1. 8º de la Constitución. El legislador aragonés - como nos dice en el propio Preámbulo - "no tiende a una ruptura con el pasado, sino más bien a dar satisfacción a nuevas necesidades sentidas por la sociedad, enlazando, armónicamente, valores e instituciones que han determinado históricamente el modo de ser aragonés con las valoraciones y aspiraciones del presente".

Los artículos 58 a 61 de la Ley de Sucesiones que regulan hoy el Consorcio Foral lo hacen en los siguientes términos:

Artículo 58.- Consorcio Foral:

1. Salvo previsión en contrario del disponente, desde que varios hermanos o hijos de hermanos hereden de un ascendiente bienes inmuebles, queda establecido entre ellos, y en tanto subsista la indivisión, el llamado "consorcio o fideicomiso foral".
2. Lo dispuesto en el apartado anterior, se aplicará también a los inmuebles adquiridos proindiviso por legado o donación.

Artículo 59.- Efectos.

1. Vigente el consorcio foral sólo son válidos los actos de disposición, *inter vivos* o *mortis causa*, realizados por un consorte sobre su cuota en el consorcio o en alguno de los bienes que lo integran cuando se otorguen a favor de sus descendientes, que con ello adquirirán la condición de consortes, o de otro consorte.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, es embargable la cuota de un consorte en el consorcio o en alguno de los bienes que lo integran, sin que pase a formar parte del consorcio el extraño que la adquiriera en el procedimiento de apremio.
3. Si un consorte muere sin descendencia su parte acrece a los demás consortes, que la reciben como procedente del ascendiente que originó el consorcio. En caso de recobro de liberalidades, el acrecimiento no se produce respecto de los bienes recobrados.

Artículo 60.- Separación de un consorte.

1. Dejarán de aplicarse los efectos del consorcio al consorte que declare su voluntad de separarse totalmente del mismo en escritura pública.
2. La separación deberá comunicarse fehacientemente a los demás consortes, entre los que continuará el consorcio.

Artículo 61.- Disolución del consorcio.

El consorcio se disuelve por la división del inmueble o inmuebles y por acuerdo de todos los consortes.

Para la regulación actual del Consorcio también hay que tener en cuenta la Disposición Transitoria Sexta de la citada Ley de Sucesiones pues según ella: "Los efectos del consorcio foral y la facultad de cada consorte de separarse del mismo previstos en esta Ley serán de aplicación después de (sic) (¿desde?) su entrada en vigor aunque el consorcio se hubiera originado antes".

II.- HISTORIA LEGISLATIVA

1.- Fueros De *communi dividundo*² que regulan la figura.

Fuero 1º. *Omnes haereditates quae de avis, aut de patre, aut de matre ad filios, vel filias, pertinent defunctis genitoribus eorum, aliquis filius, vel*

2.- Libro III - *Fororum Regni Aragonum* . Ed. Savall y Penén.

filia per Forum non potest dare, vendere, aut impignorare, vel alienare aliquo modo, ad alium hominem, partem quae sibi in eis debet pertinere: donec divisio illarum haereditatum sit firmata cum carta sufficienti secundum quod Forus est. Cum vero fratres, aut sorores habuerint divisas haereditates: & forte evenerit, quod duo, & duo, & tres, aut etiam plures, si tot sint: erunt in simul in sorte haereditatis divisae, & aliquis eorum antequam cognoscat partem suam divisae, & determinate, moriatur: alii fratres qui non sunt in sorte cum eo nullo modo possunt demandare partem, nec consequi in parte defuncti, nisi ille, vel illi cum quibus erant in sorte.

Fuero 2º. Nullus filiorum si plures sunt unius patris, & matris: potest aliquid de suo avolario impignorare, vendere, sive dare, vel aliquo alio modo alienare: etiam si alienare velit partem quam in suo est avolario vel patrimonio accepturus, usquequo determinate & divisae cognoscat partem suam, & quod divisio ipsa secundum Forum cum cartis sufficientibus sit firmata. Cum vero fratres, vel sorores habuerint divisas haereditates: & forte evenerit, quod duo & duo, vel tres & tres, aut etiam plures consortes sunt simul in sorte haereditatis divisae, & evenerit quod aliquis eorum antequam cognoscat partem suam divisae, & determinate obierit, alii fratres qui non sunt in sorte cum illo, nullo modo possunt petere partem, nec consequi in parte defuncti: nisi ille, vel illi cum quibus erat in sorte.

Fuero 3º. Multa castella, balnea, furni & molendina sunt: quibus accidit multoties, quod multi habent partem in illis: & quia talia non possunt dividi: ut quisque ex haeredibus possit determinate cognoscere partem suam. Si aliquis eorum vendiderit partem quam in eis habet: aut si eam dederit, aut impignoraverit: aut quocumque alio modo alineaverit, in carta ipsius facti ita debet contineri. Ego talis dono, vendo, aut impignoro, seu in pignus mitto, aut in dominium tuum transfero pro tanto precio, medietatem, tertiam, aut quartam partem, talis haereditatis, aut plus, at minus, secundum quod in eis habuerit. Et secundum Forum non tenetur ibi aliquid pediare, aut per bogas sive fitas aliquid demonstrare, quia non sunt talia loca quae aliter possent dividi. Veruntamen redditus eorum debent & possunt dividi secundum, quod haeredes habent partem in eis.

Fuero 6º. *De partitione inster germanos & sorores, si antequam dividant non fuerit firmata ipsa partitio per fidantias, bene possunt se inde extrahere, usque ad tertiam vicem. Sed si fuerit partitio facta cum carta: tunc abundat.*

Fuero 7º. *Si unus frater ante divisionem paternorum bonorum ex ipsis bonis aliquid adquisierit, tenetur cum aliis fratribus, aut sororibus consortiare. Sed si ex parte sua, vel scientia, vel prospera fortuna aliquid lucratus fuerit: nihil tenetur dare aliis fratribus.*

No es la Compilación de Huesca de 1247 el primer texto legal que contempla la figura del llamado consorcio foral. En efecto, tanto en el Fuero extenso de Jaca, como en las redacciones del Derecho aragonés llevadas a cabo por iniciativa privada, ya se regulaba, en términos esencialmente iguales a como lo contemplamos en aquella Compilación. No es nada extraña esta igualdad de regulación si tenemos en cuenta, que, como pone de manifiesto el profesor Delgado Echeverría³, "en la Compilación aprobada por las Cortes de Huesca de 1247 se tomaron los textos de constituciones reales anteriores, algunas fazañas o resoluciones de los jueces y, sobre todo, distintas versiones del "Fuero de Jaca", en la forma extensa en que había sido redactado por generaciones de foristas y aplicado en un ámbito territorial mucho más amplio que el de aquella ciudad, con algunas modificaciones y adiciones importantes".

2.- El consorcio foral en las distintas redacciones del Fuero de Jaca.

En la primera recopilación romanceada extensa del Fuero de Jaca⁴, obra de juriconsultos aragoneses, ya aparece regulada la

-
- 3 - Delgado Echeverría, Jesús - *Los Fueros de Aragón* - Segunda muestra de Documentación Histórica Aragonesa. Centro de Documentación Bibliográfica Aragonesa. Ed. Diputación General de Aragón. s/f. pag. 9.
- 4 - Molho, Mauricio - *El Fuero de Jaca* - Escuela de Estudios Medievales - Instituto de Estudios Prehistóricos. Zaragoza 1964 - Redacción A1, parágrafo 45, pag. 48. Contenida esta redacción en el código 17801 Biblioteca Nacional (Madrid). El código J.J.O.O. de los Archives Nationales de Paris (Redacción A2, De Molho) no contiene regulación del consorcio foral (A2).

figura del consorcio en los mismos términos que veíamos en la Compilación de Huesca: *"De heredatz que de avis pertanexen a nebotz, o de payres a fils, que no las poden vendre avantz que quiscum conoysca sa part"*. *Totas heredatz que d'avis o de payre o de mayre, pertanexen a sos fills o a sos fillas, apres dels dias d'els nengun d'aquels fills ni de las fillas, per fuero, no pot vendre ni empeynar ni alienar per alguna manera altre hom la part que ei den pertaynner en aquelas heredatz entro que cada un d'aquels departidament et determinada conega sa part, et encara la particion de las heredatz sia firmada ab carta bastant segont que es fuero. E quant los germans y las germanas auran partidas las heredatz, y per aventura esdevenra que dos e dos, o tres e tres o encara mes si tantz son, seran ensems en sort de la heredat partida, e esdeuenra que algun d'aquels, enant que conega so part departidament e determinada, passara del segle, los altres frayres que no son ensems ab el en sort no poden per nenguna manera demandar part nin conseguir en la part del mort, sino aquel o aquels ab qui era en sort.*

En el párrafo 145.- *"De parçones de castels, de molins, de forntz, de bayntz si vol, vendre sa part l'un"*. Se regula el consorcio sobre bienes indivisibles.

En el 253.- *"De convenient partición entre germans"*. Se establece la posibilidad de apartarse por tres veces de la partición efectuada sin "cart" ni fianzas. Y en el párrafo 272.- *"De heredat que no es partida entre parentz e algun d'aquels vol dar sa pars"*, se prohíbe al consorte donar, sin consentimiento de los demás, su haber consorcial.

La Recopilación contenida en el código J.J.N.N. de los Archives Nationales de París⁵ también contiene regulación del consorcio, sustancialmente igual a la anterior, si bien omite la referencia a los abuelos y nietos y se observa en ella una redacción más imperfecta.

5.- Las disposiciones contenidas en el párrafo 272 de la R.A.¹ del Fuero de Jaca se corresponden con el párrafo 124 de la recopilación privada publicada por Ramos Loscertales AHDE II.

6.- Molho, Mauricio - Recopilación B. párrafo 90, pág. 228.

Se observan ciertos cambios en el párrafo dedicado a los castillos, hornos, baños, por cuanto, en esta Recopilación se introduce, respecto a la A, "*per avolori o per patrimoni*", con lo que abiertamente señala la inclusión de estos bienes indivisibles en la comunidad consorcial, siendo la regulación que, respecto a ellos, hace el fuero, una clara excepción al efecto consorcial de no disponibilidad de la cuota parte que los consortes tuvieran en ellos. Por otro lado en la última parte de su redacción se observa una incorrecta comprensión, dado sus términos: "*E no es tengut per ço de peytar alguna cosa*"⁷. En las Redacciones contenidas en los códices 13271 de la Biblioteca Nacional (Madrid) y en el 1015, Biblioteca de Catalunya (Barcelona)⁸ igualmente aparece la figura del consorcio foral, si bien, con una deficiente redacción en la segunda de ellas⁹, que hace resulte oscuro el acrecimiento consorcial.

La redacción contenida en los códices 943 y 944 de la Biblioteca Nacional de Palacio¹⁰ regulan la figura consorcial en su párrafo 75: "*De non vendre heredit non partida*".

Si, como vemos, en las distintas recopilaciones del Fuero de Jaca, ya figura la institución del consorcio foral, otro tanto ocurre

7.- Molho - Redacción B - párrafo 73: "*De baynys e de forn e de molys - Molst castels y a or y a baynts y fornys y molns en que au part moys omes per avolori o per patrimoni o en alt (r) a manera dreytura car atals logars non se poden partir asi com altres hereditats. Si algun del hereders lo vol vendre o empeynar o en alguna altra manera dreytura mudar (en) altre synnoriu en la carta d'aquel fayt den aver: "Jo, Fulan vendi o meti en paynts o doney a tu, Fulan o mudy a ton seynnoriu la mitat o la tercerca part o la carta o plus d'aquel moln o del forn o d'aquels baynts poer tant le prec". E no es tengut per ço de peytar alguna cosa o de mostrar per boques o per feyts mayt les rentes d'aquels deven estre departides a cada un se part, car les logars que atals son non ponden estre demostrats*".

8.- Redacciones C y D respectivamente en Molho.

9.- Molho - Redacción C, en párrafo 70 y Redacción D, párrafo 69, págs. 348 y 149, op. cit. El Fuero referido a bienes indivisibles, está contenido en los párrafos 265 (R.C) y 264 (R. D), pág. 456 y 457 de Molho. En ambos consta la referencia a poder ser dichos bienes de patrimonio o de abolorio. El régimen de titularidad plural sobre estos bienes parece ser el mismo ya se tenga la costularidad sobre ellos por título sucesorio de ascendientes o debido a otro título. Al menos en lo que afecta al poder de disposición por actos inter vivos. Presumiblemente, y dada su no referencia a actos de disposición *mortis causa*, en este aspecto se hiciera distinción según el título de adquisición.

10.- Molho, Redacción E, y Ramos Loscertales, José M^o - Barcelona 1927, párrafo 75. El párrafo 279 recoge la excepción referida a castels, baños, hornos y molinos, aquí con buena redacción.

con las recopilaciones que, debidas a iniciativa privada, se conocen de los Fueros de Aragón, con lo que se puede afirmar que no fué la Compilación de Huesca la que inició la regulación de la comunidad hereditaria entre hermanos, ni que la misma adquiriese mayor complejidad con posterioridad, por cuanto, si exceptuamos el Fuero 7º del Título *De Communi dividundo*, —del que no aparecen antecedentes en el Fuero de Jaca, ni en las distintas recopilaciones privadas, y (sí, en cambio, se encuentran textos similares, en los Fueros de Teruel y Cuenca, y Costumbres de Tortosa)—, el resto de las disposiciones que al consorcio atañen figuran ya recogidas en el Fuero de Jaca o en las recopilaciones privadas anteriores.

3.- Recopilaciones privadas de los Fueros de Aragón.

De las recopilaciones privadas publicadas por Ramos Loscertales¹¹ la RI no contiene disposición alguna referida a la figura que estudiamos. En cambio en la RII existen varios párrafos que disciplinan aspectos de la misma, aunque carece la figura de una regulación completa. Así vemos, que el párrafo 124, bajo el título: *"De hereditate germanorum vel filiorum germanorum aut parentum proximorum que non sun divise"*, declara inválida la donación que un hermano consorte realice a favor de *"sanctos"* o de *"mulierem aut ad aliquem locum"*, si no cuenta con el consentimiento de los otros consortes. Omite, sin embargo, el crecimiento consorcial y circunscribe a la donación la indisponibilidad de la parte consorcial: *"De hereditate germanorum vel filiorum germanorum aut parentum, proximorum que non fuerint divisse"*. *Si aliquis illorum dederit, sine mandato et concessu aliorum, aliquid illorum hereditatum ad sanctos vel ad mulierem aut ad aliquem locum, non potest passare quia cum iuramento quod det se non interfuisse illi donativo quod hereditas non fuit divisa, et quod non concessit illam donationem ipse potest hoc prohibere; set si hereditas est divisa et potest habere*

11.- Ramos Loscertales, José María - AHDE I, II y V y que en adelante señalaremos como RI RII y RV.

testes potest facere donativum et cum ratione facia quicquid facit". Es de señalar que este parágrafo coincide con el 272 del Fuero de Jaca¹², uno de los que, como anteriormente vimos, regulan en el citado Fuero, la figura del consorcio.

En la Recopilación III¹³, parágrafo 45¹⁴, que regula el consorcio foral, se observa, respecto a las anteriormente citadas, dos diferencias. a) La inclusión del Fuero dedicado al distinto régimen a que están sometidos los bienes indivisibles, entre la prohibición de disponer de la cuota consorcial y el acrecimiento entre consortes y b) la supresión de la ratio que fundamenta la indivisión de los mismos, junto con la supresión del último párrafo relativo a la regla que regulaba el uso y disfrute por los coherederos de esta clase de bienes. Posiblemente esta supresión fué motivada por razones de estilo, no queriendo significar esta omisión que la *ratio legis* hubiera cambiado, sino, simplemente, creemos que el compilador pone así de manifiesto que su labor no se redujo a una mera labor de copista al transcribir los preceptos forales. Lo que queda claro en esta Recopilación, dado la colocación sistemática de los preceptos forales, es el régimen de alienabilidad de la cuota con-

12.- *El Fuero de Jaca*. Molho, R. A. pág. 143, parágrafo 272: "De hereditat que no es partida entre parentz e algún d'aquels vol darsa pars. De hereditatz de germanos o de filz o de parentz que no son partidas. si algun d'aquels dara ad algun part d'aquelas hereditatz sen assentiment e voluntat de totz los óltres qui deven esser parçones en aqueles hereditatz o encara senes assentiment del un sol, no a valor aquele donatión, encara si áves donat a Santej o a muyller o ad altre loc. Pero si aqueles hereditatz seran partidas e cadaun conoxera sa part, ben pot d'aquela part fer sa voluntat".

13.- Ramos Loscertales, José M^o - AHDE V - Según Pérez Marin, A. (*Fori Aragonum*, pág. 4, nota 14.) esta Recopilación es el Fuero latino de Jaca. En el mismo sentido se expresa el profesor Ubieto en *Estudios al Vidal Mayor*, pág. 30.

14.- R. III (AHDE V, pág. 405) 45. *Hereditates que perveniunt filiis et filiabus ex paterno et materno iure defunctis genitoribus, vel filius vel filia non potest nec debet aliquo modo vel pacto alicui dare, vendere, impignorare seu quolibet modo alienare portionem que sibi contingere debet ex genitoribus, donec quisque certis metis divise et determinate cognoscat portionem suam que sibi iure genitorum debet pertinere, et etiam quod divisio illa per cartam et cum fidanciis et testibus sit roborata. Molendina tamen et furni, que non possunt dividi, si quis ex hereditatibus voluerit partem suam dare, vendere aut impignorare alicui in instrumento seu carta que fit de facto illo, ita continetur: "dono, vendo vel mito tibi in pignore mediam parte, aut terciam, seu quartam de tali molendino vel furno sicut mihi pertinet iure genitorum". Cum vero fratres habuerint inter se divisas hereditates genitorum, et forte contingerent quod antea moriatur unus quam divise cognoscat suam partem, non possunt alii fratres petere partem in portione illa nisi cum quo erat in sorte*

sorcial que recae sobre esta clase de bienes, opuestamente a lo que acontece con el resto de los inmuebles heredados. Realmente, dada la redacción del Fuero relativo a estos bienes, tanto en las distintas versiones del Fuero de Jaca, como de la R. II, estaba bastante claro que la regulación de esta clase de bienes constituía una excepción al régimen establecido para el consorcio legal. Aquí ya no caben dudas.

4.- **Compilación de Huesca de 1247.**

La regulación del consorcio foral que hace la Compilación de Huesca difiere poco de la formulada en el Fuero de Jaca, y de la contenida en las recopilaciones privadas, si bien se observa alguna diferencia, especialmente, en la versión contenida en el Ms. 458 de la Biblioteca Nacional¹⁵. Regula esta Compilación el crecimiento consorcial de modo diferente, al establecer que los hermanos que no tienen la "suerte" en común con el fallecido no tendrán parte en sus bienes, a no ser que los consortes deseen darles parte: "... E quando los ermanos o las hermannas aurán partidas lures heredades el acaçiere por aventura que serán de dos en dos u de tres en tres, si tantos son que nenguno d'estos II o d'estos III non querrán conoçer so parte e muriere alguno d'ellos u d'estos dos o d'estos tres ante que conoçer so parte deslinçada, nenguno de los otros ermanos que conoçer lur part e lur suert partida non puede demandar part ni la deve conseguir en nenguna manera en la part del muerto, si doncas aquel o aquellos con qui era en la suert non les ploguiesse que partiesse con ellos"¹⁶. Respecto a la prohibición de disponer, añade esta Compilación una precisión a la misma, al establecer que los consortes no pueden enajenar cosa alguna de su patrimonio, matrimonio o abolorio, ni tampoco la parte que les corresponde en esa comunidad: "si dos fillos un o más de un padre e de una madre, no puede nenguno empenhar alguna cosa de so patrimonio o de so matrimonio ni de so avolorio ni vender ni dar ni alenar en nenguna manera,

15. - *Ibid.*: Gunnar - Fueros de Aragón - Lund 1937

16. - *Los Fueros de Aragón* - Tilander, Gunnar, 1937, párrafo 168, 170 y 172.

ni encara, si quiere allendar la part que deve recibir de so patrimonio, troa que quiscuno d'ellos...¹⁷.

La versión romanceada de los Fueros de Aragón, contenida en el Ms. 207 de la Biblioteca Universitaria de Zaragoza,¹⁷ no presenta, en su regulación del consorcio, diferencias significativas respecto a las anteriores. Contiene también la regulación de la partición, en los mismos términos que la anterior, y la regulación de los bienes indivisibles sin referirse a su cualidad de abolorio o de patrimonio, pero a diferencia de la citada anteriormente hace mención de que sean "herederos" los parçoneros. La regulación que contiene coincide, sustancialmente, en lo que concierne a la materia de estudio, con la Colección oficial de Fueros; solamente omite, con relación a ésta, el Fuero 7º, que, por otra parte, responde a la lógica de la figura, por cuanto establece que las ganancias obtenidas por los hermanos consortes con los bienes consorciales, ingresarán en la comunidad consorcial.

5.- Observancias de la Colección oficial relativas al Consorcio foral.

En el Libro III de la Colección oficial de Observancias¹⁸ se recogen, bajo el título *De consortibus ejusdem rei*, las que hacen referencia al Consorcio foral. No todas las que figuran bajo este título regulan materia consorcial, sino solamente la 1ª, 3ª, 4ª, 6ª, 7ª, 10ª, 11ª, 12ª, 13ª y 14ª. Estas Observancias confirman y concretan el régimen de los Fueros.

Observancia 1ª. *Nota, quod si plures sunt germani, non potest aliquis ex ipsis condere testamentum, antequam dividant de parte quam ipsum continget habere de bonis: sic nec alienare, nec alii germani tenentur solvere debita ipsius.*

17.- Fueros de Aragón - transcritos y publicados por Lacruz Berdejo, José Luis y Bergus Camón, Jesús - Estudios de Derecho Aragonés, Zaragoza 1953. Fueros relativos al consorcio, números 165, 167, 168, 169 y 173.

18.- S. y P. *Observantiarum Regni Aragonum*. Libro III.

Observancia 3^a. *Item, Forus qui loquitur, quod frater non potest alienare, vel obligare bona patrimonialia alteri: intelligitur de bonis, quae secundum Forum dividi possunt: alia vero, quae commodè dividi non possunt, ut furnus, & similia: benè possunt obligari, vel alienari.*

Observancia 4^a. *Item, licèt Forus dicat, quod divisio inter fratres debet fieri cum publico instrumento, & fidantia salvitatis: tamen de consuetudine est inductum, quod si fratres dividerint haereditates inter se, & quilibet receperit, & tenuerit partem suam divisam per decem annos sine instrumento & fidantia salvitatis: valet divisio, si probari potest, quod erant omnes praesentes, & quilibet possidebat in facie alterius, in tantum, quod si unus fratrum mortuus fuerit, potest ordinare de sua medietate, vel alias in vita, vel in morte, nec accrescet pars sua alteri fratri, ac si esset facta divisio, secundum Forum.*

Observancia 6^a. *Item, si fratres possident unam rem indivisam, & unus fratrum mortuus fuerit ante divisionem, pars sua accrescit alteri fratri, qui est in sorte cum eo: nec pro illa parte tenebitur ad solvendum debita fratris, cum illam partem non habeat iure haereditatis, sed beneficio Fori, ut filii habent dotes matris, & non tenetur ad debita.*

Observancia 7^a. *Item, si unus ex fratribus teneat bona sua, & aliorum fratrum pro indiviso, & tenuerit per longum tempus, & infra dictum tempus lucratus fuerit aliqua, non poterunt alii fratres petere partem illorum bonorum, quae frater lucratus est, sed tantum partem eos contingentem in bonis communibus quae teneat frater, & non id quod lucratus fuit, vel lucrari potuit cum parte eos contingente.*

Observancia 10^a. *Item, licèt Forus dicat, quod si partitio inter fratres sit facta sine carta usque ad tertiam vicem possunt resilire: non tamen possunt, si unus ex fratribus mortuus est, licèt sit facta sine carta.*

Observancia 11^a. *Item pone, duo fratres habent haereditatem indivisam: unus ex istis non facta divisione, mortuus est ab instestato, relicto uno filio legitimo, quaeritur quis in partem succedit defuncti, frater, vel filius: dic quod filius.*

Observancia 12^a. *Sed pone, retentis eisdem terminis, quod duo fratres habent indivisam hereditatem: & unus decedit ante factam divisio-*

nem, & condidit testamentum: & in suo testamento, filiae suae reliquit duas partes partis suae, quam habebat in illa haereditate indivisa, & tertiam partem legat alicui extraneo: ille legatarius petit illam tertiam partem a filia defuncti, quae divisit iam cum avunculo: dicit filia, quod ei non tenetur, quia tempore quo pater eius legavit sibi illam tertiam partem, nondum divisa erat haereditas inter ipsum & fratrem suum, cum quo habebat haereditatem communem, & sic non potuit ordinare, & eius ordinatio fuit, & est nulla per hanc causam, immo beneficio Fori pertinet ad me dicta haereditas: replicat legatarius, non nocet mihi, quia illud excipere non prodest tibi, quia haec exceptio competebat, & competit fratris patris tantum: quia ipse non potest legare, vendere, vel alienare, hoc est in favorem illius, cum quo habebat communem haereditatem, a quo nihil petitur. fuit determinatum, quod bene dicebat filia, quod nullo modo poterat ordinare ante factam divisionem in extraneos: sed in filios sic quomodo voluerit.

Observancia 13^a. *Item, de consuetudine Regni, & For etiam est, quod ubi duo, vel tres fratres, aut plures non dividunt bona paterna, vel alia provenientia ex successione parentum, vel consanguineorum: & in vita sua aliquis, vel eorum maior pars, contractus aliquos fecerit, bona indivisa obligando, vel de eis alienando, vel alias iniurias aliquibus faciendo, vel committendo, propter quae bona indivisa quantum ad partem eius, vel aliquorum eorum tangit, vivuntur remanere obligata: certe si unus, vel plures eorum praemoriuntur, bonis non divisis, omnia bona remanent superstiti: nec tenetur superstes in aliquo ad debita, vel iniurias mortui, cum ratione illorum bonorum eis provenientium pro indiviso non poterat de eis aliquid ordinare in vita, nec in morte, nisi primo essent divisa: & ideo crevit quis cum talibus contrahere, vel contractus inire.*

Observancia 14^a. *Item, sicut quando fratres habent haereditatem indivisam, unus eorum non potest alienare partem suam alteri: ita similiter est in nepotibus, si mortuo fratre patris eorum, nepotes possident dictas haereditates indivisas: quia non possunt per fratres superstites alienari, nec per eos, donec divisae fuerint.*

III.- ANTECEDENTES DE LA COMUNIDAD CONSORCIAL EN LOS DOCUMENTOS DE APLICACIÓN DEL DERECHO.

En los documentos de aplicación del Derecho vemos reflejadas todas las disposiciones forales conformadoras de la figura consorcial. Esta comunidad se formaba entre los hijos o entre éstos y los hijos de un hijo premuerto, con los bienes heredados de los progenitores o eventualmente de los abuelos. El inicio de la misma no requería, en principio, la muerte de ambos progenitores, pudiendo nacer, y este parece ser el supuesto legalmente establecido, cuando, por muerte de un progenitor, tenía lugar la partición de bienes entre el cónyuge supérstite y los hijos del premuerto¹⁹. Sin embargo había supuestos en que el nacimiento de esta comunidad consorcial no tenía lugar hasta ocurrida la muerte de ambos progenitores. Esto ocurría cuando el supérstite continuaba en comunidad con los hijos o cuando los padres habían celebrado pacto de hermandad entre ellos; ésto era lo excepcional, y su amplitud dependía del propio pacto. Estos pactos de hermandad es posible que nacieran para proteger al cónyuge viudo, principalmente a la mujer en los diplomas del siglo XII, contra el derecho que tenían los hijos de pedir a su voluntad la partición de los bienes en vida del progenitor supérstite. Para el estudio de la figura en los documentos de aplicación del Derecho, iré citando los mismos con referencia a los puntos que principalmente configuran el instituto consorcial.

1. Nacimiento de la comunidad consorcial.

Son escasos los documentos que reflejan la partición entre el cónyuge sobreviviente y los hijos habidos en común con el progenitor fallecido. Lo que parece avalar la tesis de que el proceder normal era que continuara el cónyuge supérstite en comunidad

19.- Afirmación que tiene un punto de apoyo en el hecho de incluir dentro de los Fueros De Communi dividundo el Fuero (8^o) que regula la partición entre el progenitor supérstite y los hijos herederos.

con los hijos, a la muerte del otro progenitor. Forma de comunidad conocida como comunidad conyugal prorrogada, que se disolvía, generalmente, por contraer nuevas nupcias el progenitor superviviente, aunque no necesariamente, porque existen documentos que reflejan la partición, una vez muertos ambos progenitores, entre los hijos habidos en el primer matrimonio y el segundo conyuge del progenitor superviviente²⁰, si bien, como antes apuntaba podía este supuesto obedecer a previo pacto entre los esposos, concediéndose viudedad universal con prohibición, dirigida a los hijos, de pedir la partición mientras ella durase. Son relativamente numerosos los diplomas que reflejan la existencia de estos pactos de viudedad universal²¹.

2. Actuación conjunta de los consortes al disponer de los bienes consorciales, a favor de persona extraña en la comunidad.

Son muy numerosos los diplomas en que aparecen los hermanos vendiendo juntos. No he encontrado ningún documento de venta realizada por hermanos con anterioridad al siglo XI, aunque sí de donación, como después veremos. Un documento del año 1008 aparecen dos hermanas vendiendo una tierra: "... Ego Iglia et ego matrona, filias de Adtoni et de Pura, tibi emptore nostro Galindo abba ... ut tibi vendimus terra nostra propria..."²² "... ego Petrus de Miranda et Lop de Miranda meus frater filios qui fuimos de don Micaele de Robertín vobis don Iohan de Lemotçes et uxori vestre nomine Ermengard ... vendimus vobis duas vineas quas habemus in Osca in termino de Exara ..." ²³ "Ego don Martín sacerdos et meo frater Domingo

20.- Durán Gudiol, Antonio - *Colección diplomática de la Catedral de Huesca*. Zaragoza 1969, 2 volúmenes. Documento nº 435, pág. 424, v. 2º. Documento interesante por cuanto en él se puede observar, tanto que los hijos del primer matrimonio reciben en esta partición las arras de su madre, como el régimen de viudedad de la mujer viuda y otros interesantes extremos del régimen sucesorio.

21.- *Colección diplomática de la catedral de Huesca*. op. cit. doc. del año 1189, (nº 442, pág. 430), doc. del año 1192 (nº 469, pág. 454).

22.- Serrano y Sanz, M. - *Noticias y documentos históricos del Condado de Ribagorza hasta la muerte de Sancho Garcés III*. Madrid 1912, pág. 412, otro en el mismo sentido pág. 422.

23.- *Colección diplomática de la Catedral de Huesca* - Doc. nº 405, pág. 400. V. 1º.

filius qui fuimus de don Iohan de Tavernas vobis don Ramón de Camellas et ad uxor vestra dampna Martina ... vendimus vobis in Almonien et in suis terminis totam nostram hereditatem quam ibi habemus vel abere debemus ..."²⁴. A veces no se citan en los documentos los nombres de todos los hermanos, sino que aparece uno sólo de ellos en nombre y representación de la comunidad, "... *Hec est carta de auctoritate at que venditione quam facio ego don Lopherrench de Lusa. Pacuñ mhu de bono corde quod vendo ad vos don Artal de Artossella tota quanta hereditate ego et fratres vel sorores mei habemus vel abere debemus in Aierò et in suis terminis ...*"²⁵.

También numerosos los documentos en que aparecen los miembros de la comunidad donando bienes de la misma. El documento más antiguo en que aparecen realizando este negocio jurídico data del año 850 y está registrado en el Cartulario de San Juan de la Peña²⁶: "... *ego Fessena ... cum sorore uera Bellessima, ponimus et donamus in supra dicto cenobio tertiam partem terminu Arrasi ...*" año 1019 "... *ego Exruenus et ego Martinus qui sumus fratres, facimus carta de tota terra ad domum Sancte Marie vel Sancti Petro apostoli ...*"²⁷. En un documento de donación aparece uno sólo de los hermanos como donante, haciendo constar que actúa con el consentimiento, voluntad y común asentimiento de sus hermanos: "... *ego Oría Eximinz de Lusa ... cum consilio et voluntate et comuni assensu Eximinz de Luisa, fratris me et domini (Sancti) Eximinz de Luisa, germana mea ... concedo et laudo in perpetuum ... conventus dominarum et fratrum domus Sexera ... villam vicam que dicitur Aguas...*"²⁸.

24. Colección diplomática de la Catedral de Huesca. doc. n.º 987. pág. 553, v. 2ª, documento del año 1200, en el mismo sentido doc. año 1201. pag. 559, año 1252. doc. n.º 6:5 pag. 525 doc. 715, doc. n.º 776.

25. Colección de la Catedral de Huesca. doc. año 1700, n.º 706, pag. 582.

26. Ubieta Arzeta, Antonio - Cartulario de San Juan de la Peña. Valencia, 1967. v. 1º n.º 5, pag. 76. año 850, en v. 2º n.º 87, pag. 53.

27. Documentos del Condado de Huesca. pag. 47. año sin fecha pag. 375. "Ego Garvus vicemansu et ego Itanus ... sive germana mea Iula cornelisa ... ut facimus charta elemosinaria de parochia nostra qui nobis adveni de parochia castrovi ...". año s. f., pag. 315. 316.

28. Ubieta Arzeta, Agustín - Documentos de Sigüera. Valencia 1972. Doc. del año 1234, n.º 147, pag. 209.

Es especialmente significativo un documento del año 1062 en el que unos hermanos aparecen satisfaciendo la responsabilidad en que ha incurrido uno de ellos, por causa de haber matado un caballo propiedad de los "donatarios". Aunque la entrega de una viña, propia de la comunidad, como pago de la responsabilidad pecuniaria la denominan "donación", parecen estar realmente plasmando la responsabilidad de la comunidad por los actos que realizan sus componentes, pudiendo representar un momento anterior, en la evolución de la responsabilidad, al Fuero *De homicidio* de la Compilación de Huesca, según el cual no son responsables los hermanos consortes por lo que uno de ellos hiciere²⁹.

El mismo proceder a mancomún se encuentra en caso de permutas, de las que los diplomas no registran un número tan importante como de ventas o de actos de liberalidad. Aunque sea en menor número la existencia de los mismos nos indica, junto con el establecimiento de censos y las adquisiciones que los hermanos conjuntamente realizan, que estas comunidades entre hermanos no tenían un carácter inmediatamente abocado a su disolución sino que tenían proyecto de futuro estando constituidas con un carácter de permanencia y estabilidad.

3. La comunidad consorcial estaba formada en su origen, y en cuanto a elemento objetivo, por bienes heredados de los ascendientes, normalmente de los progenitores, y, en caso de premoriencia de éstos, de los abuelos. Después, este patrimonio inicial, se iba incrementando con las ganancias con esos bienes obtenidas, o disminuyendo por las eventuales pérdidas que en la administración de la comunidad se pudieran generar. Este patrimonio familiar, sustrato sobre el que se levanta la comunidad consorcial, es una realidad fundamental en la época que estoy estudiando, pero no privativa de ella, y posibilita, no sólo la conservación de ese patrimonio, sino también que el grupo familiar se mantenga unido. El origen hereditario de los bienes, que forman su elemen-

29.- Colección diplomática de la Catedral de Huesca, doc. del año 1062, nº 24, pág. 38, v. 1^o.

to material, raras veces se consigna en los documentos de aplicación del Derecho, siendo mayoría los casos en que nada se indica acerca de la procedencia de los mismos. Sin embargo, existe un cierto número de los examinados, en que se hace constar su procedencia familiar, con expresiones como: "*de avolorum nostrorum*" "*de parentibus nostris*" "*ex patris et matris nostre*". Así un documento del año 1057, "*... ego bernardus filius riculfi et frater meus amatus, placuit animis nostris ... et vendimus vobis castrum nostrum que vocitatur castellione ... et advenit nobis ipsum castrum de pere nostro vel de matre nostra...*"³⁰, "*...ego Ruginoudus Comes et fratres suo Barrellus, et Suniarius, et Sunifredus ..., facio carta de ipsam meum alodem de villa Invicuo, ad domum Sancti Vincenti et Sancti Stephani qui sunt frondati in villa Savariensi, et advenit nobis ... per parentorum nostrorum...*"³¹.

4. Adquisiciones efectuadas por la comunidad consorcial.

La documentación que recoge la actuación de la comunidad consorcial, como adquirente de bienes, ya sea mediante compra o como donaciones a su favor, no es tan abundante como la que refleja sus actos de disposición sobre el patrimonio de la misma, no obstante es suficientemente expresiva en el sentido de que sirve como demostración, tal como antes apuntaba, del carácter estable y permanente de estas comunidades

5. Hermanos e hijos de hermanos como integrantes de la comunidad consorcial.

No aparecen muchos documentos donde intervengan tíos con sobrinos, lo que puede ser motivado por que, al suceder los hijos por derecho de representación a su padre premuerto, fueran menores de edad, y así no intervinieran en los actos dispositivos, a pesar de formar parte de la comunidad. Pese a ser pocos los diplomas medievales a través de los que puede verse que los hijos

30 - Ibarra y Rodríguez, Eduardo. *Documentos correspondientes al reinado de Sancho Ramírez Zaragoza 1013*. Documento nº 94, pág. 154

31 - *Documentos del Condado de Ribagorza*, op. cit. loc. cit. del año 915, pag. 316

de hermanos muertos también formaban parte del consorcio, sin embargo su existencia viene a confirmar el hecho de que los mismos integraban la comunidad. Lo que ya no es fácil determinar, por los documentos, es si su entrada en el consorcio obedecía solamente al hecho de premoriencia del progenitor al causante del consorcio o bien entraban a formar parte del mismo cuando ocurría la muerte de su padre ya siendo consorte. Posiblemente en ambos casos. Así nos lo muestran los documentos siguientes del siglo XII y XIII: "... *Hec est carta venditionis de illas casas, que se tenent cum illas casas de Senior Galin Sanz de Belgit, quas ego Huas de Argento et Guillelmus frater meus et Robertus meus nepos, vendimus ad vos don Gabino de Sancto Salvatore...*"³². Otros dos documentos de 1206, "... *ego Petrus de Julian et Çeutas, sorore mea, et nostras nepotas Omecha et Maria, filias Altabella, vendimus vobis Martin de Adivar ..., duos meos campos quam habemus in termino de Barbastró...*" "... *Hec est carta venditionis, quam facio ego Egidius, filius Garsia Sancti, et Adam, nepus meus, et Ferrara, soror eius, qui fuerunt filii Facundi fratris mei, omnes, in simul vendimus vobis fratri Pedro ... unum nostrum campum quem habemus in termino Barbastró ...*"³³.

6. Extinción de la comunidad consorcial, respecto a todos o con relación a alguno de sus miembros.

Son numerosos los diplomas que contienen la partición, llevada a cabo por los hermanos, de todos los bienes que integraban la comunidad, dando así fin por este acto a la extinción de la misma. En este sentido un documento del año 1194 nos muestra a los hermanos Sancha y Pedro Maza, hijos de Pedro Maza extinguiendo la comunidad existente entre ellos a sólo seis años de que, por partición con la segunda esposa de su padre, se hubiera constituido³⁴. Otras veces no hacen partición de todos

32 - *Documentos del Pilar*, op. cit. - documento del año 1142, nº 32, pág. 33, también citado este documento en v. 3º nº 226, pág. 608 de la colección *Documentos de la Corona de Aragón*.

33 - Ubieta Arleta, Agustín - *Documentos de Sigüera*, Valencia 1972, nº 41, pág. 75 y nº 40, pág. 74.

34 - *Colección diplomática de la Catedral de Huesca*, documento nº 481, pág. 463, v. 2º. "*Hec est carta de partitionis quam facio ego Sancia vobiscum Pedro Maza meo germano, filii qui*

los bienes, sino sólomente de alguno en concreto, lo que parece significar que continúan en comunidad en los bienes restantes, como muestra un documento del año 1195³⁵. “... nos Iohan Belenguer et Achelmes et Vidal de Manzan pro nobis ipsis et pro dompna Plasma et pro Peregrino de Boclon et pro Raymundo de Boclon et pro magistro Guillermo ni sit requies et pro donna Gascunna et pro Umberto, dividimus illas casas que nobis remanserunt ex parte matris nostra dompna Boneta de don Gallacian que habeat requiem, et sunt in Osea prope illam sedem et de predictis casis tanxit in parte ad don Iohan Belenguer et ad dompna Plasma et ad Peregrin de Boclon...”. En este documento adjudican cada lote a varios hermanos, excepto un lote que, por corresponder a un consorte muerto, lo adjudican a su hija. Meses despues estos hermanos, Pelegrín, Iohan y Plasma, dividen a su vez entre ellos el lote adjudicado: “Hec est carta de avinimiento et de partitione quam facio ego Iohan Belenguer vobiscum Pelegrino de Boclon meo fratri ... divisimus illam partem de illas casas que fuerunt de dompna Boneta de Gallaciam mater de nobis ...” Que continuaron, al menos algunos de los hermanos, en comunidad, después de la partición de estas casas, se pone de manifiesto por otro documento, once años posterior, en el que uno de estos hermanos (Aquelmes) parte unos bienes adquiridos en comunidad con los hijos de su hermana consorte Agnes, por fallecimiento de la misma: “Hec est carta partitionis quam facio ego don Aquelmes cum vobis don Vidal de Marzan et donna Airina et donna Boneta meos netos filios de donna Agnes mea germana dono et concedo et parto cum vobiscum illa hereditate de illo pignole quod ego don Aquelmes compre de donna ...”. Con esta partición los hijos de la hermana muerta no se dan por satisfechos, por cuanto, tres

famos de don Pedro Maza cui sit requies. Placuit unicuique nostrum et in presentia bonorum hominum divisimus hoc quod inter nos remansit ex parte patris et matris nostris” En otro documento del año 1199 (nº 556, pág. 528) la partición la llevan a cabo haciendo lotes y adjudicando cada uno de ellos a dos hermanos: un lote con las heredades de Huesca, otro con las heredades de Terz y otro con las heredades de Tabernas, que sin duda por ser menor lo adjudican sólo a una de las hermanas, dándole además DL sueldos -jaqueses.

35.- Colección diplomática de la Catedral de Huesca, documentos nº 502, (pág. 483) y 508, (pág. 487), documento nº 673, (pág. 648), documento 674, pag. (649).

meses después, realizan los mismos un acto de "concordia" por el que ponen fin a la reclamación que los sobrinos hacen al tío con el fin de que les haga entrega de toda la parte que en la comunidad consorcial correspondía a su madre: "*notum sit cunctis quod post multas contentiones et rixas quas interme Sancius de Yassa et uxor mea Airina et ego Vital de Marzan habuimus vobiscum don Aquelmes de hoc quod vobis demandamus ex parte de donna Agnes mater nostra ... venimus inde ad bonum finem et ad amicabilem concordiam ...*".

La posibilidad, que tiene todo consorte, de apartarse de la comunidad, continuando ésta con los otros hermanos consortes, también puede verse reflejado en los diplomas: así vemos, en un documento del año 1191, cómo de una comunidad formada por cuatro hermanos, hijos de Pedro de Buesa y de Toda, se aparta uno de ellos, que recibe una parte de los bienes, constando expresamente en el documento de concordia que, en adelante puede disponer de los bienes adjudicados a su voluntad y que ya no tendrá parte en los bienes de sus hermanos, lo que parece claramente significar que a él no le alcanzará el derecho de acrecer que la comunidad implica³⁶.

7. La prohibición de disponer un consorte de su parte en la comunidad sólo era referida a extraños, como los Fueros *De Communi dividundo* posteriormente establecen.

La existencia de documentos en los que se refleja la enajenación realizada por un hermano a favor de otro hermano consorte prueba la posibilidad de las mismas. Así en un documento de 1189 doña Altabella dona a su hermano Fortuño de Tena toda la parte que a ella le corresponde en la herencia de su madre y de su abuelo, en compensación a haberla éste dotado al ingresar ella en el Monasterio de Santa María de Ordas³⁷. "*... Hec est carta*

36 - Colección diplomática de la Catedral de Huesca - Documento nº 462, pág. 448.

37 - Colección diplomática de la Catedral de Huesca, documento nº 438, pág. 427: "*Hec est carta autoritate donationis quam facio ego dompna Altabella vobis don Fortuño filio de don Fortuño de Tena et de domna Albira Petriz, meo germano ... quod misisti mihi in domum Sancte Marie de Ordas sororem et habuisssem ibi victum et vestitum omnibus diebus vite*

auctoritate vel de vendicione, quam facio ego don Pedro Lopes vendo ad vos don Marches meo fratre tota quanta hereditate, ego abeo in Maria quodomod lexaverunt illam mihi Lop Fertunnonis meo pater...³⁸.

Quizá a favor de la Iglesia se permitiera la disposición de la parte, si bien sólo un documento hemos encontrado en este sentido (que pudiera haberse impugnado) y que por sí sólo no autoriza a poder dar una respuesta afirmativa. En este documento un hermano dispone a favor de San Pedro de Arravaga de la parte que, entre sus hermanos, le pertenece: "... Ego Garcia Sañç filius de Sango Asnare de Otale dono ad Sancto Petro de Arravaga pro redemptione anime mee vel parentum meorum qualem partem mihi pertinet inter meos germanos in Otale et in Aginello et in Olivane...³⁹". De todas formas, al no consignar en él el origen de los bienes, bien pudiera tratarse de una comunidad entre hermanos originada voluntariamente, o bien, deberse su constitución a otro título distinto del hereditario, supuesto en el que estaba permitido la disposición de la parte sin previa partición; como claramente explica el Obispo Don Vidal. Esta comunidad, que sería de las llamadas de tipo romano, era perfectamente conocida en esta época que tratamos y se refleja en disposiciones forales, sirviendo como ejemplo, en este examen documental, un diploma del año 1128 en el que Pere Colom vende la mitad de una viña que tiene en copropiedad con un tal Bono homine⁴⁰, consignándose un derecho de retracto a ejercitar por el vendedor en el plazo de treinta días si el comprador decide vender: "... Ego Pere Colom vinditur sum tibi Marti ... vindo tibi una petia de alodio (sic) in termino de Goleris ...

meo ... vobis totum quantum hodie habeo et habere debeo de terribilo et de mobile ex parte de nostra madre et de meo avolorio ... " Documentos en que dona o vende un hermano a otro su parte en heredad conjunta, nº 460 y 461, págs. 447 y 448; también documento del año 1184 nº 396, pág. 393. v. I.

38.- Los Documentos del Pilar, documento año 1168, nº 116, pág. 92, otro del año 1192 (nº 236, pág. 189, documento año. 1175, (nº 74, pág. 62); otro documento año 1195, (nº 258, pág. 207).

39.- Colección de la Catedral de Huesca, documento nº 417, pág. 410.

40.- Documentos de Ribagorza - documento del año 1128, pág. 414.

mediatate de ipsa petia iam dicta ... ipsa alia medietate es de Bono homine; per medium dividite vos et ipse hoc quod inclusum est in his ...".

Vemos, en definitiva, a través de los documentos de aplicación del derecho, que la figura consorcial estaba ya conformada, con los mismos caracteres que después recogieron los Fueros, en la época que nos es dable conocer por los mismos. Se puede así afirmar que el consorcio foral es una institución jurídica profundamente enraizada en la Historia, y que Aragón, que configuró su Derecho desde un punto de vista netamente familiar, carácter que aún hoy mantiene su ordenamiento jurídico, no podía menos que recoger en su regulación.

IV.- ESTUDIO DE LA FIGURA EN OTROS FUEROS TERRITORIALES MEDIEVALES.

La figura del consorcio foral que no es otra cosa que la comunidad hereditaria que se formaba entre los hijos al suceder a sus progenitores, bien por haber fallecido éstos intestados, o, cuando testando, no hubieran hecho atribuciones concretas a favor de los mismos, no ha recibido un tratamiento unitario en los derechos territoriales medievales. Podemos distinguir varios tipos. En primer lugar, existe un grupo, en el que, a semejanza de lo visto en los Fueros de Aragón, la herencia es poseída en común por todos los hermanos coherederos, sin señalamiento de partes. Según sostiene Martínez Guijón⁴¹ en éstas, más que comunidad, es propiedad común o familiar, siendo la familia misma la propietaria de los bienes. Esta idea, de que los bienes heredados indivisos pertenecen a todos los coherederos sin que éstos conozcan su parte, lleva consigo, como hemos visto al exponer la regulación de la figura en Aragón, dos consecuencias: por un lado, que para los actos de disposición, sobre los bienes de esta comunidad, sea

41.- Martínez Guijón, José - *La comunidad hereditaria y la partición de la herencia en el Derecho medieval español* - AHDE, 1957-58, pág. 227.

necesaria la actuación conjunta de sus componentes y consecuentemente la imposibilidad de que los coherederos puedan disponer libremente de los bienes que puedan corresponderles después de efectuada la partición, y por otro lado, el acrecimiento a los otros coherederos, cuando alguno de ellos muere sin descendencia. Esta regulación la encontramos, además de en Aragón, en los Fueros que en el Derecho de Jaca tienen su origen, como es el caso del Fuero General de Navarra, en el Fuero de Tudela, el de la Novenera, el de Viguera y Val de Funes; pero no sólo en estos Fueros, de origen común, se observa esta caracterización de la comunidad hereditaria entre hermanos, sino que la misma se plasma en el Fuero Viejo de Castilla, en el Fuero de Teruel, Albarracín, Sepúlveda, Cuenca, Alcalá de Henares, Molina. También los Fueros de León, Galicia y Portugal, contienen disposiciones que permiten presumir la existencia de esta comunidad hereditaria de tipo familiar.

Al lado de este grupo, existe, en algunos Textos medievales, otra regulación para la comunidad hereditaria, que ya no tiene estos caracteres, sino que, en ellos, los hermanos herederos reciben o se dividen el derecho del causante, aunque la herencia permanezca indivisa. En este tipo de comunidad el coheredero puede actuar individualmente en razón de la parte que en la herencia le corresponde, disponiendo así libremente de su cuota, por actos *inter vivos* y *mortis causa*. En estos casos la muerte de un coheredero abre su propia sucesión. A este grupo pertenecen las Partidas, el Fuero de Vizcaya y el Fuero de Tortosa.

V.- UNIVERSALIDAD DE LA FIGURA CONSORCIAL.

El consorcio foral o comunidad hereditaria que se formaba al suceder los hijos en el patrimonio familiar, por muerte de sus ascendientes, fué una de las instituciones jurídicas más difundidas a lo largo de la Historia. Esta comunidad hereditaria, con sus

características de necesidad de disposición conjunta de los consortes, y el especial acrecimiento, que parece configurar la llamada comunidad germánica o *gesammte Hand*, no es propia y privativa de los pueblos germánicos, sino que fué la forma de comunidad hereditaria observada en la generalidad de los pueblos indo-europeos. Así tenemos que esta especial comunidad hereditaria entre los hermanos fué muy general en la Grecia primitiva, especialmente en Esparta⁴², y con características muy semejantes existió en Roma y en la mayor parte de las naciones de la Edad Media europea⁴³. Responde esta comunidad hereditaria, en su origen, a una idea de propiedad familiar, en momentos en los que la familia vivía fuertemente cohesionada, y los hijos a la muerte del padre no hacían otra cosa que actualizar una especie de copropiedad familiar. La preocupación esencial, el instinto de conservación de la familia, no se centra en el individuo, sino en el grupo, y así surge como forma más sencilla y general la comunidad hereditaria entre los hijos que, al morir sus

42.- Hinojosa y Naveiros, Eduardo - *La fraternidad artificial*, op. cit. pág. 260, con cita de Guirand. *La propriété foncière en Grèce jusqu'à la conquête romaine*, Paris 1893, págs 55-56.

43.- Cita el historiador Hinojosa (pág. 275, op. cit) una disposición del derecho municipal de Friburgo (Suiza) de 1249, en la que se regula, al igual que en nuestros Fueros, que cuando varios hermanos tienen sus bienes proindiviso y fallece uno de ellos, los bienes de éste acrecen a los demás que hubieran estado con él en la comunidad. *"Porro si aliqui liberorum insimul fuerint qui non sunt partiti et contingit unum illorum mori, bona illius defuncti illi liberi qui non sunt partiti inter se dividant"*.

El mismo derecho regia en Polonia, donde los hermanos que conservaban proindiviso sus bienes se heredaban recíprocamente a falta de hijos, con exclusión de los otros hermanos que hubieran separado ya su parte de la herencia paterna. Kadlec: *"La indivisión familiar o Zadruga en el Derecho eslavo"*, Praga 1898, pág. 109 - relata el caso siguiente como ilustrativo de este derecho: Se trata de cuatro hermanos, uno de los cuales *"Supzi, per se volens habere domicilium, divisit se a fratribus et accepit quartam partem hereditatis proae, alii tribus fratribus simul in uno domicilio et pane permanentibus"*. Dos de éstos Cesko y Johannes Rzesinik, murieron sin descendencia, *"et sic portiones hereditatis, quae istos duos contingebant, devolutae sunt ad solum Gneucomen Wodam, pro eo quod praedicti tres fratres insimul permanserant ... et haec est ratio, quare idem Gneuco Woda possidet tres portiones hereditatis praedictae et Supzi tantummodo quartam partem"*. Citado por Hinojosa obra y pág. citadas.

También en la Italia medieval existió la comunidad hereditaria entre hermanos, regulada con las mismas características del consorcio foral, fué la llamada *"fraterna compagnia"* que los historiadores del Derecho italiano Enrico Besta (*La famiglia nella storia del Diritto italiano*, Milán 1932) y Pier Silverio Leigh (*Storia del Diritto italiano*, Lezioni, Milán 1941) consideran juntamente con el Derecho germánico al influir ambos en la costumbre.

padres, conservan y explotan en común el patrimonio familiar. Este patrón de organización familiar, que parece responder al modelo de los pueblos germánicos, no es exclusivo de los mismos, sino que viene a dar solución a necesidades comunes a todos los pueblos, y es, por eso, que esta comunidad hereditaria se observa en todos los tiempos y bajo todas las latitudes.

VI.- CONSIDERACIONES SOBRE EL POSIBLE ORIGEN DE LA FIGURA EN EL DERECHO ESPAÑOL.

Ha sido muy popular la opinión de que el régimen de comunidades familiares es propio de los pueblos germanos, que lo comunican al resto de la población de aquellos países donde afirman, y la idea de que nuestro Derecho de la Alta Edad Media es un Derecho típicamente germano fue algo que se aceptó como supuesto indiscutible desde Eduardo de Hinojosa, si bien, desde la tendencia iniciada por Merea y seguida por García Gallo y Alvaro D'ors, hay importantes corrientes doctrinales que niegan tal afirmación, por lo menos en lo que tiene de exclusivista y generalizadora. La causa determinante de este cambio, según señala Orlandis⁴⁴, no ha sido sino la mayor atención dedicada a un elemento jurídico relegado hasta entonces a un injusto olvido: el Derecho romano vulgar, sentido y practicado por la gran masa de la población peninsular anterior a la dominación visigoda. Sin embargo, en cuanto al punto concreto que trato, preciso es resaltar que, si bien, como después expondré, el pueblo romano conoció este tipo de comunidad, parece que había dejado de estar vigente entre ellos antes de su venida a España. Tampoco puede aceptarse su origen visigodo por cuanto, según también expondré, las leyes Recesvintianas que a ella parecen referirse, una especialmente, anula un derecho anterior que regulaba la actuación de los hermanos en materia procesal. Por otra parte, la semejanza de

44 - Orlandis, José - 'Consecuencias de' delra en el Derecho de la Alta Edad MEDIA' A.H.D.E. 1927, pág. 66.

regulación que se observa respecto a las comunidades hereditarias entre hermanos, no sólo en los distintos derechos medievales, sino respecto a leyes y documentos de regiones muy alejadas, difícilmente es explicable por haberla tomada unos pueblos de otros. Más que a una comunicación de instituciones, puede ser atribuida al hecho -que se repite frecuentemente a lo largo de la historia jurídica y con relación a las más varias instituciones- de que las mismas influencias en un medio parecido dan lugar a la creación de modalidades jurídicas análogas. En definitiva y sin pasar del terreno de la hipótesis, creo que las comunidades hereditarias entre hermanos, que vemos generalizadas en la Edad Media española, obedecen a un fondo consuetudinario que hunde sus raíces en un Derecho peninsular muy primitivo, incorporado más tarde al Derecho romano vulgar hispánico, al confluir las viejas costumbres prerromanas con el recuerdo de instituciones análogas del Derecho romano arcaico, conservado, y quizá vivificado, por las costumbres de los invasores germánicos, dada la semejanza de organización familiar de estos pueblos.

1. La época prerromana: los celtas. - Señala Sánchez Román⁴⁵ como notas distintivas de los derechos de propiedad y de familia que regían el Derecho de estos pueblos, la copropiedad familiar y la distinción de los bienes de familia, en propios y adquiridos. Si se aceptan como válidas estas formas de organización no parece extremadamente aventurado afirmar que existía entre ellos la comunidad consorcial como medio de conservar y transmitir el patrimonio familiar a través de las generaciones. Ya Costa propugnó el origen céltico de numerosas instituciones del Derecho Aragonés y modernamente García Gallo⁴⁶ pone de manifiesto el substrato céltico que existe en los Derechos del norte de España y que, dice, modernamente ha sido confundido con un fondo germánico.

45 - Sánchez Román, Felipe: *Estudios de Derecho Civil* T. Sexto, v. 1º, Madrid 1910, pág. 132

46 - García Gallo: - tomo II, pag. 72 *Historia del Derecho Español*

Voy a exponer el primitivo consorcio familiar romano y hacer un breve esbozo de la comunidad patrimonial familiar en el Derecho germánico, con el fin de constatar las analogías que uno y otro Derecho tienen respecto a la comunidad hereditaria que entre hermanos existía en nuestro Derecho medieval y más concretamente en el ordenamiento jurídico aragonés.

2.- El *consortium ercto non cito romano*.

Aunque la familia romana de la época histórica parece diferir notablemente de la familia medieval española en general y concretamente de la aragonesa, sin embargo este tipo de organización familiar no fué el único que conoció Roma, sino que, hoy, no parece admitir contradictores la afirmación de que la primitiva Roma estaba organizada sobre la base de una propiedad colectiva atribuida a la familia. Comunidad familiar que perduraba como una unidad después de la muerte del pater familias bajo la jefatura de un nuevo jefe doméstico, cuya designación, según afirma Bonfante, pudo ser el objeto del primitivo testamento⁴⁷. Parece indudable además, que la palabra "familia" antes de designar el grupo humano, significó "bienes domésticos", es decir el patrimonio familiar⁴⁸. La propiedad como la copropiedad, dice Torrent,⁴⁹ arrancan en Roma de la familia: "debemos partir de una situación en la que los poderes familiares y reales estaban unidos". Hay que remontarse, continúa, al momento en que la familia era una comunidad que abarcaba desde la copropiedad de la casa y bienes familiares, hasta un vínculo de hermandad que se entroncará con el tiempo en el contrato de sociedad. En este sentido la copropiedad nace dentro de la familia,

47 - Bonfante, Piero - *Scritta giuridici vari*, I, Milán 1921, pág. 101 y ss.

48 - Ar. es. Hamon Jueé - *Derecho romano*, Madrid 1943, T. I^a, pág. 230; nota 243 y Bonfante, Pietro en Corsi en el mismo sentido de entender que el pueblo romano estaba organizado sobre la base de una organización familiar, cuenta de un patrimonio en el que sucedían necesariamente las familias.

49 - Torrent, Armando - *Manual de Derecho Privado Romano*, Zaragoza, 1987, pág. 285. Ver también el interesante trabajo que este autor realiza sobre el *consortium ercto non cito*, *Hispania*, AFDH, T. XXXIV, pág. 479 y ss.

incluso hay algunos textos de Gayo (2-157), según los cuales los hijos en cierta manera se consideraban dueños del patrimonio familiar aún en vida del "pater". "Los herederos de derecho propio son llamados así porque son herederos de casa y ya en vida del padre son considerados en cierto modo propietarios". El testimonio más importante de esa remota comunidad patrimonial de la familia romana más primitiva fué sin duda el llamado "*Consortium erecto non cito*" o comunidad hereditaria familiar que tenía lugar, según atestiguan los fragmentos de Gayo, entre los filiifamilias a la muerte del paterfamilias⁵⁰: 154 a "... *Olim enim, mortuo patre familias, inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas, quae appellabatur erecto non cito, id est dominium non divisio; erectum enim dominium est, unde erus dominus dicitur; ceterum autem dividere est, unde caedere et secare [et dividere] dicimus ... In hac autem societate fratrum ceterorumque qui ad exemplum fratrum suorum societatem coierint, illud proprium erat, quod vel unus ex sociis communem servum manumittendo liberum faciebat et omnibus libertum adquirebat; Item unus rem communem mancipando ...*"⁵¹. Este consorcio, propio del ciudadano romano, nos muestra, con toda claridad, la existencia de una comunidad hereditaria que no se divide inmediatamente a la muerte del padre sino que continuaba en los hijos, los cuales gestionaban en común el patrimonio familiar⁵². Esta situación de comunidad entre los hijos herederos lo más probable es que no necesitara pacto de constitución sino que

50. Si bien estos fragmentos de las Instituciones de Gayo no fueron descubiertos hasta 1933, Bonfante ya hablaba de la existencia de este consorcio: "Si è richiamata anche l'usanza ricordata da Servio Norio e più largamente da Gallo che tutti e fratelli, cioè tutti gli agnati continuassero a vivere insieme in un consorzio inseparabile, ed per questo antiquum consortium era in uso una designazione misteriosa: *erecto non cito*" (Corso de Diritto Romano II, pág. 214, Roma 1926).

51. Gayo - *Institutiones* - *Commentarius* 3, 154 a. 154 b.

52. La doctrina es unánime en calificar esta figura del consorcio como origen de la sociedad universal, así se explica Biondo Biondi (*Instituzioni di Diritto Romano*, Milano 1965, pág. 507): "La più antica figura di società è il *consortium familiare*" ... y explica el mismo en los siguientes términos: "Un tempo alla morte del 'pater' la comunione domestica non si scioglieva ma continuava tra i filiifamilias, i quali vivevano insieme e gestivano in comune il patrimonio avito in guisa da attuare una vera società universale". Biondi considera igualmente el "*consortium*" romano como la más antigua forma de condominio; (pág. 283, obra citada) la *comproprietà nel mondo antico ha carattere familiare*.

nacia y se mantenía, como consecuencia legítima y natural, al ocurrir la muerte del padre, con el carácter de una *societas inseparabilis* que le atribuye Aulio Gelio y que, al establecerse en la ley de las XII Tablas la acción para solicitar la partición de la herencia o "*actio familiae erciscuunde*" el consorcio familiar quedaría constituido por el mero hecho de que los herederos se abstuvieran de ejercitar la acción de partición. Esta comunidad o *consortium* romano, según el pasaje de Gayo citado, parece estar caracterizado por la solidaridad en los actos de disposición, por cuanto cualquier consorte puede enajenar toda la cosa o manumitir al esclavo con plenos efectos jurídicos; cada uno de los consortes se considera propietario del todo, salvo que tiene su derecho limitado por el derecho concurrente de los otros consortes⁵³. Este derecho de veto, que competía a los comuneros es el *ius prohibendi*, que, junto al *ius adcrescendi*, caracteriza esta comunidad. El historiador Martínez Guijón⁵⁴ considera que no existen diferencias entre este *ius prohibendi* del *consortium* romano y la *gesammte* Had germánica, con la exigencia de actuación conjunta de todos los coherederos; por cuanto estima que, "en esa época de existencia del *consortium* romano, era posible a cada comunero impedir a los demás aquellos actos que pudieran resultar perjudiciales para la comunidad, de manera que, en realidad, puede hablarse de la existencia del consentimiento de todos los participantes en esos actos individuales". También Biondi⁵⁵ considera que el *ius prohibendi* es el medio a través del cual todo comunero puede oponerse a la iniciativa de los otros, si bien cualquiera de ellos podrá actuar mientras no intervenga la prohibición de alguno de los consortes. Esta comunidad no era, en consecuencia, una comunidad pro parte, y, posiblemente, para evitar el riesgo que suponía el posible ejercicio del derecho de veto de un consorte, se

53.- Biondi Biondo - op. cit. pág. 283 - Ulpiano (D. 13.6. 5. 15) califica el comunero como *totius corpore dominus*.

54.- Martínez Guijón, José - La comunidad hereditaria en el Derecho medieval español - AHDE 1957, pág. 225.

55.- Biondi Biondo - op. cit. pág. 283.

procuraran los consortes, antes de actuar, el consentimiento de todos ellos, con lo que su actuación vendría así a coincidir con la imperante en la llamada comunidad *Hesamnte Hand* germánica. Por otra parte, como pone de manifiesto Fuenteseca⁵⁶ el *consortium* romano es una institución de naturaleza familiar y no hereditaria, por cuanto el fenómeno sucesorio se opera respecto a la "familia" que se entendía como organismo o institución social y no jurídico - patrimonial como más tarde fué la "hereditas". Más tarde la condición de "heres" pierde la vinculación con la noción arcaica de "familia" y es ya titular de un patrimonio pecuniario. La vieja concepción agnaticia o gentilicia de la familia ha desaparecido y con ella el *consortium inter fratres*.

3.- Las comunidades familiares germánicas

Tácito⁵⁷ contraponiendo la sociedad germana a la romana, ha dejado una brillante descripción de la familia de aquella. Se basa en un vínculo de sangre y forma una asociación en la cual todos los miembros están obligados a la defensa común y a la protección y asistencia recíprocas. Parece la comunidad familiar una reducción de la antigua y mayor comunidad de la "Sippe", cuando ésta fué escindiéndose en grupos familiares más pequeños, cuando los hijos al casarse formaban un nuevo hogar, desgajándose de la economía doméstica común y creaban economías familiares propias. Este fué, por lo general, el tipo de familia germánica, que se limitaba comunmente a dos generaciones, sin que faltasen los casos en que los hijos y los nietos, a la muerte del padre, continuasen la comunidad de habitación y de la explotación doméstica de la casa paterna⁵⁸. Los bienes del matrimonio formaban un patrimonio expresamente destinado a los hijos, que no podía serles arrebatado. Respecto a dicho patrimonio los hijos, y en defecto de ellos los

56 - Fuenteseca, Pablo - Origen del consorte romano de Góngora - libro homenaje a Rosa Sáenz, v. I, pag. 143

57 - Tácito - *De moribus germanorum*, 20

58 - García de Valdeavellano, Luis - *La comunidad patrimonial de la familia en el Derecho medieval español* - Estudios medievales de Derecho privado, Sevilla 1977, pag. 352 y ss

nietos, formaban, juntamente con el padre, una comunidad. La mujer o la madre no eran, entre los germanos primitivos, miembros de esta comunidad existente entre el padre y los hijos respecto del patrimonio familiar y las hijas carecieron, en un principio, de capacidad para heredar en los bienes domésticos, aunque más tarde se reconocieron a la mujer casada derechos patrimoniales propios sobre determinados bienes y, con el tiempo, las hijas solteras adquirieron la capacidad hereditaria, limitada primero a los bienes muebles, y luego extendida a los inmuebles.

En esta comunidad patrimonial de la familia germánica se atribuyó al padre un derecho de disfrute del patrimonio doméstico, que abarcaba todos los bienes muebles e inmuebles, excepto aquellos que eran de uso personal del Hansvater, pero el padre sólo tenía sobre estos bienes de la comunidad doméstica una *Gewere vitalicia* y únicamente podía disponer del patrimonio con el consentimiento y autorización de los hijos, es decir *mit gesamter Hand*. Del caudal doméstico no se podía separar ninguna cuota para asignársela individualmente a uno de sus miembros sin un convenio de partición en el que habían de consentir todos los participantes en la comunidad. Al morir el padre o Hansvater los bienes de la comunidad debían ser heredados forzosamente por los miembros sobrevivientes de la comunidad doméstica⁵⁹, y éstos ponían en acción, como dice Hubner, un derecho ya existente⁶⁰.

La posibilidad de separar una parte de los bienes de la comunidad doméstica que, veíamos, necesitaba el consentimiento de todos los miembros de la misma, en la evolución de la comunidad doméstica hacia la propiedad individual, se transforma en un derecho que compete unilateralmente al Hansvater, pudiendo éste llevar a cabo por sí sólo esta división, cuando quiere disponer

59.- Schütze, *Augustin und der Sessel des germanischen Erbrechts*, Leipzig 1928, citado por el profesor Lacruz Berdejo, *El Régimen matrimonial de los Fueros de Aragón*, ADA 1946, pág. 31.

60.- Hubner, *Grundzüge des deutschen Privatrechts*, pág. 735, citado por García de Valdeavellano: *La comunidad familiar* — op. cit., pág. 304.

de su cuota de bienes o Freiteil. Con ello, en la época de las invasiones, los bienes que antes pertenecían a toda la comunidad doméstica se fraccionan en dos partes distintas: una que pertenece exclusivamente al padre, quien puede disponer de ella libremente y la otra vinculada a los hijos, que poseen sobre ella un derecho de expectativa hereditaria absoluto, un Wartrecht o legítima germánica. Pero en algunos derechos germánicos, como el turingio y el sajón, en lugar de la cuota de libre disposición del padre, se desarrolló a partir del siglo IX la costumbre de que toda enajenación de bienes inmuebles necesitase el consentimiento formal de todos los herederos presuntos.

En las comunidades familiares germánicas a la muerte del padre los hijos reciben, necesariamente, esos bienes sobre los que recaía su expectativa hereditaria⁶¹, pudiendo, según García de Valdeavellano⁶², dividir entre ellos el patrimonio familiar recibido, o bien, optar por mantener la comunidad dejando indiviso ese patrimonio, conservando su unidad por otra o más generaciones. Esta comunidad de los hijos coherederos funcionaba a mancomún y todos los participantes tenían un derecho real conjunto sobre el patrimonio familiar, fundamentado en dos principios que eran esenciales a esta comunidad zur gesamter Hand. Por una parte, el principio de que ninguno de los titulares de ese derecho conjunto podía disponer total o parcialmente del patrimonio común, por un acto de disposición *inter vivos* o *mortis causa*, sino solamente todos ellos reunidos y actuando con mano común, es decir que el copartícipe en ese derecho conjunto no tenía derecho alguno de disposición sobre su parte, sino que en este aspecto estaba enteramente sujeto a la voluntad común de todos. El otro principio característico de esta propiedad en man-

61.- Sostiene Saiz de Varanda, Ramón (*El retracto gentilicio* ADA 1946, pág. 211) que los hijos a la muerte del padre, entran en los derechos de éste, no como herederos, sino como comuneros. Todos los miembros de la comunidad, hijos y padre, tienen titularidad sobre un derecho y, al faltar uno, los demás acrecen su porción con la de éste. Esto es la causa de que el derecho hereditario germánico sea un derecho de familia, como afirmó Brunner.

62.- García de Valdeavellano, Luis - *La comunidad familiar en la Edad Media Española*, op. cit. pág. 304.

común era el de que el caudal relicto correspondiente a la parte de uno de los comuneros, cuando éste fallecía, acrecía a los otros comuneros, ésto ocurría sólo cuando carecía de descendientes. Estas comunidades de coherederos, fundamentadas en el principio de "mano común", existieron en la mayor parte de los pueblos germánicos, y las fuentes latinas denominan a los comuneros coheredes, comparticipes o consortes, mientras el antiguo alemán designó a los coherederos mancomunados con el nombre de Ganerben. Fueron muy frecuentes entre los pueblos germanos en la Edad Media, y podían disolverse a petición de cualquiera de los coherederos, como sostiene Planitz,⁶³ o, por mutuo acuerdo, como sostiene García Valdeavellano,⁶⁴ procediéndose a la partición de todo el patrimonio que la comunidad en ese momento tenía. Según Hüßner⁶⁵, la actuación de la comunidad en el tráfico jurídico podía tener lugar bien interviniendo todos los coherederos, bien uno sólo, actuando en este caso en representación de todos ellos.

4.- El ordenamiento jurídico visigodo

El ordenamiento jurídico visigodo no regula de una manera directa la situación de comunidad entre hermanos que no han dividido la herencia de sus ascendientes. Sin embargo, algunas leyes visigodas incorporadas al *Liber Iudiciorum*, muestran que la comunidad consorcial no fué algo desconocido para el Derecho visigodo⁶⁶. Estas alusiones que el *Liber Iudiciorum* hace a la comu-

63.- Planitz, Hans - Principios de Derecho privado germánico - traducción de Melón Infante, Bosch, Barcelona 1957, pág. 380, que considera que esta posición que compete a todo coheredero para pedir en cualquier momento la disolución de la comunidad estaba amparada con frecuencia por la costumbre o por medio de contrato.

64.- García de Valdeavellano, Luis en La comunidad familiar, op. cit., pág. 315.

65.- Hüßner, P. Grundzüge des deutschen Privatrechts, pág. 158, citado por Valdeavellano, obra y págs. citadas anteriormente.

66.- En este sentido se manifiesta también García de Valdeavellano que cita al etimólogo Melchior Th. Der Kampf zwischen Gesetz und gewohnheitsrecht im westgotischen Reich, Worms 1930.

nidad consorcial, sin entrar a regularla, hace posible, en mi opinión, sentar la hipótesis de la preexistencia de la comunidad consorcial. Así tenemos un ejemplo importante en la Ley X, 1, 4 de Recesvinto⁶⁷, por cuanto en ella se dispone que, en los procesos sobre cuestiones que afecten a las cosas de la comunidad, no es necesario la presencia de todos los consortes, para demandar, ni para responder a la demanda, sino que uno sólo de ellos puede tanto ejercitar la acción como responder a ella: *"..... sancimus, ut, remota excusatione consortium tam pro eorum quam pro sua persona qui iudicialiter pro commonibus rebus fuerit adpellatur respondeat ... Hac similis etiam hordo servabitur, si unus forsitam ex consortibus quemquam crediderit lite pulsandum"*. El interés de la ley radica en que deroga un derecho anterior que exigía que los consortes actuasen conjuntamente en los litigios sobre las cosas comunes: *"Quum priscae legis auctoritate fuerit constitutum, ut is qui ad dicendam causam compellitur, non nisi praesente eo, qui rei litigiosae consors est, audiatur: satis ex hoc petitorum negotia superflue conspeximus dilatari, quum ad dicendam causam pro sua unusquisque persona sufficiat. Igitur ne callida oppositione causantis dum excusatio praetenditur pro consorte tricennalis obviet annositas petitori ... Abrogata, denique, supra factae legis tam inconvenientis sententia ..."* La representación que, por esta ley recesvintiana, se otorga a un consorte no obligaba en todo caso a los consortes no presentes, por cuanto en la misma se establecen excepciones a dicha representación: *"nec ullum praeiudicium consortis absentia, si cohaeres eius intissime, seu etiam per commentum aut per ignaviam fuerit superatus, incurrat: sed si reparare negotium legaliter intenderit, permittatur"*. Las connotaciones de este derecho que aparece derogado y la figura del consorcio foral parecen evidentes. También la ley III, 1, 9⁶⁸ del mismo cuerpo legal hace una clara

67.- Lex Visigothorum libro X, título 1^o, ley 4: *Liceat uni haeredi respondere, si ab aliquo petatur: et petere, si causa quaecumque compellitur*.

68.- Lex visig. libro III, título 1, ley 9. v. Fuero Juzgo: Si los hermanos tardan el casamiento de la hermana, ó si ella se casa por sí sin consejo de los hermanos: Si los hermanos tardan el casamiento de la hermana por tal que ella case por sí, ó por tal que non aya parte en la buena de su padre con sus hermanos, é si ellos refusaren aquel que la demandare dos vezes ó tres, é la hermana pues que entiendo el enjanno de los hermanos, buscare casamiento con raxon, aya su derecho entregamiento de la buena del padre con sus hermanos. E si los

alusión a la figura consorcial cuando, refiriéndose a la herencia recibida por los hermanos de sus progenitores, menciona la posibilidad de que la misma no esté partida entre ellos, es decir que estén en comunidad⁶⁹.

5.- Hipótesis sobre el origen de la figura.

Vistos los distintos ordenamientos jurídicos que confluyeron a la formación de nuestro Derecho medieval, ¿cuál es el origen de esta comunidad hereditaria entre hermanos, llamada en nuestro ordenamiento "consorcio foral"? La conclusión a la que llego, es que la misma es una institución común a todos los pueblos, en tanto tienen vida sedentaria, y que se corresponde con el inicio del derecho de propiedad, que no es otro que el familiar. Una comunidad que se presenta como continuadora de la comunidad familiar que presidía el padre de familia, a la muerte del mismo, y que poseía y explotaba comunalmente los bienes, principalmente rústicos, que formaban el patrimonio familiar. Esta organización familiar parece haber sido, como hemos visto, la forma primitiva de la familia y de la propiedad territorial en todos los pueblos indoeuropeos y se encuentra en el fondo jurídico común a todos ellos, sean romanos, celtas o germanos.

hermanos non o fizeren por algun enganno de la hermana, mas tardan por tal que la puedan mejor casar, y ella non curando su ondra, tomare manda de mejor gusa que non deve, pierda todo el derecho que deve aver de la buena de sus padres: siquier sea partida la heredad, si quier non. Mas en la heredat de los hermanos é de las hermanas é de los otros parentes aya su derecho.

69.- Esta ley que también García de Valdeavellano y Dahir (Westgöthische Studien, pág. 143), citada por Martínez Guijón, pág. 226) seña en como alusión a la comunidad de coherederos (la comunidad patrimonial en tal pág. 227) si bien con una pequeña errata en el primer autor, ya que cita la ley 8 en vez de la 9. Martínez Guijón (Comunidad hereditaria, pág. 226) niega dicha alusión por entender que estos autores hacen con esta referencia, extensiva a la comunidad hereditaria, el supuesto de consorcio en tierras. Martínez Guijón sufre un error con esta afirmación que hace, por último, esta ley, como vemos, alude claramente a comunidad hereditaria entre hermanos, siendo la ley 10. 1.ª la que al tratar de "consorcio en tierras" no permite almar que el origen de los bienes sea heredad de progenitores, y a esta ley últimamente citada para nada se refiere García Valdeavellano.

VII.- VALORACIÓN DE LA FIGURA CONSORCIAL.

1.- En la época de los Fueros.

El consorcio foral, en un principio, fué el instituto básico y central de la, después llamada, Casa Aragonesa, la primera y única forma de sucesión en el patrimonio familiar; originado por la existencia de una pluralidad de sucesores en una unidad patrimonial. Esta comunidad cumplía la misión de conservar la unidad y cohesión tanto familiar como patrimonial: por medio del trabajo conjunto de sus miembros e incluso la convivencia de los mismos en un mismo hogar. Alrededor del consorcio, y con el fin de ayudarle a cumplir su misión de procurar la unidad y pervivencia patrimonial, se crearon otros institutos, principalmente el retracto de abolorio, también la sucesión troncal. Si en un más remoto principio los miembros de esa comunidad no eran libres para separarse del grupo familiar, nada sabemos, por cuanto desde los primeros conocimientos que de ella se tienen, cualquier consorte podía, a su voluntad, separarse del mismo y obtener, al hacerlo, la parte que en la misma le correspondía. Por este acto, se apartaba de la comunidad familiar para todos los efectos, presentes y futuros, es como si, permitaseme el símil, un consocio se apartara de una sociedad llevándose su parte en la misma, ya no vuelve a tener participación en esa sociedad. Esa es la causa de que el acrecimiento consorcial no alcanzara a los que habían dejado de ser consortes, aún teniendo los mismos vínculos de sangre que los otros hermanos que acrecían. Posiblemente la única causa que, en principio, motivaba esta separación fuera la de querer crear otra unidad patrimonial al contraer matrimonio; pero sin que la celebración del mismo implicara necesariamente la obligación de apartarse del grupo o comunidad familiar. Al seguir los hermanos conviviendo y explotando conjuntamente el patrimonio familiar heredado, era natural y necesario que los actos de disposición sobre tal patrimonio se realizasen conjuntamente, pues todos tenían igual derecho en el mismo, pudiéndose también materializar la disposición por uno, con el previo asentimiento de los demás, y explica que a la muerte de

alguno de los miembros de esta comunidad, la parte ideal que le correspondía viniera a incrementar la de los restantes consortes: se expandía la cuota que en potencia tenían, es decir era uno menos a repartir el día que se llevara a cabo la extinción de la comunidad. Excepto cuando el consorte muerto tenía hijos, en cuyo caso, éstos pasaban a ocupar en la comunidad el puesto de su padre muerto, o bien procedían a pedir la parte que a su padre correspondía para formar, entre ellos, otra comunidad semejante.

Si en un principio la comunidad consorcial, como única forma de suceder en el patrimonio familiar, abarcaba a todo él, más tarde, al poder disponer el progenitor de parte de ese patrimonio, a favor de uno o más hijos, ya no es todo el patrimonio familiar el que va a estar integrado en la comunidad consorcial, sino que el patrimonio de ésta será aquella parte del patrimonio familiar sobre el cual el padre no haya dispuesto *determinadamente*⁷⁰. Quizá esta idea de que la comunidad recae sobre la parte de bienes patrimoniales en estado de indivisión puede explicar la segunda parte de los Fueros 1 y 2 *De Comuni dividundo*. En ellos, ciertamente, se contempla la subsistencia de la comunidad consorcial una vez llevada a cabo la partición de los bienes consorciales (que en buena lógica tendría que haber operado como extinción de la comunidad), cuando en tal partición se han hecho adjudicaciones de lotes en proindivisión a dos o más hermanos. Tal regulación parece presentar una evolución del consorcio que implica una cierta pérdida del principio de cohesión familiar que lo caracterizaba, en beneficio del aspecto patrimonial del mismo. Las comunidades consorciales que ahora pueden originarse ya no son la prolongación del patrimonio familiar, como unidad continuadora que en comunidad de vida y bienes implica sucesión de la Casa, sino comunidades que parecen tener como fin el evitar la división de las heredades. Ya no representan la unidad de la familia. Es por

70. Son varios los testamentos, como ejemplo, en que el padre hace distintas disposiciones de bienes determinados a favor de hijo o hijos y sobre la parte que les deja en proindivisión ordena la comunidad.

eso que, pienso, sólo parcialmente responden a la filosofía que inspiró la figura de mantenedora de la unidad de la familia, entendiendo este concepto en su doble aspecto: humano y patrimonial. Se puede decir que antes era sólo el "tronco" el que, a través del consorcio se prolongaba, y ahora se prolongan también alguna de sus "ramas". Esta regulación que de la figura consorcial hacen los Fueros *De Communi dividundo*, (y también el Fuero de Jaca, que difiere de la regulación que del acrecimiento hacen los otros fueros medievales estudiados⁷¹, a excepción de los navarros⁷²), quizá vino a plasmar la costumbre, apreciable en los documentos de aplicación del Derecho, de separarse, conjuntamente, generalmente dos hermanos de la comunidad familiar, (por afinidades de carácter entre ellos u otras conveniencias), a los que se adjudicaba, en la partición que con el grupo familiar realizaban, bienes en proindivisión entre ellos. Lo cierto es que documentos del siglo XII nos muestran, como en los Fueros *De Communi dividundo*, los dos tipos de comunidad consorcial que éstos presentan, la primeramente formada al morir uno o los dos progenitores, de la que se separa un miembro, y la partición de la comunidad en lotes adjudicados en proindivisión a dos o tres de los hijos.

Es muy posible que en los siglos XII y XIII la vida de estas comunidades no se prolongase por muchos años, lo que motivaba la división de los patrimonios familiares y su atomización, siendo ésta la causa de que se buscaran otros medios tendentes a preservar la unidad del patrimonio familiar. Papel que desempeñaron los Fueros *De testamentum nobilium*, (1307) y *De testamentis civium* (1311), ya que, como indica el primero citado, fueron dados

71.- En los Fueros de Albaracín y Teruel, por ejemplo, se sigue regulando el acrecimiento entre los que han quedado dentro de la comunidad, y la partición que se contempla es sólo la referida al consorte que sale de ella. El que no alcanza, como he explicado, los efectos del acrecimiento, ni en favor, ni en contra.

72.- El Fuero General de Navarra, presenta los dos supuestos: el del consorte que se separa de la comunidad, estableciendo el acrecimiento entre los que en ella permanecen (F. General 2, 4, 11) y también la creación de comunidades consorciales después de la partición entre los consortes cuando los lotes se adjudican en proindivisión (F. General. 2, 4, 12).

fundándose en el deseo de mantener indiviso el patrimonio familiar: "*ut casalia eorum in suo bonos status conserventur*", lo que lógicamente vino a plasmar el declive de la comunidad consorcial, iniciado, naturalmente, con anterioridad, al haber dejado de cumplir los fines que en un principio tuvo. Ahora bien, a mí entender, con los nuevos fueros sólo se cumplió una de las dos finalidades que el consorcio tenía: la de conservar la unidad del patrimonio y no la de cohesión familiar.

La figura consorcial va lentamente perdiendo, al menos en el terreno doctrinal, por un lado la comprensión: el intento de explicarla como sustitución fideicomisaria es una muestra de ello, y parejamente va perdiendo estima, se la ve como una vinculación no deseable. Varias causas pudieron confluír a ello. En primer lugar la nueva mentalidad, creada por la recepción del Derecho romano, con su concepción individualista de la propiedad; la consideración de los Derechos territoriales, como Derecho excepcional, que motivó se diera la calificación de "odioso" a todo instituto que tuviera distinta regulación que la prescrita en el Derecho romano, primero y del Derecho de Castilla después, considerados como Derecho común. Respecto a la figura del consorcio foral, es notoriamente manifiesto lo antecedente: Portolés, en su famosa monografía sobre la figura consorcial, pone continuamente de manifiesto el valor del Derecho romano como "*lex generalis*" "o *unum ius*" (tesis de la Escuela de Bolonia), y, siguiendo a los glosadores, que distinguían en los Estatutos: las disposiciones *secundum*, *praeter* o *contra* Derecho común, calificó de "*statuto odioso*" al consorcio por cuanto se oponía a los dictados de aquel, y ésta era la expresión que entre los glosadores se daba a toda ley que se oponía al Derecho común. La expresión de instituto odioso, con referencia al consorcio, fué empleada casi únanimemente por la doctrina posterior, pero no ya con el significado originario y verdadero, sino en su acepción vulgar. Sólo una lectura superficial de la monografía de Portolés pudo motivar el éxito de la expresión pues aunque no afirmo que este autor fuera un defensor acérrimo de la

figura, sí tiene objetividad al tratar la misma en muchos aspectos importantes, especialmente valorables si se tiene en cuenta su acendrado romanismo.

2.- Congreso de Jurisconsultos de 1880: informe de D. Pascual Comín.

La doctrina de los siglos XVIII y XIX es sumamente desfavorable a la figura consorcial. El concepto privatístico de la propiedad, que entonces imperaba, les incapacitó para entender y, sobre todo, aceptar, una figura que representaba la propiedad familiar y sólo vieron en ella un estado de indivisión no deseable, y así llegamos al Congreso de Jurisconsultos de 1880 en el que D. Pascual Comín, en su calidad de ponente, y, que en opinión de Martón y Gavín, supo interpretar la opinión del Congreso de Jurisconsultos Aragoneses⁷³, hasta el punto de haber merecido su exposición unánime votación aprobatoria, presenta al Congreso un informe en contestación a esta cuestión, ¿Debe prescindirse del consorcio o fideicomiso legal? El informe no puede ser más adverso para la figura; en tono demagógico va enumerando una serie sin fin de inconvenientes de la misma: "no es, a mi modo de ver, aceptable, sea cualquiera el prisma por el que se le examine". "ni responde a ninguna necesidad social, ni se encuentra encarnada en las costumbres, ni se compagina con el espíritu que informa nuestros fueros". Después de este preámbulo, ensalza Comín el concepto de propiedad, con referencia concreta al Código de Napoleón, para significar que el consorcio "es de todo en todo contrario a aquel derecho". Ensalza la libertad consagrada en el Derecho Aragonés, enumerando instituciones que, a su juicio, la consagran, para encontrar: "una contradicción palmaria y evidente entre aquel principio y esta institución", "y como no se puede prescindir de aquel principio sin deshacer al mismo tiempo la economía, la con-

73 - Costa, Joaquín - recoge y transcribe los debates del Congreso en "La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses", Zaragoza, 1883.

textura toda de nuestra legislación, he aquí que convenga abandonar esta institución que huelga por completo en las leyes de este antiguo reino". Hace a continuación Comín un aparente estudio comparativo entre la figura consorcial y la comunidad conyugal continuada, en detrimento, ¡claro! del consorcio, que actualiza una pregunta que me formuló con frecuencia ¿porqué tan gran diferencia de opinión entre estas dos figuras? son tan semejantes, que apenas la presencia del cónyuge supérstite las distingue, ¿quizá porque la presencia de la viuda (más generalmente) en ella induce a protección, y ésta se considera admirable? Según Comín la causa es que "el legislador informó aquella (la sociedad continuada) en el espíritu de la libertad civil de los aragoneses, y al establecer el consorcio dió libelo de repudio a ese principio de libertad. Por eso las disposiciones todas referentes al consorcio parecen como extrañas a nuestra legislación regnícola". Comín, para ser consecuente con sus ideas de libertad no tenía que haber utilizado el último argumento que esgrime: el consorcio es malo porque no entraña vinculación perpetua. Así que también es odioso (pocos autores se han sustraído al mal empleo de este calificativo), dice, ¿porque se reconozca a los consortes la libertad de apartarse de él? ¡en aras a la libertad que el mismo Comín preconiza!

El Congreso votó afirmativamente, y por unanimidad, la conclusión de este informe y así dictaminó: Debe prescindirse del consorcio o fideicomiso legal. Era el 3 de febrero de 1881.

Paralelamente a esta conclusión se estaban llevando a cabo en Madrid los trabajos encaminados a la redacción del Código Civil, en los que la cuestión foral se presentaba como el único problema grave que requería una decisión política, como bien pone de manifiesto el profesor Delgado Echeverría,⁷⁴ y ésta se produjo con el espíritu armonizador que caracterizó este período de la restauración. Alvarez Bugallal, ministro de Gracia y Justicia en 1880, agregó a la Comisión de Codificación un letrado por cada una de

74 Delgado Echeverría Jesús: *El Derecho Aragonés, aportación jurídica a una conciencia regional*. Ed. Alarcón, Zaragoza 1977, pág. 39.

las regiones forales, encargándoles la redacción de sendas memorias sobre las instituciones civiles, de sus respectivas regiones, que conviniere conservar. Fué Franco y López, quien redactó la correspondiente al Derecho Aragonés, con la misma disposición a la transacción que se manifestó en el Congreso de Jurisconsultos aragoneses de que antes hemos hablado, aunque sin conexión con los trabajos de éste.

En la Memoria presentada por el señor Franco y López⁷⁵, a que antes me he referido, y que recogía las Instituciones forales cuya vigencia se propugnaba, no recibe mejor tratamiento la institución del consorcio foral que en el dictamen del Sr. Comín. Franco y López la conceptúa como "institución hija de otra edad y de diferentes costumbres que las actuales", no es fácil, sigue diciendo, "encontrar en la existencia de este consorcio, ventajas que sean suficientes a compensar los inconvenientes que para la libre disposición de la propiedad tiene que, producir a cada consorte o condueño de la parte ...", "creo por tanto que debe renunciarse de muy buen grado a la subsistencia de esta parte de nuestro Derecho ..." En la 2ª parte de su memoria, insiste Franco y López en su juicio adverso al consorcio, dando por reproducidos los argumentos ya expuestos en la 1ª Memoria, que justifican, dice, la "completa omisión de ella en el Proyecto".

En cumplimiento de lo ordenado en los artículos 5º y 6º de la Ley de bases de fecha 11 de mayo de 1888, incorporados con ligeras variantes a los artículos 12 y 13 del Código Civil, Aragón, con la pretensión de condensar lo más imprescindible de su Derecho propio, redactó los Proyectos de ley, que culminaron con la publicación del Apéndice de Derecho foral Aragonés. El mejor de los Proyectos realizados, fue el llamado Proyecto Gil Bergés, publicado en 1904, muy superior, como manifiesta el profesor Delgado Echeverría⁷⁶, al que inspirado en él, alcanzaría, en 1925 (15 de

75 - Franco y López - 1ª Memoria, pág. 105; 2ª parte, pág. 96.

76 - Delgado Echeverría, Jesús - *El Derecho Aragonés*, op. cit. pág. 42.

diciembre) fuerza legal por Decreto refrendado por el ministro aragonés Galo Ponte y Escartín. En el articulado del proyecto mencionado, no se incluye la figura del consorcio foral, ya que, como expresamente se hace constar en la Exposición de motivos del mismo⁷⁷: "el estado de indivisión, respecto de los raices o inmuebles heredados, mediante testamento o abintestato, por varios descendientes, de un ascendiente o por varios hermanos de otro o de colaterales que no sean hermanos, se rija absolutamente por la comunidad de bienes del Código General, respondiendo de semejante modo a las acerbas censuras de que ha sido objeto el llamado "consorcio foral" ... institución jurídica que unicamente tenía en su abono la facultad de cualquiera de los consortes de ponerle término a voluntad promoviendo la división, y la circunstancia de que evitaba en ocasiones la ingerencia en la familia de elementos extraños a ella, menos interesados en que las cosas se desarrollasen ordenadamente y por trámites de concordia".

Ante esa repulsa pocas voces se alzaron en defensa de la figura consorcial, Isábal⁷⁸ no fue una de ellas, ya que, en el estudio que, sobre el consorcio foral, publicó en 1918 formula un juicio muy adverso sobre la figura. Considera Isábal que la carencia de órgano legislativo propio, en Aragón y el desconocimiento que las leyes dictadas para toda España hacían de las particularidades forales, fueron la causa de que se vieran perturbadas instituciones vivas y fecundas de estas regiones aforadas y por contra que se dejara sobrevivir otras, muertas ya en la conciencia del pueblo. Como ejemplo de estas últimas cita el consorcio foral, expresando su opinión sobre el porvenir de la figura en frases que alcanzaron gran predicamento y que Castán reprodujo como síntesis y criterio común sobre la misma y que nos abstenemos de reproducir ahora por cuanto han sido repetidas hasta la saciedad.

77.- Proyecto de Ley en el que se contienen como Apéndice del Código Civil General las Instituciones forales y consuetudinarias que conviene conservar en concepto de excepción del mismo Código para el territorio de Aragón, Zaragoza MCMIV, pág. LXVIII.

78.- Isábal y Bada, Marceliano - R. D. P. 1918, pág. 289 y ss.

3.- Supresión de la figura consorcial por el Apéndice de 1926.

La condena del consorcio por el Congreso de Jurisconsultos aragoneses de 1881, la omisión de la figura en la Memoria de Franco y López, así como también la exclusión de la misma de los proyectos de Apéndice Foral Aragonés, junto a la postura adversa del gran foralista Isábal, actuando todo como exponente de la caída en desgracia de la figura, hizo que efectivamente no fuera recogida por el Apéndice Foral Aragonés que, al derogar los Fueros y Observancias del Antiguo Reino de Aragón, supuso la muerte de la figura. Esta postura hacia el consorcio tiene, a mi juicio, una doble causa: por un lado, el concepto liberal e individualista de la propiedad, propio de la época, y por otro, el espíritu excesivamente conciliador mostrado por los representantes aragoneses en las negociaciones llevadas a cabo con el Gobierno Central, a fin de conseguir la unificación del Derecho Civil. Nada consiguieron los contados foralistas que, como Otto Escudero⁷⁹, Pérez Lagrava y sobre todo el notario Martín Costea,⁸⁰ defendían la figura del consorcio. Este autor publicó al efecto un opúsculo dedicado al consorcio foral, en el que lleva a cabo un estudio ajustado y sereno del mismo, rebatiendo, principalmente, el discurso que Pascual Comín había pronunciado ante el Congreso de Jurisconsultos aragoneses, y que, como decía, venía a sintetizar la opinión doctrinal dominante. "A mi entender, dice el ilustre notario, en los que así opinan existe una confusión e involucración de la causa en el efecto. Tratan de los efectos del consorcio sin atender su esencia; combaten la institución por los efectos sin considerar la naturaleza de su causa y de ahí las diatribas contra una institución que bien entendida y comprendida, es sin duda alguna beneficiosa". Señala Martín Costea como esencia de la figura, la libertad que los consortes tienen en punto a su subsistencia: "...

79.- Otto Escudero, Nicolás - *Elementos de Derecho Civil Aragonés*. Imprenta de Isabelino Caspón, Barbastro 1924, pág. 173 y ss. También en "Contestaciones completas del Instituto Reus a la materia de "Derecho foral" obra adaptada al programa de Judicatura, Madrid 1928, obra ésta realizada por el profesor Otto Escudero y Juan Moneva Puyol, pág. 116 y ss.

80.- Martín Costea, Alberto - "Del consorcio foral" Calatayud, s. 1.

pero esta situación será mantenida y subsistirá solamente, cuando es aceptada por la voluntad de todos los consortes, pues bastará que uno sólo de ellos, pida en forma fehaciente la división para que desaparezca ese estado de consorcio". En cuanto a las opiniones que la tildan de ser contraria a la esencia del derecho de propiedad, argumenta: "lejos de ser esta institución contraria al derecho de propiedad, lo confirma, por ser los consortes los que por su voluntad quieren ser propietarios de esa forma y con los efectos del consorcio. Es una limitación voluntaria del derecho de propiedad, pues cualquiera de ellos puede salir de esa situación, cuando tenga por conveniente y reintegrarse a la plenitud de sus derechos como propietario ..." Resalta, acertadamente, la contradicción en que incurren los que la califican de instituto odioso por contrario al derecho de propiedad y a la libertad civil, aceptando, al mismo tiempo, que la sólo petición de partición extinga los efectos consorciales, sin necesidad de esperar a la partición misma. Si ésto último se admite, hacemos nuestra su pregunta, ¿dónde se puede ver la negación del principio de libertad civil? y aún, sosteniendo que es preciso la partición para extinguir la figura, ¿existe en la misma algún tipo de condicionante o veto para que cada consorte, a su voluntad, la efectúe? Contraataca por último el insigne notario la acusación de que el consorcio entroniza derechos tácitos y ocultos que se armonizan mal con nuestro sistema hipotecario, por cuanto, precisamente por el principio de publicidad en que se funda la ley hipotecaria, cualquiera puede ver en el Registro de la Propiedad la forma como se tienen los bienes y su procedencia, y por lo tanto, claramente se puede dar cuenta de si se está o no en situación de consorcio. Termina Martín Costea, no sólo propugnando la inclusión de la figura en el Apéndice Aragonés, sino proponiendo un articulado de la misma. Su propuesta no fué aceptada y hubo de esperar hasta la Compilación del Derecho Civil Aragonés de 1967, en la que se reinstauró la institución, siendo su hijo D. Luís Martín-Ballesteros y Costea el encargado de llevar a cabo la redacción del artículo 142 que lo regulaba hasta la Ley de Sucesiones vigente.

VIII.- JUSTIFICACION ACTUAL DE LA FIGURA

¿Tiene el consorcio foral la suficiente virtualidad para desenvolverse, en preceptos acomodados, a las necesidades actuales de la familia y de la sociedad? Si tenemos en cuenta que, tal como he puesto de manifiesto, los principios fundamentales de la figura son, por un lado fomentar la cohesión de la familia y por otro la conservación, en unidad, del patrimonio familiar, veremos que es perfectamente válida para la sociedad actual. Por un lado, tenemos que el concepto individualista de la propiedad, que tanto influyó en el rechazo de la figura, es un concepto hoy día superado, y sustituido por el carácter social de la propiedad, evolución lógica si consideramos que la propiedad, como dice León Duguit⁸¹, se ha formado para responder a una necesidad económica y, por tanto, evoluciona con las nuevas necesidades, caracterizándose nuestra época por una interdependencia, cada vez más estrecha, de los diferentes elementos sociales. Estima, pues, que la propiedad individual ha dejado de ser un derecho del individuo para convertirse en función social, ya que el individuo no es más que una rueda de la vasta máquina que constituye el cuerpo social. De esta manera el concepto de socialización de la propiedad ha venido a tomar distintos significados que, en cierto modo, dependen de la estructuración política de la sociedad a que se aplican. Empero y en términos generales, podemos decir que, hoy día, el propietario no puede disfrutar de su cosa sin tener en cuenta a la sociedad de la que él mismo forma parte, o en sentido más avanzado, como pone de manifiesto, Marín Pérez⁸², equivale a la anulación de la propiedad para transferirla al Estado. Agregando, por mi parte, la posibilidad de vincularla también a la familia o comunidades familiares.

Es así que la figura del consorcio foral está plenamente acorde con la nueva visión de la propiedad y es hoy una figura perfecta-

81.- Duguit, León - *Las Transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*. Versión española de Adolfo G. Posada, Madrid s. f. págs. 168, 177 y 185.

82.- Marín Pérez, Pascual - *La función social del Registro de la propiedad*, Libro Homenaje a Roca Sastre, v. III, pág. 981 y ss.

mente válida para, a través de ella, conseguir ese fin transindividual que la propiedad persigue, ya que en ella se manifiesta un gran sentido de solidaridad económica, fundamentalmente distinto de la copropiedad romana, que asegura a cada consorte una posición en el aprovechamiento de la cosa común que resulta más fecunda en utilidades, no sólo individuales sino sociales. Por un lado se consigue a través de estas comunidades consorciales, especialmente en el campo agrícola, explotaciones rentables, viniendo así a resolver uno de los problemas más acuciantes que tiene hoy en día planteada la agricultura como es el de la insuficiencia de dimensiones de las haciendas agrícolas. Una moderna concepción de la explotación agraria implica que ésta posea, para ser viable, la dimensión territorial suficiente para emplear todo el año dos unidades de trabajo hombre (UTH) y remunerar éstas al mismo nivel que los otros sectores secundario y terciario. Por otra parte ya no se puede concebir una explotación agraria viable sin tener un nivel mínimo de mecanización y los medios de trabajo mecánicos no pueden adquirirse sin tener garantizado un mínimo de horas de utilización.

Si pasamos al Derecho positivo nos encontramos con que la política legislativa agrícola se orienta a proteger todo tipo de asociaciones de agricultores, fomenta o impone el patrimonio familiar como indivisible e inalienable, concentra explotaciones..., es decir está en la línea marcada por el consorcio foral.

Aunque el consorcio foral parece pensado para una infraestructura agraria, y así la familia que dibuja, es una familia campesina asentada sobre la tierra y viviendo de ella, sin embargo la institución consorcial es igualmente útil para asentar sobre ella cualquier tipo de empresa familiar ya que viene a resolver los dos problemas que se plantean en la sucesión *mortis causa* de un empresario industrial o mercantil: por un lado, hace posible la continuidad de la empresa, de tal manera que ésta, como unidad de producción, no deje de funcionar ni un sólo momento, y por otro lado, la conservación de la empresa, de manera tal que impide

que el fenómeno sucesorio aboque a una disolución o liquidación de la misma. Continuidad y conservación son las dos grandes necesidades que el consorcio resuelve.

En definitiva la figura consorcial es perfectamente válida en la actualidad: fomenta la cohesión de la familia, que no es una creación arbitraria, sino esencial en la organización de la sociedad; preserva la gestión del patrimonio familiar de la ingerencia de extraños que distorsionarían, sin duda, el desenvolvimiento de esa empresa familiar, ya sea agrícola, industrial o de servicios, y protege y facilita la continuidad indefinida del patrimonio indiviso con evidentes ventajas en el terreno económico. Especialmente en la actualidad con las reformas efectuadas por el legislador aragonés que, suavizando la dureza de la figura según la regulaba la Compilación, vino a acomodarla a su sentido hitórico y a las nuevas necesidades sentidas por la sociedad actual.

CAPITULO 2º

NATURALEZA JURIDICA DEL CONSORCIO

I.- GENERALIDADES.

Abordaré en este capítulo los problemas, muy de jurisprudencia conceptual por tradición, agrupados bajo el título: naturaleza jurídica, consciente de sus peligros y muchas veces de su inutilidad⁸³. Ya que creo que es preciso no dejar de considerar el hecho de que las instituciones jurídicas vienen configuradas por tradiciones, no sólo jurídicas sino también sociales, y el que discurre sobre ellas antes debe atender a explicar y sistematizar las normas que las delimitan, sin cuidar excesivamente de incluirlas en una categoría predeterminada, que a recomponer la figura para adaptarla a una preexistente, forzando, quizá, su regulación positiva y su concepto tradicional.

83.- Es muy interesante la crítica que sobre el dogmatismo conceptualista ha hecho Vallet de Goyisolo en su "Panorama del Derecho Civil" (Barcelona, Bosch, 1963, págs. 64 y siguientes principalmente). "Su principal defecto (de conceptualismo) consiste en que sustituye la complejidad de la realidad concreta de las cosas por un cierto número limitado de ideas concebidas en sí mismas como verdadera realidad. Es mucho más difícil abstraer en ideas definidas, todo cuanto constituye vida jurídica, vida social o materia filosófica, porque comprenden diversidades de esencia, mientras en las matemáticas no hay más que problemas de cantidad y número. En Derecho, junto a los problemas de cantidad, hay unos matices de calidad que un método matemático no puede captar, ni, menos aún, valorar. Hay tal gama de variaciones, según las circunstancias, que es imposible su subsunción en un concepto preelaborado, pues no cabe abstraer, recogiendo todo lo que hay en ellos, sin perder alguna parte sustancial necesaria para que el juicio pueda ser exacto".

Sin embargo, reconociendo su valor instrumental, estudiaré la institución del consorcio foral desde esta óptica de su naturaleza jurídica⁸⁴. Desde tal punto de vista, estudiaré el consorcio foral en las distintas épocas del Derecho Aragonés.

II.- LA COMUNIDAD CONSORCIAL.

1.- Época de los Fueros.

Habremos de tener en cuenta, en primer lugar, que la figura consorcial es una comunidad de carácter familiar que se formaba entre los hijos a la muerte de sus progenitores, si los mismos no habían sido instituidos en cosa cierta y determinada.

El primer antecedente de esta comunidad consorcial es, sin duda, la comunidad familiar, de la que tantos vestigios quedan en el primitivo Derecho Aragonés. En esta comunidad familiar, el patrimonio, vinculado a las generaciones venideras, es propiedad conjunta del padre y de los hijos, en una forma totalmente opuesta a la copropiedad que configuró el Derecho Romano clásico, y que los autores alemanes han denominado "comunidad en mano común". Por otra parte, en el sistema de comunidades que rige en el Derecho Aragonés forma el consorcio foral, el último eslabón de una cadena, que, principiando por la comunidad familiar, formada por los padres y los hijos, continúa a la muerte de un progenitor con el supérstite y los hijos, como herederos del cónyuge muerto, para llegar a la comunidad entre los hijos cuando se da por terminada, en una situación normal, por muerte, y en otros casos por segundas nupcias, esta comunidad conocida como comunidad conyugal prorrogada.

84. Valler de Goytisolet escribe al respecto (op. cit., pag. 65): "... sólo debe darse a los conceptos un valor de gramática jurídica y de ordenación. Los necesitamos para entendernos, como en el lenguaje ordinario hace falta dar un determinado valor a las palabras y necesitamos también las clasificaciones. Como en toda biblioteca, es necesario tener estantes donde colocar los libros en un orden determinado; pero sin empeñarnos en que tal libro, por que está colocado en aquel estante, trate solamente de la misma materia que los demás libros colocados en el mismo estante. Es decir: las clasificaciones han de servirnos para ordenar las ideas, y los conceptos, como gramática jurídica para entendernos".

Hay en esta comunidad consorcial un patrimonio común formado por "*haereditatis*" en el cual los consortes tienen un derecho indeterminado, que no versa sobre cada uno de los bienes, sino sobre todos ellos en su conjunto. Así parece desprenderse de la regulación que de la figura consorcial hace el Fuero de Jaca, antecedente directo de la Compilación de Huesca de 1247, y las colecciones menos extensas de textos jurídicos aragoneses⁸⁵ del siglo XII y principios del siglo XIII.

Los Fueros de la Compilación de Huesca de 1247 no varían el Derecho anterior, en lo que al consorcio se refiere, y ello se comprende fácilmente, porque el nuevo texto foral no significa un cambio sino una continuación: no un conjunto de preceptos aislados nacidos por voluntad del legislador en un momento dado y destinados a regular de manera distinta nuevas situaciones, sino la concreción y depuración de los fueros anteriores, *rescatis superfluis, reparantes collapsa et utilia adiungenda, pero non mutata substantia eorum*⁸⁶.

De esta forma se sigue regulando la comunidad hereditaria consorcial con indisponibilidad de la parte que a los consortes compete en la misma. En este sentido disponen los Fueros De *Communi dividundo* que los consortes "*non potest dare, vendere, aut impignorare, vel alienare aliquo modo, ad alium hominem, partem que sibi in eis debet pertinere*".

Más explícito es el Obispo Vidal en su tratado "*In excelsis*" que denomina a esta comunidad hermandad y cormandad, y que, al consignar la necesidad de consentimiento de todos los consortes para la posibilidad de disposición de uno de ellos de su parte consorcial y la catalogación de ineficaz que hace del que de otro modo disponga, está claramente señalando el principio de unidad de

85 - Recopilaciones publicadas por Ramon Loscertales en *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo I, II y V.

86 - Tal es el encargo que se dio a D. Vidal de Canefas, según consta en el prólogo al "*Liber in excelsis*" que se halla incluido en c. Ms. 6162 de la Biblioteca Nacional de Madrid, publicado por el profesor Lacruz Berdejo en AHDE, 1947.

acción en los negocios jurídicos que lleven a cabo los consortes, lo que aleja la indivisión existente entre los mismos de la copropiedad romana y la identifica con la comunidad a mano común, que más adelante definiré.

Por otra parte los diplomas, como fuente importantísima, máxime para la época anterior a los textos legales conocidos, nos muestran esta comunidad consorcial actuando bajo el principio de unidad de acción en la celebración de los negocios jurídicos que llevan a cabo los consortes. Así puede observarse cómo los hermanos conjuntamente realizan diversos actos de disposición sobre los bienes comunes. En ellos se ve claramente cómo, durante el estado de indivisión, cualquier negocio que afecte a la comunidad debe ser realizado con el consentimiento y la intervención de todas las personas que la componen. Igualmente el carácter de permanencia de esta comunidad se pone de manifiesto cuando se les ve comprar heredades colectivamente, realizar permutas, y en general todo tipo de negocios jurídicos. Así un documento del año 918: "*Ego Sauci, et ego Gentila, et Exemeno ... ut facimus carta de alode quod nobis advenit de parentum nostrorum*"⁸⁷ otro diploma del año 850, registrado en el Cartulario de San Juan de la Peña, por el que vemos que un tal Fessena con su hermana Bellessima hacen a favor del Monasterio donación de unas tierras "*Ego Fessena cum sorore mea Bellessima ponimus et donamus in supra dicto cenobio tertiam partem termini Arraisi...*"⁸⁸.

Otro diploma del año 1008 "*Ego Ingla et ego Matrona, filias de Adtoni et de Pura, tibi emptori nostro Galindo abba... ut tibi vendimus terra nostra propria...*"⁸⁹.

Otro documento del año 1019 "*Ego Exemenus, et ego Martinus qui sumus fratres, facimus carta de una terra ad domum Sancte Marie*

87.- Documento citado por Sainz de Varanda, Ramón - "El retracto gentílico", pag. 240 - ADA 1946.

88.- San Juan de la Peña, a. 850 v. 1, nº 5, pag. 26. Citado por Montanos Ferrin, Emma, pag. 224. "La Familia en la Alta Edad Media Española" Pamplona, 1990.

89.- Ribagorza, a. 1008. p. 412 - Citado por la autora anterior en misma obra y pag.

vel Sancti Petri apostoli ... et est ipsa terra in loco ubi dicitur ad mola ... Otro documento sin fecha *"Ego Garsinius chometissa et ego Isarnius, sive germana mea Tota chometissa ... ut faciatis charta elemosinaria de parochiis nostris qui nobis advenit de parentum nostrorum"*⁹⁰.

En otros documentos se observa que unos hermanos intervienen en nombre propio haciendo constar el consentimiento de los restantes *"ego Oria Eximinz de Luisa, cum consilio et voluntate et communi assensu Eximinz de Luisa, fratris me et domino (Sancie) Eximinz de Luisa, germana mea, concedo et laudo in perpetuum... conventus dominiarum et fratrum domus Sexena ..."*⁹¹ *"... Ego don Sebastian et Nicolau et illos alios hermanos nuestros. Damos tibi Domingo et uxori tur Dominga, una nostra faza quod habemus in termino de Octavo ..."*⁹².

No parece posible dudar de que estos documentos se refieren a actuaciones de la comunidad hereditaria familiar, prueba de ello es que, con frecuencia, se precisa en los mismos el origen hereditario de los bienes de que se dispone. En ellos vemos cómo los hermanos consortes actúan conjuntamente en los actos de disposición que afectan a los bienes de la comunidad y el carácter de permanencia de la misma que antes habíamos señalado.

El historiador Martínez Guijón⁹³ considera que esta comunidad hereditaria que se formaba entre los hijos a la muerte de los progenitores es, más que comunidad, una propiedad común o familiar, en la que la familia misma era la propietaria de los bienes. La herencia, dice, es poseída en común por todos los coherederos sin señalamiento de partes. La no atribución de partes determina la imposibilidad de que los coherederos puedan disponer libremente de los bienes que puedan corresponderles después de efectua-

90. Ribagorza, pag. 42 y 375 - Documentos citados por la autora anterior pag. 227.

91. Soria, año 1234, nº 1142, pag. 209 - Creado por Montanos Ferrin, Emma - op. cit. pag. 227.

92. Peral año 1173 nº 162, pag. 329 - Creado por Montanos Ferrin, Emma, op. cit.

93. Martínez Guijón José. La Comunidad hereditaria y la partición de la herencia en el D^o Medieval español - AHDE 1957-58, pag. 221 y ss

da la partición. Es evidente, concluye, que tales prohibiciones tienen su razón de ser en la idea misma de esta comunidad hereditaria familiar, en la cual los bienes se poseen en común por todos los herederos.

2.- La Comunidad en las Observancias.

Las Observancias de los siglos XIII y XIV confirman y concretan el régimen de los Fueros. Así la Observancia 1ª *De consortibus ejusdem rei*: "si son muchos hermanos, ninguno de ellos puede disponer en testamento ni enajenar la parte de bienes que le puede corresponder, antes de proceder a la división del caudal ..."

Entre los primeros autores que escriben sobre los Fueros, tenemos a Juan Pérez de Patos, el cual comentando los Fueros *De donationibus* hace un interesante comentario acerca de las cosas poseídas en común y la prohibición de disposición unilateral de las mismas; y si bien el comentario está encaminado a explicar la comunidad conyugal, a la que trata de clasificar, según expone el profesor Lacruz⁹⁴, entre los tipos de situaciones colectivas conocidas por el Derecho Romano; pienso que es interesante para el tema que estamos tratando por las referencias concretas que al mismo hace. El Comentario de Pérez de Patos es como sigue: "*Forus iste loquitur de rebus communibus, de quibus non potest alter coniugum dare unam rem, nec integre nec pro parte separata ante divisionem, et hoc dare dicitur intellige ex verbis separatum et perfectum, ut in fine fori, ubi dicitur quod potest licite. Sed numquid potest dari pars rei indivise contingens superstite pro indiviso et indeterminate. Videtur aliquibus quod non, et facit f. Communi dividundo, cap. I et II et melius f. Ne vir sine uxore, cap. I. Sed forus iste non prohibet alienationem partis fieri indiviso sed separate, quia cum ante divisionem non habeat partem separatam rei communis non potest eam separate dare nec totam rem communem cum non sit tota sua. Ideoque, nobiliter dixit separatum et perfectum. Nota enim hic*

94.- Lacruz Berdejo, José Luis - "Naturaleza jurídica del consorcio conyugal aragonés". ADA 1946, pag. 257 - El comentario de Juan Pérez de Patos que transcribe el profesor Lacruz, figura en el Ms. 13408 de la Biblioteca Nacional de Madrid, fol. 121 r. y v.

"perfectum donum" nullius rei integre per quod relinquitur, quod suae partis indeterminate potest ante divisionem alienare, quod est verum et ita servatur quod pars rei communis possit pro indiviso alienari, dummodo non sit communis ex successione parentum vel avorum. Sed quibus ex coniugibus absque assensu alterius de parte sua honorum communium ordinare potest et testari, nec obstat forus f. familiae heriscunde, C. 1. et omnes hereditates et c. nullis filiorum, quia loquuntur de bonis communibus ex successione parentum vel avorum. De foro nichil sine uxore, que prohibetur alienatio per alterum fieri rei communis, ita quod in praesudicium alterius pro parte sua quia cuilibet coniugum in rebus alterius debetur. Sed defuncto de foro nullum vis remanet in rebus viventis, et immo nullam esse causam pro cuius et quod possit eo ante divisionem suae partis alienatio impediri nisi inter eos fuerit facta divisio".

Aunque Pérez de Patos parece reducir, en este pasaje, los estados de comunidad a un caso de indivisión, que resuelve, conforme a la doctrina romanista, en una serie de copropiedades sobre cada uno de los objetos que integran la misma, sin embargo pone de manifiesto que en los bienes que se obtienen por sucesión de los padres o abuelos, es decir, las comunidades consorciales, ninguno de los consortes puede disponer de su parte sin el consentimiento de los demás consortes.

La misma exigencia de actuación en mancomún y la misma concepción romanista en concebir la comunidad, se observa en Jaime de Hospital, cuya Observancia [4]. *De consortibus ejusdem rei* pasó a ser, literalmente tomada, la Observancia 1ª del mismo Título en la Colección Oficial, y que anteriormente he citado.

3.- Concepción de la Comunidad Consorcial según la doctrina.

Los juristas aragoneses que se ocupan del consorcio foral lo catalogan de comunidad hereditaria al resaltar su origen sucesorio, marcadamente señalado en los Fueros y Observancias, si bien, para explicar la prohibición de disponer que rige en la misma asi-

milan la figura consorcial a una sustitución fideicomisaria establecida por ley a favor de los consortes. En este sentido se expresa Molino⁹⁵. También Portolés que al tratar de explicar los efectos consorciales recurre en varios pasajes de su monografía a la figura de la sustitución fideicomisaria⁹⁶, llegando a titular la misma con los nombres de ambas figuras: "*Tractatus de consortibus eiusdem rei et fideicommissio legali*". Sin embargo, y, a pesar de querer explicar los efectos consorciales por medio de la asimilación del consorcio a esta otra figura, no deja de conceptuar, Portolés, el consorcio de comunidad y participación de dominio en la misma cosa, resaltando las diferencias que la separan de la sociedad.

Los juristas posteriores califican de un modo vario la figura consorcial, así tenemos a Lissa⁹⁷ que afirma que hasta que se hace la división, los consortes vienen a ser unos socios sin sociedad. Teniendo establecido entre ellos, por disposición del Fuero, comunión de bienes. También Asso y De Manuel⁹⁸ hablan de consorcio o sociedad, si bien no dejan de mencionar la llamada comunión de bienes. Las mismas palabras repite su comentador Palacios⁹⁹. Dieste, lo califica de comunión o coparticipación. Franco y Guillén¹⁰⁰ al estudiar la figura del consorcio, se limitan a describirla, sin calificar su naturaleza: "cuando son muchos los que suceden por última voluntad y no se hace división de bienes, se forma por beneficio del Fuero un consorcio ..." que, añaden, "suele llamarse también fideicomiso foral, porque sus efectos son semejantes a los del fideicomiso". Sin embargo Franco y López posteriormente¹⁰¹ lo califica de comunión de bienes. De comunión

95.- del Molino, Miguel - *Reperitorium Fororum et observantiarum Regni Aragonum* - v. fratrot. f. 162 v. CaesarAugustae anno 1585.

96.- Así, por ejemplo, en el Cap. XI, 9.

97.- Lissa Gil - *Tyrocinium* - libro III, tit. XXVIII.

98.- Asso y de Manuel - *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, pag. 131.

99.- Palacios, Joaquín M^o - *Anotaciones ...* Madrid, 1806, pag. 215.

100.- Franco y López, Luis y Guillén y Caravantes, Felipe - *Instituciones de Derecho Civil Aragonés*, Zaragoza, 1841, pag. 222.

101.- Franco y López, Luis - *Memoria elevada al Congreso*, 2^o parte, pag. 96.

especial lo tilda Blas¹⁰² al igual que Gutiérrez¹⁰³. Martón y Santa Pau¹⁰⁴ se limitan a traducir a Portolés y en consecuencia repiten las palabras que de este autor ya hemos consignado. Azpeitia¹⁰⁵ califica el consorcio de comunidad "sui generis", mezcla de sociedad y de personalidad ficticia. Sánchez Román asigna al consorcio: "naturaleza jurídica mixta bajo un triple aspecto de sucesoria, contractual y de comunidad real de bienes"¹⁰⁶. Isábal¹⁰⁷, que estudió a fondo tantos aspectos fundamentales de la figura del consorcio, en este punto de su naturaleza jurídica se limita a transcribir la opinión que Dieste da en su Diccionario: "es la comunión o coparticipación, establecida por Fuero entre los herederos de bienes sitios...". Otto Escudero¹⁰⁸ que inicia su trabajo sobre el consorcio foral con una cita de Dupin, aludiendo sin duda, a la naturaleza del consorcio: "*non societas erit sed tantum communitio idest non contractus sed quasi contractus non commixtio indivisión*", parece dubitativo entre asignar al mismo la calificación de sociedad o de comunidad: "... es decir, que es la comunidad, es la sociedad, formada por varios partícipes en la herencia de bienes sitios..." si bien al fin parece decantarse por, comunidad: "Es realmente una comunidad de bienes que se rige en unos puntos por las reglas de ésta, y que si en muchos presenta gran identidad con aquella, en cambio en otros momentos ofrece diferencias muy notables".

Lorente Sanz y Martín Ballesteros¹⁰⁹ al ocuparse de la problemática del derecho transitorio tras la publicación del Apéndice de

102 - Bas Melendo, Andrés - *Derecho Civil Aragonés*, Madrid, 1873, pag. 353

103 - Gutiérrez Fernández, Bruno - *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español* T VII, Madrid, 1874 pag. 436 continuada, 1904, pag. 66

104 - Marón y Santa Pau - *Derecho y Jurisprudencia de Aragón*, Zaragoza, 1866, pag. 606

105 - Azpeitia, Mateo - *El Consorcio Foral, la sociedad típica familiar y la sociedad legal continuada* 1904 pag. 66.

106 - Sánchez Román, Felipe - *Estudios de Derecho Civil*, Madrid, 1910, I, VI, V. 3ª. Cursamente es en el índice, pag. 257D, donde este autor, critica la naturaleza jurídica, no desarrollando después al tratar del consorcio foral.

107 - Isábal y Bada, Marceliano - *Exposición y Comentario del Cuerpo Real denominado "Fueros y Observancias del Reino de Aragón"*, Zaragoza, 1926, pag. 375

108 - Otto Escudero, Nicolás - *Elementos de Derecho Civil* Barbastro, 1824, pag. 173.

109 - Lorente Sanz, José y Martín Ballesteros, Luis - *La norma en el ordenamiento jurídico aragonés* - A D A., 1944, pag. 140 y 141.

1926, tratan del consorcio con ocasión de plantearse la cuestión de si el mismo era una comunidad de bienes *sui generis*, es decir derecho de propiedad o más bien materia de Derecho sucesorio, afirmando que el mismo pertenece al Derecho hereditario. Conclusión a la que llegan teniendo en cuenta, "su origen, su regulación en los Fueros y a la sistemática seguida respecto a él por los fueristas".

Roca Sastre¹¹⁰ califica el consorcio de comunidad hereditaria, la cual, dice, al no admitir la negociabilidad de cuotas, ya que sólo los partícipes en mancomún pueden disponer de los bienes, constituye una comunidad germánica o en mano común, calificando el efecto del acrecimiento consorcial como una especie de fideicomiso "*si sine liberis decesserit*"¹¹¹. Muñoz Salillas¹¹² hace suya la opinión de Portolés, transcrita por Martón y Santapau, centrandó su atención en señalar la ausencia de pacto para su nacimiento, hecho que separa al consorcio, dice, del contrato de sociedad. Riera Aisa¹¹³, considera el consorcio como un tipo de comunidad jurídica, de carácter particular, que no encaja exactamente en ninguno de los tipos clásicos de titularidades indivisas, ya que, dice, su régimen y facultades de disposición parecen inclinarse hacia una situación típicamente singular.

El profesor Sancho Rebullida¹¹⁴ considera esta institución de naturaleza híbrida y de difícil encuadramiento sistemático, acaso, dice, su carácter dominante sea sucesorio, por suponer un especial acrecimiento. Resalta el profesor su nacimiento como institución satélite del principio general de unidad y continuidad de la casa. Igualmente su sentido comunitario es puesto de relieve por el profesor Delgado Echeverría¹¹⁵ que considera, con toda razón, ser ésta

110.- Roca Sastre, Ramón M^o - *Derecho Hipotecario*, T. III, ed. 1954, pag. 144.

111.- En cambio en la edición del año 1948 - califica, Roca Sastre, el acrecimiento consorcial como un caso especial de derecho de adquisición por ministerio de la Ley o Fuero.

112.- Muñoz Salillas, Juan - *El Consorcio Foral*, A.D.A., 1953-54, pag. 134.

113.- Riera Aisa, Luis - *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, v. consorcio foral.

114.- Sancho Rebullida, Francisco de Asis - *Prólogo* a la obra de Merino Hernández, José Luis. "*El Consorcio Foral Aragonés*" - Zaragoza, 1976, pag. 10.

115.- Delgado Echeverría, Jesús - *El Derecho Aragonés. Aportación jurídica a una conciencia regional*. Ed. Alcrudo, Zaragoza, 1977, pag. 155.

la causa de su rechazo por los juristas de pensamiento liberal del pasado siglo.

Merino Hernández¹¹⁶ hace un detenido estudio sobre la naturaleza jurídica del consorcio. Por una parte, señala las diferencias de la figura con la sociedad, rebatiendo la postura de los autores que así la conceptúan, para concluir asignando al consorcio la naturaleza de "comunidad de bienes ordinaria, bien hereditaria, bien procedente de adquisición *inter vivos*, (dado el título adquisitivo que según la actual regulación genera consorcio) a la que, como consecuencia de su nacimiento en determinadas circunstancias, el legislador aragonés le impone un régimen especial en su funcionamiento". Sin embargo, Merino, a la hora del encuadre institucional de la figura, opta por considerar esta comunidad como propia, no de derecho sucesorio, sino del Derecho de propiedad o Derecho de cosas, y no una comunidad *sui generis*, dice, como algunos autores han afirmado, sino como una comunidad ordinaria, matizada por la específica normativa del artículo 142 de la Compilación, en lo que a sus efectos se refiere".

El profesor Lacruz Berdejo¹¹⁷ al abordar la naturaleza jurídica de la comunidad consorcial afirma que "el consorcio no representa una comunidad nueva y distinta, sino una característica específica de la situación de ciertos comuneros en las indivisiones sobre una herencia que contiene bienes raíces o sobre un inmueble singular. Así, dice, recibida la herencia por los consortes, devienen éstos herederos, cada uno por su cuota, y todos los que no han sido instituidos en cosa cierta concurren a formar la comunidad hereditaria. El hecho de que, concurriendo los requisitos exigidos por el artículo 142, se produzca el vínculo consorcial sobre los inmuebles relictos, no modifica la naturaleza de la comunidad hereditaria, afectando simplemente a la disponibilidad y el destino de las cuotas en cuanto atañen a las fincas consorciales". La

116 - Merino Hernández, José Luis - *El consorcio foral* - Zaragoza - 1976, pag. 38

117 - Lacruz Berdejo, José Luis - *El Consorcio Foral, en Moneda y Crédito* - Madrid - 1977, pag. 342

misma solución propugna el profesor para los supuestos de legado o donación de un inmueble singular a una pluralidad de legatarios o donatarios, "entre los cuales respecto de algunos o todos se cumplen las condiciones que determinan la vinculación consorcial". Estimando que sigue teniendo la misma naturaleza que tendría si tales condiciones no tuvieran lugar, si bien el régimen para los consortes tendrá las concretas variaciones que la Compilación determina.

III.- LA HIPÓTESIS DE COMUNIDAD.

Siguiendo a García Granero¹¹⁸ podemos definir la comunidad como, "aquella especie de cotitularidad que se produce cuando la propiedad de una cosa o la titularidad de un derecho real o de un conjunto patrimonial es atribuida simultáneamente en igual modo y en desigual medida a varios sujetos". Presupone, pues, la comunidad. α) Unidad de objeto, o por mejor, la indivisión material del mismo. La titularidad plural ha de recaer sobre un mismo elemento o conjunto unitario de elementos patrimoniales. β) Pluralidad de sujetos. La comunidad no es más -dice García Granero- que un caso concreto, siquiera sea el más importante del fenómeno de la multiplicidad de sujetos en una misma relación jurídica. γ) La participación de los distintos sujetos en el aprovechamiento de la cosa o derecho común ha de ser sustancialmente idéntica. Como al respecto dice Siesse¹¹⁹, "para que haya comunidad, es preciso y suficiente que exista una pluralidad simultánea de pretensiones jurídicas idénticas". Esta exigencia igualitaria en cuanto a la esencia de las porciones que pertenezcan a cada uno de los partícipes, distingue la comunidad de aquellas otras situaciones en que concurren sobre un mismo objeto potestades jurídi-

118.-García Granero, Juan - "Cotitularidad y comunidad - Gesamte Hand o comunidad en mano común - Revista crítica de Dº inmobiliario - num. 214, año 1946, pag. 154.

119.-Siesse - "Contribution a L'étude de la communauté d'héritiers en droit comparé" Paris, 1922, pag. 4.

cas esencialmente diversas o sea de supuestos de titularidad dividida o desmembrada, en los que existe una distribución sustancialmente desigual en las facultades o derechos que integran una relación jurídica determinada. Otra exigencia de la comunidad es lo que García Granero denomina, llamamiento simultáneo, esto es, que en un momento concreto haya una vocación coetánea de varias personas a participar en igual forma de las ventajas que procura una titularidad jurídica. No existe, por tanto, comunidad en los derechos a término, en las sustituciones hereditarias, en el usufructo constituido sucesivamente a favor de varias personas, etc, ya que falta la contemporaneidad en la existencia de los derechos iguales, es decir la igualdad de las pretensiones jurídicas que actúan sobre una cosa o derecho, pues mientras uno de los sujetos tiene un derecho pleno y perfecto (aunque sea resoluble y transitorio) el otro no tiene más que una expectativa de derecho.

Enumeradas sucintamente las características de la comunidad, parece ser esta figura la única donde encaja el consorcio foral, constituyendo el mismo una clase de la categoría general del instituto de la comunidad y dentro de ella, por el tratamiento de que es objeto, tanto en el derecho histórico, como en la actualidad, parece poder asimilarse singularmente a la llamada comunidad en mano común, si bien con particularidades que impiden integrarla totalmente en esta categoría.

1.- Tipos de comunidad.

Generalmente, cuando se plantea el problema de la comunidad, sea cual sea su origen, hereditario o no, de los bienes indivisos, se trata de encajar esa situación en uno de los dos tipos de comunidad que ha distinguido la dogmática moderna como opuestos entre sí: la copropiedad romana y la gesamte Hand germánica o propiedad en mano común.

La diferencia entre uno y otro sistema de organización de la comunidad obedece, como pone de manifiesto el profesor Díez

Picazo¹²⁰ a una diversidad de los principios rectores. La comunidad romana tiene su origen en una concepción individualista del mundo, en la cual la preeminencia se concede al derecho del individuo. La comunidad se concibe como algo puramente transitorio y en el fondo desventajoso, por suponer siempre una fuente de conflictos. La preeminencia del derecho del individuo impone el reconocimiento de un señorío exclusivo sobre una parte del derecho poseído en común apareciendo así la idea de cuota que caracteriza gráficamente a este tipo de comunidad. El carácter incidental o transitorio que a la comunidad se atribuye hace que deba facilitarse el camino para la desaparición de este estado, concediendo a cada comunero la posibilidad de salir inmediatamente de ella mediante el reconocimiento de la llamada *actio communi dividundo*.

La comunidad germánica, por el contrario, parte de una concepción colectivista o comunitaria del mundo. No es el derecho del individuo lo predominante, sino el derecho del grupo. La comunidad se considera como una situación permanente y estable y además como una forma ventajosa de realizar determinadas funciones económicas. Este perfecto planteamiento que hace el profesor Díez-Picazo, explica las diferencias que existen entre la comunidad romana y la comunidad germánica. Sin embargo debe ponerse de manifiesto, como señala Martínez Guijón¹²¹, que mientras la comunidad germánica se presenta como un tipo estático, la romana es el resultado de una evolución. En efecto, el derecho romano antiguo conoció también una figura de comunidad familiar, el *consortium erecto non cito*, cuya regulación no parece presentar grandes diferencias con la *gesamte Hand* germánica, obedeciendo ambas a la idea de que la propiedad colectiva impera sobre la propiedad individual. En consecuencia los principios rectores que se señalan para la comunidad llamada de tipo romano no

120.- Díez-Picazo, Luis - *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial* - Vol. II, Tecnos, 1986, pag. 758.

121.- Martínez Guijón, José. *La comunidad hereditaria...*, AHDE, 57-58, pág. 225.

pueden predicarse de todo tipo de comunidad que existió en ese derecho. Si bien es cierto que desde la época clásica ya pueden aceptarse las notas distintivas que el profesor Díez-Picazo pone de manifiesto en este tipo de comunidad, y que han motivado la distinta regulación que hoy en día las caracteriza. Para la comunidad en mano común, podemos, partiendo de la definición que de la misma ha hecho García Granero¹²², señalar como características más esenciales: α) los conductos forman una colectividad a la que pertenece la cosa o derecho sin que corresponda a ninguno de los que la integran la propiedad de cuota ideal o real. Así, las participaciones asignadas sólo significan la proporción en que participarán en su día en el producto de la liquidación. En consecuencia, en la comunidad germánica las cuotas no existen como puras medidas de valor, no determinan un derecho exclusivo del comunero sobre ellas. β) el vínculo personal que liga a los interesados en la comunidad *gesamte Hand*, le da una especial fisonomía y marca una diferencia con el condominio romano, en el que son irrelevantes las condiciones personales de los copropietarios, siendo éstos o pudiendo ser extraños. En la *Gesamte Hand*, contrariamente, los comuneros se encuentran unidos por íntimos lazos personales de sangre, de familia, de cohabitación, concediéndose una atención preferente a las condiciones personales de los copartícipes cuya posición jurídica constituye una titularidad, personalísima (García Granero¹²³). La consecuencia más importante de esta manera de concebir la comunidad, como unión íntima y personal de los asociados, consiste en excluir, mientras dura la comunidad, la libre disposición de las participaciones, contrariamente a lo que ocurre en la comunidad romana en la que cada comunero puede transmitir su cuota a otras personas, que suce-

122 -García Granero, Juan - *Comunidad y Comunidad "Gesamte Hand" o comunidad en mano común* R.C.D.I., XIX, año 1946 pag. 247: "aquella situación de titularidad por virtud de la cual un derecho, o más frecuentemente un bien patrimonial, pertenece indiviso y conjuntamente a varios sujetos, unidos por un vínculo o relación de carácter personal, y de la modo que sólo colectivamente están autorizados para ejercer las facultades jurídicas que les son atribuidas".

123 -García Granero, Juan, op. cit. pag. 232 y 233.

derán al transmitente en su lugar en la comunidad, sin que los demás comuneros puedan impedirlo ni oponerse a ello¹²⁴. Otra característica señalada por la doctrina para la comunidad en mancomún es la falta de una acción de división que compete a cada uno de los partícipes. En la comunidad germánica —dice el profesor Díez-Picazo— “no se reconoce a cada comunero la posibilidad individual de disolver la comunidad mediante el ejercicio de una *actio communi dividundo*”. Esta acción divisoria sólo nace una vez extinguido el vínculo personal que es su base (Vallet de Goytisolo¹²⁵).

Por otra parte la doctrina señala como principales características de la comunidad de tipo romano: α) el establecimiento de la idea de cuota para resolver el concurso de los partícipes. β) el reconocimiento de que cada condueño tiene plena propiedad de su parte y puede enajenarla o cederla y disponer libremente de ella. γ) la regla básica de que ningún copropietario está obligado a permanecer en la comunidad, pudiendo cada uno de ellos pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común.

Señaladas las diferenciaciones que la doctrina propugna entre los dos tipos de comunidades, sin embargo, no desconocemos que las divergencias entre una y otra, son menores de lo que corrientemente se cree y que, como pone de manifiesto el profesor Lacruz Berdejo, ninguna de ellas afecta a la esencia, que es idéntica en ambas¹²⁶.

124.- Díez-Picazo, Luis - *Fundamentos de Derecho Civil* - Tecnos, 1986, pag. 759.

125.- Vallet de Goytisolo, Juan - “La compraventa por mitades indivisas y con pacto de sobrevivencia” R. D. P., año 1944, pag. 716.

126.- Lacruz Berdejo, José Luis - *En torno a la naturaleza jurídica de la comunidad de gananciales del Código Civil*, en *Estudios de derecho civil*, Barcelona, 1958, pag. 526 y ss. y en R. G. L. y J. 187, primer semestre, 1950, pag. 33 y ss. Ver también del mismo autor “Naturaleza jurídica del consorcio conyugal Aragonés” ADA, 1949-50, pag. 346 y trabajo de Karl Larenz, “Zur Lehre von der Rechts Gemeinschaft” en *Anuario de Ihering* XLVIII, 1933, pag. 108 y ss. citado por el profesor Lacruz en el primer trabajo ahora señalado.

IV.- NATURALEZA DE LA COMUNIDAD CONSORCIAL.

Tratando de calificar la comunidad consorcial, ¿en qué tipo podemos encuadrarla? Tenemos que en la figura del consorcio foral los consortes no tienen derecho a una fracción específica del dominio, es decir que ni las cosas, ni los derechos, ni sus facultades, ni su contenido económico, pueden considerarse divididos en cuotas materiales que determinen un derecho exclusivo del consorte sobre ellas. Su participación en el consorcio es inalienable no operando sólo esta inalienabilidad sobre una hipotética participación singular sobre cada uno de los objetos que componen el acervo consorcial sino que también alcanza a la situación jurídica de cotitular del mismo y así, para la realización de los actos de disposición sobre el objeto de la comunidad, se necesita la actuación conjunta de los consortes. Esta nota hace pensar en el tipo de comunidad germánica y para mayor abundamiento tenemos el hecho de que los consortes están unidos por un vínculo específico: el familiar. En efecto el consorcio foral solamente se forma entre personas unidas por estrechos lazos de sangre.

En cambio la tercera característica que se ha asignado a la comunidad *iuris germanici* no se da en la figura consorcial por cuanto en ésta los consortes tienen derecho en todo momento a pedir la división, al igual que acontece en la comunidad de tipo romano.

Tenemos, en consecuencia, que la comunidad consorcial si bien participa de notas características que la aproximan al tipo de comunidad germánica, no se identifica totalmente con ella, cosa por otra parte comprensible por cuanto como ponen de relieve los profesores Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida¹²⁷, "el modelo de comunidad llamado germánico es más síntesis arbitraria realizada sobre los ordenamientos jurídicos de muchos pueblos en diversas épocas y además asumiendo notas características de algunos

127 - Lacruz Berdejo, José Luis y Sancho Rebullida, Francisco de Asís - *Elementos de Derecho Civil - Derechos Reales*, vol. 2º. Reclt., 1960, pag. 289.

tipos de comunidad, sobre todo de las familiares, que faltan, sin embargo, en otros. Lo que propone, entonces, la doctrina como "comunidad germánica" es una abstracción, un modelo teórico, pero no un instituto real y operante en un tiempo y lugar determinados".

A la vista de lo anterior podemos decir que la comunidad consorcial está incluida dentro de la superior categoría de la comunidad jurídica. Como primera característica diferencial, tras esa inclusión, ha de señalarse su origen sucesorio y su carácter familiar.

En su origen se trata de un conjunto de bienes heredados de ascendientes, sobre los que se forma la comunidad, siendo ésta una consecuencia del interés de conservar el patrimonio familiar y de seguir su desenvolvimiento al ocurrir el fallecimiento de los progenitores.

Su carácter familiar, determinado, por una parte, por la importancia de las relaciones personales que unen a los consortes, y por otra, por la finalidad asignada a ese patrimonio, determina sus características: la inalienabilidad de la parte que a cada consorte corresponde en la comunidad, la consecuente necesidad de actuación conjunta de todos los consortes y el acrecimiento cuando ocurre el fallecimiento de uno de ellos. El conjunto de bienes que constituye el elemento objetivo de esta comunidad familiar forma un patrimonio autónomo, lo cual no significaba, ni significa en la actualidad, que el patrimonio pertenezca a una persona jurídica creada por el derecho, ni que el mismo patrimonio se personalice. Es un patrimonio colectivo organizado para servir finalidades familiares a través de sujetos que han de cumplir ciertas condiciones. Estas finalidades familiares, de prolongación de la cohesión de la familia, pueden quebrar en un momento determinado, (pensamos que, en la época histórica, casi únicamente motivada esta quiebra por formación de otro núcleo familiar) por lo que se concedía la acción de división.

Nacida esta comunidad consorcial en un medio social primitivo y de economía familiar y tribal, comunidad dotada de una finalidad que cumplir y donde el concepto de propiedad colectiva impera sobre la propiedad individual no es extraño, sino de todo punto lógico, que su caracterización responda, en términos generales, a la llamada comunidad germánica, si bien, como ya he puesto de manifiesto, este tipo de comunidad entre hermanos no existió solamente en los llamados derechos germánicos sino que el pueblo romano conoció su existencia, dada la similitud que guarda la figura con el *consortium* romano.

En la actualidad su catalogación de comunidad -de origen sucesorio- no parece pueda ofrecer muchas dudas, si no fuera que el legislador vuelve a utilizar el nombre de fideicomiso foral cuando define la figura (art. 58-1) y ésto unido a la expresión que aparece en el ap. 3 del art. 59- al hablar del acrecimiento consorcial- al decir que los consortes aderescentes reciben la parte del consorte muerto como procedente del ascendiente que originó el consorcio, puede provocar -en mi opinión- más de un mal entendido y oscurecer la figura.

De esta confusión podría derivarse, por un lado, consecuencias contrapuestas dentro de la propia regulación por cuanto si fuera sustitución fideicomisaria, no podría un consorte disponer *inter vivos* a favor de otro consorte, ni, por supuesto, *mortis causa*, dado que implicaría una lesión de los derechos de los hijos, si los hubiera, o, en su defecto los derechos de los otros consortes, al tener tanto unos como otros la cualidad de sustitutos fideicomisarios.

No menor problema sería dilucidar el carácter de los bienes consorciales en su relación a los descendientes del consorte: si los hijos son sustitutos fideicomisarios esos bienes a ellos habrán de ser destinados, y por partes iguales, sin que al estar éstos incurso en causa de desheredación, respecto al padre consorte, pueda alterar el destino de los mismos.

Otra cuestión muy importante, cuya solución varía totalmente dependiendo que se catalogue el consorcio como comunidad o como sustitución fideicomisaria es la relativa a si en los bienes consorciales cabe derecho de viudedad del cónyuge supérstite del consorte. Y ello por cuanto, según el art. 77 de la Compilación, se hallan libres de gravámen viudal los bienes del cónyuge premuerto sujetos a sustitución fideicomisaria.

En mi opinión el consorcio foral no es ninguna suerte de sustitución fideicomisaria sino una comunidad de origen sucesorio que se forma entre los descendientes al suceder a sus ascendientes en determinados bienes inmuebles. Caracterizada por dos notas: A) la exigencia de actuación en mancomún de todos sus miembros para los actos de disposición *inter vivos* sobre los bienes que constituyen el activo de la comunidad, cuando esta disposición sea a favor de extraños al consorcio que no sean descendientes del consorte disponente y B) el especial acrecimiento que se produce al morir uno de sus miembros sin descendencia ¿y sin disponer *mortis causa* a favor de consorte?

Como consecuencia de la naturaleza asignada los problemas que antes he mencionado no existen, así la disposición *inter vivos* del consorte, ya sea a favor de consorte ya a favor de descendientes, no lesiona derecho alguno: respecto a los hijos porque en vida del padre ningún derecho ostentan sobre esos bienes, distinto al que les corresponde en los otros bienes del progenitor y respecto a los consortes- en el supuesto de que carezca el consorte disponente de descendencia- tampoco, por cuanto el derecho al acrecimiento nace en el momento de ocurrir la muerte del consorte.

Asimismo el consorte con descendientes cuando dispone *mortis causa* a favor de ellos solamente tiene que sujetarse a las reglas que rigen en Aragón en sistema de legítimas, es decir que lo haría como si de la disposición de bienes no consorciales se tratara sirviendo así para pagar la legítima que por ley o pacto se debiera.

Finalmente tendremos que el cónyuge superviviente de un consorte tendrá derecho de viudedad sobre la cuota consorcial ostentando mientras este derecho dure la nuda propiedad de la misma los descendientes o los otros consortes.

He señalado que la comunidad consorcial tiene origen sucesorio es decir en su inicio el consorcio es una comunidad hereditaria en la que, contrariamente a la comunidad hereditaria que regula el C. c., sus componentes no van a poder disponer de la parte que tienen en la misma, ni respecto al todo, ni respecto a los bienes concretos que la integran- como ya decía Vidal de Canellas. Así tenemos que si en la comunidad hereditaria que regula el Cc el heredero puede disponer de la cuota que le corresponde en esa herencia- considerada como un *universum ius*- si bien su concreción quedará para un momento posterior, es decir que queda a resultas de la partición la determinación de los bienes sobre los que recae esa disposición de cuota efectuada, no pudiendo, en cambio, ese heredero disponer de parte alguna en bienes determinados de la herencia. En la comunidad consorcial, contrariamente, el consorte no puede disponer ni en uno ni en otro sentido, a favor de extraños al consorcio, a no ser que esos extraños sean descendientes del consorte disponente.

Digo así, que la comunidad consorcial es germánica o comunidad a mano común, si bien no coincide en todo con este estereotipo, por cuanto, en la consorcial si bien los actos de disposición han de hacerse a mano común -por lo tanto dato coincidente- cada consorte puede hacer uso de la acción de división. Como es sabido en la llamada comunidad germánica no existe la posibilidad para los comuneros de ejercitar la acción de división.

Si en los actos de disposición *inter vivos* vemos que los mecanismos de actuación de la comunidad hereditaria Cc y comunidad consorcial son diferentes, en lo que respecta a los actos *mortis causa* también divergen. En la comunidad hereditaria que regula el Código Civil la muerte de un titular provoca, respecto a su

cuota, el fenómeno de la sucesión como si se tratase de una bien de titularidad singular. En la comunidad consorcial ésto también ocurre si el causante tiene descendientes. En otro caso, es decir si careciera de ellos, la regulación es harto diferente por cuanto en este supuesto opera el acrecimiento consorcial.

El consorcio foral es por tanto una comunidad con especiales reglas de funcionamiento, encaminadas éstas a preservar la conservación y continuidad del patrimonio familiar. Y no es que Aragón regulara la comunidad hereditaria sobre el patrimonio familiar, con estas reglas por desconocimiento, o, no aceptación, de las que rigen la llamada comunidad proparte, por cuanto ya en el medievo el Derecho Aragonés conocía, tenía en su regulación y aplicaba los dos tipos de comunidad hereditaria. Las reglas consorciales cuando se trataba de suceder los hijos en el patrimonio familiar y las propias de la comunidad proparte cuando los bienes sobre los que se formaba la comunidad no tenían este carácter, aunque las personas que la integraran estuvieran unidos por un vínculo semejante al exigido para el consorcio, es decir que se observaban distintas reglas para los bienes heredados y los bienes adquiridos¹²⁸.

V. DISPONIBILIDAD DEL VÍNCULO POR EL CAUSANTE DEL CONSORCIO.

Si conforme a la regulación que del Consorcio hacía el artículo 142 de la Compilación, mi postura era ya favorable a entender que era posible para el causante del consorcio impedir el nacimiento del mismo aun dándose las condiciones subjetivas y objetivas que esta figura presupone y sobreponer así su voluntad a lo dispuesto en la Ley, hoy ya no cabe la postura contraria pues el legislador aragonés inicia la regulación del consorcio (artículo 58) con esta posibilidad: "Salvo previsión en contrario del disponente..."

128. Sánchez-Friera González M^a Carmen. "Posible explicación a la antinomia existente entre las Observancias. 1^o y 5^o De Consortibus ejusdem rei. RDCA III, 1997 n^o1, pág. 65 - 83.

La posición favorable que yo mantenía la fundamentaba en base a considerar no sólo que las normas consorciales tenían como destinatarios a los hijos e hijas de hermanos y no al causante del mismo sino también por entender que era en este aspecto donde el principio "*standum est chartae*" podía desplegar todo su poder y fundamentar la posibilidad de que el causante, en virtud del mismo, pudiera impedir los efectos consorciales de indisponibilidad de la cuota y el acrecimiento entre los destinatarios de sus bienes. La voluntad del causante es ley en la sucesión (respetando las legítimas) y a él no le obliga, ni iba dirigida la regla del art. 142, y así, pensaba, que al igual que podía prohibir la división de los bienes consorciales, sobreponiéndose en este caso a la libertad de petición de división que la norma del artículo 142 establecía, podía igualmente disponer que, aún sin división, no nacieran los efectos consorciales, pues si podía su voluntad ser preferente en aquel punto (de impedir la división) para agravar las disposiciones de la ley, igual le sería posible en el sentido contrario. En realidad, obedeciendo el consorcio foral a un principio familiar y patrimonial se puede considerar la vinculación consorcial, según afirma el profesor Lacruz¹²⁹, como si la ley, al regularlo, supliera la voluntad del causante, y es por eso que cuando ésta se manifiesta en el sentido de eliminar expresamente los efectos consorciales, puede ser prevalente y la vinculación consorcial no llegar a nacer.

Por otra parte esta disponibilidad de vínculo por el causante, fué ya admitida por el Derecho histórico, por cuanto Portolés¹³⁰, afirma, y lo da como regla seguida, que instituido por el causantex sustituto, en los bienes consorciales, a cualquiera de los hermanos consortes, este sustituto tiene preferencia sobre los consortes para suceder en la cuota del consorte fiduciario: "*pro regula traditur, quod quotiens datus est substitutus, si eveniat casus fiducommissi, substitutus ille continetur, et consortem excludit, ipseque substitutus solus admittitur*".

129 - Lacruz Berdejo, José Luis - El Consorcio Foral, op. cit. pag. 337

130 - Portolés - *Tractatus de consorciis*, cap. XVIII, pag. 147

Vemos, pues una admisión clara de la disposición sobre el efecto consorcial de acrecimiento. Esta posibilidad de nombrar sustituto era sostenida también por el profesor Lacruz, en base a la disponibilidad del causante sobre el vínculo consorcial.

Hoy, como antes he dicho, el legislador, acertadamente, ha regulado esta cuestión con lo que el tema no admite duda.

CAPITULO 3º

ELEMENTO SUBJETIVO DEL CONSORCIO

I.- HERMANOS E HIJOS DE HERMANOS COMO INTEGRANTES DE LA COMUNIDAD CONSORCIAL.

Tanto los Fueros 1º y 2º *De Comuni dividundo* como el artículo 58.1 de la Ley de Sucesiones, consideran que la comunidad consorcial está integrada por hermanos e hijos de hermanos. La Ley de Sucesiones así expresamente lo dice, y en cuanto a los Fueros, parece deducirse de la dicción del Fuero 1º citado, en cuanto prevé que los bienes consorciales pueden provenir de los abuelos: "... *quae de avis, aut de patre, aut de matre ad filios vel filios pertinent...*" y es así que estimo que, aunque el Fuero 2º *De Comuni dividundo* habla solamente de hijos para referirse a las personas que integran la comunidad consorcial, en la misma entraban, también como consortes, los nietos del causante, en el supuesto de premoriencia de su padre.

En consecuencia, creo, con Azpocitia¹³¹, que para determinar el elemento personal del Consorcio foral, en la época de los Fueros y Observancias, hay que partir de esta regla: el consorcio existe siempre entre hermanos que suceden *prorogativo* a sus padres y combinar esta afirmación con el principio de representación, por

131 Azpocitia, Mateo. Citado por Isálbal, en H.D.P. año 1918, pág. 299.

virtud del cual tendremos que, entrarán también a formar parte del mismo los hijos del hermano premuerto.

1.- En los diplomas.

Por otra parte, documentos altomedievales de aplicación del Derecho, nos muestran la existencia de esa comunidad entre hermanos que, con posterioridad, los Fueros regulan. Eran así, los hermanos, como herederos del patrimonio familiar, los que constituían la comunidad familiar que aparece con el nombre de hermandad, y en algunos documentos, con el de germanitas.

Aunque ya he dejado constancia, en otro momento, de la existencia de esta comunidad entre hermanos (consorcio foral), con anterioridad a los Fueros, citando al efecto documentos que así lo acreditan, haré mención de algunos de ellos en este lugar, con el fin de mostrar que el elemento personal de dicha comunidad eran los hermanos, que unas veces aparecen solos y en otros diplomas figuran juntamente con sobrinos, hijos de hermanos. Así un documento del año 1015: "*ego gentilis et fratres mei Oriolus et Barone ut facimus carta ...*" doc. del año 1019: "*In Deo nomine, ego Exemenus, et ego martinus qui sumus fratres, facimus carta de una terra ad domum Sancte Marie...*"¹³²; doc. año 1057, "... *ego vernardus, filius rifulfi et frater meus amatus ... et vendimus vobis castro que vocitatur castellione cum villas et terminos que ad ipso castro pertinent ...*" "*Ego iohannes et frater meus petrus cum sororibus meis maria et stephanía vendimus unum quinionem in la canada ...*" Doc. 1056 "*nos filii de Dominico Calbo de Villa Foteiz, prenomiñatos Sancio et Dominico et donna Tota tibi emptori, vendimus...*" Doc. 1154 "... *Ego Maria et Pedro Sanz, filios de Fortun Galinz, vendimus nostras casas ...*" Doc. año 1179 "*Ego don Sebastian et Nicolau et illos alios ermanos nostros, Damus tibi Domingo et uxori tue Dominga una nostra faxa, quod habemus...*"¹³³

132.- Serrano y Sanz, M. Noticias y documentos históricos del condado de Ribagorza - Madrid, 1912, pág. 413 y 421.

133.- Ibarra y Rodríguez, Eduardo. Documentos de Sancho Ramirez... op. cit. pág. 153 y documentos del Cartulario de San Juan de la Peña publicados por Ubiel Arteta, Antonio, pág. 145.

En otros documentos la comunidad aparece formada por hermanos y sobrinos lo que tanto puede indicar que ya desde un principio han entrado éstos a formar parte de la comunidad en representación de su padre premuerto, como que el consorcio continuaba con los hijos del consorte muerto. Así un documento de 1206: "*... ego Petrus de Julian et Çenta, sorore mea, et nostras nepotas Onecta et Maria, filias Altabella, vendimus vobis Martin de Adivar, duos meos campos quam habemus in termino de Barbastro*". Doc. año 1206 "*... Hec est carta venditionis, quam facio ego Egidius, filius Garcia Sancti et Adam nepos meus, et Ferrara, soror eius, qui fuerunt filii Faciondi fratris mei, omnes, in simul vendimus vobis fratri Petro... unum nostrum campum quem habemus in termino Barbastro*". Doc. 1142 "*Hec est carta venditionis de illas casas, que se tenent cum illas casas de Senior Galin Sanz de Belgit, quis ego Huas de Argento et Guillelmus frater meus et Robertus meus nepos, vendimus ad vos don Gabino de Sancto Salvatore...*", otro doc. sin fecha, "*Ego Eneco filius de Amasement et sobrina mea Anãressa vendimus totam nostram hereditatem ab integro quam habemus in tudegen...*"¹³⁴.

Vemos pues, por los documentos citados, que el elemento personal de la comunidad consorcial estaba constituido principalmente por hermanos, entrando, presumiblemente, los sobrinos a formar parte de la misma en caso de premoriencia de alguno de ellos, coincidiendo así con lo establecido en los Fueros. Como dice, Merino Hernandez¹³⁵, "al hablar (los Fueros) de hijos de abuelos o de padres daba a entender que podían coexistir perfectamente tos con sobrinos en el consorcio". Era por lo tanto la comunidad consorcial el supuesto normal que se originaba cuando, al fallecimiento de los ascendientes, los descendientes entraban en la posesión indivisa del haber hereditario.

Estudiaré en primer lugar, la problemática que presenta esta materia en la época de los Fueros y Observancias, para después hacerlo con respecto a la regulación actual.

134 - Estos documentos pertenecen a la colección de Sigüera y del Pilar, y han sido citados por Emma Marlaros Ferrn "*La familia en la Alta Edad Media española*" . págs. 254 y 255.

135 - Merino Hernandez José Luis "*El consorcio fidel*" . pag. 49

2.- El elemento personal en los Fueros y Observancias.

Si de los Fueros 1º y 2º *De Communi dividundo* se puede deducir con bastante claridad que la comunidad consorcial se formaba entre los hermanos y los hijos de hermanos al recibir éstos, indivisa, la herencia de sus ascendientes, el Obispo D. Vidal corrobora la afirmación en numerosos pasajes de su obra. Así, por ejemplo, cuando dice: "El dreito o la part de la possession o de la hereditat que pertaynesce a muitos descendientes por heredar lo del padre o de la madre o del avuelo o de la avuela, ante que sea partida aqueilla possession o hereditat..."¹³⁶. Vemos, en este pasaje, que D. Vidal habla de "descendientes", idea que matiza en otro momento al decir: "Quar, ante que sea partida la cosa de la hermandat, ninguno de los hermanos non puede aillenaar... Empero hermano dizimos aquellos que son en el primer grado et en el segundo, es assaber hermanos et primos"¹³⁷.

En el mismo sentido se expresan las Observancias, así la 1ª *De consortibus ejusdem rei*¹³⁸: "quod si plures sunt germani..." la 3ª: "... quod frater non potest."

En consecuencia no parece haber duda de que el elemento personal de la comunidad consorcial, en la época de los Fueros y Observancias, eran los hijos cuando heredaban indivisos los bienes de sus ascendientes.

Como ya he tenido ocasión de exponer, en mi opinión, esta comunidad formada por los hijos, constituía un tercer estadio del régimen de comunidades que impera en la Edad Media, y presumiblemente, también con anterioridad: la posible comunidad familiar formada por los padres y los hijos, la llamada comunidad conyugal continuada, formada por los hijos y el cónyuge superviviente y la comunidad entre hermanos, al disolverse la anterior. Vemos así como en este régimen de comunidades, la muerte de un

136.- Vidal Mayor. Libro VI. parágrafo 18.

137.- Vidal Mayor. Libro IV parágrafo 26.

138.- S y P III.

progenitor no determinaba necesariamente la disolución de la comunidad sino que el patrimonio familiar permanecía indiviso constituyéndose entonces esta hermandad o comunidad consorcial entre los hijos herederos.

3.- En la doctrina.

Los Fueros *De Comuni dividundo* y las Observancias *De Consortibus ejusdem rei* fueron objeto de atento estudio por los foristas del Derecho histórico con el fin de determinar exactamente quienes ostentaban la consideración de consortes. Con el fin de reflejar con claridad esta materia, considero preciso distinguir entre el consorcio originariamente formado, que es al que me vengo refiriendo y la cuestión del ingreso en el mismo por la sucesión que se originaba a la muerte de un consorte, cuestión ésta desarrollada algo confusamente en la doctrina, y a la que denominaré, consorcio subsiguiente.

Como inicio de las cuestiones que se plantearon por la doctrina es perfectamente válida la afirmación de Portolés, que comienza su Tratado De Consortes, explicando el alcance y significado de la palabra consortes. Dice al efecto, que son consortes los que tienen comunidad y participación de dominio en una misma cosa: "*pro his, qui communionem et participationem domini in eadem re*" y determina los elementos subjetivos de la comunidad consorcial en los siguientes términos: "*Prima igitur conclusio sit, consortes in hoc regno dici, et esse filios, vel nepotes ad quos ab avis suis, patre vel matre bona immobilia pro indiviso pertinent...*"¹³⁹

A. ¿Hijos de doble vínculo o de vínculo sencillo?

La expresión del Fuero 2º *De Comuni dividundo*: "*nullus filiorum si plures sunt unus patris et matris*" hizo que la doctrina se planteara la cuestión de si era necesario para formar parte del consorcio que los hermanos fueran hijos de una misma madre y padre, o bien era

139 - Portolés. *Intérmino. Tractatus de consortibus*., cap. I, nº 7

posible que hermanos unidos solamente por vínculo sencillo integraran el consorcio. Juan Pérez de Patos¹⁴⁰ estima que esta dicción del Fuero debe entenderse en el sentido de considerar nacido el consorcio con los bienes procedentes tanto de padre como de madre, no siendo necesario así que los hijos procedan de un mismo matrimonio para formar consorcio, siempre que se trate de suceder a su progenitor. De la misma opinión parece ser Molino¹⁴¹. Portolés después de afirmar que para inducir consorcio basta que se suceda al padre o a la madre: "*Diximus autem, aut de patre, aut de matre per dictionem (aut) alternativam, ut significarem ad consortium inducendum sufficere, si bona ipsa vel a solo patre, vel a sola matre possessa fuerint, si postea ad filios pro indiviso pervenerint*", aceptando así la postura de Juan Pérez de Patos, muestra, no obstante, su perplejidad de que tal afirmación pueda sustentarse en base al Fuero 2º *De Communi*, si bien la encuentra acorde con una recta interpretación de los Fueros, por cuanto, dice, se consideran hermanos, tanto a los de doble vínculo como a los de vínculo sencillo, luego éstos, aunque nacidos de diverso matrimonio, si suceden al progenitor pro indiviso, estarán en consorcio: "*Tertio ampliatur ut procedat sive fratres huiusmodi; ex eodem vel ex diverso matrimonio procreati fuerint, nam adhuc inter eos consortium adest, si patri suo, vel ascendentibus pro indiviso successerunt*".

Bardaji¹⁴², al comentar el Fuero 2º, interpreta la frase "*unius patris et matris*" en el mismo sentido que hemos visto en los autores anteriores, y así dice: "*filiorum unius patris, scilicet respectu bonorum illius et unius matris, scilicet respectum bonorum illius ...*" "*Filii licet diversarum matrum succedentes ex testamento vel ab intestato ad bona patris, nullus illorum ante facta divisionem potest partem suam alienare nec obligare et e contra filii unius matris licet diversorum patrum succedentes ex testamento, vel ab intestato in bonis matris, nullus illorum potest partem alienare ante factam divisionem*". Y termina diciendo: "*Ita intelligi debent verba illa unius patris et matris*".

140.- Pérez de Patos, Juan. *Glosas a los Fueros*. op. cit. pag. 303.

141.- Molino, Miguel del - *Repertorio*..., v. sucesión, f. 308 v.

142.- Bardaji, Iñando - *Comentari in quatuor aragonensium forum*..., f. 366 v.

Nada comenta Franco de Villalba a este Fuero 2º *De Communis*, alegando que contiene las mismas disposiciones que el 1º del mismo título por lo que a su glosa se remite, sin hacer mención en ésta de la específica cuestión que trata.

De la doctrina sentada por estos foristas se pone de manifiesto la exigencia de que el ascendiente de quien proceden los bienes ha de ser un ascendiente común a los hermanos consortes.

La doctrina de los Foralistas posteriores, por lo que se refiere a la interpretación de este Fuero que cito, es bastante homogénea y concordante con lo expuesto. Así Franco y Guillén¹⁴³ señalan que el consorcio se forma: "Cuando son hijos o nietos los que heredan a sus padres o abuelos. Cuando suceden tíos con sobrinos que representan a sus padres. Cuando suceden varios hermanos no sólo a sus ascendientes sino también a sus colaterales. Tiene lugar también entre hermanos de distinto sexo y de diferente matrimonio; pero es preciso que sean hermanos respecto de aquel en cuyos bienes suceden y así no habrá consorcio entre dos hermanos uterinos instituidos herederos por el padre de uno de ellos..."

Por otra parte Martón y Santapau¹⁴⁴ dan una redacción al comentario del Fuero que más parece que opinen lo contrario que al final afirman, por cuanto dicen inclinarse al lado de los autores que opinan, fundados en las palabras del Fuero 2º "*si plures sint unius patris et matris*", que no existe consorcio entre hijos de diferente matrimonio, y sin embargo, al final afirman: "Mas claro: no existe consorcio entre hijos de diferente padre y madre, pero sí entre los de un mismo padre y diferente madre o de la misma madre y diferente padre". Como vemos por la aclaración, opinan igual que el resto de la doctrina, a pesar de su primera afirmación en contra. En el mismo sentido se manifiestan los autores posteriores tanto regnicolas, como los que de fuera de Aragón tratan

143 - Franco y Guillén - *Instituciones de Dº Civil Aragonesa* - 1641 - pag. 222 y 223.

144 - Martón y Santa Pau - *Derecho y Jurisprudencia de Aragón* ... pag. 612

esta materia del consorcio, por lo cual y, con el fin de evitar repeticiones, omito la exposición de la misma.

Tenemos pues, como primer elemento personal del consorcio, a los hermanos de doble vínculo y también a los hermanos de vínculo sencillo cuando lo sean respecto de aquel en cuyos bienes sucedan. Pero también el consorcio podía estar integrado solamente por primos, en cuanto sucesores de abuelo común. Así lo entendía ya el Obispo Vidal¹⁴⁵ que, tratando de los hermanos consortes, dice que dentro de este término "hermanos" debe entenderse tanto los hermanos de primer grado como los de segundo: "Empero hermanos dizimos aquellos que son en el primer grado et en el segundo, es assaber hermanos et primos".

También era posible la mezcla de unos y otros, por cuanto ocurriendo la premoriencia de un hijo del causante, sus descendientes, en virtud del derecho de representación que les asiste, van a entrar a formar parte, junto con los hermanos de su progenitor, de la comunidad consorcial que se crea.

II.- DERECHO DE REPRESENTACIÓN.

1.- Generalidades.

Cuando por premorir al causante uno de los hijos herederos, aparece la posibilidad de que los descendientes de éste se consideren llamados a heredar por relación a él, surge, el derecho de representación, que tiene como efectos característicos: la subrogación en el puesto del representado y la sucesión por estirpes.

El derecho de representación nació como una excepción a la norma general de la sucesión *ab intestato*. Si en ésta, los parientes ulteriores son excluidos por los más próximos, no parece dudoso suponer que esta institución, por la que los ulteriores concurren

145.- Vidal Mayor - Libro IV, parágrafo 26 (B), pag. 287.

en ciertas circunstancias, con otros más próximos, normalmente excluyentes, es una institución excepcional¹⁴⁶.

Regulado como pieza de la sucesión *ab intestato*¹⁴⁷, podemos decir que el derecho de representación es título concedido por llamamiento legal, el cual origina un derecho propio en virtud del cual se recibe la herencia. Así el profesor Lacruz Berdejo¹⁴⁸ lo define como: "ordenación de las sucesiones legales mediante la cual los derechos sucesorios de ciertos herederos de grado ulterior se determinan, en cuanto a su existencia y su cuantía, por referencia a los de aquellos ascendientes suyos que los excluirían de la herencia de haber podido heredar". Por otra parte, sigue el profesor, el *quantum* de la herencia viene determinado por aquello que al ascendiente le hubiera correspondido, siendo esta característica la que constituye su nota esencial y diferenciadora: "*Tantum est hereditate portionem quantum eorum parens futurus esset accipere si superstes fuisset*". Lo característico, pues, del derecho de representación, es que cuando se sucede con arreglo a él, los derechos de los representantes vienen determinados por relación al heredero de grado anterior" Pudiendo, en conclusión a lo dicho, afirmarse, que el derecho de representación es un llamamiento por ley para heredar por relación a otro cuanto a éste y cuando a éste hubiera correspondido.

Puede ocurrir que la descendencia del premuerto no sea unipersonal. Entonces el *quantum* hereditario que hubiere correspon-

146. Este carácter aparece todavía en el artículo 321 del Código Civil: "En las herencias el parente más próximo en grado excluye al más remoto, salvo el derecho de representación en los casos en que deba tener lugar". El profesor Lacruz Berdejo (*Derecho de sucesiones. Traducción y anotación del Derecho de Sucesiones de Binder* - Barcelona 1953, pag. 163) dice comentando este precepto: "como regla general, pues, lo decisivo es la proximidad del parentesco del heredero y no la de la estirpe. Pero esta regla, que contrasta vivamente con el sistema germánico de parientes reserva atenuada por el llamado derecho de representación.

147. El profesor Lacruz, en la obra citada en nota anterior pag. 166, defiende el criterio negativo en cuanto a si tiene lugar el derecho de representación en la sucesión testada. Opinión que combata en *La cláusula "si sine liberis decesserit"* - Libro homenaje a Monera, pag. 625.

148. *Derecho de Sucesión - Traducción y anotación del Bürgerliches Recht, Fihrecht*, de Binder - Barcelona 1953, pag. 163.

dido a su ascendiente debe repartirse entre todos ellos. Es decir, surge una nueva división, tras aquella originaria en que ellos aparecieron formando colectivamente una unidad. Estamos ante la partición *in stirpes*, que incluye en su seno una partición *in capita*. Así lo expresa el profesor Lacruz: "En la sucesión por representación ... la división de la herencia se realiza con arreglo a las estirpes y no por cabezas, sin respetar el principio de proximidad de grado, sino dentro de cada estirpe y subestirpe". De ahí que la doctrina catalogue la partición por estirpes, como segundo efecto de la representación.

2.- El derecho de representación en el Derecho Aragonés y su aplicación al consorcio foral.

A. Entrada de hijos de hijos premuertos.

Si bien en los Fueros no aparece regulado el derecho de representación, la doctrina, en base a lo preceptuado en la Observancia 6ª *De Testamentis*¹⁴⁹, que se entiende como una excepción al Fuero *De rebus vinculatis*¹⁵⁰ de la Compilación de Huesca, afirmó para el Derecho histórico la existencia del derecho de representación en la línea descendente, si bien negándolo para la línea colateral. Esta Observancia 6ª *De Testamentis* que figura en la Colección Oficial de Observancias, plasma las Observancias que Jaime de Hospital cita bajo el nº [18] y [19] del mismo Título¹⁵¹. En la primera de éstas,

149.- S y P. *De testamentis*, libro V. Observancia 6ª - *De testamentis* - *Item, si frater, et filius fratris supervixerint, ambo succedent patri frater avoque nepos pro equalibus partibus, et sic fit successio per lineam ascendentem, quia filius fratris representat personam patris, et alii qui non sunt in eodem gradu cum alio, cum quo voluit succedere, cum fit successio per lineam ascendentem, et in isto casu non habet locum Forus qui dicit, quod illi debet succedere qui sunt proximiores illi a quo haereditas venit, quia intelligitur, et habet locum quando successio habet fieri per lineam transversalem, ut puta quando sunt tres fratres, et unus decedit relicto fratre, et nepote ex alio fratre mortuo, tunc frater tamquam proximior succedit fratri, et non nepos, et sic deinceps: et ideo Forus qui dicit, quod non potest quis reciperare haereditatem per iudicem quae fuit de suo bisabolo, intelligitur, ex habet locum quando agitur contra extraneum, secus si agatur contra consanguineum agendo cum eo de Successione ascendentium, ut dictum est, et talis est consuetudo Regni*

150.- "... Quod si forte pater vel mater non vinculasset et decederet filius vel filia intestatus, devolvatur bona propinquieribus descendentibus ex parte illa unde descendunt illa bona".

151.- Hospital, Jaime - *Observancias del Reino de Aragón* ..., Librus Quintus, Titulus Sextus

Hospital, parece referirse y desarrollar la Observancia [34] de las atribuidas a Jimeno Pérez de Salanova¹⁵². Sin embargo este forista introduce en su Observancia un matiz que puede ser importante a efectos de comprender la posición que la doctrina adoptó respecto a la Observancia 14 *De consortibus ejusdem rei*. En efecto, Pérez de Salanova, especifica que esta no admisión del derecho de representación en línea colateral se entiende en bienes divididos (*habentes bona divisa*) muy posiblemente para indicar que en bienes no divididos (consorciales) la sucesión no ocurría así, por cuanto, si por aplicación de lo que se dispone en la segunda parte de la Observancia de Salanova y 6^o *De testamentis* (de derecho de representación en línea descendiente) en la comunidad consorcial hubiera hijos de hermanos muertos, éstos sobrinos también sucederían (acrecerían) juntamente con los tíos al fallecer un hermano (tío) consorte sin hijos. Esta sucesión o acrecimiento que operaba a favor de sobrinos consortes no es un derecho de representación, como afirma un sector doctrinal apoyándose en la Observancia 14 *De consortibus ejusdem rei*, sino un derecho de acrecer que no está sujeto a las reglas de la sucesión intestada, a más de no ser posible estimar tal derecho de representación por cuanto en el momento que el hijo ade la herencia, la incorpora a su propio patrimonio y entonces ya no se puede decir que el sobrino hereda, por derecho de representación a su abuelo, sucediendo al tío.

Con el fin de intentar clarificar este tema de la operatividad del derecho de representación en materia de consorcio, que Portolés complica en exceso -lo que origina posiciones erróneas en la doctrina posterior- considero necesario partir de las siguientes afir-

152. item nota. si MAS SINT fratres habentes bona divisa et unus moritur relicto filio postea vero alius moritur sine filio, frater supervivens succedet illi excluso filio antonio fratre. item esset si illis tercius moreretur relicto filio, qui filius postea moreretur. Sicut in bonis aut, in quibus filii et nepotes succedunt pariter et equidem in capite non in stirpe, nam tunc non agunt duo filii unus quantum unus solus ex uno existens. Dos colecciones de Observancias de Aragón transcritas y publicadas por Martínez Lirio, Gonzalo., AHDE XLV. año 1975. pág. 550.

Esta Observancia atribuida a Pérez de Salanova parece un resumen, quiza no del todo atenuado, de las declaraciones que hace el Draspo D. V dal (vidal Mayor Libro VI párrafo 18 desde los números 18 a 24) tratanzo de la sucesión ab intestato.

maciones: los hijos de hermanos tienen entrada en el consorcio por dos vías: una, por derecho de representación, merced al cual van a formar parte del consorcio originariamente formado, al concurrir, por premoriencia de su padre, a la herencia del abuelo juntamente con los hermanos de su padre. Y otra vía, cuando esos hijos sucedan, a su padre ya consorte, en la cuota consorcial de éste; dándose por lo tanto, en este caso, una previa situación de consorcio.

La doctrina parece mezclar ambas formas de entrada de los sobrinos en el consorcio, supongo que debido al intento de conciliar la Observancia 6ª *De testamentis* y la Observancia 14 *De consortibus ejusdem rei*. En la primeramente citada se niega el derecho de representación en línea colateral: "...porque se entiende y tiene lugar, (lo dispuesto en el Fuero *De rebus vinculatis*) cuando la sucesión ha de hacerse por línea transversal, como, por ejemplo, cuando son tres hermanos y muere uno dejando hermano y nieto de otro hermano difunto, porque entonces el hermano, como más próximo, sucede al hermano y no el nieto y así sucesivamente..." y en cambio la Observancia 14 *De consortibus ejusdem rei*, al decir: "*Item sicut quando fratres habent haereditatem indivisam, unus eorum non potest alienare partem suam alteri: ita similiter est in nepotibus, si mortuo fratre patris eorum, nepotes possident dictas haereditates indivisas: quia non possunt per fratres superstites alienari, nec per eos, donec divisae fuerint*", parece dar a entender que admite un derecho de representación en línea colateral: "si muerto el hermano de su padre, los nietos poseen dichas herencias indivisas" (en traducción de Martón). Esta Observancia así expuesta, es de oscuro significado, (objeción ya formulada por Portolés, según después veremos) y sirvió a parte de la doctrina como apoyo para sostener que los sobrinos entraban en el consorcio por derecho de representación al suceder al hermano del padre muerto.

Quizá la explicación a la Observancia 14 *De consortibus ejusdem rei* puede consistir en que el redactor de la misma entendiera mal, o, acaso, la modificara intencionadamente alterando lo estableci-

do por dicha Observancia en una redacción anterior. El primer punto de apoyo a esta afirmación, realizada por mi parte en el terreno de pura hipótesis, sería la nota que Martínez Díez hace figurar (bajo la letra x) en la transcripción de la Observancia [21] Título *De consortibus ejusdem rei*¹⁵³ de Jaime de Hospital, donde dice que en el código U de la Biblioteca Universitaria y Provincial de Zaragoza, Ms. 175^{va}, figura la palabra "pater", en vez de "patris"; teniendo ésto en cuenta la Observancia citada podía recoger simplemente el derecho de representación en línea descendente: "...también sucede con los nietos, si muerto el padre de los hermanos, (referido este término a los nietos del causante) poseen indivisas dichas herencias".

La segunda razón, que me mueve a hacer esta afirmación es que Pertusa¹⁵⁴, quizá por manejar esta versión de la Observancia, se apoya en la Observancia 14 *De consortibus ejusdem rei* para fundamentar que en el consorcio entran también los hijos de hermano por derecho de representación en caso de premorencia del padre de ellos, enlazándola con la 6^a *De testamentis*.

De todas formas que los hijos de hermanos entraban en la comunidad consorcial, representando al padre predifunto, cuando el consorcio se originaba al suceder a un ascendiente, no parece puede ofrecer duda, pues aunque no pueda ello afirmarse en base a la Observancia 14 *De consortibus ejusdem rei*, sería admitido en virtud de lo dispuesto en la Observancia 6^a *De testamentis*. Así lo hace Molino¹⁵⁵ inmediatamente después de referirse a la sucesión en la cuota consorcial: "*Filius representat etiam personam patris*

153 - Hospital, Jaime de. *Observancias*... Libro 2^o, Título 5^o

154 - Martínez Díez explica respecto a este código (código XIII) que hubiera sido sin duda el mejor y más completo representante de las Observancias de Hospital.

155 - Grado por Peralés. *Título de consorcios*... cap. I n.º 42. "*Tertia igitur conclusio sic, quod inter fratres et eos, qui simul cum eis fratribus, ascendentibus suis per representationem successerunt, consortium existit: ut ita affirmat Pertusa in Obs. imm. sicut de consor. Sed quia haec conclusio aliquantum obscura est, nec facile percipi potest, nisi per exempla demonstrat, ut circa, et perspicua reuelat, hinc exempla in sequentibus articulis subiiciuntur*"

156 - Molino, Miguel del. *Apertorio*..., v. II us. folio 140 v., también en v. *successio fofo* 306 v y v. *hater*, folio 162 v

quando tractatur de successione avi ab intestato aut aliorum ascendentium: secus si tractaretur de successione patris, aut aliorum collateralium, quia tunc filius non representat personam patris". Esta última afirmación, común por otra parte a todos los autores, será después tratada en cuanto afecta al consorcio en relación con lo dispuesto en la Observancia 13 *De consortibus ejusdem rei*.

Según Aniñón¹⁵⁷ el derecho de representación que se aplica en el Derecho Aragonés se hace en virtud de las normas de Derecho romano, que vienen así a colmar la laguna que, sobre este tema, existe en las disposiciones forales, y "es así como el nieto de un hijo premuerto sucede al abuelo, representando la persona del padre, para suceder en su nombre, juntamente con el tío".

Portolés hace una exposición un tanto complicada de esta materia por entremezclar la entrada de los nietos del causante en el consorcio cuando suceden al padre, ya consorte, con los supuestos en que estos nietos forman la primitiva comunidad consorcial, por derecho de representación, concurriendo así con los hermanos del padre premuerto. Entrada que, según él, obedece en ambos casos a que el hijo representa la persona del padre. Sin embargo no es que Portolés ignore el derecho de representación sino que, las oscuras palabras de la Observancia 14 *De consortibus ejusdem rei* unido a que la sucesión en la cuota consorcial por los descendientes del consorte parece tener los efectos característicos del derecho de representación: (la subrogación en el puesto del representado, que aquí hace Portolés coincidir con la adquisición de la cualidad de consorte, y la sucesión por estirpes) provocan la confusión que derivó de su exposición.

Sin embargo, Portolés¹⁵⁸, claramente afirma la separación de ambos supuestos, al decir: "Mas como hay también otros (supuestos) entre los cuales puede existir consorcio, no en virtud de sucesión o subrogación con las cualidades que tenía el predecesor, sino

157.- Aniñón, Andrés Serveto - *Tratado de Sucesiones intestadas*. Trad. de Martón y Gavín, Joaquín- Imprenta del Hospital Provincial. Zaragoza 1888. pág. 20.

158.- Portolés, Jerónimo. *Tratado de consortes...* cap. I, nº 41.

más bien en fuerza de suceder por representación y entre estos casos hay una larga diferencia. será conveniente que expongamos la tercera conclusión..." "que existe consorcio entre los hermanos y aquellos que juntamente con estos sucedieron a sus ascendientes por representación".

Portolés, aunque para fundamentar esta afirmación se basa en Pertusa, que a su vez, como hemos visto, lo hace en la Observancia 14 *De consortibus ejusdem rei*, confiesa no ver claro este fundamento: "mas como esta idea es algún tanto oscura", dice, y consecuente con esta oscuridad, en el párrafo siguiente, utiliza como fundamento la Observancia 6^a *De testamentis* y la autoridad de Molino, para admitir la entrada de los nietos, hijos de hermano premuerto, en la comunidad consorcial. En el fondo de esta cuestión lo que parece preocupar a Portolés, no es el tema de la sucesión en los bienes por representación, sino que admitiendo éste, los nietos del causante van a entrar a formar la comunidad consorcial originaria, juntamente con los otros hijos de causante, es decir ser consortes, sin que ello esté específicamente contemplado en los Fueros *De Comuni dividundo*, que sólo hablan de hermanos. Por eso después de afirmar: *consentaneum est, quod nepotes ipsi patrem suum quod ad consortium representent, et quod quemadmodum eorum pater, si viveret, et avo simul cum eius fratribus, eisdemq; patruis successisset, cum eisdem fratribus suis in consortio existeret, ita etiam quod nepotes praedicti, patris sui personam representando in eodem consortio existant*", añade: "*Nom enim melioris conditionis debent esse nepotes, neq; ampliori praerogativa gaudere, quam eorum pater si viveret...*" Es así que su consideración de que los nietos adquieran la cualidad de consortes al suceder al abuelo por representación, juntamente con hermanos del padre predifunto, no lo hace derivar tanto del propio efecto del derecho de representación como de considerar el consorcio como algo no descable. Argumento igual al empleado por Portolés en el tema de hijos ilegítimos.

B. Derecho de representación a favor de ulteriores descendientes.

La admisión de los hijos del hijo premuerto como consortes, por efecto del derecho de representación, plantea la cuestión si sólo a éstos alcanzaba o bien, si por la subrogación característica de este derecho adquiriría la cualidad de consorte cualquier descendiente del hijo premuerto. Portolés¹⁵⁹ resuelve la cuestión en sentido afirmativo estimando que cuando se trata de suceder a los ascendientes por representación, ésta procede siempre sin restricción de grado, ni persona, aun más allá de los biznietos¹⁶⁰: "*Secundo, ex eadem conclusione inferri potest, non tantum inter filios, et nepotes ex filio premortuo, sed etiam inter filios et pronepotes, et alios descendentes ex ipso filio praemortuo consortium posse consistere, quando scilicet pronepotes, et descendentes huiusmodi, pro avo per representationem simul cum magnis successerunt*".

La admisión en el derecho de representación de los descendientes sin límite de grado la fundamenta Sessé¹⁶¹ en que la sucesión de descendientes en Aragón sigue las mismas reglas y principios que en el Derecho romano y por ello, dice, "no habiendo entre nuestras leyes ninguna que se oponga, se debe admitir igual que en el derecho romano", y así aduce que se decidió en la Sentencia dictada el 10 de Noviembre de 1610 en el proceso de Beltrán Desualls, por la que se estableció que: "La representación en la sucesión de ascendientes, se extiende más allá de los nietos, porque entre todos los descendientes se da esta representación hasta el infinito". "El nieto, biznieto y tercer nieto no son excluidos para suceder al abuelo juntamente con el hijo del nieto o biznieto, porque en tal caso no tiene aplicación la doctrina del más próximo, por que el Fuero *De rebus vincuatis* de 1247, no se refie-

159.- Portolés, Jerónimo: *Tratado de consortes...*, cap. I, nº 47 y ss.

160.- Esta aplicación del derecho de representación sin límite de grado parece recogerlo la Observancia 8ª *De testamentis*, dado el contenido de la parte final de la misma que, se corresponde, con la Observancia [19] de Jaime de Hospital, título *De testamentis*.

161.- Sessé, Joseph, *Decisio* 62.

re a cuando suceden descendientes, debiendo decidirse por la Observancia 6^a *De testamentis*".

En conclusión se puede señalar como elemento personal del consorcio originario, primeramente, los hermanos cuando suceden pro indiviso a sus ascendientes. Segundo, estos hermanos juntamente con los hijos o en general descendientes de alguno de ellos premuerto y tercero sólo descendientes de estos hermanos, si éstos, todos, hubieran premuerto al causante del consorcio.

III. EL ELEMENTO PERSONAL EN LA DOCTRINA POSTERIOR.

La doctrina posterior, especialmente la del siglo XIX, con frecuencia mezcla, en el tema de la presencia de hijos de hermanos en el consorcio, la entrada de éstos por derecho de representación y cuando lo hacen sucediendo a su padre ya consorte. Así Franco y Guillén¹⁰² que, por un lado, considera consortes a los hijos y nietos cuando heredan a sus padres o abuelos y por otro, cuando suceden tíos con sobrinos que representan a sus padres. Fundándose en la Observancia 14 *De consortibus ejusdem rei* y en Portolés. Tal como aparece redactada esta Observancia, no creo posible fundamentar en ella la representación en línea descendente, por lo que me parece más correcta la interpretación que de ella hace Portolés y que trataré en el apartado siguiente.

Martón y Santa Pau también consideran que la sucesión en la cuota consorcial se efectúa en virtud de un derecho de representación, exigido, dicen, por la Observancia 14 *De consortibus ejusdem rei*.

Dieste¹⁰³ hace una larga relación de personas que pueden ser consortes, hasta el n.º 9 llega su clasificación, siempre en base a

102.- Franco y Guillén, *Instituciones* . . . pág. 222.

103.- Dieste, *Diccionario y consorcio foral* pág. 130.

Portolés, como el resto de la doctrina. Si bien al hablar Portolés de que los hijos al suceder en la cuota consorcial al padre consorte, lo hacen representando al padre y así adquieren la cualidad de consortes, confunden esta representación a la que alude Portolés y la hacen sinónima de sucesión por derecho de representación, que en rigor puede darse si fallecido un hijo del consorte entran sus descendientes con los restantes hijos en esa sucesión de cuota, pero no parecen referirse a este supuesto, dada la remisión concreta que efectúan.

Encuentro acertada y comparto la postura que Isábal¹⁶⁴ adopta en esta materia del elemento personal del consorcio originario cuando dice repitiendo las palabras de Azpeitia, que cito al principio: "Hay que partir de esta regla fundamental: el consorcio existe siempre entre hermanos que suceden proindiviso a sus padres y hay que combinarlo con este principio: el de representación. De ese modo se llega a una solución segura de las dificultades, sobre que tan amplia y sutilmente diserta Portolés que pueden presentarse en este aspecto de la institución".

Con estos criterios que, como digo, asumo totalmente, se puede señalar como elemento personal del consorcio originario, en la época de los Fueros y Observancias: Primero los hijos, cuando suceden en proindivisión a sus padres, segundo, estos hijos juntamente con los descendientes de alguno de ellos premuerto. Tercero sólo descendientes de estos hijos cuando éstos, todos, hubieren muerto. Respecto al consorcio que se forma por sucesión de colaterales, sólo los hermanos eran consortes, sin entrar en el mismo los hijos de hermanos premuertos, pues si bien el Apéndice de 1926 admitió el derecho de representación en línea colateral, restringido a los hijos del hermano del causante que premuriera o fuera incapaz de heredar, al no recoger el consorcio en su regulación, no hubo lugar de aplicar al mismo esta ampliación del derecho de representación.

164 - Isábal, Marceliano. *El consorcio foral*. R.D.P. 1918, pág. 299.

IV. CONSORCIO SUBSIGUIENTE O MODIFICACIÓN SUBJETIVA DEL CONSORCIO.

Desde que nace el consorcio, por cumplirse todas las circunstancias exigidas por los Fueros, hasta que, por la partición de los bienes, se extinga el mismo, pueden acaecer una serie de vicisitudes, que afecten al elemento personal del consorcio y que ahora me propongo analizar¹⁵⁵.

El problema de mayor transcendencia creo que está en la cuestión antes apuntada, de modificación subjetiva del consorcio ocasionada por el fallecimiento de un consorte con, o sin descendencia. Si fallece sin descendencia, habrá una modificación subjetiva del consorcio al disminuir el número de consortes, si bien ésto, de entrada, no parece presentar problemas en el aspecto ahora tratado, por cuanto, debido a la regulación que los Fueros *De Comuni dividendo* hacen, la cuota que al mismo le correspondiera al acrecer a los otros consortes, sigue siendo consorcial, dado que se recibe en virtud de acrecimiento, por *beneficio fori*, y no por título hereditario. Sin embargo este acrecimiento fué tomado por Portolés para explicar la Observancia 14 *De Consortibus ejusdem rei* y así evitar que lo dispuesto por esta Observancia estuviera en contradicción con la Observancia 6.^a *De testamentis*, que prohíbe la representación en línea colateral. Interpretación, a mi juicio, acertada, dada la redacción con que figura dicha Observancia en la colección oficial. Respecto a la sucesión de un consorte que muera con descendencia se planteó por la doctrina clásica, no tanto si podía suceder en esa cuota consorcial, cuanto si, al suceder a su

155. Aunque puede haber otras modificaciones subjetivas como serían las originadas por la división parcial de los bienes consorciales que pueda pedir y obtener cualquiera de los consortes, ya que provocaría una modificación en cuanto al elemento personal. Situación semejante a la que se observa en el Derecho histórico en el supuesto de que un consorte enajena su porción a favor de otro u otros consortes, con la única exigencia para la misma en el Derecho histórico que el consorte que así obrara careciera de descendencia. Igualmente era posible, y con ello igualmente se modificaba el elemento personal del consorcio cuando un consorte con el consentimiento de los demás enajenara su parte consorcial a favor de un extraño al consorcio. Todos estos supuestos se estudian en un momento posterior de este libro, concretamente cuando trato las excepciones a la prohibición de disponer que el consorcio entraña, y allí me remito.

padre consorte, adquiriría, juntamente con los bienes, su calidad de consorte.

1. Adquisición de la cualidad de consorte al suceder a consorte muerto.

Veremos pues, en primer lugar, la cuestión referente al fallecimiento de un consorte dejando descendencia. En este supuesto, aunque los Fueros *De Communi dividundo*, no hagan ninguna referencia al derecho de los descendientes, tenemos que el obispo D. Vidal¹⁶⁶ entendió que, no sólo a ellos correspondía la cuota del consorte muerto, sino que de sus palabras parece poder deducirse que los descendientes se subrogaban en la cualidad de consortes que había tenido su progenitor muerto: "asi empero que primeramente los fillos hereden et si fillos no ha, los sobrinos (nietos) et desi los qui descendiieren por orden, los quoaes partrian con los hermanos o cormanos d'aqueill muerto, segunt que eill podría partir si viviesse..." Creo que en estas palabras expresa el obispo la subrogación de los hijos o descendientes en la cualidad de consortes, hasta que ejercitando el derecho a partir, derecho que, dice D. Vidal, tienen "al igual que tenía su antecesor" pusieran fin a la indivisión y con ello a su calidad de consortes.

Jaime de Hospital, cuyas Observancias [14], [15], [16], [17] y [18] *De consortibus ejusdem rei*¹⁶⁷ se incorporaron como 11 y 12 del mismo título a la colección oficial¹⁶⁸, así parece entenderlo, consi-

166.- Vidal Mayor, Libro VI, parágrafo 18. "Empero, si quando aquell morió, non fué partida aquella cosa, si entonz incaron qui d'eill descendessen, aquellos deven a ver aquella cosa ante que otros ningunos, dont quiere que desciendan o viengan, et deven aver toda la part que aquell muerto devía aver con sus hermanos o con sus consortes, asi empero que primeramente los fillos hereden et si fillos no ha los sobrinos (nietos) et desi los qui descendiieren por orden, los quoaes partrian con los hermanos o cormanos d'aqueill muerto, segunt que eill podría partir si viviesse, que tanto, quanto quiere que sean en aquello mismo grado, non serán clamados por cabeças mas toda la genoyta, es assaber que tanto aurá toda la genoyta quanto aurá aquell hermano muerto, de la sucesión del qual demandan aquellos qui d'eill descienden, et tanto aurán todos aquellos quanto aurá aquell de qui descienden si viviesse.

167.- Hospital, Jaime. Observancias..., Libro III, título IX.

168.- S y P. III.

derando la sucesión como una excepción a lo preceptuado en los Fueros *De communi dividundo*, al igual que hiciera Salanova¹⁷⁰ y Pertusa, si bien este forista se basaba, como ya hemos visto, también en la Observancia 14 *De consortibus ejusdem rei*. Molino¹⁷¹ también parece interpretarlo así, en base a la Observancia 11 *De consortibus ejusdem rei*, al considerar que el hijo, en este caso, representa la persona del padre: *Filius succedit in portione sui patris in illa re, quae erat indivisa inter riuus patrem et aliam fratrem sui patris: quia quando sunt filii portio decedentis: ante divisionem non accrescit consorti, et sic isto casu filius representat personam patris*. Entiendo que esta representación de la que habla Molino, no es el derecho de representación tal, sino que con esta expresión trata de significar que el hijo al suceder a su padre consorte sucede y se subroga en su calidad de consorte, continuando así el consorcio con los hermanos consortes de su padre muerto.

Es, sin embargo, Portolés¹⁷², el que más extensamente expone esta cuestión. Se dudó, dice Portolés, si los hijos del consorte muerto que sucedieron a su padre, suceden también en su calidad de consorte, de modo que les alcance el derecho de acrecer, a la muerte de otro de los consortes sin descendencia, juntamente con los integrantes del consorcio originario y si también tenían la prohibición de enajenar en tanto no dividieran con los otros consortes. La postura de Portolés es concluyente en este punto, al considerar que, no sólo, la autoridad de Pertusa, Bagés, Pérez de Salanova y Jaime de Hospital, que así lo habían afirmado, fundamenta la contestación afirmativa, sino que del propio texto de la Observancia 11 *De consortibus ejusdem rei* se infiere tal aseveración; además de haber sido seguida esta doctrina en los procesos de Pedro Sánchez Baguer en 1560 y en el de Isabel Garcés en 1570. En consecuencia, afirma Portolés, que cuando los hijos suceden al

¹⁷⁰ - Portolés cita a Salanova y como fundamento, su Observancia *De rebus Germani* y también la *Rey*, si cuando ninguna de estas Observancias parecen existir en las *dos colecciones de Observancias* atribuidas a Salanova por Martínez Díez (AHDE XLV).

¹⁷¹ - Molino, *Mque de Reperitova v. filius*, folio 140 v.

¹⁷² - Portolés, Jerónimo. *Tratado de consortes*... cap. I, nos 26, 29, 35.

padre estando éste en consorcio, suceden y entran también en él con la cualidad de consorte, porque "el hijo al suceder al padre lo hace con el mismo derecho, cualidad y prerrogativa en que éste estaba cuando vivía: es así que si el padre estaba en consorcio con sus hermanos y con sus tíos en vida, luego en el mismo consorcio está el hijo que le sucede".

Se defiende Portolés de las posibles objeciones que pudieran hacerle, ya que con esta afirmación parece estar haciendo una interpretación extensiva de los Fueros *De communi dividundo* (que sólo hablan de hermanos), alegando, que si bien la base del consorcio son los hermanos, cuando el hijo sucede en lugar del padre consorte, lo hace representando su persona y así, dice, por un proceso de abstracción, se considera que es el primitivo consorte, aun muerto, el que efectivamente integra el consorcio, aunque aparentemente esté representado en la persona de su descendiente: "*hoc etenim casu ratio successionis et subrogationis cum omnibus qualitatibus: ut ibidem ostendimus facit, ut inte ipsos fratres patruels, tanquam parentes suos cum omnibus qualitatibus representantes, consortium continuetur. Quoniam fingitur hoc casu inter ipsos fratres consortium perdurare, licet ipsi mortui sint, quia per representationem, quam illorum filii de ipsorum persona faciunt, adhuc ille vivere censetur... Quocirca praedicta obiectio non obstat, et nostra illatio firmat permanet*". No creo que sea necesario utilizar tanto para sostener esta modificación subjetiva del consorcio, aunque teniendo en cuenta el criterio interpretativo que Portolés seguía en materia de Fueros, (debido en parte, al entendimiento de la Observancia *De aequo vulnerato*), no le quedó otro remedio para salvar la diferencia de su opinión con una interpretación literal de los Fueros *De Communi dividundo*. Con todo, el empleo por Portolés de la palabra "representación" confundió a un cierto sector doctrinal posterior que empleó el término como derecho de representación, que, evidentemente, no es el sentido con que Portolés aquí lo emplea.

Considera Portolés, en base a lo expuesto, que no sólo ha de continuar el consorcio, cuando sean los hijos los que sucedan,

sino que adquirirán la cualidad de consortes cualquier descendiente que suceda en la cuota consorcial, aunque sea de ulterior grado.

Vemos por tanto que la muerte de un consorte con descendencia no implicaba "per se" la disolución del consorcio, ni en todo, ni respecto a la parte en que se sucedía, ya que los descendientes que, por suceder a un padre consorte, fueran titulares de cuotas consorciales se consideraban consortes, en tanto no se pusiera fin, mediante la partición, al consorcio.

En la redacción que da Monsoriú¹⁷² a la Observancia 12 *De consortibus ejusdem rei*, igualmente se puede apreciar que considera a los hijos como consortes, cuando suceden en la cuota consorcial al padre, por cuanto dice, que los hijos reciben estos bienes, no por título hereditario, sino por beneficio del fuero, al igual que acrecen los consortes cuando alguno de ellos muere sin descendencia. Viendo Monsoriú en ésto la causa de que la hija, en la citada Observancia, pudiera impugnar la disposición del padre consorte.

2. Opiniones doctrinales y exámen de la Observancia 14 *De consortibus ejusdem rei*.

Veamos ahora la Observancia 14 *De consortibus ejusdem rei*¹⁷³, por cuanto en su oscuro texto parece tratar de la sucesión por muerte de un hermano del padre, ocurrida sin descendencia, sucesión a la que parecen llamados los sobrinos del muerto. Ateniéndonos a las reglas que regulan la sucesión *in intestato*, estos sobrinos no podrían heredar al tío y entrar en consorcio, pues si vivía el padre de estos sobrinos, él sucedería y si había premuerto, tampoco sucederían (si había

172 - Monsoriú y Cañu, Bernardino. *Resumen de Fueros y Observancias*, Ed. fac. C.A.Z. 1961, libro 2º pág. 520.

173 - Observancia 14 *De Consortibus ejusdem rei - Item, sicut quando fratres habent hereditatem indivisam, unus eorum non potest alienare partem suam alio: ita similiter est in nepotibus si maritus fratre patris eorum, necotes possident decias hereditatis indivisas que non possunt per fratres superviventes alienari, nec per eos, donec divisa fuerint.*

otros hermanos del muerto), por lo dispuesto en la Observancia 6ª *De testamentis* en cuanto prohíbe la sucesión por derecho de representación en línea colateral.

Portolés interpreta esta Observancia, entendiéndola que la sucesión de que habla no se refiere a la sucesión en bienes libres sino en bienes ya consorciales y es de este modo como salva lo que de otra manera estaría en contradicción con las reglas sucesorias antedichas. La observancia citada presupone, dice Portolés, que el abuelo murió *ab intestato*, sobreviviéndole cuatro hijos que después fueron consortes, muriendo con posterioridad uno de estos hijos consortes dejando hijos, éstos, nietos ya del causante, sucedieron al padre con todas las cualidades y representando su persona, sucediéndole también en el consorcio en que su padre estaba y fueron consortes con sus tío paternos: así ocurre que muerto uno de dichos tios consortes sin descendencia, acrezcan su cuota no sólo los hermanos consortes sino estos sobrinos¹⁷⁴. Con esta explicación, verdaderamente, se salva la aparente contradicción de la Observancia, ya que si bien los sobrinos sucediendo en bienes libres, no podrían concurrir con sus tíos por cuanto, como he expuesto, no se admite el derecho de representación en línea colateral, caso distinto sucedería en los bienes consorciales, por cuanto en el consorcio acrecen todos los consortes sin tener en cuenta el grado de parentesco, si bien lo hacen en proporción a la cuota que previamente tengan¹⁷⁴.

Creo, con Portolés, que la Observancia 14 *De consortibus ejusdem rei*, tal como aparece redactada, no puede tomarse como base para justificar la entrada en el consorcio de esos hijos de hermanos al suceder a tíos, sino que los mismos sucedían (acrezcan) a éstos por estar ya dentro del consorcio.

La doctrina posterior, en general, debido quizá a la intrincada exposición que hace Portolés en esta materia, no distingue clara-

174.- Esta contraposición entre sucesión en bienes libres y en bienes consorciales bien pudiera ser el supuesto previsto por Pérez de Salanova (Observancia 34, AHDE XLV) si entendemos por "bonis av" bienes consorciales, para contraponerlos a bienes pécidos ó no consorciales, que tenían la consideración de bienes libres.

mente, cuando de la presencia de hijos de hermanos se trata, entre los supuestos que he tratado, considerando que la presencia de hijos de hermanos en el consorcio, obedece siempre al derecho de representación.

Asso y De Manuel¹⁷⁵ citan a los hermanos y sobrinos como integrantes del consorcio, y aunque se apoyan en Portolés y en la Observancia 14 *De Consortibus*, más parece que se refieran al consorcio originario y no al subsiguiente. Las mismas palabras repite su comentador Palacios¹⁷⁶. Franco y Guillén¹⁷⁷ aunque citan a Portolés, con referencia expresa al lugar donde este autor trata el consorcio subsiguiente, marcando claramente la diferencia entre éste y el derecho de representación, sin embargo estos autores dicen que es la Observancia 14 la que establece tal derecho. Marrón y Santapau¹⁷⁸, dicen, al respecto: "Son también consortes los sobrinos y (los carnales siempre y cuando el padre de los citados sobrinos estuviese en consorcio con sus hermanos, por lo mismo que el hijo siempre sucede al padre con el mismo derecho, cualidad y prerrogativa que este tenía cuando vivía. Consecuencia de este derecho de representación (sic) continúa también el consorcio, entre los hermanos y los nietos del hermano difunto, entre hijo y biznieto o sus descendientes, entre primos hermanos, entre hermanos y aquellos que, juntamente con ellos suceden por representación a sus ascendientes..." Vemos pues que estos autores, admiten que los descendientes al suceder en la cuota consorcial, adquieren la cualidad de consortes, si bien confunden el carácter de ingreso en el mismo.

De la Peña¹⁷⁹ igualmente considera la Observancia 14 como referida al derecho de representación, cuando, como ya he dicho, esta Observancia trata de la sucesión de un colateral, en cuyo caso

175.- Jorcan de Asso, Ignacio y De Manuel, Miguel - *Instituciones* op. cit. pag. 121

176.- Palacios, Joaquín María - *Instituciones* op. cit. pag. 214

177.- Franco y Guillén - *Instituciones*, op. cit. pag. 233

178.- Marrón y Santapau - *Derecho y Jurisprudencia de Aragón* - op. cit. pag. 612.

179.- De la Peña, Emilio - *Recopilación por orden de materias de las Fuerras y Cds. vigentes en el Reino de Aragón - Zaragoza 1880*, pag. 200.

el derecho de representación no se admite en Aragón. Gutierrez¹⁸⁰ es dual, pues si bien por una parte considera la Observancia 14 como base y fundamento, junto con la 13, de que en el consorcio entran por suceder los hijos, nietos y sus descendientes, por otra parte con cita expresa de Franco y Guillén, señalan la Observancia 14 para el derecho de representación. No hace mención especial de este tema Sánchez-Román¹⁸¹ al estudiar el consorcio y la referencia que hace a la Observancia 14, es para decir que es preciso que los bienes procedan inmediatamente de un ascendiente o pariente común a los hermanos.

Isábal¹⁸², que dice interpretar la Observancia 14 *De consortibus ejusdem rei* de acuerdo con Portolés y Franco y Guillén considera que, en virtud de la misma "sigue el consorcio, con su característica prohibición de enajenar, cuando, muerto un hermano consorte sigue la indivisión entre el sobreviviente y los hijos de aquel, nietos del ascendiente común". Considerando, en cambio, años más tarde¹⁸³, que: "la Observancia 11 del mismo título afirma la sucesión del consorte por sus hijos legítimos, lo cual implica, la cesación del consorcio".

Martín Costea¹⁸⁴ no concreta si al suceder los hijos al consorte lo hacen con la cualidad de tal, quizá lo daba por sobreentendido, y así entre las disposiciones que enumera para la regulación del consorcio dice: "si al fallecer uno de los consortes deja descendencia, le sucederán en estos bienes los descendientes legítimos que dejara con derecho de representación en su caso".

También Muñoz de Salillas¹⁸⁵ entiende que los sucesores de los consortes adquieren la cualidad de tales, y así enumerando el elemento personal del consorcio, en este caso subsiguiente, conside-

180.- Gutierrez Fernandez, Benito - *Códigos op. cit.* pag. 438

181.- Sánchez-Román, Felipe - *Estudios de Derecho Civil* - op. cit. pag. 2382

182.- Isábal, Marceliano - R.D.P. año , 1918, pag. 300

183.- Isábal Marceliano . *Exposición...* pág. 385

184.- Martín Costea, Alberto - *El Consorcio Foral* - op. cit. pag. 23.

185.- Muñoz Salillas, Juan. *El consorcio foral* ADA 1953-54 pág. 136.

ra que son consorte: "los sobrinos y tíos carnales, siempre y cuando el padre de aquellos estuviere en consorcio con sus hermanos, y como consecuencia de este derecho de representación (sic) continuaba el consorcio entre los hermanos y los nietos del hermano difunto, entre hijo y biznieto o sus descendientes, entre primos hermanos, etc".

Las posiciones doctrinales que en esta materia sostienen el profesor Lacruz y Merino Hernández, por estar especialmente referidas a la regulación de la figura en la Compilación, las veremos más adelante.

Vemos pues, que para el Derecho histórico, la muerte de un consorte con descendencia venía a suponer una modificación subjetiva en el consorcio producida por la entrada, como consortes, de los sucesores del mismo en los bienes consorciales; adquirida así la cualidad por el hecho de suceder en la titularidad de la cuota de unos bienes en estado de proindivisión, solamente la división de estos ponía fin al consorcio, al igual que antes de la sucesión ocurría. Suponiendo, por otra parte, la muerte de un consorte sin descendencia, una mera reducción del elemento personal del mismo.

V.- EL ELEMENTO PERSONAL DEL CONSORCIO EN LA LEY DE SUCESIONES.

El párrafo primero del artículo 58 de la vigente Ley de Sucesiones, establece: "desde que varios hermanos o hijos de hermanos, hereden de un ascendiente bienes inmuebles, queda establecido entre ellos, y en tanto subsista la indivisión, el llamado 'consorcio o fideicomiso foral'".

Lo dispuesto en el apartado anterior se aplicará también a los inmuebles adquiridos proindiviso por legado o donación".

Es así, que según lo antedicho, se puede considerar, *prima facie*, como elementos personales del consorcio a los hermanos o hijos

de hermanos. Analizaré, el elemento personal del consorcio en la regulación actual, siguiendo igual esquema al observado para el Derecho histórico, procurando resolver los problemas que se plantean en este tema.

1.- Consorcio originario: hijos e hijos de hermanos.

Llamo consorcio originario, al que se constituye, por imperativo legal, en el momento de adquirirse determinados bienes inmuebles con los requisitos que el artículo 58 de la Ley de Sucesiones dispone, es decir, cuando los inmuebles provengan de un ascendiente a título de herencia, legado o donación en estado de indivisión y la adquisición se efectúe por dos o más hermanos o por hijos de hermanos.

La interpretación de este artículo permite afirmar, que pueden ser consortes la mezcla de unos y otros: así se establecerá consorcio entre hermanos con sobrinos, hermanos sólo y sólo sobrinos, cualquier parentesco que suponga un ascendiente común, por cuanto hoy, dada la redacción del art. 58, al igual que antes con el artículo 142 de la Compilación, no es admisible la formación del consorcio con bienes provenientes de los colaterales. Vemos pues, que salvado este último supuesto, el elemento personal del consorcio originario parece coincidir con el señalado en el Derecho histórico, que consideraba formado el mismo entre los hermanos y los representantes de hermano premuerto. Así lo entendía también Merino Hernández¹⁸⁶ diciendo: "Lo que no cabe duda es que tanto en el Derecho anterior como en el actual, las personas llamadas al consorcio son, como bien sintetiza la vigente Compilación aragonesa, los hermanos e hijos de hermanos". Parece considerar Merino, y en el mismo sentido se manifestaba Portolés, que los hijos de hermanos, es decir nietos del causante entran en el consorcio solamente por el derecho de representación, exigiendo en consecuencia la premonición del padre de los mismos. Así cuan-

186 - Merino Hernández, José Luis - *El consorcio legal*, op. cit. pag. 51.

do dice: "los primeros sólo (los hermanos) sólo los segundos (primos) o unos y otros conjuntamente. En el primer caso se tratará de hijos o nietos que reciben bienes proindiviso de su padre o abuelo. En el segundo, de primos hermanos entre sí, que representando a sus respectivos padres, han recibido bienes de un ascendiente común, normalmente el abuelo. Y en el tercero, hijos que reciben de su padre, juntamente con nietos, hijos de algún hijo premuerto al que representan, que reciben al mismo tiempo y los mismos bienes, de su abuelo".

Opino que, dada la redacción del artículo 58, no parece necesario para que se produzca el consorcio que los hijos de hermanos lo sean de hermano muerto: "también viviendo su padre e incluso instituidos juntamente con él, con sus tíos y acaso con sus primos hermanos, se produce el consorcio" Como sostenía el profesor Lacruz.

Es cierto que la doctrina del Derecho histórico, encabezada por Portolés, opinaba, como hemos visto, en sentido opuesto al profesor Lacruz y concordante con lo expuesto por el notario Merino, al considerar que, aun guardando el parentesco en general prefijado, no se establecía consorcio cuando un nieto sucedía en los bienes del abuelo debido a ser instituido por éste, aún dándose premoriencia del padre. Tampoco cuando el abuelo instituía conjuntamente a la hija y a un hijo de ésta, ni, finalmente, consideraba que nacía el consorcio entre aquellos que no fueren hermanos ni pudieran suceder por representación en lugar de hermanos.

Mi opinión sin embargo participa de la sostenida por el profesor Lacruz¹⁸⁷, pues, dada la redacción actual del artículo regulador del consorcio, no parece limitarse en el mismo la entrada de los hijos a sólo los supuestos en que éstos sucedan representando a sus padres muertos, como sostenía Merino. Así, pienso que, si bien, cuando entran hermanos con hijos de hermanos, éstos lo

187 - Lacruz Berdeja, José Luis. *El Consorcio Foral*. Libro homenaje al profesor Urbangas, pag. 335

hacen generalmente, por derecho de representación al haber premuerto el padre de los mismos, no hay ningún inconveniente para admitir, dada la dicción del artículo 58, que también puedan entrar en el consorcio originario los hijos de hermanos que reciben del abuelo bienes proindiviso junto con sus tíos, aunque la disposición se haga viviendo el padre de los mismos.

2.- Ascendiente común.

El ascendiente causante del consorcio ha de ser un ascendiente común. Es necesario matizar este punto por cuanto, la Ley de Sucesiones, como antes la Compilación, habla sólo de ascendiente, matización que resaltaba también el profesor Lacruz¹⁸⁸ para este último cuerpo legal: "La expresión legal incluye entre los consortes, evidentemente, la mezcla de unos y otros: tío carnales con sobrinos; cualquier parentesco que suponga un ascendiente común no más allá del segundo grado". Considera así mismo el profesor Lacruz que, dados los términos del art. 142 de la Compilación, los consortes han de guardar entre sí el parentesco que el mismo implica y así, dice, "solamente hasta primos hermanos se produce el consorcio". "Con el ascendiente, causante de los bienes, el parentesco puede ser en cualquier grado, con tal que los consortes guarden entre ellos el indicado por la ley". O sea, si un bisabuelo (pariente, pues, en tercer grado y en línea recta) deja un inmueble a diversos nietos y biznietos, estos últimos pueden ser hermanos (padre común), primos hermanos (abuelo común) o primos segundos (sólo bisabuelo común): únicamente hasta primos hermanos se produce el consorcio.

3.- Entrada, por derecho de representación de ulteriores descendientes. La sustitución legal en la Ley de Sucesiones.

La posibilidad de que, representando al hermano muerto, puedan entrar a formar parte del consorcio, los nietos de éste, que,

188.- Lacruz Berdejo, José Luis - *El Consorcio Foral*, pag. 335 op. cit.

como ya hemos visto, era admitida por el Derecho histórico, es negada por el profesor Lacruz, en base a considerar que la representación sucesoria, se reduce a constituir una simple referencia de la cuota y una derogación al principio de preferencia del grado más próximo, sin que pueda extenderse a ampliar el círculo de posibles consortes, taxativamente establecidos por el artículo 142. Argumentaba el profesor Lacruz¹⁸⁹ en apoyo de su afirmación, que el artículo de la Compilación que regulaba el consorcio había de ser interpretado restrictivamente y, en consecuencia, excluir de la consideración de consortes a las personas no mencionadas en el mismo. Dado que, en el supuesto ahora tratado, esos nietos del hermano premuerto, que sucederían representándole, serían sobrinos nietos de los otros hermanos consortes, no podrían entrar en el mismo, por cuanto, decía, "cuando el legislador ha querido referirse a todos los descendientes lo ha dicho de un modo expreso, como en el apartado 2º del mismo artículo".

Por mi parte opino, de acuerdo con el Derecho histórico, y fundándome en las características del propio instituto de la representación que, admitiéndose la misma, la dición del artículo 58 de la Ley de sucesiones no excluye de la cualidad de consortes a los que por representación de los por él citados, sucedan en su lugar, por cuanto creo que la subrogación del representante en lugar del representado confiere a aquel los derechos de éste. Este efecto es tan esencial al derecho de representación que, como el mismo profesor dice en otro lugar¹⁹⁰, configura su definición y constituye su característica. A no ser que considerásemos que la cualidad de consorte es un derecho personalísimo en el que no cabe la subrogación del representante, y no creo que sea tal, sino que esta cualidad viene determinada por el parentesco y la proindivisión y en consecuencia creo posible sostener para la regulación actual,

189.- Lacruz Berdejo op. cit. pag. 335.

190.- Lacruz Berdejo, José Luis - Traducción y anotación al Derecho de sucesiones de Brider - Barcelona 1963 pag. 163

como ya sostenía para el régimen de la Compilación, que el consorcio estará formado por los hermanos y los que sucedan representándoles, sin límite de grado.

La nueva Ley de Sucesiones habrá de tenerse en cuenta para determinar quienes, por la aplicación del instituto de la sustitución legal (nombre que recibe en Aragón el derecho de representación) van a entrar a formar parte del consorcio cuando haya lugar a la aplicación de la misma.

Este instituto de la sustitución legal que venía regulado en el artículo 141 de la Compilación, ha sufrido una profunda remodelación. Por una parte, por cuanto en la actual regulación el legislador no sólo ha desarrollado su normativa -de un solo artículo (141), se ha pasado a ocho (del artículo 19 al artículo 26)- sino que ha introducido variaciones en la figura que abarcan, desde la supresión de la renuncia como causa para que entre a funcionar el mecanismo de la sustitución legal (así tajantemente se dice en el artículo 26), hasta suprimir la posibilidad del causahabiente (antes renunciante o incapaz) de excluir por disposición expresa la entrada en funcionamiento del mecanismo de este instituto. Es decir, ahora ya no podrá el causahabiente impedir la previsión legal de esta figura. Se mantiene, no obstante, la posibilidad para el disponente de sobreponer su voluntad a los dictados de la sustitución legal. Como novedad se puede señalar también que se ha introducido la ausencia, la indignidad o la desheredación por causa legal, para determinados supuestos, como causas que provocan el mecanismo de la sustitución legal. También hay que resaltar que ahora se vuelve a la concepción de la figura que había tenido el legislador de la Compilación de 1967 en lo que afecta al causante, en el sentido de entender que el causante o disponente deberá tener la cualidad de ascendiente o hermano del sustituto. Esta cuestión se deduce claramente del apartado 2 del artículo 21 en cuanto dice que la sustitución legal se produce en favor de los descendientes, sin limitación de grado, del sustituido que a su vez sea descendiente o hermano del causante.

En Aragón desde que la Compilación de 1967 introdujo esta figura se aplicaba tanto en la sucesión testada como en la legal o en la contractual, por cuanto el artículo 141 que la regulaba no hacía distinción y estaba situado en sede de "Normas comunes a las diversas clases de sucesión". En cualquier caso, la regulación de este instituto tal y como aparecía en la Compilación no obedeció a la redacción dada por el legislador del 67, sino que fue debido a una reforma introducida a última hora por el legislador de 1985. El cambio consistió, entonces, en sustituir en el causante la cualidad de ascendiente o hermano del instituido por la expresión: causante. Con este cambio se extendió la figura, por cuanto dentro de la expresión causante, obviamente, no puede entenderse solamente a los ascendientes o hermanos.

Por otra parte la excepción que suponía -tanto respecto al Derecho histórico aragonés como respecto al Código Civil- el hecho de que la renuncia del causahabiente produjera la entrada en su lugar de sus descendientes, en vez de provocar el acrecimiento de los coherederos, siempre fue mal acogida y había motivado fuertes críticas, al representar una clara contravención del principio *viventis non datur representatio*. La representación solamente -en principio- se daba en caso de premoriencia, después fue extendida a casos de desheredación e incapacidad.

Así pues con la nueva regulación las aguas vuelven a su cauce por cuanto, si por una parte, la Ley exige que el causante disponente ha de ser ascendiente o hermano del sustituido, por otra la renuncia ha quedado excluida como causa capaz de hacer nacer esta figura de la sustitución legal.

En consecuencia tenemos, que si el consorcio trae causa de adquisición a título hereditario y uno de los llamados por el causante a la herencia renunciase a la misma, hoy ya no entrarían en tal consorcio sus hijos o ulteriores descendientes, sino que cuando ésto ocurra habremos de acudir (tratándose de sucesiones voluntarias) al acrecimiento (artículo 166 de la Ley de sucesiones), salvo

que el disponente hubiera nombrado sustituto o excluido el derecho de acrecer, o, procediera la sustitución legal o el derecho de transmisión regulado en el artículo 72.

También tenemos -dentro de las normas comunes a la sucesión legal- el artículo 205 en clara relación con la sustitución legal.

Importante resulta el derecho transitorio establecido al respecto en la Ley de Sucesiones. En su virtud tenemos -Disposición Transitoria Cuarta- que la renuncia a la herencia cuando se produzca con posterioridad a la entrada en vigor a la ley (23 de abril de 1999) no operará como causa de sustitución legal, si bien se aplicará el régimen establecido en el derogado artículo 141 de la Compilación y, en consecuencia la renuncia provocará la sustitución legal cuando, en pacto sucesorio o testamento otorgado antes de la entrada en vigor de la Ley, se hubiera previsto expresamente la aplicación del régimen contenido en dicho artículo 141.

VI.- MODIFICACIÓN SUBJETIVA DEL CONSORCIO.

Al igual que veíamos para el Derecho histórico, desde que el consorcio nace, con los elementos personales que he señalado, hasta que se extingue con la partición de los bienes o pacto de todos los consortes sin llegar a partir, pueden ocurrir una serie de vicisitudes que produzcan modificaciones en lo que respecta al elemento personal del mismo. Unas veces ocurrirá que el primitivo elemento personal se reduzca en número, supuesto en el que se estaría, si uno de los consortes solicitare la partición en lo que a él respecta exclusivamente, supuesto previsto hoy en el artículo 60 de la Ley. Estaríamos así ante una división parcial de los bienes consorciales y, respecto a lo que ahora nos interesa, habría habido una modificación subjetiva de los componentes del mismo. Sin embargo, los supuestos más interesantes de modificación subjetiva del consorcio, se plantean al ocurrir la muerte de un consorte. Si la misma acaece careciendo el consorte de descendencia, la porción

consorcial que por efecto del acrecimiento adquieren los consortes sigue en el consorcio. La razón es obvia, por cuanto no sale de él, no es una nueva adquisición sino expansión de la que cada consorte tenía. Los consortes acrescentes no la heredan del consorte muerto, sino que traen su causa del causante del consorcio por mor de la proindivisión, ordenada directa o indirectamente por éste, y mantenida por los consortes. En este caso, al igual que cuando un consorte reciba, por disposición mortis causa, la parte del consorte muerto, no habrá merma alguna en el componente objetivo del consorcio y sí sólo una reducción en su componente personal.

Esta posición, por mi propugnada, acorde con el Derecho histórico, no era compartida por la generalidad de la doctrina, pues, como ponía de manifiesto el notario Merino¹⁹¹, "la solución que para este caso se propugne va a depender del criterio que se adopte con respecto a la naturaleza jurídica y mecanismo del acrecimiento consorcial previsto en el artículo 142. Si se considera el acrecimiento consorcial, como un supuesto especial de sucesión directa del causante originario de los bienes, es decir, del ascendiente común que los transmitió a título gratuito a los consortes, la porción acrecida deberá ser considerada consorcial, por cuanto nunca ha salido del consorcio, al no considerarse transmitida por el consorte fallecido. Por el contrario, si se considera que la sucesión de bienes consorciales entre consortes, es solamente una especial forma de suceder, que elimina la preferencia de grado (en el supuesto de hijos de hermanos consortes y existencia de otros hermanos del fallecido que no sean consorte con éste) y cuya causa provenga del propio consorte muerto, no del ascendiente común, entonces habrá de afirmarse que la porción acrecida no forma ya parte del consorcio y tendría que mantenerse respecto a la misma que, aun continuando en proindiviso, no le afectaría la prohibición de disponer ni serían sus titulares acreedores de posterior acrecimiento".

191.- Merino Hernández, José Luis - *El consorcio*.

El profesor Lacruz¹⁹² también parecía considerar que los consortes acrescentes suceden al ascendiente causante del consorcio, si bien no hace manifestación firme al respecto, por cuanto, dice: "De acuerdo con el Derecho histórico, el acrecimiento se verificaba en proporción a la cuota de cada consorte y la porción acrecida sigue sometida a la misma vinculación consorcial; esto último no sería así si tal porción se entendiera recibida del consorte premuerto y no del causante del consorcio".

Hoy la Ley recogiendo en el artículo 59.3 que la parte que acrecen los consortes "la reciben como procedente del ascendientes que originó el consorcio" parece dilucidar la cuestión respecto al carácter consorcial de la porción acrecida.

El otro supuesto a estudiar es el referente al fallecimiento de un consorte dejando descendencia. Esa descendencia va a ser la destinataria de la cuota en los bienes consorciales, bien por disposición expresa del consorte, bien por sucesión legal si no dispusiere o si, disponiendo, lo hiciere el consorte a favor de persona o personas extrañas al consorcio.

1. Los hijos o descendientes sucesores en la cuota consorcial adquieren la cualidad de consortes?

Hemos visto, que la solución al problema que se presenta respecto a si estos sucesores adquieren o no, junto con la titularidad de los bienes, la cualidad de consortes que su antecesor tenía, fué resuelto en el Derecho histórico en sentido afirmativo, considerando la doctrina, en base principalmente a la Observancia 11 y 12 *De consortibus ejusdem rei*, y un sector en la 14 del mismo título, que esos sucesores entraban en el consorcio por adquirir la cualidad de consorte que tenía su antecesor, y así la cuota en la que sucedían seguía formando parte del primitivo consorcio, que se vería de esta manera solamente afectado en cuanto a una modificación en su elemento personal, (si había más de un descendiente

192 - Lacruz Berdejo, José Luis. *El consorcio foral...*, pág 349 y 351.

del consorte muerto) pero sin modificación en cuanto su componente objetivo, al no significar, ni estar prevista, la muerte del consorte, como un motivo o causa *per se*, para provocar la extinción de la comunidad; extinción que sólo a petición de esos descendientes, ya consortes, podía realizarse.

Merino Hernández¹⁹³ sostenía, opuestamente, que los sucesores del consorte no sucedían al causante en su posición jurídica de consortes, estimando, en consecuencia, que la participación de los mismos en la proindivisión consorcial tendría la consideración, respecto a ellos, de una comunidad ordinaria de bienes, sin la prohibición de disponer y el posible acrecimiento de los primitivos consortes, si bien con la posibilidad, si se cumplían los requisitos del 142, de formar, entre ellos, otro consorcio.

Las razones aducidas por Merino en pro de su postura, que vemos se aparta claramente de la tradición histórica, son varias, por un lado, y en el supuesto, dice, que el fallecido consorte fuese uno de los hermanos, integrantes del consorcio originario, sus descendientes, aún cuando tuvieran la condición de hijos de hermanos, lo que suponía estar dentro del parentesco que señala el artículo 142, sin embargo no podrían ser consortes, en base a ser diferente el título adquisitivo; pues mientras los primitivos consortes, ya sean hermanos o primos hermanos habían adquirido los bienes a título lucrativo de un ascendiente común, los ahora sucesores, aunque adquieren también a título lucrativo, no lo serían, ya, de un ascendiente común respecto a los otros consortes. Su ascendiente, dice Merino, no lo era de los otros descendientes, ya que la relación de parentesco que le unía con éstos era de hermano o de tío. Otra razón argüida por Merino hacia referencia al supuesto de que el fallecido fuese uno de los "hijos de hermano", en este caso, decía, la exclusión de consortes se basaría en que los descendientes del dicho consorte carecerían de la condición jurídica exigida por el texto legal para

193 - Merino Hernández, José Luis - El consorcio foral, op. cit. pag. 57

integrar el consorcio, es decir, ni serían hermanos de los demás consortes, ni hijos de hermanos, como la Compilación determina. Para los dos supuestos Merino propugnaba, lo apuntado anteriormente, que con sus cuotas indivisas se forme una nueva comunidad. Por todas estas razones, concluye Merino, en caso de fallecimiento de un consorte dejando descendencia, ésta no puede entrar a formar parte del consorcio foral en el que estaba integrado su causante.

El problema, o la solución del mismo, lo ve el profesor Lacruz¹⁹⁴ semejante a lo que he señalado anteriormente para el acrecimiento entre consortes. Así, si se considera que los hijos reciben la cuota consorcial única y exclusivamente de su padre consorte, entonces el profesor Lacruz, estimaba, al igual que hemos visto en Merino que, al variar el título y la causa de adquirir no adquirirán esos descendientes la cualidad de consortes, ni entrarán, en consecuencia a formar parte del mismo. Por el contrario si se estima, dice el profesor Lacruz, que los hijos reciben los bienes, al igual que los consortes por una especie de sustitución fideicomisaria, del causante del consorcio, entonces entrarán a formar parte de dicho consorcio. Parece inclinarse el profesor Lacruz por la solución primeramente apuntada. La aceptación de esta tesis, dice el profesor: "resolvería el problema de si los herederos de la cuota del consorte premuerto participan en el antiguo consorcio: no habiendo adquirido los bienes -en tal planteamiento- inmediatamente del mismo ascendiente que los consortes del premuerto, se impondría la solución negativa: la participación heredada se liberaría del vínculo consorcial y, por tanto, ni la desaparición ulterior de otro de tales antiguos consortes favorecería a aquellos hijos o nietos herederos del primeramente fallecido, ni estos hijos o nietos comunicarían su cuota, caso de fallecer sin descendencia, a los consortes de su padre o de su abuelo, sin perjuicio de cons-

194.- Lacruz Berdejo, José Luis, *El Consorcio foral*, pag. 347 y 351, op. cit.

titular consorcio entre ellos, es decir, con sus hermanos o primos coherederos de la cuota”.

Vemos que el profesor Lacruz, no adoptaba una postura tajante, admitiendo la posibilidad de las dos opciones, si bien parecía, aunque no abiertamente, decantarse por esta última, quizá mayormente por la posibilidad que tiene el padre consorte de disponer por actos *mortis causa* de su cuota entre los hijos. Aunque, respecto a esta posibilidad de distribución, tenemos que decir que bien pudo obedecer a la evolución observada en la posibilidad de disposición de los bienes, que indudablemente añadió complejidad a la figura, pero sin ser un componente intrínseco de la misma.

De cualquier forma, mi parecer en este punto, era el mismo sostenido por los autores clásicos: la cuota consorcial en que los descendientes suceden seguía formando parte del consorcio en tanto no se procediera a la división de los bienes consorciales, y lo hacía en base a considerar que no estando prevista por el artículo 142 de la Compilación que la muerte de un consorte operase como causa de extinción de la comunidad consorcial, al ocurrir la misma, sus sucesores se subrogaban en la cualidad de consorte que tenía su antecesor, cualidad que sólo perderían mediante la división. Único medio previsto, según la regulación del artículo 142, de extinción del consorcio.

Hoy la Ley de sucesiones ha resuelto las divergencias que al respecto existían, y que acabo de poner de manifiesto, por cuanto en el artículo 59.1 consta expresamente que cuando los descendientes sucedan en los bienes consorciales ya sea por actos *inter vivos* o *mortis causa* adquirirán con ello la condición de consortes.

CAPITULO 4º

ELEMENTO OBJETIVO DEL CONSORCIO

1.- DETERMINADOS BIENES INMUEBLES COMO ELEMENTO OBJETIVO DEL CONSORCIO.

La institución del consorcio foral, según preceptúa la Ley de Sucesiones -al igual que hacía la Compilación de Derecho Civil Aragonés- tiene como elemento objetivo, determinados bienes inmuebles. Son éstos los transmitidos a título de herencia, legado o donación, de un ascendiente (común), a favor de hermanos o hijos de hermanos.

No recogió el legislador aragonés la propuesta que desde distintos ámbitos se le hizo en el sentido de hacer aplicables las reglas que rigen el consorcio a las explotaciones agrícolas, ganaderas, mercantiles e industriales con cuantos elementos estén afectos a unas y a otras, es decir, a los bienes que enumera el apartado 1 del artículo 39 de la Compilación. Bien es verdad que si esas industrias se asientan sobre inmuebles consorciales se pueden considerar los bienes muebles a ellas afectos como pertenencias y entrar en el mismo régimen jurídico que los inmuebles. Sin embargo en el supuesto de que los inmuebles sobre los que se asiente la industria pertenezcan a los consortes, no ya como titulares de un derecho real sino por otro título, por ejemplo de arrendamiento, no será posible la inclusión.

Ha sido una ocasión perdida que la, en general, buena reforma del Consorcio, no haya entrado a estimar la propuesta que decimos, pues así se vendría a facilitar la sucesión en la empresa familiar, a la par que significaría, pienso, el acomodo de la figura a la realidad social. Y no solo ésto sino que también hubiera significado su adaptación al sentir histórico de la figura.

Antes de ver la problemática que se presenta en este punto referida a la legalidad vigente, trataré de reflejar cuál era la verdadera significación o extensión del consorcio fraternal en la época histórica, para ver de determinar si su ámbito de aplicación se proyectaba sobre todo tipo de bienes que componían el patrimonio heredado o por el contrario quedaba, ya entonces, reducido a una porción del mismo.

II.- BIENES QUE PRESUMIBLEMENTE INTEGRABAN EL ACTIVO DE LA COMUNIDAD CONSORCIAL CON ANTERIORIDAD A LOS FUEROS.

Aunque hasta la época de los Fueros carecemos de datos que puedan testimoniar este extremo, dado que los diplomas que hasta nosotros han llegado se refieren solamente a actos de disposición sobre bienes inmuebles consorciales, sin embargo, parece indudable que la comunidad familiar entre hermanos estuvo, en un primer estadio de su evolución, constituida o integrada en su elemento objetivo principalmente por la propiedad inmobiliaria familiar, pero no exclusivamente formada por ella, sino que comprendía todos los bienes que formaban el patrimonio doméstico, es decir todos los bienes imprescindibles para el sustento y la continuación del grupo familiar, por cuanto con la muerte del progenitor, los hijos actualizaban el derecho de expectativa que tenían en vida del mismo. Comprendía así el objeto del consorcio fraternal, no sólo las tierras, sino también el ganado, los siervos, aperos de labranza, etc., es decir todo el patrimonio doméstico objeto

de la sucesión, si acaso se exceptuaran del mismo los objetos de uso personal sobre los que comenzó la propiedad individual¹⁹⁵. El alcance omnicompreensivo del consorcio respondía, principalmente, a la escasez de medios económicos con la que se encontraba la familia, grandemente interesada en no desprenderse de ningún tipo de bien, por cuanto todos eran necesarios para poder continuar subsistiendo el grupo familiar. Como expone García Gallo¹⁹⁶ la vida económica en la España Medieval, hasta bien entrado el siglo XII y aún después, era una economía de subsistencia, sin posibilidades ni afanes de enriquecimiento, estructurada sobre la agricultura y el pastoreo. La riqueza estaba constituida por la tierra y el ganado, especialmente por la primera. Por otra parte el individuo fué absorbido por la familia. Aparecía así fuertemente cohesionada, siendo la propiedad esencialmente familiar.

1.- En la época de los Fueros.

Con el inicio de la regulación legal de la figura consorcial el estudio del elemento objetivo del mismo habrá de centrarse en el significado de la palabra *hereditas* o *haereditas* que emplean las versiones latinas o *hereditz* empleada por las versiones romances, así como también la dicción del Fuero 2º *De communi dividundo*: "*de suo avolario... partem quam in suo est avolario vel patrimonio....*" con el fin de determinar si en la época de los Fueros el elemento objetivo o "activo" de la comunidad consorcial recaía sobre toda la herencia indivisa entre descendientes, o bien, si solamente los bienes inmuebles de esa masa hereditaria estaban afectos a la comunidad consorcial. La opinión de la doctrina no fué unánime en cuanto a la extensión y significación que a la palabra y expresiones empleadas por los fueros debía atribuirse.

195 - Que a base del mismo era la propiedad inmobiliaria familiar, se pone de manifiesto en el origen de la institución que guarda semejanza para los pueblos incivilizados, con la aparición de la propiedad familiar, siendo ésta un estado intermedio entre la propiedad colectiva y la propiedad individual. Y esta propiedad familiar comenzó con el sedentarismo de los pueblos y su dedicación a la agricultura.

196 - García Gallo, Alfonso. *Historia del Derecho*, T. II, pág. 68 y ss.

A. Análisis de la palabra *hereditas* o *haereditas* empleada por los Fueros.

La dificultad principal surge con la palabra *hereditas*, por cuanto su significado no es unívoco, pues si, por un lado, es posible traducirla por "herencia", "sucesión", o bienes hereditarios, también admite el significado de campo, viña, olivar y predio¹⁹⁷. Con esta doble significación la encontramos en los Fueros¹⁹⁸, y también en ambos sentidos fué utilizada en los restantes textos latinos medievales¹⁹⁹.

Esta ambivalencia de la palabra empleada por los Fueros, hace difícil, en base sólo a ella, sentar una afirmación tajante sobre cual era el objeto del consorcio. Razones parecen existir que abonen ambas posturas. Ya que si, por un lado, tomamos en cuenta las expresiones utilizadas por el Fuero 2º *De Communi dividundo: ...partem quam in suo est avolorio vel patrimonio...* que parecen referirse a la parte que en la herencia proveniente de ascendientes a

197.- En el Diccionario de Körling (*Latinisch-romanisches Wörterbuch*) (citado por Isthal - R.D.P., 1918 pág. 290) se asigna a *haereditas* solamente el significado de herencia; el mismo sentido figura en el Diccionario latino-español de Raimundo de Miguel (Madrid 1948, pág. 415), haciendo derivado la palabra de *haeres*, heredero. En cambio el Diccionario de la Real Academia española, le da la significación de "porción de terreno cultivado perteneciente a un mismo dueño" o de "hacienda de campo, bienes raíces o posesiones" y sólo como tercera acepción, anticuada, consigna, la de herencia. Lo mismo se lee en el Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia de Escriche.

198.- El fuero Título: *De rivis, fuvibus et molendinis*, libro III de la Colección Oficial de Fueros (ed Savall y Penés) dispone: *Et si forte dominus rivus haereditatis, vel villa, cujus haereditas vel dominus fuvius propinquior habeatur, voluerit fluvium redire a sua haereditate vel dominio, plenam habeat protestatem*. En el mismo sentido, el Fuero *De iure emphiteutico*, libro V. *Quicumque... qui tenuerit ulam haereditatem sub certo tributo... voluntatem si illi qui tenuerint Nam haereditatem tributariam retinuerunt tributum per duas annos contra voluntatem domini tributi... per Forum emparavit ipsam hereditatem...*

199.- Esta doble acepción, puede derivar de haber recibido el nombre de *heredium* el lote de tierra (de dos yugadas) que, según la leyenda sobre los orígenes de la propiedad inmueble, dió Rómulo a cada paterfamilias romano, donde se erigían la casa, los establos y un pequeño vergel o huerta; pequeña parcela de dos hectáreas de tierra que se constituyó en bien propio y hereditario, asignado no provisionalmente sino de modo permanente a cada comunidad doméstica, que debía conservarla y transmitirla de generación en generación. El *heredium* tenía así un doble carácter: el económico, (la tierra) y el hereditario. Así se expresa Varrón en *Res rusticae*, 1, 10, 2: *Bona ingera, quod a Romulo primum divisa dicebantur viris qui quae heradem sequerentur, heredium appellarunt*. Este hecho marcó el inicio de la propiedad familiar en Roma y consecuentemente el inicio de la institución del *consortium* romano. Es por eso, creemos, que *hereditas* está íntimamente entroncada tanto con el bien inmueble heredado o después sólo inmueble, como con el fenómeno sucesorio.

los hijos corresponde y si especialmente consideramos que la comunidad consorcial, que los Fueros en un primer momento plasman, entraña todavía una continuidad de vida en común; comunidad en la que los hermanos consortes no sólo comparten los bienes heredados sino que continúan trabajando en familia, tendremos que afirmar que no sólo los bienes inmuebles heredados constituían el elemento objetivo del consorcio, sino que el mismo lo constituiría toda la herencia indivisa. Piénsese que es una comunidad nacida por ministerio del Fuero sin haber tenido lugar ningún acto de división de los bienes heredados, y, sobre todo, que cuando el fuero 1º *De Comuni dividundo* dice: *erunt in simul in sorte haereditatis divisae*, no parece muy congruente traducir: "...entrarán juntos en la suerte de una heredad dividida" sino que más parece la palabra *haereditatis* significar "herencia". Ya que además, es ésta la que, recibida por los hermanos, se divide, con formación de lotes adjudicados a dos o más hermanos.

También, en apoyo de esta postura, podemos considerar que, si excluimos los bienes muebles del activo del consorcio, tendríamos que los Fueros habrían dejado sin regular el destino de estos bienes pertenecientes a los consortes. En efecto, los Fueros, al establecer como única forma de sucesión *mortis causa* del consorte sin descendencia el acrecimiento consorcial, determinan que su parte acrece a los otros consortes, sin establecer un régimen distinto para los bienes muebles que pudieran pertenecerles. ¿Se abriría respecto a ellos su propia sucesión? nada dicen en ese sentido los Fueros.

Tampoco faltan razones para sostener que con la palabra *hereditas* o *haereditatis* los Fueros circunscribían el objeto del consorcio a los inmuebles. Pensemos que el consorcio es una institución de carácter familiar que tiene como una de sus finalidades el conservar y hacer perdurar a través de las generaciones el patrimonio familiar y era la propiedad inmueble la que tenía este carácter familiar, por contra a la propiedad sobre muebles, de carácter más individual. Los inmuebles o raíces son la tierra y la propiedad y

otros derechos reales sobre ésta responden a una concepción mucho más familiar que individual. Los inmuebles están vinculados al grupo familiar, transmitiéndose de padres a hijos, lo que origina también que el derecho de expectativa de los hijos, respecto a los bienes de sus padres, sea distinto según se trate de bienes muebles o de bienes inmuebles, y dentro de éstos también diferente según que sean inmuebles heredados o inmuebles adquiridos.

También puede confluír a esta delimitación del objeto del consorcio la consideración que en la Edad Media alcanzó la tierra, debida esta preponderancia a circunstancias diversas, unas de naturaleza económico-social, otras de naturaleza jurídica, que hicieron ir por caminos distintos los derechos relativos a los bienes inmuebles y a los bienes muebles. Desde el primer punto de vista, hay que tener en cuenta, que la propiedad de la tierra le correspondió desempeñar un papel que no representaba la propiedad de los bienes muebles, resultando indudable que las circunstancias sociales van a determinar que el derecho esté, en gran parte, condicionado por la misma. De la tierra va, así, a derivarse la condición jurídica y social de los individuos, según su relación con aquélla: el señor, el colono, el siervo adscripticio. En suma, la situación jurídica de cada cual en la vida. De ahí la gran importancia del suelo, del bien inmueble, necesitado de una tutela jurídica más rigurosa.

Por otra parte, también hay que tener en cuenta, la evolución que, a mi entender, plasman los Fueros *De Comuni dividundo* respecto a la figura consorcial, y que puede incidir sobre el elemento objetivo del mismo. Pues éstos, al establecer el consorcio cuando la primitiva comunidad fraternal se ha escindido en grupos de dos o más hermanos, parece hacer recaer la nota principal del mismo, no ya en la unidad y cohesión del grupo familiar sino en razones esencialmente económicas, como sería el de evitar el fraccionamiento excesivo de la tierra, lo que arrastraría, por un lado, la creación de unidades de cultivo no rentables, a la par que

potenciaría la pérdida de poderío económico y social de la Casa matriz.

Las razones anteriores bien pudieron haber actuado como causa del posible empleo por los Fueros *De Commun dividundo* de la palabra *hereditas* en su acepción de bienes inmuebles; si bien, aunque se sostenga esta acepción, no se refiere la misma a cualquier bien inmueble sino a una categoría dentro de ellos: a los bienes de patrimonio o de abolorio o inmuebles heredados, contraponiéndolos a bienes de ganancia. En este sentido, la palabra *hereditas*, no sólo delimita los bienes, en su oposición a bienes muebles, sino que marca una distinción dentro de los bienes inmuebles.

También el carácter asignado a la tierra pudo operar como causa de que los Fueros *De Commun dividundo* emplearan la palabra *hereditatis* en el sentido de bien inmueble, pero no significar necesariamente que sólo la tierra y lo que es naturalmente inmóvil constituye el objeto del consorcio originario, sino que se hacía referencia a ella por su mayor importancia, pero considerando también dentro del concepto de bien inmueble lo que está unido a la tierra: edificios, árboles, plantas; y también las cosas muebles físicamente independientes cuyo destino permanente fuera el de servir a los fines económicos de la cosa principal inmueble; como los siervos adscripticios, aperos de labranza, yugos de bueyes, toneles de vino y aceite, etc. Cabe, entonces, preguntarse si en la comunidad consorcial entraban en el concepto de bienes inmuebles (*haereditates*), estos bienes citados, en atención a su relación de accesoriadad con el bien inmueble por autonomasia: la tierra.

Expuestas las razones que se me alcanzan para inclinarnos a favor de una acepción u otra de la palabra *hereditas*, en su referencia a la figura analizada, me inclino por considerar que el consorcio, en esta época, abarcaba toda la herencia indivisa que los hermanos recibían de sus progenitores o ascendientes. A esta conclusión he llegado no sólo por las razones expuestas y la propia diná-

mica del instituto, sino también por las expresiones del Obispo D. Vidal, que, para referirse al elemento objetivo del consorcio emplea el término "bienes" y también el de "cosa" expresiones que, sin duda, no limitan el mismo a los fundos o predios. Así tenemos que, al tratar de la no responsabilidad de los consortes por hechos punibles realizados por uno de ellos dice: "Si dos hermanos o hermanos han los bienes del avolorio o del padre o de la madre non partidos..."²⁰⁰ con lo que identifica esos bienes con herencia de padres o de abuelos.

También en otro pasaje identifica "Las cosas de hermandat" con herencia que corresponde a hermanos": "Empero la prescription de ningún tiempo no ha logar entre los ermanos en las cosas de ermandat..."²⁰¹ con lo que implícitamente está afirmando que el elemento del consorcio era toda la herencia por los hermanos recibida. Igualmente en el párrafo 18, del libro IV emplea con reiteración el término "cosa" para referirse al haber de la comunidad consorcial: (20) "Empero, si, quando aqueill morió, non fué partida aqueilla cosa,... et deven aver toda la part que aqueill muerto devía aver con sus hermanos o con sus consorteros..."²⁰².

Estos ejemplos, y más que podrían ponerse, abonan, creo, mi afirmación de que en la época de los Fueros entraba en la comunidad consorcial toda la herencia que, indivisa, recibían los hermanos de sus padres o ascendientes, sin limitarme al análisis de la palabra hereditas, o hereditat, pues ciertamente, el obispo D. Vidal, emplea esta última expresión en las dos acepciones que vimos tenía. En el párrafo III, 36,: "Si alguno por razón de hereditat por padre o por madre o de tya demandare alguna hereditat o posesión...". Vemos, que emplea la palabra "hereditat" tanto para designar el derecho de heredar, como la parte de esa herencia que se demanda²⁰². En cambio en el párrafo III, 9, emplea "hereditat"

200.- Vidal Mayor II, 10, 2, Ed. Gunnar Tilander - Lund 1956.

201.- Vidal Mayor III, 36, (7), Gunnar Tilander, en tomo III Vidal Mayor (Vocabulario) v. hermandat, pág. 158 da a esta expresión "cosas de hermandat" el significado de "herencia que toca a hermanos".

202.- También en libro VI, 21 (10) la palabra "hereditat" empleada como sinónimo de herencia.

con significación de finca rústica o urbana. Es más, cuando el término "heredat" es empleado por D. Vidal en su acepción de finca rústica o urbana, no implica, aún en singular, que necesariamente sea una sola finca, sino que puede englobar varias de ellas. Presumiblemente significaría una casa con varias fincas rústicas. Así se deduce del parágrafo 20, libro VI: "... el padre puede honrar uno de los fillos en una heredat, si el padre oviere muitas heredades o en 1.^a tierra, si tant solament oviessse 1.^a heredat...".

2.- El elemento objetivo del consorcio en las Observancias.

Entre los primeros autores que escriben sobre los Fueros, tenemos a Juan Pérez de Patos. La obra de este autor, primera que se conoce tras la del Obispo de Huesca, tuvo gran importancia hasta la época de Miguel de Molino, quien la cita como Glosa ordinaria de los Fueros. Pérez de Patos considera que la palabra *haereditates* empleada por los Fueros *De Commun dividendo*, tiene el significado de sucesión, herencia, entendiéndose así, en consecuencia, que la comunidad consorcial estaba integrada por todos los bienes, muebles e inmuebles que constituían la herencia indivisa recibida por los hijos de los padres o ascendientes²⁰⁵.

Las Observancias atribuidas a Jimeno Pérez de Salanova²⁰⁶, no contienen referencias concretas al tema que trata. Únicamente es posible entender una alusión al mismo, cuando en la figurada bajo el número [34] se señala el distinto régimen sucesorio seguido para bienes que, divididos, tengan los hermanos, respecto a los bienes que estos tengan procedentes del abuelo. Creo ver en esta Observancia connotaciones con los bienes integrantes de la comunidad consorcial, por una parte por cuanto no tiene mucho sentido contraponer el orden sucesorio entre bienes cuya partición se ha efectuado y bienes de abolorio, a no ser que se trate de bienes de abolorio indivisos, y por otra parte porque la dicción de la cita-

205 - Pérez de Patos, Juan Glosas a los Fueros de Aragón, op. cit. pag. 303 ss

206 - Las colecciones de Observancias de Aragón - publicadas por el profesor Martínez Díez-González en ANIDE XLV - año 1975 - pag. 544 y ss

da Observancia coincide con el comentario que, referido a la Observancia 1^o *De Consortibus ejusdem rei*, Bardaji²⁰⁵ atribuye al glosador Egidio de Lima²⁰⁶ contestando a Antich de Bagés, el cual sí tiene incidencia directa con el elemento objetivo del consorcio, por cuanto trata de la manera de suceder cuando los bienes son muebles. Pérez de Salanova, en la Observancia de referencia, establece que, falleciendo un hermano, dejando hermano y sobrino, hijo de otro hermano muerto, en bienes divididos hereda sólo el hermano, y contrariamente, si se tratara de bienes procedentes del abuelo (¿consorciales?) heredarían por iguales partes el hermano y el sobrino. Egidio de Lima aplica esta segunda solución cuando se trate de bienes muebles. Lo que supone considerar que los mismos eran consorciales, es decir que el consorcio no recaía solamente sobre inmuebles.

Por otra parte, en estas Observancias atribuidas a Pérez de Salanova, se hace una afirmación que pudo contribuir a la delimitación del objeto del consorcio foral. Así, en la Observancia que figura bajo el número [250] se afirma: *bonorum immobilium, que dicuntur in Aragonia hereditates*. Hay que aclarar sin embargo, que tal afirmación no se hace con referencia a la figura consorcial.

De las Observancias que, bajo el Título *De consortibus ejusdem rei*, cita Jaime de Hospital²⁰⁷ no puede deducirse una posición clara sobre la cuestión que trato, ya que en ninguna de ellas aborda el tema de una manera directa; si bien, dados los términos que utiliza para referirse a los bienes que integran el consorcio: "*parte quae ipsum contigit habere in bonis*" "*bona patrimonalia*" "*rem*" "*frater no dividunt bona paterna*" parece posible interpretar que todos los bienes que integraban la herencia entraban en la comunidad consorcial. Especialmente creo posible esta interpretación por cuanto,

205.- Bardaji Ibanda - *Comentarij in Quatuor Aragonensium fororum libros*, Caesar Augustae MDLXXXII, folio 367.

206.- Este glosador, Egidio de Lima, es posible que sea el que el profesor Lacruz denomina el anotador anónimo del Ms. 1919 de La Biblioteca Nacional de Madrid.

207.- *Observancias del Reino de aragón de Jaime de Hospital*, Trans. por Martínez Díez-Gonzalo, Zaragoza 1977.

dado el carácter práctico de su obra, fundadas sus conclusiones las más de las veces en precedentes jurisprudenciales, y que forman un sistema bastante completo y exhaustivo, en ningún momento excluye los bienes muebles del acervo consorcial, ni, en consecuencia, limita el mismo a los *bonis sedentibus*.

Lo mismo cabe decir del texto de la Colección Oficial de Observancias que, publicadas tres cuartos de siglo después de publicada la obra de Hospital, recogieron las mismas, lo que supuso que las opiniones de este autor adquirieran prácticamente fuerza de ley. En principio no debían tener éstas mayor validez que la que tenían antes de ser recopiladas, pero, de hecho, los juristas las equipararon a los Fueros, y así, formaron con ambos cuerpos de normas un sistema único, dejando a un lado las Observancias no compiladas.

3.- Evolución posterior de la doctrina.

Son los juristas aragoneses del siglo XVI los que afirman que no es la herencia indivisa, recibida por los hermanos de los progenitores o ascendientes, el objeto del consorcio, sino que el mismo sólo alcanza a los bienes inmuebles que tal herencia comprende.

Miguel del Molino, la figura más representativa de la época²⁰⁸, trata en distintos pasajes de su Repertorio acerca de la figura consorcial. En la voz *Frater*²⁰⁹, afirma Molino, remitiéndose a los foristas, que el consorcio recae solamente en los bienes inmuebles, dado el significado de la palabra *haereditates* empleada por los Fueros 1º, 2º y 3º *De Comuni dividendo*. *Dicitur etiam foristae, que predicta fori et obser, phibentes fratribus alternare partem suam de bonis indivisis alteri ante divisionem loquunt in bonis sedentibus*. *Secus*

208 - Forjós, Jerónimo - *Schola IV* pág. 801 vº *Vir orator: Auctoritate Moliniana, quae in hoc Regno summa est...*

209 - *Repertorium fororum et observantium regni Aragonum, una pluribus cum determinationibus consilii iustitiae Aragonum, practico et due caulis eadem iudicium aragonis Caesaraugustae 1585, tomo 167 y 167 vº*

tamen et in bonis mobilibus: quia potest frater alienare etiam in extraneum partem suam, etiam ante divisionem, ibi dum dicunt dicti fori hereditates.

Estas palabras de Molino, que van a servir de principal argumento a Portolés para excluir los bienes muebles del consorcio, no parecen expresar de modo indubitado la opinión del mismo sobre la materia. Pues si por una parte, parece hacer suya la opinión de los foristas (sin citar cuales sean éstos) en el párrafo citado y también en la v. *abolorium*, vuelve a reiterar esta afirmación con remisión también a los foristas. Por otra parte se observa que el término empleado reiteradamente por Molino, para referirse a los bienes integrantes de la comunidad consorcial, no es el de *hereditates*, sino el de *bona*. Tal ocurre en la misma v. *abolorium*²¹⁰: *abolorii bona si fuerint indivisa inter fratres*. En la misma voz define los bienes de abolorio como aquellos adquiridos por sucesión de los ascendientes o consanguíneos, contraponiéndolos a los adquiridos de otras personas o por otro título. Igualmente, al tratar de la sucesión *ab intestato*²¹¹ y presentando el acrecimiento consorcial como una excepción a las reglas que rigen la misma, emplea Molino, el término *bona* indivisa. Este término *bona*, comprende sin duda ambas clases de bienes; y por otra parte, pienso que es especialmente significativo el uso de este término por Molino teniendo en cuenta las reglas de interpretación a que se atenía y que él mismo cita con frecuencia²¹². No sólo lo antedicho me hace dudar de las primeras afirmaciones, que como he señalado siempre refiere como opiniones de los foristas, sino especialmente la categórica frase que este autor expone en la v. *alienatio*²¹³: *Alienare licet non possint filii hereditates aut alia bona paterna, aut avolorii ante divisionem*, remitiéndose expresamente a los Fueros 1º y 2º De

210.-Repertorio - folio 45 v.

211.-Molino, Miguel del - Repertorio, f. 308, vº.

212.-Por ejemplo en V. Filii (f. 141 vº): *interpretationem extensivam non habentis de foro, VI, in obser. de equo vulnerato* lo que afirma a propósito de la interpretación de filii sobre si comprende también a hijas.

213.-Repertorio - folio 15 vº.

Communī Dividundo y a la Observancia 14 *De Consortibus ejusdem rei*.

Aniñón²¹⁴ habla de bienes en general como objeto de la comunidad consorcial, en los que suceden, dice, los consortes con exclusión de los hermanos que no están en la comunidad, con remisión al Fuero 2º *De Communī dividundo*²¹⁵.

También Bardají²¹⁶ parece considerar la palabra *haereditas*, en su referencia a los Fueros *De Communī dividundo*, como la totalidad de los bienes que por sucesión reciben los hijos de sus ascendientes, cuando afirma: *Ideo venit restringenda, ut solum intelligatur in casibus a Foris et Obs dispositis, scilicet quando haereditas, seu bona communia obtinerint a parentibus de patre, matre, avis vel proavis*. Es decir que para Bardají, la palabra *haereditas* en estos Fueros, marca la distinción entre bienes heredados de los ascendientes y bienes adquiridos, pero sin distinguir dentro de los primeros entre inmuebles y muebles. Sin embargo Bardají, al tratar de las excepciones o limitaciones que Molino pone a la prohibición de disponer, entre ellas la limitación que hace a los bienes inmuebles, parece aceptar la misma y busca la razón de esta exclusión, diciendo que puede ser: *quia minoris aestimationes esse solent mobilia quam immobilia et ideo dominium illorum facilius admittitur*.

Las vacilaciones de la doctrina parecen terminar con Portolés, el cual, rebatiendo principalmente a Juan Pérez de Patos, que, como antes dije da a la palabra *haereditates* de los Fueros *De Communī dividundo* el significado de sucesión, afirma que la misma ha de entenderse en la acepción de campo, viña, olivar y predio: *illum forum, non in ea significatioue praedictium verbum sume-*

214 - Sereño Anón. Andrés - Tratado de Sucesiones testadas. Traducido por Martín y Gavir Joaquín Zaragoza 1888, pag. 106.

215 - En la transcripción de este Fuero que Martín pone a pie de página en base a la referencia de Anón, el citado autor traduce por herencia la palabra *haereditas* de Fuero. Mas cuando los hermanos o hermanas tuvieron divididos los herencias y suceden acaso que las y das.

216 - Bardají, Ibañeta - Comentarios en quatro aragonesium fororum libros. Cites: augustae 1882. f. 363.

re, ut successione[m] denotet, sed potius pro agro, vinea, oliveto, vel praedio illud capere, sicuti de communis loquendi usu in hoc regno, et in universa Hispania huiusmodi ita accipi solet..." "...et in hac significatione in praedicto foro primo, com. divid. accipitur."²¹⁷ Apoya Portolés su afirmación en Gregorio López y Matienzo citando también una serie de Fueros en los que la palabra *hereditates* tiene dicha significación²¹⁸. Invoca, así mismo, la autoridad de Molino, con expresa remisión a la voz *abolitorium* (f. 15, columna prima, ad med) de su Repertorio. Trata Molino en este lugar, del beneficio de la saca y de la delimitación del mismo a los bienes inmuebles de abolitorio, apoyándose efectivamente Molino en el Fuero 2º *De Communis dividundo* y en la equivalencia de *hereditatem* con bienes inmuebles.

Consecuente Portolés con el significado que asigna a la palabra *hereditas*, excluye de la comunidad consorcial los bienes que, aun recibidos por sucesión de un ascendiente, pertenezcan a la categoría de bienes muebles. Así abiertamente lo afirma al tratar del diferente modo de suceder en bienes libres y bienes consorciales²¹⁹: *in rebus mobilibus a consorte praedefuncto possessis, omnes fratres pariter succedere quoniam in rebus mobilibus nullum consortium inter fratres nascit*. Invocando la afirmación que, hemos visto, hace Molino (v. frater), también en los comentarios de Bagés, pero apoyándose más especialmente, en Gregorio López y Matienzo. Y, así, considerando la doctrina de estos dos autores afirma que los aragoneses no quisieron establecer vínculo de consorcio sobre los bienes muebles, al igual que en España tampoco suelen fundarse mayorazgos ni establecerse vínculos de feudo sobre dicha clase de bienes. Desarrolla Portolés más extensamente el tema de la exclusión de los bienes muebles del consorcio, en el capítulo XLVII. Y aquí argu-

217 - Portolés Hieronymo, *Tractatus de consensibus eiusdem rei et fiduciariis legalibus*, Caesaraugustae, 1730, pág. 61.

218 - El Fuero único *De iure emphiteutico*; De rinas, Artº 81 matridine, el Fuero final *De Communis dividundo* y en la Observancia 2ª *Título De iure emphiteutico*.

219 - Portolés, *Tractatus De consensibus*, cap. XLII, nº 28, pág. 159 y pag. 166 del mismo cap. y nº en la traducción de Marón, Zaragoza, 1808.

menta que, empleando los Fueros *De Comuni dividundo* la palabra *haereditates*, que, dice, según Molino significa bienes inmuebles, no puede extenderse el consorcio a los bienes muebles pues si así se hiciera recibirían los Fueros una interpretación extensiva, lo cual no procede; a más de que si hubieran querido incluir en el consorcio toda clase de bienes, dice, hubieran empleado el término *bonis* y no *haereditates*. Una vez sentada esta afirmación, trata Portolés de buscar la razón por la que los Fueros no establecieron vínculo consorcial sobre los bienes muebles y para ello aduce distintas suposiciones: por una parte, dice, bien pudiera ser que consideraran la posesión de bienes muebles como vil y adyecta, y que, por lo tanto, en ellos, como en cosa de poco valor, no se debía poner vínculo consorcial. La causa, también pudiera ser, dice, que, establecido el consorcio con el fin de conservar unidos los bienes entre los hermanos, esta finalidad no puede cumplirse en los bienes muebles, puesto que se consumen en breve tiempo y están expuesto al hurto y a la corrupción.

Con estos argumentos, exponentes claros de la formación romanística de Portolés, quedó, ya para siempre, zanjada la cuestión de la inclusión o no de los bienes muebles en el acervo consorcial. Cuando, a lo que me parece, la fórmula *villis mobilium possessio* ha sido indudablemente exagerada, si tenemos en cuenta, como pone de manifiesto García de Valdeavellano,²²⁰ que el ganado, bien mueble por excelencia en la Edad Media, no debió de considerarse, precisamente, *res vilis*. Y considerando también, que la oposición entre clases de bienes que los Fueros y Observancias plasman parece referida a bienes propios (patrimoniales o de abolorio) y bienes adquiridos. Y no a bienes inmuebles y muebles.

De cualquier manera, la cuestión quedó aquí resuelta y unánime ha seguido, en el sentido de que las disposiciones de los Fueros

220 - García de Valdeavellano, Luis. "Bienes muebles e inmuebles en el Derecho medieval español". Estudios medievales de Derecho privado. Universidad de Sevilla, 1977, pag. 5 con cita de Polusky y Meijano.

De *Communi dividundo* se refieren a los bienes sitios o inmuebles, lo que significó que la palabra *haereditas*, en su referencia concreta a los Fueros De *Communi dividundo*, se considerase no como designación de cualquier bien inmueble sino solamente de los bienes inmuebles heredados de ascendientes, es decir bienes inmuebles o sitios patrimoniales o de abolorio.

4.- Opinión de la doctrina hasta la derogación de los Fueros y Observancias.

La opinión de Portolés haciendo recaer el consorcio solamente sobre los bienes inmuebles tuvo una influencia determinante en los autores del siglo XVIII y XIX que no volvieron a plantearse la cuestión y aceptaron, sin más dudas, que el consorcio recaía solamente sobre los bienes inmuebles, citando la autoridad de Portolés, como base y fundamento de su afirmación.

A comienzos del siglo XVIII se publica el *Tirocinium de Lissa*, primer manual sistemático de nuestro Derecho, y que sigue el orden de las Instituciones de Justiniano. Sobre la materia que nos ocupa, dice Lissa que el consorcio recae sobre "los bienes raíces" que adquieren los hijos y nietos por sucesión de sus padres o abuelos²²¹.

De la misma opinión es Franco de Villalba²²², pues si en el extracto latino que del Fuero 1º De *Communi dividundo* hace, parece deducirse otra cosa, ya que traduce la palabra *hereditatis* del Fuero, por *bona: bona communia indivisa*, después, en su glosa, limita esta expresión y afirma que solamente entran en la comunidad consorcial los bienes inmuebles, con cita de Molino, Portolés y Bardají. Da como razón, que los bienes muebles no pueden poseerse proindiviso, argumento ya desechado por Bardají, por cuan-

221.- Lissa *Tirocinium Jurisprudenciae forensis, seu animad versiones theorico-practicae juxta foros Aragonum, in IV libros Institutionum Juris Imperatoris Justinianum*. 2ª ed. Zaragoza, 1799, libro II, ff. XXVIII.

222.- de Villalba, Franco. *Forum atque Observantiarum Aragoniae Codex, Caesaraugustae, anno MDCC.XLIII*, págs. 357 y 358.

to no alcanzaba a ver diferencia de razón entre la proindivisión en propiedad o en posesión.

En el último tercio del siglo XVIII se publican las notas de Asso y de Manuel a sus Instituciones de Derecho Civil de Castilla, muy breves, y en cuanto al tema del consorcio se limitan a exponer la doctrina sentada por Portolés, al igual que pocos años después hace su comentador Palacios.

Tampoco Franco y Guillén se plantean dudas al respecto y con remisión expresa a Portolés, afirman que únicamente se formará el consorcio sobre los bienes inmuebles²².

En el mismo sentido y con el mismo fundamento: Del Plano, Martón y Santa Pau y luego Dieste en su Diccionario, Blas de la Peña, que en su Recopilación, si en un primer momento habla de herencia, después matiza, que solamente son bienes consorciales los inmuebles. Los manuales de la Biblioteca Judicial y de Gutiérrez (D. Benito) no aportan en este sentido nada nuevo.

Ya en el presente siglo, Isábal²⁴ hace un estudio de la palabra *hereditatis* con el fin de ver de determinar el significado que a la misma atribuyen los Fueros. Acaba el mismo diciendo: "a fin de cuentas, constituye la tradición jurídica constante en Aragón, que sobre los bienes inmuebles solamente, más sin distinguir entre los rústicos y urbanos, hace recaer el consorcio". La tradición jurídica, a partir especialmente de Portolés, es constante.

También es posible que esta reducción de la comunidad consorcial a los bienes inmuebles, fuera debida, aparte del efecto determinante de la doctrina, a la propia evolución de la figura, acompañada ésta al desenvolvimiento de la sociedad, que con la aceptación, cada día mayor, de los conceptos privatísticos sobre la propiedad, junto a la posibilidad, también mayor, de tener los

223 - Franco y López (Luz) y Güiter y Carvajales Felipe. Instituciones de Derecho Civil Aragónés. Zaragoza. 1841. pág. 223

224 - R. C. P. 1916 nº 61. pág. 309. Artículo sobre "El Consorcio Foral".

consortes bienes al margen de los consorciales, hizo que la comunidad consorcial pasase a ser una comunidad sólo sobre bienes, no implicando ya vida en común ni trabajo en común, trayendo como consecuencia que sólo los inmuebles, como bienes más importantes y representativos del patrimonio familiar, entraran en ella.

Sea por una causa o por otra, la opinión ha sido constante en considerar que las disposiciones forales alcanzan sólo a los inmuebles de patrimonio o de abolorio.

La doctrina de este siglo al igual que la jurisprudencia hacen recaer el consorcio sobre bienes inmuebles. Así Serrano Millán²²⁵, Otto Escudero²²⁶, Martín Costea²²⁷, Muñoz Salillas²²⁸. También Merino Hernández²²⁹ al estudiar el elemento objetivo en la época histórica, da a la palabra *hereditat* (empleada por los Fueros en su versión romance) la significación de bienes inmuebles o raíces, basándose: "en el concepto, en el que tradicionalmente fué interpretado por la doctrina científica", con cita de Portolés, Franco y Guillén y Muñoz Salillas. También en el Fuero 3º *De Communi dividundo*.

El profesor Lacruz²³⁰, opuestamente, sostiene la opinión, compartida por mi parte, que en el Derecho histórico la herencia indivisa entre descendientes entraba toda en el consorcio. En el mismo sentido se expresa Martínez Guijón²³¹ al considerar que, en el consorcio foral, la herencia indivisa es poseída en común por todos los coherederos. Como igualmente, con anterioridad, lo había

225.-Serrano Millán, Luciano. *En cien años de legislación y jurisprudencia*. Ed. C.A.Z. 1983, pág. 124.

226.-Otto Escudero, Nicolás. *Elementos de Dº Civil*. Barbastro 1924 pág. 174.

227.-Martín Costea, Alberto. "Del consorcio foral". *Calatayud*, s. I, pág. 21.

228.-Muñoz Salillas, Juan. "El consorcio foral" ADA 1953-54, pág. 137.

229.-Merino Hernández, José Luis. *El consorcio foral*. Librería General. Zaragoza, 1976, pág. 75.

230.-Lacruz Berdejo, José Luis. "El Consorcio foral Aragonés". Ed. Moneda y Crédito. Madrid, 1977, pág. 332.

231.-Martínez Guijón, José. "La comunidad hereditaria y la partición de bienes en el Dº medieval español" AMDE 1957-58, pág. 222 y 22.

considerado Hinojosa²³². También el profesor Lalinde²³³ parece considerar incluidos en el consorcio los bienes muebles por cuanto dice: "El denominado consorcio foral, que corresponde a los hermanos que heredan conjuntamente una cosa indivisa..."

5.- Jurisprudencia.

Los Tribunales, tanto de la Audiencia de Zaragoza como del Supremo, en las veces que han tenido ocasión de pronunciarse al respecto, han sido unánimes en considerar que el consorcio foral recaía solamente en bienes inmuebles. Así, las Sentencias de Audiencia de Zaragoza de 22 de Marzo de 1861; "El consorcio foral sólo se forma en los bienes inmuebles", de 8 de Febrero de 1917 y 15 de Junio de 1918, en el mismo sentido. También el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 12 de Junio de 1910: "... para la existencia del Consorcio foral, basta que los descendientes hereden de sus ascendientes, bienes sitios proindiviso..."²³⁴.

III.- RÉGIMEN ACTUAL.

1.- Bienes inmuebles.

Señala el artículo 58 de la Ley de Sucesiones, como antes hiciera el artículo 142 de la Compilación aragonesa, que el consorcio nace cuando varios hermanos o hijos de hermanos heredan de un ascendiente bienes inmuebles ... en tanto subsista la indivisión.

232 - Hinojosa y Navarros Eduardo: "La comunidad doméstica en España durante la Edad Media. La Lectura Año V nº 55, Madrid, Julio 1906 y también en "La herencia aragonesa", pág. 260 en T. de Obras de E. de Hinojosa, con un estudio de García Gayo. Ministerio de Justicia, Madrid, 1948.

233 - Lalinde Albelidia, Jesús: Comentarios a la compilación del Dº Civil de Aragón.

234 - Esta sentencia fue la primera en la que el T.S. tuvo ocasión de pronunciarse sobre el consorcio foral, ya que aunque otras dos anteriores, una de 1-12-1887 y otra de 1812 fueron objeto de recurso, en ellas el T.S. nada tuvo que declarar respecto al consorcio foral. Las infracciones alegadas en el primer recurso fueron de disposiciones referentes a devolución de lujos, prescripción y otros externos; en el segundo, que no era de fondo, sino por quebrantamiento de forma, no habiéndose cumplido para que se alegase infracción alguna de aquellas o 336.

El art. 334 del Código Civil contiene una larga enumeración de bienes que califica de inmuebles. Nuestra doctrina, inspirada en la francesa, divide los términos de la enumeración del Código en tres clases de inmuebles corporales: (por naturaleza, por incorporación y por destino) y un ulterior grupo de los que llama "inmuebles por analogía" que comprende las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles (art. 334-10º). Pero, como pone de manifiesto el profesor Lacruz²³⁵, "los derechos no son bienes inmuebles, sino que recaen, en su caso, sobre bienes inmuebles, debiéndose entender el apartado 10º en el sentido de que el legislador, a determinados derechos, sea por su relación con una finca o por su trascendencia económica y fácil reconocibilidad y localización, les otorga el trato jurídico de las fincas".

¿Todos los bienes relacionados en este precepto entran a formar parte del consorcio foral? Opino que según la actual Ley, al igual que conforme al artículo 142 derogado, se entienden consorciales todos los bienes enumerados en el art. 334 del Código Civil que se hallen dotados de autonomía. Así opinaba el profesor Lacruz²³⁶ para el 142 de la Compilación, afirmando que en virtud del 334 Cc se entenderán comprendidos no sólo los inmuebles por naturaleza, opinión que parece sustentar Merino Hernández²³⁷, sino los inmuebles por analogía. Como afirma el profesor Lacruz²³⁸: "En verdad, lo importante es que la cosa sobre la que recae el derecho real sea inmueble, pero en cuanto al derecho mismo nada dice la Ley y ningún motivo serio hay para excluir del Consorcio cualesquiera derechos perpetuos o temporales que representen facultades de goce sobre un inmueble". Excluyéndose únicamente los derechos reales de garantía en razón a su accesoriedad a un derecho de crédito.

235-Lacruz Berdejo - Luna Serrano y Rivero Hernández. *Elementos de Derecho Civil - Parte General*—V3º. Bosch 1984, pág. 27.

236-Lacruz Berdejo, José Luis - *El Consorcio foral Aragonés*. Moneda y Crédito 1977, pág. 331.

237-Merino Hernández, José Luis. *El Consorcio foral*. Librería General. Zaragoza 1976, pág. 75.

238- Op. y loc. cit.

2.- La presunción aragonesa de inmovilidad.

Podría plantearse la duda de si el concepto de bienes inmuebles a que se refiere el artículo 58 de la Ley de Sucesiones se extiende a los enumerados en el artículo 39 de la Compilación, es decir a aquellos bienes que, teniendo ordinariamente el carácter jurídico de muebles, en Aragón pueden ser considerados como inmuebles por virtud de la presunción que el citado artículo establece. El concepto de bienes inmuebles a efectos consorciales no se extiende a los enumerados en este artículo, al menos aplicando el mismo. Si bien, como ya he dicho al inicio del tema, en determinados supuestos sería posible extender el consorcio a empresas, con apoyo en el ap. 4º y 5º del artículo 334 Cc.

La atribución de la condición inmobiliaria a determinados bienes muebles, o presunción de inmovilidad que opera en virtud de lo preceptuado en el art. 39 de la Compilación, responde a una necesidad concreta originada por el hecho de que la comunidad conyugal de bienes abarca en Aragón todo el patrimonio mueble de los cónyuges y, en parte, los inmuebles adquiridos constante matrimonio.

Por ello, y debido a la mayor importancia que tienen determinados bienes muebles, el legislador, en el art. citado, establece la presunción por virtud de la cual determinados bienes muebles se reputan inmuebles; pero esta presunción de inmovilidad opera solamente a efectos de excluir dichos bienes de la sociedad conyugal, evitando, de esta manera, que bienes, por su naturaleza muebles, pero de considerable valor queden inmersos en el patrimonio común de la sociedad conyugal, con la subsiguiente desviación de una rama familiar a otra.

Así, la aportación de muebles por sitios sólo tiene valor para el régimen económico de la familia, valiendo en cualesquiera otros aspectos la condición efectiva y real de los bienes. En este sentido, el profesor Lacruz²²⁹ cita dos interesantes Sentencias de fecha 27 de

229. *Comentarios a la Compilación*. Pág. 134

Febrero de 1892 una, y de 28 de Mayo de 1864 la otra, en las que a efectos sucesorios no se estuvo al carácter con que se aportaron los bienes sino a la naturaleza de los mismos.

3.- ¿Es necesario que los bienes inmuebles se tengan en pleno dominio?

Un bien inmueble no supone necesariamente la plena propiedad de una cosa, también entran en esta categoría los derechos inmobiliarios. Aunque la propiedad sea el prototipo o el paradigma de los derechos reales, al lado de ella hay otros derechos, que, aun recayendo sobre cosas ajenas, merecen la consideración de derechos reales, pues permiten a sus titulares el ejercicio de facultades derivadas de disfrute y explotación y les permiten dirigirse o accionar directamente contra los terceros. Teniendo esto en cuenta, considero que el vínculo consorcial se establece, no sólo cuando el bien o bienes inmuebles son adquiridos por los hermanos en plena propiedad, sino que también nacerá cuando sobre dicho bien adquieran en proindivisión derechos distintos de la propiedad, pero autónomos, puntualiza el profesor Lacruz²⁴⁰. Al respecto, el insigne profesor, cita como derechos susceptibles de hacer nacer el consorcio: "el dominio útil; una servidumbre personal de carácter real (un derecho de pastos perpetuo, por ejemplo); el usufructo atribuido conjuntamente a varios hermanos por un período de tiempo etc.". Opina el profesor Lacruz, opinión que comparto, que: "aun en una interpretación estricta, tales derechos, recayendo sobre inmuebles, son bienes inmuebles, y no hay en ellos ineptitud para soportar, una vez tenidos en común, las limitaciones que el consorcio entraña".

Esta postura no compartida por Merino Hernández²⁴¹ que pensaba, opuestamente, que la vinculación consorcial sólo se producía en las comunidades en pleno dominio, excluyendo, en particu-

240.- Lacruz Berdejo, José Luis. Op. cit. pág. 331.

241.- Merino Hernández, José Luis. El consorcio foral, pág. 83 y 88.

lar, el caso de la nuda propiedad que corresponde a los herederos cuando sobrevive el cónyuge del causante, o en las donaciones intervivos cuando el cónyuge supérstite del donante ostentara ese derecho por no haberlo renunciado expresamente.

Este autor basa, fundamentalmente, su posición en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de Octubre de 1909 y en la Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 7 de Octubre de 1910, que requiere, para que exista Consorcio, la adquisición material común de bienes inmuebles indivisos. Según Merino, "esta idea de la adquisición material significaría que los beneficiarios de los bienes obtuvieran sobre los mismos el pleno derecho de propiedad en cuanto determinante del doble poder fáctico y jurídico sobre los bienes transmitidos". Contrariamente, dice, la nuda propiedad, por principio, está excluida de esa inmediatez física respecto del bien sobre el que recae.

El segundo argumento que emplea Merino en apoyo de su tesis es la propia expresión legal "bienes inmuebles" de la Compilación Aragonesa, que, según él, hace referencia a los bienes en sentido total y pleno y no a la mera o nuda propiedad sobre ellos, dado que ésta no comporta la efectiva y física adquisición de los mismos, en tanto viva el usufructuario o no renuncie a su derecho.

Por último, piensa Merino, que la propia expresión del Fuero I^o *De communi dividundo* abona su tesis. Para ello toma la versión romanceada contenida en el Manuscrito 207 de la Biblioteca Universitaria de Zaragoza²⁴⁷ que dice: "Todas las heredades que pertenexen a fillos o a fillas de aguelos o de padre o de madre muertos, muertos sus padres..." y entendiendo que la frase "muertos sus padres" parece reiterar la exigencia de muerte de los mismos, deduce que sólo puede significar que el consorcio no nace hasta tanto los padres, ambos, hayan fallecido. Esta interpretación, pensando Merino en el usufructo viudal, le hace afirmar que el consorcio foral

247 - Los Fueros de Aragón. Traducidos por el profesor Lázaro Berdeja y Jesús Borja Cuenca. Palegata 165

no nace hasta la desaparición del usufructo del cónyuge superviviente, difiriendo así el nacimiento del consorcio a un momento posterior al de la transmisión de los bienes. Pudiendo incluso ocurrir, dice, que el Consorcio no llegue a nacer, "supuesto que se daría si al momento de la extinción del usufructo ya se hubiera verificado la partición de los bienes tendencialmente consorciales".

El profesor Lacruz²⁴³ ante la postura de Merino, dice: "salvo la sentencia castellana citada, no encontramos en los textos argumentos claros en favor de esta opinión. El Fuero *Communi dividundo* procedente del siglo XII o anterior, está pensado para una situación en la que no existía propio usufructo viudal, sino comunidad continuada del cónyuge sobreviviente con los hijos, en la cual era impensable que un hijo intentase enajenar su parte sin separarse del grupo. Y, por otra parte, tradicionalmente ha venido admitiéndose la vinculación consorcial del dominio útil o del directo (Portolés)".

Por mi parte, analizaré los argumentos expuesto por Merino Hernández, en especial la Sentencia del Tribunal Supremo en que se apoya.

A. Doctrina del Tribunal Supremo.

Hasta el recurso de casación que dió lugar a la Sentencia de 12 de junio de 1.900, no había tenido ocasión el Tribunal Supremo de resolver cuestiones referentes al Consorcio Foral. Pues, si bien otras sentencias de la Audiencia de Zaragoza (la de 10 de diciembre de 1.887 y la de 12 de mayo de 1.892) fueron objeto de recurso, nada tuvo que declarar este Tribunal respecto a la figura consorcial al no tratarse de infracción de ley ni de doctrina legal concerniente a esta institución.

Esta sentencia resuelve la cuestión que estoy tratando y que, ya en su tiempo, era objeto de vivas discusiones.

Tratábase en el pleito de la existencia de Consorcio Foral entre cuatro hermanos, dos de ellos fallecidos sin hijos. La Audiencia había

243.-Lacruz Bertrán, José Luis. *El consorcio foral Aragonés*, pág. 331.

negado (S. 29 Octubre 1899) la existencia del Consorcio y en consecuencia el derecho de acrecer que implica para los hermanos consortes, por estimar que, ocurrido el fallecimiento de dos de ellos con anterioridad a la muerte de la madre usufructuaria, no había nacido el Consorcio, dado que tales consortes sólo ostentaban proindiviso la nuda propiedad, por lo que se consideraba haber una indivisión no voluntaria sino forzosa. Se interpuso recurso de casación por infracción de los Fueros 1.^o y 2.^o *De Communis Dividendo* y de las observancias *De consortibus ejusdem rei* reguladoras del Consorcio.

El Tribunal Supremo casa la sentencia y dice, al respecto: *La propia resolución se impone porque reconociendo la Sala (la de la Audiencia) que a la muerte de don M.S. adquirieron los cuatro hijos de su segundo matrimonio la nuda propiedad proindiviso de los bienes inmuebles, con cuyo usufructo fue favorecida la madre de éstos, es evidente que entre dichos cuatro hijos se constituyó el Consorcio Foral, institución peculiarísima de la legislación aragonesa, que entre otros efectos produce el que la parte del que muere sin hijos acrece a sus consortes mientras la indivisión subsista, en razón a que para la existencia del Consorcio basta que los descendientes hereden de sus ascendientes bienes sitos proindiviso y no es requisito indispensable que la comunión se renuncie por voluntad de los consortes, como afirma la Sala Sentenciadora, porque la razón de la Ley se da lo mismo en este caso que en el de que exista algún estorbo para acabar con la indivisión y porque ninguno de los textos citados autoriza semejante distinción, ya que no pugne con la doctrina que de ellos se deriva, según la que el Consorcio Foral principia con la indivisión y concluye con ella.*

Aplicando la doctrina de esta sentencia del Tribunal Supremo ha dictado la Audiencia de Zaragoza otras dos, la de 8 de febrero de 1917 y la de 15 de junio de 1918. En los dos casos se trataba de hermanos que, no habiendo dividido los bienes que, heredados de su ascendiente paterno, tenían en nuda propiedad subsistiendo la viudedad del cónyuge sobreviviente, habían dispuesto de su parte en testamento. En ambas se rechaza la aplicación de la alegada Obs. 5.^a *De consortibus ejusdem rei* por incompatible con la 1.^a y 6.^a y en la primera de las sentencias citadas, se indica que *la exis-*

tercia del usufructo vital no impide el Consorcio, siendo posible proceder a la división de la nuda propiedad.

Esta es la doctrina del Tribunal Supremo seguida y aplicada como acabamos de ver por la Audiencia Territorial de Zaragoza. Veamos la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de octubre de 1909 en la que el notario Merino basa su afirmación de no nacimiento del Consorcio sobre la nuda propiedad de bienes proindiviso.

En los resultandos de esta Sentencia, donde aparece un amplio extracto de las alegaciones de las partes, nada se dice, directa ni indirectamente del Consorcio Foral. Ni había por qué: el asunto era de *tercería de dominio* instada por una madre a quien, además del usufructo sobre los bienes del padre premuerto, correspondía la facultad de distribuirlos entre sus hijos, herederos de éste. Dió lugar a esa demanda la venta que de su parte indivisa hizo uno de sus hijos y la subsiguiente ejecución promovida por un acreedor de éste, en la que se embargó la parte vendida, aunque el Registrador sólo tomó anotación preventiva en lo referente al derecho de retraer, que el vendedor se había reservado, denegándola en cuanto a la nuda propiedad y al usufructo.

En este asunto cabía que los hermanos del hijo vendedor hubieran ejercitado la acción de nulidad de la venta en razón al consorcio existente entre ellos pero ¿cómo podía hablarse de consorcio entre la madre y los hijos?

Sin embargo, en el 4º motivo del recurso de casación se alegó infracción legal por aplicación indebida de los Fueros 1º y 2º *De communi dividundo* y las observancias 13 y 14 *De consortibus ejusdem rei*. La propia Sentencia reconoce que no es posible discutir en la *tercería* la posible invalidez de las enajenaciones realizadas por la existencia del Consorcio, pues la madre carece en absoluto de acción, ya que serían los herederos interesados en el Consorcio Foral los que hubieran tenido que pedir previamente la nulidad de la ejecución y del título.

En el último Considerando es donde el Tribunal Supremo hace las dos declaraciones siguientes:

1) Que ninguno de los Fueros relativos al Consorcio Foral tiene aplicación al caso del recurso, por no ser extensivos a la madre en la relación de ésta con los hijos y 2) que teniendo éstos la nuda propiedad de los bienes dejados por su padre por gozar del usufructo la madre, hay notoria incompatibilidad entre su estado y el del supuesto Consorcio.

Es en esta segunda afirmación donde se basa Mézino para excluir la nuda propiedad como objeto del Consorcio.

Sin embargo ya Isábal, al comentar esta Sentencia¹⁴, decía: *de la segunda declaración, pudo prescindirse, porque retardando un poco su texto, pudiera producirse alguna oscuridad. Si lo que se ha querido indicar es que entre la madre usufructuaria (y aunque no lo fuera) y sus hijos herederos del marido y padre respectivamente no cabe Consorcio Foral, decirlo no era necesario, está bastante significado en la declaración anterior, si se hubiera querido dar a entender que el Consorcio es incompatible con la existencia del usufructo, no cubriendo aquel mientras éste dura, se habría vuelto a la doctrina en que la Audiencia firmó la Sentencia que el Tribunal Supremo casó en 12 de junio de 1900. Pero no es de creer que, a ser ese el propósito, hubieran dejado de emplearse términos más claros; sobre que la exposición de tal doctrina no aparece pertinente en un pleito planteado en los términos que he indicado; todo se reduce sin duda a que quiso reforzarse la primera parte del Considerando con las palabras de la segunda. Quedó de todos modos evidenciado, una vez más, el concepto especial a que hay que ceñirse cuando de Consorcio Foral se trata.*

Este comentario del gran foralista Marceliano Isábal pone bien de manifiesto el alcance de la afirmación referida de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1909.

b) En cuanto al argumento de que la nuda propiedad carece de inmediatez física, hay que alegar que el hecho de hallarse despro-

244 - H. I. F. 1918 230. 302 y RCF. Tomo I. pag. 277

vista de las facultades de goce no excluye que constituya un derecho real actual y precisamente de dominio de un bien inmueble, cuya división puede reclamarse aun separado del usufructo, dominio que puede ser objeto de tráfico intervivos y sucesión a causa de muerte; que tiene valor patrimonial a veces muy elevado y vocación a su reconstitución.

c) En cuanto a la apoyatura en la frase "muertos sus padres" empleada por la versión romanceada en los términos antes transcritos, ya he expuesto la opinión del profesor Lacruz, que comparto totalmente. Que en el Derecho aragonés anterior a 1247 la continuación de la comunidad es una institución legal, mientras que la viudedad sobre todos los bienes era puramente convencional, no sólo se prueba por los numerosos testamentos en que ésta se dispone, (disposición innecesaria si fuera legal) sino, y principalmente, porque ni en el Derecho de Jaca ni en las Recopilaciones privadas se regula la viudedad legal y sí en cambio y con minuciosidad el usufructo de la mujer infanzona sobre las arras, haciéndose también referencia a la continuación de la comunidad matrimonial por el cónyuge viudo con los hijos comunes, instituciones que, como afirma el profesor Lacruz²⁴⁵, forman un sistema bastante completo de protección al cónyuge sobreviviente, en el que la viudedad legal no tiene puesto alguno.

Esta situación de comunidad continuada es la que explica, a mi entender, la dicción del fuero: presenta éste dos supuestos: a) cuando los hijos a la muerte del padre o madre o abuelos reciben los bienes y b) cuando, por continuar el cónyuge supérstite con los hijos la comunidad, necesitan la muerte de este segundo progenitor para que nazca el consorcio, por cuanto la comunidad continuada y no el usufructo vidual, es la que resulta incompatible con el consorcio.

La viudedad es especie distinta de la comunidad continuada. Aun habiendo hijos del matrimonio y extendiéndose el usufructo

245.- Lacruz Berdejo, José Luis. *El régimen matrimonial de los Fueros de Aragón*, pág. 125. ADA, 1946.

vidual 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 que integran el activo de la misma, por definición, como resultado normal de la continuación del funcionamiento de la comunidad, cuyo patrimonio varía en cada momento; la viudedad sólo por razones prácticas puede excluirla, porque en rigor nada se opone a que se atribuyan los bienes a los herederos del premuerto en nuda propiedad y estos proceder a la división de la misma. Por lo demás los frutos de los bienes conyugales van a parar, en la comunidad continuada, al fondo de la misma, en la viudedad al patrimonio del cónyuge usufructuario. La administración y posesión de los bienes del matrimonio se obtienen en cada caso por título distinto.

En consecuencia con todo lo anteriormente expuesto, creo que ni aun en una interpretación estricta de la Ley, deben excluirse como elemento objetivo del Consorcio, los derechos sobre inmuebles, que son bienes inmuebles. Exceptuando los derechos reales de garantía como antes afirmé.

-CAPITULO 5º TITULO ADQUISITIVO

Del análisis realizado en el capítulo precedente sobre la palabra *hereditatis* y del significado asignado a la misma, se deriva o está íntimamente conexionado el tema ahora a tratar, es decir ¿cuál es el título de adquisición de esos bienes indivisos, que va a venir a determinar el nacimiento del consorcio? Tanto si a la palabra *hereditatis* le asignamos el significado de herencia, omnicomprendiva así de todos los bienes heredados, como si consideramos que a sólo una parte de esta herencia (los inmuebles) alcanza el consorcio, siempre se llegará a la determinación que el título inductor del consorcio era, y es, el de sucesión hereditaria.

La vigente Ley de Sucesiones -como veremos al tratar este tema en la regulación actual- es clara al respecto por cuanto señala como título capaz de producir consorcio: herencia, legado y donación.

I.- TÍTULO PARA INDUCIR CONSORCIO EN LOS FUEROS DE COMMUNI DIVIDUNDO Y OBSERVANCIAS DE CONSORTIBUS EJUSDEM REI.

Tanto los Fueros 1º y 2º *De Communi dividundo* como la Observancia 13 *De consortibus ejusdem rei* consideran como título para inducir consorcio el hereditario. Concepto que confirma el

Obispo D. Vidal en diferentes pasajes de su obra, así cuando dice: "... si aquella heredad o possession vino a estos (los consortes) por razón de heredar que descendía en ellos de sus mayores..." "El dreito de la heredad o possession o el dreito de la partida d'eillas que viene a muchos, que descendun de sus mayores, por razón de heredar de los bienes de padre, de madre o encara del abolorio..."²⁴⁶. D. Vidal en otros pasajes, a los consortes los denomina herederos, precisando que estos bienes los pueden heredar con destino o sin destino²⁴⁷.

Una diferencia notable se observa entre los Fueros *De Commun dividundo* y la Observancia 13 citada y es que, mientras los Fueros hablan de bienes recibidos de padres o abuelos, la Observancia al decir: "...ex successione parentum vel consanguineorum" amplía el consorcio a casos no previstos por los Fueros. Efectivamente, en los textos forales no se prevé que los bienes recibidos de los consanguíneos entren a formar parte de la comunidad consorcial, sin embargo el obispo D. Vidal sí contempla este supuesto; Así, cuando trata del consorcio, contraponiéndolo a la copropiedad sobre bienes indivisos no recibidos por los hermanos a título hereditario, dice: "Demientre la possession o la heredad que viene de abuelo, de abuela, de padre, de madre, de hermano o de cormano es possedido d'aqueillos comunament por cosa non partida"²⁴⁸. Vemos, pues que D. Vidal comprende entre los bienes consorciales no sólo los que se reciben por sucesión inmediata de los ascendientes, sino también los que provengan de hermano o de cormano, como hace la Observancia 13 *De consortibus ejusdem rei*. Parece así esta Observancia proceder del Vidal Mayor, lo que concuerda con la tesis mantenida por el profesor Delgado Echeverría²⁴⁹ sobre el valor del mismo y su alegación y aplicación en los Tribunales.

246.- Vidal Mayor, Libro IV, parágrafos 72 y 30.

247.- Vidal Mayor, libro IV, 30.

248.- Vidal Mayor, libro IV, 34.

249.- Véase sobre este tema el magnífico trabajo del profesor Delgado Echeverría, Jesús, en Vidal Mayor - Estudios - Diputación Provincial e Instituto de Estudios Aljarogoneses de Huelva 1989, págs. 45 y ss.

Jaime de Hospital²⁶⁰, en sus Observancias, también alude a esta extensión del consorcio, aunque con mayor alcance que lo hace la Observancia 13, dado que establece la prohibición, para los hermanos, de disponer sobre los bienes que tengan en proindiviso provenientes de los padres o de cualquier otra procedencia: "*Item de consuetudine regni et foro etiam est quod ubi duo vel tres fratres aut plures non dividunt bona paterna, vel alia provenientia...*". Curiosamente la Observancia 13^a delimita esta expresión, aunque sin suprimirla, con la referencia expresa a "*ex successione parentum vel consanguineorum*", incorporando al pie de la letra el resto de la Observancia de Jaime de Hospital.

Cabría pensar que esta extensión del consorcio a bienes que por sucesión se reciben de consanguíneos (limitado a hermanos o hermanos según D. Vidal) se refiere solamente a bienes de abolorio, y ésto considero que está de acuerdo con la ratio de la figura. Sin embargo la doctrina consideró que comprendía todos los bienes que reciben los hermanos directamente de un consanguíneo.

En definitiva el título para inducir consorcio, según los textos forales, es el sucesorio, tanto cuando se sucede a ascendientes como a consanguíneos.

II.- SUCESIÓN TESTADA E INTESTADA.

No requiere el consorcio para su nacimiento que los bienes se reciban por sucesión legal; es cierto que en este caso siempre se dará el consorcio, por cuanto la proindivisión es consustancial a la misma si hay pluralidad de sucesores, pero igualmente nacerá en los supuestos de sucesión testada o paccionada, cuando el ascendiente hubiere dispuesto de determinados bienes inmuebles pro indiviso a favor de descendientes.

²⁶⁰ -Huspin. Jaime de - Observancias del Reino de Aragón - publicadas con introducción y estudio crítico por Martínez Quez. Consejo Zarágozà 1977. Liber Tertius - Titulus IX De Consortibus eisdem rei [19].

Esta cuestión no parece que planteara problemas en el Derecho histórico ya que, respecto a la misma, la doctrina fué unánime en considerar que, refiriéndose los Fueros y Observancias reguladores del consorcio, a sucesión, tal referencia abarcaba todo tipo de sucesión. Hemos visto como el obispo Vidal²⁵¹ precisaba ya la cuestión puntualizando que era indiferente que la sucesión en los bienes hubiera tenido lugar por disposición testamentaria²⁵² o, en ausencia de ella. Exigiendo solamente que cada heredero o consorte no conociera su parte determinadamente. "Empero, si muitos partieren entre sí los bienes que heredaron sin destin d'alguno o con destin, en los quales bienes devian heredar por razón d'aqueill dreito de heredar que caya en eillos, et en guisa que non seynnalen a cada I cierta part, más a dos ensemble o a muitos assignaren aqueilla part non partida".

Molino no parece hacer especial referencia a esta cuestión. Si en cambio Bardaji²⁵³ si bien solamente para decir que la sucesión exigida tanto puede ser "*ex testamento vel ab intestato*". Es Portolés²⁵⁴, el que argumenta sobre la cuestión, aunque sus disquisiciones van encaminadas a contrarrestar las afirmaciones realizadas por autores romanistas que estimaban, con apoyo en el Digesto, que el empleo de la palabra "*successio*" debía ser entendido como sucesión *ab intestato*. Portolés, en cambio, opina, con base a la palabra "*pertinent*" que emplea el Fuero 1º *De Comuni dividundo* y la palabra *successio* empleada por la Observancia 13 *De Consortibus ejusdem rei*, que existe consorcio entre los hermanos también cuando obtienen los bienes pro indiviso por sucesión tes-

251.- Vidal Mayor. IV. 37

252.- Como refiere Alonso Lambar. M. R. O. N. 1954 V. VI pág. 86) si con espíritu romanista consideramos esencial e imprescindible para la existencia del testamento la atribución de herencia, no encontramos verdaderos testamentos hasta casi el siglo XII, es decir, hasta la recepción del Derecho romano. No obstante hay documentos de épocas anteriores manifestándonos testamentos con institución de heredero, pero son raros. Ahora bien, si por testamento, con orientación más moderna, entendemos simplemente el acto por el cual la persona manifiesta su última voluntad, será que esta sea cumplida después de su muerte, no cabe duda que existen verdaderos testamentos en nuestro Derecho aragones de la Alta Edad Media y que la institución viene regulada en las fuentes legales de la época.

253.- Bardaji Ibando. *Comentarios*... Julio 1916 vº.

254.- Portolés Jaime. *Tratado de sucesiones*... cap. 11.

tamentaria: "*Ceterum contraria opinio, quod imo sufficiat, si vel ab intestato, vel ex testamento bona illa pro indiviso obtineant, verior, et receptior est*".

Como vemos, no fué tema debatido, y menos por la doctrina posterior que, en tema de consorcio, sigue unánime las afirmaciones de Portolés, (especialmente la del siglo XIX). Así, por ejemplo, Franco y Guillén²⁵⁵ al definir el consorcio foral afirman: "Cuando son muchos los que suceden por última voluntad, y no se hace división de los bienes, se forma por beneficio del Fuero un consorcio..." y más adelante confirman su criterio en los siguientes términos: "Tiene lugar el consorcio foral tanto cuando se sucede en virtud de testamento, como *ab intestato*..".

En el mismo sentido se expresan todos los demás foristas.

III.- SUCESIÓN MEDIATA O INMEDIATA.

Una cuestión debatida y que hace referencia al título de sucesión, es si ésta para inducir consorcio ha de ser inmediata o directa o cabía también la denominada mediata o indirecta.

Posiblemente la Observancia 13 *De Consortibus ejusdem rei*, al considerar consorciales los bienes recibidos de consanguíneos estaba admitiendo como título consorcial la sucesión mediata, en el supuesto que los hermanos recibieran bienes indivisos, por sucesión de un colateral, que habían pertenecido a su ascendiente²⁵⁶. Sin embargo la doctrina interpretó con más extensión esta Observancia, en el sentido de considerar consorciales toda clase de bienes, no sólo de abolorio, que indivisos recibieran los hermanos de consanguíneos.

²⁵⁵ - Franco y Guillén - Instituciones... pág. 222 y 223

²⁵⁶ - También puede darse como explicación a esta Observancia 13 la de que prevalece el supuesto de que por muerte de un consorte (hermano o descendiente de otro hermano primigenito) su parte sucesoria deviene consorcial, según hemos ya expuesto.

Hasta Portolés ningún autor se planteó la cuestión que trato, si bien se observa que, aún admitiendo que sucediendo proindiviso a los consanguíneos, se induce consorcio, siempre refieren como bienes consorciales, los bienes de abolorio.

Portolés²⁵⁷ ante la cuestión de si para inducir consorcio entre los hermanos es preciso que la sucesión sea directa o también la sucesión mediata induciría consorcio, resuelve categóricamente que es preciso que los bienes se reciban por sucesión inmediata de los ascendientes o de los consanguíneos. Aduce en apoyo de su afirmación varios argumentos. El primero: la interpretación que ha de darse a la propia palabra "sucesión", que, dice, por la misma sólo se entiende la sucesión directa. También considera que no es admisible la sucesión mediata por entender que al adir la herencia otra persona extraña perdieron los bienes su cualidad de patrimoniales. Compara Portolés este supuesto con la llamada a suceder en la sucesión *ab intestato* que, dice, son llamados los propios parientes del muerto y no los de su causante.

Los razonamientos son lógicos, dado que si los bienes, después de pertenecer al ascendiente o colateral, habían pasado por sucesión a personas extrañas que así los habían incorporado a su propio patrimonio, aunque éstas instituyeran herederos de los mismos a los descendientes de su transmitente, no podía afirmarse ya que tales bienes procedían del ascendiente o del colateral.

La doctrina posterior a Portolés exige unánimemente la necesidad de la inmediatez en la sucesión para que se induzca consorcio, como ejemplo valgan las palabras de Franco y Guillén²⁵⁸: "para que tenga lugar el consorcio foral se requiere además: "Que se hayan adquirido los bienes por inmediata sucesión de los ascendientes... y así cuando uno de éstos hubiese transferido sus bienes a un extraño, el cual instituye después heredero de ellos a

257 - Portolés, Jerónimo - *Tratado de consorcios*.... OP. IV.
258 - Franco y Guillén, *Instituciones* pág. 223 y 224.

dos hermanos del que se los había dejado, no habrá consorcio, sino una simple sociedad hasta que se dividan”.

1.- Sucesión por Sustitución fideicomisaria.

Relacionada con esta afirmación de la inmediatez sucesoria se presentó en el Derecho histórico una cuestión interesante: la de, si obtenidos los bienes por los hermanos en virtud de sustitución fideicomisaria, establecida por su ascendiente, deberían estos consortes. Es decir si heredando primero una cuota un extraño, como fiduciario, y destinándose ulteriormente la misma a un hermano como fideicomisario, se inducía consorcio. La cuestión a dilucidar será así la de determinar si los bienes recibidos en virtud de sustitución fideicomisaria se entienden recibidos del fiduciario o del causante que estableció dicha sustitución.

Los foristas antiguos no parecen plantearse esta cuestión, si bien Molino²⁵⁰, aunque no trata esta materia con referencia al consorcio, sí afirma que en la sustitución fideicomisaria los bienes se entienden recibidos no del fiduciario sino del causante que estableció el vínculo.

Portolés, en cambio, examina el problema con especial referencia a los bienes que han de devenir consorciales, y así opina que los bienes indivisos recibidos por los hermanos en virtud de sustitución fideicomisaria establecida por el padre o ascendiente, se entienden recibidos por sucesión inmediata de éstos, dado que en virtud del fideicomiso se considera que los bienes proceden del testador, no del fiduciario y en consecuencia con esta afirmación establece: *“Quamobrem securi affirmari potest, consortium inter fratres existere, quando virtute fideicommissi a patre, vel ab ascendentibus in ipsorum favorem relictis, bona pro indiviso obtinent, quoniam tunc bona ipso ex successione parentum ad eos pervenisse, negari nequibit”*²⁵¹

250 - Molino, *Miguel del Rincón*, v. anterioro, fol. 28.
251 - Portolés, *Tractatus*, cap. IV, nos 11 y 12.

Estoy totalmente de acuerdo con la postura sostenida por Portolés, toda vez que, siendo lo característico y esencial de las sustituciones fideicomisarias, la presencia del orden sucesivo: el doble o múltiple llamamiento, los llamados reciben los bienes a título de herederos, y el fideicomisario, aunque recibe los bienes después de haberlos tenido el fiduciario, no sucede a éste, ni trae causa de él, sino que los recibe en virtud del llamamiento que a su favor hizo el causante fideicomitente, de quien es segundo heredero.

La doctrina posterior a Portolés, o bien omite toda referencia a esta cuestión, tal es el caso de Ignacio de Asso y Miguel de Manuel, de Blas Melendo y de la Peña, o suscribe la postura de Portolés. Así Franco y Guillén²⁵¹, después de señalar como requisito para que se de el consorcio el de que los bienes sean recibidos por sucesión inmediata, afirman: "Esto no obstante, los bienes en que los hijos o hermanos suceden a sus ascendientes o colaterales en fuerza de un fideicomiso confiado a persona extraña, se consideran adquiridos por inmediata sucesión de los parientes". En el mismo sentido Dieste²⁵²: "Los (bienes) adquiridos por fideicomiso, se entienden recibidos inmediatamente por el testador". En el resto de la doctrina se observa la misma tónica: los autores que mencionan el tema lo hacen con basamento exclusivo en Portolés. Omito su cita por evitar reiteraciones.

IV.- SUCESIÓN A TÍTULO UNIVERSAL Y A TÍTULO PARTICULAR.

Otra cuestión debatida por la doctrina fué la de si la sucesión originadora del consorcio había de ser necesariamente una sucesión universal, es decir, a título de heredero, o cabía también la particular a título de legatario.

251.- Franco y Guillén - *Instituciones* pag. 224.
252.- Dieste *Diccionario y comentario legal*, pág. 131

Si, como hemos visto, en la época de los Fueros, la disposición testamentaria raramente contenía institución de heredero, utilizándose el testamento, por lo general, para disponer sólo de cosas ciertas, (no siguiéndose, en consecuencia, en Aragón las reglas romanas sobre sucesión) habremos de convenir que el obispo D. Vidal parece considerar, al decir que son consortes los hermanos que reciben bienes de sus ascendientes *con destin o sin destin*, que tanto la sucesión a título de heredero como de legatario induce consorcio y aunque expresamente no se refiere D. Vidal a la cuestión, lo antedicho junto con las expresiones que utiliza al referirse a los bienes consorciales: "hereditat o possession que descende de padre, de madre, del avuelo [u] o de la avuela..."²⁶³ parece hacer posible afirmar que lo importante es que se tratara de bienes procedentes, en proindivisión, de los ascendientes, por oposición a la copropiedad en bienes adquiridos por otro título, pero sin hacer diferencia entre los recibidos por sucesión particular o universal. Esto parece también desprenderse de las expresiones utilizadas por el Fuero 1º *De Comuni dividendo*, que utiliza la palabra *partiuent*, y por la Observancia 13 *De consortibus eiusdem rei* que habla de bienes en los que los hijos "suceden".

Juan Pérez de Patos²⁶⁴, sin embargo, ateniéndose al significado de la palabra *haereditates* empleada por el citado Fuero, que él entiende como herencia o sucesión universal, afirma que el único título inductor del consorcio es el de heredero, excluyendo así del consorcio los bienes que, aun de los ascendientes, y en proindivisión, reciban los hermanos a título de legado. En consecuencia, opina que no existe consorcio entre los hermanos legatarios, sino solamente entre los hermanos que, sucediendo en calidad de herederos a sus ascendientes, reciban de éstos bienes en proindivisión: "*... inter fratres legatarios, et singulares successores, nullum consortium existere, sed dumtaxat inter successores universales illud subesse posse*". La toma de postura de Juan Pérez de Patos está motivada por una

263 - *Instal Mayor*, L. IV, párrafo 31.

264 - Pérez de Patos *Journ. Glosses a los Fueros*, op. cit. pag. 203 y ss.

cuestión de interpretación de los Fueros. Y así dice, si la palabra "haereditates" que emplea el Fuero 1^o *De Commun dividundo* significa bienes recibidos por sucesión universal, no puede interpretarse extensivamente y comprender dentro de ella los bienes recibidos a título singular de legado: "... *Quae quidem verba haereditates, sui natura, non tam aliquam titulo singulari legati relictam sed potius bona omnia titulo universalis successionis delata significant*". "... *igitur verbum haereditates in praedicto foro adiectum, solam successionem universalem denotat: neque successionem titulo legati, vel alio singulari delatam admittit ut in simili casu ponderato eo verbo haereditates*".

Rebate Bardají²⁵⁵ la opinión de Juan Pérez de Patos, alegando que, existiendo la misma "ratio" tanto en la sucesión a título universal como a título particular, no cabe la interpretación que hace aquel autor y, en consecuencia, esbma que devienen consorciales los bienes que los hermanos reciban de sus ascendientes, tanto si es a título de herederos, como a título de legatarios, siempre que se reciban en estado de proindivisión. Añade Bardají que en este sentido fué resuelta la cuestión en el proceso instado por los hijos de D. Miguel Lope, en el que él mismo, junto con el abogado fiscal real, actuó como juez electo.

Esta interpretación analógica de los fueros que hace Bardají, en oposición a Juan Pérez de Patos, representa una toma de postura no usual en la doctrina, ya que ésta generalmente consideraba que los Fueros habían de ser interpretados restrictivamente, dado el carácter de Derecho especial a los mismos asignado. Sin embargo, no es Bardají el único, ni primero, que admite el uso de la analogía en la interpretación del Derecho Aragonés, pues como pone de relieve el profesor Delgado Echeverría²⁵⁶ ya el obispo Vidal de Canellas admite con toda evidencia la aplicación analógica de los Fueros, lo que significa, continúa el profesor Delgado, una toma de postura respecto del Derecho aragonés incompatible con la consideración que los "Derechos particulares" tendrán para la

255 - Bardají, Ignacio - *Comentarios*... I, 367.

256 - Delgado Echeverría, Jesús - *Estudios del Vidal Mayor*, op. cit. toq. 70.

mayoría de las autoridades del Derecho común que consideraban habrían de interpretarse estos derechos, "*ut minus corrigant ius civile*". Por lo demás en la interpretación literal que de los Fueros *De Comuni dividundo* hace Juan Pérez de Patos no hace más que ponerse de manifiesto un hecho señalado por el profesor Delgado²⁶⁷ como común a los autores de las Observancias y compartido por muchos foralistas posteriores, especialmente del siglo XIX, de que los fueros habían de interpretarse literalmente, sin que fuera posible ni siquiera la interpretación extensiva: mucho menos la aplicación analógica²⁶⁸.

Esta forma de interpretación del Derecho Aragonés, que señala el profesor Delgado Echeverría, se pone de manifiesto de un modo evidente en Portolés²⁶⁹ al tratar de la cuestión que venimos estudiando, y así este autor, después de exponer la postura y razonamientos de Juan Pérez de Patos, (que ya hemos visto), dice que a los argumentos de este forista, cabe añadir la propia Observancia 13 *De Consortibus eiusdem rei*, que, al emplear la palabra "*successio*", está indicando claramente que sólo entre los hermanos que suceden a título universal cabe el consorcio: "*Quoniam receptum est, verba statutorum secundum iuris dispositionem intelligi debere*" "*quod dicta observancia Item de consuetudine de consortibus, (Observancia 13) inter fratres vinculum legale consortii inducens, et rei indivisae, alienationem prohibens, proculdubio iuris communis correctoria existit, exorbitans est, ut nos supra quos, latius ostendimus. Sed statuta exorbitantia, et iuris communis correctoria, etiam ex paritate vel maiestate rationis, ad alium casum quam in statuto expressum, trahi non possunt*". "*Ergo dispositio dictae observanciae quae proprie de successione universaliter tantum loquitur, ut in superioribus ostendi-*

267 - Delgado Echeverría, Jesús - *Id.*

268 - Como muy bien dice el profesor Delgado Echeverría esta errónea postura fue movida por la desafortunada Observancia "de dno extranjero" y la extendida ignorancia sobre el origen de la misma (sebra la citada Observancia y su introducción a servicio del Derecho común, vid el magnífico trabajo del maestro Lázaro Berdejo Gervasio al art. 2º en "*Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*" vol. I, Zaragoza, 1988, págs. 237 y ss.

269 - Portolés, Jerónimo - *Tratado de consortes* - cap. V

mus, extra casum praedictum, et sic ad successionem singularem trahi non poterit: licet eadem vel maior ratio in singulari successione, quae universali militaret".

Vemos así que Portolés aplicando el criterio de interpretación literal en los institutos que, como el consorcio, representan una excepción al derecho común, llega a afirmar que no es admisible el título particular para inducir consorcio entre los hermanos.

Pero Portolés conoce la resolución de que nos había hablado Bardají, en la que se había interpretado analógicamente la disposición del Fuero 1º *De Communi dividundo* y Observancia 13 *De consortibus ejusdem rei*. Y consecuente con este conocimiento enumera una serie de razones que apoyarían la postura favorable a la aplicación analógica de los Fueros, que supondría en definitiva, a los efectos que nos ocupan, admitir el título de legado para inducir consorcio. Afirma así Portolés, que es posible aplicar la analogía en la interpretación de los Fueros cuando exista identidad de razón, afirmación que fundamenta en una larga serie de autores no regnícolas y también, en último lugar, en Miguel del Molino²⁷⁰. También, y en otro orden de argumentación, dice ser posible admitir el título de legado para inducir consorcio, teniendo en cuenta que la palabra "*pertinent*", empleada por el Fuero 1º *De Communi dividundo*, comprende toda causa y título de sucesión: "*Igitur ex natura illius verbi (pertinent) forus ille aperte decedit consortium inter fratres existere, etiam quocumque titulo sive singularis, sive universalis successionis, bona ipsa a patre, vel matre, ad ipsos fratres pro indiviso pertineant*".

Opta finalmente Portolés por considerar que el título de legado también induce consorcio entre hermanos cuando obtienen en virtud de él bienes en proindivisión. Postura ésta que parece obedecer principalmente a la decisión adoptada por Bardají, a que antes hacía referencia, por cuanto dice: "*Nam ultra rationes quas supra pro eius parte adduximus, quae evidenter illam veriore esse*

270. Molino, Miguel del - Repertorio..., v. forus, folio 156.

ostendunt, et convincunt. hanc quoque opinionem, ut verissimam et constantem duobus celeberrimis nostrae aetatis Jurisconsultis viri nunquam satis pro dignitate laudati temerunt, nempe dominis Joannes Pérez de Nuevos Advocatus fiscalis Regius eloquentissimus, simul ac disertissimus ac etiam dominus Joannes Bardaxí assessor egregio doctus ac integerrimus illustrissimi domini huius regni gubernatoris, qui in quadam maximo momenti causa, filiarum quondam Michaelis Don Lope, iudices a partibus electi concorditer decreverunt, verius, et probabilius esse consortium existere inter fratres, qui parentibus pro indiviso titulo singularis successioni, et sic titul. legati successerunt". A esta decisión, coincidente con la adoptada por la Real Audiencia en el proceso de Pedro Sánchez Vaguer sobre apretensión (21 de Mayo de 1560), dice Portolés, que se adhiere con gusto, "como a los fallos de las Sibilas".

A pesar de esta tajante afirmación de adhesión, Portolés sigue insistiendo, o mejor analiza, la identidad de razón que fundamenta la decisión de Bardaxí y Pérez de Nuevos. Y al efecto alega que la identidad de razón se puede aducir allí donde existe razón expresa y no es éste el caso del consorcio, en el que el legislador foral no ha expresado cual sea la razón del mismo, existiendo al efecto sólo una presunción de razón que es necesario probar, dice, para considerar ampliado el consorcio a costa del Derecho común. Y así entiende que es más apropiado, en este caso, entender comprendida la sucesión a título particular en la propia palabra de "successio" empleada por la Observancia 13 *De consortibus ejusdem rei* (es decir la interpretación extensiva) que admitir la interpretación analógica. Invoca en apoyo de su postura la Observancia 1ª *De equo vulnerato* que ordena, dice, estar al sentido literal de las palabras²⁷¹.

271 - Esta concepción de los Fueros ha causado graves perturbaciones al Derecho Aragonés, al ser interpretado por juristas formados en el Derecho romano y canónico, como es el caso de Portolés.

Este prejuicio ha sido puesto de manifiesto por prestigiosos autores, entre otros, por Pedro de la Fuente (La interpretación de los Fueros de Aragón, R.D.F. n.º XXX, año 1945), por el profesor Lacruz Bercega, (Comentarios a la Compilación, artículo 3º) y el profesor Delgado Echobena (Estudios del Vicerrey Mayor, pág. 73).

Termina Portolés aceptando que, aunque el instituto del consorcio supone una excepción al Derecho común y por lo tanto, es odioso²⁷², debe entenderse que las disposiciones que lo regulan, tanto del Fuero como de la Observancia, comprenden también la sucesión singular deferida a título de legado y por consiguiente que queda establecido consorcio entre los hermanos legatarios, que poseen, pro indiviso, la cosa legada por el padre.

Una vez que Portolés fija su postura en esta cuestión, los foralistas, y los autores en general, posteriores, no vuelven a plantearse la cuestión y adoptan sus conclusiones, no se sabe si convencidos de la bondad de las mismas, o, por el hecho de que Portolés lo haya afirmado.

Entre los foralistas del siglo XIX, tenemos a Franco y Guillén²⁷³, que al igual que el resto de la doctrina, invocan la autoridad de Portolés para decir que el consorcio "se forma cuando son muchos los que suceden por última voluntad... y que ésta puede ser igual por título universal o particular". Igual Martín y Santa Pau²⁷⁴, Dieste²⁷⁵: "El consorcio tiene lugar no sólo en los bienes adquiridos por título hereditario sino también en los heredados por título particular, ésto es, por legado". En el mismo sentido el resto de la doctrina, de la Peña, Naval, Blas y Melendo, Isabal, Martín Costea, Otto Escudero, y los autores castellanos que trataron del consorcio como Gutiérrez y Sánchez Román, cuyas afirmaciones no reproduzco por no reiterar lo ya expuesto.

V.- NECESIDAD DE UN MISMO TÍTULO.

Siguiendo con la problemática que presenta el título adquisitivo inductor del consorcio, se presenta otra cuestión, ¿es necesario que a la prohibición se llegue en virtud de un mismo derecho? Es decir,

272.- Nombre que se daba a todo instituto cuya regulación no concidía con el Derecho común.

273.- Franco y Guillén - *Instituciones*... pág. 222.

274.- Martín y Santa Pau - *Fueros y Observancias*... pág. 509.

275.- Dieste. *Discusión y consorcio local*, pág. 131.

¿cuando en un mismo inmueble o grupo de inmuebles sucedan varios hermanos proindiviso, unos por vía de herencia y otros por vía de legado, habrá un único consorcio foral entre todos ellos?

Hasta Portolés no pareció plantearse cuestión al respecto. Y realmente con lo que acabo de exponer de este autor sobre la admisión de la diversidad de títulos para inducir consorcio, no parece que hubiera necesidad de plantearse, pues si se admite que el consorcio se forma cuando los hermanos poseen en indivisión bienes de sus ascendientes, ya sea a título de heredero, como de legatario, parece que huelga esta nueva disquisición.

Sin embargo Portolés²⁷⁵, especialmente al tratar del acrecimiento consorcial, sentó la afirmación de que para inducir consorcio era preciso suceder por el mismo título o derecho. De forma que, aun admitiendo este autor que tanto la sucesión universal como la particular son títulos que inducen consorcio, considera que sólo entre los que adquieren por un mismo derecho se efectúa el acrecimiento. Plantea Portolés, para ilustrar su afirmación, el supuesto entre un hermano que sucede por donación, mientras sus otros dos hermanos suceden por disposición testamentaria y niega la inducción al consorcio en el hermano donatario, no por considerar que el título de donación no sea título de suceder, sino por estimar que no es posible el consorcio si los bienes han devenido por distinto título.

Si solamente expusiese Portolés este supuesto podría pensarse que la negación del consorcio que hace podría derivar de la propia problemática del título de donación, pero es que, de acuerdo con su estilo didáctico, ilustra con otro supuesto esta necesidad de identidad de título para inducir consorcio. Así, plantea el caso en que unos hermanos sucedan por testamento y otros *ab intestato* o vienen dice, unos como instituidos y otros como preteridos, afirmando que entre ellos no existirá consorcio porque suceden por distinto derecho.

²⁷⁵ - Portolés - Tratado de consorcios..., cap. VII y XXXIV.

Esta exigencia del mismo título para inducir consorcio que plantea Portolés y que no fundamenta en Fuero alguno, costumbre, ni doctrina aragonesa, coetánea ni anterior, obedece, sin duda, a su concepción romanista del Derecho, que aplica en este caso al acrecimiento consorcial, y así afirma que no siendo posible el derecho de acrecer entre herederos y legatarios porque entre los legatarios y el heredero universal no hay conjunción alguna, no es posible tampoco que exista consorcio entre ellos: "*Sed inter succedentes diverso iure nullum consortium adest; quod probatur, quia receptum est, quod ad hoc ut ius accrescendi inter aliquos locum habere possit, necessarium existit, inter eosdem consortium subesse: et similiter receptum est, quod inter quos ius accrescendi locum non habet, nec inter eosdem consortium subest*". "*Sed inter succedentes diverso iure, ius accrescendi locum non habet*"²⁷⁷. Sólo doctrina romana fundamenta su aseveración.

Vemos pues que Portolés supedita la exigencia de un mismo título para la existencia del consorcio a las ideas romanas sobre acrecimiento y su sistema de conjunciones. Así claramente lo expresa en otro lugar de su obra²⁷⁸: "*Idem resolvendum est, quando plures fratres, in requadam particulari legatarii relictii fuerunt, et alter frater solus, in reliquis bonis institutus haeres fuit; nam licet inter ipsos legatarios consortium adsit, caeterum inter legatarios, et ipsum institutum illud non subest: quoniam inter legatarios, et haeredem universalem nulla coniunctio est, nec inter eos ius accrescendi locum habet*". Una vez más sólo doctrina romana apoya su aserto.

Ni la ratio de la figura consorcial, ni la dicción de los Fueros y Observancias autorizan, en mi opinión, estos distingos que Portolés efectúa y sólo su acendrado romanismo explica, que no justifica, estos asertos, teniendo en cuenta que el especial acrecimiento consorcial poco tiene en común con el derecho de acrecer que regía en el Derecho romano clásico.

277.-Portolés - Tractatus..., cap. XXXIV, n° 4 y 68.

278.-Portolés, Jerónimo - Tractatus de consortibus..., cap. VIII, n° 7.

Parte de la doctrina posterior a Portolés, reitera, sin fundamentarla, esta exigencia de un mismo derecho para inducir consorcio. Así Franco y Guillén²⁷⁹ al afirmar que, "para que tenga lugar el consorcio será preciso que la adquisición de los bienes provenga de un mismo derecho; pues el consorcio no se extiende a los adquiridos por diferentes títulos, aunque lo habrá en los bienes que por cada título se adquieran, cuando según Fuero corresponda". Se remiten a Portolés como fundamento de su afirmación. En el mismo sentido Dieste²⁸⁰ que al citar las personas entre las que no cabe consorcio dice: 14. "Entre sucesores por diverso título, a no ser que el sucesor por diverso derecho sucediere subrogándose, v. gr. el hijo donatario de un cónyuge (sic), concurrente con tío consorte del padre difunto"²⁸¹. También es Portolés su fuente. Gutiérrez²⁸², en cambio apoya su exigencia del mismo título en Portolés y Franco Guillén, repitiendo las palabras de éstos. Ya en este siglo sostienen la necesidad de mismo título, Martín Costea²⁸³, Otto Escudero²⁸⁴ y Muñoz Salillas²⁸⁵.

Nada dicen de esta exigencia eminentes foralistas del Derecho histórico. En efecto, ni Miguel del Molino, Bardají, Sessé o Franco de Villalba hablan de ella. Tampoco de la Peña, Blas, ni Isábal mencionan la necesidad de un mismo título para que el consorcio nazca. De la doctrina actual trataré al desarrollar este tema en la actualidad.

279 - Franco y Guillén - *Instituciones* - pág. 224

280 - Dieste - *Diccionario y consorcio foral*.

281 - Se refiere Dieste, aunque su redacción puede inducir a error, al supuesto planteado por Portolés, (cap. XXXIV) como un caso de excepción a la necesidad del mismo título del consorte que conjeturamos a un hijo su parte consorte; este hijo era en esta Romaña que, en virtud de lo dispuesto en la Observancia 14 De consortibus quilibet rei, se subroga en la posición de consorte que el padre tenía y así puede acceder a cuota que deje vacante e consorte sin descendencia. Al ser éste un problema de consorcio subsiguiente lo trataremos en el lugar oportuno.

282 - Gutiérrez Fernández, *Derecho - Códigos* - tomo VII - Madrid 1874 - pág. 439

283 - Martín Costea, *Alberca - Del consorcio foral*, pág. 71

284 - Otto Escudero, *Niccás - Elementos* - pág. 175

285 - Muñoz Salillas, Juan - *El consorcio foral* A.D.A. 1953-54, pág. 133

VI.- BIENES RECIBIDOS A TÍTULO DE DONACIÓN.

1.- La donación en la Compilación de 1247.

Cabe ahora plantearse la siguiente cuestión: ¿qué suerte seguían las donaciones que el *decurius* hubiere otorgado durante su vida en favor de alguno de sus descendientes? ¿Los bienes así obtenidos entraban en la comunidad consorcial si estaban en situación de proindivisión entre las personas que los Fueros contemplan?

En el derecho sucesorio del régimen de los Fueros existía un fuerte derecho de expectativa hereditaria que ostentaban los hijos, especialmente sobre los bienes, que heredados, poseían los padres, lo que ocasionaba que el poder de disposición de éstos estuviese muy limitado. Sin embargo, a los padres les estaba permitido hacer mejoras a los hijos, siempre que se ajustaran a los dictados señalados por los Fueros. La progresiva destrucción de la anterior cohesión familiar transforma el derecho de expectativa hereditaria de los hijos, que versaba en un principio sobre los bienes "in substancia" y limitaba al progenitor no sólo la facultad de disponer *mortis causa*, sino también *inter vivos*, en un simple crédito de legítima, que hace cambiar el derecho de cada hijo a una porción de los bienes paternos, en un derecho de legítima colectiva en favor de todos ellos.

Pues bien, teniendo los padres facultad para mejorar a alguno de sus hijos, ¿entraban tales donaciones, en el supuesto de ser partes alicuotas de un inmueble, en la comunidad consorcial? De las expresiones empleadas por los fueros *De communi dividundo*, así como de las Observancias *De consortibus ejusdem rei*, parece deducirse que los bienes consorciales eran los recibidos por sucesión. La importancia que la donación, en sus formas de *donatio post obitum* y *donatio reservato usufructo*, tuvo en la Edad Media como medio de ordenar la sucesión fué grande y vino a llenar y a paliar durante largo tiempo la ausencia de testamento. Estas donaciones producen efectos económicos análogos a los de éste, y, en buena

parte, le sustituyen en la práctica, en especial en cuanto se refiere a sucesión particular²⁸⁶. Así vemos en los Cartularios cómo se recogen un buen número de documentos en los que aparecen los cónyuges realizando conjuntamente donaciones puras *inter vivos*, generalmente a favor de la Iglesia. Que la donación fué un vehículo para ordenar la sucesión es puesto constantemente de relieve por la doctrina. En este sentido se expresa el profesor Lalinde²⁸⁷ al decir que la proporcionalidad en la parte que a cada hijo correspondía se busca combinando vías sucesorias *inter vivos* y vías sucesorias *mortis causa*, con las respectivas limitaciones que los Fueros establecen. "En la primera vía, se prohíben las donaciones "inmensas" de forma que no se puede realizar donación cuando sólo se posee una viña, casa o tierra, y sólo si se tienen dos, puede darse una al hijo o a la hija cuando contrajeran matrimonio, que es lo que constituye lo que denominamos "heredamiento" ... "Está reconocido el que la "parte" de cualquiera de los hijos, pueda ser anticipada en vida constituyendo una "parte anticipada" o "*avant part*". Considera así el profesor Lalinde que la sucesión se ordenaba combinando las donaciones *inter vivos* y las disposiciones testamentarias: "la distribución de las "partes" equitativas, se complementa por la vía testada".

Teniendo ésto en cuenta no parece que en los Fueros haya obstáculo para entender que los bienes recibidos por los hijos a título de donación, si devenían en situación de proindivisión, entraran en consorcio.

Sin embargo el Obispo D. Vidal parece excluir del consorcio los bienes que los hijos recibían por donación: "Empero, si aquella cosa antedita pertaynesce a dos, non como cosa de hermanos o cormanos que descenciesse en ellos por razón de heredar, mas si pertaynesce a ellos por otra razón o por otro título, es assaber si aquella cosa lis fué dada a ellos o leixada o la ganaron por alguna otra

286 - A. Orús Lantzar, M. - Las Formas Testamentarias en la Alta Edad Media de Aragón, P. D. N. 1955, pág. 16 y ss.

287 - Lalinde Abadía, Jesús - Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón, pág. 43

razón, el uno, qui [non] consentió, aqueill aillenamiento puede revocar quoanto a la su part et apropiari su part para sí et la otra partida o las otras partidas d'aqueill que aillenó deven finquar en aqueill que recibió el aillenamiento...²⁸⁸. Vemos así que el obispo Vidal excluye de la comunidad consorcial aquello que los hermanos hayan obtenido por donación, leixa o conquista, aplicando las normas de la comunidad por cuotas, con facultad de disposición sobre las mismas, a la copropiedad sobre estos bienes²⁸⁹. Podría pensarse, a la vista de las palabras del obispo D. Vidal que la donación que excluye es la realizada por donantes no ascendientes pero en otra parte de su obra²⁹⁰, al tratar de los diferentes modos de suceder *ab intestato*, hace una primera diferencia según la sucesión se refiera a bienes de hermandad (bienes consorciales) o a bienes ya partidos y después de exponer el mecanismo consorcial que aplica a los primeros²⁹¹, dice: "Empero, si alguno qui ha algo, non por hermandat *mas por donadio*, et moriere sin destin, todos partrán aqueilla cosa por común, segunt que es dito de suso de la cosa que fué partida, assi empero que, si el padre o la madre qui fizo aqueill donadio es bivo et no a descendientes d'aqueill de qui era aqueill donadio, el qui fizo aqueill donadio aurá aqueilla cosa et no otro ninguno, la quoyal cosa no es en la cosa que es partida como cierto sea siempre que aqueill de qui vienen las cosas non vive. Et si aqueill donadio es feito del padre et de la madre, como de cosa de compra o que lis fué dada d'algún estranio, assi es de fazer como d'estas cosas que se contienen de iuso..." Un pasaje fundamental, como se ve, para el tema que tratamos, pero en el que D. Vidal está, a mi entender, un poco oscuro. Veamos: en la primera frase parece que los bienes recibidos por donación tienen el mismo régimen sucesorio que las cosas que ya se han

288.- Vidal Mayor, libro IV, parágrafo 29 (14).

289.- El régimen de la comunidad por cuotas partes se aplicaba a las situaciones de proindivisión que no versaran sobre bienes en los que se sucedía a los ascendientes incluso aun-que sus componentes fueran hermanos. Como vemos en D. Vidal y también en Bardaj.

290.- Vidal Mayor, libro VI, parágrafo 18.

291.- Con claras interferencias con lo preceptuado para acrecimiento en el Fuero General de Navarra.

dividido, con lo que resultan excluidas las donaciones de la comunidad consorcial. A continuación establece el recobro de donaciones por los padres²⁹², cuando el hijo donatario muere sin descendientes, "la qual cosa no es en la cosa que es partida". Creo que quiere decir que los padres no heredan al hijo en otros bienes sino en los por ellos donados, recobro que tampoco tiene lugar si los padres donantes premueren al hijo donatario. Hasta aquí parece claro pero se complica al disponer D. Vidal que las donaciones hechas por el padre o la madre "como de cosa de compra" ¿qué donaciones pueden ser éstas? ¿Quizá las dadas como mejora al hijo, que él denomina *oltra su part*? Las somete al mismo régimen que las recibidas de extraños o bienes adquiridos por compra, pero, en este régimen, también establece que los padres hereden a falta de descendientes, con lo que estamos en el mismo régimen que había preceptuado para el recobro de donaciones.

En definitiva y como mera conjetura podemos decir que parecen excluidas del haber consorcial los bienes que los hijos reciban de sus padres por donación: ahora bien, si recordamos el régimen que regía estas donaciones en los Fueros de la Compilación de Huesca, veremos que estaban fuertemente limitadas y sobre todo eran mejoras que los padres podían hacer dentro de unos límites muy estrictos, realizándola frecuentemente a través de donaciones *inter vivos*²⁹³. Entiendo, así, que las donaciones que parecen excluidas de la comunidad consorcial eran éstas dadas como mejora, a las que D. Vidal llama donaciones "*oltra su part*"²⁹⁴, es decir las dadas a más

292 - Parece opinión común en la doctrina (por ejemplo Isábal (Fronsdorfen) - pag. 306 y Latinde Abada, Jesús - Comentarios a la Compilación - , pág. 82) que el Fuero de Daroca de 1311 "De successoribus ad intestata" recogía la homogeneidad del Fuero De rebus vicariatis" de la Compilación escanes, al establecer que las donaciones realizadas por los padres a sus hijos, sufriendo éstos intestados y sin descendencia, reverterían a aquellos en lugar de hacerlo a los parientes de la rama de donde los bienes procedían. Sin embargo vemos que D. Vidal ya establece la reversión de donaciones a favor de los padres donantes, en su tabla de donaciones especialmente vinculadas.

293 - Lacruz Borrero, José Luis - La cláusula "si sine liberis decesserit" en el Derecho Aragonés - Libro homenaje a D. Juan Morera y Muyor. Ed. Estudios de Derecho ARAGONES. Zaragoza 1954, pág. 585

294 - Vidal Mayor, libro V párrafos 51, 52 y 53

de la "parte" que por derecho natural (dice D. Vidal) correspondía a cada hijo²⁹⁵. Este carácter de mejora, por causa de mera liberalidad, hacía posible que lo recibido por este tipo de donación no se considerara adquirido por título de sucesión, que era el necesario para inducir consorcio.

Por otra parte se confirma esta suposición al considerar que estas donaciones "oltra su part" no tenían los hijos que colacionarlas en el haber hereditario, a no ser que se excediese en ellas el límite marcado por el fuero, en cuyo caso debían traerse a partición al declararse inoficiosas, en todo o en parte, perdiendo entonces su carácter de donación "oltra su part"²⁹⁶.

Supuesto distinto a estas donaciones que presumiblemente se excluían del consorcio, era el referido a las donaciones que se hacían a los hijos con motivo de matrimonio, es decir en calidad de dote, éstas sí debían ser computadas como "part", a no ser que se dieran como oltra su part (mejora), teniendo así el carácter de "parte" anticipada²⁹⁷.

Creo, en definitiva, que las únicas donaciones que, en el régimen de la Compilación de Huesca, parecen estar excluidas de la comunidad consorcial son las que hacían los padres mejorando al hijo, siempre que las mismas se mantuvieran dentro de los límites señalados por el Fuero, formándose así el consorcio con todos los bienes que constituían la "part" de los hijos o parte a ellos debida

295.- Vidal Mayor, libro VI, parágrafo 20 (17) "que tant sparmen de la hereditat o de possession o de la terra el padre o la madre pueda heredar al l de los fillos et las otras nozas non movibles sean partidas ygoalmente entre los otros fillos". (27) "por la que el Derecho de natura que pertenece a los fillos en los bienes de padre el de la madre non pueda ser engaynado o amagado".

296.- Vidal Mayor, libro VI, 20 (18) "Assi empero que si ad algun de los fillos o de las filias por razón de casamiento dera entre los vnos alguna cosa seculbre o diera alguna suma de aver sobre aquel sodria, todo aquello li deve ser congado en su part ad aquel qui recibe aquello, si por aventura non li fuere dado aquello que lo a a parte a su part, segun la forma que dize de su uso "De donacionibus". Así pues la donación "oltra su part" dada de acuerdo a esta Fuero no hay que traerla a partición. Sobre la impugnación de donaciones que excecion los límites del Fuero. Ver Observancia 2 De donacionibus -S y P, II 31 A- y también Molino (Repertorio v. donatio toño 112)

297.- Ver cita anterior Vidal Mayor VI, 20 (17)

que sería todo el caudal hereditario si los padres no habían hecho uso del derecho a mejorar²⁹⁸.

2.- Posturas doctrinales.

La doctrina anterior a Portolés no parece plantearse directamente el problema de si lo recibido por donación, entraba en la comunidad consorcial. Si bien, si tenemos en cuenta lo expuesto por este autor al tratar de la cuestión, no parece muy aventurado afirmar que existía entre los foristas la opinión afirmativa al respecto. En efecto, y aunque Portolés²⁹⁹ no cita los nombres de los que tal opinan, sí afirma que "algunos" entendieron que eran consorciales los bienes, que en proindivisión, recibieran los hermanos de sus padres o consanguíneos por donación, al considerar que la donación era también título sucesorio, estando por lo tanto comprendida la misma dentro de la palabra "successio" que emplea la Observancia 13 *De Consortibus ejusdem rei*. A más de, por estimar estos foristas que igualmente debe entenderse incluida la donación, si nos atiendo al significado de la palabra "pertinent" que el Fuero 1^o *De Comuni dividundo* emplea, por cuanto en la misma se entiende comprendido todo título de pertenencia. Emplean finalmente estos autores, el argumento de la identidad de razón que existe entre ambos títulos, lo que hace posible, dicen, aplicar a los bienes recibidos de los ascendientes por donación los mismos preceptos que a los recibidos por testamento y ab intestato.

Estos argumentos, a más de la similitud de la cuestión ahora planteada con la precedentemente estudiada sobre el título de legado como inductor del consorcio, parecen suficientemente con-

298.- Es interesante constatar que esta posibilidad que tienen los padres de dar donaciones a los hijos sin que tales donaciones se les pueda tener en cuenta a la hora de partir el haber hereditario, se observa igualmente en el *Liber Iudicium* (*Lex Visigothorum*, 4, 5, 5). En efecto, y aunque esta ley establece la obligación de los hijos de colacionar las donaciones recibidas por los padres, a fin de conseguir una igualdad entre ellos, obligación que los padres no pueden dispensar, sin embargo en la citada ley consta una frase: "excepto id, quod parentis filii iuxta leges formasse dixerint" que hace clara alusión a 898 (luz de donación) sea su parte de sus hermanos.

299.- Pero es, Jerónimo, tratado de consorcio, cap. VI.

vincentes para considerar incluida la donación como título inductor del consorcio entre hermanos. Sin embargo Portolés, basándose en las razones que expondré a continuación, niega a la donación este carácter, lo que motivó que, a partir de él, la doctrina unánimemente sostuviera que entre hermanos donatarios no existía consorcio, aunque se dieran los demás presupuestos que el instituto exige.

Para negar a la donación el carácter de título consorcial, Portolés³⁰⁰, intenta rebatir la tesis expuesta y, con este fin, alega como primer fundamento de su postura que la donación no puede considerarse título de sucesión, título éste que exige la Observancia 13 *De consortibus ejusdem rei* para inducir consorcio: "... Sed bona ex donatione habita, nullo modo ex successione acquisita dici possunt: igitur inter fratres obtinentes bona ex donatione paterna, consortium non aderit, quoniam tunc bona ex successione non obtinent".

Como segundo argumento, emplea Portolés la frase "*defunctis genitoribus eorum*" contenida en el Fuero 1º *De communi dividundo*, entendiendo que, por la misma, manifiestamente se exige para que nazca el consorcio que los bienes hayan llegado a los hermanos y les pertenezcan después de la muerte de sus padres, pues de otro modo, dice, no es posible aplicar las disposiciones forales reguladoras del consorcio, al estar establecido que, premuriendo el hijo donatario al progenitor donante, éste debe recobrar lo donado: "... et a contrario sensu inveniunt, secus omnino fore, quando vivis parentibus ad ipsos fratres pertineant. Sed per donationem simplicem, bona statim, etiam vivo donante ad donatarium spectant. Igitur quando bona ad filios ex donatione patris spectant, consortium non aderit: quia tunc vivis adhuc parentibus, ad filios bona donata pertinent; et cum ipsis filiis eo casu verba praedicta fori convenire non possint, sanè neq; in eis ipsius fori dispositio, locum habere poterit".

Como tercer fundamento, para la exclusión de la donación, emplea Portolés el tantas veces reiterado argumento de que los

300 - Portolés, Jerónimo. - *Tratado de consortibus*... cap. VI

fueros, en lo que corrijan al Derecho común, no pueden ser interpretados ni extensiva ni analógicamente, y así enlazando este criterio con el argumento anterior concluye: "*Qua propter cum in donatione verba praedicti fori verificari non possunt, necessarium erit resolvere, neque in ipsa, ipsius fori dispositionem locum habere: atque ideo inter fratres donatarios consortium non existere*".

En mi opinión, estos argumentos que emplea Portolés para excluir de la comunidad consorcial los bienes que en proindivisión reciban los hermanos de sus ascendientes, no son decisivos. Primero porque la donación, en tiempo de Portolés, era admitida como título sucesorio, siendo así vehículo para transmitir la herencia, así nos lo afirma Molino³⁰¹: "*Tamen pater, vel mater possunt in vita sua donare inter filios, prout possunt in testamento... Ex praedictis ergo patet, in Aragonia valet regulariter donatio generalis omnium bonorum habitorum et habendorum. De iure vero secus*". Y respecto a la donación *mortis causa* señala que, aunque por ella no puede transferirse la herencia "*de scripta ratione*", es decir por derecho común, sí es posible por fuero: "*tamen de foro secus est*". También Monsorriu³⁰² dice que los padres pueden dar la hacienda tanto en vida como en muerte a sus hijos. El mismo Portolés en sus Scholia a Molino³⁰³ afirma "que la herencia puede ser donada por pacto".

La consideración de la donación como título sucesorio es doctrina unánimemente admitida y así se entiende que en Aragón la delación sucesoria puede ser testada, intestada y paccionada³⁰⁴, pues, aunque técnicamente pueda hacerse distinguos entre donación y heredero contractual, resultan en la práctica confundidos ambos institutos³⁰⁵, y así se considera que los pactos sucesorios, a

301.- Molino Repertorio, y donado fol. 112.

302.- Monsorriu, Bertrando. "Sumario de todos los Fueros y Observancias del Reyno de Aragón" y Determinaciones de Miguel de Molino... pag. 327.

303.- Portolés - Scholia sine Adnotationes ad Repertorium Magistri Molini super Foes et Observantias Regni Aragonum. Caesaraugustae, y al folio 112.

304.- Ripafes, Mariano. Jurisprudencia Civil de Aragón T. 1, pag. 22, donde dice que en Aragón asocialemente en el Arz. Aragón se hereda por medio de donaciones inter vivos e irrevocables que generalmente se otorgan al *Utriusq. matorum* los hijos.

305.- Lacruz Berdejo, José Luis. "Pactos sucesorios", ADA. XIII y Batalla Carilla, ADA 1944, pag. 360.

través de los cuales se atribuye el haber hereditario, son negocios *mortis causa*, por cuanto tienen clara finalidad sucesoria, aunque la declaración de voluntad se emita dentro del molde propio de los actos *inter vivos*, teniendo virtualidad para atribuir la cualidad de heredero a los destinatarios de los bienes donados.

Por otra parte es difícil de entender la razón de la exclusión que propugna Portolés si nos atenemos al supuesto de hecho por él planteado, que no es el de donación *inter vivos* de una cuota sobre un bien del haber del padre a un hijo o a varios, sino la atribución proindiviso de la totalidad de su patrimonio: "queriendo prevenir el último día de su vida". Este supuesto configura una donación universal de bienes que, en Derecho aragonés, no es sino una forma voluntaria de ordenar la sucesión *mortis causa*, constituyendo, en este caso, una donación-partición en la que considero, siguiendo a los profesores Lacruz y Sancho Rebullida⁶⁶, que el hijo recibe los bienes a título de donación, mientras vive el padre donante, y a título de heredero, una vez que haya fallecido éste.

En cuanto al argumento empleado por Portolés de hacer derivar de la frase, "muertos sus progenitores", la exclusión del consorcio respecto a los bienes que los hijos reciban de sus ascendientes por donación, a causa del derecho de recobro que ostentan sobre estos bienes los padres donantes, tampoco lo creo determinante. En primer lugar porque el Fuero *De Communi dividundo* está pensado para una situación en la que, como hemos visto, las donaciones tenían escaso campo de actuación y la "parte" que a los hijos correspondía y, sobre la que tenían en vida un derecho de expectativa, la recibían los hijos a la muerte del progenitor causante. Al desaparecer este derecho de los hijos, con la correlativa ampliación de la delación voluntaria de los progenitores en orden a establecer su propia sucesión entre los hijos, la donación tanto *inter vivos* como *mortis causa*, se utiliza como modo de ordenar la

66 - Lacruz Berdeja, José Luis y Sancho Rebullida, Francisco de Asís - *Demora de Sucesiones* - Barcelona 1981, pág. 487

sucesión. Así habrá de considerarse título inductor del consorcio, a todo título por el que la sucesión se ordene.

En segundo lugar la imposibilidad de aplicar las disposiciones forales reguladoras del consorcio a los supuestos en que los bienes se tengan por donación, alegada por Portolés, afirmación con la que parece referirse al derecho de recobro establecido a favor de los padres donantes, tampoco creo pueda ser motivo para excluir los bienes, así recibidos, de la comunidad consorcial, ya que estimo que este derecho afecta solamente al acrecimiento consorcial, cuando los hijos donatarios no tengan descendencia, pero no a la situación de consorcio, y así, dándose los supuestos necesarios para que el derecho de los padres donantes opere, simplemente éste sería preferente al acrecimiento de la cuota por los demás consortes. Hoy se ha regulado en este sentido, como después veremos.

En cuanto a la no posibilidad de interpretación extensiva y analógica de los institutos que, como el consorcio, tienen una regulación diferente a la señalada en el derecho común, simplemente me remito a lo ya expuesto al tratar del legado como título consorcial, pues aquí Portolés emplea como argumentos propios los que puso, al tratar del legado, en boca de otros autores, pero que ya entonces observábamos parecían expresar su verdadero sentir, aunque ante las decisiones judiciales en contra, adoptó la postura de admisión de interpretación analógica.

Esta posición de Portolés, excluyendo la donación como título para inducir consorcio, que no avala con decisiones judiciales, ni doctrina de foristas, fué, sin embargo, fundamento y precedente exclusivo para que la doctrina posterior, unánimemente, considerara que los bienes que en proindivisión recibían los hijos de sus ascendientes en virtud de donación quedaban excluidos de la comunidad consorcial. Omitimos la cita de la doctrina posterior a Portolés, por ser la postura de este autor, doctrina generalmente recibida.

VII. EXCLUSIÓN DE LOS BIENES ADQUIRIDOS POR OTRO TÍTULO.

Las especiales reglas que rigen la comunidad consorcial solamente operan en los bienes recibidos por los hermanos de sus ascendientes o consanguíneos a título de sucesión y en estado de proindivisión. Así, sólo se induce consorcio con los bienes llamados patrimoniales o de abolorio. Opuestamente, no se inducirá consorcio con los bienes que, aún en proindivisión, adquieran los hermanos por otro título. Si bien, es de advertir, que me estoy refiriendo al título que *ab initio* origina el consorcio, por cuanto, una vez nacido éste lo que los hermanos en comunidad consorcial adquieran, por título oneroso, será también consorcial, según establece el Fuero 7º *De Communi dividendo*,¹⁰³ y se pone de manifiesto en los numerosos diplomas que nos muestran a la comunidad consorcial como una comunidad dinámica, que compra, vende, dona, permuta etc. es decir, con un activo variable, fruto de los bienes y el trabajo de los consortes. Ahora bien, los hermanos además de los bienes consorciales, o mejor, de su cuota en la comunidad consorcial, podían tener otros bienes obtenidos por adquisiciones onerosas o gratuitas: "*vel scientia o prospera fortuna*" dice el Fuero; en estos bienes, propios de los hermanos, si los tuvieran en estado de proindivisión, incluso con hermanos, la copropiedad sobre ellos no se regía por las normas propias de la comunidad consorcial, sino que su régimen era el propio de la llamada copropiedad de tipo romano. No nacía pues el consorcio sino sobre los bienes que los hermanos obtenían por título sucesorio de sus ascendientes o consanguíneos. Lo que nos pone de manifiesto que ya en la época de la Compilación de Huesca se conocían los dos tipos de comunidad, una, la consorcial, que aplicaban a los bienes así obtenidos y la llamada romana o por cuotas disponibles cuando la proindivisión recayera sobre todo otro

103. Fuero 7º *De Communi dividendo*. Si unus frater ante divisionem patrimonii bonorum ex ipso fratre aliquo adquisierit, tenetur cum aliis fratribus ad rationibus consorcii. Sed si ex parte sua, vel scientia, vel prospera fortuna aliquid lucratus fuerit, nihil tenetur dare aliis fratribus (S y P. Libro II).

tipo de bienes. Es decir que no todos los bienes que en indivisión tengan los hermanos son consorciales.

El Obispo D. Vidal nos explica perfectamente esta delimitación del título inductor del consorcio y la consiguiente exclusión de todo otro título como generador del mismo. Veamos: Al tratar D. Vidal de la comunidad consorcial, dentro del Título *Familia Haeriscundac*³⁰⁸ plantea la hipótesis de validez de la "venta, donación, empréstito o enajenación" efectuada por un consorte sin el consentimiento de los demás consortes y de los recursos que competen al que no había consentido ese acto de disposición, diciendo al respecto: "En este caso assí es departido segunt el fuero, que si aqueilla heredad o possession vino a estos por razón de heredar que descendía en ellos de sus mayores, assí como descien de hermanos o cormanos, aqueill qui non consentio aqueill aillanamiento podrá revocar aqueill feito, en guisa que aqueill qui recebió aqueill aillanamiento non puede ren retener d'aqueilla heredad o possession ni en todo ni en partida..." "... Empero si aqueilla cosa antedita pertaynesce a dos, non como cosa de hermanos o cormanos que descendiesse en ellos por razón de heredar, mas sí pertaynesce a ellos por otra razón o por otro título, es assaber si aqueilla cosa lis fué dada a ellos o leixada o la ganaron por alguna otra razón el uno, qui non consentió, aqueill aillanamiento puede revocar quanto a la su part et apropiár su part para si et la otra partida o las otras partidas d'aqueill qui non consentió ad aqueill aillanamiento o obligamiento d'aqueilla cosa possedirán et aurán aqueilla cosa de que se movió el pleito, assí como avian los otros ante del aillanamiento o del obligamiento".

Vemos claramente en este pasaje del Vidal Mayor que existían dos tipos de comunidad, una del tipo llamado a mano común, en la que los actos de disposición han de ser realizados con el consentimiento de todos, siendo ineficaz el acto dispositivo que, sin éste, realice el comunero, ya de toda la cosa, ya sólo de su parte en

308. Vidal Mayor. Trat. Tercero, Juno 1956, libe IV, parágrafo 29.

la misma, y cómo este tipo de regulación sólo se aplicaba a los bienes indivisos obtenidos por sucesión de los ascendientes. Contrariamente la comunidad formada sobre bienes obtenidos por otro título estaba regida por el concepto romano de la disponibilidad de la cuota parte, y así el comunero o copartícipe podía disponer libremente de su parte en la misma.

Que los bienes adquiridos por los hermanos por título distinto del de sucesión de sus ascendientes, estaban excluidos de la comunidad consorcial lo reitera el obispo D. Vidal, un poco más adelante³⁰⁹: "Las cosas que comunalmēt son possedidas sin partidas de muiros"³¹⁰, de qual se quiere condition que sean, si quiere que sean grandes, si quiere chiquas, cada l parçonero d'aquellas cosas podrá la su part vender, dar, empeynnar o aillenar en qual quiere manera quisiere... Et estas cosas han logar en aquellas cosas que non vienen por heredamiento de hermandat nin descien den nin vienen de dreitage de padre, de madre o ençara de avotorio, quat en aquellas cosas han logar aquellas cosas que en el fuero o en el capitulo de nuso se contienen". "Demientre la possession o la hereditat que viene de avuelo, de avuela, de padre, de madre, de hermano o de cormano es possedido d'aquiellos comunalmēt por cosa non partida qui son clamados a heredar, aquella cosa non puede ser aillenada ..".

Así vemos claramente que los bienes adquiridos, en proindivisión, por otro título que no fuera el de sucesión de ascendientes o consanguíneos no estaba regido por las normas que imperaban en el consorcio, aunque fueran hermanos los miembros de esa comunidad.

Este distinto régimen entre bienes heredados de ascendientes y bienes adquiridos por otro título también lo pone de manifiesto Bardaji³¹¹, que excluye de la comunidad consorcial los bienes que los hermanos adquieran por otro título: *Itaque, si inter fratres ex*

309 - Vidal Meyer, Libro IV, párrafos 36 y 37.

310 - Recordemos que "partidas", "part" era el haber hereditario que a cada hijo correspondía.

311 - Bardaji Ibañeta. Començara in quator... lato 364.

emptio, vel alio titulo facta est per eos acquisitio ab extraneo communititer pro indiviso alteri eorum volenti recedere a consensione copetit haec actio mixta communi dividundo, ut dictum est in praefatione poterit vter eorum ante factam divisionem partem sua alienare, prout de iure per instrumentum supra allegatum, ex quo haec prohibitio non extenditur ad alia bona.

Igualmente Portolés²¹² con apoyo en Juan Pérez de Patos y Bagés, afirma que no procederá el consorcio en bienes que los hermanos adquieran por otro título que el sucesorio de ascendientes y consanguíneos: *"In qua re breviter tenendum est necessario requiri fratres ex successione paterna, vel consanguineorum illa obtinuisse, nec sufficere si aliunde illa pro indiviso habeant"*. Consecuente con esta idea, afirma Portolés que no existe consorcio cuando los hermanos devinieron al proindiviso por un acto de voluntad, ya que, como bien dice, el consorcio foral no se contrae por convenio de las partes, sino por imperativo del fuero: *Ex quibus omnibus deprehenditur, nullum consortium inter fratres existere, quando ex societate aliquorum bonorum per ipsos contracta, bona pro indiviso possident... quod etiam, vel ex eo liquet, quod consortium hoc forale partium conventione non contrahitur, sed hanc conventio societas dicitur.*

En base a estas consideraciones, excluye Portolés, como título inductor del consorcio, el de compra realizada por los hijos, no sólo la efectuada a un extraño, sino también cuando adquieren del progenitor, pues, en este caso, dice, se sigue en sucesiones *ab intestato* la misma regla que para los bienes adquiridos por propia industria. Resulta lógico aceptarlo sobre todo si se considera que el precio obtenido por el padre como contraprestación de la compraventa entra en su propio patrimonio.

Vista la problemática que presenta el título adquirido del consorcio, según la regulación que del mismo hacen los Fueros y Observancias, estudiaremos ahora estas cuestiones a la luz de la regulación que del mismo hace la vigente Ley de Sucesiones.

²¹² Portolés, *veránimo*, *Tratado de consorcios*, t. sup. VII.

VIII. REGULACIÓN ACTUAL.

1. Adquisición en virtud de herencia, legado y donación.

A diferencia del artículo 142 de la Compilación de Derecho civil Aragonés, que consideraba como título originador del consorcio "el título gratuito" (dicción que había provocado polémica en su interpretación), hoy la Ley de Sucesiones señala taxativamente como título inductor del consorcio la herencia, el legado y la donación. Con lo que se da fin a la polémica.

La expresión utilizada por el artículo 142 de la Compilación, siempre pensé que debía entenderse equivalente a las adquisiciones en virtud de herencia, legado y donación, teniendo en cuenta que la misma venía a constatar el hecho de que, como decía el profesor Lacruz¹⁴: "en la práctica vigente la sucesión testada e intestada no es el único medio de atribuir a causa de muerte, ya que al lado de la "sucesión formal", que se actúa a través de los instrumentos tradicionales y transfiere la propiedad, actúa intensamente la "sucesión no formal" a través de los llamados "wil substitutes" (transferencias de cuotas de participación, seguros en caso de muerte, constitución de fundaciones), que transfieren posiciones de poder y control sobre recursos. Así, sigue diciendo el profesor, la transferencia de la posición de dominio de un causante en una sociedad mercantil, muchas veces no tiene lugar por vía de sucesión *mortis causa*, sino mediante transmisión *inter vivos* de acciones o participaciones. Es muy difícil, por tanto, en algunos supuestos de negocio jurídico de atribución patrimonial, decir cuando estamos ante un negocio *mortis causa* y uno *inter vivos*, por ejemplo, en la atribución por medio de mandato *post mortem*, la compraventa con pacto de supervivencia, el seguro de vida, la donación para después de la muerte del donante en sus diversas modalidades, etc.

Por otra parte, no había necesidad de la aparición de estas nuevas formas de transmisión *inter vivos* de los bienes susceptibles de

313 - Ferrn.2 Remajo, José Luis. Elementos de Derecho Civil. Sucesiones. Bosch, 1995. pag. 16

calificarse en su día como herencia, por cuanto con la vigencia de los contratos sucesorios, que, aparte sus muchos matices, pueden, en general, conceptuarse en su aspecto formal de verdaderas donaciones *inter vivos* (al menos los llamados institución de presente), y que a pesar de ésto tienen un claro fin sucesorio.

¿Y qué decir de la partición hecha por el testador en vida? Esta donación partición, que, como dice Martínez Radó²⁴, lo más saliente de ella es su carácter híbrido, y que como explican los profesores Lacruz y Sancho Rebullida²⁵, "los hijos, respecto de los bienes que les hayan correspondido, son dueños a título de donación, mientras vive el padre, y a título de heredero, una vez que haya fallecido éste: como se trata, no de una serie de donaciones aisladas, sino de varias donaciones combinadas por el resultado particional, los hijos, más que donatarios simples, son condonatarios y, por tanto, el elemento particional se destaca prevalentemente en las relaciones entre ellos; puede decirse que la donación partición es donación en relación al padre y partición en relación a los hijos, fallecido el padre, los hijos se convierten desde entonces en herederos, salvo los que no lleguen a serlo por renuncia o indignidad".

Todos estos supuestos de donación con fines sucesorios, y más sin duda que existían, ahora están comprendidos en la figura consorcial y no contravienen en absoluto al sentir histórico de la figura por cuanto los bienes a través de ellos obtenidos se obtienen por sucesión.

Muy posiblemente se utilizó la expresión "título gratuito" pensando en estos u otros supuestos semejantes, con el fin de que no quedaran fuera del consorcio bienes obtenidos por fórmulas *inter vivos*, pero con finalidad sucesoria²⁶. En consecuencia creo que el

24-4 - Martínez Radó, Antonio: *Partición ex testamento hecha por el testador*, pag. 397 (uso nomenae a Roca Sastre V. III)

25-5 - *Curso elemental de Dº civil T. VIII*, pag. 148 (Madrid 1951)

26-6 - Seguir consta en los trabajos de la comisión para la redacción de la Compilación de 1967 (donde, como se sabe se incorporó a figura del consorcio a la legislación aragonesa) que se encuentran en los archivos del Ministerio de Justicia, de la redacción del art. 142 se

título exigido en el artículo 142 no hacía más que contemplar, por un lado las tres formas de delación sucesoria existentes en Aragón y por otro las modernas formas de sucesión que con anterioridad cito.

Aunque, como digo, parece indubitada la interpretación que, en general, se daba a la expresión utilizada por el artículo 142 de la Compilación, es preferible la claridad que emplea hoy la Ley.

IX.- INICIO DEL CONSORCIO EN CASO DE DONACIÓN.

La admisión de la donación como título inductor del consorcio planteó, para el régimen de la Compilación, un choque con la normativa que regulaba el recobro de liberalidades según el artículo 130 del mismo cuerpo legal.

En efecto, el artículo 130 disponía que: "los ascendientes o hermanos de quien fallece *ab intestato* y sin descendencia, recobran, si les sobreviven, los mismos bienes que hubieren donado a éste y que aún existan en el caudal". Ante esta cuestión, Merino¹⁷ entendía, para el supuesto en que unos padres dispongan por vía de donación, a favor de varios de sus hijos y pro indiviso entre ellos, de determinados bienes inmuebles, que se formará sobre tales bienes y entre los donatarios, el consorcio foral por cumplirse los requisitos exigidos para el mismo por el artículo 142. Si dentro de este supuesto, uno de los consortes muere sin descendencia y le sobreviven sus padres, ateniéndose al artículo 142, su parte consorcial acrecería a los demás consortes y sin embargo por aplicación del artículo 130 dicha parte corresponde a los propios padres donantes.

encargo el profesor Martín-Balanzeros y Costas. Algunos años más tarde este autor en su trabajo sobre "Los Derechos hipotecarios" que sirvió de Ponencia en las Jornadas de Derecho Aragones, celebradas en Jaca en 1971 (publicadas en ADA, 1970-71, págs. 67) el referirse al instituto que ahora nos ocupa, dice: "por este consorcio "que la situación mil veces nacida de varios hermanos o hijos de hermanos que adquieren de un ascendiente pro indiviso y a título gratuito (léase, por herencia) (sus) unos bienes inmuebles...", es decir que como el mismo autor de artículo pone de manifiesto el título para inducir consorcio es el mismo ahora que en el Derecho histórico la sucesión

317.- Merino Hernández, José Luis - El consorcio foral..., págs. 90 y ss.

Verdaderamente el supuesto que Merino Hernández planteaba se ajustaba enteramente a la situación legal entonces vigente y si, en el Derecho histórico, Portolés, ante la misma situación legal, optó por eliminar la donación como título consorcial, de espaldas a la realidad incuestionable de ser la misma título sucesorio, para el régimen de la Compilación, Merino Hernández en base, principalmente, a las disposiciones forales históricas que, con razón, considera precedente obligado de interpretación, opta por estimar que no nace el consorcio hasta tanto mueran los ascendientes que tendrían derecho a recobrar, y así dice: "cuando se trate de bienes adquiridos por donación, el consorcio foral no se formará en tanto vivan los padres o ascendientes de quienes proceden los bienes. Su nacimiento sólo ocurrirá si fallecidos los indicados ascendientes, los bienes permanecen todavía en la indivisión con que fueron donados".

En mi opinión, estaba en un error Merino Hernández, y así lo expuse³¹⁸ por cuanto su afirmación contradecía, a mi modo de ver, claramente lo dispuesto en el artículo 142 que señala como inicio del consorcio el instante mismo de la adquisición de los bienes por parte de los descendientes y, no sólo en los supuestos de que la adquisición de los bienes sea por sucesión testada e intestada, sino también cuando sea por vía de donación.

Avalaba mi posición el profesor Lacruz³¹⁹ cuando afirmaba: La vinculación consorcial se inicia en el momento de coincidir los hermanos o primos en la titularidad y, por tanto, al aceptar más de uno la donación o la herencia, o recaer en ellos el legado. Es indiferente que la herencia o el legado se hallen ordenados en testamento o en pacto sucesorio".

La solución a la divergencia planteada por las disposiciones citadas, estaba, a mi entender, en considerar que el recobro de los padres donatarios era preferente sobre el acrecimiento consorcial.

318 - Sánchez-Frera González, M^a Carmen: El consorcio foral en el Derecho Civil Aragonés, pag 251.

319. Lacruz Bercega, José Luis: El consorcio foral..., págs. 333 y 337.

No será, exponga yo, el único caso en el que éste cede ante una, llamemos, vinculación preferente, reconocida como ya estaba en el Derecho histórico, y posible hoy en día, la preferencia del sustituto fideicomisario nombrado por el causante, sobre el acrecimiento de los consortes. En el mismo sentido se expresa el profesor Lacruz. En definitiva sostenía que la colisión entre lo dispuesto en el artículo 142 y el derecho de recobro de donaciones, no afecta al inicio del consorcio, que nacerá, conforme al artículo 142, en el momento de coincidir los hermanos o primos en la titularidad del bien o bienes al aceptar dos o más la donación, y en el supuesto de premorir a los padres donantes, un consorte donatario sin descendencia, estaremos ante la colisión mencionada, que, estimaba, se resolverá, dando preferencia al derecho de recobro sobre el acrecimiento, establecido a favor de los demás consortes.

Hoy, acertadamente, el legislador ya establece taxativamente que el recobro de liberalidades (regulado en el artículo 209 de la Ley de Sucesiones) es preferente al acrecimiento consorcial. Es decir, que este recobro no afecta al inicio del consorcio, sino que solamente es atendible y preferente en cuanto al acrecimiento o no de los consortes.

X.- INICIO DEL CONSORCIO EN CASO DE CONTRATO SUCESORIO.

El Título II de la Ley de Sucesiones (artículos 62 y siguientes) regula la institución contractual de heredero como una de las formas de deferirse la sucesión *mortis causa*.

Ya he resaltado la estrecha analogía que guardan estos pactos sucesorios con el instituto de la donación. Es esta similitud la que hace a Merino Hernández²⁰ afirmar que: "mientras los instituyentes vivan, el consorcio foral no entrará a surtir sus efectos

²⁰D - Merino Hernández, J.L. - *El consorcio foral*, p. 90 y 108

entre los posibles instituidos en bienes inmuebles indivisos". Y más categórico: "... en el supuesto de transmisión gratuita de bienes inmuebles indivisos por vía de institución contractual de heredero o pacto sucesorio, el nacimiento del consorcio foral entre los hermanos o hijos de hermanos beneficiarios no tendrá lugar sino cuando el instituyente haya fallecido". Considera Merino que mientras viva el instituyente podrá existir una comunidad ordinaria entre los instituidos si éstos han recibido efectivamente los bienes objeto de la institución, pero no consorcio. Y ello, opina Merino, en cualquier supuesto de institución contractual de heredero, tanto en las que exista plena transferencia de la propiedad de los bienes, como en aquellas otras en las que sólo se transmite la nuda propiedad. Requiriéndose, además, para que el consorcio nazca, según Merino, que el posible cónyuge viudo del transmitente haya fallecido o renunciado a su derecho de usufructo viudal.

Mi opinión es contraria a la de Merino, por cuanto estimo que el consorcio nace en el momento que se perfeccione el pacto, si bien el efecto de acrecimiento estaría supeditado a las cláusulas pactadas. En líneas generales, pienso que debe distinguirse entre pactos con entrega de presente y pactos para después de los días. Creo que se puede afirmar que en en estos últimos pactos, regulados hoy en el artículo 77 de la Ley de Sucesiones el consorcio no nace hasta tanto ocurra la muerte del instituyente, por cuanto la adquisición de los bienes por el instituido sólo se produce una vez fallecido aquel. Solución contraria sería para el primer caso, que son los pactos regulados hoy en el artículo 74 de la Ley de Sucesiones.

XI.- SUCESIÓN MEDIATA O INMEDIATA.

Dados los términos empleados por el artículo 58 de la Ley de Sucesiones, creo debe entenderse que la adquisición ha de ser

directa desde el ascendiente a los hermanos o hijos de hermanos, para que el consorcio tenga lugar, no originándose si la adquisición se efectúa a través del patrimonio de otras personas. Tal sería el caso si el ascendiente hubiera dejado el bien inmueble a un extraño o incluso a un familiar colateral, sin vínculo ni sustitución algunos, y éste a los hijos del antes transmisor, en tal caso no se induce consorcio. Es decir que no sólo se exige, para que nazca el consorcio, que los bienes provengan de ascendiente, sino también que esta adquisición sea directa o inmediata del ascendiente a los descendientes posibles consortes.

La necesidad de la adquisición directa ha sido doctrina común entre los autores que nos hemos ocupado del consorcio.

1.- Supuesto de sustitución fideicomisaria.

Relacionado con esta afirmación de necesidad de la inmediatez en la adquisición se presentan varias cuestiones. Una de ellas es la relativa a la existencia de una posible sustitución fideicomisaria, es decir, si los hermanos obtienen los bienes en virtud de sustitución fideicomisaria, en la que hereda primero una cuota un extraño, como fiduciario, destinándose ulteriormente los bienes a un fideicomisario posible consorte, si se considera que se da la inmediatez exigida por la Ley para que nazca el consorcio.

La cuestión no parece presentar problemas si tenemos en cuenta que el fiduciario no transmite los bienes al fideicomisario sino que es la misma ley la que resuelve la titularidad y la atribuye automáticamente al segundo heredero, quedando al primero un deber de entregar materialmente bienes que pertenecen ya a otra persona. Toda vez que lo característico y esencial de las sustituciones fideicomisarias es la presencia del orden sucesivo: el doble o múltiple llamamiento. Hay dos (o varios) sucesores, cada uno de los cuales recibe el caudal y lo conserva durante un tiempo, generalmente mientras vive, pero, según opinión mayor-

ritaria de la doctrina, que asumo, el doble llamamiento de la sustitución fideicomisoria es a título de heredero: el legislador ha considerado al fiduciario y fideicomisario como herederos sucesivos, suponiendo que ambos reciben los bienes directamente del propio testador y a título universal. Así, el fideicomisario, aunque recibe los bienes después de haberlos tenido hasta su muerte el fiduciario, no le sucede ni trae causa de él, sino que los recibe en virtud del llamamiento que a su favor hizo el testador fiduciante, de quien es segundo heredero.

La jurisprudencia es constante en esta apreciación. Así la sentencia de 3 de Marzo de 1964: "en la sustitución fideicomisaria queda abierta la herencia en el momento de la muerte del testador, que es el único causante, al que suceden los llamados sucesivamente, no sucediendo en ningún caso el fideicomisario al fiduciario aunque sólo se perfeccione su derecho cuando se extinga la vida del primer llamado".

En consecuencia con lo expuesto, estimo, al igual que ocurría para el Derecho histórico, que si los posibles consortes devienen a la proindivisión a través de sustitución fideicomisaria se dará la adquisición inmediata requerida por la Ley. El único problema que surge al respecto es determinar el inicio del consorcio, si bien estimo que el mismo sólo se iniciará cuando coincida la titularidad actual de dos o más sucesores hermanos o primos.

El profesor Lacruz²² analiza las posibles soluciones al inicio del consorcio en un supuesto de delación retardada, haciéndolo sobre un interesante caso: "El causante deja a su esposa la mitad de la finca, acaso con facultad de venderla, y nombra sustituto fideicomisario en ella a su hijo segundo, mientras al primero le deja la otra mitad inmediatamente". Estima el profesor que falleciendo la esposa sin enajenar su parte de finca y recibir dicha parte el hijo fideicomisario, inicia con su hermano el consorcio. Coincidiendo plenamente con él.

²² -Izarra Berdejo, José Luis - El consorcio..., pag. 333

Pero se pregunta el profesor ¿existía el consorcio antes de abrirse la sustitución fideicomisoria? Es decir: ¿podía el hijo heredero o legatario puro enajenar su mitad indivisa mientras no se abriera la sustitución? Y, correlativamente, ¿podía enajenar su derecho de eventual contenido el hijo sustituto? Considera el profesor Lacruz que en favor de la vinculación antecedente cabría alegar que la vocación del fideicomisario existe desde el momento de fallecer su padre, al menos, dice, para quienes consideren que esta vinculación, como la sustitución de residuo, no es condicional³²², y, por tanto, desde entonces hay una suerte de comunidad, siquiera sea más intensa si la esposa no tiene facultad de enajenar y menos si la tiene. Más, a pesar de este argumento en favor de la vinculación precedente, se puede alegar en contra de la misma y así lo hace también el profesor Lacruz, una razón que creo determinante a los efectos de considerar que no nace el consorcio hasta que el hijo fideicomisario reciba su parte de finca por fallecimiento de la madre, esposa del causante, y es la de que si se considerara la vinculación antecedente, el hijo fideicomisario vería agravado su posición como consorte, al no poder ejercitar la acción de división que la ley concede a todo consorte. En definitiva y reiterando mi posición considero que el consorcio sólo se inicia cuando coincide la titularidad actual de los dos sucesores hermanos o primos.

2.- Inicio del consorcio en caso de fiducia sucesoria.

Otro supuesto relacionado con la necesidad de la inmediatez en la adquisición de los bienes consorciales se presenta con la institución de la fiducia sucesoria.

Esta institución netamente aragonesa que, en palabras de Palá Mediano³²³, rompe con los dogmas de escuela, ya que en ella los herederos son designados después del fallecimiento, una vez

³²² - Lacruz Seidajin, José Luis. "El consorcio legal", pág. 330-347.
³²³ - Palá Mediano, Francisco. "La fiducia sucesoria" ADA XIII, pag. 454.

abierta la sucesión, y, a la que García Goyena³²⁴ dedica encendidos elogios, aparece hoy regulada en el Título IV de la Ley de Sucesiones (artículos 124 y siguientes), una vez iniciada su andadura legislativa en el Apéndice de Derecho Civil Aragonés que comenzó a regir el 2 de Enero de 1926 y según el cual sólo podía encomendarse por testamento al cónyuge viudo, sólo o acompañado de parientes, pero no a éstos sin aquel, regulación que resultaba en unos puntos demasiado amplia y en otros demasiado estrecha, al decir de Palá Mediano³²⁵. Hoy la Ley de Sucesiones le dedica un Título completo (artículos 124 a 148), haciéndola objeto de una ordenación general.

Cabe preguntarse, a la vista de esta institución aragonesa, si los bienes recibidos de un ascendiente, existiendo nombramiento de fiduciario encargado de distribuir la herencia, se entienden recibidos por sucesión mediata o inmediata. A esta cuestión contestaba Merino Hernández³²⁶: "Hay que tener en cuenta que en esa sucesión mediata no podría, ni se puede actualmente, comprender los supuestos de sucesión a través del fideicomiso aragonés. En estos casos el fiduciario no es propietario de los bienes del fallecido, ni puede decirse que haya heredado del mismo. Se trata simplemente de una (o varias) persona que cumple un encargo del causante para distribuir su herencia entre las personas designadas por éste".

Efectivamente la cuestión hoy, con la nueva regulación de la figura, seguirá siendo la misma, por cuanto la sucesión así producida no pierde su carácter de directa, pues, como afirmaba Palá Mediano³²⁷ "la fiducia aragonesa no es otra cosa sino la potestad de actuar sobre los bienes de una herencia, por voluntad del causante, en beneficio de sus herederos y sin derechos ni interés para el fiduciario". Efectivamente el fiduciario no es un titular "ad tempus" de la herencia (artículos 134 a 140).

324 - García Goyena. Proyecto de Código Civil de 1851, comentarios al art. 663.

325 - Palá Mediano, Francisco. Derecho de sucesiones a causa de muerte. B.C.A.Z. XXVI, pág. 126.

326 - Merino Hernández, José Luis - El consorcio formal... pág. 89.

327 - Palá Mediano, Francisco. "La fiducia sucesoria" ADA XIII, pag. 453.

En cuanto a determinar el inicio del consorcio, dado que el fiduciario puede cumplir el encargo de una o de varias veces, estimo que se da cuando la atribución en proindivisión se lleve a cabo, es decir que el consorcio nacerá cuando coincidan dos hermanos o primos en la titularidad de un mismo inmueble relicto o en grupo de ellos. Y ello por cuanto, a mi modo de ver, el problema básico y esencial que aquí se plantea y de cuya solución depende la afirmación que he realizado anteriormente es: ¿en caso de existencia de fiducia sucesoria cuándo se produce la delación de la herencia? ¿al fallecer el causante o en el momento de la ejecución de la fiducia? La contestación a esta pregunta decidirá la del nacimiento del consorcio.

En la fiducia sucesoria con la muerte del causante se produce la apertura de la sucesión pero no ha tenido lugar la delación de la herencia. Es la actividad del fiduciario llevando a cabo la fiducia encomendada la que permite que adquiera eficacia la última voluntad del causante. En este sentido se manifiesta la generalidad de la doctrina.

Hoy con la vigente Ley de Sucesiones esto resulta indubitado, pues el artículo 133.1 dice: "A todos los efectos legales la delación de la herencia no se entenderá producida hasta el momento de la ejecución de la fiducia o de su extinción".

XII.- SUCESIÓN A TÍTULO UNIVERSAL Y A TÍTULO PARTICULAR: ¿SE NECESITA UN MISMO TÍTULO PARA FORMAR EL CONSORCIO?

Esta cuestión planteada en el Derecho histórico, ya no cabe hoy plantearla. Sin embargo, se presenta en este caso una situación interesante, dado que hay posiciones divergentes en la doctrina.

¿Es suficiente para que el consorcio nazca que la adquisición sea en proindiviso, o se requiere también que los hermanos y

sobrinos hayan devenido a la proindivisión en virtud del mismo título o derecho?

Veamos, al exponer el tema para el Derecho histórico, que fué Portolés el primer foralista que sentó la afirmación de que para inducir consorcio era preciso suceder por el mismo título. De forma que, aun admitiendo Portolés, que tanto la sucesión universal como la particular son títulos que inducen consorcio, consideraba que sólo entre los que adquieren por un mismo derecho se efectúa el acrecimiento, dado que, según este autor, no sería posible el derecho de acrecer entre herederos y legatarios, porque entre los legatarios y el heredero universal no hay conjunción alguna. Así tendríamos que, cuando en un mismo inmueble o grupo de inmuebles sucedan varios hermanos e hijos de hermanos, pro indiviso, y de un mismo ascendiente común, pero unos por vía de herencia y por vía de legados otros, no se formaría un único y mismo consorcio entre los interesados en los bienes, sino diferentes e independientes consorcios, uno entre los herederos y otro entre los legatarios.

Pues bien, veámos también que un sector doctrinal siguió, sin fundamentarla, esta postura romanista de Portolés, y entre los autores que tal hicieron estaban Franco y Guillén. Para el régimen de la *Compilación* es el notario Merino Hernández³²³ el que, ya con referencia al artículo 142 de la *Compilación*, retoma la posición mantenida por estos autores y con apoyo expreso en ellos, afirma que en el supuesto de que a la proindivisión se haya devenido por diferente título no existe un único consorcio entre todos los interesados en los bienes, sino más bien, dos o más diferentes e independientes consorcios, según los títulos de adquisición, con la importante consecuencia de que cada grupo o consorcio acrecerá entre sí.

Si el acendrado romanismo de Portolés explica, que no justifica, su posición en este punto, en Merino no acertamos a ver la

323. Merino Hernández, José Luis. *El consorcio foral...*, pág. 90.

razón de la misma, pues si antes los Fueros y Observancias no autorizaban ese distingo, tampoco lo autorizaba la dicción del artículo 142 de la Compilación.

El profesor Lacruz Berdejo³²⁹ opina, opinión que comparto³³⁰, y que sigue siendo válida para la regulación actual, que no es indispensable que la adquisición tenga lugar en un mismo acto o tiempo, ni por un mismo título: "si un hijo, dice el profesor Lacruz, recibe el tercio de la finca por donación y ulteriormente los otros dos hijos, o acaso el donatario y sus hermanos, la reciben por sucesión testada o intestada, o incluso si los otros dos tercios se adjudican en la partición a sólo uno de los hijos no donatarios, se produce la adquisición proindiviso requerida".

En este mismo sentido se ha expresado el Tribunal Supremo, al afirmar, en sentencia de 12 de noviembre de 1990: "sin que... resulte preciso para su constitución (del consorcio foral) que las cuotas consorciales provengan de idéntica titularidad, razón por la que no representó ningún impedimento que, en el de autos, las porciones respectivas tuviesen distinta causa transmisiva: herencia y legado".

En conclusión diré que, concurriendo los presupuestos que establece el artículo 58 de la Ley de Sucesiones: adquisición por varios hermanos o hijos de hermanos, de un ascendiente (común) un bien inmueble (o grupo de inmuebles) y a título de herencia, legado o donación, queda establecido el consorcio foral, siendo indiferente que las cuotas consorciales provengan de distinta titularidad, ya que, como dice la sentencia reseñada, desde que el mismo queda constituido las porciones originarias pierden su propia sustantividad.

329.-Lacruz Berdejo, José Luis. *El consorcio foral...* pág. 330.

330.- Sánchez-Friera, M^a Carmen. "El consorcio foral en su relación con el Registro y Catastro". Revista "El Catastro" ed. M^a de Economía y Hacienda, Abril 1990, pág. 54.

CAPITULO 6º

ADQUISICION PROINVIDISO

L- LA INDIVISION COMO PRESUPUESTO DE LA COMUNIDAD CONSORCIAL.

Condición imprescindible para que opere el consorcio es la de que los bienes inmuebles recibidos de los ascendientes (también de los colaterales en el Derecho histórico) estén en estado de indivisión.

Para la regulación actual, el caso más evidente es la transmisión por sucesión hereditaria o donación, de un objeto o un conjunto de ellos, a una pluralidad de sucesores o donatarios, que reciben el objeto por cuotas partes determinadas.

1.- En el Derecho histórico.

Para el Derecho histórico el estado de comunidad que el consorcio implica, era posible tanto en la sucesión testada como en la intestada. Cuando el causante moría intestado, la situación de consorcio entre los hijos herederos, era lo normal. En la herencia testada, en cambio, el consorcio nacía respecto a aquellos bienes sobre los que el causante no hubiera hecho atribuciones concretas y determinadas.

La necesidad del estado de indivisión de los bienes, está establecida claramente en los F. 1º y 2º tit. *De Commun dividundo*, que

contemplan el consorcio, no sólo cuando los hermanos aún no han dividido la herencia paterna, materna o procedente de abuelos, sino también cuando, habiendo dividido la misma, se hubieren adjudicado bienes pro indiviso a dos o más hermanos.

La comunidad consorcial descansa, así, en la indivisión en la que se encuentran determinados bienes. Claro resulta, al respecto, el obispo Vidal: "El dreito de la hereditat o possession o el dreito de la partida d'eillas que viene a muitos, que descienden de sus mayores, por razón de heredar de los bienes de padre, de madre o encara del avolorio, ante que por partida sea partida aqueilla hereditat... non deve ser aillenado aqueytl dreito. Empero, si muitos partieren entre sí los bienes que heredaron sin destin d'alguno o con destin,... el en guisa que non seynnalen a cada l'cierta part, mas a dos ensemble o a muitos assignaren aquella part non partida que la posedezquan aqueillos que assi fueron clamados a l' part non departida, quantos quiere que ellos sean, ninguno d'eillos non podrá aillennar la part d'aqueilla partida o el dreito que en aqueilla cosa pertaynnescencia a eilla, ante que sea partida aqueilla part de todos entre todos por cabeça..."³³¹.

La necesidad de que el bien heredado esté indiviso entre los hermanos, para que exista consorcio, ha sido sostenida con unanimidad en el campo doctrinal. Juan Pérez de Patos, Pertusa y Bagés encuentran el apoyo de esta exigencia en el Fuero 1º De *Communi dividundo*³³². También Molino, cuando se refiere a los bienes que integran la figura consorcial, señala su cualidad de indivisos: "*quando duo fratres tantum ex pluribus fratribus habent bona inter se indivisa et sunt consortes...*"³³³.

Si la referencia al estado de indivisión de los bienes heredados de los ascendientes, es nota común en la doctrina, es, sin embargo, Fortolés, el autor que expone con profusión de supuestos

331.- Vidal Mayor IV 37

332.- Citedos los dos últimos, por Fortolés. Tratado de consortes, cap. VIII. Pérez de Patos. Juan Clossas op. cit. pág. 304

333.- Molino - *Figmentarium* v. successio, f. 206 v.

cuando existe la misma. Así, dice, no nacería el consorcio si un padre lega a un hijo la parte de su finca comprendida desde tal árbol a la ribera, a otro hijo, otra parte determinada de la misma finca, la comprendida desde la ribera al camino, y al tercer hijo la parte restante de la finca, ya que en este supuesto, cada uno de los hermanos conoce su parte dividida y determinadamente. En cambio, dice, si se induciría consorcio si el mismo padre al legar la finca a sus hijos, lo hace fijando sólo intelectualmente las partes, diciendo: "dejo a mis tres hijos tal finca por partes iguales". Tampoco existiría consorcio, cuando el causante instituye a un hijo en la nuda propiedad y a otro en el usufructo.

Es decir que, necesitándose la proindivisión como base del consorcio, no habrá tal cuando los hermanos, o hijos de hermanos, conozcan su parte determinadamente, ya derive esta determinación de disposición del causante, (caso en el que el consorcio no llega a nacer), ya porque a través de la partición se haya llegado a la adjudicación determinada de bienes a cada heredero (supuesto en el que se ha puesto fin a la comunidad consorcial).

2.- La proindivisión en la regulación actual.

A semejanza de lo preceptuado por los Fueros y Observancias que regulan el Consorcio, el artículo 58 de la Ley de Sucesiones, exige para que exista el mismo la indivisión de los bienes.

Dada la dicción del artículo no parece indispensable que la adquisición proindiviso lo sea en un mismo acto o tiempo. Si bien el consorcio no se iniciará hasta que coincidan hermanos o primos en la titularidad del bien o bienes. Así, si por ejemplo, un hijo recibe el tercio de la finca por donación inter vivos, y ulteriormente otros hijos o acaso el donatario y sus hermanos, la reciben por sucesión paccionada, testada o legal, se produce la "adquisición proindiviso" requerida por el artículo 58. Lo mismo si recibido por un hijo un tercio de la finca por legado los otros dos tercios se adjudican a otros hijos en la partición.

También se inducirá consorcio si la indivisión entre hermanos sobreviene a consecuencia de una delación retardada: el causante deja a su esposa la mitad de la finca, nombrando sustituto fideicomisario en ella a su hijo segundo, mientras al primero le deja la otra mitad inmediatamente. Al fallecer la esposa y recibir parte el hijo fideicomisario inicia con su hermano el consorcio.

Como he expuesto en el capítulo dedicado a tratar el título adquisitivo, tampoco es necesario que a la indivisión se llegue en virtud del mismo título, por cuanto la vinculación consorcial se inicia en el momento de coincidir los hermanos o primos en la titularidad y, por tanto, al aceptar más de uno la donación o la herencia o recaer en ellos el legado. Siendo indiferente que la herencia o el legado se hallen ordenados en testamento o en pacto sucesorio.

II.- INDIVISIBILIDAD DE LOS BIENES.

Con referencia al tema de la proindivisión de los bienes como base del consorcio, se presenta una cuestión ciertamente interesante que no aparece recogida en la regulación actual, aunque sí en los Fueros y Observancias. Es una lástima que el legislador no haya recogido esta excepción, pues hubiera sido muy conveniente. Piénsese cuando el consorcio recae sobre un piso o también cuando el bien inmueble consorcial tenga la calificación de unidad mínima de cultivo o parcelas urbanizables con dimensiones mínimas.

En el Derecho histórico el supuesto se planteaba en el Fuero 3º *De Communi dividundo*³³⁴, y a la Observancia 3º *De Consortibus ejus-*

334. Fuero 3º. Multa castella, bates, furni & molendina sunt, quibus eorum multates, quod nulli habent partem in illis & oia iura non possunt dividi: ut quisque ex haereditibus possit determinate cognoscere partem suam. Si alius eorum vendiderit partem quam in eis habet, aut si eam dederit, aut impignorerit, aut quocumque alio modo alienaverit, in carta ipsius facta ea debet contineri. Ego iura dono, vendo, aut impignoro seu in aliquo iure, aut in dominiis iuris transiero per tanto precio medietatem, tertiam, aut quartam partem, tunc hereditatis, aut plus, et minus, secundum quod in eis habuerit. Et secundum Fuero non tenetur

dem m³³. Presenta este Fuero y Observancia el supuesto de bienes "que no se pueden dividir", dando para los mismo una solución diferente a la que, para los bienes divisibles, contienen los Fueros 1º y 2º del mismo título.

¿Significa este Fuero 3º y Observancia respectiva una clara excepción a las reglas que imperan en la comunidad consorcial? La comunidad consorcial se formaba con los bienes heredados en estado de indivisión, pero los efectos de la misma ¿se refieren a todos los bienes inmuebles indivisos o solamente a los bienes inmuebles indivisos pero susceptibles de división?

La doctrina no ha sido unánime en cuanto a la interpretación que había de darse a este Fuero y Observancia. Es decir, si suponen una excepción dentro de la regulación que impera en la comunidad consorcial, o bien si la comunidad con facultad de disposición de la cuota parte que en ellos se plasma no tiene nada que ver con el consorcio.

Analicemos la *sedes materiae*, por cuanto creo que el emplazamiento que este Fuero tenga, puede ser un principio aceptable para ver de determinar el entronque del mismo con el instituto del consorcio.

1.- Los bienes indivisibles en los Fueros.

En la colección oficial de Fueros y Observancias³³⁴ el fuero aparece recogido con el nº 3 de los comprendidos bajo el Título *De Comuni dividundo*. En los Fueros de Aragón contenidos en el Ms. 458 de la Biblioteca Nacional³³⁵ viene regulado en los párrafos

ini aliquid pedare, aut per bogas suo. Mas aliquid demonstrare, que non sunt tanta iura quee aliter possent diuis. Verumtamen veritatis acum debent & passum diuisi secundum, quod heredes habent pariter in eis

334 - *item, Forum qui loquitur, quod frater non potest alienare, vel obligare bene patrimonialia alieni intelligitur de bonis, que secundum forum diuisi possunt. Alio vero, quee commodè diuisioe possunt, in futurum et seruis bene possunt obligari, vel alienari (S y H. II, 25 n)*

335.- Gaval y Perer.

337.- Tander, Gurnel - Lund 1857

172 y 176, inmediatamente después de la regulación de la comunidad consorcial y de la partición entre hermanos.

También el Fuero de Jaca³²⁸ regula la titularidad plural sobre molinos, baños y hornos del mismo modo que hemos visto en los Fueros de Huesca, si bien el encuadre institucional es diferente, ya que lo regula sin aparente relación con la comunidad consorcial. Así en la edición A, lo hace en el párrafo 145 (el consorcio en el nº 45) en la redacción B en el nº 73 (el consorcio en el nº 90). En la C y D bajo el nº 265 y 264 (el consorcio nº 69 y 70) y en la E en el párrafo 279 (el consorcio en el nº 75). Dada la falta de sistemática de estas Redacciones nos va a ser más interesante estudiar, como después haremos, el contenido de estos fueros que su encuadre en los mismos.

Si, como vemos, en las distintas recopilaciones del Fuero de Jaca, ya figura este especial régimen respecto a bienes "que no se pueden partir" otro tanto ocurre con las Recopilaciones que, debidas a iniciativa privada, se conocen de los Fueros de Aragón.

Es especialmente significativa la Recopilación contenida en el Ms. 41 de la Universidad de Zaragoza³²⁹ que en su párrafo 45, regula el consorcio foral. En este párrafo se incluye en un mismo fuero, las disposiciones sobre el distinto régimen a que están sometidos los bienes indivisibles, la prohibición de disponer de la cuota consorcial y el acrecimiento entre consortes. Así tenemos, que a continuación de establecer el fuero que los hermanos no pueden disponer de ningún modo de la parte que en la herencia de los padres le corresponde hasta tanto no hayan hecho división de la misma, con carta, fianza y testigos, dice: "No obstante (tamen) los molinos y hornos, que no pueden dividirse, si alguno (si quis) de los herederos quisiere dar, vender o pignorar su parte en ellos, a alguien, puede hacerlo..." tratando a continuación del

328. Molho, Maurício. Fuero de Jaca. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Escuela de Estudios Medievales. Zaragoza, 1954.

329. Harnos Ispáñoles, José M^o. AHDE V.

acrecentamiento consorcial cuando en la división se adjudican lotes en proindivisión a dos o más hermanos²⁴⁰.

Lo que queda claro por esta Recopilación, dada la colocación sistemática de los preceptos forales y su expresivo "ítem", es el régimen de alienabilidad de la cuota consorcial cuando recae sobre esta clase de bienes, opuestamente a lo que acontece con el resto de los inmuebles que forman dicha comunidad consorcial. Realmente, dado el contenido de los fueros, tanto en las distintas versiones del Fuero de Jaca, como en los Fueros *De Communi dividundo*, estaba bastante claro que la regulación de esta clase de bienes constituía una excepción al régimen establecido para el consorcio foral. Aquí ya no caben dudas.

Si de la colocación sistemática, pasamos al estudio del contenido de las disposiciones forales, el resultado parece ser, igualmente, que lo preceptuado en el Fuero 3 *De Communi dividundo* era una excepción al régimen imperante en la comunidad consorcial.

Así, el fuero 3^o de la colección oficial, habla de "herederos" como titulares plurales de esta clase de bienes, aunque sin circunscribir sus dictados al supuesto de que esos herederos lo sean de bienes de patrimonio o abolorio, al igual que se observa en la Recopilación A del Fuero de Jaca. En cambio en la recopilación B de este Fuero, contenida en el código J.J.N.N. de los Archives Nationales de París, se introduce la expresión *per avulori* o *per patrimoni*. Con esta clara referencia vemos que la regulación se refiere

240-M 41 Universidad Zaragoza - Irens y publicación Ramos Loscañales AHDE V -45- hereditates que, conventu filii et filibus ex paternis et maternis sine defunctis generibus alio filio vel illa non potest nec debet aliquo modo vel pacto aliqui dare, vendere, impignorari seu qualibet modo alienare nequeque que sibi contingere debet ex generibus donec quisque de illis mori, dicitur et determinate cognoscatur periclorum suam que sibi illa generorum debet pertinere. et etiam usque dicitur illa per cariam et cum filibus et testibus se abolvat. Malentenda tamen et sumi, que non possunt dicitur, si quis ex hereditatibus venient periclorum suam dare, vendere, aut impignorare aliquid in instrumento sui caria que sit de facto illa, de consensu illorum, vendit, vel dicit, non in signore mediam partem aut tertiam, seu quartam de factu materio vel alio, nisi illi pertinet illa generorum. Dum vero francos habuerint inter se omnes hereditates generorum et loco contigenti quod dicitur et dicit, aut tres et res, seu plures dicit in sumo in istis hereditatibus, et eventum quod antea exceptum dicitur quam dicitur cognoscatur suam partem, non possunt illi francos potere partem in parte illa nisi cum qui erat in serie

expresamente a bienes consorciales. En las redacciones C y D consta también la referencia a poder ser dichos bienes de patrimonio o de abolorio, a más de "o en oltra manera dreyturera", con lo que puede afirmarse, que el régimen de titularidad plural sobre estos bienes establecido, parece ser el mismo ya se tenga la cotitularidad sobre ellos por título sucesorio de ascendientes, o, se haya llegado a la proindivisión, por cualquier otro título. Al menos, en lo que afecta al poder de disposición por actos *inter vivos*.

Del estudio realizado se concluye que, en la época de los Fueros, a) existen unos bienes que son: los castillos, baños, hornos y molinos sobre los que pesa la prohibición legal de partir, b) que dada esta prohibición, se presenta una grave dificultad cuando los mismos integran el activo de la comunidad consorcial, teniendo en cuenta que la única vía que los Fueros admiten para dar fin a la misma, es la partición del bien poseído en común, y c) a la vista de esta situación, el legislador arbitra otras normas, cual es la disponibilidad del consorte sobre la parte que en estos bienes le corresponde. Lo que supone una excepción a las reglas que rigen la comunidad consorcial, que quedan así reservadas para ser aplicadas sobre los bienes consorciales indivisos pero susceptibles de división. La razón de que el legislador hubiera prohibido partir estos bienes no aparece clara, pues si en los Fueros que los regulan, se dan normas procedimentales para la venta que de la parte haga el consorte, ésto es más bien efecto que causa, y ésta siempre aparece así expuesta: "que por fuero no se pueden partir".

Como nota común que puede asignarse a los bienes que los fueros citan: castillos, hornos, molinos y baños, es la de que, aunque de propiedad privada, estaban destinados al uso común de las gentes del lugar, que pagaba, por su utilización, una cantidad a los propietarios. Es esta nota de uso público la que creo operó como "ratio" para el legislador, más que la de atender a proteger a los propietarios privados. Es decir, que el legislador de los Fueros prohíbe la división de estos bienes porque de efectuarse ésta, quedarían inservibles o se dificultaría grandemente el uso a

que se destinaban, y este uso era público. Como lugares públicos, en el sentido de uso común, los cataloga el Obispo Vidal³⁴¹.

Por otra parte si al legislador le hubiera guiado la idea de dar esta especial regulación para evitar la partición de bienes que cómodamente no pudieran dividirse ¿qué razón habría para no incluir las casas en la relación de bienes que hace? Porque la palabra "castillo" que los fueros emplean no significa casa o morada, sino que la misma es equivalente a *aljibe*, aljibe; era la servidumbre *agua ex castello*, consistente en el derecho que tenían los vecinos de sacar agua de los castillos, donde había siempre una cisterna de agua. Así castillo se hizo sinónimo de cisterna de agua³⁴².

2- Los bienes indivisibles en las Observancias.

La Observancia 3^a *De consortibus ejusdem rei*³⁴³, que recoge a la letra la contenida en el n^o [7] del mismo título de Jaime de Hospital³⁴⁴, confirma lo preceptuado por el Fuero 3^o *De Comuni dividendo*, en el sentido de concretar que la indisponibilidad de la cuota por los consortes en los bienes consorciales, se refiere exclusivamente a los bienes que se pueden partir: "... *alia vero, quae commode dividi non possunt, ut furvus, et similia: bene possunt obligari, vel alienari*".

En cuanto a qué bienes sean éstos, parece apreciarse una sutil diferencia. Mientras los fueros transcritos hablan de cosas que "no se pueden partir", la Observancia, con mayor flexibilidad y ampli-

341 - Vidal Mayor libro VIII, parágrafo 37

342 - Ilançón: *Gurrutzi - Vidal Mayor* T. II - Vocabulario - Lund 1966 - en el Vidal Mayor T. I, libro IV, parágrafo 28 (7) [14] (30) y en el parágrafo 33 (5) del mismo libro IV consta la significación que da *castellu* nombre señalado. Dado que en la edición de Savall y Penar figura en el Fuero 3^o *De Comuni dividendo* "Castella", cuya significación es castillo, parece apoyar la hipótesis, mantenida por el profesor Delgado Esquivel a *Vidal Mayor*, un libro de Fueros del siglo XIII, pág. 55) en contra de lo sustentado por Pérez Mañá, Antonio (Fori Aragonum, pág. 6, 1979) y Mejías de que la primera versión de los Fueros de Huesca fue realizada en latín. Así tendríamos que al traducirse a romance no dieron a la palabra su verdadera significación.

343 - O.R.A. III - *De consortibus ejusdem rei*. 3. 3 y P. 25 b

344 - Husper, Jaime de - *Observancias del Reino de Aragón* Titulo IX - *De consortibus ejusdem rei* - [7].

tud, se refiere a las que no pueden dividirse "cómodamente". La diferencia parece importante. En el primer caso se trataría de bienes indivisibles por mandato legal y en el segundo de aquellos que "desmerezcan mucho por su división". Con lo que puede ampliarse el número de los excluidos del régimen consorcial sólo con el criterio de evitar la división, si con ella se menosprecia considerablemente el bien en cuestión.

Vemos en consecuencia que el Derecho Aragonés, fiel a su filosofía de fomento de las comunidades, tiene un régimen perfectamente coherente con esta tendencia cuando regula la existencia de bienes indivisibles en la comunidad consorcial, y así, permitiéndolo al consorte disponer de su cuota, posibilita la continuación de la comunidad. Los principios del Derecho Romano primero y el Derecho de Castilla después, vienen a perturbar esta coherencia, y a la postre triunfar, sobre lo que constituía la tradición jurídica aragonesa.

En mi opinión, el Fuero 3º *De Comuni dividundo* y la Observancia 3º *De consortibus ejusdem rei*, señalan una excepción a la regulación de la comunidad consorcial, si bien esta excepción no alcanza a todos los efectos que de la misma derivan. Así creo, que la excepción señalada al consorcio afecta al efecto consorcial de la prohibición de disponer pero no al efecto de acrecimiento que los Fueros 1 y 2 *De Comuni dividundo* establecen.

Así los hermanos consortes, sobre un bien indivisible, podrán disponer de la cuota parte que en el mismo tengan. El hecho de disponer de la misma representaría o manifestaría de una manera clara su deseo de partir, es decir, que el uso por el consorte de la facultad que el Fuero 3º *De Comuni dividundo* le concede, simbolizaría la partición del bien, siendo así equivalente el acto de disposición de la cuota consorcial sobre bien indivisible, a la partición de un bien indiviso pero divisible.

Mas si el consorte de bien indivisible no dispone de su cuota parte, esta su no disposición operaría como manifestación de que

no quería partir el bien consorcial sino que su voluntad era de continuar en el régimen de comunidad sobre el bien y, en consecuencia, ocurrido su fallecimiento, estaríamos, al igual que en el consorcio (por cuanto consorcio es) ante la disyuntiva de ver si tiene descendientes, en cuyo caso a ellos iría su parte y en caso de ausencia de ellos, acrecería su parte a los otros consortes en el bien indivisible.

En consecuencia, la comunidad consorcial sobre este tipo de bienes, teniendo en cuenta los preceptos forales, tiene, respecto a la comunidad sobre bienes indivisos pero susceptibles de división, diferencias, en cuanto a la facultad de disponer, pero no en cuanto al efecto de acrecimiento, dándose éste entre consortes (naturalmente en defecto de descendientes del consorte muerto) en tanto no se hubiere dispuesto, o, respecto a lo que no se hubiere dispuesto.

Sostengo esta postura, con la explicación indicada, por cuanto esta facultad de disposición sobre la cuota, concedida en el Fuero 3º *De Comuni dividendo*, respecto a los bienes consorciales de naturaleza indivisible, es la única manera lógica de no resultar seriamente perjudicados los copropietarios consortes, que si no tuvieran esa facultad, no les quedaría otra solución, para extinguir el consorcio, que promover la venta del bien, es decir disolver la comunidad. Sin embargo concedida esta facultad por los Fueros se conjugan armoniosamente los intereses en liza, ya que al disponer de su cuota el consorte, cualquiera de los consortes restantes, si no desean que un extraño entre en la comunidad, podrán hacerse con la cuota mediante el ejercicio del derecho de retracto de abolorio, ó, en su defecto, el de comuneros.

Por otra parte, el mantenimiento del efecto de acrecimiento, creo que está de acuerdo con el fin del mismo, que se infiere de los Fueros 1º y 2º *De Comuni dividendo* por cuanto a la muerte del consorte, sin descendencia y sin haber dispuesto de su cuota *inter vivos*, la misma iría a los consortes en el bien y no a los otros hermanos que no tenían comunidad con él.

3.- Regulación actual en cuanto a bienes indivisibles.

La posibilidad de disposición que, sobre la cuota consorcial en bien indivisible, tenían los consortes en el Derecho histórico, hoy no es posible dada la regulación que de la figura foral hace la Ley de Sucesiones.

Así, al no haber recogido el legislador aragonés esta posibilidad de enajenación de la cuota que a cada consorte le pertenece en el bien de naturaleza indivisible, hace que en la actualidad, cuando un bien de esta naturaleza o también un bien que legalmente tenga prohibida su división, quiera dividirse con el fin de extinguir la comunidad consorcial sobre él constituida, haya que acudir al procedimiento señalado por la propia Ley de Sucesiones para partición, y para lo no regulado por ella por el Código Civil, con el grave perjuicio que puede suponer, en algunos casos, la venta del bien en cuestión. Hubiera sido bueno que la nueva regulación de esta figura hubiera reinstaurado el régimen que, para este tipo de bienes, rigió en el Derecho histórico.

CAPITULO 7º

EFFECTOS DEL CONSORCIO:

LA INALIENABILIDAD DE LA CUOTA CONSORCIAL POR ACTOS "INTER VIVOS"

I.- LA PROHIBICIÓN DE ENAJENAR.

Expuesto en los capítulos anteriores los elementos subjetivos, objetivos y título por el que se induce consorcio, me propongo en el presente plasmar los efectos de la figura, siendo el primero a tratar la prohibición que pesa sobre cada consorte de disponer, a favor de extraños, de la parte que en dicho consorcio le corresponde mientras subsista el vínculo consorcial.

El tema que ahora voy a tratar ha sido objeto de profunda y apropiada reforma por el legislador de la Ley de Sucesiones.

La prohibición que pesa sobre el consorte está hoy recogida en el artículo 59 de la citada Ley en términos semejantes a los contenidos en los Fueros que regularon la figura en la época histórica. Así el artículo 59 al señalar como primer efecto de la comunidad consorcial que: "sólo son válidos los actos de disposición *inter vivos* . realizados por un consorte sobre su cuota en el consorcio o alguno de los bienes que lo integran cuando se otorguen a favor de sus descendientes, que con ello adquirirán al condición de consortes, o de otro consorte", viene a reproducir las reglas conteni-

das en los Fueros 1º y 2º *De communi dividundo*³⁴⁵. Como antes indicaba la regulación actual no recoge la regla contenida en el Fuero 3º del mismo título³⁴⁶ relativa a la disponibilidad de la parte cuando los bienes fueran indivisibles.

Continuando el método que vengo siguiendo, expondré en primer lugar la regulación y fundamento en los Fueros y Observancias, con la doctrina de los fueristas a ellos referida, para analizar después la regulación actual.

II.- LA PROHIBICIÓN DE DISPONER POR ACTOS "INTER VIVOS" DE LA CUOTA INDIVISA EN LA ÉPOCA HISTÓRICA.

1.- En los Fueros y Observancias.

La prohibición de enajenar y gravar la parte consorcial que los Fueros *De Communi dividundo* imponen a los consortes, aparece ya recogida, en los mismos términos, en el Fuero de Jaca³⁴⁷ y en las Recopilaciones privadas de los Fueros de Aragón³⁴⁸.

Son asimismo numerosos los pasajes del Vidal Mayor que tratan de esta prohibición de disponer que afecta a los hermanos consortes en las cosas no partidas. Así en el libro IV parágrafo 26 al tratar D. Vidal del ejercicio de la acción de petición de herencia paterna o de abolorio, que un hermano hace a otro hermano,

345 - F 1. De Communi ... aliquis filius, vel filia per forum non potest dare, vendere, aut impignorare, vel alienare aliquo modo, ad alium nominem, dante: quia sibi à eis debet partem.
"F 2 - Multa morum si pater sup unus pars et matris potest aliquid de suo avobro impignorare, vendere, sive dare, vel aliquo alio modo alienare ...".

346 - F 3 - Multa castella, lathes, lumar, molestra, sunquibus accipiuntur, quec nulli heredi partem in illis et qua tale non potest dandi, si quisque ex heredibus partem detentant cognoscere partem suam. "Fueros de Aragón Ms. 458. B.N. Estudios Filológicos. Ginebra, 1937-160 - Si dos lites son o mas de un padre e de una madre no pueden ninguno empuñar alguna cosa de su patrimonio ni de su avobro ni vender ni dar ni alienar en ninguna manera ni encausar si quiere alienar la parte que deve recibir de su patrimonio lita que quisqueno de ellos comeca su parte desindada ...".

347 - Fuero de Jaca. M.ºho, M.ºho. R. A. 45. R. B. 90. R. C. 70. R. D. 63. R. E. 75.

348 - A. H. D. E. II, 124. A. H. D. E. V, 45.

resuelve que éste, no puede excusarse de tal demanda alegando haberla vendido a un extraño, por cuanto, dice D. Vidal, tal venta no valdrá ni por el contrato, ni por la posesión, si no tiene el consentimiento del otro hermano, o de todos los hermanos, si muchos son; pues aunque no haya mediado engaño, no debe ser "anidado" ni por contrato ni por tenença. "Quar ante que sen partida la cosa de la hermandad, ninguno de los hermanos non puede aillentar aquella cosa sin consentimiento de todos, pero el l de los hermanos bien puede dar o vender o poner en vill por algún otro título o encara diffinir, es assaber afirmar, la cosa, si muchos hermanos non fueren"³⁴⁹.

Vuelve D. Vidal, en el parágrafo 29 del mismo libro, a tratar de la prohibición de disponer impuesta a un consorte y así como en el parágrafo anteriormente citado establecía -además de la no validez del contrato efectuado por uno sólo de los consortes, referido a la cosa común- la no operatividad de la posesión para prescribir en contra del hermano consorte; en este parágrafo insiste sobre la no validez de la venta, explicando que en el supuesto de que dos tengan alguna heredad o posesión no partida y uno sin consentimiento del otro donara, vendiera, empeñara o de cualquier otra manera enajenara aquella heredad, el fuero establece, dice D. Vidal, que si aquella heredad o posesión, vino a ellos por razón de heredar, que descendía a ellos de sus mayores, como descendiende a hermanos o comrados, el que no consintió en la enajenación puede revocarla, ya que el que recibió la dicha enajenación no puede retener aquella heredad ni en todo ni en parte"³⁵⁰.

349. Claramente parece desprenderse de esta última afirmación de Vidal que las cosas eran por sí mismas libres, sin vínculos, y la limitación establecida tenía por única causa la pluralidad de hermanos, es decir que la llamada vinculación consorcial derivaba únicamente de la situación de comunidad.

350. El Obispo Vidal, que, a veces, tiene un gran sentido de la etimología explica (l. bro VIII,26) el alcance de la palabra enajenar diciendo: "enajenar es dho dar vender, fazer expro dar al heredero el empeñar o dar en feudo o arrogar deus contra per de frutos a deus contra tibiute". Vamos pues por la definición de Vidal que dentro de la palabra enajenación se comprendía también dar en feudo, (contrato por el que se daban tierras en usufructo, usufructuarios al que las recibía a guardar fidelidad de vasallo al donante y prestarse servicio militar). Así como también dar en entileus, que Vidal aclara erruditamente diciendo que es una palabra griega, etimología en la que coincide el Obispo Vidal con Regañón Passagioni notario de Boario de siglo XIII, que en su obra "Auria" (pág. 275. Ed. Maard

Insiste, en el párrafo 30 del mismo libro sobre el extremo que trata "El dreito de la heredad o possession o el dreito de la partida que viene a muitos, que descenden de sus mayores, por razón de heredar de los bienes de padre, de madre o encara del avolorio, *ante que por partida sea partida aqueiill heredad con instrumento público et testigos avidos entre ellos o por alguna otra manera que sea de razón de las cosas antedichas, non deve ser aillenado aqueiill dreito e assi encara que, si alguno de los anteditos herederos aillennare la part la qual devia recibir o el dreito que aqueiill pertaynnesca en aqueillas cosas, tal aillenamiento non vale ...*" En este párrafo D. Vidal no sólo establece la prohibición de enajenar antes de llevar a cabo la partición de la herencia, sino que completa los términos del Fuero, precisando, que la prohibición de disponer continúa igualmente cuando efectuada la partición se adjudica a más de uno y proindiviso algún bien de dicha herencia: "*Empero si muitos partieren entre si los bienes que, heredaron sin destin d'alguno o con destin en los quales bienes devian heredar por razón d'aqueiill dreito de heredar que caya en ellos, et eu guisa que non seynnalen a cada l cierta part, mas a dos ensemble o a muchos assiguaren aqueilla part non partida que la possedezquam aquellos que assi fueron clamados a l^a parte non departida quoyntos quiera que ellos sean, ninguno d'ellas non podrá aillennar la part d'aqueilla partida o el dreito que en aqueilla cosa pertaynnesca a eill, ante que sea partida aqueilla part de todas entre todos por cabeza con instrumento público et con fiador et con testigos, et si aqueiill aillenamiento es feito en otra guisa, non val*".

En el párrafo 37, vuelve a tratar D. Vidal de la prohibición de disponer impuesta a los hermanos consortes, si bien aquí, lo hace para contraponerla a la copropiedad entre hermanos en cosa no heredada de los padres o abuelos y así reitera: "*Demientre la pos-*

1950 versión al castellano de Vicente Vela y Rafael Muñoz), da esta misma explicación al referirse a la palabra entremedias. Para convinar por el que se daba la posesión natural como usufructuario conservando el dueño el dominio, la propiedad y la posesión civil, obligándose el arrendatario a pagar al dueño una pensión en dinero o en especie. Es decir que el concepto de enajenación era más amplio del que hoy en día tiene la palabra, ya que parece no era posible a los consortes no solo conservar la propiedad, sino que también estaba prohibido transferir la posesión.

sessi6n o la hereditat que viene de avuelo, de avuela, de padre, de madre, de hermano o de cormano es possessi6n d'aquellios communalmente por cosa non partida qui son clamados a heredar, aquella cosa non puede ser aillennada o puesta en uno en otro en possessi6n o en dreito de siervos o de omnes otros de qual se quiere condici6n o de persona d'alguno o d'algunos que possedescen assi, la qual cosa non puede ser feita sin consentimiento de cada una de los qui possedescen salvo aquello que es dito de suso de los qui entran en religi6n".³⁵¹

En el libro VI, 18 bajo el título "*De successi6nibus ab intestato*", otra vez D. Vidal vuelve a señalar la prohibici6n de disponer: "El dreito o la part de la possessi6n o de la hereditat que pertaynesce a muitos descendientes por heredar lo del padre o de la madre o del avuelo o de la avuela, ante que sea partida aquella possessi6n o la hereditat con fermes de parti6n et con testigos convenibles, ninguno de los ditos herederos non puede aillennar ren del dreito o de la part d'aquella possessi6n o hereditat sobreditas nin puede leixar a ninguno quando muere, salvo a sus fillos o sobrinos que siempre deven heredar por destin o sin destin, aquello que non fue partido ante que a ninguno d'eillos qui devian heredar o sortir con aqueill qui mori6 aquella cosa que no huvieron a partir entre s' et aun en tal guisa que, si alguno d'aquellos ensemble herederos o los qui deven sortir aillennare el dreito o la part que devia en la cosa non partida, non vale tal aillennamiento".³⁵²

Vemos, pues, que el obispo D. Vidal reitera profusamente este efecto consorcial de no enajenaci6n por los hermanos o primos

351. Es de notar que aquí D. Vidal entiende la procedencia de los bienes consorciales a lo recíproco por los hermanos o cormanos. El Vidal explica, en otros pasajes (Libro VI, 10) que son cormanos de cada. Por otro lado señala los que son aillennados por parte de la madre y los que son aillennados por parte de padre cormanos son llamados. (De Asso también dá a los medio hermanos el nombre de cormanos y también explica qué se entiende por hermano, diciendo que este término significa hermanos y primos).

352. De nuevo encontramos en este pasaje de Vidal innovaciones, respecto a la dicci6n de los fillos y también en este caso como en el sentido anteriormente estas innovaciones han tenido su reflejo en Observancias. Al señalar aquí el Obispo Vidal que habiendo hijos para esos son los bienes con preferencia al paracho de los hermanos, afirmaci6n que maliz6 más adelante en el sentido de señalar, "Nos o obis qui descendessen de su genuite" por cuanto la palabra sobrinos que en principio señaala, parece clara se refiere a nietos.

consortes hasta que la partición se efectúe y aun realizada ésta, continúa dicha prohibición cuando se adjudican bienes en proindivisión.

Esta prohibición, según ha quedado de manifiesto, atañía a la actuación individual del consorte, toda vez que se admite la efectuada por todos juntos o por uno con consentimiento del resto de los consortes. También es de notar que la disposición prohibida era respecto a extraños, es decir, la realizada a favor de persona ajena al consorcio.

Las Observancias *De consortibus ejusdem rei* confirman y concretan el régimen de los Fueros, y así la Observancia 1.^a dispone: *Nota, quod si plures sunt germani non potest aliquis ex ipsis condere testamentum antequam dividant de parte quam ipsum continget habere de bonis: sic nec alienare* . . .

El profesor Lacruz³⁵³ estima que en esta Observancia se pone de manifiesto la doctrina romanista de la que parecen partir las mismas, de modo que, en virtud de ella: "no se puede enajenar, ni la cuota compleja sobre la masa, ni la porción, que se supone existe individualizada sobre cada uno de los bienes (al menos, los inmuebles) integrantes del caudal".

2. Doctrina.

Jaime de Hospital³⁵⁴, en las Observancias *Familia Herciscundae*, señala, con remisión a los fueros 1.^o y 2.^o *De Comuni dividundo*, la prohibición que pesa sobre los hijos de enajenar a extraños la parte que a cada uno corresponde en los bienes indivisos heredados de sus progenitores: [8] *Aliquis tamen filiorum non potest alienare in extraneos partem illam quam est accepturus in patrimonio suo quousque determinate eum cognoscat et divisio sit firmata cum charta.*

353. Lacruz Bercego José Luis. *El consorcio foral* pág. 327.

354.-Hospital, Jaime de Observancias del Reino de Aragón. Introducción Texto crítico de Martínez Quez Borzako. Ediciones por Caja de Ahorros de la Inmaculada - Zaragoza 1.977. Libro III, folio VII.

Señala también Jaime de Hospital que esta prohibición de disponer opera cuando la enajenación es a extraños, pero no cuando se efectúa a favor de otro hermano: "*potest tamen alii ex fratribus dare, vendere...*" teniendo en cuenta que el Fuero 1º De *Communi dividundo* prohíbe a los hermanos enajenar "*ad alium hominem*".

Entiende también el ilustre forista que, si bien los Fueros De *Communi dividundo* prohíben a los hermanos disponer hasta que por la división conozca cada uno determinadamente su parte, todos juntos sí podrán disponer de los bienes indivisos ya que, dice, si bien ninguno antes de la división puede conocer y señalar la parte determinada que en ellos les corresponde, todos conocen que por entero les pertenecen: [7] "*Tamen totam hereditatem omnes simul vendere possunt; quia licet nullus cognoscat partem suam omnes tamen cognoscent totam esse suam*".

También Molino resalta que esta prohibición de disponer, que los Fueros imponen a los hermanos en los bienes de abolorio, subsiste mientras dure la indivisión de los mismos. Prohibición de disponer referida a los bienes que, perteneciendo proindiviso a los hermanos, con carácter de heredados de sus ascendientes, admitan cómoda división: *Alienatio de bonis indivisis inter fratres licet est prohibita donec sit facta divisio de bonis avolorii. Tamen ille forus intelligitur de rebus quae commode dividi possunt* 26.

En el mismo sentido se expresa Bardaji 26: *durante igitur communiōe nullus ex consortibus potest partem suam, quam habet indivisam alienare in alterum*".

Portolés 27 analiza extensamente esta prohibición de disponer establecida en los Fueros, señalándola como primer efecto del consorcio, y así dice, que en virtud de lo dispuesto en los Fueros 1º y 2º De *Communi dividundo*, ninguno de los consortes puede,

355 - Molino, Miguel del - *Registrum* . . . v. alienatio

356 - Bardaji, Ricardo de - *Comarcal in quatuor Aragonensium Avorum Abros Caezar-Augustae MDLXXXII*, folio 365.

357 - Portolés, Jerónimo - *Tratado de consorcios* . . . cap. IX

antes de la división, vender su parte a un extraño. No sólo, dice Portolés, está dispuesto así en los Fueros, sino que, como indubitado, lo han enseñado Juan Pérez de Patos, Pertusa y Bagés.

Desde la perspectiva de su formación romanista, Portolés, no aprueba, ni comprende, esta prohibición de disponer, aunque la acata, dice, en base al establecimiento de ella en los Fueros y su vigencia en la práctica; y también por cuanto no se opone a Derecho divino y así, obliga y debe ser respetada, aunque no se entienda la razón que tuvo el legislador para establecerla e incluso, aunque no hubiere tenido ninguna razón: "*Quo circa absq̄ dubio haec nostra consortii statuta, tametsi concludenti ratione carerent, etiam in foro conscientiae observanda sunt, maxime quod de eorum validitate nullus dubitat, quia clarissimum est, talia statuta valere*".

Busca Portolés la *ratio* del precepto y aduce dos posibles razones que, dice, no ser concluyentes, pero sí, al menos, "persuasivas". La primera, consistiría en considerar que el propietario de porción indivisa, no es tal propietario, por cuanto hasta que se efectúe la división y su derecho de propiedad recaiga sobre cosa cierta y determinada, no puede decirse que exista tal derecho de propiedad.

La segunda razón que cree pueden haber tenido los legisladores de los Fueros para esta figura, fué la de considerar injusto que un sólo consorte pudiera enajenar, por cuanto se consideraría enajenación de cosa ajena contra la voluntad de su dueño, el cual, dice, tiene derecho en cada una de la más pequeña parte de la hacienda indivisa.

Rebate Portolés estas dos posibles razones que él piensa que pudo tener el legislador, aduciendo que aunque la cosa indivisa no puede considerarse como propia, considerada en su totalidad, el copropietario de cosa indivisa, sí es tal respecto a su parte, y en consecuencia debería poder disponer sobre ella.

Tampoco, dice, redundaría perjuicio a los otros copropietarios la enajenación por uno realizada, por cuanto esta enajenación que-

daría a resultados de la partición que en su día se efectuase, y, por consiguiente ningún perjuicio se derivaría para los demás copropietarios.

En este sentido, dice, lo entendió el Derecho de los romanos, que, al no prohibir al hombre la libre disposición de su parte en la herencia indivisa, permite que cualquiera de los consortes, aun antes de la división, pueda libremente enajenar a un extraño su parte en la misma.

La dificultad de Portolés para comprender la *ratio* de la prohibición que comentamos, pienso que deriva de su concepción individualista de la propiedad, siendo desde esa perspectiva difícil de comprender, ciertamente, la disposición.

Creo que esta comunidad hereditaria, que el legislador foral regula con sus características de no disposición y especial acrecimiento, dimana del carácter familiar, y no individualista, de la propiedad sobre el patrimonio heredado de los ascendientes, tratando así de conservar unido en la propia familia dicho patrimonio.

Este principio familiar tiene su fundamento existencial en dos tendencias básicas del hombre, el arraigo y la continuidad que, como ha destacado Rafael Gambrá²⁵⁸, tal vez coinciden con los más esenciales bienes y libertades del ser humano.

Señala Portolés²⁵⁹ que dentro de la prohibición de los Fueros, no sólo se comprende la venta, sino que también está prohibido a los consortes obligar su parte en los bienes indivisos, no siéndoles posible, en consecuencia, hipotecar su parte a un extraño. Apoya su afirmación en los Fueros 1º y 2º *De communis dividundo* y la Obs. 3º y 13 *De consortibus ejusdem rei*, en Juan Pérez de Patos, Bagés y Pertusa, haciendo la observación que no lo ve muy claro en Molino. Sin embargo, dice, la cuestión se decidió en este sentido

258.- Rafael Gambrá, "El siervo de Dios" cap. VIII. Madrid - Prensa Española 1968 pag. 142 y es citado por Walter de Geyllists, Juan D. en Estudios de Derecho sucesorio V pag. 54

259.- Portolés Jerónimo, *Tratado de consortes* cap. X.

por la Corte del Justicia de Aragón en el proceso de los tutores de María Jiménez sobre aprehensión el 21 de enero de 1564; y en el de D. Galcerán de Castro el 18 de Mayo de 1573. En ambos, se declaró que la hipoteca de la hacienda consorcial indivisa realizada por uno de los consortes, no era válida, ni respecto al todo, ni a la parte del consorte que así dispuso.

Nuevamente se lamenta Portolés de la disparidad de regulación entre los Fueros y el derecho común, con arreglo al cual, dice, es posible a cada consorte hipotecar y obligar su parte en el proindiviso. Explica Portolés que, según el derecho común, si alguien hubiere dado en hipoteca una cosa pro indiviso, hecha después la división entre los copropietarios, toda la hacienda queda obligada proindiviso, bien se adjudique toda la cosa a uno sólo o se divida en iguales lotes, pues la hipoteca queda subsistente en un todo, sin afectarle la división posteriormente realizada.

Como vemos sigue aquí Portolés, las normas de Derecho romano, referidas a los gravámenes constituidos por un comunero sobre su parte, posiblemente basándose en un texto del Digesto en el que Gayo³⁶⁰ dictaminaba que, si alguien hubiere dado en hipoteca una cosa común, hecha la división con el socio, no queda obligada al acreedor solamente aquella porción que se adjudicó a quien la dió en prenda, sino la mitad indivisa de cada porción dividida "*non utique eam partem creditori obligatam esse, quae ei obtingit, qui pignori dedid, sed utriusque pars pro indiviso pro parte dimidia manebit obligata*"³⁶¹.

Que la prohibición establecida por los Fueros *De Comuni dividundo* abarcaba no sólo los negocios jurídicos de compraventa, sino también todos aquellos que requirieran poder dispositivo sobre el bien, entre los que se encuentra la hipoteca, no solamen-

³⁶⁰ -Gayo, Digesto 20, 6, 7, 4.

³⁶¹ - Vélez de Goytisolo, pag. 533, opina que este texto de Gayo se refiere a una comunidad arriarara, más que a una comunidad hereditaria, si bien fue creado por los autores para afirmar la postura del derecho romano partidaria de la disposición de los coherederos sobre la cosa indivisa, dando preferencia a los intereses del que contrató con el comunero sobre los derechos de los otros consortes.

te puede afirmarse por el significado que hemos visto daba el Obispo D. Vidal, a la palabra enajenar, sino sobre todo por la propia dición de los Fueros del mismo título que, al enumerar los negocios prohibidos a los consortes, emplea el término "impignorar", y así claramente lo establece. A más de que la Observancia 3^a *De consortibus ejusdem rei* emplea los términos: "alienare vel obligare". Luego ya no estamos ante una cuestión interpretativa de los Fueros, sino ante expresos mandatos. Así lo entiende, sin duda, Portolés, por cuanto, si bien se lamenta de que así sea, no lo intenta rebatir, limitándose a decir que este efecto del consorcio es diametralmente opuesto al derecho común y, en consecuencia, en cuanto sea posible, debe restringirse: "*Nihilominus tamen ex eisdem, et ex praedictis evidenter patet, hunc nostrum consortii effectum ex diametro iuri communi repugnare. Quo fit, ut quantum possibile fuerit, restringi debeat*". Afirma así mismo Portolés³⁰², que dentro de la prohibición de enajenar, que los Fueros imponen, deben entenderse comprendidos los contratos de enfiteusis y feudo; así como también la posibilidad de establecer servidumbres sobre los bienes consorciales. Estima, en este caso, que no sólo esto es así en virtud de estar comprendido dentro del término enajenar, sino porque, tampoco el derecho común permite al comunero establecer servidumbres sobre finca común.

La generalidad de la doctrina posterior no parece dudar sobre este alcance de la prohibición establecida por los Fueros, entendiéndose así, que la misma, no sólo se refiere a la prohibición de transmitir el dominio, sino que engloba un concepto más amplio en cuanto comprensivo de los actos de disposición que no impliquen transmisión de la propiedad. Así Sessé³⁰³ en la Decisión 387.3, que al tratar de la Sentencia recaída en la causa de los Marqueses de Ballestar, en el año 1727, afirma haberse declarado la nulidad o ineficacia de varios censos realizados por un consorte sobre bienes consorciales.

302. Portolés, Jordano. *Tratado de consortes*... cap. X.

303. Sessé, Josepho. *L.V.C. Regisque cancelam el Regentis cancellorum*... Dec. 387.3.

3.- Jurisprudencia.

La prohibición de enajenar no sólo está recogida unánimemente por la doctrina científica, sino también por la jurisprudencia.

Así tenemos, entre otras, la Sentencia de 16 de diciembre de 1899 donde se afirma "uno de los efectos principales del consorcio foral es el de no poder enajenar los consortes los bienes a ningún extraño antes de la división, como de manera clara y terminante se preceptua en los F. 1º y 2º *De Comuni dividundo* y Obs. 1º, 12 y 14 *De consortibus ejusdem rei*".

La de 19 de diciembre de 1903 - "Cuando sean varios los hijos o nietos que sucedan a sus padres o abuelos, mientras no se hace la división de bienes tiene lugar el consorcio foral según los Fs. 1º y 2º *De Comuni dividundo* y Obs. 13 y 14 *De consortibus ejusdem rei* y que los efectos del mismo, entre otros, son que ninguno de los consorciados pueda enajenar ni obligar de manera alguna la parte que le corresponda en los bienes indivisos, ni imponer servidumbre sobre ellos a favor de extraños".

III.- EXCEPCIONES A LA INALIENABILIDAD EN EL DERECHO ANTERIOR.

La prohibición de enajenar establecida por los Fueros *De Comuni dividundo* y por las Observancias *De consortibus ejusdem rei* no fué tan drástica como en un principio pudiera parecer. Unas veces los propios Fueros y otras veces las decisiones judiciales, junto con la doctrina, suavizan esta general prohibición de disponer por parte del consorte.

La posibilidad de dotar a las hijas o hermanas con bienes consorciales; el establecimiento de usufructo viudal sobre los mismos, la posibilidad de asegurar la dote aportada por la mujer, fueron excepciones admitidas que no aparecen reflejadas en los Fueros, sino inducidas por la doctrina científica y jurisprudencial, teniendo

do en cuenta que la figura consorcial no es, ni podía ser, una institución aislada dentro de la rica normativa del Derecho Aragonés, sino que la misma ha de interpretarse a la luz de la hermenéutica que todo el sistema impone. Y así, por ejemplo, si era obligatorio dotar a las hijas ¿podía obviarse esa obligación con la excusa de tener solamente bienes en régimen de consorcio? el Derecho Aragonés protegía la comunidad, por herencia histórica y como medio para hacer posible la subsistencia y continuación de la familia, pero de ningún modo a costa de sacrificar sus obligaciones esenciales, que sabía sabiamente armonizar.

Vamos a ver así, en primer lugar las excepciones a la indisponibilidad señaladas por los Fueros y Observancias que rigen la figura consorcial, para después examinar las excepciones que la doctrina y las decisiones judiciales entendieron que debían admitirse.

1.- Enajenación a favor de consortes.

A. En los Fueros y Observancias.

En el Derecho histórico fué doctrina, generalmente admitida, que la prohibición de disponer, que los Fueros y Observancias imponían a los consortes, no limitaba la facultad del consorte para enajenar su parte a otro consorte y ello en base al propio Fuero 1º *De Comuni dividundo*²⁶⁴ que al establecer la prohibición de disponer limita la misma "*ad alium hominem*": "*...non potest dare, vendere, aut impignorare, vel alienare aliquo modo ad alium hominem...*".

También el Obispo D. Vidal en varios pasajes de su obra nos confirma esta afirmación. Así en el libro IV, parágrafo 29, después de declarar que es nula la enajenación efectuada por un consorte, no sólo cuando la misma se refiera a la totalidad de la cosa consorcial, sino cuando la enajenación se haga limitada a la parte que al consorte pueda corresponderle en la comunidad, si no tiene el consentimiento de los otros consortes, dice: "Empero todas estas

²⁶⁴ -S y P. L III.

cosas an logar quando aqueill aillenamiento o obligamiento es feito al estranio, quar, si aqueill aillenamiento o obligamiento fuere feita d'aqueilla cosa ad aqueill qui por razón de heredar que descendiesse de sus mayores en eill, assí como cormano o hermano, deve tomar dent part".

Claramente explica el Obispo Vidal en este pasaje que los actos dispositivos prohibidos por el Fuero son los realizados a un extraño, pero de ninguna manera está prohibido disponer a favor de consorte, sin que de este texto de D. Vidal se pueda inferir que para disponer en favor de consorte se necesite consentimiento de los otros consortes, que parece exigir sólo cuando la enajenación se efectúe a un extraño. Sin embargo, en el párrafo 26 del mismo libro, D. Vidal exige el consentimiento de los consortes para que uno de ellos pueda disponer a favor de consorte: "Si muchos hermanos fueren el I con el consentimiento de todos los otros puede dar aquella cosa al I hermano et aillenar encara al extranio".

Y en el párrafo [37] del mismo libro IV excluye solamente de la prohibición de disponer en los bienes consorciales, a no ser que se cuente con el consentimiento de los otros consortes, el caso del consorte que entra en religión.

En los dos [29] y [26] habla de bienes consorciales, es decir, de enajenaciones efectuadas antes de la partición. Y aunque en uno habla de aillenamiento o obligamiento y en el otro de dar, dada la definición que el mismo Vidal da a la palabra enajenar, no parece posible por ese camino salvar la contradicción²⁶.

Por otra parte, tenemos que esta expresión del Fuero I^o *De communi dividundo*: "ad alium hominem" que hizo posible la doctrina, generalmente recibida, de que la prohibición no alcanzaba a los actos de disposición efectuados a otro consorte, si bien consta en

265. Quizá D. Vidal al exigir el consentimiento de los otros consortes para disponer a favor de hermano se este refiriendo a hermano no consorte, si bien esta hipótesis es ciertamente aventurada, pues nada existe en el texto que fundamente la misma.

la edición oficial, y figura en el Fuero de Jaca y en una de las recopilaciones de los Fueros de Aragón, no es una constante en las diferentes redacciones que de los Fueros de Aragón y de Jaca se conocen.

En efecto, de las diferentes redacciones del Fuero de Jaca que Molho ha publicado, solamente en la Redacción A figura esta expresión, y así dice "...ni alienar per alguna manera altre hom". En las Recopilaciones privadas de los Fueros de Aragón³⁶⁶ no figura esa expresión, ni en los Fueros de Aragón contenidos en el Ms. 458 de la Biblioteca Nacional³⁶⁷. Sí, en cambio, en la versión romanceada de dichos Fueros, contenida en el Ms. 2117 de la Biblioteca Universitaria de Zaragoza³⁶⁸: "non puede bender, ni enpenyar ni alienar por alguna manera a otro omne la part que deve...".

La Observancia 14 *De consortibus ejusdem rei*, al decir: "*Item, sicut quando fratres habent hereditatem indivisam, unus eorum non potest alienare partem suam alteri...*" permitió que la doctrina encontrara en ella un fundamento más para admitir las enajenaciones de la parte consorcial a favor de otro consorte.

B. En la doctrina.

La doctrina más antigua interpretó ya la expresión utilizada por el Fuero 1 *De communi dividundo*, en el sentido que hemos visto le daba el Obispo D. Vidal, es decir, entendiendo que los actos dispositivos prohibidos a los consortes eran los referidos a extraños.

La postura en tal sentido de Juan Pérez de Patos³⁶⁹ es clara, por cuanto al glosar la palabra extraños, salva sólo de este concepto a los hijos del consorte disponente. La opinión de Salanova, Bagús y

366 - Ferns Lozanoles, AHCE, II y AHDE, V

367 - *Fueros de Aragón* - Tlendar, Bannar, Léon, 1937

368 - *Fueros de Aragón* Transcritos por Cecilio Berdeja. José Luis y Bergea Comar, Jesús. Estudios de Derecho Aragonés, Zaragoza, 1963.

369 - Pérez de Patos, Juan. Glosas a los Fueros, op. cit. pág. 306

Pertusa, la conocemos a través de Molino y Portolés. También Jaime de Hospital, en sus *Observancias Familia Herciscundae*³⁷⁰ deja claramente fijada su opinión al respecto. En efecto, este forista, después de exponer la prohibición de disposición que los Fueros establecen, dice: "*potest tamen alii ex fratribus dare, vendere*", basando su afirmación en la expresión "ad alium" del Fuero 1º *De communi dividundo*.

También Molino³⁷¹, con remisión a la opinión de "antiguos foristas", dice que la palabra "ad alium" puesta en el F 1º *De Communi dividundo* debe entenderse "a un extraño", y así, dice, en la prohibición de disponer establecida en los Fueros y Observancias, no se entiende comprendida la disposición realizada a otro hermano consorte, estando permitida la enajenación hecha a favor de éstos. Refiere Molino que ésta es la práctica y costumbre del reino y también que así lo ha oído a doctos juristas en el Consejo del Justicia de Aragón, siendo, dice, de la misma opinión Juan Pérez de Patos como manifiesta en sus comentarios al Fuero 2º *De Communi dividundo*, y que este mismo autor asegura ser la práctica antigua del reino.

Dice también Molino que la razón de que se pueda disponer a favor de los hermanos consortes, obedece a que la limitación del Fuero fué establecida para favorecer a éstos, y permitiendo las enajenaciones entre ellos en nada se contraría esa razón.

Opinión que repite en v. *abolonium*, diciendo que aunque no esté en los Fueros está, en Aragón, "*in capitibus prudentium*" a más de haber sido considerado siempre así por los foristas antiguos y modernos³⁷².

370.-Familia Herciscundae, Observancia 18). Libro II, Título VII, pág. 139. Observancias de Jaime de Hospital ed. Martínez Doz-González Zaragoza, 1977. Edita C.I.A.I.

371.-Molino Miguel de. *Repertorio de frater y v. aliena*.

372.-Monsani Suma..., v. aliena, pág. 395, edición facsímil, Colegio de Abogados de Zaragoza, MCMLXXXI. Monsani, recogiendo las Determinaciones de Molino, dice: "Los bienes indivisos pueden ser alienados en favor de consorte".

Bardaji³⁷³, con remisión expresa a Molino, también admite claramente esta posibilidad de enajenación a favor de un consorte, sin que en ningún momento, al igual que Hospital y Molino, hable de la necesidad de consentimiento por los otros consortes, exigiendo éste, solamente, cuando la enajenación es a un extraño.

Tampoco Portolés³⁷⁴ pone en duda que la prohibición de enajenar establecida en los Fueros alcance a la efectuada a otro consorte, entendiéndolo que la prohibición foral hace referencia solamente a las enajenaciones realizadas a extraños. Y así dice, deben considerarse permitidas las efectuadas entre consortes, en base a interpretar "a contrario sensu" lo dispuesto por el Fuero 1º *De communi dividundo*.

Compara Portolés el consorcio con el feudo, en el que, dice, estar prohibida la venta a extraños, y, sin embargo, puede hacerse a otro cofeudatario.

Repite Portolés, la razón aducida por Molino, en favor de la validez de estas enajenaciones, diciendo, que si la prohibición de enajenar los bienes indivisos se estableció en favor de los consortes, no se desvirtúa la misma, antes bien, se corrobora, permitiendo a los hermanos disponer entre ellos. Apoya su posición diciendo que, anteriormente a Molino, lo habían enseñado así Juan Pérez de Patos, Salanova, Bagés y Pertusa.

Afirma Portolés que esta posibilidad que tienen los consortes de disponer a favor de otro u otros consortes tiene como excepción el supuesto de que el consorte disponente tenga hijos, pues en tal caso, es a éstos a quien corresponde su parte por disposición de la Observancia 12 *De consortibus ejusdem rei* y, en consecuencia, en estos casos no podría el consorte disponer *mortis causa* a favor de los otros consortes. Se basa en que dicha Observancia concede a los hijos la acción para pedir la revocación de la disposición testamentaria realizada por el padre sobre su cuota consorcial: "en

373.-Bardaji, Ibañdi. *Comentari in quatr...*, I, 505.

374.-Portolés, Jerónimo. *Tractatus de Consortibus*, cap. XLI.

perjuicio de los hijos, el padre no puede disponer ni aún en favor de otro consorte". Según Portolés así lo deciden Bagés y Molino³⁷⁵.

Que el consorte, teniendo descendencia, no pueda disponer *mortis causa* de su cuota consorcial a favor de otro consorte, como afirma Portolés, deriva sin duda de considerar que en la figura consorcial el patrimonio debe transmitirse a la generación siguiente, existiendo descendencia. Por otra parte la cita que hace Portolés de Molino, para fundamentar su afirmación, corrobora esta afirmación, por cuanto en el punto concreto al que Portolés se remite, Molino trata del acrecimiento entre consortes y la excepción al mismo que supone la existencia de descendencia del consorte fallecido; remitiéndose expresamente a la segunda parte del Fuero 1º *De communi dividundo*: "*cum vero*" y a la Observancia 12 *De consortibus ejusdem rei*.. Concluyendo Molino con las siguientes palabras: "...*Quinimo in isto casu non poterit frater de parte sua ordinare in extraneum*".

Admitida como es por la doctrina la enajenación *inter vivos* a favor de consorte, la existencia de hijos condicionaba, sin embargo, la posibilidad de disponer *mortis causa*, dado que se entendía que los hijos eran destinatarios obligados de esos bienes. Es decir, que el derecho de los hijos no condicionaba los actos *inter vivos* del padre consorte, pero sí los actos *mortis causa*.

2.- Enajenación "inter vivos" a favor de hijos.

A la muerte del consorte con descendencia es claro que la cuota consorcial corresponde a los hijos, pero, estos hijos, ¿tenían que esperar el fallecimiento del padre consorte para adquirir tales bienes o estaba permitido al padre consorte disponer por actos *inter vivos* de la cuota consorcial a favor de ellos?

Nada dice el Obispo D. Vidal respecto a la posibilidad de enajenar por actos *inter vivos* a favor de los hijos, aunque sí establece

375. Portolés, se remite a Molino en v. "frater qui non est in sorte" (f. 162 v.).

la preferencia de los mismos sobre el acrecimiento consorcial, en caso de fallecimiento del padre consorte, ya ocurra este fallecimiento "con destin o sin destin"³⁷⁶. De esta manera admite que el padre consorte disponga *mortis causa* a favor de los hijos o descendientes.

Portolés³⁷⁷ analiza esta cuestión y, para ello, lleva a cabo un examen exhaustivo de la Observancia 12 *De consortibus ejusdem rei*. En ella, como se sabe, se presenta el supuesto de una hija que, por testamento del padre, recibe 2/3 de la parte consorcial, disponiendo el padre de 1/3 de esa parte a favor de un extraño. Niega la hija al extraño el derecho a esa cuota a él destinada, en base a la prohibición que los Fueros establecen, y termina la Observancia: "*Fuit determinatum, quod bene dicebat filia, quod nullo modo poterat ordinare ante factam divisionem in extraños: sed in filios sic quomodo voluerit*".

Pues bien, que los padres, de la parte consorcial, podían disponer por testamento a favor de los hijos, quedaba claro por la observancia, pero la frase "*sic quomodo voluerit*", con la que termina la misma, ¿implicaba la posibilidad de disponer a favor de los hijos también por actos *inter vivos*? Portolés resuelve la cuestión afirmativamente en base a considerar: 1º que si la Observancia 12 *De consortibus ejusdem rei* permite al padre disponer a favor de los hijos, ha de entenderse que tal facultad comprende tanto la realizada *inter vivos* como *mortis causa*, puesto que las disposiciones forales (por ej. Obs. 1ª *De rerum amotarum* y la 1ª *Ne vir sine uxore*) son más restrictivas en cuanto a permitir la disposición *mortis causa* que la *inter vivos*. 2º Que la dicción "Sed" con la que dá comienzo la Observancia 12 indica contraposición con lo anteriormente preceptuado, operando así como excepción y dado que la Observancia anterior, prohíbe al consorte legar, vender y enajenar, estos actos, dice, podrán llevarse a cabo a favor de los hijos, *inter vivos*. 3º La propia frase final de la citada Observancia: "*sic quomo-*

376.- Vidal Mayor, libro VI, parágrafo 18.

377.- Portolés, Jerónimo. *Tratado de consortes...*, cap. XL.

do voluerit" que parece indicar claramente que se puede disponer a favor de los hijos del modo que al padre plazca. 4º Que estando destinados los bienes consorciales a los hijos como una suerte de gravamen de restitución, puede restituirse en vida, ya que la disposición *inter vivos* no es, sino, cierta prevención permitida por el Derecho. Y por último, argumenta Portolés, que existe identidad de razón en la admisión de la disposición *mortis causa* que en la *inter vivos*.

No se apoya Portolés en doctrina regnicola, y verdaderamente no parecen los foristas anteriores a él tratar esta cuestión³⁷⁸ y así Molino³⁷⁹ refiere la frase final de la Observancia 12 solamente a la disposición *mortis causa*.

Creo, con Portolés, que la ratio de la figura no parece exigir que haya de esperarse a la muerte del padre consorte para que los hijos puedan adquirir su parte consorcial, a más de poder inferir la facultad de disposición *inter vivos* a favor de los hijos de la frase final de la Observancia 12, que parece admitir cualquier clase de disposición a su favor, sin olvidar que la sucesión paccionada ya era admitida.

También sostiene Portolés, con cita de Molino y Bagés, en cuanto a doctrina aragonesa, no sólo que el padre consorte pueda disponer *inter vivos* o *mortis causa* (ésto claramente establecido en la Obs. 12) a favor de los hijos, sino la posibilidad de hacerlo a favor de un hijo, aunque tuviere más. Es así que entiende, que en la disposición de los bienes consorciales por el padre a favor de hijos, se siguen las mismas reglas que imperan en la sucesión de bienes libres. Aunque se apoya en Molino para hacer esta afirmación, ya hemos dicho que este forista no hace referencia a disposición *inter vivos* a favor de hijos, aunque sí parece admitir esta desigualdad en disposición *mortis causa* de los bienes consorciales.

378.- La frase "sic quomodo voluerit" final de la Observancia 12 De consortibus ejusdem rei no figura en las Observancias (15), (16), (17) y (18) del mismo Título de Jaime de Hospital, de las cuales está sacada la citada Observancia 12.

379.- Molino, *Repertorio...*, v. *frater*, f. 162.

Argumenta Portolés, que así como está admitido por Bagés, que se puede disponer *inter vivos* a favor de un sólo consorte, por la misma razón hay que admitir que se pueda disponer a favor de un sólo hijo, habiendo varios.

La doctrina posterior sigue a Portolés en su posición. Y así tenemos a Franco de Villalba³⁶⁰ que comentando la Observancia 12 *De Consortibus ejusdem rei*, se remite a Molino y Portolés, haciendo, a más, sólo un breve comentario que él dice referido a la última frase de la citada Observancia, pero que no concuerda demasiado.

Estudiando la doctrina del siglo XIX, se observa que no aportan argumento alguno, ni se apartan de las afirmaciones hechas por Portolés. Así Franco y Guillén³⁶¹, al señalar las excepciones a la inalienabilidad, dicen: "cuando se hace en favor de otro consorte o de un hijo, si el enajenante no tiene sucesión".

Martón y Santapau³⁶², cuando habla de la posibilidad de disponer por testamento e *inter vivos*: "pero sí disponer en favor de sus hijos por testamento o *inter vivos*". En el mismo sentido se expresan la generalidad de los autores, por lo que omitimos su cita.

3.- Posibilidad de enajenación conjunta por los consortes y disposición de uno solo con consentimiento de los otros consortes.

La inalienabilidad de los bienes consorciales establecida en los Fueros, afectaba solamente al consorte respecto a la parte que pudiera corresponderle en la comunidad, pero la misma no impedía que los hermanos consortes dispusieran conjuntamente de los bienes consorciales. Así hemos visto en los diplomas que, en la comunidad consorcial, se llevaban a cabo todo tipo de negocios de

360 - Villalba, Franco de, *Fororum aliquo observantiarum*, pág. 358

361 - Franco y Guillén, *op. cit.* pág. 227

362 - Pag. 617, obra citada.

disposición con la actuación conjunta de los hermanos, o bien uno sólo de ellos actuando en nombre propio y en el de los demás consortes.

Esta actuación a mancomún de los miembros integrantes de la comunidad consorcial fué puesta de relieve por la doctrina, considerando la misma como una excepción a la prohibición foral. De esta manera ponían de manifiesto que la prohibición de disponer sobre los bienes integrantes del consorcio no era una absoluta prohibición de disponer sobre dichos bienes, a modo de vinculación, sino reglas que regían la comunidad consorcial.

Esta posibilidad de disposición por actuación conjunta de los consortes, o, por uno, con consentimiento de los demás, fué puesta ya de relieve por el Obispo D. Vidal, que al respecto claramente se manifiesta, diciendo: "Que antes que sea partida la cosa de la hermandad, ninguno de los hermanos non puede aillénar aquella cosa *sin consentimiento de todos* " ... "Si muitos hermanos fueran, el I con *consentimiento de todos los otros* puede dar aqueilla cosa al I hermano et *aillénar encara al estranio*, empero sin consentimiento de todos los hermanos et cada uno d'eillos et su dreito non puede aillénar en quoyal quiere guisa en aqueilla cosa non departida"³⁸³.

Juan Pérez de Patos³⁸⁴ entiende que esta posibilidad de disponer que tienen los consortes, si actúan conjuntamente, deviene de considerar que en este caso no opera la indeterminación de cuota, causa de la indisponibilidad pro parte establecida en los Fueros, sino que todos los hermanos conocen que la cosa vendida es toda suya.

Jaime de Hospital³⁸⁵ repite este mismo fundamento para la posibilidad de actuación conjunta de los consortes: "*Tamen totam haereditatem omnes simul vendere possunt; quia licet nullus cognoscat partem suam omnes tamen cognoscunt totam esse suam*".

383.- Vidal Mayor. Libro IV, parágrafo 26.

384.- Pérez de Patos, Juan, Glosas. op. cit. pág. 308.

385.- Hospital, Jaime de. Observancias..., T. Familia Hercúnduae (7).

Esta posibilidad de disponer de uno o varios de los bienes consorciales actuando conjuntamente los consortes fué admitida indubitadamente por la doctrina, así Molino y Portolés, éste con cita de Pérez de Patos y Bardají. Sin embargo, Molino es el primero que parece referirse a la posibilidad de que un consorte enajene su parte consorcial con el consentimiento de los demás consortes. Entiende Molino³⁹⁶ que, estando establecida la prohibición de disponer en favor de los consortes, nada obsta a esta venta realizada por el consorte, si los beneficiarios, en este caso los consortes, consienten en ella. Compara Molino la venta así realizada con la efectuada en cosa sometida a restitución fideicomisaria o sustitución, que es válida, dice, cuando la misma es consentida por los sustitutos a cuyo favor ésta se constituyó.

Portolés³⁹⁷, que está totalmente de acuerdo con esta posibilidad de disposición conjunta, no sólo sobre un bien consorcial, sino también cuando el consorte, con consentimiento de los demás consortes, vende su parte, se pregunta si ese consentimiento deberá ser expreso o sería suficiente un consentimiento tácito, representado por la no impugnación del acto realizado por el consorte. Decidiendo que sólo vale el consentimiento expreso, pues, aunque los demás consortes hayan estado presentes en la enajenación, si no media expreso consentimiento, podrían los mismos impugnar la enajenación a la muerte del consorte enajenante.

Admite igualmente el consentimiento otorgado con posterioridad, que tendría el efecto de una ratificación convalidante.

Dice también Portolés que el consorte que, con el preciso consentimiento, llevase a cabo la enajenación de su parte consorcial, perdería el derecho al acrecimiento, caso de morir alguno de los consortes sin descendencia, por cuanto al perder su calidad de consorte, aunque los vínculos de sangre perdurarían, no es sólo ésta la circunstancia que provoca el consorcio, sino que además de

396.- Molino, Miguel del Repertorio... y liter., t. 162 v.
397.- FORTIÉR: *Consortium y fideicomiso legale* - Cas. XLIX

ella se necesita la participación en los bienes indivisos. Afirmación evidente por las disposiciones forales.

No exige Portolés, para la validez de estas enajenaciones *inter vivos*, el consentimiento de los hijos ni la carencia de ellos, para admitir la posibilidad de venta entre consortes. Tampoco Molino, por cuanto considera que la prohibición de disponer se da en beneficio de los consortes y acorde con ésto sólo exige el consentimiento de éstos.

Entiendo que para la disposición *inter vivos* es acertada esta no exigencia de consentimiento de los hijos, considerando que éstos no son consortes, y lo único que tienen sobre los bienes consorciales es un eventual derecho hereditario, no protegido en vida por los fueros.

La doctrina ha recibido de una manera unánime esta excepción a la inalienabilidad que trato. Así Franco y Guillén³⁸⁸: "El consorte podrá enajenar su parte consorcial cuando los consortes consientan o ratifiquen la enajenación".

En el mismo sentido Martón y Santa Pau, Blas, Gutierrez, Muñoz Salillas, Riera Aisa y la generalidad de la doctrina, cuya relación detallada omitimos para evitar reiteraciones.

4.- Responsabilidad de los bienes consorciales por deudas del causante y por actos realizados por el consorte como excepción a la inalienabilidad de la cuota consorcial.

Portolés³⁸⁹ considera válida, frente a la regla de la inalienabilidad, la enajenación de la cuota en el bien consorcial que se realiza para pagar deudas del causante del consorcio, y también para pagar deudas del propio consorte, si existía orden judicial que obligara a vender.

388.- Obra citada - Pag. 227.

389.- Portolés, Jerónimo. *Tratado de consortes*... cap. II.

Examinaré en primer lugar la responsabilidad de la comunidad consorcial por deudas del causante del consorcio.

A. Responsabilidad por deudas del causante del consorcio.

Teniendo en cuenta que el consorcio era la comunidad hereditaria que se formaba entre los hijos al suceder a sus progenitores, para establecer si los bienes consorciales respondían, y podían, en consecuencia, ser enajenados para pago de deudas del causante del consorcio, preciso será examinar esta responsabilidad atendiendo a las reglas generales que la regulan, pues en mi opinión el hecho de que la comunidad consorcial tuviera unas reglas de funcionamiento especiales, no implicaba en modo alguno, que, en el punto que ahora trato, se le tuviera que aplicar distinto régimen. Y más, si tenemos en cuenta que, si no todas, sí la mayoría de las transmisiones *morfis causa* de padres a hijos, en la época de los Fueros, estaban en régimen de comunidad consorcial, con vigencia de ésta, más o menos prolongada.

a. La responsabilidad de los herederos en los Fueros y Observancias.

No parece encontrarse en el Fuero de Jaca, ni en los Fueros de la Compilación de Huesca la responsabilidad de los herederos por las deudas del causante, como principio generalmente establecido. Si bien ya se regula tanto en el de Jaca³⁹⁰ como en la Compilación oscense³⁹¹, al igual que lo hace el Obispo D. Vidal³⁹²,

390. Fuero de Jaca, Momo, Mauducio. R.E. 155. Deq. 110. des layronz. Si layronz. qiz a son filiz o ad altre lo son, aquel o qui romayn lo son ninguna pena non den salir, mas la deum dan emendar que devia emendar lo layron, o layra qz que herede per el.

391. Fueros de Aragón. Ed. Tizender, Libro IV, 216. "Filo o sobino o quaquere otro si hereda bienes del padre o de parent qui aya estado labrador non deve sovir a justicia ni a pena del parent o de padre ni el ni sus cosas, mas aquesto es tenido de ber que deve emendar el derru al clamor o desamparar la heredad d'aquel labrador, si quera la heredada por razon de parentesco o por raxon de desin."

Sévat y Penon. I. 174. c) De heredit bus Ideuscorum 1247, "Heredes latronis poenam patris tano subeat d'annum tamen notat consequente ant hereditatem latronis discolat penite. sive racione consanguinitatis tam possibet."

392. Vidal Mayor. L. V, 49. El heredero de latron o de qual se quiere malleitor non deve aver la pena d'aquel los bienes del qual hereda, ni en el cuerpo ni en las cosas, empero será consueñido de emendar o daranno ad aqueit qui lo recebo o vexo la herodal del latron o del malleitor, si quere que sea heredero por raxon de testamen) o sin testamen).

la responsabilidad de los herederos del ladrón en el sentido de tener que indemnizar al perjudicado por el causante o en otro caso desamparar los bienes heredados³⁹³.

Sin embargo el Obispo D. Vidal, en otro pasaje de su obra, ya parece generalizar este principio de la responsabilidad del heredero por las deudas del causante, en cuanto establece que los hijos, al heredar, deben pagar las deudas de los padres, o abandonar los bienes y "esto mismo son tenidos quien quiera que sean herederos de ellos"³⁹⁴. En el régimen de las Observancias³⁹⁵ se sigue igual criterio que vemos en D. Vidal: los herederos han de pagar las deudas del causante o desamparar los bienes.

En algunos supuestos, en cambio, los herederos no responden del pago de las deudas hereditarias, pero ésto ocurre solamente cuando los bienes se transmiten por un título distinto del hereditario. Esto explica que los hijos no respondan del pago de las deudas paternas con las donaciones recibidas de los padres con escritura, fianzas y testigos³⁹⁶. La misma excepción y, al parecer, con

393 - Esta responsabilidad de los herederos del ladrón, la regula, casi con idénticas palabras la Lex visigottorum, ley que establece, al igual que nuestros Fueros, la responsabilidad intra vias hereditatis: Lex Visigottorum 7,2,19 - Antigua. *De hereditate et successoribus furis* - "Si quis furi mortuo in hereditate aut ex testamento aut ex sanguinis propinquitate successerit, quia crimen cum fure defecit, penam quidem non sustineat, sed damnum satisfactionis exolvat, quod fur, si vivisset, fuerat solviturus, si autem malus est damnum quam hereditas, faciat cessionem".

394 - *Vidal Mayor*, L. VI, 3. "Empero, muerto el marido, si ella sobrevive, o, ella muerta empues al marido si los fillos tienen sus bienes, pagarán aquella deuda o leixarán sus bienes, et a esto mismo son tenidos qui quiera que sean herederos d'ellos...".

395 - *De testamentis* 3. *Quicumque fuerit legatarius, vel detentor bonorum defuncti tenetur debita solvere, vel bona qual tenet desamparare*" S. y P. II 38 lb.

396 - *Tilander*- 76 - libro II - si el padre o la madre dieran a lur fillo o a lur filla cierta e determinada pat d'alguna heredita con carta e con fiança, assi como costumbre es de donado después por clamor que alguno aya de so padre o de so madre d'aquest fillo a qui aurán feito aquest donado, non le pueden ni deven agraviar ni peyorar aquest donado devandito ni otras cosas suyas nengunas.

Savall y Penén, J., 175. a) - Si pater, aut mater alicuius hominis dederit alicui filio, vel filial certam et determinatam partem alicuius hereditatis cum carta, fidantia, et cum testibus, sicut consuetudo donationis est: si forte aliquis homo habuerit clamum de patre, aut matre antedictis: secundum Forum non potest nec debet pignorate, aut gravare illud donativum antedictum, quod habet, aut res suas. *Fuero de Jaca - Molho*, Mauricio R.E. - 52 - Del fíltz en que no es tengut per payre o per mayre. - Si algún home o lempira dona a son fíltz o a s'afilla alguna hereditat sabudament ab carta, et a ab fermes, et ab testimoniis, si algun home ha clausas del payre non pot peymorar ad aquest fíltz en voz que tenga bona de son payre, quar tal dou no es bona de payre nin don responde ningun fíltz.

idéntico fundamento, se establece en beneficio de los hijos ilegítimos³⁹⁷.

La responsabilidad que veíamos establecía D. Vidal parece cesar cuando los bienes heredados hubieren salido del poder del heredero, es decir cuando los haya enajenado, aunque esta enajenación no la hubiera hecho convenientemente³⁹⁸: "Empero aquei- llo es de tener en memoria que en todo caso el heredero o qui recibe aquei-lla hereditat que quiera que sea, tan alongadamente demientre tiene los bienes d'aquei-ll en los bienes hereda, en quoanto tiene d'aqueillos bienes en el tiempo que demanda li es feita ante l'alcalde o por los peynnos, feitos por manera devuda, tenido es de pagar las sus deudas et non más, maguera aqueillos bienes o viera gastado encara non conveniblement".

Esta afirmación de Vidal de que la responsabilidad del hijo por las deudas del padre cesa, en cuanto se enajenan los bienes heredados, lo vemos también en Jaime de Hospital³⁹⁹ que exige que la enajenación se realice antes de que los acreedores embarguen los bienes: "*Item nota quod si filius qui es haeres in bonis patris, alienat bona mortuo patre, que bona a patre iure successionis habuit, antequam bona empurentur a creditoribus patris, ex tunc nec filius nec ille qui bona possidet iure alienationis per filium ei factae, creditori nec aliis ex causa patris non tenetur*".

No parece estar conforme Hospital con esta norma, por cuanto, en la Observancia siguiente, razona que por las cosas que así el hijo vendió, obtendría dinero con el que adquiriría otras cosas, y, por subrogación real, estas cosas adquiridas, debían de poder ser aprehendidas por los acreedores.

397.- De filiis illegitimis - S. y P. Filius non legitimus, si habuerit determinatam partem de rebus patris sum carta sufficienti, de caetero in debitis patris sui solvere non tenetur, si forte pater suus, dum vivus erat aliqua debita dare debebat - 236 a).
En los mismos términos el Fuero de Jaca R.E. - 53 y el Titular - nº 77 - El fillo bon non deve pagar deudas por el padre.

398.- Libro VI, 3.

399.- Obs. 24 De Consortibus ejusdem rei, Libro III, Titulo IX.

La Observancia de Jaime de Hospital que, como vemos, coincide con lo dicho por el Obispo D. Vidal, fué recogida como Observancia 13 T. *De testamentis* en la colección oficial, siendo más tarde derogada, según explica Molino⁴⁰⁰, por el Fuero de Alcañiz: "*De his qui in fraudem creditorum ed hodie istae obs. sunt correctae per forum Alcanicij, in, de his, qua in frauden creditorum*"⁴⁰¹.

Por este nuevo Fuero de Alcañiz quedó establecido que el heredero está obligado al pago de todas las deudas del difunto con los bienes de éste, sin que le sirva de pretexto el haberlos enajenado o consumido, aunque en este caso sólo debe pagar a tenor de lo que valieran.

Vemos, pues, que en la época de los Fueros y Observancias, los herederos respondían de las deudas del causante con los bienes heredados, y siendo éste un régimen establecido como principio de derecho sucesorio general, no parece posible sostener que por heredar los bienes en indivisión y así mantenerlos, rigieran otras reglas. El hijo responde en cuanto hereda y, como veremos, en la medida que hereda.

Ahora bien ¿cuál es el alcance de la responsabilidad hereditaria? ¿responden los herederos sólo con los bienes heredados, o, incluso, su propio patrimonio queda afecto a esa responsabilidad?

En Aragón el heredero no responde "*ultra vires hereditatis*", es decir que la responsabilidad hereditaria llega hasta donde alcance la herencia; los herederos, en el supuesto de que las deudas o las indemnizaciones que deben satisfacer por el causante, sean mayores que el caudal relicto, deben hacer cesión de estos bienes a los acreedores. Esto es así sin necesidad de que los herederos realicen inventario⁴⁰². La Observancia 12 *De testamentis* claramen-

400.-Molino, Miguel del. *Repertorio...*, v. filius.

401.-En el mismo sentido Asso y De Manuel (pág. 131) e Isébal (*Exposición...*, pág. 250).

402.-Este régimen coincide con el reglamentado en el Derecho Visigodo, por cuanto en la *Lex Visigothorum* 5, 6, 6, se establecen las mismas normas, en contraposición al Derecho romano en el que, para existir esta limitación, era necesario que los herederos realizaran inventario en la forma exigida por la Ley.

te lo determina⁴⁰³. Y la doctrina lo destaca como particularidad importante del Derecho aragonés⁴⁰⁴.

Así pues, tenemos, que los consortes, por ser herederos, tienen que responder de las deudas del causante del consorcio, y que esa responsabilidad no puede ir más allá del valor de los bienes que así reciban, sin necesidad de hacerse inventario de los mismos. Además, el Obispo D. Vidal⁴⁰⁵ nos dice que el pago de esas deudas debía de hacerse entre los herederos "*por sueldo et por iura*", a no ser que el testador dispusiere otra cosa: "no esclareciendo cada uno de los herederos quanto devia pagar de las deudas o de las leixas, aquellos herederos deven pagar las ditas leixas, si I heredero fuere, todo que pague, et si los herederos fueren muitos, quada uno que pague por sueldo et por iura. Mas si el testador mandare algunas leixas que pague alguno o algunos de los herederos anteditos et las otras leixas mandare no esclaridament et no d'alguno de los ditos, aquellos deven pagar aqueillas leixas a qui son mandados aqueillas leixas pagar expresament, et deven *escotar* empero por sueldo y por iura en la paga de las cosas non ciertas".

A continuación, D. Vidal, explica cómo ha de procederse si el causante no dispusiere en su testamento acerca del pago, diciendo que se paguen con los bienes muebles, si bastan "o por *partida*, si en todo no abasta aqueill mueble" ... "por sueldo et por iura".

Parece pues, que a la luz de los Fueros y Observancias el consorte respondía con su parte en los bienes consorciales de las deudas del causante de los bienes.

b. Doctrina.

Jaime de Hospital tiene una Observancia especialmente significativa: la Observancia [40] *De emptione et venditione*⁴⁰⁶, en la que

403.-S. y P., Obs. 12, Item, de Foro haeredes non tenentur ultra vires haereditarias etiam sino fecerint inventarium.

404.-Así Molino (v. haeres, f. 167 vº), Portolés (Scholia... v. haeres), Franco de Vilalba (Fororum arqve Observantiarum..., l. VI, pág. 112).

405.-Vidal Mayor, Libro VI, 21.

406.-Hospital, Jaime de. Observancias..., Libro 4º, Título 6º.

enumera las causas por las que puede ser vendida la "haereditas": *"Istis de causis hic contentis venditur haereditas: primo si fuerit specialiter obligata, secundo ex oneratione debitorum patris si filius haereditat, tertio propter caloniam, quarto propter comandam si quis non reddit comandam, quinto pro executione sententiae in quolibet casu si reus alias satisfacere non possit, ut saepissime sic fuit iudicatum.*

Vemos en esta Observancia, que Jaime de Hospital cita unos supuestos taxados en que la herencia puede ser vendida, y dado que los bienes heredados no consorciales podían libremente enajenarse, creo que a la "hereditas" a la que se refiere Hospital bien pudiera ser a la indivisa, es decir a los bienes consorciales, que eran los que tenían prohibida su libre enajenación.

Portolés⁴⁰⁷, igualmente, opina que la parte del consorte en los bienes consorciales responde de las deudas contraídas por el causante del consorcio, y así, dice, podrá ser enajenada esa parte con tal fin, antes de la división. Aunque se apoya en doctrina castellana para hacer esta afirmación, vemos que está acorde con las disposiciones forales y con la doctrina sentada por Jaime de Hospital en la Observancia citada, con la interpretación que, en mi opinión, tiene.

Bardaji⁴⁰⁸, igualmente opina que el hecho de estar en comunidad no es impedimento para no hacer frente a esta responsabilidad: *"Ex qua ratione id ipsum esse debet, quando testador, vel defunctus, de cuius bonis agitur, dispossuit, quod fiat alienatio vel ex causa eius debiti fiat distractio, quia tales communio non potest esse impedimento, quominus pro mensura debiti"*.

La doctrina posterior, con remisión a Portolés, cita esta responsabilidad como excepción a la inalienabilidad de la cuota. Así, Franco y Guillén⁴⁰⁹: "A pesar de lo prescrito en la disposición 1ª del artículo anterior (indisponibilidad de la cuota consorcial)

407.-Portolés, Jerónimo. *Tratado de consorces...*, cap. LI.

408.-Bardaji, Ibañdo. *Comentari...*, t. 365 vº.

409.-Franco y Guillén. *Instituciones...*, pág. 227.

podrá el consorte enajenar su parte: ...5. Cuando se hace para pagar las deudas de aquel de quien recibió los bienes". En el mismo sentido Martón y Santa Pau, Díeste, Gutierrez y la generalidad de la doctrina.

B. Posibilidad de venta de la cuota consorcial para pagar deudas del consorte.

La Observancia 13 *De consortibus ejusdem rei* parece exonerar la parte del consorte en los bienes de la comunidad consorcial de cualquier tipo de responsabilidad, ya sea ésta contractual o delictual. Sin embargo la doctrina no parece estar de acuerdo con esta exoneración, en base, en un caso, a lo dictado en los propios Fueros, y en otro, a razonamientos no carentes de lógica.

n. Responsabilidad delictual en los Fueros y doctrina.

¿Quedan los bienes consorciales afectos a la responsabilidad delictual del consorte?

Creo que la enumeración que hace Jaime de Hospital en la Observancia últimamente citada podía estar referida a los casos en que el consorte tenía que responder con sus bienes consorciales.

El primer supuesto que cita no precisa explicación, por cuanto ya hemos visto que podían los consortes, todos juntos, o, bien uno, con consentimiento de los demás, obligar los bienes consorciales (*hereditatis*).

El segundo ya lo hemos examinado a la luz de los Fueros y Observancias.

El tercero, *propter coloniam*.

El Obispo D. Vidal nos explica que es la colonia¹¹⁰ ... "sus colonias, es assaber de las penas de dinero ... quar las penas de dinero pertaynescen sin dubda ad aqueil rich urne o a la cort, las

110 - Kobl Mayer, Libro VII, parágrafo 29

quoales penas son puestas entroa meyo homicidio et feridura de cutiello et semeillables cosas o menores". Es decir, que estamos ante la responsabilidad delictual del consorte por cuanto la colonia se imponía principalmente por delito de homicidio. La *Compilación de Huesca*⁴¹¹ y el Obispo D. Vidal⁴¹² tratan de la responsabilidad de los consortes por homicidio.

Veamos los Fueros: Si dos ermanos o más o dos parientes o más qui non ayan partidos los bienes del padre o de la madre o de lur avolorio, non deve perder el uno son dreito que consigue en aquellos bienes por el homeicidio o por el maleficio quel otro ermano o parient aurá feito.

Y el Obispo D. Vidal: Si dos hermanos ho cormados han los bienes del avolorio o del padre ho de la madre non partidos o bienes que heredaron en otra guisa los ermanos, non deven perder por malefitio del otro los bienes que auría si oviessen partido.

En estos pasajes no parece establecerse la irresponsabilidad de la parte en los bienes consorciales, del consorte que delinque, más bien lo que parece decir, es la no responsabilidad de los otros consortes por delitos de uno de ellos, es decir que lo que parece deducirse es que la responsabilidad de la comunidad consorcial no es solidaria; pues aunque los bienes consorciales formen un todo, no responderán (en un todo) por actos delictivos de uno de sus miembros.

Es más, el Fuero *De homicidio* citado, forma un todo, con el que señala la no responsabilidad de la mujer por homicidio del marido, bajo el título común: "Marido por mujer nin mujer por marido non deven ser justiciados nin perder lures dreytos, nin parient por parient" y nadie dice que el marido no sea responsable, o la mujer, lo único que esa responsabilidad no tiene que recaer sobre los bienes que puedan corresponder al otro.

411.-Ed. Tirander, 1937, 61.

412.-*Vidal Mayor*, Libro II, parágrafo 19.

La manera de delimitar la responsabilidad que nos dá la primera parte del Fuero, referida a la comunidad conyugal, es la misma, creo, que la establecida para la comunidad de hermanos en el caso de que alguno de ellos delinquiere, y así, al decir: "y los bienes que marido e muller an, (es decir los bienes que eran comunes) *deven se partir* en esta manera, que la meitat de todos los muebles deven seer salvos a la muiller e de los sedientes, quantos en semble ambos ganaron, deve seer so meitat salva a la muller", está indicando el procedimiento a seguir en los regímenes de comunidad de bienes, es decir, salvar el valor de la parte del cónyuge no deudor.

Explicando así el Fuero, en esa primera parte, lo que hay que hacer en caso de comunidad, elude repetirlo para las otras dos, pero una interpretación de pura hermenéutica autoriza a considerar que esa liquidación se efectuaba igualmente para los supuestos de comunidad consorcial.

El Fuero *De homicidio*, a mi entender, viene a marcar un hito importante en materia de responsabilidad, mediante el establecimiento de la no solidaridad de la comunidad por los delitos cometidos por uno de sus miembros, pero entiendo, que de ninguna manera viene a establecer la no responsabilidad del consorte por sus actos delictivos, ni que su parte en los bienes consorciales quede inmune.

Así, pienso, a la vista de estos Fueros, que el hermano consorte responde con su parte en los bienes consorciales, en caso de que, probado el homicidio, se le impusiera pena pecuniaria (calonía). Y que, en el trance de hacer efectiva esa responsabilidad delictual del consorte, se procedía a liquidar y dividir los bienes de la comunidad (respecto a su parte) y sobre ella se realizaba la pena pecuniaria correspondiente⁴¹³.

413 - *El Fuero Viejo de Castilla* regula (pag. 56, Fuero V. por De Asso) una partición forzosa, motivada por caso semejante, realizada por el Merino del Rey, con venta pública de la parte que en la partición le corresponde al coheredero responsable, y articulando un derecho de retracto a favor de los otros coherederos.

Así parece entenderlo Molino⁴¹⁴ cuando dice que, por este Fuero *De homicidio*, el consorte puede hacer, tácitamente, lo que expresamente le está prohibido por los Fueros *De communi dividundo*: "Y ex isto foro habes qui licet frater qui est in sorte cum aliis fratribus, ante divisionem non possit alienare expresse partem suam in extraneum cum non est in sorte: tamen tacite bene potest alienare, videlicet, delinquendo". En la v. calonia, Molino, insiste en la idea de responsabilidad delictual del consorte, diciendo que la parte consorcial responde de la calonia por homicidio, agregando, que se establecieron en favor de esa pena muchas especialidades a las reglas forales.

Bardaji⁴¹⁵ entiende, al igual que Molino, que, por lo dispuesto en el Fuero *De homicidio*, la responsabilidad delictual del consorte se hará efectiva en su parte consorcial: "*per indirectum etiam fiet alienatio, ante divisionem, quando alter ex consortibus deliquisset*". Cree Bardaji que la razón de esta exigencia de responsabilidad sobre bienes consorciales deriva de ser el homicidio asunto de interés público. También considera que la enajenación que por este motivo se lleva a cabo no depende de la voluntad del consorte.

Es cierto que las Observancias *De consortibus*, especialmente la 13, parece exonerar de todo tipo de responsabilidad, lo mismo la contractual que la derivada de delito, (*ad debitas vel injurias mortui*) a los bienes consorciales. Sin embargo, como dice Portolés, el Fuero *De Homicidio* también es claro, ¿cómo conciliarlos?

Portolés⁴¹⁶ que admite decididamente, al igual que hemos visto hacen Hospital⁴¹⁷, Molino y Bardaji, que por el Fuero *De homicidio* responde la parte consorcial del consorte que delinque, trata de buscar una solución a la contraposición que así resulta con las dis-

414.- Molino, Miguel del. *Repertorio...*, v. frater.

415.- Bardaji, Itando. *Comentari in quator...*, f. 365 vto. y 366.

416.- Portolés, Jerónimo. *Tratado de consortes...*, cap. XXXVI.

417.- Si bien Hospital, en la Observancia (20) *De emptione et venditione* citada, admite la responsabilidad por calonia de homicidio, en la Observancia (19) *De consortibus ejusdem rei* parece señalar la no responsabilidad de la parte consorcial ya que esta Observancia de Hospital pasó a la colección oficial con el nº 13 del mismo título.

posiciones forales que rigen el consorcio, distinguiendo dos supuestos: Uno, cuando el ofendido por el delito reclamó en vida del consorte delincuente, supuesto en el que, dice, el juez que conoce la causa obligaría a este consorte delincuente a partir, efectuándose después la venta pública de los bienes que le hubieren correspondido, para así, con su precio, satisfacer al perjudicado, y segundo, cuando el ofendido no acusó al consorte delincuente en vida de éste, sino que después de su muerte reclama a los otros consortes que ya han acrecido, supuesto éste en el que deniega Portolés el derecho del perjudicado reclamante, en base a considerar que los consortes acrescentes no tienen que hacer frente a esta pretensión ya que por disposición de las Observancias *De consortibus ejusdem rei*, la parte acrecida está libre de cargas.

Apoya Portolés su postura en el espíritu y palabras de la Observancia 13 *De consortibus ejusdem rei* que, en su opinión, distingue entre la responsabilidad del consorte en vida y la responsabilidad de la parte consorcial una vez ocurrida la muerte del consorte sin haber efectuado la división. En el primer caso, entiende, que la parte consorcial responde de los actos del consorte, porque, dice, los otros consortes no tienen derecho alguno sobre la parte que a este consorte pertenece, y así mientras vive el consorte que delinquirió, el juez podrá compelerle a dividir con los otros hermanos y después de hecha la división, con la parte que le ha correspondido, satisfacer al perjudicado. En cambio, una vez ocurrida la muerte del consorte delincuente, y acrecida su porción, ya no es posible, porque los consortes acrescentes no responden de estos actos. Concluye Portolés expresando su convencimiento de la bondad de esta solución, por cuanto, dice, así se concilian las disposiciones forales y se corrige menos el derecho común, entendiendo que en lo sucesivo se debe juzgar y consultar según ella.

En mi opinión, la parte consorcial del consorte que delinque sí estaba afecta a la responsabilidad derivada del delito, entendiendo que la no responsabilidad de la parte consorcial establecida en

la Observancia 13 está referida al supuesto de la parte acrecida, que se recibirá libre de cargas, posiblemente por considerar, que la responsabilidad del heredero por las deudas del causante sólo es exigible cuando sucede a título hereditario (sólo éste transmite las deudas) y no cuando acrece, que recibe los bienes por "beneficio fori", es decir ya no por título capaz de transmitirlos. Esta solución a la que he llegado, examinando los textos de los Fueros y Observancias, vemos que coincide con la posición de Pertusa⁴¹⁶, Hospital⁴¹⁷, Molino, Bardají y Portolús.

Entre la doctrina posterior tenemos a Franco y Guillén⁴¹⁸ que dicen al respecto: "Los bienes consorciales no pueden venderse por delito del consorte, a no ser que viviendo éste todavía se ejecutara la división por decreto judicial, porque entonces la parte de bienes que correspondiera al consorte delincente quedaría sujeta a las penas que se le impusieran". Y en nota a pie de página, estos autores, añaden que vistas las distintas posturas doctrinales expuestas por Portolús, han optado por la que les parece más conforme con la Obs. 13 De Consortibus.

Otros autores como, por ejemplo, Martón y Santapau⁴¹⁹, consideran que la responsabilidad de los bienes consorciales opera cuando el consorte difunto deja sucesión y heredan estos descendientes, además de los bienes consorciales, otros libres. Parecen a "sensu contrario" entender que no cabe hacer efectiva la responsabilidad por delito sobre la parte consorcial.

Por otra parte, estos autores citan, como admitidas por los tratadistas, sin citar quienes sean éstos, una serie de excepciones a la prohibición de disponer, que parecen estar en desacuerdo con lo sostenido por la doctrina y en este sentido, señalan: las deudas contraídas en nombre del rey y utilidad del reino, si son módicas.

416 - Citado por Portolús en *Tratado de sucesiones* ... pág. 141.

419 - En su doctrina de la Observancia (20). 1. *De emptione et venditione*

420 - Franco y Guillén *Instituciones* ... pág. 228

421 - Martón y Santa Pau. Pág. 610. obra citada

añaden, las contraídas en exoneración del alma del difunto y las deudas provenientes de alimentos necesarios.

Isábal⁴²² solamente parece tratar de la no responsabilidad de los consortes acrescentes por las deudas del consorte muerte, diciendo que la Observancia 13 confirma lo dispuesto por la 1ª y 6ª del mismo Título *De consortibus ejusdem rei*. Y que dada la oscuridad de la Observancia 13 está de acuerdo con la interpretación que de ella hacen Portolés y Franco y Guillén.

b. Responsabilidad contractual.

La unanimidad de la doctrina que veíamos en el tema de la responsabilidad delictual del consorte, no aparece al tratar la responsabilidad contractual del mismo. Jaime de Hospital⁴²³ en la Observancia (19) *De consortibus ejusdem rei* (recogida en la colección oficial⁴²⁴ como (13) del mismo título) parece negar esa responsabilidad en base a la prohibición de obligar establecida en los Fueros. Sin embargo en la Observancia (40) *De emptione et venditione*⁴²⁵ señala como quinto supuesto admitido para la enajenación de la *haereditas*: "*pro executione sententiae in quolibet casu si reus alias satisfacere non possit*". Puede que también en este caso se refiriera a causa criminal, puesto que emplea el término "reus", pero Portolés⁴²⁶ emplea, sin citar a Hospital, la misma idea y así dice, que responderá la parte consorcial si el juez ordena la venta para pagar deudas del propio consorte: "*quod ubi iudex iubet, quod bona ad consortium pertinentia pro excluendis eiusdem consortis debitis eo vivo vendantur, et in causam iudicati capiantur, quod tunc, quia haec alienatio necessaria est, et a nostris foris prohibita non censetur, pars bonorum consortio suppositorum ad consortium debitorem pertinentium ante divisionem distrahi poterit*". No aporta Portolés, en este caso, argumentos en pro de su afirmación, ni doctrina de foristas.

422.-Isabal, Marceliano. R.D.F. año 1918, "El consorcio foral", pág. 269 y ss.

423.-Hospital, Jaime de. Observancias..., Libro 3º, Título 9º.

424.-S. y P., T. III.

425.-Hospital, Jaime de. Observancias..., Libro 4º, Título 6º.

426.-Portolés, Jerónimo. Tratado de consortes..., cap. L.

Bardají⁴²⁷ no parece participar de esta idea de responsabilidad contractual mantenida por Portolés, por cuanto, después de admitir la responsabilidad de la parte consorcial por deudas del causante dice: "*secus si distractio fieret ex causa debiti contracti per ipsum consortem, quoniam cum non potest dicta bona indivisa obligare, nec pignoraré*". Considera Bardají que, en virtud de lo preceptuado en la Observancia 13 *De consortibus ejusdem rei*: "*dicta distractio non tenuisset in praeiudicium consortis, nisi consensus illius intervenisset*".

De esta idea de consentimiento por los otros consortes parecen participar Franco y Guillén⁴²⁸ cuando dicen que los consortes acrescentes a pesar de las disposiciones forales deberán pagar las deudas del consorte muerto cuando éste se hubiera obligado con consentimiento de los mismos. También entienden que los consortes acrescentes deberán satisfacer las deudas del consorte muerto cuando las mismas hayan redundado en utilidad de la comunidad consorcial "o de la porción del que las contrajo".

Martón y Santa Pau⁴²⁹ admiten también las deudas contraídas por el consorte en beneficio de la comunidad.

Creo que si el consorte contrató por y para la comunidad consorcial el único problema estriba en saber si contaba con poder para hacerlo y si en caso de no tenerlo ratificaban los demás consortes lo realizado.

Distinto veo el supuesto de posibilidad de exigencia de responsabilidad por contratos celebrados por el consorte al margen de la actividad consorcial, que creo es el que plantea la Observancia 13. En este caso, opino, no podría hacerse efectiva la responsabilidad sobre la parte consorcial en base al contrato que la obligara, dada la invalidez del mismo, pues el consorte no tenía facultad de disposición y por lo tanto no valdría como título para

427 - Bardají, Ibarido. *Comentari...*, f. 365.

428 - Franco y Guillén. *Instituciones...*, pág. 229.

429 - Martón y Santa Pau. *Derecho y J...*, pág. 618.

pedir. Ahora bien, si el pedimento no se asentaba sobre título ineficaz, sino que devenía de obligaciones legítimamente contraídas, opino, con Hospital y Portolés que la existencia de comunidad no sería un obstáculo para declararse la responsabilidad del consorte. Al tratar de este tema en la regulación actual ahondaré sobre la cuestión.

Isábal parece participar de esta idea al decir que la misma Observancia 13 *De consortibus ejusdem rei*, dá el fundamento de la declaración que hace al decir: "*cum ratione illorum bonorum eis provenientium pro indiviso non, poterat de eis aliquid ordinare in vita nec in morte, nisi primo esset divissa*". Y añade Isábal "Por eso aconseja se evite tratar con los consortes".

IV.- ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN DE DISPONER SEGÚN LA REGULACIÓN QUE DEL CONSORCIO LEGAL HACE EL ARTÍCULO 59 DE LA LEY DE SUCESIONES.

Estudiado el alcance de la prohibición de disponer *inter vivos* en el Derecho histórico, voy a examinar ahora la problemática que presenta esta inalienabilidad de la cuota consorcial a la luz de la regulación actual que de la figura hace el artículo 59 de la Ley aragonesa.

Es un punto este fuertemente reformado, suponiendo esta reforma la adecuación de la figura consorcial a su tradición jurídica y a la realidad social actual que demandaba los cambios ahora efectuados.

1.- La prohibición de disponer.

Hoy en día al consorte le está prohibido realizar, respecto a su cuota consorcial, todo acto que implique translación de dominio. Tampoco le estará permitido imponer gravámenes sobre la misma, ni obligarla. La novedad legislativa consiste en que, si

conforme al derogado artículo 142 de la Compilación esta prohibición de disponer *inter vivos* era extensiva a todos, incluidos los consortes y los hijos, con la nueva regulación esta prohibición sólo se refiere a las disposiciones realizadas a favor de extraños al consorcio, que, naturalmente, no sean descendientes del consorte disponente. En otro caso, para que sean válidos los actos dispositivos sobre bienes consorciales, habrán de llevarlos a cabo todos los consortes a mancomún.

V.- EXCEPCIONES A LA INALIENABILIDAD DE LA CUOTA CONSORCIAL.

1.- Enajenación de la cuota a favor de otro consorte por actos *inter vivos*.

Hemos visto que en el Derecho histórico era cuestión comúnmente admitida la posibilidad de enajenación *inter vivos*, de un consorte a otro, de la cuota consorcial, sin necesidad de consentimiento de los demás consortes.

La doctrina fué unánime en cuanto a considerar que por actos *inter vivos* podía un consorte disponer de su cuota a favor de otro consorte, fundamentando la misma en la propia dicción de los Fueros *De Communi dividundo*, que, al prohibir la enajenación de la cuota, refieren la misma: "*ad alium hominem*".

Sin embargo, el artículo 142 de la Compilación negó esta posibilidad y así no hizo distinción alguna entre disposición a favor de consorte y extraño, por lo que resultó prohibido todo tipo de enajenación, tanto la realizada a favor de un extraño a la comunidad consorcial como la realizada a favor de otro consorte. Los términos empleados por el 142 no admitían otra interpretación.

A esta situación vino a poner remedio la Ley de Sucesiones, que al permitir la disposición *inter vivos* a favor de consorte (artículo 59) acomodó la regulación de la figura a las disposiciones

forales y también al sentir de un sector doctrinal, entre el que me cuento. Opuestamente pensaba otro sector doctrinal que con la disposición *inter vivos* a favor del consorte se lesionaba el derecho de los hijos. No compartía yo esta opinión por entender que, al no ser el consorcio foral una sustitución fideicomisaria, ni entrañar vinculación especial a favor de los hijos, los actos que el padre consorte realice en vida con su cuota consorcial no lesionan los derechos de los hijos de manera diferente a como se verían lesionados sus intereses, que no derechos, si el padre, en vida, dispusiere de bienes no consorciales. De manera que, respecto a los hijos, siempre entendí que la única diferencia que tenían los bienes consorciales en relación a los otros bienes libres que tuviera el padre consorte, era que nunca podrían entrar en el tercio de libre disposición y adjudicarlos el padre a extraños, sino que siempre tendrían que ser destinados a los hijos.

Y respecto a la objeción que se hacía desde ese sector doctrinal de que con la enajenación, *inter vivos*, de la cuota a favor de un consorte pudiera causarse lesión a los otros consortes no favorecidos con la misma, pienso como entonces, que aún habiéndolo, no tenía necesidad de ser protegido, por cuanto la vinculación que el consorcio supone para los consortes, está establecida a favor de éstos, pero no necesariamente de todos, y por igual, pues, aún admitiendo que de los Fueros se pueda inducir esa igualdad en las cuotas que los consortes tienen, que parecería exigir la necesidad de mantenerla, creo era debida a que los hijos repartían el haber hereditario por partes iguales, pero, al permitirse, por los Fueros de 1.307 y 1.311, la posibilidad de desigualar a los hijos y, en consecuencia, no participar en igualdad en el consorcio, no veía razón alguna para que, lo que pueden hacer los padres al iniciarse el consorcio se les niegue a los consortes una vez formado. Así lo debieron entender nuestros clásicos cuando no ponen ningún tipo de impedimento a esta enajenación *inter vivos* de consorte a consorte, ni exigen el consentimiento de los otros consortes para la misma.

Por otra parte tenemos que, si de acuerdo con los clásicos, entendemos que la finalidad del consorcio era mantener el patrimonio familiar unido entre los hermanos, poco sufre la *ratio* de la figura con que se dé a uno o a varios, pero no a todos, pues unido seguiría, aunque no hubiera paridad en las cuotas. Pienso, además, respecto a considerar esta facultad del consorte, que el consorcio es una figura protectora de la familia más que del individuo. Y por último, creo que el derecho de los consortes a acrecer la cuota, nace con la muerte del consorte sin descendencia, pero no en vida, dado que el consorte es libre para, en cualquier momento, pedir la división.

En consecuencia vemos que si la regulación de la Compilación endurecía la figura, a mi modo de ver, innecesariamente, al no permitir lo que en la época histórica estaba perfectamente admitido, hoy ya no es así. Además con esta posibilidad de enajenación *inter vivos* entre consortes, se evitarán, sin duda, muchas divisiones no queridas o no beneficiosas para la rentabilidad óptima de los bienes consorciales.

2.- Enajenación *inter vivos* a favor de los hijos.

Si, conforme a la regulación de la Compilación, veíamos que no era posible a un consorte disponer de su cuota a favor de otro consorte, lo mismo se tenía que afirmar respecto de la disposición *inter vivos* efectuada por un consorte a favor de sus hijos. Al decir el artículo 142,1,2º: "Tampoco puede disponer de su parte por actos *mortis causa* sino en favor de sus descendientes", parecía estar excluyendo implícitamente la facultad de disponer *inter vivos* a favor de los mismos.

Al exponer la parte histórica ya adelantaba mi opinión favorable a esta posibilidad de disposición por los consortes, considerando, con Portolés, que no parecía necesario, dada la *ratio* del precepto, impedir al consorte disponer en vida a favor de sus hijos, considerando, además, que la delación sucesoria en Aragón

puede ser contractual, por testamento o legal. Dejando aparte el análisis de la naturaleza jurídica de la delación contractual, no puede negarse que su forma externa es la de una donación *inter vivos*, ¿qué razón puede esgrimirse, entonces, para hacer una excepción tan importante como sería negar este tipo de forma sucesoria, porque se trate de bienes consorciales? difícil sería también admitir los pactos sucesorios respecto a los bienes consorciales y no admitirlo cuando la sucesión se manifieste en cualquier otra disposición *inter vivos*, que entre padres e hijos tienen casi siempre fines sucesorios.

No existían razones para sostener, como hacía el artículo 142 de la Compilación, que hasta tanto no ocurriera la muerte del padre consorte, no podían los hijos sucederle en la explotación del negocio agrícola o industrial, por ej., por la única razón de que los bienes sean consorciales. Y así la reforma sólo puedo calificarla de muy buena en este punto.

Si el consorcio se concibe, yo así lo veo, como una comunidad dinámica dedicada a la gestión de la empresa familiar ¿no parece lo aconsejable y necesario que se arbitre esta posibilidad del padre consorte "de dejar paso" a sus hijos en la administración y gestión de dichos bienes? De otra manera tendríamos que sólo la muerte del padre posibilitaría la entrada de los hijos en la empresa familiar (comunidad consorcial). No parece ésto acorde con la ratio de la figura ni con los tiempos actuales, que parecen exigir un apartamiento de los negocios para vacar y para renovar los aires de la propia empresa familiar.

Los argumentos en contra de la innovación que en este punto hace la Ley felizmente no han prevalecido, y así no se ha tenido en cuenta el argumento esgrimido a favor de mantener la prohibición de disposición *inter vivos* a favor de los hijos, basado en entender que la determinación de la existencia de descendencia debe producirse en el momento del fallecimiento del consorte y no antes, dado que, en caso contrario, podría defraudarse el dere-

cho de acrecer de los otros consortes si definitivamente el consorte transmitente fallece sin descendientes que le sobrevivan. En este sentido se expresaba Merino³³⁰, sosteniendo que no encontraba acorde con el espíritu de la figura tal posibilidad: "ni para el Derecho anterior ni para el actual" (naturalmente esta afirmación la refiere a la regulación según la Compilación), por cuanto entendía que "la disposición en vida de cuota consorcial a favor de los descendientes del consorte, realizada sin autorización de los demás interesados en el consorcio, puede llegar a suponer un fraude a los demás consortes". Toda vez, decía, que "la carencia de descendencia, para que se dé el derecho de acrecer, debe estar referida al momento de fallecimiento del consorte (excepto el supuesto de *narciturus*)". "Si los consortes han dispuesto en vida de su cuota consorcial, aunque los hijos premueran al consorte, desaparecería el derecho de acrecer de los otros consortes, con lo que quedarían burlados en sus derechos".

Argumentaba Merino, en pro de su postura, que si cualquier consorte pudiera disponer libremente de su participación en el consorcio a favor de sus descendientes, por actos *inter vivos*, desde el instante mismo de la transmisión, la cuota así dispuesta dejaría de formar parte del consorcio, al haber variado, con respecto a los nuevos adquirentes, el título y la causa de adquisición de la cuota, respecto a lo establecido en el art. 142.

También este argumento ha dejado de ser atendible ya que el legislador establece que al suceder o al recibir los hijos la cuota consorcial, éstos suceden en la cualidad de consortes. Esta era mi postura y, en su virtud, entendía que el hecho de premorir los hijos al padre consorte no alteraba el acrecimiento de los demás consortes, que se produciría si a su vez, éstos, no tenían descendencia.

En cuanto a quedar estos hijos excluidos del consorcio al suceder al padre consorte por haber variado el título y la causa

430.- *El Consorcio Foral...*, pag. 128 y ss.

de adquisición, no tiene por qué haber esta variación y además hay que tener en cuenta que el consorcio nunca fué una comunidad estática sino dinámica donde los bienes indivisos heredados de los ascendientes suponían sólo el acervo inicial de la comunidad.

3.- Disponibilidad a favor de extraño con consentimiento de los otros consortes y disponibilidad conjunta de los consortes.

La voluntad concorde de los consortes, sea realizando el acto de disposición conjuntamente, sea autorizando y consintiendo a uno para que disponga, fué válida para el Derecho histórico, lo era para la regulación de la Compilación, y es perfectamente válida en la actualidad, ya que, aunque no se diga expresamente, al referirse el artículo 59 a los actos realizados por un consorte para limitar los que resultarían válidos, permite presumir que todos los consortes juntos o uno sólo, con el consentimiento de los otros, puede válidamente disponer.

La posibilidad de que un consorte vendiera su parte consorcial, con la autorización o ratificación de los demás consortes, fué Molino el que primeramente la sostuvo. Muy posiblemente por una interpretación un tanto distorsionada por ideas romanísticas de lo que significaba la validez de las enajenaciones de bienes consorciales, efectuadas por un consorte con consentimiento de los demás. D. Vidal se refiere a la venta de bien consorcial por uno sólo de los consortes con el consentimiento de los otros, pero no de la parte que a ese consorte le corresponde en la comunidad consorcial. Es decir que D. Vidal parece referirse a los modos de actuación de la comunidad: conjuntamente los consortes, interviniendo todos en los actos dispositivos, o bien, uno sólo de ellos si contaba con el asentimiento de los demás.

A partir de Molino se ha sostenido unánimemente que le es posible al consorte disponer libremente de su cuota consorcial si consienten o ratifican los demás consortes.

Merino Hernández⁴³¹ ve esta posibilidad como una de las más importantes salvedades a la norma que determina la prohibición de enajenación por parte de los consortes de su correspondiente porción indivisa en los bienes consorciales.

Ve Merino, como para la doctrina clásica había argumentado Portolés con cita de Patos y de Molino, la razón de la misma en el hecho de que el consorcio venga establecido por la ley en provecho exclusivo de los propios consortes, "sin pretender extender el principio de troncalidad, en que el fideicomiso foral está cimentado, más allá de los limitados cauces subjetivos de los inicialmente llamados al consorcio". "Al fin y al cabo la enajenación de una cuota consorcial lo único que puede determinar, por lo que al consorcio y los consortes se refiere, es el no acrecimiento de esa cuota a los consortes supérstites, caso de fallecimiento de uno de ellos sin descendencia".

La enajenación que pueda hacer un consorte a favor de extraño, sería efectivamente válida si consentían todos los demás consortes, pero las consecuencias de tal disposición ciertamente serían más que el hipotético acrecimiento, pues significaría principalmente introducir un comunero en la comunidad consorcial, que no podría tener la cualidad de consorte, con toda la distorsión que ésto puede producir.

En cuanto a la posibilidad de que los consortes vendan a consuno la cosa consorcial, si esta disposición es de todo el haber consorcial y división entre ellos de lo obtenido, equivaldrá a una extinción del consorcio por división. Ahora bien, entiendo que si de lo que conjuntamente disponen los consortes es de algún bien de los que integran la comunidad, invirtiendo su dinero en otro bien, éste se hará consorcial. Opuestamente, entiende el profesor Lacruz⁴³², que la nueva cosa adquirida a costa de la consorcial vendida, aunque sea indivisible, dice, no se subroga en su carácter

431.- Merino Hernández, José Luis. *El consorcio foral...* pág. 117.

432.- *El Consorcio Foral...* pág. 352.

consorcial, argumentando el profesor que éste es así por cuanto, este nuevo bien ya no fué adquirido del ascendiente, ni habrá sido adquirido a título gratuito, requisitos que exige el artículo 142. Repetiré ante esto lo dicho anteriormente, (aparte de que en el Derecho histórico admitían que, por subrogación real, el bien adquirido con el producto del consorcial tenía también este carácter), la comunidad consorcial se inicia con los bienes que por sucesión se reciben de ascendientes pero es una comunidad dinámica y no estática.

4.- Excepción a la indisponibilidad *inter vivos* de la cuota consorcial cuando el bien sobre el que recae sea indivisible.

No recogió la Ley de Sucesiones este supuesto. Sin embargo para el Derecho histórico, como ya expuse al tratar del elemento objetivo del consorcio, la prohibición de enajenar la parte indivisa de los bienes consorciales no tenía aplicación cuando éstos eran indivisibles por naturaleza. Es el Fuero 3 *De communi dividundo* y la Obs. 3^a *De consortibus ejusdem rei* los que así lo establecen.

En el pasaje citado creo haber dejado demostrado que este Fuero y Observancia no son algo extraño al consorcio, sino una verdadera excepción a la prohibición de disponer de la parte en la comunidad consorcial. En estos bienes esencialmente indivisibles, y que la Observancia 3^a *De consortibus ejusdem rei* parece extender a los que no admitan cómoda división, criterio éste aceptado por la doctrina, los miembros de la comunidad consorcial podían disponer de su cuota parte por actos *inter vivos*.

Como digo, en la regulación actual no está previsto este supuesto y, en consecuencia, no es posible al consorte, en base al carácter objetivamente indivisible del bien, disponer de su cuota a favor de extraños.

De esta forma en el régimen actual la indivisibilidad de la cosa, ya provenga de la propia naturaleza de ésta, como puede ser el caso de un piso en propiedad horizontal, ya de disposición

legal (unidad mínima agraria o urbanística) no es obstáculo para su división. Que el hecho de que el resultado de la división sea, en lugar de la atribución de una parte de la cosa, la de una cantidad de dinero, no impide pedir la división a cada consorte, ni por lo tanto, puede servir de motivo para permitir a cada uno la enajenación de su cuota sin el consentimiento de todos los restantes.

Que jurídicamente nada óbste a pedir la división, no debe hacer olvidar que el consorcio protegía la permanencia de los bienes en la familia, entre hermanos, y, acorde con ésto trataba de impedir su venta, y más su venta forzosa, y fué el sentido jurídico el que compaginó, con el Fuero y Observancia citados, la permanencia y la indivisibilidad. Con la división no se cumplirá el fin del consorcio, ¿Cómo obligar a vender un bien que puede ser el medio próspero de vida que tienen los hermanos consortes? piénsese en unas instalaciones industriales, en naves que sirvan de base a la empresa familiar, por ejemplo.

5.- Posibilidad de venta de la cuota consorcial para pago de deudas del ascendiente causante del consorcio como excepción a la inalienabilidad de la misma.

Hemos visto que en el Derecho histórico, si bien en un principio regulado casuísticamente, se establece ya la obligación del heredero de pagar las deudas del causante.

Un principio sucesorio, el de responsabilidad por las deudas del causante, que no creo tenga excepción por estar indivisos los bienes. Esta materia está regulada hoy en el Capítulo V, Título Primero de la Ley de Sucesiones.

Es así que si el consorte hubiera adquirido los bienes consorciales por título de herencia serían de aplicación los artículos de 40 a 46 de la citada Ley que establece la responsabilidad del heredero por las deudas de la misma.

6.- Posibilidad de venta de la cuota consorcial para hacer frente a responsabilidades por actos realizados por el consorte.

He sostenido para el Derecho histórico, de acuerdo con la doctrina clásica, que era posible la venta de la cuota consorcial para satisfacer responsabilidades del propio consorte. El profesor Lacruz⁴³³ no participaba de esta posición, por cuanto afirmaba que esta posibilidad de venta contradecía los textos históricos. No opinaba yo así, por las razones anteriormente aducidas.

Si, comentando el régimen del consorcio foral bajo la Compilación, yo sostenía que no veía motivos, dada la redacción del 142 y las normas generales que rigen en materia de responsabilidad, para considerar que la cuota consorcial no estuviera afectada a la responsabilidad exigible al consorte: "No creo posible ni que la posición negativa del consorte a dividir pudiera ser considerada por ningún Juez, como causa bastante para exonerar al consorte de hacer frente a sus responsabilidades, ni que el régimen que rige la comunidad consorcial pudiera ser un límite infranqueable para hacer efectiva sobre la parte consorcial del consorte la responsabilidad a él exigible, embargando su cuota indivisa"⁴³⁴. Hoy día menos, pues esta posibilidad está especialmente contemplada en la Ley (artículo 59.2).

El artículo 59.2 admite que -a pesar de la prohibición de disponer a favor de extraños que el apartado uno del propio artículo establece- podrá ser embargada la parte que un consorte deudor tenga en el consorcio. Dispone también este artículo que el adjudicatario de tal cuota no entra en el consorcio en calidad de consorte. Entiendo que esta ejecución que la Ley señala es por deudas privativas de un consorte. Por deudas del consorcio no había dudas.

Esta ejecución, aunque la Ley de Sucesiones no lo mencione, considero está supeditada a la preferencia de los derechos de los acreedores por deudas de la comunidad consorcial.

433.- Lacruz Berdejo, José Luis. *El consorcio foral...* pág. 342.

434.- Sánchez-Friera González, Carmen. *El consorcio foral* op. cit. pág. 345.

¿Será necesario agotar antes todos los bienes no consorciales que el consorte tenga? La Ley no menciona si esta embargabilidad de la cuota consorcial procederá solamente una vez agotados los bienes no consorciales del consorte. En principio, podría entenderse que si los bienes no consorciales del consorte bastasen para hacer frente a sus deudas, no cabría accionar contra la cuota consorcial. Estarían así en segundo orden de responsabilidad.

También entiendo que no podrá el embargo de la cuota consorcial del consorte deudor sobrepasar el valor de lo que el consorte tenga en el consorcio, pudiendo, en otro caso, los demás consortes pedir que se levante la traba en cuanto al exceso. Esta postura cabría, pienso, aplicando por analogía lo regulado para la comunidad conyugal, de análoga naturaleza, y por lo tanto creo de aplicación analógica el artículo 46 de la Compilación. También por cuanto, entiendo, que con la embargabilidad de la cuota consorcial se ha tratado de respetar el interés de los acreedores, pero ello, sin perjudicar a los restantes consortes que no son deudores.

Para saber el valor de la cuota del consorte deudor y estimar, en consecuencia, si los acreedores se exceden o no en el embargo ¿habría que hacer una liquidación de la comunidad consorcial para conocer ese valor?

Por la dicción de la propia Ley, al excluir la disolución de la comunidad consorcial en estos supuestos, parece que la regla a aplicar analógicamente en estos casos, no sería el artículo 1373 C.c., sino el artículo 46 de la Compilación, ya que este artículo obligaría al juez a "salvar el valor" de los consortes no deudores sin disolver la comunidad consorcial.

Sigo pensando que, quizá, el camino mejor en aras a conseguir la efectividad de la responsabilidad patrimonial universal regulada en el 1911 C.c., respecto al consorte deudor, sería ejercitar, los acreedores de ese consorte, la acción divisoria por subrogación y después ejecutar los bienes que, en la división (parcial), le correspondan al consorte deudor.

Muy posiblemente sea necesario arbitrar normas procesales *ad hoc* para resolver éstas y otras cuestiones que el derecho sustantivo aragonés plantea, como para el artículo 46 de la Compilación el profesor Delgado Echeverría propugna.

Otra cuestión: ¿Y si el acreedor reclama después de muerto el consorte deudor sin descendientes? Al decir la Ley que los consortes acrescentes reciben la parte acrecida "como procedente del ascendiente que originó el consorcio" ¿Significa que no responden éstos de las deudas del consorte muerto puesto que a él no le suceden?

En este supuesto las Observancias eximían de responsabilidad a los consortes acrescentes, en razón a que la parte acrecida no se recibía a título hereditario (único que transmitía la deudas) sino por "beneficio fori" (que se entendía a "sensu contrario" que no las transmitía) hoy, que no se contempla esta exención en la Ley, estaría ante el dilema de decidir, si esa expresión de la Ley referida al acrecimiento consorcial, implica o no que los consortes acrescentes se liberen de la responsabilidad exigible al consorte muerto.

VI- INVALIDEZ DEL ACTO DE DISPOSICIÓN INTER VIVOS REALIZADO POR UN CONSORTE EN CONTRA DE LO DISPUESTO EN LAS DISPOSICIONES QUE RIGEN EL CONSORCIO FORAL.

Examinada la inalienabilidad *inter vivos* de la cuota consorcial tanto en el Derecho histórico como en la regulación actual, pasará a estudiar la calificación del acto realizado por el consorte en contra de la prohibición establecida, contemplando el supuesto para el Derecho histórico y también según el ordenamiento jurídico actual.

1.- En el Derecho histórico.

Tanto las disposiciones forales, como la doctrina clásica entendieron que los actos realizados por un consorte contraviniendo la

normativa impuesta por los Fueros y Observancias que rigen el consorcio, eran inválidos.

A. Disposiciones forales.

El Fuero de Jaca, ya contiene una disposición en la que expresamente se cataloga de inválida la donación de un bien consorcial, realizada por el consorte sin el consentimiento de los demás consortes: "De hereditat que no es partida entre parentz e algun d'aquels vol dar sa pars. De hereditatz de germans o de filtz o de parentz que no son partidas, si algun d'aquels dara ad algun part d'aquellas hereditatz sen assentiment e voluntat de totz los altres qui diven essez parçones en aquellas hereditatz, o encara senes assentiment del un sol, no a valor aquela donacion, encara si aves donat a Santz o a muyller o ad altre loca."⁴³⁵

En la Recopilación privada II de los Fueros de Aragón⁴³⁶, aparece recogido este fuero, en términos prácticamente iguales: "*De hereditate germanorum vel filiorum germanorum aut parentum proximorum que non sunt divise. De hereditate germanorum vel filiorum germanorum aut parentum proximorum que non fuerint divise. Si aliquis illo dederit sine mandato et concessu aliorum, aliquid illorum hereditatum ad sanctos vel ad mulierem aut ad aliquem locum, non potest passare quia cum iuramento quod det se non interfuisse illi donativo quod hereditas non fuit divisa, et quod non concessit illam donationem ipse potest hoc prohibere; set...*".

La misma calificación le merece el acto realizado por el consorte contra las disposiciones forales al Obispo D. Vidal⁴³⁷, "e assi encara que, si alguno de los anteditos herederos aillenare la part la qual devia recibir o el dreito que [ad] aqueill pertaynnescia en aqueillas cosas, tal aillenamiento *non vale*.

Esta idea de la invalidez del acto dispositivo realizado por un consorte sin el consentimiento de todos los integrantes de la

435.- Fuero de Jaca. Molho, Mauricio. R.A., párrafo 272.

436.- Famos Loscertales. Jose M^a. AHDE II, párrafo 124.

437.- Vidal Mayor, libro IV, 30, pag. 293. Gunnar, Tilander. Lund, 1.958.

comunidad consorcial la repite D. Vidal, en varios pasajes. Así en el párrafo 29 del mismo título, "Quoando dos han o oviessen o possediessen alguna hereditat o possession non partida, si el I amenos del otro aqueilla hereditat o aqueilla possession dió, vendió, empeynnó ho ailleno en quoaal se quiere otra manera, et es demandado: Aqueill qui no aitorgó aqueillo ¿que auria a facer? En este caso assí es departido segunt el fuero que, si aqueilla hereditat o possession vino a estos por razón de heredar que descendía en ellos de sus mayores, assí como descende a hermanos o cormanos, aqueill qui non consentió aqueill aillenamiento podrá revocar aqueill feito, en guisa que aqueill que recibió aqueill aillenamiento non puede ren retener d'aqueilla hereditat o possession ni en todo ni en partida".

En este pasaje vemos que D. Vidal declara la nulidad del acto alienativo. Parece conceder una acción de revocación a favor del consorte no disponente, sin exigir para el ejercicio de esta acción la muerte del consorte enajenante. Es más D. Vidal, señala un plazo de año y día⁴³⁸, a contar desde que la enajenación fuese realizada, para el ejercicio de la misma, a no ser, dice, que el consorte que pretende la revocación esté ausente o sea menor de edad. "Et aqueill qui quiere revocar aqueill aillenamiento podrá peyndrar ad aqueill qui recebio aqueilla cosa aillenada o lo podrá constreyner por la cort que li faga dreyto... deve se agoardar que, ante ayunno et dia del tiempo del aillenamiento o obligamiento...".

En el párrafo 26 del mismo libro IV, vuelve a referirse a contratos celebrados por un consorte, sin intervención de los otros, calificándolos de ineficaces, (por non feito) no admitiéndolos como título válido para prescribir. Esta calificación del acto opera igual haya intervenido, o no, mala fé por parte del consorte enajenante, "si mientre aqueilla possedia, (se está refiriendo a hereda-

438. Esta acción para impugnar el acto del consorte dice Bardaji (Comentarios..., pág. 367) que es incorrecta y que no ha de estimarse. El profesor Lalinde Abadía, Jesús (Comentarios al Derecho Civil de Aragón, pág. 42) dice que no puede ser utilizada por los hermanos en cosas de abolarío.

des consorciales) en daynno et en engaynno de la hermandat por algún título haciendo algún instrumento por engaynno por algún extranio, tal contracto avido et recebido por non feite por el engaynno que hy fué, nin por el contracto nin por la teniença deve ser deffendido quoaal maraveilla, si eill oviere tal instrumento del I hermano sin aitorgamiento del otro hermano o de todos los ermanos, si muitos son, encara que esto faga non con entendimiento de engaynnar, non deve ser ajudado en este caso nin por el contracto nin por la teniença.

Da D. Vidal, a continuación, la razón de esta invalidez, diciendo que la misma es así porque antes de la partición los hermanos en cosas de hermandat no pueden, sin el consentimiento de todos, llevar a cabo actos de enajenación.

Vemos pues que tanto los Fueros, como D. Vidal califican de ineficaz el acto del consorte realizado contraviniendo las disposiciones forales⁴³⁹.

B. Doctrina.

La doctrina es unánime en calificar de nulo el acto del consorte realizado contra las disposiciones forales. La discusión doctrinal parece centrarse sobre el momento hábil para pedir la nulidad del mismo. Juan Pérez de Patos⁴⁴⁰ y Pertusa consideran que no es necesario esperar a la muerte del consorte enajenante para que los consortes ejerciten la acción de nulidad. Parece que así se decidió en la Corte del Justicia de Aragón en el proceso de Maria Jimenez el 21 de enero de 1564.

439.- El mismo alcance de nulidad, lo observamos en la generalidad de los Fueros medievales. Así el *Fuero Viejo de Castilla*: "mas no lo puede vender a otros parientes a menos de ser partido, e si de otra guisa lo vendier la venta non vale por fuero. El *Fuero de Viguera y Val de Funes* 316 - Ajenar heredat "Otro ni si un hermano con otorgamiento de los otros ajenar heredat a algún estrayno e non oviere partido sus cosas, valdrá por fuero, e si lo ficiere en semble, también valdra". *Fuero General de Navarra* - libro III, título XII, cap. XX - Si algunas heredades han algunas hermandades de avolorio o de patrimonio, et si alguno deyllos quisiere vender o dar su part ante que parta con sus hermanos, la vendita ni el donadio, non deve valer que los otros hermanos pueden sacar todo el heredamiento por lo que non han partido nin sortido.

440.- Pérez de Patos. op. cit.

Portolés, que trata ampliamente este tema, al que dedica cinco capítulos⁴⁴¹ de su obra *De Consortibus*, sostiene igualmente la nulidad del negocio llevado a cabo por el consorte, si bien estima, que solamente cuando acaezca la muerte del consorte que realizó el negocio indebido, podrán ejercitar, bien los hijos, bien los otros consortes, la acción de impugnación, por cuanto, argumenta, que mientras el fallecimiento no ocurra, no tienen aquellos verdadero derecho, pues solamente a la muerte del consorte se sabrá, teniendo en cuenta si hay o no descendencia, a quien corresponde.

Respecto al plazo de año y día que vimos citado por D. Vidal, Portolés lo tiene en cuenta para el juicio de aprehensión, pero considera que ha de empezar a computarse desde la muerte del consorte enajenante y no desde el día que tuvo lugar la enajenación. Afirma Portolés ser práctica muy constante en Aragón que, para aprehender, el plazo no corre sino desde el momento del fallecimiento.

En cuanto al plazo para usucapir el comprador, considera Portolés, que es el general señalado, de 30 años, si bien entiende que este plazo ha de comenzar a contarse desde la muerte del consorte enajenante.

No está de acuerdo con Portolés, en lo que a este punto de la prescripción se refiere, Franco de Villalba⁴⁴² que reprocha a Portolés el que presente su opinión como "modos y formas declarados y definidos".

Dice Franco de Villalba que sólo se admite la prescripción respecto a ventas e hipotecas, no en caso de censos, respecto a los cuales no corre la prescripción.

Respecto a los hijos del consorte enajenante, ya he expuesto que Portolés estima que pueden los mismos, al igual que los consortes, reivindicar la cosa enajenada, si bien, al igual que los con-

441 - Cap. XIV, XV, XX, XXI y XII.

442 - Comentario a la Obs. XIII De consortibus ejusdem rei - *Fororum at que observantiarum*, Año MDCCXLIII, pág. 369.

sortes, sólo ocurrida la muerte del padre. En consecuencia, dice, podrán exigirla no sólo los nacidos antes de la enajenación sino los que con posterioridad nazcan, naturalmente incluyendo al nasciturus.

En cuanto a la posibilidad de que sea el propio consorte enajenante el que pida la nulidad de la enajenación efectuada, Portolés considera que no podrá impugnar su propio acto, para así retractarse de la enajenación celebrada. Respecto a ésto, Martón y Santapau⁴⁴³ dicen: "pero además de que los principios generales que regulan los contratos resolvían, en nuestro concepto, esta mal llamada duda, existe, en confirmación de la proposición negativa, el fallo de la Real Audiencia, dictado el mes de julio de 1558 en el proceso de D. Martín Juan de la Guerra.

2.- La invalidez del acto dispositivo *inter vivos* celebrado contra consorcio en la regulación actual.

El acto realizado contra consorcio tiene hoy, evidentemente, un menor campo de acción, pareciendo quedar sólo prohibidos al consorte -individualmente considerado- los actos *inter vivos* realizados a favor de extraños al consorcio, que no sean descendientes del consorte disponente.

Si la Ley de Sucesiones dice (art. 59) que sólo los actos en ella permitidos son válidos, quiere decir que tendremos que calificar de inválidos todos los actos que realice un consorte contra lo dispuesto en la Ley de sucesiones. Así, los contratos celebrados contra lo en ella preceptuado para el consorcio foral carecen de fuerza jurídica vinculante. Ahora bien admitiendo la invalidez ¿nulidad o anulabilidad?

Para el régimen de la Compilación el profesor Lacruz consideró que el acto dispositivo contra consorcio era a la vez inválido, como opuesto a la ley, e ineficaz, es decir que no producía lesión

⁴⁴³- Pag. 619, op. cit.

del derecho de los consortes, los cuales podían desconocer la intentada transmisión y conducirse considerándola como no sucedida.

Considero que esta invalidez no opera automáticamente, sin impugnación. Creo así que será necesaria la impugnación del acto dispositivo para conseguir una sentencia judicial que, declarando la invalidez del acto, restituya los bienes al régimen consorcial.

La acción de impugnación podrá ser ejercitada por los otros consortes, o por los descendientes del consorte disponente si éste ha fallecido y hubieran sido ellos los destinatarios del bien o bienes, de no haber salido indebidamente del acervo consorcial estos bienes.

Y ¿cuál sería la acción a ejercitar? ¿La acción ex. 1301 C.c.? ¿La acción reivindicatoria? La cuestión es importante entre otros aspectos, a efectos de prescripción de la acción.

Sería deseable que el legislador aragonés regulara, a semejanza de lo previsto por la Ley de Sucesiones para las disposiciones *mortis causa*, un régimen concreto de invalidez, en estos casos de disposición contra consorcio, donde se señale: quienes están legitimados para hacer valer la invalidez, plazo para su ejercicio, posibilidad de confirmación, etc.

Por otra parte tenemos, que si la enajenación ha tenido acceso al Registro de la Propiedad, el adquirente que reúna los requisitos del art. 34 LH quedará protegido contra la acción de impugnación de los consortes. Al respecto opino, con el notario Martínez Viamonte⁴⁴⁴, que el adquirente del consorte que enajena indebidamente no es tercero, y por lo tanto, nunca podrá quedar protegido registralmente. Ahora bien, si esta persona vuelve a transmitir, su adquirente sí sería tercero, y si reúne todos los requisitos del art. 34 LH, su derecho devendría inatacable. Y ello por cuanto la relación jurídica viciada, respecto de la que debemos partir para

444 - Martínez Viamonte, Pedro. Actas del foro Aragonés. Séptimos encuentros. pág. 141.

delimitar al tercero o terceros, es la propia enajenación efectuada por el consorte y en la que el adquirente, indudablemente, es parte.

CAPITULO 8º

EFFECTOS DEL CONSORCIO: PROHIBICION DE DISPONER POR ACTOS "MORTIS CAUSA"

I.- LA PROHIBICIÓN DE DISPONER POR ACTOS "MORTIS CAUSA".

Una manifestación más de la inalienabilidad dispuesta por los Fueros 1º y 2º *De Communi dividundo*, es la que hace referencia a los actos de disposición *mortis causa* de los consortes.

Los citados Fueros prohíben la enajenación de la parte consorcial y la Observancia 1ª *De Consortibus ejusdem rei* expresamente enuncia esta prohibición de disponer por actos *mortis causa*⁴⁴⁵ "*non potest aliquis ex ipsis condere testamentum*".

La legislación vigente ha introducido cambios sustanciales en este punto, ya que, si en el número 2º del apartado 1 del artículo 142 de la Compilación se prohibía al consorte disponer de su parte en el consorcio por actos *mortis causa* a no ser esta disposición en favor de sus descendientes. Hoy, el artículo 59.1 de la Ley de Sucesiones, permite al consorte disponer *mortis causa* a favor de sus descendientes y también a favor de consorte. Y ello sin hacer distinción entre consorte con descendencia y consorte sin ella.

445.- Nota, quod si plures sunt germani, non potest aliquis ex ipsis condere testamentum, antequam dividant de parte quam ipsum contingit habere de bonis. sic nece alienare, nec alii germani tenentur salvare debita ipsius.

Estudiaré el alcance y significado que tuvo esta prohibición en el Derecho histórico con el fin de constatar si la regulación actual es coincidente con la misma.

II.- LA PROHIBICIÓN DE DISPOSICIÓN POR ACTOS "MORTIS CAUSA" EN EL DERECHO HISTÓRICO.

1.- En los Fueros y Observancias.

Tanto en el Fuero de Jaca⁴⁴⁶, como en la Compilación de Huesca⁴⁴⁷ y en las distintas Recopilaciones privadas de los Fueros de Aragón, se prohíbe al consorte disponer de su parte consorcial en tanto no ponga fin, mediante la partición, a la comunidad consorcial.

La inalienabilidad de la cuota por actos *mortis causa* parece claramente desprenderse de la propia dicción de los Fueros en cuanto fijan el destino de esa cuota, al determinar que la muerte de un consorte provocará el acrecimiento a favor de los demás hermanos que con el muerto formaban consorcio.

Es así que dentro del concepto de inalienabilidad señalada por los Fueros, se entendió que la misma tanto comprendía los actos *inter vivos* como los de disposición *mortis causa*. Idea corroborada por el Obispo D. Vidal⁴⁴⁸ que explica el concepto de enajenar diciendo: "aillenar es dito dar, vender, fazer leixas, dar al heredero...".

No se limita el Obispo D. Vidal a dar esta definición, por la que vemos que en la prohibición de disposición impuesta al consorte estaba comprendida la disposición *mortis causa*, sino que, con referencia expresa al consorcio, dice: "ninguno de los ditos herederos

446.- Fuero de Jaca, Molho, Mauricio, R.A., párrafo 45: "...nengun d'aquels fills ni de las fillas, per fuero, no pot vendre, ni empeynar ni alienar...".

447.- Fueros de Aragón, Tilander, 1937, párrafo 169: "...ni vender, ni dar ni aillenar en ninguna manera, ni encara si quiere alienar la part...".

448.- Vidal Mayor, VIII, 20.

non puede aillénar ren del dreito o de la part d'aqueilla posesión o heredad sobreditas, nin *puede leixar a ninguno quando muere*, salvo a sus fillos o sobrinos⁴⁴⁹ que siempre deven heredar con destin o sin destin, aquello que non fué partido ante que a ninguno d'eillos qui devian heredar o sortir con aqueill qui morió aqueilla cosa que no huvieron a partir entre sí⁴⁵⁰.

Sigue D. Vidal explicando el Fuero y, al referirse a la adjudicación de un bien en proindiviso a dos o más herederos, dice: "Et si alguno d'aqueillos herederos o sorteros qui recibieron aquella cosa non partida moriere, *destinando o non destinando*, ante que aqueilla cosa fuesse partida entre eillos... aquellos deven aver la su part que devia aver aqueill qui morió... salvo si aqueill muerto oviesse fillos o otros qui descendiessen de su genoilla, quar estos heredarían aqueill dreito del muerto et no otro ninguno".

Vemos, muy claramente expuesto por D. Vidal, la prohibición de disponer por testamento de la parte consorcial, no sólo en el caso de que los hijos herederos aun no hayan efectuado la partición de la herencia recibida de sus ascendientes, sino también, cuando ya partida ésta, se hubiere adjudicado, a dos o más hermanos, una parte en proindivisión. Consecuente con esta prohibición no vale la disposición testamentaria que se haga, y a la muerte del consorte (*destinando o non destinando*) si hay hijos, o nietos, para ellos es la parte indivisa; y, en ausencia de ellos, para los consortes.

Lo que me interesa resaltar en este momento, es la prohibición de disponer por testamento de la parte consorcial, a no ser que esta disposición se haga a favor de los hijos. De esta manera al consorte que carece de descendencia le está prohibido disponer por actos *mortis causa* de su parte consorcial.

Es de notar que el Obispo D. Vidal, como ya hemos visto, establece claramente la preferencia de los hijos sobre el acrecimiento

449.- Aquí tiene un claro significado de nietos.

450.- Libro VI, parágrafo 18.

de los hermanos consortes, y, sin embargo, los Fueros no la regulan, omiten hablar de los hijos. Esta omisión de los hijos, muy posiblemente obedezca a la consideración de que los bienes de los padres habrían de ir necesariamente a los hijos, y así, solamente se preocupan de regular el supuesto de ausencia de descendencia.

Tenemos que llegar a las Observancias para que expresamente se establezca la preferencia de los hijos sobre el acrecimiento de los otros consortes. Es la Observancia 11 *De consortibus ejusdem rei* la que así lo determina.

En cuanto a la prohibición que pesa sobre el consorte de disponer por actos *mortis causa* de su parte consorcial, la Observancia 1ª *De consortibus ejusdem rei* específicamente lo determina: "*nota, quod si plures sunt germani, non potest aliquis ex ipsis condere testamentum...*".

En consecuencia, vemos por los Fueros y Observancias que le estaba prohibido al consorte disponer *mortis causa* de su parte consorcial, al tener la misma un destino prefijado por el Fuero: habiendo descendencia, para ella, y careciendo el consorte de descendencia, para los demás consortes.

2.- En la doctrina.

A. Prohibición absoluta de testar el consorte sin descendencia y posibilidad de efectuar disposición mortis causa el que la tuviere.

La prohibición de que el consorte disponga de su parte consorcial por actos *mortis causa* la desarrolla Jaime de Hospital⁴⁵¹ en sus Observancias *De consortibus ejusdem rei* [(4) y (14)] en iguales términos que las Observancias del mismo título de la colección oficial⁴⁵² [1ª y 11ª] ya que éstas son una copia casi fiel de lo que dice este autor. Así, Jaime de Hospital en su Observancia (4)

451.-Hospital, Jaime. *Observancias...*, liber tertius, titulus nonus.

452.-S. y P. III, 1ª y 11ª.

refiere la prohibición que pesa sobre el consorte de disponer por testamento: *Item nota quod si plures sint germani, non potest aliquis ex ipsis condere testamentum antequam dividant...* y en la (14) refiere, en primer lugar, la preferencia de los hijos sobre los hermanos consortes, en los mismos términos que lo hace la Observancia 11.^a de la colección oficial, añadiendo, que así fué juzgado por el Justicia de Aragón, en contra de lo que dispone la 2.^a parte del Fuero 1.^o *De Comuni dividendo*, es decir del acrecimiento consorcial a favor de los consortes. Molino³³, igualmente afirma que no es posible al consorte disponer por última voluntad antes de que la cosa fuere partida, con base en la Observancia 1.^a *De consortibus ejusdem rei*. Pero, dice, esta Observancia que prohíbe testar se refiere a quien no tiene hijos, pues si los tiene, bien puede disponer *mortis causa* de su parte indivisa, si bien, sólo podrá hacerlo a favor de ellos y del modo que quisiere, pero nunca a favor de otros".

La postura de Molino es clara: el consorte sin descendientes, tiene una prohibición absoluta de testar, y el que los tiene, sólo puede hacer uso de esa facultad para testar a favor de los mismos, sin que le sea posible al consorte disponer en favor de persona no descendiente.

No sólo admite Molino la disposición testamentaria a favor de los hijos sino que claramente establece que el consorte podrá hacer uso de la misma, entre éstos, en los términos que quisiere "*quomodo ipse voluerit*". Así podrá el consorte, ya sea a título de herencia o legado, disponer a favor de sus hijos o descendientes, sin verse obligado a destinar su parte en los bienes consorciales en porciones iguales entre ellos, pues de la expresión de Molino parece deducirse que puede hacerlo en la proporción que tenga a bien. Esta libertad de distribución entre los hijos, que el padre consorte podía hacer de los bienes consorciales, pienso, que fué un reflejo de las ideas imperantes en la época o mejor de la evolución que sufrió

³³ Molino - Asperón: v. *Frater*

la libertad de disponer *mortis causa*. Así, parece entender Molino, que la disposición del padre consorte sobre los bienes consorciales, en lo que respecta a los hijos destinatarios, no estaba sujeta a distinto régimen de distribución que los bienes libres.

Esta postura de Molino es general en la doctrina que, al tratar de esta facultad del padre consorte para destinar su parte consorcial a favor de los hijos, parece considerarla como si la asignación al hijo fuera de un bien propio, del que el padre podría disponer - en cuanto a su distribución entre los hijos-, quedando, de esta manera, únicamente sometido (en cuanto a distribución) a las reglas de los derechos hereditarios de los mismos, como si de bienes libres se tratara.

Del Vidal Mayor parece desprenderse la idea de que no todos los hijos tenían la misma participación en los bienes consorciales, por cuanto, en el libro IV, parágrafo 33 dice: "Empero, muerto el padre et la madre, si los bienes que devun ser partidos possedescen los fillos por ygoal poder, el dreito d'eyllos será igual por cada uno d'eyllos". Lo que parece presuponer que podía haber desigualdades entre ellos, quizá originadas por haber recibido alguno de ellos parte de esos bienes como mejora o donaciones "oltra su part."

Con todo, el tema de los derechos hereditarios de los hijos en el siglo XIII, es materia por demás delicada y confusa, siendo de sobra conocido el pasaje del Vidal Mayor en que bajo el título: *De hereditibus instituendis, et assaber: De los herederos como devun ser establecidos*, habla de dos fueros contrapuestos referidos a esta materia, sin que se haya aclarado aún a que Fueros se refiere, especialmente el Fuero del que se seguiría una más amplia libertad de testar⁴⁵⁴.

Dire en este punto, siguiendo al profesor Delgado Echeverría⁴⁵⁵ -que coincide en su apreciación con los profesores Lacruz y

454 - Ver las interesantes acortaciones que a estos textos hace el profesor Delgado Echeverría en nota 112 seq. 74 "Vidal Mayor" en *Libros de Fueros del siglo XIII*

455 - Delgado Echeverría, Jesús. *El Derecho Aragones*, pag. 147, op. cit.

Sancho Rebullida⁴⁵⁶, que en el Derecho Aragonés más antiguo, el patrimonio familiar corresponde comunitariamente a los hijos y por igual, siendo una excepción la libertad de disponer, que se inicia con disposiciones limitadas en favor del alma y también desigualando a los hijos, por medio de mejoras realizadas a favor de alguno de ellos. Esta posibilidad de desigualar a los hijos llega en 1307, para los nobles, y 1311, para todos los ciudadanos, permitiéndose que se pueda instituir heredero a uno de los hijos, al que quisieren, dejando a los otros lo que bien les pareciera (*quantum eis placuerit*). Con esto quedaba transformado el sistema aragonés de sucesión forzosa en uno de legítima global colectiva. Con todo, como señala el profesor Delgado, fueron siempre muchos los problemas que la regulación de los derechos de los hijos en la herencia de los padres se plantearon, especialmente en la interpretación de los Fueros sobre desheredación.

Creo que esta evolución en el régimen sucesorio de los hijos se observó igualmente en la disposición de la parte consorcial que al padre correspondía (en cuanto a distribución).

La prohibición que tiene el consorte de disponer, respecto a su parte consorcial, por actos de última voluntad es señalada por todos los foristas. Así Bardaji⁴⁵⁷ dice que en la prohibición de enajenar que los Fueros *De communi dividundo* establecen, está comprendida la prohibición de disponer por testamento, "*procedit adeo quod nec ex testamento fieri potest alienatio*".

Portolés⁴⁵⁸, basándose en las Observancias 1^a, 6^a, II y 13 afirma que los consortes no pueden disponer de su parte por última voluntad: "*quibus locis clarissime statuitur, nemini ex consortibus licere, partem quam aliam legare vel in ea heredem relinquere, nec; etiam de eadem in ultima voluntate alio quovis modo ordinare*" diciendo también que, como indubitado, lo afirmaron Pertura y Bagés, así

456 - Lasiuz Bordo, José Luis y Sancho Rebullida Francisco - Derecho de Sucesiones, Volumen V - Hocht 1998 pag. 567

457 - Bardaji, Ibañeta de Consorcio - I 365

458 - Portolés, Jerónimo - Tratado de Consorcios - Cap. X II

como también Molino. Cita al efecto una decisión de los consejeros de la Real Audiencia, en causa de D^a Alduncia de Gurra de fecha 20 de noviembre de 1582.

Señala Portolés, que esta prohibición establecida en las Observancias, aunque semejante a la existente en otras figuras, como el feudo, o la sustitución fideicomisaria, es totalmente contrapuesta a lo que dispone el Derecho común, según el cual, el estado de comunidad no impide el derecho de testar.

Se plantea Portolés⁴⁵⁹, si el padre consorte debe disponer a favor de todos los hijos por igual o bien podrá destinar los bienes consorciales desigualmente entre ellos. Resolviendo, con apoyo en Molino y Bagés, que el consorte disponente podrá distribuir los bienes consorciales en la proporción que quisiere, incluso dejando la porción indivisa a uno sólo de sus hijos.

No admite Portolés, en principio, que la cuota consorcial destinada a un hijo pueda el padre gravarla con sustituciones, o condiciones, olvidando que en otro momento admite al padre consorte nombrar sustituto al hijo y estableciendo la preferencia de ese sustituto sobre el acrecimiento consorcial. De todas formas, en este lugar, sólo admite la imposición de gravámenes a favor de otro hermano o sucesor del gravado, cuando la disposición es *mortis causa* por cuanto, dice, en las disposiciones *inter vivos* de la cuota consorcial a favor de un hijo podrá el padre consorte imponer toda suerte de sustituciones y gravámenes.

Portolés, que habitualmente viene considerando la facultad que tiene el padre consorte para disponer por testamento a favor de los hijos, facultad que, ya hemos dicho, sostiene poder ejecutarse libremente entre ellos, en el cap. XIV⁴⁶⁰ se olvida de ella al afirmar que los descendientes reciben los bienes por sucesión intestada: "porque el que prohibiendolo la ley testa de hecho y dispone de una cosa, se dice que muere intestado". Quizá quiera

459 - Portolés, Jerónimo. *Tratado de consorcios* . cap. XI.

460 - Portolés, Jerónimo. *Tratado de consorcios* . cap. XIV.

referirse al supuesto de haber hecho el padre consorte disposición a favor de persona distinta de los hijos. Si bien, después, razona que el suceder los hijos por beneficio del fuero es equivalente a suceder *ab intestato* y que los hijos no acrecen sino que heredan.

Como muy bien dice el profesor Lacruz⁴⁶¹, ésto es lo importante de discernir: si los hijos reciben los bienes consorciales por título hereditario, y por tanto procedentes del padre consorte, o bien los reciben del ascendiente causante del consorcio. En este punto, entiendo que los hijos reciben los bienes del padre consorte, que al destinar a los hijos su cuota consorcial, lo hace como dueño de ella, por lo tanto servirá para pagar la legítima, lo mismo que con los bienes libres que tuviera el padre consorte. La única limitación que tenía al respecto el consorte es la de que los bienes consorciados habrían de ir necesariamente a hijos o ulteriores descendientes.

Esta prohibición de disponer el consorte por testamento, aunque Portolés bien señala que es contraria al Derecho común, no parece haber suscitado dudas en la doctrina del Derecho histórico, quizá debido a la claridad de las Observancias 1ª y 11ª *De consortibus ejusdem rei* que así la establecen, si bien todos los autores, especialmente los del siglo XIX, no dejan de consignar que a los mandatos de estas Observancias se opone la Observancia 5ª del mismo título.

Así Franco y Guillén⁴⁶² que, aceptando como indubitado esta prohibición que pesa sobre los consortes, en nota a pie de página, resaltan la oposición que a sus mandatos parece derivar de la Observancia 5ª, reproduciendo, para salvar la antinomia, la opinión de Miguel del Molino sobre esta última Observancia.

Estos autores no hacen referencia ni, en consecuencia, toman postura respecto al tema de si el padre consorte, debe distribuir su cuota consorcial por igual entre los hijos, o bien puede distribuirla desigualmente entre ellos. Ni tampoco se puede deducir del

461. Lacruz Bértolo, José Luis. *El consorcio foral...*, pág. 347.

462. Franco y Guillén. *Instituciones...*, pág. 226.

estudio que hacen del consorcio, si consideran que la disposición del padre consorte es en calidad de bien propio o a modo de sustitución fideicomisaria.

Marton y Santa Pau⁴⁵³, en cambio, se manifiestan al respecto diciendo: "con este motivo suscitase aquí la cuestión de si el padre consorte viene obligado a disponer de su porción entre todos los hijos, ó tiene también la misma libertad dispositiva que en los bienes libres; pero por más que ciertos prácticos hayan querido restringir esta libertad, la Real Audiencia decidió, en el proceso de D^o Alduncia de Gurrea, el 20 de noviembre de 1582, que existiendo heredero nombrado en otros bienes, bien puede el padre disponer como quiera de la parte consorcial". Realmente, la conclusión a que estos autores llegan parece indicar que no consideran los bienes consorciales equiparados a los bienes libres del consorte disponente, por cuanto exigen para que el padre pueda distribuirlos a su arbitrio, entre los hijos, el nombramiento de heredero en otros bienes libres. Sin embargo, la Sentencia en la que se apoyan, no parece decir lo que en ellos pretenden, al menos según Portolés⁴⁵⁴, que al efecto dice, que por esa Sentencia se dictaminó que el consorte que dispone testamentariamente de los bienes consorciales se entiende que lo hace solamente de la parte que en ellos le corresponde.

El resto de la doctrina parece seguir a Franco y Guillén, sin adentrarse en estas consideraciones, haciendo constar, en todo caso, la posibilidad del consorte de disponer por testamento a favor de los hijos, y la prohibición, para el consorte sin descendencia, de disponer por última voluntad de su cuota consorcial. Así, por ejemplo Isábal⁴⁵⁵, que respecto a la Observancia 1^a *De consortibus ejusdem rei*, dice: "Confirma la inalienabilidad -carácter esencial del consorcio- de los bienes no divididos, haciendo mención de la imposibilidad de disponer de ellos por testamen-

453.- Marton y Santa Pau. *Derecho y Jurisprudencia...*, pág. 617.

454.- Portolés, Jerónimo. *Tratado de consortes*. Cap. XIII.

455.- Isábal, Marceliano, R.D.P. año 1918, pág. 294.

to". Y respecto a la Observancia 11^ª: "muerto, con hijos legítimos e intestado, un consorte, no se dá ya lugar al acrecimiento a los hermanos: los hijos heredan su porción consorcial". Consignando, que en virtud de lo dispuesto en la Observancia 12^ª: "queda disipada toda duda que de la expresión *mortuus ab intestato* pudiera surgir". El padre, dice, puede testar en favor de los hijos, respecto a la porción consorcial. "También se corrobora la extensión que al "uno filio legitimo" de la Observancia 11^ª he dado; la 12^ª usa el plural declarando autorizada la ordenación in filios".

III.- LA PROHIBICIÓN DE DISPONER POR ACTOS "MORTIS CAUSA" SEGÚN LA COMPILACIÓN Y LA REGULACIÓN ACTUAL.

El artículo 142.1.2^º de la Compilación disponía: Tampoco puede (el consorte) disponer de su parte por actos *mortis causa* sino en favor de sus descendientes.

Como dice Merino⁴⁶⁶ esta limitación es de gran importancia y trascendencia en la realidad práctica del Derecho Aragonés. Yo añadiría que no sólo para la realidad práctica es importante sino que la prohibición de disponer que pesaba sobre el consorte, es especialmente grave en el supuesto de que carezca de descendencia, y en este punto sólo explicable en el plano filosófico, por esa visión supraindividual que caracteriza a esta figura del ordenamiento jurídico aragonés.

No voy a tratar ahora de la tan debatida cuestión de si el derecho a disponer de los propios bienes para después de la muerte es un principio de derecho natural o de derecho civil. Predomina en el derecho a testar el aspecto individual, el principio de personalidad proyectándose sobre la propiedad, pero este principio no es absoluto, y ha de combinarse con el familiar, que, en la regulación de la Compilación y ahora tenía preferencia la Ley amortigua.

⁴⁶⁶ - Merino Herranz, José Luis. *El consorcio foral*, op. cit. pág. 138.

En aras de esta preferencia familiar, puede estar establecida esta prohibición. La duda de que obedezca a este fin, dice el profesor Lacruz⁴⁶⁷; es que tal prohibición termina en el momento en que se partan los bienes. De todas formas, como dice el profesor Delgado Echeverría⁴⁶⁸, en el Derecho de sucesiones aragonés se acentúan los rasgos y finalidades familiares de la sucesión *mortis causa*, que, en el supuesto estudiado, tienen los mismos una alta relevancia.

Según hemos visto en el apartado del artículo 142 citado, el consorte que tenía descendencia sí podía disponer *mortis causa*, si bien deberá ordenar la misma a favor de ella, no pudiendo, en consecuencia, disponer en favor de persona ajena a su propia descendencia, aunque sea persona unida a él por otro vínculo de parentesco, ya sea el destinatario un ascendiente o un colateral.

Tampoco podía el padre o abuelo consorte disponer *mortis causa* en favor de otro consorte ni de la descendencia de éste, porque vulneraría el derecho de los hijos, consagrado especialmente en este apartado, que taxativamente establece que a la muerte de un consorte su parte en los bienes consorciales necesariamente tienen que ser destinados a ella, sin libertad alguna de disposición de su titular fuera de la misma.

La regulación que acabo de plasmar ha variado con la Ley de Sucesiones sustancialmente, por cuanto, según ella, se preceptúa que los consortes podrán disponer *mortis causa* tanto a favor de descendientes como de consorte. En este sentido se expresa el apartado primero del artículo 59: "Vigente el consorcio foral, solo son válidos los actos de disposición ... *mortis causa* realizados por un consorte sobre su cuota en el consorcio o en alguno de los bienes que lo integran cuando se otorguen a favor de sus descendientes, que con ello adquirirán la condición de consortes, o de otro consorte".

467.-Lacruz Berdejo, José Luis. El consorcio foral. pág. 126

468.-El Derecho Aragonés. Aportación jurídica de una conciencia regional. Ed. Alarcón - Zaragoza 1977, pág. 135

Puede así el consorte con descendencia disponer *mortis causa* a favor de otro consorte. Como puede el consorte sin ella disponer *mortis causa* a favor de consorte.

Al respecto tenemos que, en el discurrir de la figura consorcial, la cuota del consorte con descendencia siempre se pensó que a ésta estaba destinada, y ello, por la propia ratio de la figura, dado que la función del consorcio era transmitir el patrimonio familiar a la generación siguiente. También hemos visto en la exposición histórica, cómo esta idea únicamente varió en cuanto a la distribución de la cuota entre los descendientes, y ello, en armonía con las variaciones en el sistema legitimario.

Hoy, con la nueva Ley, no puede hacerse esta afirmación. En efecto, al disponer el artículo 59 que serán válidas las disposiciones *mortis causa* que efectúe el consorte tanto a favor de descendientes como a favor de otro consorte, sin distinguir si tiene o no descendencia el consorte disponente, cabe la disposición *mortis causa* de un consorte con descendencia tanto a favor de ésta como de otro consorte. En este caso el consorte disponente solamente habrá de cuidarse de no lesionar el sistema de legítimas. También vemos que si el consorte disponente carece de descendencia la Ley le permite disponer *mortis causa* a favor de consorte.

Si en el primer caso la innovación señalada por la Ley parece romper la *ratio* de la figura, en el segundo caso, es decir, cuando el que dispone *mortis causa* a favor de un consorte es un consorte sin descendencia, vemos que, esa disposición *mortis causa*, choca con el acrecimiento consorcial regulado en el apartado tercero del propio artículo 59.

Si la disposición *inter vivos* de un consorte sin descendencia a favor de otro consorte, estimo que no lesiona derechos de los otros consortes, dado que el derecho de acrecer nace con la muerte del consorte sin descendencia, la disposición *mortis causa* de éste sí los lesiona. ¿Qué prevalece? ¿la voluntad del consorte, o, el acrecimiento consorcial? Argumentos en pro de una u otra postura los

hay. En mi opinión, debería haberse señalado la preferencia para evitar interpretaciones contrapuestas, con los consiguientes problemas y litigios.

En lo que respecta a la disposición *mortis causa* a favor de consorte, realizada por un consorte con descendencia, que, como digo, parece romper la *ratio* de la figura, en principio, no me parece mala medida. Con ello se posibilita la continuación de la comunidad consorcial que, en algunos casos, al suceder los descendientes del consorte, se ve abocada a su extinción. Caso, por ejemplo, de que los hijos tengan una formación alejada del negocio familiar y la continuación del mismo no les interese. Con esta medida, en cambio, los descendientes pierden la fuerte expectativa a suceder en los bienes consorciales que tenían en la regulación anterior, ya que antes eran destinatarios obligados, si bien como sabemos sin derecho a igualdad entre ellos, y ahora su padre consorte puede destinar los bienes consorciales a otro consorte y no a ellos.

1.- Pacto al mas viviente.

Una especialidad testamentaria es el llamado en Aragón, "pacto al mas viviente". Está hoy regulado este pacto en la Ley de Sucesiones, artículos 80 y 81, en los siguientes términos: "Artículo 80.1.- En la recíproca institución de heredero o pacto al más viviente, el sobreviviente hereda los bienes del premuerto, siempre que éste no tenga descendientes, o todos ellos fallezcan antes de llegar a la edad para poder testar."

"Artículo 81.1.- Los otorgantes podrán establecer las previsiones que tengan por conveniente para el caso de que le sobrevivan descendientes, comunes o no, respetando la legítima de los mismos.

2 - A falta de disposición expresa sobre este particular la institución no surtirá efecto cuando al momento de la apertura de la sucesión sobrevivan descendientes del premuerto que no lo sean

del supérstite. Habiendo sólo descendientes comunes, el pacto equivale a la concesión al sobreviviente de usufructo universal y vitalicio sobre los bienes del premuerto y de la facultad de distribuir la herencia."

La naturaleza jurídica del pacto al más viviente, según Roca Sastre⁶⁶, es la de un heredamiento mutuo condicionado, que según el caso, se traduce en institución paccionada de heredero (caso de inexistencia de hijos); sustitución pupilar (cuando existiendo aquellos, fallecieran antes de llegar a la edad para poder testar) y fideicomiso de residuo (fallecimiento de los hijos aún rebasando esa edad, sin descendencia y sin disponer).

A tenor del pacto el cónyuge sobreviviente se hace heredero universal, no sólo de los bienes que poseyó el matrimonio en común, sino también de los que fueron privativos del cónyuge premuerto; ésto siempre que se trate de matrimonio sin descendencia, dado que, en Aragón, no cabe la institución hereditaria entre cónyuges habiendo descendientes, al menos en lo que concierne a la parte de legítima prevista en la Ley de Sucesiones. Si bien, como dice la ley y pone de manifiesto Cristóbal Montes⁶⁷, debe entenderse por matrimonio heredado no sólo aquel que no haya tenido descendencia sino también el que se disuelve con hijos si éstos mueren antes que el cónyuge sobreviviente y sin haber alcanzado la edad de poder testar.

Vemos que este pacto al más viviente, en el supuesto de tratarse de matrimonio sin descendientes, o cuando todos fallezcan antes de llegar a la edad para poder testar, choca frontalmente con las disposiciones que regulan el consorcio foral. Por cuanto, de conformidad con el número 1, del art. 80, si uno de los cónyuges no deja descendientes a su fallecimiento o éstos mueren antes de llegar a la edad para poder testar, el otro cónyuge heredaría todos los bienes del premuerto en plena dominio, siendo así que por el

665 - Roca Sastre, *Derecho hipotecario II* - Ed. Bosch, pag. 121, 138

670 - Cristóbal Montes, *Argel - La sucesión consuetudinaria aragonesa* - Ed. Porri - Zaragoza 1978 - pag. 136

art. 59.3, al regular el consorcio, se dispone que los bienes que tenga ese cónyuge y que ostenten al carácter de consorciales, no podrían ir para el cónyuge viudo sino que acrecerían a los consortes del cónyuge muerto.

Tampoco por el art. 59.1 se salvaría la contradicción pues si bien al consorte sin descendencia se le permite disponer *mortis causa*, esto sólo le es posible si lo efectúa a favor de consorte, no de cónyuge, que es, a los efectos consorciales, alguien extraño al consorcio. Si tendría el cónyuge supérstite derecho de viudedad sobre la cuota consorcial.

Lamentablemente no se ha tenido en cuenta esta cuestión al regular el consorcio. Importante cuestión pues de la decisión interpretativa que se adopte va a depender la invalidez o validez de una disposición sucesoria.

En mi opinión, dados los términos del artículo 59 de la Ley de Sucesiones: "sólo son válidos ...", me inclino a considerar preferente el acrecimiento consorcial sobre la disposición mencionada del pacto al mas viviente.

IV.- CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL INCUMPLIMIENTO POR EL CONSORTE DE LA PROHIBICIÓN DE DISPONER MORTIS CAUSA A FAVOR DE UN EXTRAÑO.

Hemos visto que la regulación actual prohíbe al consorte la disposición *mortis causa* a favor de extraño al consorcio. La prohibición de disposición *mortis causa* ya no es absoluta para el consorte que carezca de descendencia, por cuanto puede disponer *mortis causa* a favor de consorte (esto plantea, como veíamos, choque con el acrecimiento consorcial regulado en el propio artículo) y también se amplía, para quien tenga descendientes. Es decir, que el consorte sin descendientes no podrá llevar a cabo disposiciones de última voluntad referidas a la cuota consorcial, a no ser éstas destinadas a otro consorte (y ello si se considera prevalente esta

disposición *mortis causa* sobre el acrecimiento consorcial), y, el consorte con descendencia podrá realizar cualquier tipo de disposición *mortis causa* a ella referida, si bien ahora no sólo se le permite efectuar esta clase de disposiciones a favor de sus descendientes sino que también podrá hacerlo a favor de consorte.

Para juzgar la validez o invalidez de tales disposiciones *mortis causa*, habrá que estar al momento del fallecimiento del consorte, y no al momento de realizar tales disposiciones, dado que es ese momento del fallecimiento cuando van a surtir efecto. Sólo en ese momento podrá determinarse si se ha cumplido o no lo dispuesto en el art. 59 de la Ley vigente. Habrá de tenerse en cuenta también el artículo 10 de la propia Ley.

Efectivamente, es una necesidad derivada del mismo carácter del testamento, que las disposiciones testamentarias entren en vigor al morir el causante. Dado que opera, como una consecuencia de la libertad de testar, la posibilidad de revocación, de todo el testamento o de cualquiera de las disposiciones testamentarias⁶¹. No se puede renunciar unilateralmente a este derecho de revocación. Solamente cuando, en lugar de testamento, se dispone por contrato sucesorio, se queda obligado. O también la especialidad que rige en los mancomunados con las cláusulas correspondientes.

Además de esta posibilidad de revocación que tiene el consorte causante, puede ocurrir que después del otorgamiento del testamento, cambien las circunstancias de un modo no previsto por el testador: caso en que se incidiría si, teniendo en el momento de testar descendencia, ésta le premuriera, o, por el contrario, nacieran con posterioridad; o también que cambiaran las circunstancias de un modo previsto y querido por el testador, que sería el supuesto de llevar a cabo la partición de los bienes consorciales.

471. Ya el O. 34.4.4. Dec. 1. "Ambulatoria anno 89 voluntas defuncti usque ad vires su premum exitum".

Así, por todas estas razones, tenemos que habrá que estar al momento del fallecimiento del consorte para calificar sus disposiciones *mortis causa*.

En este punto debe tenerse en cuenta la Disposición Transitoria segunda .2 "También serán válidos los pactos sucesorios y testamentos otorgados y las fiducias sucesorias concedidas o pactadas antes de la entrada en vigor de esta Ley que lo sean con arreglo a ella, aunque no lo fueran según la legislación anterior, siempre que la apertura de la sucesión se produzca estando esta Ley en vigor".

En cuanto a la calificación que creo debe darse a la disposición *mortis causa* realizada por un consorte contra la prohibición, y en los términos expuestos, del art. 59, es la de ser un acto jurídico ineficaz, es decir que no produce lesión del derecho de los consortes, al no surtir, dicha disposición, efectos.

Para la regulación anterior, que creo no se distingue en este punto concreto con la actual, decía el profesor Lacruz⁴⁷²: "fallezca el consorte con o sin hijos, su disposición *mortis causa* relativa a la cuota vinculada que infringe el artículo 142 no es nula, sino que debe considerarse como disposición sobre cosa ajena, y, por tanto, será ineficaz cuando tal consorte ignorase la vinculación o pretendiera desconocerla destinando la cosa como propia".

En el mismo sentido se expresaba Merino⁴⁷³ al decir, que si bien de una interpretación liberal del art. 142 se llegaría a la conclusión de que el testamento otorgado por un consorte que no tiene descendencia, es nulo, sin embargo estima que no es nulo, sino ineficaz.

Como consecuencia de la ineficacia del acto jurídico de disposición testamentaria llevado a cabo por el consorte, tenemos que, si teniendo descendencia, dispuso a favor de extraño al consorcio,

472.- *Comentarios fiscales*, op. cit., pág. 345.

473.- *El Consorcio fiscal*, op. cit., pág. 148.

se abrirá, respecto a los bienes consorciales, la sucesión legal, y en virtud de la misma heredarán los descendientes esos bienes consorciales, y en el mismo supuesto, de carecer el consorte disponente de descendencia, serán los restantes consortes los titulares de dichos bienes, en virtud del especial acrecimiento establecido en el nº 3, del artículo 59, a no ser que se de el recobro de liberalidades que este artículo declara preferente al acrecimiento.

Ahora bien, en este tema de ineficacia de testamentos, la Ley de sucesiones (artículo 109.3), no considera al mismo como un negocio jurídico unitario, y así es posible que la ineficacia afecte a una o varias disposiciones, sin que esta circunstancia acarree la invalidez de todo el testamento (a no ser otra la voluntad del testador).

Este sería el supuesto cuando un consorte dispone en testamento, además de los bienes consorciales, de bienes que no tengan este carácter, dando a los primeros un destino contrario a lo dispuesto en el artículo 59. En este caso la ineficacia afectará solamente a esta disposición, o, disposiciones, pudiendo ser perfectamente válidas todas las otras.

Los descendientes o los consortes podrán impugnar la disposición y reclamar los bienes de cualquiera que los tenga, mientras no los haya usucapido, o resulte protegido por el artículo 34 L.H.

Efectivamente, tenemos que el acto ineficaz no sirve de justo título, porque carece de existencia, pero la posesión de las cosas se convierte en propiedad, pasado el correspondiente tiempo, en virtud de la prescripción extraordinaria, bajo el doble concepto de adquisitiva del dominio y extintiva de la reivindicación. No es que convalide lo ineficaz, sino que crea un derecho, con entera independencia del acto que lo inició y por otro título completamente distinto⁴⁷⁴.

474 - Leñandera y Blasco, *Vicior. Naturas, anulabilidad y rescisión en el Código Civil R.D.P. año 1914*, pag. 179.

En consecuencia, cumplidos los requisitos exigidos para la usucapición, los favorecidos por el testamento defectuoso pueden consolidar los derechos que han estado ejercitando sobre los bienes hereditarios, impidiendo la efectividad de la hipotética condena de entregarlos a las personas verdaderamente beneficiarias, ante la ineficacia del testamento.

Sobre este punto de la usucapibilidad de los bienes, hay distintas posturas doctrinales, planteadas acerca de la operatividad de la misma frente a la "actio petitio hereditatis". Sin embargo mi parecer es que es posible la usucapibilidad de los concretos bienes de que esté en posesión el heredero aparente, si cumple todos los requisitos de la usucapición extraordinaria. Postura, por otra parte, mantenida por gran parte de la doctrina⁴⁷⁵.

La declaración de ineficacia puede oponerse a los terceros adquirentes, si este tercer adquirente tuviera sólo la condición de tercero civil, y les afectaría plenamente ya que no puede nunca ser eficaz una transmisión operada por quien carece de facultades dispositivas sobre la cosa enajenada. Sin embargo la respuesta creemos debe ser distinta en el caso de que tales transmisiones hubieran tenido acceso al Registro de la Propiedad. Si éstas han sido inscritas, y el adquirente tiene el carácter de tercero registral, sería de aplicación la norma del art. 34 de la ley hipotecaria, y en tanto no se probara la mala fé por parte del tercero, es decir del conocimiento del defecto del título del transmitente, éste, dada su condición de tercero hipotecario, en nada se vería afectado.

Aunque pienso que, la función calificadora del Registrador, hubiere impedido la entrada del testamento ineficaz por contravenir el mismo el art. 59 de la Ley, sería posible, a través de una inmatriculación, llegar a la existencia de tercero registral. Si bien, según el artículo 207 LH, en este caso las inscripciones no surti-

475 - Lacruz Berdejo - *Derecho de sucesiones* - pag. 308 - Bosch 1888 - Albaladejo, *Derecho Civil V. 1º*, pag. 447 y ss. Saracho Rebullida - Capilla Poncero, Francisco, "Nulidad e impugnabilidad del testamento" - A.D.C. 1987, pag. 64.

rían efectos, respecto de terceros, hasta transcurridos dos años desde la misma.

1.- Testamento otorgado a favor de otro consorte

La prohibición de disponer *mortis causa* impuesta hoy por el artículo 59.1 ya no es extensiva a la disposición que un consorte haga a favor de otro consorte, dado los términos en que el citado artículo se expresa. Y esto parece que no era así para el Derecho histórico, en el que, si bien operaba la admisión general de la disposición *inter vivos* entre consortes, no se admitía la disposición *mortis causa* de los consortes, a no ser a favor de descendientes.

Por tanto hoy -contrariamente a lo que ocurría para el régimen anterior en el que si un consorte sin descendencia, disponía por testamento de su participación en el consorcio, a favor de uno o varios, pero no todos, de los consortes, el testamento resultaba ineficaz, al igual que si hubiera dispuesto a favor de un extraño- está permitido al consorte sin descendencia realizar esta disposición *mortis causa*, si bien se plantea un importante problema interpretativo en aras a determinar si, en este caso, prevalece la disposición testamentaria del consorte, o el acrecimiento consorcial, dado que la Ley no se pronuncia al respecto y, como ya hemos visto, consagra ambas formas para suceder en la parte del consorte sin descendencia. Debería haberse tenido en cuenta por el legislador esta contradicción.

En cuanto a la posibilidad que otorga la Ley al consorte con descendencia para disponer *mortis causa* a favor de consorte, si bien rompe la ratio tradicional de la figura, en principio no me parece mala medida, como he manifestado en otro lugar de esta monografía, ya que parece demandada por la realidad social.

CAPITULO 9º

EL FALLECIMIENTO DEL CONSORTE SIN DESCENDIENTES

I.- EL ACRECIMIENTO CONSORCIAL.

Si una de las reglas de la comunidad consorcial era, como hemos visto, la exigencia de actuación en mancomún de sus miembros y, como consecuencia, la inalienabilidad de la cuota consorcial por un consorte, la otra regla que regula esta comunidad es el acrecimiento que tiene lugar a la muerte de un consorte sin descendencia

Así lo establecieron los *Fueros De communi dividundo* y el párrafo 3 del artículo 59 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte.

En efecto el *Fuero 1º De Communi dividundo*⁴⁷⁶ dispone que a la muerte de un consorte su parte acrece a los demás consortes que con él estaban en suerte: *"aliquis eorum antequam cognoscat partem suam divide et determinate, moriatur: alii fratres qui non sunt in sorte cum eo nullo modo possunt demandare partem, nec consequi in parte defuncti, nisi ille, vel illi cum quibus erat in sorte"*.

Y el artículo 59.3: "si un consorte muere sin descendencia, su parte acrece a los demás consortes, que la reciben como procedente del ascendiente que originó el consorcio...".

⁴⁷⁶-S. y P., III.

1.- El acrecimiento consorcial en los Fueros.

Este acrecimiento, como algo sustancial a la figura consorcial, lo encontramos ya regulado, en los mismos términos, en el Fuero de Jaca⁴⁷⁷: "Et si per aventura aven en la partilla assi que de dos en dos o de tres en tres o mays, ayen una sort ensemble, si algun d'els mor avant que aya partit ab les altres ab qui es en sort et fermat assi com sobre dit es, les altres frayres non poden ren demandar ni an dreyt en aquela hereditat si non aquel o aquels con qui eran en sort".

Una diferencia notable se observa, en este punto del acrecimiento, en los Fueros de Aragón⁴⁷⁸ (Ms. 458 BN) por cuanto, en los mismos, se establece que los hermanos no consortes tendrán parte en los bienes del consorte muerto si los otros consortes quisieran dársela: "nenguno de los otros hermanos que conoscen lur part e lur suert partida non puede demandar part ni, la deve conseguir en nenguna manera en la part del muerto, si doncas aquel o aquellos qui era en la suert non les ploguiesse que partiesse con ellos".

No se observa esta particularidad en las otras versiones de los Fueros de Aragón. Así la contenida en el Ms. 207⁴⁷⁹ tiene idéntica redacción a las del Fuero de Jaca, y también a la Colección oficial, al principio transcrita.

Las recopilaciones privadas de los Fueros de Aragón⁴⁸⁰ R. I y R. II no contienen el derecho de acrecer, pues si bien la Recopilación II, trata de la prohibición de disponer, y consiguiente nulidad de las donaciones efectuadas por un consorte sin consentimiento de los demás, no hace referencia a la sucesión en la parte de los bienes consorciales. Sí, en cambio, está desarrollado el supuesto en la recopilación III⁴⁸¹, que lo hace en los términos ya expuestos.

477.- Fuero de Jaca, Molino Mauricio, R.E., parágrafo 75. En iguales términos, R.A. parágrafo 45, H.B. parágrafo 90 H.D. 68 H.C. 70.

478.- Fueros de Aragón, Ms. 458, Ed. Tander, Gummer, Lund, 1937.

479.- Fueros de Aragón - Ms. 207 B. U. Zaragoza, Leoz Gerdex y Bergua Carrón, parágrafo 165.

480.- Ramos : ocasionales, José M^o. Publicados AHDF I y II - parágrafo 124 de esta última.

481.- Publicado AHDF V - parágrafo 45.

El Vidal Mayor recoge este derecho de acrecer entre los consortes y es el primero que establece la preferencia de los descendientes sobre aquellos, lo que pudiera ser un detalle más a confirmar el carácter oficial que parece haber tenido el Vidal Mayor, opinión del profesor Delgado, que comparto. En este punto del acrecimiento se observan, en el Vidal Mayor, unas diferencias con los Fueros de Aragón que conocemos, que vienen a poner un interrogante sobre si este pasaje diferente será una interpolación o bien fué obra del traductor de la obra del Obispo D. Vidal, a semejanza de otras puestas de relieve por el profesor Delgado Echeverría en el magnífico estudio que sobre el Vidal Mayor ha realizado⁴⁹².

Veamos, dentro de los comentarios que el Obispo D. Vidal hace al Fuero "*Família Haerescunde*"⁴⁹³ et de *adipiscenâis aratis, es assaber, De las partillas que se fizen entre la familia et en quauâ guisa deven ser ganadas las cosas aradas*", trata el acrecimiento en los mismos términos que venimos viendo, (excepción hecha de la particularidad señalada en la edición de los Fueros de Aragón Ms. 418). Y así dice: "Empero, si alguno d'aquellos parçoneros d'aquella part, qui de los otros ermanos o cormanos recibieron aquella part non partida [moriere] ante que aquellos parçoneros aquella part assignada entre si con fiador et con testigos et con instrumento público o por otra manera dreiturera entre si partan aquella cosa que no era partida, ninguno de la cormandat o de la hermandat antedita o otro quiere si non los parçoneros d'aquella part antedita non podrán ser llamados a heredar la part d'aquell muerto por razón de testament o porque morió sin desñin, salvo aqueill caso en que es dito de suso que los qui entran en religión".

Más adelante, cuando trata de la sucesión ab intestato⁴⁹⁴, es donde el Obispo D. Vidal explica la preferencia de los hijos sobre

492.- Delgado Echeverría, Jesús. "Vidal Mayor" un libro de Fueros del siglo XIII, pag. 55 y 56 para de manánsio que como no se conoce e or qual libro, no puede excluirse formalmente manipulaciones inexactas: si bien en general dice, no cabe la sospecha de que partes sustanciales del mismo no correspondan a dicha original.

493.- Vidal Mayor. Libro IV parágrafo 30.

494.- Vidal Mayor. Libro V. parágrafo 10.

los consortes: "Et si alguno d'aquellos herederos o sorteros qui recibieron aqueilla cosa non partida morire, destinando o non destinando ante que aqueilla cosa fuesse partida entre eillos con firmes et testigos, aquellos deven aver la su part que devia aver aqueill qui morio si la cosa fuese partida ante que moriesse, et no otro ninguno de la hermandad o del parentesco, salvo si aqueill muerto oviesse fillos o otros qui descendiesen de su genoilla quar estos heredarían aqueill dreito del muerto et no otro ninguno".

En el mismo párrafo, y a continuación, explica la sucesión *ab intestato* en cosa partida. Y seguido⁴⁸⁵ vuelve a tratar de la sucesión de cosa no partida (consorcio). Es aquí donde se observa la diferencia o anomalía antes señalada, pues, si bien en toda la primera parte se ajusta a la, llamemos, ortodoxia de la figura consorcial, al final dice, que faltando descendientes, heredará el hermano mayor, si el consorte muere después del padre y de la madre. Es un extraño pasaje que recuerda el Fuero General de Navarra, ya que este Fuero, para infanzones, establece que los bienes del hermano muerto acrecen al hermano mayor. Hay en este párrafo de D. Vidal, otra cuestión que llama la atención, por cuanto establece la reversión de donaciones a favor de los padres donantes, en caso de premoriencia del donatario sin descendientes, sin prever que los padres las vinculasen, sino que lo establece con carácter general, y sin embargo la reversión a los padres donantes se

485.- Vidal Mayor, libro V, f. 19, pag. 412: "Entonces quando aqueill morio non fue partida aqueilla cosa, si entonz heredaron qui d'el descendieron, aquellos deven aver aqueilla cosa ante que otros ninguno, non que sea que descendien o vengon, si devan aver toda la parte que aqueill muerto deva aver con sus hermanos o con sus consorteos assi como que particularment los fillos hereden el si fillos no ha. Los sobrinos el d'el los que descerdieren, non orden, las quales partien con los hermanos o con el consorte d'aquell muerto segun que el padre partio e viviesse, quar tantos, quantos quiere que sean en aqueill mesmo grado, non serán u amados por sobregas mas toda la geneytia, es assaber que tanto será toda la geneytia quanto aya aqueill hermano muerto, de la sucesion del qual demandan aquellos qui d'el descendien, el tanto serán todas aquellos que non son de qui descendien si vivesse. Et si non a qui d'el descendien, el hermano mayor averá toda aqueilla casa. Si este mayor después la muerte del padre o de la madre, si enpues el padre es muerto el del padre el de la madre o no tal. Et si no ha hermano ni hermana, las sobrinas o las sobrinos o aqueill muerto, que son fillos e fillos de sus hermanos, heredarán aqueilla cosa que non fue partida, non por sobregas mas por gencyllas, es assaber que todos los fillos de hermano o que sea que sean O fillos o sobrinas el del otro hermano son solamente uno, en este caso tanto será aqueill uno quanto serán aquellos

estableció según opinión general, por el Fuero 1^o De *successoribus ab-intestato* en 1311⁴⁶⁵.

2.- El acrecimiento consorcial en las Observancias De *consortibus ejusdem rei*.

Las Observancias De *consortibus ejusdem rei*, conforman y desarrollan el régimen de los Fueros. Las Observancias 1^o, 6^o y 13^o de este Título son las que tratan de este especial acrecimiento⁴⁶⁷. Particularmente la Observancia 6^o, con arreglo a la cual, si dos hermanos poseen una cosa indivisa y uno de ellos muere antes de la división, su parte acrece al otro hermano que está en suerte con él, y no estará obligado por aquella parte acrecida a pagar las deudas del hermano premuerto, porque no adquieren los bienes a título hereditario, sino por beneficio del fuero. Añadiendo, por vía de ejemplo y confirmación, la adición: *ut filii habent dotes matris et non tenentur ad debita*

465 Sobre la incidencia de F. "De rebus vincularis" y del F. "De successoribus ab intestato" ver: Frérez y López, pag. 147 "Memoria". También, Isábal Marcatano, *Exposición...*, pag. 341.

467 Obs. 1^o. Nota quod si plures sint germani, non potest aliquis eorum ante certum testamentum, antequam dividant de herede quam ipsius commingit habere de bonis suis nec aliarum: nec alii germani tenentur solvere debita ipsius.

Obs. 6^o. Item, si fratres possident unam rem indivisam, & unus fratrum mortuus fuerit ante divisionem, pars sua accrescit alteri fratri, qui est in sorte cum eo: nec pro illa parte tenetur ad solvendum debita fratris, cum illi partem non habent hereditariam, sed hereditaria filii, ut si habent dotes matris, & non tenentur ad debita.

Obs. 13^o. Sed nota, tenentur eidem terminis, quod duo fratres habent indivisam hereditatem: et unus de eorum ante certum testamentum, et in suo testamento, legat suam partem quibusdam partibus suae, quam habebat in illa hereditate indivisa: si tantum partem legitime dicitur extrahere, de legatis ut debet legari in partem & non de iure, quia dicitur cum avunculo: ubi filii quod et non tenentur, quae tempora quo debet legari ubi item tertiam partem, non cum divisa: sed haereditas inter ipsam: fratrem suum: cum quo habebat hereditatem communem: et sic non potest definire, an eius conditio sit, et est in la per herede dicitur: immo tantum fore debet ad me: ut si una hereditas: ut per legatarios: hoc nocet nisi, quod illud dicitur non potest ibi, nisi haec exceptio, temperabit, et contineat fratrem tantum, qui debet non potest legare, verum, vel a matre hoc est in favorem filii, cum quo habebat partem, nam hereditatem a quo non legat. Fuit determinatum, quod bene dicitur ibi, quod in illa parte poterit ordinare ante certam divisionem in extraneos: sed in his de quibus dicitur.

Obs. 13^o. Item de consuetudine Regni et Fori dicitur, quod ibi quo, vel tres fratres, aut plures non dividunt bona vestra, vel eorum provenientia ex successione parentum vel consanguinorum. Si in via sua plures, et non sunt in dote, contractus a quoque facient, bona in via obligando vel de his aliarum, vel alias in via aliquibus facient, vel contendo, propter quae bona in via quantum ad partem eius, vel aliquorum eorum tangit, videtur remanere obligata bene dicitur, vel dices eorum praesentantur, non sunt in dote omnia bona remanentia successu: hoc tenentur successus in aliquo ad debita vel in via mortui qui vel uno. Item bonum est provenientium proinde non poterit de eis aliqui dicitur in via: nec in morte, nisi primo essent divisa: & ideo dicitur quis cum talibus contractare, vel contractus in via

La Observancia 1^ª, además de la inalienabilidad, carácter del consorcio a que están sujetos los bienes no divididos, declara que ningún hermano está obligado al pago de las deudas del otro. Concepto que desenvuelve rigurosamente la Obs. 13, al consignar que los bienes no divididos quedan para el supérstite, el cual de ninguna manera queda obligado por los débitos y responsabilidades del premuerto que parecieran gravar su parte en los mismos, por la razón de que antes de la división no podía ordenar sobre ellos, ni en vida, ni por causa de muerte.

La Observancia 12^a señala, como excepción al acrecimiento, la existencia de hijos del consorte muerte: habiéndolos para ellos ha de ir la cuota consorcial.

II.- POSICIONES DE LA DOCTRINA RESPECTO A LA NATURALEZA DEL ACRECIMIENTO CONSORCIAL.

Este derecho de acrecer que establecen las Observancias *De Consortibus ejusdem rei*, es el único caso que en las disposiciones forales se regula o menciona el acrecimiento.

Como veremos no es éste el derecho de acrecer que pudieramos llamar, tradicional, y que originado en la Roma clásica hoy regula el Código Civil, en sus artículos 981 a 987. Tampoco guarda semejanza con el derecho de acrecer que la Ley de sucesiones aragonesa regula en los artículos 166 a 168. Es un caso especial y distinto previsto en las disposiciones forales, como regla del consorcio foral.

Dado este carácter especial, los autores regnicolas clásicos no acaban de precisar su verdadera naturaleza. En general lo presentan como una excepción al orden sucesorio establecido, sin explicar la razón del mismo.

Así Jaime de Hospital⁴⁸⁸ que dice: "*Et si duo vel plures fuerint in sorte et aliquis eorum moritur, partem defuncti habet ille qui cum eo fue-*

488.- Hospital, Jaime. *Observancias...*, T. *Familias Herciscundae*, L. III, T. VII (6) y T. *De consortibus ejusdem rei*, L. III, T. IV (9).

rit in sorte". Remitiéndose a los Fueros *De communi dividundo*. Y en la Observancia (9) del Título *De consortibus ejusdem rei*, se expresa en los mismos términos que después lo hace la 6ª de la Colección oficial, ya que ésta incorpora la Observancia de Hospital.

Tampoco Molino nos saca de dudas, pues si bien se refiere en varias voces de su Repertorio al acrecimiento entre hermanos⁴⁸⁹ es generalmente para decir su mecanismo, pero sin calificarlo; más bien exponiéndolo según lo regulan las Observancias *De consortibus ejusdem rei*, si bien al tratar de la posibilidad que tienen los consortes de vender todos juntos la cosa consorcial, dice que lo mismo ocurre con las sustituciones fideicomisarias, que si consienten los fideicomisarios puede efectuarse la venta del bien sujeto a sustitución. A pesar de esta manifestación parece presentar el acrecimiento consorcial como una excepción llamativa de la sucesión *ab intestato*, al señalar que en los bienes consorciales no se atiende la sucesión a la proximidad en grado sino a la cualidad del consorte en el mismo bien o grupo de bienes⁴⁹⁰. "*aliam casum habetis, in quo si unus ex fratribus decedit, succedit ei unus frater et non alii, videlicet, quando duo fratres tantum ex pluribus fratribus habet bona inter se indivisa et sunt consortes: quia tunc si unum eorum decedit alii fratres, qui non sunt in sorte non succedent in illa portione fratris defuncti, sed tantum ille frater, qui erat in sorte. Casus est notabilis de hoc in foro nullus tit, communi dividundo*".

Portolés⁴⁹¹, afirma que la parte acrecida le corresponde a los consortes como si de un cierto fideicomiso legal se tratara, aunque para referirse al derecho preferente de los hijos alega que la expresión "por beneficio del fuero" ha de entenderse como equivalente a sucesión intestada. No ocurre así, dice, con los consortes, ya que éstos no suceden al hermano como herederos, sino por beneficio del fuero. Razona Portolés, que teniendo en cuenta la Observancia 6ª *De consortibus ejusdem rei*, que habla de derecho de acrecer, no

489. Molino, *Niguel del Repertorio...* v. divisa, trace: accretionem

490. Molino, *Niguel del Repertorio...* v. sucesión

491. Ferrer, Jerónimo *Traetus de consortibus* ... Cap. XIV, XV y XVI.

debía admitirse en la sucesión de la cuota a la descendencia del consorte muerto, por cuanto en el derecho de acrecer sólo los consortes debían suceder.

Portolés no parece tener una postura segura en este tema, por cuanto, si en unos pasajes habla de especie de sustitución fideicomisaria para explicar la sucesión en la parte consorcial, en otros dice que la sucesión en la misma es más bien "por derecho de acrecer o si se quiere, a semejanza de éste", plasmando, según veremos, el mecanismo del acrecimiento consorcial sobre el sistema de la *coniunctium romana*.

Aniñón⁴⁹² señala este acrecimiento como una excepción al orden sucesorio de las sucesiones intestadas, si bien resaltando que esta sucesión especial no es a título hereditario sino por beneficio del Fuero, lo que es causa, dice, de que el consorte que así recibe los bienes consorciales no responda de las deudas del consorte muerto.

Para Bardají⁴⁹³ la razón de acrecer sólo los hermanos consortes que lo eran en el mismo bien y no hacerlo los que con el consorte muerto no estaban en comunidad, está en el hecho de que no se acrece a título personal sino por derecho de no decrecer, dándose este derecho de no decrecer siempre que el consorte muerto carezca de descendencia. Dice, que este *beneficio fori*, de que habla Molino, es el derecho de no decrecer, y en este derecho lo que acrece es la porción no la persona "*qualiter portio accrescit portioni, non personae et disponitur, idem quod in foro praecedenti, quod in portione decedentis admitantur tantum, qui erant de in sorte cum defuncto*".

Parece deducirse de lo afirmado por Bardají, que el acrecimiento consorcial opera como una extensión del derecho del consorte, que siendo potencialmente propietario del todo, y estando su propiedad solamente limitada por la concurrencia de varios

492.- Aniñón, Andrés Serveto. *Tratado de Sucesiones intestadas*. Traducción Martón, Zaragoza, 1888, pág. 106.

493.- Bardají, Ibañdo. *Comentarios...*, t. 366 y 367.

consortes, se produce el mismo por la fuerza atractiva del dominio sobre las cuotas que han quedado libres al morir, sin descendencia, otro consorte.

Este derecho de no decrecer del que habla Bardaji, fué objeto de viva polémica entre los autores regnicólas, que, en general, no aceptaron, para Aragón, la existencia del derecho de acrecer, apoyándose en la Observancia 5^o De testamentis, según la cual, cualquiera puede morir en parte testado y en parte intestado. Consideraban que esta admisión está en contradicción con la regla básica del derecho de acrecer: *"nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest"*.

Sessé que fué el gran defensor de la existencia para Aragón del derecho de acrecer entre coherederos y colegatarios conjuntos y que trató extensamente del mismo, en su Decisión 244, sostuvo que ninguno de los fundamentos en que los romanistas apoyaron el derecho de acrecer estaba refutado con el Derecho aragonés. Cuando se refiere al consorcio foral dice⁶⁴: *"quia si unitas rei relictæ producat ius non decrescendi, prout in consortio nostri Regni in quo Aragonenses considerarunt unitatem rei, propter quam introduxerunt ius accrescendi, nulla mentione facta iuris non decrescendi, sed tantum accrescendi, sine dubio si in hac esset differentia inter ius accrescendi et non decrescendi, mentionem aliquam fecissent de dicto iure Jurisconsulti Aragonensis, si ita foret quod bona consortialiter in Regno ex iuris, fori, vel testatoris dispositione dicerentur esse consortium in solidum et non pro virili in comunione, sine dubio, utiam dixi, fuissent locuti per verba non decrescendi, ut sic res remaneret apud consortem non diminuta per concursum ex iure non decrescendi"*.

Sessé que, en la citada Decisión, se presenta combatiendo el *ius non decrescendi* al final viene a considerarlo igual al *ius accrescendi*, considerando que éste, en herencias y legados, proviene de disposición de la ley fundada in *presumpta voluntate disponentis*

64 - Sessé, Josepho. Decisionsum Facis Senatus Regi Regni Aragonum et curiæ Castellæ, MLXXV Decisa CXXIV. fo 90

(nº 6 de la citada Decisión) y el derecho de no decrecer que proviene *ex proprietate verborum* (nº 9 de la misma Decisión).

El gran foralista Isábal¹⁰⁶ tiene distintas declaraciones sobre el acrecimiento consorcial, así, por una parte, afirma: "que no cabe desconocer que entre esta institución (el consorcio) y el derecho de acrecer, o digase de no decrecer, hay analogías, aunque en realidad difieran en sus funciones y en sus desarrollos". Y en una nota a pie de página, dice, que la palabra acrecer, empleada por las disposiciones forales, expresa el efecto jurídico que en favor de un consorte se realiza cuando muere, antes de dividirse la cosa consorcial, otro consorte sin descendencia.

También como derecho de acrecer lo califica en otro momento, diciendo que si bien el acrecimiento consorcial no puede considerarse igual al derecho de acrecer clásico, ya que es: "un caso especial y distinto, previsto en las leyes aragonesas como regla del consorcio foral", es por otra parte "el único caso de que en el volumen foral se regula el acrecimiento".

Isábal, que como vemos en estos pasajes citados, considera el acrecimiento consorcial análogo al derecho de acrecer, aunque admitiendo diferencias en cuanto a su función y desarrollo, comentando, en otro lugar¹⁰⁷ la Obs. 1ª *De Consortibus ejusdem rei*, asigna a la figura consorcial un cierto carácter de sustitución fideicomisaria, si bien no de una manera firme, por cuanto dice: "la índole fideicomisaria del consorcio, en cierto modo y medida".

El título por el que los consortes advienen a la parte de los bienes consorciales del consorte premuerto ¿es por derecho de acrecer o en virtud de sustitución fideicomisaria?

Isábal, hace unas manifestaciones respecto a esta cuestión, en la que parece fluctuar la doctrina. Así, comentando una Resolución de la Dirección General de lo Contencioso (de la que

106 - Isábal, Mercaderes, *Enciclopedia J. Sav. v. derecho de no decrecer*, pag. 70
107 - R.O.P., 1918, 242, 294

más tarde hablaré) y con referencia al derecho de los consortes adquirentes, que la referida resolución había calificado de verdadero derecho de acrecer, dice Isábal⁴⁹⁷: "Yo me atrevo a decir que se trata de derechos distintos, que el consorcio es un derecho especialísimo y *sui generis*, exclusivo del Derecho Aragonés, sólo así acierto a explicarme que conformes todos los autores en que por el consorcio foral se verifica un acrecimiento en favor del consorte o consortes que adquieren por muerte de alguno de ellos, se acostumbra a negar la existencia del derecho de acrecer; se habla, en este caso, de denegación del derecho de acrecer que pudieramos llamar tradicional o clásico; en el otro, de un acrecimiento o derecho de acrecer distinto y especial" y se pregunta: ¿es sólo una cuestión de nomenclatura? El hecho es, como dice Isábal, que negando casi la totalidad de los autores, la existencia del derecho de acrecer en Aragón, todos, sin excepción, hablen de acrecimiento en lo referente al consorcio foral.

Vallet de Goytisolo⁴⁹⁸ presenta el acrecimiento consorcial como un caso excepcional respecto al *ius accretendi* del derecho clásico romano, "por cuanto en el consorcio foral la fuerza expansiva del derecho de los coherederos sobrevivientes absorbe la parte de los premuertos sin descendencia, tomando su fuerza *non pure hereditatis sed beneficium fori*, y con tanto vigor que se superpone al *ius disponendi inter vivos y mortis causa*".

El profesor Lacruz⁴⁹⁹, por una parte, considera el acrecimiento consorcial como un fenómeno similar a la sustitución fideicomisaria: "esta solución fideicomisaria es muy probable aplicada al acrecimiento de los coparticipes". Y también cuando dice: "Merino contempla en este "acrecimiento", con toda razón, un fenómeno similar a la sustitución fideicomisaria, de modo que los consortes suceden más bien en la posición jurídica del ascendien-

497.-R.O.P. 1818, pág. 305

498. La compraventa por mitades indivisas y con parte de sobrevivencia su naturaleza jurídica y su eficacia en el Derecho común y en el Derecho foral catalán. A.D.P., año 1944, pag. 717.

499.-El consorcio foral, págs. 347, 348 y 349

te causante del consorcio". "La consideración del acrecimiento consorcial al par de la sustitución tiene importantes consecuencias fiscales". Si bien estima, que sería más favorable a estos efectos si se considerara que en el acrecimiento consorcial, no hay transmisión alguna sino mera expansión automática de la cuota propia de los consortes por desaparición de un colitular, a modo de adquisición originaria o de extensión "in actu" del derecho del consorte sobreviviente a unos límites que ya tenía in potencia.

En cualquier caso, concluye el profesor Lacruz, "las reglas que gobiernan el consorcio no deben deducirse de su supuesta naturaleza de acrecimiento o sustitución (los dogmas no producen reglas) sino de la intención del causante del consorcio y del legislador".

Lo que ocurre es que el acrecimiento consorcial no "encaja" ni con el derecho de acrecer "clásico", ni con ningún supuesto de sustitución. Con ambas figuras tiene puntos en contacto y divergencias profundas, como intentaré poner de manifiesto.

También Merino Hernandez⁹⁰, que si en un principio cataloga el acrecimiento de fenómeno singular a la sustitución fideicomisaria, concluye afirmando que "el derecho de acrecer del art. 142 de la Compilación aragonesa es un verdadero y auténtico acrecimiento, en sentido propio, aunque con la especialidad de estar referido a bienes o cuotas de bienes que el fallecido consorte ya ha detentado en dominio". Esto explica, dice Merino, el que los consortes supérstites no traen causa del consorte premuerto, sino del ascendiente común transmitente a título gratuito de los bienes consorciales.

Merino encuentra la raíz del acrecimiento consorcial en el acrecimiento especial o impropio de las donaciones *inter vivos* o en general de los negocios *inter vivos*. Si bien, opino, que excepto la renuncia del condueño a su cuota en la comunidad, como medio

⁹⁰ 500 - El Cuestionario Foral, pág. 161

de extinguirse de las cargas y gastos de conservación de la cosa común, (supuesto muy diferente al que sirve de base al acrecimiento consorcial) en la que el condueño ya estaba en posesión de su cuota, en los supuestos de donación *inter vivos* no sería posible la asimilación con el acrecimiento consorcial, por cuanto se exige en las mismas como requisito del acrecimiento por un donatario que otro no acepte.

Admitiendo la existencia de un acrecimiento en sentido propio, Merino sin embargo, al exponer el basamento de este derecho de acrecer consorcial, que rotundamente acepta, dice que el mismo se asemeja a una sustitución fideicomisaria del Derecho Común. Efectivamente hay, como antes decía, puntos de semejanza, pero no creo pueda hacerse una identificación de las dos figuras por cuanto la naturaleza de una y otra no son coincidentes.

El acrecimiento consorcial supone, en opinión del profesor Sancho Rebullida⁵⁰¹, un llamamiento solidario de carácter legal y excepcional, que, de una parte, limita la autonomía privada y, de otra, imprime al inmueble, objeto del instituto, una trayectoria sucesoria legal, distinta de la común. El profesor Lalinde⁵⁰² considera que en Aragón no existe un derecho de acrecer en la herencia total, debido a la concepción patrimonialista de la sucesión, pero sí un derecho de acrecer por lotes o por partes.

Roca Sastre⁵⁰³ califica el consorcio de especie de fideicomiso "*si sine liberis decesserit*", debido al especial acrecimiento que entraña y niega que sea un derecho de acrecer, por cuanto éste, dice, surge en la vocación hereditaria, o sea cuando una persona es llamada a una herencia o legado que no puede o no quiere aceptar.

Vemos, en consecuencia que los autores admiten la existencia de un derecho de acrecer o bien una sustitución fideicomisaria

501 - Sancho Rebullida, Francisco. *Prólogo al libro El Consorcio Fidel*, autor Merino Hernández, op. cit. pag. 10.

502 - Lalinde Abada, Jesús. *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón*, pag. 44
503 - Roca Sastre. *Derecho Hipotecario* T III, ed. 1954, pag. 144.

como postura general ante la figura consorcial, si bien considerando unos y otros que la sucesión en los bienes consorciales proviene no del consorte fallecido sino del causante del consorcio.

Sin embargo, también hay algún autor que ha dudado de esta creencia común, que resalto, considerando que la sucesión consorcial no supone más que un especial supuesto de sucesión intestada, pero que la misma no proviene del causante del consorcio sino del propio consorte muerto.

Este es el caso de Riera Aisa⁵⁰⁴ que parece considerar el acrecimiento consorcial en el sentido indicado, por cuanto afirma: "que se producía⁵⁰⁵ en el consorcio un régimen sucesorio *mortis causa* particularmente interesante cuando alguno de los consortes fallecía sin descendientes, pues en este caso su parte acrecía a la de los demás". No es en realidad exacto, continúa, que se trate de un verdadero derecho de acrecer, ya que éste, como tal, no fué nunca admitido de buen grado en el sistema del derecho privado aragonés. Se habló de la posibilidad de construirle como un derecho de no decrecer. Isábal insiste sobre este extremo, máxime cuando puede tener repercusiones de tipo fiscal". Y concluye, "Sin abordar decididamente el problema, basta con lo expuesto para reconocer la existencia de un peculiar derecho sucesorio en la cuota indivisa de la titularidad conjunta".

III.- RESOLUCIONES DE TRIBUNALES.

Si la doctrina científica no parece unánime en la calificación del acrecimiento consorcial, la misma variedad de criterios se observa en las resoluciones de los Tribunales y Organismos que sobre el acrecimiento consorcial se han emitido.

504 - Riera Aisa, Luis. Nueva Enciclopedia Jurídica Sev. y consorcio Foral. Barcelona, 1956, p89 200. Torno V.

505 - Este autor estudia el consorcio antes de su reincorporación al ordenamiento jurídico actual

1.- Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado.

Expondré lo que referido a esta materia del acrecimiento consorcial afirma la Resolución, famosa en esta materia, de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha de 25 de octubre de 1916, y también seguidamente la de la Dirección General de lo Contencioso, de fecha de 25 de abril de 1917. Ciertamente, que, como afirma Merino, refiriéndose a esta última Resolución, las disposiciones tributarias no tienen por qué incidir en los problemas netamente sustantivos, sin embargo la calificación que de la figura hagan, más en ese supuesto ya que no está directamente contemplada la figura consorcial por las leyes fiscales, tiene importancia, por cuanto la política fiscal, a la postre, tiene incidencia en el vigor de las instituciones forales, especialmente si hay una institución alternativa del Derecho común que sea más beneficiosa fiscalmente hablando. También veremos una reciente Sentencia del I.S. en la que este Tribunal tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el acrecimiento consorcial en su relación con el derecho de acrecer.

La Resolución de la Dirección General de Registros vino motivada por la negativa de un Registrador a inscribir un acrecimiento consorcial. Entendía el Registrador que era necesario para tal inscripción la declaración de herederos del consorte fallecido: "porque ya se invoque o tenga en cuenta para la transmisión el derecho de acrecer del consorcio foral aragonés, o bien la sucesión legítima con arreglo al Fuero único *De rebus vincularis*, es necesario acompañar testimonio de la resolución judicial de tal transmisión"⁵⁰⁵.

505.- El supuesto de hecho, transcrito por el notario Martín Cortés, (*El Consorcio Foral* op. cit.) se refiere a dos hermanas natimatas herederas por su padre en la mitad indivisa de un campo sito en Arañuelo, y ocurrido el fallecimiento de una de ellas antes de cumplir la edad de 3 años, la madre y su otra hija otorgaron escritura de aceptación y partición de herencia en la cual le fué adjudicada a ésta última una mitad del referido campo por acrecer a ella según los Fueros De Commun dividendo y las Observaciones De Consorcibus ejusdem to. I^o 6^o y 13.

El notario de Zaragoza, Sr. Garcés, al recurrir la negativa del Registrador, sostuvo que, en el acrecimiento consorcial, se daba un verdadero derecho de acrecer, ya que la porción vacante acrece a la porción, sin haber transmisión de personas.

La Dirección General de Registros rechazó la exigencia del Registrador, considerando que para inscribir en el Registro la transmisión producida por el consorcio, basta acreditar la existencia del mismo, la falta de división de los bienes relictos y el fallecimiento de uno de los consortes sin sucesión legítima.

En los considerandos, la Dirección General comienza por exponer el contenido de los Fueros 1º, 2º y 3º *De Comuni dividundo* y las Obs. 6ª, 12 y 13 *De consortibus ejusdem rei*, en que, como se sabe, se contiene lo fundamental de la institución consorcial, y con arreglo a estas disposiciones hace la declaración siguiente: "Considerando que en el supuesto de que esta transmisión se rigiese por los preceptos del derecho de acrecer, cuya existencia en Aragón, con el alcance que le dieron las leyes castellanas antiguas y los arts. 981 y siguientes del Código Civil, es problemática, no implica una sucesión hereditaria del premuerto, fundada necesariamente en su testamento o en la declaración de herederos abintestato, por no representar el supérstite al difunto y tampoco puede habilitarse de tales títulos a Dº —, caso de que, con algunos autores, se califique a la situación jurídica creada de fideicomiso foral por arrancar los derechos respectivos en tal caso del causante común".

Esta Resolución, siguiendo la tónica que hemos visto en la doctrina, lo único que afirma con seguridad es que los bienes consorciales los recibe el consorte acrecente del causante del consorcio y no del consorte premuerto. En consecuencia, considera que no es necesaria la presentación de declaración de herederos del consorte muerto. Creo a más, que no necesita declaración de herederos porque no muere intestado, ya que fallece con la sucesión regulada por "disposición del Fuero".

En cuanto a la naturaleza de ese especial derecho establecido en el consorcio, no toma una postura definitiva. Por un lado califica de "problemática" la existencia del derecho de acrecer tal como se regula en el Código Civil. Y en cuanto a considerarla como sustitución fideicomisaria, simplemente se remite a las posturas doctrinales que la propugnan, pero sin tomar partido al respecto.

2.- Resolución de la Dirección General de lo Contencioso.

La Resolución de la Dirección General de lo Contencioso, de fecha 21 de abril de 1917, aunque en este caso a efectos fiscales, también intenta fijar la naturaleza del acrecimiento consorcial. Comenta al respecto Isábal⁶⁰, que "antes de la incoación del expediente que dió lugar a esta resolución, era muy común la opinión de quienes estimaban que el acrecimiento consorcial no estaba sujeto al pago de impuestos y muy seguida la práctica de no exigirlos".

Esta afirmación y práctica que Isábal nos testimonia, sin duda, derivaba de estimar la propiedad consorcial como familiar, que no individual, y consecuentemente, el acrecimiento entre consortes, como mera expansión automática de la cuota ideal, propia de cada consorte, a la desaparición de un cotitular, a modo de extensión del derecho de los consortes sobrevivientes a unos bienes que ya tenían en potencia.

Ante la reclamación de un Registrador de la propiedad que estimaba la procedencia del impuesto, por considerar que el acrecimiento consorcial debía ser asimilado a una sustitución fideicomisaria y no a un propio derecho de acrecer, la Abogacía del Estado sostuvo que no era el acrecimiento consorcial una sustitución fideicomisaria, sino que estaba dentro del campo más amplio de las sustituciones hereditarias.

⁶⁰ Isábal Marzábal. *El consorcio foral...* 1919, pág. 206.

La Dirección General rechazó la postura de la Abogacía alegando que la sustitución no cabe sino en la sucesión testada y por que además, la sustitución vulgar, reducida al supuesto *si haerens non erit*, parte siempre del principio de que el heredero no quiera o no pueda aceptar la herencia, lo cual no acontece en el consorcio foral. Calificó el acrecimiento consorcial de verdadero derecho de acrecer, derecho éste que se manifiesta, dice, aun en el consorcio foral, lo mismo en la sucesión testada que en la intestada.

Realmente la Dirección General, aunque hace una tan tajante afirmación de conceptuar el acrecimiento consorcial como un verdadero derecho de acrecer, no fué consecuente con esta afirmación en el terreno de la fiscalidad, por cuanto resolvió que las transiciones consorciales estaban sujetas a tributación, con lo que, sino conceptualmente, sí en el terreno práctico, vino a dar la razón al Registrador que pedía la asimilación de tal acrecimiento a la sustitución fideicomisaria.

Este aspecto de la fiscalidad de la figura no lo voy a tratar ahora, por cuanto dedico al mismo un epígrafe de esta monografía. Sólomente quiero resaltar aquí la calificación que de la figura hizo la Dirección General de lo Contencioso, que demostró en esta Resolución haber estudiado con cuidado las disposiciones concernientes al consorcio foral, dándose cuenta especialmente de los efectos de esta institución aragonesa. Por cuanto a la postre, estimó que la adquisición por los consortes no deviene del consorte muerto, sino del causante del consorcio.

Vemos, que respecto a la calificación del acrecimiento consorcial, el Tribunal resuelta y decididamente lo califica de derecho de acrecer sin adjetivos de ninguna clase, cosa que para la Dirección de los Registros era problemática, con lo que parece dar a entender que el derecho de acrecer de que se trata es el de la legislación común, el que todos entienden ser y reconocen como tal derecho de acrecer, es decir el regulado en el Código Civil en sus artículos 981 a 987.

3.- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1990.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse respecto al acrecimiento consorcial y su posible semejanza con el derecho de acrecer regulado en el Código Civil. Se trataba de estimar o no la procedencia del acrecimiento consorcial respecto a la cuota de un consorte muerto, que la había recibido a título de herencia, mientras los dos consortes restantes habían devenido al consorcio a título de legado. Como quiera que la consorte fallecida había dispuesto en testamento de su cuota consorcial a favor de uno solo de los consortes, se discutía, entre otras cosas, si era posible el acrecimiento por cuanto dada la diferencia de títulos de adquisición, no cabía, en base a lo preceptuado en el C.C. El Tribunal Supremo estimó el acrecimiento consorcial entendiendo que el mismo no vulnera los artículos 981 y ss. del Código Civil: "dado que las porciones originarias, al constituirse en consorciates, pierden su propia sustantividad". Realmente el T.S. no apreció debidamente, que el acrecimiento consorcial, ni vulnera, ni deja de vulnerar los preceptos del C.C. que regulan el derecho de acrecer, porque en realidad son dos derechos con origen y trayectorias distintas⁸⁶.

IV.- DIFERENCIAS DEL ACRECIMIENTO CONSORCIAL CON EL DERECHO DE ACRECER REGULADO EN EL CÓDIGO CIVIL Y EN LOS ARTICULO 166 A 168 DE LA LEY DE SUCESIONES.

Comparando el acrecimiento consorcial con el derecho de acrecer que regula el Código Civil y la Ley de Sucesiones, se observan profundas diferencias entre ambos, que parecen hacer posible afirmar que el acrecimiento consorcial no es un derecho de acrecer, si se sostiene que el derecho de acrecer, regulado en los cuerpos citados, es el típico y único derecho de acrecer.

⁸⁶ 506 - Sánchez-Frías, González. M^a Carneri. OCJC n^o 75, págs. 25 y ss.

El acrecimiento consorcial no ocurre en los supuestos que el Código Civil y la Ley de Sucesiones prevén, sino que en él los consortes llamados a acrecer, llegaron a tener ese derecho precisamente por que heredaron, o, aceptaron la donación, es decir que el acrecimiento consorcial tiene lugar después que la porción acrecida haya ingresado en el patrimonio del consorte que causa el acrecimiento. El consorte en vida es propietario, aunque con ciertas limitaciones en este derecho, de su parte en los bienes consorciales y a su muerte, es cuando la misma pasa a los otros consortes por disposición de la ley.

Para el derecho de acrecer del Código civil y la Ley de Sucesiones, hay en la parte acrecida una sola transmisión: la del *de cuius* al heredero, sin embargo en el consorcio, hay dos transmisiones: una del *de cuius* a un heredero y otra de éste a sus consortes.

En el consorcio, el acrecimiento se llevará a cabo por los consortes, sin tener en cuenta la proximidad de grado en el parentesco, sino solamente su cualidad de tal, acreciendo así los consortes en proporción a su parte en el consorcio y no por cabezas, teniendo en cuenta que los hijos de hermanos forman parte del consorcio por representación al padre muerto, y así éstos no son excluidos, siendo como son parentes más remotos en grado.

V.- MI OPINIÓN RESPECTO A LA NATURALEZA DEL ACRECIMIENTO CONSORCIAL.

Historicamente las reglas sobre el acrecimiento proceden inmediatamente de los casos del derecho romano en que se instituían varios herederos *coniunctim* y las mismas derivaban directamente de los principios que inspiraban todo el derecho sucesorio romano.

Es por eso, que no puede explicarse el acrecimiento consorcial, verdadero acrecimiento, con los conceptos modernos del mismo y

ni siquiera con los conceptos de la época clásica del Derecho romano. En mi opinión el acrecimiento del consorcio corresponde a la forma más antigua de acrecimiento que existió en la comunidad de herederos del antiguo derecho romano⁵⁰⁹, también en lo que se ha llamado derechos germánicos⁵¹⁰, y que existía en las comunidades hereditarias en la España de la Edad Media y posiblemente antes, por cuanto corresponde a una manera de entender la propiedad en la que el grupo familiar es más importante que el individuo, y la idea de propiedad familiar es más destacada que la de la propiedad individual. Con estos presupuestos la comunidad hereditaria formada por los hijos, al faltar los progenitores, tenía un carácter estable y de permanencia, dándose entre ellos el derecho de acrecer cuando alguno moría sin descendencia.

Estimo que en un principio el fundamento del acrecimiento estaba en el señalado carácter familiar de la propiedad. De este carácter derivaban los dos elementos fundamentales que caracterizaban esa comunidad y que hoy son propios del consorcio: la prohibición de disponer y el acrecimiento entre consortes, uno condicionaba al otro, así se daba el acrecimiento porque se negaba la facultad de disposición; era la ley la que marcaba la sucesión como consecuencia de ese carácter familiar de la propiedad. Este acrecimiento que se daba en las comunidades de herederos primitivas es el acrecimiento consorcial.

Cuando en Roma se perdió este carácter familiar de la propiedad, en el que el patrimonio era un bien de todos que se iba transmitiendo dentro del grupo familiar, y se elaboraron las concepciones romanas en las que la sucesión era concebida como un *universum ius*, y de acuerdo a esos principios sucesorios se construyera el derecho de acrecer que hoy conocemos y que, aunque evolucionado, es el regulado en el Código Civil, la forma más antigua

509 - Enrico Ricci - *Instituciones de Derecho Romano* - Milano 1965, pag. 282. También entre otros tomen: Armando, *Manual de Derecho Privado Romano* - Ed. Sociedad Coop. Universitaria General Zaragoza 1987 - pag. 285 y 587 - También *Instituciones de Goyo* 3, 154, a

510 - Hans Plantz - *Principios de Derecho positivo germánico*, pag. 380 Ermerius, Kipp y Wolf - *Derecho de sucesiones V. I. V. 1º* pag. 427 y pag. 236 del T. V. V. 2º

de acrecimiento que, primero era propia de la comunidad de herederos, no desapareció, sino que devino en el acrecimiento en el condominio⁵¹¹.

Esta evolución se ve, a mi entender, en el consorcio que estudiamos, por cuanto el acrecimiento tiene su apoyo en la indivisión de los bienes, y si la comunidad hereditaria se divide operará el acrecimiento consorcial entre los consortes en la misma cosa, no alcanzando a los que teniendo el mismo grado de parentesco no sean consortes, o siéndolo no lo sean en los mismos bienes. Conserva así el carácter familiar por un lado y dentro de éste su presupuesto es la comunidad, el condominio. Quizá podría abonar esta postura el hecho de que los Fueros *De Communi dividundo* establecen el acrecimiento una vez partidos los bienes y adjudicados por lotes en proindiviso a dos o más hermanos: "*Cum vero...*".

Así el acrecimiento consorcial, deriva de la forma más antigua de acrecimiento y por eso su mecanismo es el del acrecimiento en el condominio, operando a modo de expansión automática de la cuota propia, por desaparición de un cotitular, como un efecto natural de la *vis atractiva* del dominio conjunto sobre las cuotas que quedan libres.

511.-En el Derecho Romano fue una cuestión discutida este acrecimiento en el condominio. Fue controvertido especialmente si el *ius adcrescendi* tenía lugar en la *cohereditio*. Lo admitió Scialoja, al que siguió Bonfante (*Scritti giuridici vari III* - Il *ius adcrescendi* nel condominio, pag. 434 y ss.) admitiéndolo para el Derecho clásico, pero afirmando que en el Derecho Justiniano siguió el principio contrario. El debate estaba centrado en la interpretación del Digesto, L. 3, 41, 7, Modestinus, libro VI *differentiarum*. Beltrán de Heredia (*El Derecho de acrecer*, pag. 41), pone de manifiesto los pasajes del Digesto contrarios al acrecimiento en el condominio, y la divergencia en este punto de los juristas romanos. Añadiendo que "en el Derecho moderno no está tampoco de acuerdo la doctrina en admitir el acrecimiento en el condominio siempre que se produzca una vacante". Cita a Vitalari y Ramponi que sostienen que el acrecimiento se verifica sólo como consecuencia del abandono que de la propia cuota haga un comunero para liberarse de la obligación de contribuir a las cargas de conservación, y también a Beltrán de Heredia Castaño que, en su obra *La Comunidad de bienes*, admite el acrecimiento en el condominio en todo caso, con independencia de cual sea la causa que produce la vacante.

No admite Beltrán de Heredia y Onís, que el acrecimiento en la comunidad sea un propio acrecimiento, por cuanto dice deberse a instituciones con presupuestos diversos: "El derecho de acrecer, dice, corresponde al campo de las sucesiones y su fundamento no es el mismo que la expansión de la cuota en caso de comunidad."

Conserva del acrecimiento de las comunidades hereditarias primitivas su carácter familiar y de la idea de condominio esa fuerza expansiva o *vis atractiva* que conlleva siempre el derecho de propiedad.

Como dice Bonfante⁵¹² explicando el acrecimiento en el condominio, "para la mayor parte de los autores el acrecimiento es una consecuencia del derecho entero sobre la cosa, por lo cual la extensión del derecho expectante de cada uno de ellos está simplemente limitado por la concurrencia del concursus, de donde se llega a que espontáneamente se abarque y se extienda el derecho, incluso a toda la cosa, si el concursus se rompe o cesa". Asimila así la expansión de la cuota en el condominio y el acrecimiento, considerando el derecho de acrecer del comunero como una rama del mismo. Considera Bonfante⁵¹³ que tanto el *ius adcrescendi* como el *ius prohibendi*, tuvieron existencia en el derecho clásico romano, si bien, más tarde, fué, en parte abolido y en parte, transformado, por una nueva concepción.

Así en el acrecimiento consorcial la expansión de la cuota, el acrecimiento, se dá después, una vez que la comunidad está constituida como tal y no "antes" como ocurre en el derecho de acrecer del C. C. Por eso, siendo verdadero acrecimiento, no coincide con el que se conoce comunmente con ese nombre.

Como expansión de la cuota, parecen ver el acrecimiento consorcial, Vallet de Goytisolo⁵¹⁴ y el profesor Lacruz⁵¹⁵, el primero cuando, estudiando el acrecimiento, dice: "¿cabe aceptar que este *ius adcrescendi* pueda en ciertos casos alcanzar los supuestos de premoriencia de los demás condóminos y tanto vigor que se superponga al *ius disponendi inter vivos y mortis causa*? En principio sería un caso excepcional, pero fenómeno semejante lo vemos en una institución aragonesa, el consorcio foral, en el que la fuer-

512.-Bonfante, Pietro - *Scritti Giuridici vani*. III, Milán, 1921, pag. 436.

513.-Pag. 451, op. cit.

514.-Vallet de Goytisolo, J. B. - *La compraventa por mitades indivisas*, pag. 717 op. cit.

515.-Lacruz Berdejo, José Luis - *El Consorcio Foral*, op. cit., pág. 348 y 349.

za expansiva del derecho de los coherederos sobrevivientes absorbe la parte de los premuertos sin descendencia, tomando su fuerza *non iure hereditatis sed beneficium fori*".

Y el profesor Lacruz: "como si el acrecimiento se produjera en el consorcio, no ya por determinación de la ley, sino como efecto natural de la *vis attractiva* del dominio conjunto sobre las cuotas que quedan libres y, por tanto, sin intervención inmediata de la voluntad del causante, que se limitó a establecer el supuesto en el cual el acrecimiento tiene lugar".

De todas formas, es difícil comprender y explicar el acrecimiento consorcial con conceptos y figuras actuales, si tenemos en cuenta su antigüedad. En cualquier caso son varios los interrogantes que presenta el acrecimiento consorcial en cuanto a su fundamento. Si se protegía con esta figura la conservación de los bienes en la familia, entre los hermanos, ¿cómo estaba autorizado pedir la división? ¿Y cómo por el hecho de estar divididos los bienes, ya no tenía lugar la prohibición de disponer *inter vivos* y *mortis causa*, ni, en consecuencia, el acrecimiento?

Pienso que no puede ser la razón del acrecimiento el carácter troncal de los bienes, ni el fin del mismo conservarlos en la familia porque la misma razón había para que operara el acrecimiento una vez divididos y no opera. Por eso creo que su razón puede ser la idea de comunidad, de condominio, porque sólo a los consortes beneficia el acrecimiento. Es como si los consortes, manteniendo la comunidad, que no creándola, implícitamente manifiestan su voluntad de acrecimiento, como consecuencia de su afán conjunto.

¿Podría verse en la Edad Media como una manifestación de política legislativa para favorecer la no disgregación de la propiedad? Conforme veremos en otro capítulo, estas comunidades hereditarias entre hermanos tenían beneficios fiscales, pero la razón de tales beneficios no parece fuera el evitar la disgregación de la propiedad y favorecer la formación de comunidades, por

cuanto ocurría que si los mismos hermanos, que primero estuvieron en comunidad consorcial, dividían la misma y formaban sociedad con los mismos bienes, ya no tenían esos beneficios fiscales, ni tampoco disfrutaban de ellos las comunidades voluntarias o sociedades que se hacían a semejanza de la comunidad entre hermanos.

Creo que la razón de la ley estableciendo el acrecimiento era una medida de cohesión familiar, una medida protectora de la familia. Por eso cuando algún miembro se separaba materialmente de ella, no le alcanzaba los beneficios del mismo, posibilidad de separación que es nota característica de estas comunidades desde que se tienen noticias de ellas, no sólo en nuestros fueros medievales sino en los derechos germánicos⁵⁶ y en el derecho romano⁵⁷.

En consecuencia sostengo que el acrecimiento consorcial es un verdadero acrecimiento que, partiendo de la más antigua forma de comunidad, ha llegado hasta nosotros y que en su forma primitiva, al igual que ahora, tenía lugar entre los consortes, en ausencia de descendencia del consorte muerto. Su fundamento era doble: familia y comunidad. Estos dos condicionantes no podían operar separadamente. Se acrecía porque se estaba en comunidad, y sólo en la comunidad de origen hereditario podía tener lugar el acrecimiento.

Por otra parte no creo que el consorcio sea ningún tipo de sustitución. Aparte de las diferencias básicas entre ambas figuras, hay una cuestión que, a mi modo de ver, hace posible descartar su calificación como tal.

Se ha dicho que es sustitución fideicomisaria porque los consortes al acrecer sustituyen, como si fueran fideicomisarios, al consorte fiduciario muerto.

56- P. Anstz. *Hand. Principes de Droit Germanique*, pag. 390.

57- Las XII Tablas habían introducido la aco *familia haereditaria*, pero se ignora si éstas vieron a consagrar la consuetudine en virtud de la cual los hermanos eran libres para pedir la división y así apartarse de la comunidad familiar.

No veo ninguna razón para presumir la sustitución cuando los herederos sean varios y en cambio no presumirla cuando es uno sólo el que hereda, o que desaparezca esa sustitución por la circunstancia de haber enajenado todos a favor de uno. ¿Qué razón hay para presumir una sustitución fideicomisaria sólo para caso de pluralidad? El propio Obispo Vidal⁵¹⁸, y también los Fueros y Observancias, lo atestiguan, aunque no lo diga explícitamente, que heredando uno sólo no hay vinculación, no hay sustitución, que los bienes son libres.

Parece entonces lo lógico pensar que es la propia comunidad, creada sobre el patrimonio familiar, la que provoca el fenómeno de acrecimiento. Que ese "beneficio forti" es un acrecimiento por disposición de la ley.

VI.- MECANISMO DEL ACRECIMIENTO CONSORCIAL.

Examinaré en este apartado cómo opera el acrecimiento consorcial. Para ello, examinaré, en primer lugar, si para tener derecho de acrecer basta tener la cualidad de consorte, o se ha de ser consorte en el mismo bien o grupo de bienes que lo era el consorte muerto. En segundo lugar examinaré en qué proporción se acrece, es decir si el acrecimiento es por partes iguales al número de consortes o sí, por el contrario, debe acrecerse en proporción a la cuota que en el consorcio se tenga. En tercer lugar estudiaré si esta regla de la proporcionalidad de la cuota opera siempre.

1.- En el Derecho Histórico.

En un pasaje del Vidal Mayor⁵¹⁹, el mecanismo del acrecimiento consorcial, ya lo he puesto de manifiesto, presenta una particu-

⁵¹⁸ Vidal Mayor, libro IV, 26, pag. 266

⁵¹⁹ La particularidad a que nos referimos y que concuerda con el Fuero General de Navarra, párrafo 13, 389-412 y considera con derecho al acrecimiento a hermano mayor, lo del hermano y la hermana lo de la hermana, en hipótesis podría sostenerse que fue una imprecisión del "scriptor" del Vidal Mayor. Michael Luzi de Canciu.

laridad que contradice lo por el Obispo afirmado respecto al mismo, no en un sólo lugar, sino en varios.

Si prescindimos de esta particularidad, que no concuerda con nuestro Fueros, y nos atenemos a los otros pasajes del Vidal Mayor en los que trata el Obispo del acrecimiento, vemos que este derecho operaba a favor de los consortes y también que en el caso de que existieran varios consorcios, por división de la primitiva comunidad (supuesta la adjudicación de uno o más lotes o "suertes" en proindivisión a dos o más hermanos), solamente se daba este derecho entre los que eran consortes con el consorte muerto, "ninguno de la comandat o de la hermandat antedicha (se está refiriendo a la comunidad consorcial antes de la partición) o otro quiere si non los parçoneros d'aqueilla part antedita non podrán ser clamados a heredar la part d'aqueill muerto por razón de testament o por que murió sin destín, salvo..."⁵²⁰.

No dice expresamente el Obispo D. Vidal que la cuota acrecida se recibiera en proporción a la que ya tenía el consorte, pero, dado que los hijos, en esa época, presumiblemente, participaban en iguales partes, no es muy aventurado presumirlo. Y para el supuesto de que, a causa de premoriencia de hijo, hubieran ingresado en el consorcio los nietos del causante, si explica D. Vidal, ya lo hemos visto, que éstos repartirán por estirpes, no por cabezas, luego acrecerán entre todos esos nietos lo que su padre hubiera acrecido si viviera, es decir, proporcionado a su cuota.

Más parco en explicaciones se muestra Hospital⁵²¹, si bien se deduce de sus manifestaciones que sólo acrecían los consortes en el mismo bien, en el mismo lote o "suerte": "*Et si duo vel plures fuerint in sorte et aliquis eorum maritur, partem defuncti habet ille qui con eo fuerit in sorte*".

520 - Vidal Mayor, ff. 37 (7)

521 - Hospital, Jaime de Observancias Usurvanos (E) Familia Heredendar, Liber tenius, f. 650 vll

Molino⁵²², se manifiesta en el mismo sentido que D. Vidal, por cuanto considera que el acrecimiento se produce solamente entre los consortes que formaban suerte común con el muerto, excluyendo a los que, aun teniendo el mismo grado de parentesco, no compartían la "suert" con él: *"Divisio bonorum si non est facta inter fratres habentes bona indivisa et ante divisionem unus eorum mortuus fuit portio decedentis accrescit consortibus, idest, fratribus cum quibus est in sorte. Tamen illi fratres, quia non sunt in sorte, non habebunt partem in bonis fratris mortui. V. Frater, qui non est in sorte in suo fratre, non succedit suo fratri decedenti ante divisionem, sed tantum succedunt ei, quo ad bona indivisa alii fratres, cum quibus frater defunctus erat in sorte"*.

Aniñón⁵²³ se manifiesta en el sentido de considerar excepcional el acrecimiento consorcial, respecto al orden de suceder en las sucesiones *ab intestato*, y la necesidad de la cualidad del consorte en el mismo bien o grupo de bienes para tener derecho al acrecimiento.

Bardají⁵²⁴ resalta que sólo a los consortes en la misma cosa les alcanza el "beneficio fori", por cuanto en el acrecimiento consorcial es la porción la que acrece y no la persona. Expone también Bardají, que si en el consorcio hay nietos del causante (ya se deba su entrada por representar a su padre premuerto o también cuando le han sucedido en la cuota consorcial) al fallecer un tío consorte sin descendencia, esos nietos (sobrinos del consorte muerto) acrecerán lo que de vivir su padre hubiera éste acrecido. Así dice se resolvió en la causa de Francisco Sebastiani. Vemos pues que establece el acrecimiento proporcionado a la cuota que se posee en el consorcio. Sin embargo se pregunta ¿y si el que muere es uno de estos nietos? ¿acrecen juntamente con sus hermanos, sus tíos consortes? Aquí, con apoyo en Bártolo de Sassoferrato, contesta Bardají, que sólo acrecerían los hermanos consortes de ese nieto y no sus tíos consortes.

522.- V. *successio, divisio y frater*, Repertorio..., op. cit.

523.- *Tratado de sucesiones intestadas*, pag. 100, op. cit.

524.- Bardají, Ibañeta. *Comentarios in quatuor...*, l. 364 vº y 365.

Esta última cuestión, que después veremos Portolés enuncia y contesta en idénticos términos, parece introducir reglas de sucesión abintestato dentro de las consorciales. Si bien entiendo que esta solución, aunque basada por Bardají en doctrina romana, parece razonable, para no producir perjuicio a esos nietos. Entiendo así que acrecerían entre ellos, para y hasta, completar la parte que le correspondería a su padre si viviera, máxime hoy en día que la propia ley dice que la parte acrecida se considera como recibida del causante del consorcio.

Portolés⁵²³ con apoyo en los Fueros De *Communí dividundo*, y en la autoridad de Juan Perez de Patos, Bagés, Pertusa y Molino, afirma el acrecimiento consorcial a favor de los consortes sobrevivientes. Cita, al efecto, dos sentencias de 21 de enero de 1564 y de 18 de mayo de 1573.

Comienza Portolés el capítulo que dedica a este tema, poniendo de relieve que las reglas de la sucesión en bienes consorciales, son muy diferentes a las que rigen en la sucesión intestada, puesto que la sucesión en bienes libres se difiere por razón de grados de parentesco y cuando son varios los hermanos o consanguíneos existentes en el mismo grado, concurren en condiciones de igualdad.

En cambio, en la sucesión de bienes sujetos al consorcio, no todos los hermanos son llamados juntamente, sino que solamente son admitidos a suceder los que sean consortes. Cita a Patos, Pertusa, Bagés, Anión y Molino, además de los Fueros De *Communí dividundo*, el 1º, desde "Cum vero" y el 2º, además de las Observancias *Item, si frates (6')* y la *Item, sicut (14) De consorciis*.

El mecanismo consorcial lo explica Portolés aduciendo que en el derecho de acrecer no se sucede por ser más cercano en parentesco al difunto, sino que la razón a la que se atiende es a la proindivisión, y así se excluye a los que, siendo hermanos, y por lo

523 - *De Consorcio*, op. cit. Cap. XVI y XVII

tanto del mismo grado, no son consortes con el difunto. Para acrecer la parte del consorte muerto se necesita ser consortes y conjuntos en la misma cosa.

Por esta necesidad de ser consortes en la misma cosa, es por lo que, dice Portolés, serán admitidos al acrecimiento los nietos juntamente con los hijos, hermanos del difunto⁵²⁸. Con el fin de marcar más la diferencia en la sucesión consorcial con referencia a la intestada, Portolés señaló un supuesto, en el que, en virtud del acrecimiento, un sobrino del hermano predifunto excluye al hermano sobreviviente. La razón es que éste había sido desheredado por el padre causante del consorcio y por lo tanto no era consorte con el hermano premuerto, calidad que sí tenía ese sobrino, hijo de otro hermano-consorte fallecido anteriormente.

Portolés enumera un sinnúmero de supuestos con el fin de poner de manifiesto la necesidad de ser consorte con el fallecido para tener derecho de acrecimiento. No bastando, en consecuencia, tener la cualidad de consorte, pues si así se es, pero en otro bien u otro grupo de bienes, no se acrece.

Admite, pues, la posibilidad de existencia de varios consorcios formados con bienes heredados de los mismos ascendientes, pero los grupos consorciales se forman en cuanto a la proindivisión del bien o grupos de bienes, bien provenga esta indivisión de disposición del ascendiente o resulte de partición efectuada por los propios herederos.

Se deduce también de lo afirmado por Portolés que la cualidad de consorte es exigida al fallecer el consorte cuya parte va a ser acrecida.

Pero Portolés, si en este Capítulo, admite que pueden existir diferentes consorcios, teniendo en cuenta la titularidad plural sobre un bien o grupo de bienes, y, en consecuencia, la cuota se

528 - Aunque Marón traduce la palabra *hermanos*, por *hijos*, dice que son los sobrinos de esos hermanos del consorcio, que son nietos del causante del consorcio - por cuanto cita a Osb (1905) 5106 - [14].

acrecerá por los consortes que lo sean en el mismo bien o grupo de bienes. En otro lugar, por contra, sólo admite el acrecimiento entre los que han devenido al consorcio por el mismo título, es decir, que si en un mismo bien existen varios consortes (único presupuesto que aquí exige) pero unos han devenido a título de herencia y otros a título de legado, el acrecimiento se producirá sólo entre los herederos ó sólo entre los legatarios, siguiendo así la doctrina romanista de la *continuatio*.

Hemos visto la exposición de Portolés, referida a quien tiene derecho de acrecer, vamos a ver a continuación cómo se distribuye esa parte consorcial, si el acrecimiento es por partes iguales al número de consortes, o, si debe acrecer más, quien más parte tenga en ese consorcio: "No todos los consortes son llamados por iguales partes, sino que deberán ser admitidos según la porción que cada uno tenga", siendo la razón de esta desigualdad, dice Portolés²⁷, el hecho de que se recibe por acrecimiento, por cuanto no se acrece a título de persona, sino por la porción que cada uno tiene en el consorcio. "*In rebus consortio subjectis ad normam juris accrescendi succeditur*". Así, dice, los sobrinos acrecen la parte del tío consorte, porque lo hacen como lo haría su padre si viviera. Presentando el supuesto de ser uno de esos sobrinos consortes el que fallece, se pregunta, al igual que habíamos visto en Bardají, si serán admitidos los tíos consortes a acrecer juntamente con los hermanos del sobrino muerto, resolviendo, que no son admitidos los tíos consortes, sino que, en la porción consorcial del sobrino predefunto, acrecerán sólo los hermanos de éste, que sean consortes con él. Se remite Portolés, a Baldo de Ubaldis, a Bartolo de Sassoferrato y a Antonio Gómez.

La doctrina hasta ahora expuesta es unánimemente mantenida por los autores posteriores, excepto esta última conclusión que no la vemos mencionada por los autores clásicos que le siguen.

²⁷ Portolés, cap. 271 *De Consortibus*, op. cit.

Así Dieste⁵²⁸, analiza el acrecimiento consorcial, con gráficos de los supuestos planteados por Portolés y otros propios, siguiendo en todo momento a este autor.

Franco y Guillén⁵²⁹: "cuando concurren a acrecer en la parte de un consorte difunto algún hermano del mismo y sobrinos hijos del otro hermano muerto, todos acrecerán a la vez sin preferencia alguna, a diferencia de lo que sucede en la sucesión intestada. Pero ni en este caso ni en otro alguno acrecerán los consortes por igual, sino que cada uno acrecerá en proporción a la parte de bienes que ya tenía. "No gozan del derecho de acrecer, los hermanos que no sean consortes, en una misma finca, o en unos mismos bienes".

Al ser doctrina recibida, sin excepciones, no citamos más autores, pues todos están de acuerdo en los puntos que he señalado, de la necesidad de ser consortes del consorte muerto y de la proporcionalidad entre el acrecimiento y la cuota que se posee en el consorcio.

2.- En la regulación actual.

Continuando la tónica que he seguido para el Derecho histórico, veré, con referencia a la regulación actual, quien tiene derecho a acrecer, es decir, si basta para que opere el acrecimiento tener la cualidad de consorte o es necesario ser consorte en el mismo bien o grupo de bienes que lo haya sido el consorte muerto sin descendencia. También si se acrece por cabezas o en proporción a la cuota, y por último si esta regla opera en todos los supuestos o hay excepciones a la misma.

El acrecimiento en el consorcio opera hoy, al igual que en el régimen de los Fueros y Observancias, a favor de los consortes y, en principio, en proporción a la cuota que tengan en el mismo.

528.- Dieste, *Manual. Diccionario v. consorcio foral*.

529.- *Instituciones*, op. cit., art. 468.

El momento de determinar la cualidad de consorte ha de referirse, lógicamente, al instante del fallecimiento del consorte cuya cuota va a ser objeto de acrecimiento.

Ello es así por cuanto existe la posibilidad para los consortes de pedir la división del consorcio, o de poner fin a sus efectos mediante acuerdo unánime de los consortes sin división, o, la de apartarse uno o varios consortes del mismo mediante su división parcial. Por lo tanto cada consorte sólo adquiere su derecho al acrecimiento si existe, en cuanto tal consorte, al fallecer otro consorte sin descendencia, ¿Y sin disponer *mortis causa*?, pues es ese el momento en que se determina quien es consorte, y por lo tanto beneficiario del acrecimiento consorcial.

Consecuente con esto, quedarán excluidos del acrecimiento aquellos que, aún habiendo sido consortes con anterioridad, no lo fueran al fallecimiento del causante del acrecimiento. Esta pérdida de la cualidad de consorte no sólo puede venir producida por la división, o el acuerdo, antes señalado, sino también por venta judicial que los acreedores del consorte instasca. En este punto hay que señalar que este extraño que entrase en la comunidad que el consorcio representa, no adquiere la cualidad de consorte, sino que tendría la de un simple copropietario o participante de una comunidad de bienes, por cuanto, si bien el consorte pierde su condición de tal al serle enajenada su parte consorcial, el extraño adquirente de esos bienes, gana los mismos pero no sub entra en la cualidad de consorte. Así lo determina hoy la Ley de Sucesiones en su artículo 59 apartado 2. Y eso es así teniendo en cuenta que esta cualidad viene significada por dos notas esenciales, la proindivisión o comunidad y el parentesco exigido, por los fueros antes, y ahora, por la Ley. Además de esta razón por la que se excluiría al extraño, está la de que el título y la causa por el que adquiere ese extraño no es el exigido por los textos legales para que el consorcio pueda tener lugar.

Para tener derecho al acrecimiento es necesario, además de tener la cualidad jurídica de consorte, que se sea consorte en el

mismo bien o grupo de bienes que el consorte fallecido, cuya cuota consorcial se pretende acrecer.

Efectivamente es posible que, entre unos mismos descendientes de un ascendiente común, existan diversos consorcios forales, dada la posibilidad de adjudicación de bienes proindiviso a grupos de ellos. Y en este caso sólo acrecerán los que sean consortes en el mismo bien o grupo de bienes y no los que, aún teniendo la calidad de consortes y el mismo grado de parentesco, no pertenezcan al mismo consorcio que el consorte muerto.

Teniendo la cualidad de consorte en el mismo bien o grupo de bienes, es decir en el mismo consorcio, cada consorte acrecerá en proporción a su cuota consorcial sin preferencias de grado, ni proximidad de parentesco, dado que se acrece por cuotas y no por cabezas. De forma que si concurren a acrecer tíos con sobrinos, que representen a su padre muerto, éstos no pueden ser excluidos del acrecimiento en aras de la proximidad de parentesco que ostentan, con el consorte muerto, los hermanos consortes y así acrecerán estos sobrinos como acrecería su padre si viviera.

El profesor Lacruz,³² comentando el artículo 142 de la Compilación, entiende que el acrecimiento en proporción a la cuota consorcial que los consortes acrescentes posean, opera solamente: "cuando el bien sitio vinculado se ha recibido del padre por los hijos herederos o, en general, por sólo hermanos". Partiendo de la consideración de que dentro de cada consorcio hay tantos consorcios como grupos de hermanos y primos de hermanos se formen, considera que el acrecimiento se produce dentro de cada grupo familiar entre sí, dando entrada al parentesco para el acrecimiento de la cuota consorcial, más de acuerdo a las reglas de la sucesión intestada: "Hay tantos consorcios como grupos de hermanos y primos hermanos se formen: es posible que algún partícipe pertenezca a dos consorcios, en los cuales tendrá, respectivamente, los derechos que por su parentesco le corres-

330 - El consorcio foral, op. cit. págs. 335 y 350

pondan, teniendo en cuenta la preferencia de los hermanos sobre los primos hermanos para recibir íntegra la porción del hermano que fallece sin hijos".

De esta manera, dice: "si el bien se recibe del abuelo por nietos de distintas estirpes, o bien concurren hijos y nietos del atribuyente, se plantea el problema de si el acrecimiento se produce con arreglo a las normas de la sucesión intestada, dentro de las estirpes, y sólo a falta de ellas en favor de otros consortes, o bien favorece a todos los partícipes en estricta proporción a sus cuotas". Opta el profesor Lacruz por seguir, en el consorcio, el orden de la sucesión intestada, en base a considerar: "no sólo el mejor derecho sucesorio de los más próximos en grado y pertenecientes a la propia estirpe del que fallece (mejor derecho que se demuestra por la circunstancia de que si el fallecido hubiera tenido descendientes, éstos tendrían la preferencia), sino el hecho de que la vacancia de la cuota del fallecido no produce automática y necesariamente la expansión de todas las cuotas restantes en la total comunidad, pues no se expanden las de quienes, por su parentesco más lejano, no sean consortes o pertenezcan a otro consorcio".

Concluye el profesor Lacruz: "Por tanto, en el consorcio entre varios grupos de hermanos, en el cual los de cada grupo son primos hermanos de los restantes (abuelo que lega la finca a varias estirpes de nietos), el acrecimiento se produce dentro de cada grupo de hermanos y exclusivamente entre ellos. Concurriendo tíos con sobrinos, hijos de hermano muerto, estos acrecerán, por fallecimiento de uno de aquellos, con arreglo a las normas de la representación sucesoria; en cambio, si muere uno de estos sobrinos, acrecerán todos sus hermanos, con exclusión de los tíos mientras queden sobrinos. Instituidos por el ascendiente dos hermanos juntamente con los hijos de ambos, el fallo de uno de estos hijos acrecerá primero a sus propios hermanos y luego exclusivamente a su padre (a menos que se desprenda claramente lo contrario de la expresión de voluntad del instituyente".

Vemos que la postura propugnada por el profesor Lacruz, coincide básicamente con la opinión de Bardají y de Portolés (si bien este último autor también sostiene la proporcionalidad en el acrecimiento). Entiendo, ya lo he dicho comentando a Bardají, que esta solución, propugnada ahora por el profesor Lacruz, me parece razonable para no producir perjuicio a esos sobrinos, que al haber recibido por estirpes, tendrán que acrecer entre ellos, para así completar la parte que hubieran recibido de ser uno sólo.

La porción consorcial que, por efecto del acrecimiento, adquieren los consortes sigue en el consorcio, la razón es obvia, por cuanto no sale de él, no es una nueva adquisición sino expansión, por beneficio de la ley, de la que cada consorte tenía; los consortes adcrecentes no la heredan del consorte muerto, sino que trae su causa del causante del consorcio.

VII.- EXCEPCIONES AL ACRECIMIENTO CONSORCIAL.

Tanto en el Derecho histórico, como en la actualidad, este acrecimiento a favor de los consortes tiene excepciones, que pasamos a examinar.

1.- En el Derecho Histórico.

A. Existencia de descendientes.⁵³¹

a. En los Fueros y Observancias.

El acrecimiento establecido por el fuero a favor de los consortes tiene excepciones, la primera de ellas es el supuesto de que el consorte tenga, al ocurrir el fallecimiento, hijos u otros descendientes. Verdaderamente en los Fueros *De Comuni dividundo*, reguladores del consorcio, no aparecen los descendientes expresamente llamados. Llamamiento preferente que no se encuentra así:

⁵³¹ -Haciendo desarrollada el tema referente al derecho de los hijos en el Capítulo dedicado al elemento personal del consorcio, haré ahora solo unas breves indicaciones.

mismo en las diversas versiones conocidas del Derecho Aragonés de la época. Esta omisión de los Fueros *De communi dividundo*, es la tónica general en el Derecho Aragonés para la sucesión intestada. Al respecto Isáhal⁵³² dice que, la misma no es debida a que el legislador quisiera apartarlos de la sucesión de sus mayores, "cosa absurda en un pueblo tan sensato y de rectitud, tan notoria", sino que la causa de esta omisión fué que hubo de parecer innecesaria e inútil consignarla en la ley escrita, por cuanto se consideró como una obligación ineludible y espontánea.

Esta falta de disposiciones a favor de los descendientes en la sucesión intestada, la pone de manifiesto también el profesor Lacruz⁵³³ con las siguientes palabras: "no encontramos en los textos conocidos del Derecho Aragonés ninguna disposición defiriendo la herencia en primer lugar a los descendientes: sin duda porque nuestro Derecho escrito no constituía un sistema completo, y no parecía necesario advertir algo que se había practicado de siempre. No obstante, hay en este sentido un texto que hasta ahora no se conoce: una observancia de Pelegrín de Anzano, contenido en un manuscrito que se conserva en el Museo Británico de Londres".

El Obispo D. Vidal⁵³⁴, sin embargo, ya establecía esa preferencia de los descendientes, no sólo para los casos de sucesión en bienes consorciales, sino para lo que el obispo D. Vidal llama "sucesión en cosa partida" por oposición a la consorcial que dice "cosa non partida", o "part non partida", utilizada esta segunda expresión en otros pasajes. Al tratar del consorcio foral el Obispo D. Vidal, en el Título *Familia Herciscunde*, no menciona la existencia de hijos, como excepción al acrecimiento, sino que señala que el mismo se dará entre consortes salvo el supuesto de que el consorte fallecido fuera "profeso" por cuanto entonces sería el Monasterio y no los hermanos consortes el que acrecería.

532 - Isáhal, *Marcelano Exposición*, pag. 326 op. cit.

533 - Lacruz Herdino José Luis, "Derecho de sucesión por causa de muerte", B.C.A.Z., nº 26, 1 de julio de 1967, pag. 170 B.C.A.Z., pag. 170.

534 - *Vidal Mayo*, libro VI párrafo 18.

Que la presencia de hijos u otros descendientes impedía el acrecimiento a favor de los consortes, lo explica el Obispo D. Vidal en el parágrafo, "De successionibus ab intestato, es assaber: De los qui heredan et entran en los bienes d'aquellos qui mueren sin testament". En este pasaje, no sólo establece la posibilidad, impedida en otro caso, de que el consorte disponga *mortis causa* a favor de sus hijos, sino que establece, que, aún no haciéndolo, la parte del consorte, al fallecer, irá necesariamente para éstos. "... Et si alguno d'aquellos herederos o surteros qui recibieron aquella cosa non partida moriere, destinando o non destinando, ante que aquella cosa fuesse partida entre ellos con fermes et testigos, aquellos deven aver la su part que devía aver aqueill qui murió si la cosa fuesse partida ante que moriesse, et no otro ninguno de la hermandad o del parentesco, salvo si aqueill muerto oviesse fillos o otros qui descendiesen de su genoiſa, quar estos heredarían aqueill dreyto del muerto et no otro ninguno".

Las Observancias 11 y 12 *De consortibus ejusdem rei*, de la edición oficial, ya establecen claramente esta preferencia de los hijos o en general descendientes sobre los consortes, impidiendo, su existencia, el acrecimiento a favor de éstos.

b. Doctrina.

Jaime de Hospital, remitiéndose a los Fueros *De Comuni dividendo* afirma⁵²⁵, *Item defunctis genitoribus bona eorum sunt filiorum. Filii enim parentibus succedunt.*

En consecuencia con lo preceptuado en las Observancias *Item pone* (11) y *Sed pone* (12) los autores unánimemente han sostenido esta preferencia. Así Molino⁵²⁶ *unde sicut quando frater decedit cum filiis vel filio ante divisionem non accrescit consorti, sed filio.*

Portolés⁵²⁷ lo afirma igualmente, con cita de Bagés, Pertusa y Juan de Patos.

525.- *Coservancias*... T. *Familias Hereditariae* [4]. Lib. tertius. Titulus VII.

526.- *Repertorio*, ep. cl. V. abolentium.

527.- *Repertorio*, Jerónimo. *De consortibus*... ep. cl. cap. XV.

Portolés, afirma que los hijos suceden al padre en los bienes consorciales por sucesión intestada, pero esta afirmación, además de contradecirse con lo por él afirmado, en el sentido de que el padre consorte puede disponer *mortis causa* a favor de los hijos, y sostenido también por la doctrina, está basado en la Observancia 12, según él mismo manifiesta⁵³⁸ y también en Jaime de Hospital⁵³⁹, y este autor lo que dice al respecto, es que, dado que el padre-consorte dispuso en testamento de un parte de sus bienes consorciales a favor de extraño, ese testamento era ineficaz y debía considerarse, en consecuencia, la sucesión en esos bienes como intestada, según dictaminó el Justicia de Aragón Sancius Eximini de Ayerbe, "*quondam, tentat contrarium quod bene dicebat filia quod nullo modo poterat ordinare ante factam divisionem, et sic quod animado ab intestato successerat in illis bonis et legatarius nihil consequi posset*".

De todas formas el razonamiento de Portolés va encaminado a demostrar que los hijos, al recibir los bienes consorciales del padre, no los reciben por acrecimiento sino por título hereditario. Se apoya Portolés para esta afirmación en la Observancia 6^a que solamente habla de consortes y así, dice, no pueden recibir por acrecimiento los hijos, porque no eran consortes.

Sin embargo omite la Observancia *Item, sicut* (14), que, aunque verdaderamente no tiene un texto muy claro⁵⁴⁰, el mismo Portolés, en el capítulo I, dice, basándose en ella y en la autoridad de Pertusa y Bagés: "Puede afirmarse que siempre que el hijo sucede al padre, lo hace con el mismo derecho, cualidad y prerrogativa en que estaba cuando vivía: es así que el padre estaba en consorcio con sus hermanos y con sus tíos en vida, luego en el mismo consorcio está el hijo que le sucede, como opina Pertusa aduciendo nominalmen-

538 - De consoribus . op. cit. , pág. 73

539 - Hospita. Jaime de. Observancias... De consoribus . Obs. 121).

540. Obs. 14 - Item sicut quando fratres faciunt hereditatem indivisam, unus eorum non potest alienare partem suam alteri. Ita similiter est in consoribus si mortuo habet partem eorum, nepotes possident dictas hereditates indivisas quia non possunt per fratres superiores, nec per eos, donec deesse fuerit.

te esta razón en las citadas Observancias Sed pone (12) y en la Item, sicut (14), tit De consortibus". Explica Portolés con profusión de ejemplos, que los hijos al suceder al padre ingresan en el consorcio. Tenemos así que, Portolés, aun reconociendo que los hijos, al suceder al padre consorte lo hacen por título hereditario, considera que se subrogan en la cualidad de consorte que el padre tenía y subentran en el consorcio.

En definitiva, aunque la doctrina del Derecho histórico emplea la palabra "heredar" para referirse a la adquisición efectuada por los hijos del padre consorte y "acrecer" cuando son los hermanos los que adquieren esa parte, sin embargo, todos coinciden en que adquiridos los bienes consorciales por los hijos, éstos devienen consortes.

B. Sustituto nombrado por el causante del consorcio.

En el Derecho histórico se admitió, como excepción al acrecimiento por los consortes, el supuesto de que el consorte fallecido tuviera nombrado sustituto, considerando que en ese supuesto la parte del consorte muerto no acrecería a los otros consortes sino que sucedería en ella el sustituto nombrado por el causante del consorcio.

Este sustituto que podía nombrar el causante del consorcio se entiende que tenía que ser entre sus propios descendientes, con lo que no venía a introducir personas extrañas al consorcio sino que afectaba a la proporcionalidad del acrecimiento, en el sentido de que, si el sustituto era un consorte, la cuota del consorte muerto era toda para él sin distribuirse en proporcionalidad a las cuotas de todos los consortes, y si la sustitución era establecida a favor de un hijo del consorte muerto afectaba a los hermanos de éste, si los tuviere, por cuanto ellos no tendrían derecho a suceder a su padre en la parte consorcial.

Esta excepción al acrecimiento, recogida por Portolés⁴², no parecen mencionarla los autores anteriores, aunque sí la recoge la

⁴² 541. Portolés, cap. XVII.

doctrina posterior, que lo hace sin los condicionantes que había puesto este forista. Así, Franco y Guillén⁵⁴² que con cita de Portolés, dicen: "cesa el derecho de acrecer: 2. cuando el que muere tenga nombrado sustituto por aquel de quien heredó los bienes; pues en este caso le sucederá el sustituto con preferencia a los consortes".

Gutierrez⁵⁴³ la recoge igualmente con cita de Franco y Guillén.

Martón y Santa Pau⁵⁴⁴ explican esta preferencia en el sentido que he arriba indicado, es decir, que la sustitución se limita a un diferente reparto de la cuota consorcial. Así dicen: "únicamente el hermano sustituido en la porción en que se hizo la sustitución, debe suceder con exclusión de los demás hermanos consortes: por lo tanto, si después que un padre instituyó a sus hijos por partes iguales, dispusiere que la porción de su hijo primogénito, muriendo sin hijos, vaya al segundogénito, en tal caso, cumpliéndose esta condición y muriendo el primogénito sin hijos y antes de proceder a la división, su parte irá al segundogénito sustituido, con exclusión de sus consortes".

También recoge esta excepción el autor de Legislación Foral, Biblioteca Judicial⁵⁴⁵. No, en cambio Naval y De la Peña.

Esta excepción lo que pone de manifiesto, a mi entender, es la disponibilidad del vínculo por el causante del consorcio, por cuanto prevalece su voluntad sobre las disposiciones del fuero, en orden al destino de los bienes.

2.- Excepciones al acrecimiento en la Compilación y en la regulación actual.

A. La existencia de descendientes.

En la regulación que la Compilación hacia del consorcio aparece, al igual que se entendió en el Derecho histórico, que teniendo

542 - Franco y Guillén, *Instituciones*, pág. 230 art. 471 Z

543 - *Códigos*, T VII, pág. 44B.

544 - *Devergo y Jurisprudencia de Aragón*, op. cit., pág. 620

545 - *Biblioteca Judicial Legislación Foral*, 1808 pág. 234

hijos el consorte, no tiene efecto el acrecimiento a favor de los otros consortes.

Veíamos, al tratar antes la cuestión, que la doctrina referida a la Compilación parecía considerar que los hijos o, en general, descendientes, al recibir los bienes consorciales de su padre consorte, por título hereditario y no por acrecimiento, no adquirirían la cualidad de consortes en el mismo consorcio y que se presentaba la duda de si los hijos reciben los bienes del padre o bien del ascendiente causante del mismo.

El profesor Lacruz²⁸ presentaba las dos opciones, aunque parecía decidirse por la solución de considerar que los hijos reciben a título hereditario, pero sin afirmarlo rotundamente.

Así dice: "dadas las facultades de disposición del padre o abuelo consorte entre los descendientes y la de pedir la división, el caso se aproxima un tanto al de ordenación preventiva del abintestato", y conforme a esto, considera que los hijos o nietos recibirían unos bienes que si bien su padre o abuelo no podía enajenar, eran ya de éste y los recibirían de él. Encontrando base para esta posición en la propia dición del art. 142 que parece referir el acrecimiento sólo a los consortes. En el caso de que el consorte tenga descendencia, dice el profesor: "parece que el citado artículo, se limite a prohibir la disposición *inter vivos* y la *mortis causa* fuera del círculo de descendientes, pero sin ordenar el destino de los bienes, confiándola, por tanto, a las normas de la sucesión intestada (o, en su caso la testamentaria) sucesión que habrá de tener lugar en relación al patrimonio del último titular (pro parte) de los bienes consorciales"

Aceptando esta tesis, dice el profesor, los herederos del consorte muerto no entrarían en el consorcio, pues ya no traerían causa del causante del consorcio, ni habían adquirido de un ascendiente común a los otros consortes, como consecuencia: "la participación heredada se liberaría del vínculo consorcial y, por tanto, ni la desaparición ulterior de otro de tales antiguos consor-

²⁸ 546 · *Consejo Foral*, no. c. r., pág. 316.

tes favorecería a aquellos hijos o nietos herederos del primeramente fallecido, ni estos hijos o nietos comunicarían su cuota, caso de fallecer sin descendencia, a los consortes de su padre o abuelo, sin perjuicio de constituir consorcio entre ellos, es decir, con sus hermanos o primos coherederos de la cuota”.

Si el profesor Lacruz presentaba esta tesis dubitativamente, pero sin una toma de posición absoluta a favor de la misma, Merino⁵⁷ parece abrazarla abiertamente, y así, ante la pregunta de si los descendientes del consorte fallecido sucederán en la posición jurídica de consorte, dice, “creo que la solución en todo caso ha de ser negativa”.

La razón esencialmente aducida por el notario Merino es que había cambiado el título de adquisición y la causa del mismo. A más de que con la sucesión efectuada los sucesores no tendrían, en ciertos casos, el parentesco de “hermanos e hijos de hermanos”, que el art. 142 exigía. Esto último para el supuesto de que la sucesión se efectúe de un “hijo de hermano”, por cuanto si la sucesión es de un “hermano” del primitivo consorcio, y a favor de hijos, en este caso, estimaba que, aún dándose la relación de parentesco que la Compilación exige, tampoco sería posible subentrar en el consorcio, debido al diferente título adquisitivo de unos y otros.

Estas posturas no están de acuerdo con el Derecho histórico por cuanto en él, como hemos visto, continuaban los descendientes formando parte del consorcio, ni parece estarlo con la sustitución fideicomisaria admitida, en principio, por ambos, como mecanismo consorcial, por cuanto en la sustitución fideicomisaria con condición “*si sine liberis decesserit*”, los hijos puestos en condición, son asimismo sustitutos fideicomisarios del padre consorte, al igual que los consortes, si no hubiera tenido descendencia el consorte.

Por otra parte se supone que esos hijos o nietos que suceden al consorte siguen en la indivisión (pues en otro caso no hay problema) con los consortes, lo que obliga a hacer unas construcciones

547 - El consorcio formal, op. cit., pag. 57

de consorcio dentro de consorcio que complica extraordinariamente la figura, o, como sostiene Merino, una comunidad ordinaria entre estos sucesores del consorcio.

Mi postura⁵⁴⁸ al respecto difería de la mantenida por el profesor Lacruz y Merino, por cuanto, ya conforme a la Compilación, yo estimaba que la exigencia del vínculo de hermanos e hijos de hermanos, operaba sólo para el consorcio *ab initio*, y no para las sucesivas modificaciones subjetivas del consorcio, si éstas eran acordes con la regulación legal, y ello por cuanto estimaba que al suceder los hijos en los bienes consorciales del padre consorte adquirían la cualidad de consortes, como ocurría en el Derecho histórico. Fundamentaba esta postura, principalmente, por entender que, en otro caso, debía estar previsto en el artículo 142, como extinción del consorcio, la muerte del consorte. Y no siendo ésto así, no encontraba razón para excluir a los hijos del consorcio.

Esta subrogación en la cualidad de consortes que opera a favor de los descendientes del ascendiente consorte rige igual tanto si la sucesión en la cuota consorcial se debe a suceder aquellos por actos *inter vivos* como si la sucesión ocurre *mortis causa*.

Por otra parte, siempre se entendió, y la cuestión operaba como ratio de la figura, que la existencia de descendientes excluía el acrecimiento consorcial, dado que se estimaba que los bienes consorciales estaban destinados a los hijos (o en general descendientes). El legislador de la Ley de Sucesiones vigente al permitir que los consortes puedan disponer *mortis causa* a favor, no sólo de sus descendientes, sino también a favor de consortes, sin distinguir, en este caso, si el consorte disponente tiene o no descendencia, da lugar, a que, teniéndola, disponga *mortis causa* a favor de consorte, excluyendo así a sus descendientes de la sucesión en los bienes consorciales. Realmente nunca funcionó así.

A pesar de las consideraciones anteriores, no me parece mala medida por parte del legislador esta ampliación del poder dispo-

548. Sánchez-Friera. *El consorcio legal en el Derecho Civil Aragonés*, pag. 177 y ss.

sitivo del consorte, sino que, por contra, estimo puede ser beneficiosa, en determinados casos, para la continuidad de la empresa familiar consorcial.

La disposición *mortis causa* de un consorte sin descendencia opera como excepción al acrecimiento de los demás consortes? El art. 59.1 de la Ley de Sucesiones, permite a los consortes disponer *mortis causa* a favor de otro consorte (¿Quiso el legislador al emplear el singular referirse a la calidad mas que a la cantidad del destinatario?). Al no hacer distinción la Ley entre consorte con descendencia y consorte carente de ella se origina un conflicto entre dos normas del propio consorcio foral ¿Cuál prevalece? ¿la contenida en el apartado 1. del art. 59 (permisión de disposición *mortis causa* a favor de consorte, o la contenida en el apartado 3. del mismo artículo: "si un consorte muere sin descendencia su parte acrece a los demás consortes"? difícil dilema y fuente de serios problemas. Hubiera sido deseable una manifestación al respecto en vez de dejar la cuestión inmersa en el campo interpretativo.

B. Existencia de sustituto nombrado por el causante del consorcio.

En cuanto a la posibilidad, admitida en el Derecho histórico, de que el causante del consorcio pueda gravar con sustitución a un hijo, futuro consorte, también es admitido por el profesor Lacruz⁵⁴⁹ como excepción al acrecimiento de los otros consortes. Opinión que comparto si bien habrá que tener en cuenta, si esos bienes consorciales se dan como pago de legítima, lo dispuesto para ella en los artículos 171 y siguientes de la Ley de Sucesiones.

C. El recubro de liberalidades como excepción al acrecimiento consorcial.

El apartado 3. del art. 59 de la Ley de Sucesiones señala, como excepción al acrecimiento, el recubro de liberalidades. Una buena disposición del legislador por varias razones. El derogado art. 142

⁵⁴⁹ - *El consorcio foral*, op. cit., pág. 337.

de la Compilación, guardaba silencio al respecto, lo que motivó divergencias doctrinales, no sólo sobre la preferencia de estos dos derechos (recobro y acrecimiento) sino también sobre el nacimiento del consorcio en el supuesto de existir la posibilidad de recobro.

Los artículos 209 y 210 de la Ley de Sucesiones regulan el recobro de liberalidades y en ellos se preceptúa que: "los ascendientes o hermanos de quien fallece sin pacto o testamento y sin descendencia recobran, si les sobreviven, los mismos bienes que hubieran donado a éste y que aún existan en el caudal". Y también: El recobro de los hermanos, en los casos en que proceda la sustitución legal, pasará a sus hijos o nietos". El artículo 210 prevé el recobro para el caso de existir descendientes, cuando todos éstos fallecen, sin dejar descendencia ni haber dispuesto de dichos bienes, antes que la persona con derecho a tal recobro.

Teniendo en cuenta que el consorcio se forma al recibir hermanos o hijos de hermanos bienes de un ascendiente por donación, hubiera podido surgir, cuando premorúa un donatario consorte sin descendencia al ascendiente donante, un conflicto. Hoy ya no existe tal posibilidad por cuanto el legislador ha establecido, acertadamente en mi opinión, la preferencia del recobro de liberalidades sobre el acrecimiento.

En consecuencia, si un consorte fallece sin descendencia y sin disponer *mortis causa* a favor de otro consorte, sus ascendientes, si le sobreviven, recobran los bienes que le hubieran donado y que aún existan en el caudal. También, si un hermano consorte hubiera donado a otro consorte hermano bienes consorciales y muriere el consorte donatario antes que el consorte donante, y bajo las condiciones antedichas, el consorte donante recobra los bienes donados, si existen en el caudal. En este caso no sólo recobra la donación el hermano donante sino que procediendo la sustitución legal el derecho a recobrar pasaría a los hijos o nietos del hermano donante.

VIII.- EL ACRECIMIENTO CONSORCIAL Y LA VIUDEDAD ARAGONESA.

Como dice el profesor Lacruz "algunos de los problemas que plantea el fallecimiento de un consorte tienen la misma solución en presencia o en ausencia de hijos".

En efecto, ocurrido el fallecimiento de un consorte, una cuestión importante que se plantea, en el supuesto de que el mismo estuviere casado, es, si sobre los bienes consorciales podrá el cónyuge superviviente tener viudedad, toda vez que la Compilación al regular esta institución de la viudedad determina: art. 76, "Los inmuebles por naturaleza y los muebles como sitios del número 1º del artículo 39 quedan afectos al derecho expectante de viudedad en el momento de ingresar en el patrimonio común o en los privativos" y en el art. 79: "El fallecimiento de un cónyuge atribuye al sobreviviente con derecho expectante el de usufructo sobre los bienes afectos y, desde ese momento, su posesión"

1.- Origen y caracteres del derecho de viudedad.

Este instituto de la viudedad, cuya antigüedad legislativa parece datar de la Compilación de Huesca de 1247, pero que su constatación en documentos es muy anterior a esa fecha⁵⁵⁰, aparece en el Derecho aragonés, como pone de manifiesto el profesor Delgado Echeverría⁵⁵¹, como una derivación de la comunidad continuada, montada sobre ésta y la institución de las arras, es acaso la institución del Derecho aragonés más venerada y admirada. "Ya se ve cuán considerable es la antigüedad, en Aragón, de esta institución, la más amada del país, la que más motivos dá para noble orgullo de propios y sincera admiración de extraños: ella fortifica la autoridad natural paterna y mantiene la cohesión de la familia, a cambio de pequeños inconvenientes económicos que no

550. Véase Lacruz Bardele. *El régimen matrimonial en los Fueros de Aragón*. ADA. 1946, pag. 120 y 88.

551. Delgado Echeverría, Jesús. *La comunidad conyugal continuada en el Apéndice Aragonés*. Zaragoza 1966. pag. 225.

siempre existen y nunca tienen valor apreciable en comparación con las ventajas que la hermosa institución reporta". Así decía Isábal⁵⁵² de la viudedad foral aragonesa. Si bien, como hace notar el Profesor Delgado, "parte del prestigio que siempre ha gozado la viudedad en Aragón se debe a la falsa creencia en su extrema vetustez, haciéndola remontarse a la fabulosa creación del reino de Aragón en San Juan de la Peña".

No voy a hacer un estudio histórico de la institución, pero sí exponer los caracteres de la misma con el fin de ver si nos ayudan a enfocar el tema presente, por cuanto la Ley de sucesiones no hace mención de este derecho al regular la figura del consorcio foral.

Tanto el profesor Lacruz⁵⁵³ como el profesor Delgado Echeverría⁵⁵⁴ han puesto de manifiesto estos caracteres diciendo que el derecho de viudedad es un derecho de naturaleza familiar, perteneciente por lo tanto al campo de derecho de familia y no al derecho sucesorio. En el mismo sentido se expresa el profesor Sancho Rebullida⁵⁵⁵.

La asignación de este carácter deriva de distintas causas. Por un lado, de su origen, ya que desciende de la institución de las arras, aportación matrimonial, y de la continuación de la comunidad entre cónyuges.

De otra parte, históricamente, se ha regulado siempre como derecho de familia; ni los Fueros y Observancias, ni la doctrina, han atribuido a la viudedad consecuencia alguna de derecho de sucesiones, ni han suplido sus lagunas con las normas que rigen la herencia. Tampoco institucionalmente, dice el profesor Lacruz, es concebible la viudedad, tal como viene regulada en el Derecho ara-

552 - Isábal, *Exposición y Comentario* - 1926, pag. 517, ap. cit.

553 - Lacruz Berdejo, José Luis. "Sobre algunos caracteres del Derecho de viudedad, ADA 1946, pag. 392.

554 - Delgado Echeverría, Jesús - *El Derecho Aragonés*, aportación jurídica a una encuesta regional, pag. 126.

555 - Sancho Rebullida, Francisco de Asís - *La viudedad Aragonesa* en ADA, V II - 1955-56.

gonés histórico y vigente, como un derecho sucesorio. No es una sucesión a título de heredero pues no depende de la voluntad del causante, siendo preferente al derecho de los legitimarios. Es el derecho de viudedad, respecto a los herederos, un gravámen con que éstos reciben sus bienes. Resalta el profesor Lacruz, el carácter oneroso de esta institución, por cuanto es un derecho atribuido al cónyuge por la ley como parte de los que le competen a causa del régimen de bienes del matrimonio, y por consiguiente, adquirido a título oneroso: es una ventaja matrimonial no una donación. Siendo su finalidad principal, como pone de manifiesto el profesor Delgado⁵⁵⁶, la continuidad del grupo familiar y subordinadamente, también la de proporcionar al viudo una posición económica equivalente a la que le era propia en vida de su cónyuge.

El derecho de viudedad lo atribuye la celebración del matrimonio y así existe siempre que el mismo (el matrimonio) se rija por el Derecho Aragonés.

No todos los autores han sido unánimes en calificar este derecho como perteneciente al campo de derecho de familia, ya que entre otros Franco y López⁵⁵⁷ consideró al viudo como heredero forzoso del cónyuge premuerto. La exposición de motivos de la Ley 15/1967 de 8 de abril y alguna sentencia, han puesto de manifiesto las concomitancias parciales existentes entre el derecho de viudedad y los derechos de naturaleza sucesoria, basándose en que, si bien el derecho se inicia con el matrimonio, en fase de expectante, es con el fallecimiento de cualquiera de los cónyuges cuando se formaliza y adquiere eficacia.

2.- El cónyuge sobreviviente ¿ha de tener viudedad sobre la cuota consorcial?

Teniendo en cuenta los caracteres señalados vamos a estudiar el tema a tratar: ¿tiene el cónyuge superviviente viudedad sobre la

556 - Delgado F.cheverría, Jesús. *El Derecho Aragonés*, pag. 126, op. cit.

557 - Franco y López - *Principios del Derecho* - (arts. 65 y 66 respectivamente)

parte de bienes consorciales del cónyuge premuerto? Entiendo que la cuestión surge igual para el caso de morir el consorte con descendencia que sin ella. Así hemos visto opinaba también el profesor Lacruz, si bien Merino, opuestamente, entiende que el problema solamente surge ante el supuesto de ausencia de descendencia.

En primer lugar, y antes de examinar la problemática en la regulación actual, veremos cómo se resolvió en el Derecho histórico esta viudedad sobre bienes consorciales.

A. En el Derecho histórico.

Como pone de manifiesto la doctrina, la primera regulación legal del derecho de viudedad fué en el Fuero *De iure dotium* de la Compilación de Huesca, que estableció el derecho de usufructo a favor del cónyuge supérstite sobre los bienes del cónyuge difunto⁵⁵⁸. Con este Fuero, se introduce en el Derecho aragonés un principio nuevo: el de conservación, en todo caso, por la viuda, de los bienes que hubo juntamente con el marido, tanto los comunes al matrimonio como los privativos⁵⁵⁹.

Este Fuero atribuye el derecho únicamente a la viuda, sin embargo el Obispo D. Vidal⁵⁶⁰ ya hace extensivo este derecho a ambos cónyuges. Así cuando dice, comentando el Fuero *De iure dotium*: Del drejto de las arras. "Et es asaber empero que cada uno, el marido o la muiller, de quoaquiere condition que sea, ha uso de los fruitos en los bienes *non movibles* del su marido que morió o de la su muiller que morió, en todo su tiempo de su vida, empero tan ayna como otro marido tomare o aillenare alguna cosa d'aqueillas cosas, deve perder luego, salvo los fruitos d'aqueill tiempo que deve aver. Otrosi, si la muiller, el su marido muerto, oviere mani-

558.-Fuero 1º De iure dotium - Defuncto viro, uxor vidua, licet ab eo filios habuerit, omnia que simul habuerint possidebit; ea tamen vidua existente. Et licet non accipiant virum, si manifeste tenuerit fornicatorem, vel adulterum, amittat viduitatem, et dotes, ac si dixisset virum.

559.- Sancho Rebullida, Francisco de Asis. "La viudedad *foral*" ADA VIII, pag. 27.

560.- Vidal Mayor, libro IV, párrafo 3.

festament alguno adulterio o qui faga fornicio con eilla, luego deve perder todos los bienes de su viudage⁵⁶¹.

También se pone de manifiesto en este pasaje del Vidal Mayor otra diferencia con respecto al Fuero *De iure dotium*, por cuanto el Fuero, como pone de manifiesto el profesor Sancto Rebullida⁵⁶², no limita la viudedad a los bienes sitos, sino que, con la expresión: "*omnia quae simul haberant possidebit*" parece referirse a toda clase de bienes. Y el Obispo D. Vidal limita la viudedad a los inmuebles, pues no sólo en el pasaje citado anteriormente consta así expresamente, sino que el obispo D. Vidal continúa: "Empero las cosas movibles, de que el marido moriere deven ser partidas entre eilla et sus fillos, de tal guisa que eilla aya sus vestidos y aqueillos afeitamientos...", explicando el Obispo a continuación qué puede sacar como ventajas antes de partir con los hijos. Con lo que se distingue así el régimen de viudedad del de la sociedad conyugal continuada. Si se dividen los muebles y se usufructúan los inmuebles estaremos ante el instituto de la viudedad y cuando no haya división de los bienes muebles entre los hijos y la madre, ante la sociedad conyugal prorrogada.

Coincide por lo tanto la regulación que de la viudedad hace el Vidal Mayor con el texto de las Observancias del manuscrito de Londres, citadas por el profesor Lacruz⁵⁶³ y cuyo origen sitúa en la segunda mitad del siglo XIII. En ambos, la viudedad alcanza igual al marido que a la mujer y recae solamente sobre los bienes inmuebles.

561. - Que este derecho a los hijos de que habla D. Vidal era un derecho de usufructo lo explica el mismo en el libro IV párrafo 42: si explicari d'erecho de usufructo y las things de adquisicion del mismo dice: "que el maraella por la muerte del marido o de la mujer se que usufructo por esa hora al que loqua vivo".

562. Sancto Rebullida - La ciudadad Aragonesa, pag. 29 ADA 9).

563. Lacruz Berdejo, Jose Luis. El régimen... A D A., 1945, págs. 133-131. Fragmento de las Observancias in Aragónia exiri rebus mariti, tam in adquisitis, tempore contractu matrimonii quam adquirendis durante matrimonio haberi viduatem et contra. Sed tamen tenetur uxori sive re debita et vel deservire viduatem. Item de mobilibus nec haberi viduatem, quod nihilia omnia que habentur in vel exi tempore contractu matrimonii vel postea durante matrimonio sunt communia et in uxoris et mariti a loro congrui sicut duntaxat nec conuge que permittit et heredes et inanimissares defuncti". También coincide esta Dos. con el Vidal, en cuanto a la responsabilidad por deudas del marido y perder en esos bienes la viudedad, aunque D. Vidal no refiere al marido (pag. 382 Vidal Mayor).

Tenemos, en consecuencia, que desde los Fueros de 1247, el cónyuge superviviente tenía viudedad sobre los bienes inmuebles que habían pertenecido al cónyuge muerto. La cuestión que nos interesa es ¿quedaban excluidos de esta viudedad los bienes que el cónyuge fallecido hubiera tenido en régimen de consorcio?

Los bienes consorciales implicaban, ciertamente, una relativa vinculación, siquiera sea ésta temporal, por cuanto está sujeta a la voluntad de los consortes, al poder poner fin a la misma por la división de la comunidad, hoy también por pacto de todos los consortes dando fin a los efectos del consorcio sin dividir la comunidad consorcial.

Esta vinculación es la que parece oponerse, en principio, al derecho de usufructo viudal sobre los mismos.

En el Derecho histórico, Molino⁵⁶⁴ resolvió en sentido afirmativo la cuestión, entendiendo que los bienes consorciales sí estaban sujetos a usufructo del cónyuge superviviente, "*quod sicut in hoc regno receptum est, merito licere in rebus vinculatibus viduitatem uxore constituere, ita quoque receptum est, eidem marito licere, uxori suae in rebus consortio suppositis viduitatem constituere, quia utroque casu par ratio militat, et quod propterea utroque casu idem ius observandum est*". Adoptando, en consecuencia, respecto a estos bienes el criterio que mantenía para los bienes vinculados en general, respecto a los cuales, Molino, aún reconociendo la fuerte limitación que en el dominio supone la imposibilidad de enajenar, y, que la viudedad en ellos comporta perjuicio de tercero y que, por tanto, no debiera existir viudedad legal y ni aún convencional en ellos, sin embargo, afirma que por práctica y costumbre del reino, en Aragón tiene lugar el derecho de viudedad también en los bienes vinculados. Recoge Molino, en apoyo de su afirmación, diversas resoluciones del Justicia y también la opinión de Juan Pérez de Patos favorable a esta admisión, por entender éste, que debía aplicarse en este punto el favor matrimonii, ya que, dice, si no hubiera viudedad en

564.- *Repertorio...*, v. viduitas, folios 33/332 y 332 v.

ellos se retraerían muchos matrimonios. También por entender que la viudedad no supone enajenación de tales bienes.

Molino, admite, pues, la constitución de viudedad en los bienes sujetos a consorcio, por cuanto estima que en éstos y en los bienes sujetos a vínculo milita la misma razón y por lo tanto, en ambos se debe observar el mismo derecho.

En el mismo sentido se manifiesta Portolés⁵⁶⁵ quien cita la autoridad de Molino, como referencia de su admisión, y así, dice: *consors ante divisionem uxori suae in rebus consortio suppositis viduitatem seu si mavis usumfructum constituere et promittere potest*. Afirmando Portolés que se puede conceder en testamento cuando no se ha renunciado expresamente a ella en capítulos matrimoniales.

Franco de Villalba⁵⁶⁶ presenta la cuestión con un interrogante y remite a Portolés y Anión, lo que puede interpretarse como que participa de su criterio. Cita también una decisión de su preceptor D. Reg. Blanco que según Franco de Villalba estimó que en los bienes consorciales sí recaía el derecho de viudedad.

La doctrina posterior parece omitir este tema, por entender quizá, que su régimen seguía la suerte de los vinculados, ya que sobre éstos la doctrina sentada por Molino y Portolés fué recogida, casi unánimemente, por los autores posteriores. Lo que sí se observa, es que no citan los bienes consorciales entre los excluidos de este derecho. Omisión que parece abonar la tesis de su aceptación.

Franco y Guillén⁵⁶⁷, estiman, al igual que anteriormente hicieron Molino, Portolés y Franco de Villalba, que el cónyuge supérstite tiene viudedad sobre los bienes consorciales, afirmando: "los efectos del consorcio foral no tienen lugar en perjuicio del derecho de viudedad constituido por Fuero". En el mismo sentido se

565.-Portolés. *Tractatus De Consortibus...*, cap XLVI.

566.-Franco de Villalba - *Fororum* - op. cit. pag. 358.

567.-Franco y Guillén - *Instituciones*, art. 471.

Tenemos, en consecuencia, que desde los Fueros de 1247, el cónyuge superviviente tenía viudedad sobre los bienes inmuebles que habían pertenecido al cónyuge muerto. La cuestión que nos interesa es ¿quedaban excluidos de esta viudedad los bienes que el cónyuge fallecido hubiera tenido en régimen de consorcio?

Los bienes consorciales implicaban, ciertamente, una relativa vinculación, siquiera sea ésta temporal, por cuanto está sujeta a la voluntad de los consortes, al poder poner fin a la misma por la división de la comunidad, hoy también por pacto de todos los consortes dando fin a los efectos del consorcio sin dividir la comunidad consorcial.

Esta vinculación es la que parece oponerse, en principio, al derecho de usufructo viudal sobre los mismos.

En el Derecho histórico, Molino²⁴ resolvió en sentido afirmativo la cuestión, entendiéndolo que los bienes consorciales sí estaban sujetos a usufructo del cónyuge superviviente, "*quod sicut in hoc regno receptum est, merito licere in rebus vincularis viduitatem uxore constituere, ita quoque receptum est, eidem marito licere, uxori suae in rebus consortia suppositis viduitatem constituere, quia utroque casu par ratio militat, et quod propterea utroque casu idem ius observandum est*". Adoptando, en consecuencia, respecto a estos bienes el criterio que mantenía para los bienes vinculados en general, respecto a los cuales, Molino, aún reconociendo la fuerte limitación que en el dominio supone la imposibilidad de enajenar, y que la viudedad en ellos comporta perjuicio de tercero y que, por tanto, no debiera existir viudedad legal y ni aún convencional en ellos, sin embargo, afirma que por práctica y costumbre del reino, en Aragón tiene lugar el derecho de viudedad también en los bienes vinculados. Recoge Molino, en apoyo de su afirmación, diversas resoluciones del Justicia y también la opinión de Juan Pérez de Patos favorable a esta admisión, por entender éste, que debía aplicarse en este punto el favor matrimonii, ya que, dice, si no hubiera viudedad en

244 - *Repertorio* v. viduitas, folios 33392 y 332 v.

ellos se retraerían muchos matrimonios. También por entender que la viudedad no supone enajenación de tales bienes.

Molino, admite, pues, la constitución de viudedad en los bienes sujetos a consorcio, por cuanto estima que en éstos y en los bienes sujetos a vínculo milita la misma razón y por lo tanto, en ambos se debe observar el mismo derecho.

En el mismo sentido se manifiesta Portolés⁵⁶⁵ quien cita la autoridad de Molino, como referencia de su admisión, y así, dice: *consors ante divisionem uxori suae in rebus consortio suppositis viduitatem seu si minus usufructum constituere et promittere potest*. Afirmando Portolés que se puede conceder en testamento cuando no se ha renunciado expresamente a ella en capítulos matrimoniales.

Franco de Villalba⁵⁶⁶ presenta la cuestión con un interrogante y remite a Portolés y Anión, lo que puede interpretarse como que participa de su criterio. Cita también una decisión de su preceptor D. Reg. Blanco que según Franco de Villalba estimó que en los bienes consorciales sí recaía el derecho de viudedad.

La doctrina posterior parece omitir este tema, por entender quizá, que su régimen seguía la suerte de los vinculados, ya que sobre éstos la doctrina sentada por Molino y Portolés fue recogida, casi unánimemente, por los autores posteriores. Lo que sí se observa, es que no citan los bienes consorciales entre los excluidos de este derecho. Omisión que parece abonar la tesis de su aceptación.

Franco y Guillén⁵⁶⁷, estiman, al igual que anteriormente hicieron Molino, Portolés y Franco de Villalba, que el cónyuge superviviente tiene viudedad sobre los bienes consorciales, afirmando: "los efectos del consorcio foral no tienen lugar en perjuicio del derecho de viudedad constituido por Fuero". En el mismo sentido se

565 - Portolés - *Tratado de Consorcios...*, cap XLVI

566 - Franco de Villalba - *Fuero de...* - op. cit. pag. 358

567 - Franco y Guillén - *Instituciones* art. 471.

expresa el autor de la Biblioteca judicial⁵⁶⁶ diciendo: "cuando se perjudicaren los derechos de viudedad, que quedarán siempre a salvo".

La misma postura adopta Martín Costea⁵⁶⁷ citando las palabras de Franco y Guillén.

B. Jurisprudencia.

En cuanto a la jurisprudencia no conozco sentencia alguna que trate este supuesto, y si bien éstas han sido relativamente abundantes en viudedad sobre bienes vinculados y en bienes sujetos a sustitución o reversión, ninguna contempla el supuesto especial de bienes consorciales.

Sobre los bienes vinculados fué admitido, como criterio general por la jurisprudencia, la viudedad del cónyuge superviviente, y en este sentido se expresaron las sentencias de la Audiencia de Zaragoza de 8 de julio y 24 de octubre de 1857 y en la de 27 de Noviembre de 1863, confirmada ésta por el Tribunal Supremo en Sentencia de 12 de mayo de 1865. No ocurre así sobre bienes sujetos a sustitución, por entender, como dice la Sentencia de 6 de junio de 1898 "que en los bienes sujetos a reversión o sustitución es mucho más virtual e inmediato el papel desempeñado por la voluntad privada, y la solución debe ser de respeto a la misma".

De esta manera no se ha estimado por los Tribunales que reca- yera viudedad foral en los bienes sujetos a sustitución. En este sentido se manifestó, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 17 de junio de 1899⁵⁶⁸ y al decir de Isábal, vino a resolver una cuestión muy controvertida, como era, si existía este derecho cuando el cónyuge premuerto ha obtenido los bienes con cláusula que los hace recaer, a su fallecimiento, en un tercero. Esta sentencia, sentó la siguiente doctrina: "Dados los términos literales y sentido de

566 - *Legislación Foral vigente en Aragón*, con prólogo Gil Berges - Zaragoza 1880 - pag. 234.

569 - Martín Costea, "El consorcio foral" op. cit. pag. 23.

570 - R. I.P. nº 1 - pag. 276 - Sentencia comentada por Isábal y también por el profesor Sencha Rebutic en "La viudedad aragonesa" ADA V II, pag. 104.

los Fueros *De iure dotum* y *De alimentis*, así como de las Observancias 59 y 33, no puede entenderse gramatical y lógicamente que el usufructo que por razón de viudedad se halla establecido en Aragón deba extenderse en absoluto a todos los bienes que por cualquier concepto hubiese gozado el matrimonio en consideración al cónyuge premuerto, sino sólo a aquellos que heredan sus causahabientes respecto de los que hayan podido disponer en vida o en muerte, con cargas o sin ellas, en concepto de dueño y no de cualesquiera otros en los que sólo tuvo en vida un mero disfrute, por estar designadas otras personas, ya por contrato, ya por testamento otorgado por un tercero, para gozarlos a la muerte de aquel, pues que de otra suerte se infringiría la voluntad de quien pudo disponer así de ellos, sin apoyo alguno en la ley y sin acreditar la existencia de costumbre en contrario que justificase la suspensión de los efectos de tal voluntad, cuya interpretación es tanto más racional cuanto que de este modo se armoniza la institución de la viudedad foral con el principio de libertad especial que informa la contratación y testamentificación en el Derecho Aragonés”.

Añade el profesor Sancho Rebullida, sobre lo publicado por Isábal, un considerando de la propia sentencia, muy explicativo: “el reconocimiento de la viudedad sobre los bienes mayorazgados, según jurisprudencia repetida, es una verdadera excepción nacida de la costumbre y no de precepto alguno foral, y ora se funde en la generalidad y extensión de los vínculos, ora en la consideración de que los bienes de su dotación no salían ordinariamente de la misma familia, ora en cualquiera otra razón de conveniencia o interés regional, es evidente que por tener tal origen y carácter no puede convertirse en regla común, contra el sentido de los Fueros y Observancias a que antes se ha hecho referencia”. Isábal calificó este fallo de “ajustado al espíritu del Derecho Aragonés y a los textos Forales que se tuvieron en cuenta” pero se preguntaba si hubiera sido igual la solución de haber tenido el cónyuge la facultad de disponer en vida, aunque no disponiendo

hubieran de haber ido los bienes necesariamente a las personas llamadas: Es posible que no, reconocía Isábal.

C. Estado de la cuestión en la Compilación y en la regulación actual.

Esta pregunta que se hace Isábal, y su contestación, parece apropiada para el supuesto de consorcio foral. Sin embargo quiero resaltar que hubiera sido bueno que el legislador al regular el consorcio se hubiera manifestado al respecto, como hizo al regular el recobro de liberalidades, por ejemplo. Es de desear que con la regulación del Derecho de familia se aborde esta concreta cuestión.

Vemos que la sentencia citada hace hincapié en esa prohibición de disponer en vida, o muerte, que pueden algunos ver en la figura consorcial. Sin embargo en el consorcio, esa prohibición no es absoluta, y menos en la regulación actual, por un lado por cuanto termina no sólo con la partición, sino también por cuanto, hoy, es posible dar fin a los efectos del consorcio por acuerdo unánime entre los consortes, sin que se tenga que llegar a dividir. Así, la vinculación que entraña, depende de la voluntad de cada consorte. En su mano está que los bienes queden libres o estén vinculados. No parece que la prohibición de disponer pueda ser un obstáculo para el reconocimiento del derecho de viudedad del cónyuge superviviente del consorte.

No me planteo aquí, si son consorciales los bienes que corresponden en nuda propiedad a los herederos y en usufructo al cónyuge superviviente, cuestión sobre la que la jurisprudencia ha sentado doctrina concluyente en sentido afirmativo, y que en otro lugar he tratado.

La cuestión es, si sobre bienes ya consorciales, ocurrida la muerte de un consorte, el cónyuge superviviente tiene viudedad sobre ellos, con lo que participaría en dicha comunidad consorcial como usufructuario de la cuota correspondiente, perteneciendo la nuda propiedad, bien a los descendientes, bien a los otros consortes.

El problema se plantea en la regulación actual, en los mismos términos que ocurría bajo el régimen de la Compilación, por cuanto el art. 77 establece que se hallan libres del gravamen viudal los bienes sujetos a sustitución fideicomisaria, salvo lo prevenido en el art. 74. Más, como dice el profesor Lacruz⁵⁷¹, los bienes consorciales los tiene el consorte, por definición, de un ascendiente, por donación o sucesión, "con lo que, una de dos: a) o el consorcio equivale a la sustitución fideicomisaria y entonces se aplica el artículo 74, estimando que mediante la creación de la vinculación consorcial el ascendiente impide la viudedad del cónyuge de su descendiente; o bien b) se entiende que la similitud con la sustitución fideicomisaria no llega a autorizar la aplicación del art. 77 dado que la disolución del vínculo consorcial depende de la voluntad de dividir del consorte y entonces la aplicación del artículo 77 equivaldría a dejar al arbitrio de un cónyuge la adquisición, por el otro, del derecho expectante de viudedad sobre el bien consorcial o su valor".

El profesor Lacruz parece inclinarse por la respuesta afirmativa, por cuanto, además del argumento, importante, de la facultad de división que tiene el consorte, ya transcrito, añade a favor de esta postura, favorable a la admisión del derecho de viudedad, la razón de que la interpretación estricta, propia del consorcio, impediría invocar el artículo 77 por analogía, para extenderlo a costa de la viudedad, que es en cierta manera, de interpretación amplia.

Si el profesor Lacruz, aunque plantea la duda que surge de los artículos 77 y 74 de la Compilación, parece bastante resuelto a la no aplicación del art. 77 y, en consecuencia, a admitir la viudedad en los bienes consorciales, el notario Merino⁵⁷² niega, tajantemente, que la viudedad pueda recaer sobre dichos bienes en el supuesto de que el consorte muerto carezca de descendencia. Parte Merino de hacer una distinción entre consorte con descendencia y sin ella, para darle una solución totalmente opuesta.

571 - *El Consorcio Foral* op. cit. pág. 345

572 - Merino Henunoz - *El consorcio foral* pag. 160 op. cit.

Estima que el cónyuge viudo del consorte fallecido sin descendencia, no tiene viudedad sobre los bienes consorciales, en base principalmente a considerar que el consorcio es una sustitución fideicomisaria de residuo, o que se asemeja en su mecanismo de actuación tanto a ella que tiene que serle aplicado el art. 77 de la Compilación.

Merino propugna otra solución bien diferente para el supuesto de que el consorte fallecido tenga descendencia. En este caso, estima que el cónyuge viudo, sí que ostentaría derecho de viudedad sobre la cuota indivisa consorcial.

En consecuencia Merino, ante la pregunta de si tiene o no derecho de viudedad el cónyuge superviviente sobre la cuota consorcial, estima: "que en caso de consorte foral casado, su cónyuge tiene un derecho expectante de viudedad sobre la cuota o las cuotas consorciales del primero, condicionado al fallecimiento de éste con descendencia. Si llega a tenerla, el cónyuge viudo tendrá viudedad. Si fallece sin descendencia, actual o futura (*nasciturus*), el viudo o la viuda no tendrá derecho alguno de viudedad".

No comparto la postura sostenida por Merino y, por el contrario, estimo que el cónyuge superviviente del consorte tiene en la cuota consorcial del consorte fallecido derecho de viudedad, tenga o no descendencia, pues la solución al problema creo que debe ser igual en presencia o en ausencia de ella.

Creo, como ya he dejado expuesto en otro lugar, que el acrecimiento consorcial es un verdadero derecho de acrecer, aunque no opere con los mismos presupuestos que el regulado como tal en el Código Civil y en la Ley de Sucesiones, y que si bien su mecanismo puede recordar a la sustitución fideicomisaria (aunque le pongamos el apelativo de "legal" para salvar la importante diferencia, fundamental diría, de no venir creada por el causante de tal sustitución), no es tal y así no debe serle aplicado un artículo que, como el 77, está previsto para una sustitución fideicomisaria propia. Por otra parte la vinculación que entraña el consorcio es bien

relativa, dado que puede fácilmente terminarse con ella, a voluntad única y exclusiva de cada consorte, antes sólo mediante la división de los bienes consorciales, división que en cualquier momento puede pedir el consorte, y hoy día también mediante el pacto de los consortes sin división.

Teniendo en cuenta la importante doctrina sentada en materia de sustituciones con respecto al derecho de viudedad, en la Sentencia de fecha de 17 de junio de 1899, anteriormente expuesta, vemos que los principales argumentos que en ella se esgrimen para negar ese derecho al viudo, son a) el respeto a la voluntad del creador del vínculo, y aquí no hay esa voluntad privada creadora, y b) sobre todo la prohibición de disponer del fiduciario, que en el supuesto del consorcio ya vemos que depende sólo de su voluntad, no de la del causante, y ni siquiera de la ley. Recordemos las palabras de Isábal, como comentario a la sentencia aludida, que no crea que el fallo (es decir la negación de la viudedad) hubiera sido el mismo, si en el supuesto visto el cónyuge hubiera tenido facultad de disposición. Pues así veo el caso del consorcio "puede tener absoluta facultad de disposición" sólo tiene que querer tenerla. Por eso pienso, con el profesor Lacruz, que si no se concediera viudedad al cónyuge supérstite en los bienes consorciales, sería dejar en manos del consorte dar o no dar viudedad al cónyuge, y la naturaleza del derecho de viudedad, con los caracteres que, siguiendo al profesor Lacruz, le he asignado, no parece sea la de un derecho que se pueda dejar al arbitrio de un cónyuge concederla o no.

Por otra parte habrá que tener en cuenta, y también esto derivado de la naturaleza y caracteres del derecho de viudedad, que esta institución ha de recibir una interpretación extensiva, hacerlo en sentido favorable, como reiteradamente viene sosteniendo la doctrina⁵⁷³.

573. Entre otros Martín Dastiletes, Luis - *La viudedad Aragonesa* R. C. A. / , pg. 112. año 1967-68.

En cuanto a los argumentos de Merino tendentes a demostrar que la viudedad atentaría al principio de troncalidad y la unidad de los bienes consorciales, no lo comparto, en absoluto, por cuanto no participo de los presupuestos de que Merino parte. Por cuanto yo estimo, ya lo he expuesto, que el consorcio no necesita el pleno dominio para nacer, pudiendo darse igual, tanto cuando la proindivisión sea de nudos propietarios, que de usufructuarios, que de dominio pleno, y así, consecuente con ésto, no creo que la cuota consorcial pierda su carácter porque el usufructuario sea el cónyuge viudo en disfrute de su derecho como tal.

En conclusión estimo que el cónyuge supérstite del consorte muerto tenía derecho de viudedad sobre la cuota consorcial del que éste era titular en vida, bajo la regulación de la Compilación, y lo tiene conforme a la Ley de Sucesiones vigente. Operando el mecanismo consorcial igualmente, sólo que con el gravámen que pueda suponer el usufructo vital, es decir que la cuota acrecida pertenecería en nuda propiedad a los hijos, o a los consortes, consolidándose el dominio en uno u otro caso cuando se extingua el derecho de viudedad.

CAPITULO 10º

EXTINCION DEL VINCULO CONSORCIAL

I.- LA DIVISION COMO EXTINCION DE LA COMUNI- DAD CONSORCIAL.

La partición de los bienes que constituyen el acervo de la comunidad consorcial, fue en la época histórica, y bajo la regulación de la *Compilación*, la única forma expresamente contemplada para extinguir los efectos del consorcio fural.

Sin embargo, hoy día la cuestión es diferente, por cuanto para la disolución del consorcio, si bien subsiste la división, también se puede disolver el consorcio por acuerdo de todos los consortes sin llegar a dividir.

Los *Fueros De Comuni dividundo* prohibían la disposición de la parte que, indivisa, tuvieran los consortes, y ordenaba el consiguiente acrecimiento hasta tanto no se efectuara la división: "*donec divisio illarum haereditatum sit firmata cum carta sufficiente secundum quod Foris est*".

En parecidos términos se expresaba la *Compilación*, en el apartado 2 del artículo 142: "El consorcio se disuelve por la división del inmueble o inmuebles, que puede pedir cualquiera de los consortes".

Así pues, la división de los bienes, atribuyendo a cada consorte una parte concreta y determinada en los mismos, sobre la que pueda ejercer un dominio pleno y absoluto, va a poner fin a la vinculación consorcial.

II.- LA PARTICIÓN EN EL DERECHO HISTÓRICO.

1.- La partición en los Fueros y Observancias.

En los Fueros *De Comuni dividundo* se señala, no sólo la necesidad de la división para poner fin al consorcio, sino también las formalidades a que ha de sujetarse la misma para su validez⁵⁷⁴.

III.- OTRAS FORMAS DE EXTINCIÓN DEL VÍNCULO CONSORCIAL EN EL REGIMEN DE LOS FUEROS.

Aunque los Fueros y Observancias sólo citaban la partición como medio de poner fin al fenómeno consorcial, realmente se admitieron otros supuestos de extinguir el consorcio.

Unos suponían solamente la extinción parcial del mismo, extinción ésta que unas veces afectaba propiamente al elemento personal del consorcio, y en otras incidía, reduciéndolo, tanto en el elemento personal como en el real.

En el Derecho histórico fué admitida la posibilidad de que un consorte enajenara, por actos *inter vivos*, su porción consorcial a favor de otro u otros consortes. Pues bien, cuando esta enajenación tenía lugar, podemos decir que, respecto al consorte enajenante, había tenido lugar la extinción del consorcio. Aunque esta forma de extinción la señala Portolés⁵⁷⁵, realmente lo que aquí hay

574.- Para esta apogíe me remito a mi monografía "El consorcio Final en el Derecho Civil Aragonés", op. cit. págs 473 y ss.

575.- *Tratado de Consortibus*, Cap. III pág. 209.

es una reducción en cuanto a los elementos personales del consorcio, más que una extinción del mismo, ya que la porción consorcial así adquirida sigue formando parte del consorcio y en consecuencia sólo desaparecerán los efectos del mismo, respecto al consorte que enajena.

Pero hay otro supuesto en el que la enajenación de la cuota consorcial si va a quedar desligada de los efectos consorciales y es cuando el consorte, con autorización de los otros consortes, enajena su porción consorcial a un extraño. Este supuesto, admitido en el derecho histórico, incluso por el mismo Obispo D. Vidal²⁶, "Empero si muchos hermanos fueren, el I con consentimiento de todos los otros puede dar aquella cosa al I hermano et aïllenar encara al extraño" En este caso, la enajenación así efectuada provoca la reducción del consorcio no sólo en lo tocante a su elemento personal, sino a los bienes que lo integraban, por cuanto al extraño ya no van a afectarle las disposiciones consorciales, ni en lo que tienen las mismas de prohibitivas, ni en las beneficiosas que derivan del acrecimiento.

Si los anteriores supuestos sólo suponían una reducción del consorcio pero no su extinción, hay otros casos en que sin necesidad de partición queda extinguido el mismo. Y ésto ocurre cuando los consortes realizan, a favor de uno sólo de ellos, la enajenación de sus cuotas. Así reunido todo el acervo consorcial en un sólo consorte, el consorcio se extingue, al no existir ya proindivisión, dado que la vinculación que el mismo entraña está íntimamente ligada a ésta. No es caso de repetir ahora los testimonios de la doctrina al respecto, por demás que poca explicación requiere este supuesto, solamente citar las palabras del Obispo D. Vidal, sumamente expresivas al respecto: "*Però el I de los hermanos bien puede dar o vender o poner en eill por algun otro título o encara deffinir, es assaber, affinar, la cosa, si muchos hermanos non fueren*".

²⁶ 576 - Vidal Mayor, V. 261.

Hemos visto el supuesto en que se extingue el consorcio por faltar un elemento básico en el mismo: la cotitularidad conjunta. Pues si falta el otro elemento integrante, que es el vínculo personal, también se extingue el consorcio, sin que sea necesaria la partición de los bienes. Este sería el supuesto en que todos los consortes, a una, enajenaran sus porciones consorciales a uno o varios extraños. En este caso, aún subsistiendo la indivisión, se extinguiría el consorcio. En el Derecho histórico fué admitida esta enajenación de la cosa común realizada por todos los consortes, como forma de extinción del consorcio, en base a considerar, que si la prohibición de enajenar los bienes indivisos estaba establecida en favor de los consortes, al enajenar simultáneamente, ningún perjuicio se les irrogaba; atendiendo también al efecto práctico de que, contando con el consentimiento de todos, ninguno de ellos podría impugnarla y así subsistía la enajenación.

IV.- ¿LA SÓLA PETICIÓN DE PARTIÇÃO FACULTA AL CONSORTE PARA ENAJENAR VALIDAMENTE?

Hay que partir de la base de que en el consorcio foral la división puede ser solicitada por un consorte, sin necesidad de acuerdo por mayoría y menos por unanimidad, y que la manifestación de esa voluntad de dividir implica, o pone de manifiesto, la voluntad por parte del consorte peticionario de poner fin a los efectos de la vinculación. Es así, que la voluntad de uno sólo hace nacer la obligación para los restantes consortes de proceder a la división del bien o bienes consorciales, al menos, respecto a la parte del consorte solicitante.

A esa voluntad de partir, y por tanto, de acabar con la situación de comunidad con el fin de eludir los efectos del consorcio, la doctrina le dá un valor de eficacia por sí, debido a considerar, que no puede dejarse al arbitrio de los otros consortes (que con obstáculos y dilaciones podrían alargarla injustamente), la división de la cosa consorcial.

Así se entendió en el Derecho histórico, desde Portolés⁵⁷⁷, el cual cita a Juan Pérez de Patos y Pertusa en apoyo de su admisión, sin embargo también cita a Molino en *v. divisio* y en el mismo no se encuentra mención de esta posibilidad, es decir, que solamente instando la partición un consorte se tenga por terminados los efectos consorciales, ni tampoco parece pueda deducirse de su exposición.

Del Vidal Mayor no parece posible deducir esta posibilidad, pues si bien habla⁵⁷⁸ de que los hermanos pueden apartarse por tres veces de la partición realizada sin "carta", no se observa en ningún pasaje que la sola petición por parte de un consorte hiciera terminar los efectos del mismo. No parece que en el siglo XIII y XIV se pudiera disponer por la simple petición de partir.

Portolés⁵⁷⁹, en cambio, entendió que cuando un consorte interpela repetidas veces a los otros consortes, con el fin de proceder a la división y éstos no responden a dicho llamamiento, puede el consorte interpelante disponer de su parte consorcial con la misma validez que si la división se hubiera efectuado.

Opmo que esta excepción, por virtud de la cual, afirma Portolés, los hermanos consortes pueden enajenar contando solamente con la previa solicitud de partir, fue una errónea interpretación. No era la llamada a dividir lo que autoriza a enajenar, sino la llamada a formalizar en instrumento público; pero la división estaba ya hecha privadamente por los hermanos. Lo que ocurría era que, al estar admitido que este tipo de división pudiera revocarse por tres veces, a no ser que uno de los consortes muriera o pasaran 10 años, creaba una inseguridad, que hacía aconsejable su instrumentalización.

Si en Molino no encontramos manifestación alguna que haga suponer que lo admite, tampoco en Bardají aparece tal supuesto.

577 - De consorcio y herencia, cap. XVIII, pág. 185.

578 - Vidal Mayor, Libro IV, párrafo 32.

579 - Portolés, Tratado de consortes, cap. XLVI.

Sin embargo al haberlo afirmado así Portolés, dada la autoridad que tiene, especialmente en esta materia del consorcio, fué aceptada y recogida por la doctrina científica sin titubeos. Es así que la doctrina, con apoyo en Portolés, admitió que la mera solicitud de división operaba como la división misma.

En cuanto a la doctrina jurisprudencial no he visto Sentencia alguna en este sentido, más bien exigen lo contrario, con apoyo en los Fueros y Observancias. La frase que podría compendiar ésta es: "que el consorcio principia con la indivisión y concluye con ella" (S. 12 de junio de 1900).

Portolés considera que la interpelación para dividir puede ser judicial o extrajudicial.

La Ripa, en su Tratado sobre división de bienes, no menciona ésta excepción, aunque aplica para dividir la comunidad conyugal los Fueros *De communi dividundo* referidos a partición.

De Asso y de Manuel⁵⁸⁰ recogen, con cita de Portolés, la excepción aludida: "Esta regla tiene tres limitaciones (se esta refiriendo a la inalienabilidad). III - Que si el consorte llamó a división y no vinieron los compañeros, tiene derecho para enajenar su parte".

Lo recogen también Franco y Guillén⁵⁸¹.

Martón y Santapau no la recogen.

No el autor de Fueros de Aragón de la Biblioteca judicial ni Otto Escudero, que exige división, cierta, real, total, duradera y que no se imponga condición alguna.

Martín Costea⁵⁸² señala como causa de disolución del consorcio... 5ª - "Cuando un consorte en la forma prescrita ant... ha llamado a dividir a los demás consortes y éstos se han negado o no han acudido para practicar la división, quedará también disuelto

580 - Instrucciones . pág. 132

581 - Instrucciones . pág. 227

582 - Del Consorcio Foral. Catalunya, sin fecha ed. . pág. 24

el consorcio, respecto del consorte que haya hecho el requerimiento”.

El profesor Lacruz y Merino Hernández tratan esta cuestión que expondré al estudiar el régimen de la Compilación.

V.- LA DISOLUCIÓN DEL CONSORCIO EN LA COMPILACIÓN Y EN LA REGULACIÓN ACTUAL.

Si la Compilación aragonesa, en su artículo 142 apartado 2, al igual que los *Fueros De Comuni dividundo*, presentaba la división como única forma expresa de extinguir el vínculo consorcial, al disponer: “El consorcio se disuelve por la división del inmueble o inmuebles, que puede pedir cualquiera de los consortes”, en la regulación actual, al igual que ocurría para el Derecho histórico, se contemplan otros supuestos de extinción del vínculo consorcial a más de la partición de los bienes. Así el art. 61: El consorcio se disuelve por la división del inmueble o inmuebles y por acuerdo de todos los consortes.

Por medio de la partición se procede al reparto o distribución entre los consortes de los bienes que integran la comunidad consorcial; como dice el art. 1068 del Código Civil⁵⁸²: “La partición legalmente hecha confiere a cada antiguo partícipe la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados”. Es decir, que mediante la partición el anterior derecho de cuota, abstracta y genérica, que ostentaba cada consorte y que concurría en el caudal consorcial con otras cualitativamente iguales, se convierte en titularidades singulares y autónomas sobre bienes concretos.

De esta manera, por la partición, cesará la situación de comunidad que el consorcio implica y los antiguos consortes, al ser titulares de objetos concretos, dejarán de estar sometidos a la prohi-

582. A pesar de que la Ley de Sucesiones regula la partición (Título Primero, Capítulo VI, art. 50 a 57) esta normativa no excluye la aplicación del Código Civil en la por rta no regulada.

bición de disponer, y, ocurrida su muerte, a falta de disposición paccionada o testamentaria, se abrirá la sucesión legal.

VI.- LA FACULTAD DE PEDIR LA DIVISIÓN DE LA COMUNIDAD CONSORCIAL.

El artículo 142 de la Compilación, expresamente consignaba que la división "podrá pedirla cualquiera de los consortes". También el art. 50 de la Ley de Sucesiones, al igual que el Código Civil, establece la posibilidad de que cualquier heredero o copropietario pueda en todo momento pedir la división de la misma. Así el artículo 400 Cc. preceptúa: "ningún copropietario está obligado a permanecer en la comunidad, cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común", y conforme al artículo 50.1: "todo titular de una cuota en una herencia o porción de ella tiene derecho a promover en cualquier tiempo la división de la comunidad".

Vemos así, que acorde la Ley de Sucesiones con los preceptos que regulan en el Código Civil el régimen de comunidad, se concede, en una, al heredero, y en el otro cuerpo legal, a todo comunero, la facultad o el derecho de pedir la división de la cosa común, que en el consorcio va a tener unos especiales efectos, por cuanto no sólo se va a disolver la comunidad sino que la misma va a dar fin a los efectos del consorcio.

Se puede plantear la cuestión si hace falta en la partición renuncia del derecho expectante del cónyuge del consorte peticionario, yo creo que sí, y en caso de efectuarse la partición sin renuncia del expectante quedará este derecho concretado sobre el bien que se adjudique, en la extinción del consorcio, al cónyuge del titular del expectante no renunciado.

El artículo 50 de la Ley de Sucesiones, aplicable como digo a la partición consorcial, establece que ese derecho del coheredero a pedir la división, está limitado en dos supuestos: cuando lo pro-

hibe el disponente o cuando los partícipes convengan unánimemente la indivisión.

Así, y por efecto de esta regulación, el principio de libre divisibilidad sufre dos excepciones: cuando el causante haya prohibido la división y cuando los consortes hayan pactado la duración de la indivisión por un tiempo determinado.

1.- Problemática en el supuesto de que el causante del consorcio hubiera prohibido la división de los bienes consorciales.

El causante del consorcio puede imponer la indivisión de los bienes consorciales, y en consecuencia con esta imposición, los consortes, mientras dura la misma, no podrán hacer uso del derecho de petición de división, quedando así sin posible evasión del consorcio. Sin embargo, por lo preceptuado en el párrafo 3 del artículo 50, tenemos que: "aunque haya prohibición ..., el juez puede autorizar la partición a instancias de cualquier partícipe si concurre alguna justa causa sobrevenida".

Opino que esta prohibición de dividir es perfectamente legítima y sostenible, no sólo por lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley de Sucesiones, que concede ese derecho al testador, sino especialmente para el Derecho Aragonés en el que, en virtud del principio "*standum est chartae*" (Art. 3º de la Compilación) la voluntad del disponente debe valer, como dice el profesor Lacruz⁵⁸⁴, tal como se manifiesta y aún más, añadiría, tratándose, como en este caso, de mantener indiviso un patrimonio de naturaleza familiar, mantenimiento, que es presumible, esté fundamentalmente basado en la protección y beneficio de los posibles consortes.

El profesor Delgado Echeverría⁵⁸⁵, al estudiar la posibilidad que compete a los herederos en la comunidad conyugal continua-

584 - "*Standum est chartae*", pag. 754, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Separata de Comentarios a Derecho Civil de Aragón...

585 - La Comunidad conyugal continuada en el Apéndice Aragonés. Estudios de Derecho Aragonés. Zaragoza, 1955, págs. 252 y 272.

da para pedir la disolución de la misma, supuesto que, pienso, guarda gran paralelismo con el ahora estudiado, admite que el derecho a pedir la división está supeditado a la prohibición expresa de dividir establecida en capítulos matrimoniales, siendo entonces dicha comunidad obligatoria para los herederos, incluso después de contraer segundas nupcias el cónyuge superviviente, si bien estima que, en este caso, no puede ir más allá de su mayoría de edad.

Por lo expuesto estimo que si el disponente prohíbe la división de los inmuebles que reciben sus hijos o hijos de sus hijos, éstos incidirán en el consorcio y no les será posible liberarse del mismo en tanto transcurra del plazo, marcado por el disponente, para la división del bien o los bienes, (a no darse el caso que la Ley contempla en el artículo 50.3). Si bien pienso que, en este supuesto, y de acuerdo con el artículo 61 de la citada Ley de Sucesiones, en tanto faculta a los consortes para acordar la extinción del vínculo consorcial, sin llegar a dividir la comunidad, sería válido un acuerdo en este sentido y así, sin dividir, como ordenó el disponente, se puede hacer desaparecer los efectos del consorcio. Otra cosa sería si el disponente no se limita a prohibir la división, sino que prohíbe la disolución del vínculo consorcial, que implicaría entonces mantener los efectos del consorcio.

En consecuencia estimo que, a la vista de la nueva regulación, la prohibición de dividir no supone por sí prohibición de eliminar el consorcio, siendo posible que el vínculo consorcial pueda ser eliminado por acuerdo de los consortes sin necesidad de proceder a la división de los bienes.

Solución diferente a la que, en mi opinión, correspondía bajo el régimen de la Compilación en la que, al ser la división el único medio contemplado por ella para extinguir el consorcio, operaba éste, hubiera o no prohibición de dividir impuesta por el causante o donatario.

A. Plazo por el que puede imponerse la prohibición.

Admitida la legitimidad de la disposición prohibitiva por parte del causante del consorcio, la duda surgía, bajo el regimen de la Compilación, en cuanto a la duración de la misma.

Hoy ya no cabe cuestión al respecto, puesto que el artículo 50 de la Ley de Sucesiones vino a resolver las dudas que se planteaban sobre la aplicación en Aragón del artículo 400 Cc, en orden al plazo por el cual podía el causante imponer la prohibición de dividir que regulaba el art. 1051 del mismo cuerpo legal.

Si con anterioridad a la Ley de Sucesiones, mi opinión siguiendo al profesor Lacruz, era que la prohibición de dividir no estaba sujeta en Aragón al límite de diez años marcado por el artículo 400 Cc, especialmente cuando la limitación se establecía en función del derecho de viudedad, hoy la Ley de sucesiones, recogiendo sin duda la opinión del profesor Lacruz y del profesor Delgado, establece: "... el disponente podrá ordenar que tanto respecto a la herencia como a bienes concretos de ésta, no se proceda a la partición durante un tiempo determinado, que no podrá exceder de quince años a contar desde la apertura de la sucesión, o por el tiempo en que los bienes estén sujetos al usufructo del viudo ...".

2.- Acuerdo de los consortes de no dividir.

Otra de las excepciones a la libre divisibilidad opera cuando los coherederos hayan acordado, unánimemente, la permanencia en indivisión.

Este pacto ha sido previsto, por el legislador aragonés, también en el apartado 2 del artículo 50, que lo hace en los siguientes términos: "... igualmente, los partícipes podrán convenir unánimemente la indivisión por un plazo máximo de quince años. ... podrá prorrogarse la indivisión por acuerdo unánime de los partícipes por término que, cada vez, no sea superior a quince años".

A este pacto unánime de los consortes le afecta, como habíamos visto para la prohibición impuesta por el disponente, el párrafo tercero del propio artículo, en cuanto, aunque exista el mismo, puede el juez autorizar la partición a instancia de cualquier partícipe si concurre una justa causa sobrevenida

3.- Declaración de voluntad de un consorte encaminada a extinguir, respecto a él, el consorcio.

El artículo 60 de la Ley de Sucesiones, y bajo el título "Separación de un consorte", preceptúa: "1. Dejarán de aplicarse los efectos del consorcio al consorte que declare su voluntad de separarse totalmente del mismo en escritura pública.

2. La separación deberá comunicarse fehacientemente a los demás consortes, entre los que continuará el consorcio".

Según la regulación de la Compilación la petición de división del consorcio, en mi opinión, no implicaba la cesación del estado de comunidad, sino sólo la división parcial del consorcio en lo referente al consorte petionario, continuando los demás consortes en el consorcio. Esta afirmación la hice al considerar que la petición de división, que la Compilación consagraba, no implicaba la disolución del consorcio sino que implicaba la posibilidad de división para el consorte petionario, el derecho a no permanecer en estado consorcial, y así entendía que el derecho a pedir significaba el derecho a individualizar su propiedad del resto de los consortes que, de acuerdo con su voluntad, pueden seguir sin dividir.

Hoy la Ley de Sucesiones recoge esta interpretación, dando, además, la posibilidad al consorte de que esa división, respecto a él, no tenga que esperar, para producir los efectos de separación, las, a veces, lentas y costosas operaciones particionales. Según hemos visto en el artículo citado, los efectos del consorcio se extinguirán, para el consorte que desee esa separación, sin más que manifestarlo en escritura pública, y comunicar

fehacientemente al resto de los consortes, su voluntad en este sentido.

De buena se puede calificar la medida

VII.- LEGITIMACIÓN PARA PEDIR AL DIVISIÓN.

Cualquier consorte puede pedir la división, pero para ello, según el artículo 1052 Código civil, debe tener plena capacidad de obrar, o que le sea completada, si la tiene incompleta. "Todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes, podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia. Por los incapacitados y por los ausentes deberán pedirla sus representantes legítimos".

1.- Menores de edad.

En relación con el precepto citado, interesan especialmente las específicas disposiciones de la Ley de Sucesiones en orden a los menores de edad, siendo preciso distinguir dentro de éstos entre los menores y mayores de catorce años.

Son especialmente aplicables a esta materia los artículos 51 y 52 de la Ley de Sucesiones.

Tenemos, según estos artículos, que, en la partición de los bienes consorciales, en el supuesto de que uno de los consortes fuera menor de edad, será preciso distinguir si es menor de 14 años (o incapacitado), o menor mayor de 14. En el primer caso, preceptúa el artículo 51 que si están sujetos a autoridad familiar, incluso prorrogada o rehabilitada, los padres actuando conjuntamente, o sólo uno de ellos cuando exista oposición de intereses del menor o incapacitado con el otro o en defecto de éste, solicitarán la partición en representación de ese menor. Si están sujetos a tutela, será el tutor el que les represente, debiendo ser

aprobada en este caso la partición por la junta de parientes o el juez."

2.- Menores de edad, mayores de 14 años.

Una particularidad importante en el Derecho aragonés, es la situación que tienen en el mismo los menores de edad, pero mayores de 14 años, en orden a su capacidad de obrar y que, consecuentemente, va a incidir en el derecho de petición y división de los bienes consorciales, o mejor, en la forma de completar su capacidad de obrar.

El artículo 52.1 de la Ley de Sucesiones, regula, al respecto, que los menores de edad, mayores de 14 años, pueden solicitar la partición e intervenir en ella con la asistencia prevista en el art. 5 de la Compilación de Derecho Civil.

Y el artículo 5.1 de la Compilación, dice: "El menor de edad, cumplidos los catorce años, aunque no esté emancipado, puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos, con asistencia en su caso de uno cualquiera de sus padres, del tutor o de la Junta de parientes".

No es posible en el Derecho aragonés, dice el profesor Delgado³⁸, que se disponga de los bienes de un mayor de catorce años (salvo incapacitación) mediante representación legal, cuidadosamente excluida tanto por el artículo 13 como por el 14.

Así el mayor de catorce años, puede realizar por sí todos los actos y contratos en que esté interesado, si bien precisa para su validez ser asistido en todos ellos por las personas que la propia Compilación señala. Ello implica, que al mayor de catorce años, se le reconoce la máxima capacidad, dado que su consentimiento no puede ser suplido, no cabe respecto a él la representación legal, como dice el profesor. Así la asistencia exigida por la Compilación actúa como complemento de capacidad. La asisten-

386.- Delgado Echevarría, Jesús - Comentarios a la Compilación, pag. 403.

cia de otras personas es una especie de "conditio iuris" de eficacia del negocio.

El empleo del término "asistencia", dicen los profesores Sancho Rebullida y De Pablo Contreras⁵⁶⁷: "es un acierto que la Compilación toma del art. 13 del Apéndice. No se trata de "consentimiento", si se reserva este término, como, a nuestro juicio, debe técnicamente reservarse, para la manifestación de la voluntad principal en el negocio; y es más expresivo del sentido tuitivo y docente a que me vengo refiriendo. Por lo demás, conecta con la expresión "con voluntad" empleada por los Fueros". Así el término "con asistencia" equivale a "asentimiento".

El artículo 5, hemos visto, exige la asistencia como regla general en la actuación del mayor de catorce años; la única excepción la representa la aceptación de herencia, según señala el artículo 31 de la Ley de Sucesiones. La excepción deberá extenderse también a cualquier atribución a título gratuito no condicional ni onerosa, pero no a otros actos aunque estén conexos.

En consecuencia, para la petición y partición consorcial el mayor de catorce años deberá ser asistido por las personas que cita el referido artículo 5 de la Compilación, para así tener completa capacidad de obrar; pues, como dice el profesor Delgado Echeverría⁵⁶⁸, "cuando dispone este menor, mayor de catorce años, con la asistencia precisa, no requiere el acto autorización judicial o parental aunque sea de los considerados en el artículo 13.2, menos aún la partición de herencia". Opinión ésta trasladable al caso de partición de los bienes del consorcio.

Parece que en el llamamiento a la asistencia debe observarse el orden que la misma Compilación establece; sin embargo, el registrador Batalla Carilla⁵⁶⁹, pone de manifiesto la anomalía que puede

567 - Sancho Rebullida, Francisco de Asís y De Pablo Contreras Pedro - Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón - pag. 335.

568 - Delgado Echeverría, Jesús - Comentarios a la Compilación, pag. 484

569 - Batalla Carilla José Luis - "La Compilación y el Registro de la Propiedad", Jornadas de Derecho Civil Aragónés, Jaca, 1985.

representar los supuestos en que la autoridad familiar correspondía a las personas a que se refiere el artículo 10 de la Compilación, ya que las mismas tienen preferencia, no sólo en materias de relaciones personales, sino también en patrimoniales, preferencia que, como hemos visto, les atribuyen los artículos 10, 12 y 14 de la Compilación. Estima Batalla Carilla, que estas personas deberán prestar la asistencia requerida por el artículo 5 antes que el tutor y la Junta de Parientes, pero, para salvar la duda, añade, sería bueno que, al prever esta situación, los padres, o al designar la persona concreta la Junta de Parientes o el Juez, se les atribuyese expresamente esa función de asistencia".

A. Menores, mayores de 14 años, casados.

Respecto a qué menores, mayores de catorce años, necesitan asistencia para completar su capacidad, es preciso puntualizar que la misma no sería necesaria si ese menor estuviere casado, por cuanto el matrimonio lo equipara al mayor de edad, aunque después de contraído el mismo se dictara divorcio. Comparto la opinión de Batalla²⁹⁰ cuando dice que la solución no sería la misma en el caso de declararse nulo el matrimonio, pues en tal caso parece que vuelve a su situación anterior de minoría de edad cualificada.

B. Menores, mayores de 14 años, que vivan independientes.

El artículo 5 en su apartado 3 presenta otro supuesto de mayor de catorce años, que es el "que con beneplácito de sus padres, o mediando justa causa, viva independiente de ellos, tendrá la libre administración de todos sus bienes". Sin embargo entiendo, que para la partición de la comunidad consorcial necesitará asistencia para completar su capacidad, en los mismos términos que hemos visto para el mayor de catorce años, por cuanto este artículo sólo exige de asistencia los actos de administración y no los de disposición, en los que considero incluidos la partición de comunidad.

²⁹⁰ Batalla Carilla - La Compilación y el Registro de la Incoación, op. cit. pag. 69.

VIII.- OTRAS FORMAS DE EXTINCIÓN DEL VÍNCULO CONSORCIAL.

No sólo por la partición se extingue el vínculo consorcial, se extinguirá igualmente por la desaparición de la indivisión al consolidarse en un sólo consorte la entera titularidad de las cuotas que integraban la comunidad consorcial. Esto ocurrirá cuando a uno cualquiera de los consortes les son transmitidas por los demás consortes sus cuotas.

Otra forma de disolución del vínculo consorcial vendría determinada por la pérdida o destrucción de los bienes consorciales, también por prescripción extintiva o usucapión a favor de un tercero.

Merino Hernández⁶¹, señalaba para el régimen anterior, aplicable también ahora, que en el caso de estar asegurados los bienes consorciales destruidos, si los consortes adquieren nuevos inmuebles con el premio del seguro, no cree que esos nuevos inmuebles adquiridos pudieran considerarse como consorciales, por haber variado el título y la causa de adquisición de los mismos, en relación con los exigidos para la formación del consorcio foral por el artículo 142 de la Compilación.

En este supuesto pensaba, y pienso, que la indemnización se subrogará en lugar del inmueble destruido.

Merino y el profesor Lacruz, que no admiten la subrogación real para el consorcio, fundado el profesor, en que dicha figura ha de tener una interpretación estricta, y Merino, por cambiar el título y el modo de adquisición respecto a lo establecido en el artículo 142, sostienen que, en el supuesto de que con el producto de la venta de un inmueble consorcial, se adquiriera otro inmueble, éste no entraría a formar parte del consorcio.

No opino así y creo que la divergencia de criterio tiene su origen en el carácter que asignamos a la comunidad consorcial.

⁶¹ 591 - El consorcio foral - pág. 182.

Pienso que la misma tiene, y siempre tuvo, un carácter dinámico, y consecuente con ésto, creo que los bienes que entran en esa comunidad, sea por venta de los primitivos, sea por adquisiciones con ganancias obtenidas con ellos, entran a formar parte del consorcio. Por contra si se ve el consorcio como una comunidad estática, de la que sólo forman parte los primitivos bienes heredados o recibidos por donación, se puede admitir la no subrogación real de los bienes adquiridos.

Por otra parte, para el Derecho histórico, siempre fué seguido el criterio que las nuevas adquisiciones se subrogaban en el carácter que hubieran tenido las enajenadas, un criterio general y no sólo para el consorcio foral.

Cosa diferente es cuando todos los consortes enajenan de consumo todo el acervo consorcial a persona extraña al consorcio, y después se reparten el producto de la venta; Este caso, es semejante a una verdadera división.

1.- Exclusión de los efectos consorciales por acuerdo unánime de los consortes sin efectuar la partición.

Conforme a la regulación de la Compilación, admitía el profesor Lacruz, al igual Merino, que los consortes podían excluir el vínculo consorcial, sin llegar a partir, simplemente por un acto de renuncia a los efectos consorciales, efectuada por todos los consortes.

Al respecto decía el profesor Lacruz⁵⁹², "si todos los interesados pueden excluir el vínculo consorcial dividiendo, también deben poderlo excluir sin necesidad de dividir, pues tendría poco sentido obligarles, para conseguir aquel resultado, a salir de una indivisión que acaso convenía a todos una vez eliminada la vinculación. Ocurre igual cuando los consortes tienen descendencia". En otro lugar de su obra⁵⁹³, matiza esta afirmación: "la voluntad de extinguir el vínculo consorcial puede operar con

592 - El consorcio foral..., op. cit., pág. 352.

593 - El consorcio foral..., op. cit., pág. 338.

autonomía de la de partir el bien, de modo que los hermanos sigan siendo titulares proindiviso, pero liberados por propia y concorde voluntad de lo dispuesto en el artículo 142 de la Compilación, más estas dos voluntades no tienen porqué presentarse juntas y dependientes una de otra, ni hay razón para hacerlas interdependientes”.

En el mismo sentido se manifestaba Merino Hernández⁵⁹⁴ al considerar la renuncia que al vínculo consorcial hagan unánimemente todos los consortes como forma de extinción del mismo.

No participaba yo de esta tesis sostenida por el profesor Lacruz y por Merino Hernández, por cuanto, en mi opinión, conforme estaba regulado el consorcio foral en el artículo 142 de la Compilación, que preveía la división como único medio de poner fin al consorcio, no era posible la misma. Y apuntaba, que la única vía, en mi opinión, para extinguir el vínculo consorcial, sin perder las ventajas que pudiera representar la unión de bienes, era proceder a la división de los bienes consorciales (con lo que la cuota abstracta que tenía el consorte sobre ellos se concreta en bienes o parte de bienes sobre los que el consorte tiene ya la propiedad exclusiva) y después formar un tipo de sociedad para la explotación conjunta de los mismos.

Hoy día ya no cabe discusión sobre el tema ya que el legislador ha regulado expresamente la posibilidad, para los consortes, de poner fin a los efectos consorciales sin llegar a dividir la comunidad consorcial. El artículo 61 de la Ley de Sucesiones así lo dice: “El consorcio se disuelve por la división del inmueble o inmuebles y por acuerdo de todos los consortes.” Lo único que exige la Ley es la unanimidad de los consortes en el sentido expresado. Me parece bien la medida tomada por el legislador.

⁵⁹⁴ - El consorcio foral..., op. cit., págs. 30 y 181.

Pienso que la misma tiene, y siempre tuvo, un carácter dinámico, y consecuente con ésto, creo que los bienes que entran en esa comunidad, sea por venta de los primitivos, sea por adquisiciones con ganancias obtenidas con ellos, entran a formar parte del consorcio. Por contra si se ve el consorcio como una comunidad estática, de la que sólo forman parte los primitivos bienes heredados o recibidos por donación, se puede admitir la no subrogación real de los bienes adquiridos.

Por otra parte, para el Derecho histórico, siempre fué seguido el criterio que las nuevas adquisiciones se subrogaban en el carácter que hubieran tenido las enajenadas, un criterio general y no sólo para el consorcio foral.

Cosa diferente es cuando todos los consortes enajenan de consumo todo el acervo consorcial a persona extraña al consorcio, y después se reparten el producto de la venta; Este caso, es semejante a una verdadera división.

1.- Exclusión de los efectos consorciales por acuerdo unánime de los consortes sin efectuar la partición.

Conforme a la regulación de la Compilación, admitía el profesor Lacruz, al igual Merino, que los consortes podían excluir el vínculo consorcial, sin llegar a partir, simplemente por un acto de renuncia a los efectos consorciales, efectuado por todos los consortes.

Al respecto decía el profesor Lacruz⁵⁹², "si todos los interesados pueden excluir el vínculo consorcial dividiendo, también deben poderlo excluir sin necesidad de dividir, pues tendría poco sentido obligarles, para conseguir aquel resultado, a salir de una indivisión que acaso convenía a todos una vez eliminada la vinculación. Ocurre igual cuando los consortes tienen descendencia". En otro lugar de su obra⁵⁹³, matiza esta afirmación: "la voluntad de extinguir el vínculo consorcial puede operar con

⁵⁹² - El consorcio foral . op. cit. pág. 252

⁵⁹³ - El consorcio foral . op. cit. pág. 226

autonomía de la de partir el bien, de modo que los hermanos sigan siendo titulares proudiviso, pero liberados por propia y concorde voluntad de lo dispuesto en el artículo 142 de la Compilación, más estas dos voluntades no tienen porqué presentarse juntas y dependientes una de otra, ni hay razón para hacerlas interdependientes”.

En el mismo sentido se manifestaba Merino Hernández³⁰⁴ al considerar la renuncia que al vínculo consorcial hagan unánimemente todos los consortes como forma de extinción del mismo.

No participaba yo de esta tesis sostenida por el profesor Lacruz y por Merino Hernandez, por cuanto, en mi opinión, conforme estaba regulado el consorcio foral en el artículo 142 de la Compilación, que preveía la división como único medio de poner fin al consorcio, no era posible la misma. Y apuntaba, que la única vía, en mi opinión, para extinguir el vínculo consorcial, sin perder las ventajas que pudiera representar la unión de bienes, era proceder a la división de los bienes consorciales (con lo que la cuota abstracta que tenía el consorte sobre ellos se concreta en bienes o parte de bienes sobre los que el consorte tiene ya la propiedad exclusiva) y después formar un tipo de sociedad para la explotación conjunta de los mismos.

Hoy día ya no cabe discusión sobre el tema ya que el legislador ha regulado expresamente la posibilidad, para los consortes, de poner fin a los efectos consorciales sin llegar a dividir la comunidad consorcial. El artículo 61 de la Ley de Sucesiones así lo dice: “El consorcio se disuelve por la división del inmueble o inmuebles y por acuerdo de todos los consortes.” Lo único que exige la Ley es la unanimidad de los consortes en el sentido expresado. Me parece bien la medida tomada por el legislador.

³⁰⁴ A. El consorcio foral... op. cit., págs. 39 y 181

CAPÍTULO IIº

TRATAMIENTO FISCAL DE LA FIGURA CONSORCIAL

1.- RÉGIMEN IMPOSITIVO EN LA ÉPOCA DE LOS FUEROS Y OBSERVANCIAS.

1.- El impuesto del maravedí o monedaje.

Uno de los impuestos que, en la época de los Fueros, gravaba la propiedad inmueble era el llamado *monedaje* o maravedí.

Sobre el origen de este impuesto no está de acuerdo la doctrina, pues mientras De Asso⁵⁹⁵, lo considera creado por Pedro II hacia el año 1205, opinión que comparte Zurita⁵⁹⁶, Gunnar Tilander⁵⁹⁷ al que sigue el profesor Lalinde⁵⁹⁸, considera que fué creado en las Cortes de Monzón de 1236, pasando a formar parte del libro VII de la Compilación de Huesca, bajo el título, "*De confirmatione monete*".

En el Fuero "*De confirmatione monete*" efectivamente, como afirma Gunnar Tilander y el profesor Lalinde, Jaime I se compromete

595.- De Asso Ignacio - *Historia de la Economía política de Aragón* - Ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas - Zaragoza 1947, pag. 290.

596.- Zurita, Antonio - *Anales*, tomo II, cap. 52.

597.- *Fueros de Aragón*, Traducir, Gunnar, 1937, pág. 219 y 220.

598.- Lalinde Alabá, Jesús - *Fueros de Aragón*, Editorial General Zaragoza, 1985, pag. 59.

a conservar la ley y peso de la moneda⁵⁸⁵ a cambio de esta tributación, pero es posible que no fuera creada entonces, sino definitivamente fijada, por cuanto De Asso dice que había sido muy mal recibida por el Reino, por la novedad y gravamen que en un principio supuso, si bien considera, con Zurita, que fué suavizándose, hasta que Jaime I la estableció en los términos moderados que aparecen en los Fueros de Huesca.

Por este Fuero se impone la obligación, a toda persona que tenga bienes inmuebles, por valor igual o superior a diez maravedíes, de pagar, como impuesto, un maravedí, cada siete años⁵⁸⁶.

De este impuesto estaban excluidos los infanzones y los eclesiásticos⁵⁸⁷. Esta prerrogativa y el que el impuesto fuera igual para el poseedor de un capital de diez maravedíes (70 sueldos) que para el que tuviera mucho más, son los grandes defectos que De Asso señala al mismo. Esta exclusión de los infanzones era la tónica general respecto al pago de impuestos, no de éste solamente.

2.- El monedaje o maravedí sobre bienes del consorcio.

Según las reglas que se establecieron para la percepción de este impuesto del maravedí o monedaje, recopiladas en las declaraciones de Jaime II, e incluidas en el libro IX de las Observancias⁵⁸⁸, los hermanos que tenía los bienes proindiviso, es decir que formaban hermandad (consorcio) sólo tenían que pagar 1 maravedí. No uno

585 Los cambios en el peso y ley de las monedas eran una fuente importante de ingresos para la Corona. Por las mutaciones e innovaciones se sustruía la moneda que circulaba, la cual era cambiada contra un número y por consecuencia una suma menor de piezas nuevas (Gustaf Tilander, nota al f. 265).

586 S. y P., I, 328 y en los Fueros de Aragón, Ms. BN, Trancor Lund 1937, libro VII, 266. «obligamos nos mismos el a nuestros herederos el a nuestros successores que todos los nabrianos por quacadaunas causas, valiendo lo suyo X maravedis o diez suab, den e sean tenudos de dar a vos tan ota ierente el a vuestros successorias de VII en VII años 1 maravedi».

587 En la Enciclopedia Tomana de Aragón, Historia I, pág. 269 se dice, no obstante, que también los infanzones o de la Orden del Hospital o de la Caballería del Temple estaban sujetos a este impuesto. Entiendo que sólo los non-hombres estaban exentos.

588 - S. y P., II, 77, y Liber nonus Titulus decimus septimus Observancias del Reino de Aragón... Jaime de Hospital (156), pág. 400.

por persona, como preceptuaba el Fuero que establecía el impuesto, sino un maravedí por comunidad. Era así, el grupo, considerado como grupo económico familiar, el que servía de base a la percepción del impuesto y no las personas que lo formaban, lo que implicaba un claro beneficio fiscal que pone de manifiesto la política favorecedora hacia este tipo de comunidades familiares.

Este beneficio alcanzaba solamente a los consortes en los bienes que integraban la comunidad consorcial y hasta tanto no pusieran fin a la misma, con la partición de los bienes. Según consta en las *Declarationis dicti monetarii*⁶⁰³: "*Et consuetudo non habet locum nisi inter germanos qui no dividerint bona germanitatis*" "*quod non excusantur a preestatione morabatini ratione bonorum communium nisi tantum fratres in rebus germanitatis et vir et uxor, isti enim non solvent nisi morabatinum unum, alii autem licet bona pro indiviso habeant tenentur quilibet solvere unum morabatinum*".

Así, solamente había dos comunidades de bienes protegidas fiscalmente: la consorcial, entre hermanos, y la sociedad conyugal.

Que no obedecía esta medida a una política fiscal favorecedora de todo tipo de comunidad de bienes, lo hemos visto en el final de la declaración transcrita. "*alii autem licet bona pro indiviso habeant tenentur quilibet solvere unum morabatinum*", y además, acerca de esta exclusión de situaciones de comunidad que no sean las mencionadas, se trata en otros puntos de estas mismas Declaraciones, lo que indica que las personas que tenían cualquier tipo de comunidad deseaban se les aplicara este régimen establecido para la comunidad conyugal y consorcial.

Así, se consulta al Justicia de Aragón si podrán acogerse a este beneficio aquellos que, a semejanza de los consortes, hubieran unido sus bienes por pacto de hermandad⁶⁰⁴: "*Item si duo faciunt de bonis quae habent vel in posterum habebunt instrumentum germanita-*

603 Hospita Jaime. Observancias. Liber tertius, titulos decimus seximus (165).

604. Eran comunidades que se formaban a ejemplo de las consorciales, mediante contrato

tis si solvet quilibet unum morabatinum". A lo que se contesta que no pueden tener este beneficio, como tampoco lo tienen los hermanos consortes, cuando, habiendo dividido los bienes consorciales, realicen contrato de comunidad o sociedad entre ellos con esos bienes divididos: "*Dicimus quod ex quo semel fratres bona dividerint licet inter se postmodum fecerint communionem honorum et societatem, tenetur quilibet morabatinum solvere, quoniam consuetudo habet locum infra tres annos inter illos qui non habent alia bona nisi paterna et materna et non dividerint illa. Sed ex quo semel facta fuerit divisio ex tunc quilibet tenetur unum morabatinum solvere licet postea communia faciant bona sua, quia tunc idem est ac si inter extraneos factum esset*".

Este beneficio sólo alcanzaba a los bienes integrantes de la comunidad consorcial, pues en el caso de que los consortes tuvieran, además, otros bienes, cuyo valor alcanzase los 70 sueldos (aunque el Fuero habla de que los bienes tienen que valer diez maravedíes para pagar el "monedaje" y las respuestas del Justicia de Aragón hablan de un valor de 70 sueldos, la cantidad es la misma, pues el moravedí o maravedí, valía 7 sueldos)⁴⁴ tendrían que pagar otro morabatinno o maravedí por estos otros bienes. Así se ve en el caso de tener el consorte viudedad sobre los bienes del cónyuge premuerto: "*tenetur unus morabatinno solvere ex quo certum est quemlibet fratrum habere usufructum in bonis uxoris suae quod est separatum a bonis communibus ipsorum qui usufructus excedit quantitatem LXX solidorum et ultra*"⁴⁵. O también cuando el consorte recibe un legado de su mujer o de un extraño si excede de LXX sueldos.

Un caso especial se observa respecto a la comunidad consorcial, y es que cuando los hermanos no disfrutaban los bienes consorciales, por tener el cónyuge superviviente el usufructo de los mismos, es éste y no los hermanos el que debe pagar este impuesto: "*item si los fillos de los viudos o viudas que no havran partido e*

⁴⁴ BGS - De Asso. Economía Política de Aragón. pág. 291.

⁴⁵ 606 - S. y P. II 72 y Observancias Jaime de Hospital..., IX, XVI (173).

havran bienes asignados respongo que si los fillos tienen aquellos bienes e los spleitan⁶⁰⁷ deven pagar, en otra manera no".

Vemos, pues, que en la época de los Fueros y Observancias, se protegía, a través de medidas fiscales beneficiosas, la conservación del patrimonio familiar, y en definitiva lo que se protegía era la familia, al proteger y facilitar que se conservara unido el patrimonio heredado, teniendo en cuenta los mecanismos consorciales de no disposición y de acrecimiento, se evitaba que los bienes salieran de la misma. Es por eso, creo, que si los hermanos dividían, aunque volvieran a unir sus bienes en explotación conjunta, no se les protegía fiscalmente, ya que en este caso los bienes eran libres, al no existir ya las prohibiciones del consorcio, que habían terminado con la división efectuada, pudiendo los hermanos disponer de ellos a favor de quien quisieran, y como consecuencia los bienes podían salir ya de la familia.

Motino⁶⁰⁸ hace referencia a este beneficio fiscal establecido para el consorcio, remitiéndose a las Observancias 1ª y 2ª del título "Declaraciones monetatici", diciendo: "*Frates plures inter se bona indivisa qualiter solvantur potest los morabatinum*", con lo que parece indicar la responsabilidad solidaria de los hermanos en el pago del mismo.

También Monsoriu⁶⁰⁹ recoge en su Suma, las contestaciones del Justicia de Aragón sobre pago de este impuesto y, respecto al punto concreto que nos ocupa, se expresa así: 3.- "*Lo que se dice que de bienes comunes indivisos, no se paga sino un moravedi, entiendese, si nunca se hizo la división, porque si se hizo una vez, aunque vuelva en común, paga cada uno, no obstante dicha comunión o concierto que haya entre ellos*".

607 - Según Gumari Tilaider, "spleitar" significa dispartar. Vocabulario, T. III, Vidal Mayol, Lurid, 1956, v. spleitar.

608 - Molina, *Reperitorium v. frater*, f. 162.

609 - Monsoriu y Calvo, *Berrazano - Repertorio de Fueros*, pag. 377.

3.- La cuestión en otros Derechos históricos.

Esta política fiscal, favorecedora de la familia y su patrimonio familiar, era una nota común en los Fueros medievales. En este sentido el Fuero Viejo de Castilla⁶¹⁰ establece: Si un ome e muger an hijos en uno, e muer el padre, o la madre, e fincan suos fijos, todos en uno deben pechar un pecho; e si fijo o hija casare, e algund dellos se fuer de casa, e ovier mueble, o eredit, deve cada uno dellos pechar suo pecho, aviendo cada uno dellos valia de diez sueldos, e en pecho de moneda o en pecho marçal e si non ovier cada uno dellos dies sueldos, non deve pechar nada.

Este impuesto castellano guarda gran semejanza con el "monedaje" aragonés, ya que por las explicaciones que del mismo hacen De Asso y De Manuel (en nota a pie de página), este "pecho de moneda" que se tenía que pagar como impuesto, era la moneda forera, que se pagaba, como en Aragón, de siete en siete años y también en reconocimiento del Señorío Real. Como en Aragón, estaban exentos de él, los Hijosdalgos y los Clérigos de Orden Sacra.

Hinojosa⁶¹¹ y Valdeavellano⁶¹² señalan esta peculiaridad que en la exacción de impuestos tenía la comunidad hereditaria entre hermanos, en Castilla y León. A tal fin citan el Fuero de San Miguel de Escalada⁶¹³, el Fuero del Concejo de Brihuega⁶¹⁴, y el de

610 - Fuero Viejo - Libro V título I - V - noticiado por De Asso y De Manuel - Madrid MDCCLXXI, pag. 127

611 - Hinojosa, Eduardo - La Comunidad doméstica en España, pag. 235 y Documentos para la historia de las instituciones de León y Castilla, pag. 126 y 105

612 - García de Valdeavellano, Luis - La Comunidad patrimonial de la familia en el Derecho español medieval, Estudios medievales de Derecho privado, Sevilla, 1877, pag. 320

613 - Fuero de San Miguel de Escalada - Art. 1173 - 8 - Si duo vel tres fratres in unam habitaverint unum forum habitant, si vero per emnam sui colorem aliquis eorum cum aliis diverit, statim singuli forum faciunt

614 - Fuero del Concejo de Brihuega, otorgado por el Arzobispo de Toledo, Don Rodrigo, 1221-1226 - Fratres vobis, qui bona sua cum habuerit perit, tanquam si aliquis eorum uxorem habuerit, vel mulier habuerit maritum et habuerit valia pro qua habuerit paciam, paciam unam paciam et de fratribus sanctis, si habuerit valia pro qua debeant paciam, insimul paciam etiam paciam

San Tirso y Castrillino⁶⁵. En todos estos Fueros se establece que los hermanos que mantienen su patrimonio en común y viven en la misma casa, sólo pagan un censo o fuero al rey o al señor, siendo la comunidad, o grupo como tal, el sujeto del impuesto, privilegio que pierden una vez que han partido los bienes que integraban esa comunidad, por cuanto para este caso se establece, al igual que vemos en Aragón, que ya cada hermano es considerado como unidad patrimonial independiente.

La misma política se observa en el Fuero dado por Alfonso VI a los habitantes de la villa de Sahagún (León) en el año 1084. "... *Post mortem parentis quando filii solum parcerint, quanti fuerint tantos solidos dabunt, si autem unus de is partes fratrum in unum conexus fuerit, dabit unum censum*".

Y en el Fuero de San Lorenzo del Páramo (León) del año 1262, citado por Hinojosa⁶⁶, "mientras los hermanos fueren solteros y non partieren, non fagan más de un fuero por ella, e después que se casaren o venieren sobre sí, que faga cada qual so fuero".

En el Fuero General de Navarra⁶⁷, también se observa este beneficio fiscal, "villano si moriere et creaturas deysare si nuylla ren non partem por una peyta deve pasar".

Este impuesto, según De Asso⁶⁸, se estuvo percibiendo hasta 1738 y después pasó a incluirse en la contribución ordinaria.

Esta protección a la unidad y conservación del patrimonio familiar que tan evidente resultaba en la época histórica, ya no se observa en la política fiscal actual, por cuanto, en la actualidad, las comunidades consorciales no tienen ningún tipo de beneficio fiscal en cuanto tales.

65-5.- Fuero de San Tirso y Castrillio. Año 1206. 12. *Si mortuo patre multi filii remanserint, quod quilibet eorum patris hereditatem unam tantum faciant.*

66-6.- Documentos para la historia de las Instituciones de León y Castilla, pag. 173.

67-7.- Fuero General de Navarra - Título IV - Capítulo XI.

68-8.- De Asso, griego. Historia de la Economía Política de Aragón, pag. 214.

II.- EL IMPUESTO DE SUCESIONES. RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LO CONTENCIOSO DEL AÑO 1917.

Actualmente, como digo, ha desaparecido tal orientación y, en consecuencia, la comunidad consorcial no tiene ningún tipo de ventajas, en cuanto tal comunidad, en la exación de impuestos que gravan la propiedad inmuebles, como el I.B.I. y el impuesto de patrimonio, así como tampoco en el impuesto sobre la renta.

Es en el campo de aplicación del impuesto de sucesiones donde esta figura conservaba, hasta la entrada en vigor de la Ley del impuesto de Sucesiones de 1987, importantes beneficios fiscales.

En efecto, tenemos que, según lo preceptuado en el artículo 59.3 de la Ley de sucesiones Aragonesa, al ocurrir el fallecimiento de un consorte sin descendencia, su parte atrece a los otros consortes que con él formaban la comunidad consorcial, acrecimiento que sólo a éstos alcanza y no a otros que, aun siendo hermanos, no fueran miembros de la comunidad consorcial. Es en este punto donde existía beneficio fiscal para los consortes adcrecentes, por cuanto, se considera que éstos reciben la cuota consorcial, no del consorte fallecido, sino del causante del consorcio, y en consecuencia se va a tener en cuenta para la exación del impuesto de sucesiones, el grado de parentesco que une a los consortes que acrecen con el causante del consorcio y no el que les une con el consorte fallecido.

Esta práctica de cobrar impuesto, al tener lugar el acrecimiento consorcial, tuvo su punto de partida en virtud de la Resolución de la Dirección General de lo Contencioso de fecha 21 de abril de 1917 que puso fin al expediente, que sobre el pago de este impuesto se había incoado, a instancia del entonces Registrador de Ateca, D. Domingo Barrio.

En efecto, según testimonio del gran foralista, Marceliano Isábal¹⁰¹, hasta esa fecha, era opinión general que el acrecimiento

¹⁰¹ Isábal, Marceliano. R.D.P., año 1918, pag. 306

entre consortes no devengaba impuesto y seguida la práctica de no exigirlo. Esta opinión y práctica que Isábal nos testimonia, sin duda derivaba de conceputar la propiedad consorcial como familiar, que no individual y, consecuentemente el acrecimiento consorcial como mera expansión de la cuota ideal de cada consorte, a la desaparición de un cotitular, a modo de extensión del derecho de los consortes sobrevivientes a unos bienes que ya tenían en potencia. Esta consideración del acrecimiento consorcial, como mera expansión de la cuota, fué ya sostenida por foralistas del Derecho histórico y también, en la época que nos ocupa, el notario de Zaragoza Sr. Garcés, en recurso, que sobre materia de consorcio se vió ante la Dirección General de Registros y del Notariado, sostuvo que la porción vacante acrece a la porción y no a la persona. Siendo la consecuencia obligada de estas posturas doctrinales la exención del impuesto de sucesiones cuando tiene lugar el acrecimiento consorcial.

El Registrador Sr. Barrio, como liquidador del citado impuesto, sostuvo la opinión contraria, por estimar que el acrecimiento consorcial era una especie de sustitución fideicomisaria y que debía estar sujeta al impuesto y liquidarse de acuerdo a este concepto. No es que considerara, el Registrador, que para todos los efectos fuera la figura consorcial una sustitución fideicomisaria, sino que entendía que, al no haber una disposición expresa de carácter fiscal para el consorcio, se debía asimilar, a estos efectos, la figura consorcial y en consecuencia se la sometiera a igual tributo.

El problema, pues, deriva de la naturaleza jurídica que se le asigne al acrecimiento consorcial, si se considera que el mismo es un derecho de acrecer, aunque especial y "sui generis", exclusivo del Derecho Aragonés, no debe de estar sometido a impuesto, porque el derecho de acrecer no lo está y si se considera que es una sustitución fideicomisaria, estará sujeta a gravamen.

La Dirección General de lo Contencioso, resolvió el expediente promovido por el citado Registrador, en Resolución de fecha 21 de

abril de 1917, por la que se declaró que se hallan sujetas a tributación "las adquisiciones verificadas en virtud del derecho de acrecer inherente al consorcio foral aragonés". Triunfó así la opinión que el Registrador sostenía, al menos en lo tocante a que el acrecimiento consorcial debía estar sujeto a impuesto, no así en cuanto a su teoría de que debía de asimilarse a la figura de la sustitución fideicomisaria. En efecto, la Dirección consideró que el acrecimiento consorcial era derecho de acrecer y no sustitución: ni fideicomisaria, como proponía el registrador, ni sustitución hereditaria en general como proponía la Abogacía del Estado. Argumenta la Dirección, que la sustitución no cabe sino en la sucesión testada, y el consorcio foral nace tanto por sucesión intestada como testada; y porque, además, la sustitución vulgar reducida al supuesto "*si iñens non erit*" parte siempre del principio de que el heredero no quiera o no pueda aceptar la herencia, lo cual no acontece en el consorcio foral. A pesar de conceptuarlo como derecho de acrecer, consideró la Dirección que debía estar sujeto a impuesto.

La Dirección aplicó, en su Resolución, el artículo 2º de la Ley de 2 de abril de 1900, según el cual están sujetas a gravamen las transmisiones de dominio, por cualquier título, de bienes inmuebles, ya sean perpetuas o temporales, y el artículo 5º número XVII del Reglamento de 20 de abril de 1911, relativo a las sucesiones intestadas. Sus considerandos se formularon en los siguientes términos: "Ante la declaración de la ley transcrita, en la que no se hace distinción ni se exceptúa ningún caso, nada importa que la transmisión en el consorcio foral se verifique por ministerio de la ley (*beneficio foral*); pues si únicamente se gravaran aquellas sucesiones en que aparece manifiesta la voluntad del testador, habría que declarar forzosamente excluidas las sucesiones abintestato, conclusión absurda y opuesta a las disposiciones legales y reglamentarias que regulan la exacción del impuesto".

Isábal⁶²⁰ comentando esta Resolución se muestra conforme con la decisión de la Dirección, en cuanto a considerar sujeto a grava-

620 - Isábal Marceliano H.O. P. 1918, pag. 305

men el acrecimiento consorcial, si bien estima que el consorcio foral no está comprendido expresamente entre los actos sujetos al impuesto y por ello se debió proponer la adopción de una medida de carácter general sobre la base o el establecimiento de un concepto nuevo o de una asimilación en base a lo preceptuado en el artículo 43 del Reglamento del impuesto⁶²¹, por cuanto estima que los fundamentos de la Resolución no son acertados al haber considerado ésta que la sucesión consorcial puede equipararse al caso de la sucesión intestada, ya que en el consorcio foral no se sucede por título de herencia del ascendiente común, sino por el título especial y concreto de la declaración de la ley, y en cambio en la sucesión intestada se obtienen los bienes por declaración de la ley, pero a título hereditario con relación directa al "de cuius", interpretándose, por presunción legal y con arreglo a normas fijas, la voluntad de éste. En el consorcio, en cambio, es una adquisición que se hace, no por el mero hecho de ser heredero del mismo ascendiente de quien lo es el consorte, sino por declaración de la ley que dispone la transmisión.

De todas formas y a pesar de que la Dirección de lo Contencioso consideró el acrecimiento consorcial como un derecho de acrecer, y no lo estimó asimilable al instituto de la sustitución, las conclusiones a que llega para determinar el tipo de tarifa aplicable son las siguientes: una, que para la determinación del tipo de tarifa debería tenerse en cuenta el parentesco existente entre el causante (es decir el ascendiente común de cuya herencia proceden los bienes) y los adquirentes, prescindiendo del que éstos tengan con el consorte premuerto; y otra, que para la computación de plazos de presentación ha de arrancarse de la fecha

621 - Artículo 43. Reglamento de Impuesto sobre sucesiones. 1911 - Los actos y contratos no designados expresamente en la tarifa se liquidarán desde luego por los conceptos señalados en la misma a sus similares o análogos pero una vez establecido el impuesto y si no se ha reclamado los interesados, la oficina liquidadora instruirá o ordenará expediente regulando los fundamentos de la asimilación y previo informe del Abogado del Estado y del Director de Hacienda, se elevará a la Dirección General del ramo para que en su día adapte o proponga a declaración de carácter general que estime procedente.

de la defunción del coheredero. Afirmación esta última a efectos de prescripción.

Conclusiones estas favorables fiscalmente al acrecimiento consorcial, pero más hubieran sido si, consecuente la Dirección con la calificación que del acrecimiento hizo, hubiera estimado que no había en el mismo transmisión alguna y hubiera declarado la exención del impuesto al mismo.

La doctrina sentada por esta Resolución, fué mantenida por el Tribunal Económico-Administrativo Central, el cual en fecha 22 de octubre de 1917 revocó la decisión de la Delegación de Hacienda de Teruel, que en un caso de acrecimiento consorcial, en base a considerar que no se daba en el consorcio el supuesto de sustitución, había estimado como causante de los bienes al consorte fallecido. Este Tribunal revoca esta decisión en base a los siguientes fundamentos: "si bien se ajusta a la verdadera realidad jurídica de esta institución la afirmación, contenida en el fallo impugnado, de no contenerse en ella una sustitución hereditaria, ya que la sustitución sólo puede darse en la sucesión testamentaria y el consorcio foral implica precisamente lo contrario, o sea una sucesión ab intestato, la olvida y desvirtúa, en cambio, la sentada en el último considerando del mismo fallo, en el sentido de considerar el consorcio como una sucesión cuyo causante único es el consorte fallecido".

Al revocar esta decisión, el Tribunal hace hincapié en que el consorcio foral no puede ser considerado como sustitución: "si bien y, de acuerdo con la verdadera realidad jurídica de la institución consorcial, ha de estimarse que el único causante de los bienes en la misma, es el causante común". En consecuencia dispuso, que se aplicara a los bienes consorciales acrecidos, el tipo que por el parentesco existente entre el causante común y los consortes sobrevivientes resultare reglamentario.

Vemos que la política fiscal es clara en cuanto a considerar que la porción acrecida no debe considerarse como proveniente del

consorte fallecido sino del causante del consorcio, por considerar que la transmisión se opera en virtud de un derecho de acrecer (si bien no es éste el que con tal nombre regula el Código Civil) y que sistemáticamente niega la asimilación del consorcio con el instituto de la sustitución.

III.- SITUACIÓN ACTUAL: ESTUDIO DE LA LEY DE SUCESIONES DE 1987 EN SU APLICACIÓN AL CONSORCIO.

¿Y cual es el tratamiento fiscal hoy en día de esta institución?

En principio tenemos que como tal comunidad, no tiene ningún trato de favor por parte de las leyes tributarias, ya que éstas, al no contemplar la figura, hacen recaer los impuestos sobre las personas de los consortes, considerando sus propiedades inmuebles —en el caso de impuestos que como el de Patrimonio o el I.B.I. recaigan sobre ellos— o bien sobre las rentas obtenidas con los mismos, como el Impuesto sobre la renta; pero sin tener en cuenta el régimen de comunidad, ni las especiales características del consorcio.

El impuesto de sociedades tampoco tiene aplicación al consorcio, por cuanto el nacimiento del mismo tiene lugar por disposición de la ley y no por pacto o acuerdo de las partes. En cambio, sí estimo aplicable, dándose los requisitos que la ley exige, la reducción que para la transmisión *mortis causa* de las empresas familiares y vivienda habitual del causante, señala la ley 19/1991 de 6 de junio y la de 29 de diciembre de 1999.

En cuanto al impuesto de sucesiones y transmisiones patrimoniales, en la actualidad rigen los mismos criterios que anteriormente expuse referentes a la exacción del impuesto sobre sucesiones, si bien el resultado final que, con la aplicación de los mismos, se obtiene es bien diferente al que se obtenía con la anterior Ley de Sucesiones T.R., de 6 de abril de 1967.

En efecto, aunque la vigente ley del impuesto sobre sucesiones y donaciones de fecha 19 de diciembre de 1987, no contempla expresamente esta figura consorcial, sin embargo las oficinas liquidadoras, aplicando la legislación Aragonesa, tienen en cuenta este derecho de acrecer que la misma establece y, en consecuencia, ante el supuesto de acrecimiento a favor de consortes consideran, para determinar el tipo de tarifa aplicable, el grado de parentesco entre los consortes adcrecentes y el causante del consorcio, por estimar que es de éste de quien reciben los bienes y no del consorte premuerto.

El mecanismo de aplicación de este impuesto al acrecimiento consorcial tiene algunas particularidades que conviene exponer para la total comprensión del mismo. Primeramente hay que decir que, de acuerdo con el artículo 20 de la citada ley del impuesto sobre sucesiones de 1987, en las adquisiciones *mortis causa*, a la base imponible se le hacen unas reducciones, variables, según el grado de parentesco que una al causante con los herederos. Así según el art. 66 de la Ley de 30-XII-99 que revaloriza las cuantías señaladas por el art. 20 de la Ley de 1987, si los herederos son descendientes menores de veintiún años se le reducirá de la base imponible dos millones seiscientos cincuenta y cinco mil pesetas, más seiscientos sesenta y cuatro mil por cada año menos de veintiuno que tenga el causahabiente, sin que pueda exceder esta reducción de siete millones novecientos sesenta y tres mil pesetas. A las adquisiciones por descendientes mayores de veintiuno se le reducirán dos millones seiscientos cincuenta y seis mil pesetas, y a las adquisiciones por colaterales de segundo y tercer grado, un millón trescientas treinta mil pesetas. Lo que resulte, una vez deducidas estas cantidades de la base imponible, será la base liquidable. Esta base liquidable según el artículo 68 de la citada ley de 1999 se multiplicará por 1; 1,05; 1,10 ó 1,20 en los dos primeros supuestos antes mencionados y por 1,5882; 1,6676; 1,7471 ó 1,9059 en el caso de que se trate de colaterales de segundo y tercer grado.

Según lo anteriormente expuesto vemos que, en principio, el tratamiento fiscal dado al acrecimiento consorcial resulta beneficioso para los consortes, ya que se multiplican por menor coeficiente la base liquidable de los bienes acrecidos. Pero hay que tener en cuenta que, al considerarse fiscalmente que los bienes acrecidos los reciben los consortes del causante del consorcio, en esta parte acrecida ya no van a tener la reducción de los dos millones seiscientos cincuenta y cinco mil pesetas que el artículo 66 determina, puesto que esta reducción ya se la han hecho al recibir del causante su propia cuota consorcial y la liquidación que ahora se hace se gira como complementaria de la primera. En cambio, si se considerara que la transmisión viene del hermano consorte, se le aplicaría la reducción de un millón trescientas treinta mil pesetas, que es lo que corresponde a colaterales, si bien multiplicarían, entonces, la base liquidable por mayor coeficiente que en el caso anterior. También hay que tener en cuenta el carácter progresivo de la tarifa a aplicar (artículo 67) dada la calificación de complementaria que tiene la liquidación por el acrecimiento consorcial.

El resultado obtenido con la aplicación de la vigente ley de sucesiones, contrasta de manera notable con el que se conseguía bajo la anterior ley de sucesiones T.R. de fecha 6 de abril de 1967, que resultaba altamente beneficiosa para la figura foral.

En consecuencia, es preciso manifestar que la vigente ley de sucesiones es, en general, altamente perjudicial para esta figura del Derecho Foral, no porque directamente la contemple, y le dé un trato desfavorable, sino porque la ventaja que la misma tenía derivaba de la diferencia de tipo impositivo aplicado a descendientes y colaterales, y sobre éstos, entonces, el tipo impositivo aplicable era muy superior al de descendientes.

Teniendo en cuenta lo expuesto entiendo que deberían realizarse las actuaciones necesarias tendentes a conseguir de los órganos competentes, que, dada la naturaleza jurídica del acrecimiento consorcial, se estime que no hay transmisión alguna, sino

mera expansión automática de la cuota propia de cada consorte por desaparición de un colitular, y consecuente con esto, se exima del pago de sucesiones el acrecimiento consorcial, tal como venía ocurriendo hasta 1917. Claro que la propia Ley de sucesiones aragonesa al decir (art. 59.3) que en el acrecimiento el consorte acrecente recibe la cuota acrecida del causante del consorcio va a dificultar sobremanera esta aspiración.

BIBLIOGRAFIA

I. TEXTOS FORALES

1. FUEROS DE ARAGÓN ANTERIORES A LA COMPILACION DE HUESCA.

- Fuero de Jaca, Ramos Loscertales, José M^o. Barcelona. 1927.
- Fuero de Jaca, Edición crítica, Molho, Mauricia Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Escuela de Estudios Medievales, Zaragoza, 1964.
- *Compilación Privada de Derecho Aragonés*, publicada por Ramos Loscertales, José M^o. AHDE, I, 1924, pág. 400-408.
Recopilación de Fueros de Aragón, publicada por Ramos Loscertales, José M^o. Textos para el estudio del Derecho aragonés en la Edad Media, AHDE, II, 1925, pág. 491-529.
- *Recopilación de Fueros de Aragón*, publicada por Ramos Loscertales, José M^o. Textos para el estudio del Derecho aragonés en la Edad Media, AHDE, V, 1928, pág. 389-411.

2. COMPILACION DE 1247 Y RECOPILACIONES CRONOLÓGICAS.

- Los Fueros de Aragón, según el Ms. 955 de la Biblioteca Nacional de Madrid, Tander, Gunnar. Lund, 1937.
- Vidal Mayet, traducción española de la obra *De cruce et missis* de Vidal de Cansillas. 3 tomos. I. Introducción, II. Texto, III. Vocabulario, publicado por Gunnar Tander, Lund, 1956.
- Fuero de Aragón hasta 1265, publicado por Lucruz Bendijo, José Luis. ADA, II, 1945, pág. 223-362.
- Fueros de Aragón de 1265 a 1381, versión romanizada contenida en el Ms. 237 de la Biblioteca Universitaria de Aragón, publicado por Bergua Camón, Jesús. ADA, V, 1949-50, pág. 455-475.
- Fueros de Aragón, versión romanizada contenida en el Ms. 208 de la Biblioteca Universitaria de Aragón, publicados por Lucruz Bendijo, José Luis y Bergua Camón, Jesús. *Literaria General*, Zaragoza, 1963.
- *Foedi Aragonum van Codex van Huesca (1247) his zur Reform Philipps II (1347)*, por Pérez Marín, Antonio. Tübingen Verlag, E. Schweizerbart, 1979, ed. facsimil de la recopilación cronológica.
- Los Fueros de Aragón. La Compilación de Huesca. Ed. Pérez Marín.

3. EDICIONES DEL DENOMINADO "CUERPO DE FUEROS Y OBSERVANCIAS".

- *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón, Savall y Bronda, Escorial y Penén y Tevesa*. Santiago. Precedida de un Discurso sobre la legislación foral de Aragón. 2 tomos. Establecimiento tipográfico de Francisco Castro y Besque. Zaragoza, 1866. Ed. privada con base

en los siglos de 1524 y 1667. Bajo la dirección del profesor Delgado Echegaray se ha realizado, en 1991, una edición la similar de esta, con estudio preliminar y traducciones de los textos latinos al castellano, junto a unos complementos índices. Edita El Insitico de Aragón.

- **Fueros correspondientes a los diversos Tratados que contiene el tomo 1.º** vertidos del latín al castellano por los autores del *Derecho y Jurisprudencia de Aragón, en sus relaciones con la legislación de Castilla, Aragón y Gascón, Joaquín y Santapau y Carlos*, Francisco Establecimiento tipográfico de Vicente Andrés, Zaragoza, 1865.
- **Fueros, Observancias, Actos de Corte, Usos y Costumbres, con una reseña geográfica e histórica del Reino de Aragón, Pizarri y Cristóbal**, Luis. Primera traducción castellana completa, 4 tomos, Zaragoza, 1907 (tomo I y II), Valladolid, 1910 (tomo IV). El último tomo no trae numeración, ni el nombre del autor.
- **Fueros y Observancias del Reino de Aragón**, Edición acordada por los Diputados del Reino, de 1661 (Vol. 1.º) y 1667 (Vol. 2.º), impresa por Pedro Lanaja y Lanueta, 2.º volumen de Observancias y 1.º de Fueros, puesta al día, última edición oficial.

f. COLECCIONES DE OBSERVANCIAS.

- **Savall y Dronca, Pascual y Penín y Echeva, Santiago**, *Fueros, Observancias de Martín Díez de Auz* y *Actos de Corte del Reino de Aragón*, Tomo 2.º, Establecimiento tipográfico de Francisco Castro y Besque, Zaragoza, 1866.
- **Martón y Gavín, Joaquín y Santapau y Carlos, Francisco**, *Observancias del Reino de Aragón de Martín Díez de Auz: vertidos del latín al castellano por los autores del "Derecho y Jurisprudencia de Aragón en sus relaciones con la legislación de Castilla"*, Imprenta y Librería de Vicente Andrés, Zaragoza, 1865.
- **Pizarri y Cristóbal, Luis**, *Observancias castellanas que fúez enagenas ni oca* (muestrando ídem), Impresor A. Martín Sánchez, Valladolid, 1910. Continúa la traducción de las Observancias de Martín Díez de Auz.
- **Martínez Díez, Gonzalo**, *Observancias de Aragón*, AHDE, XLV, 1995, pág. 543-594.
- **Martínez Díez, Gonzalo**, *Observancias del Reino de Aragón de Juan de Hospital*. Introducción y texto crítico, Caja de Ahorros de la Inmaculada, Zaragoza, 1977.

g. FUEROS RELACIONADOS CON EL DE JACA

- **Fuero de Estella**, publicado por José María Lacarra, AHDE, IV, pág. 404-475.
- **Fuero de Estella**, publicado por José María Lacarra con la colaboración de Ángel J. Martín Duque, Diputación Foral de Navarra, Institución Príncipe de Viana, Pamplona, 1969.
- **Fuero de San Sebastián**, José María Lacarra con la colaboración de Ángel J. Martín Duque, Diputación Foral de Navarra, Institución Príncipe de Viana, Pamplona, 1969.
- **Fuero General de Navarra**, Ameyamiento del rey Don Felipe, Ameyamiento de Carlos III. Edición realizada conlucano a la obra de D. Pablo Barregual y D. Segundo Lagueria, año 1829, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1964.
- **Fuero General de Navarra**, Estudio y edición de las redacciones protestantónicas (Sección A. 14), Dos tomos, por Juan Utrilla Utrilla, Filioz Gobierno de Navarra, Pamplona, 1987.
- **Fuero de Tudela**, transcrito por José Luis Lacort Beslejo, del Ms. U 2-6-406 de la Real Academia de la Historia.
- **Fuero de la Noveneta**, publicado por Gunnar Bladner: *Los Fueros de la Noveneta*, Estocolmo, 1954.
- **Fuero de Viguera y Vall de Funes**, publicado por José M.º Ramos Loscertales, Salamanca, 1956.

E. OTROS FUEROS MEDIEVALES.

- Carta de población de la ciudad de Santa María de Albarracín, según el Códice romanceado de Castiel existente en la Biblioteca Nacional de Madrid. Estudio preliminar y transcripción de Carlos Riba y García, Colección de documentos para el estudio de la historia de Aragón, X, Tipografía de Pedro Carra, Zaragoza, 1915.
- Fuero Latino de Teruel, edición preparada y con estudio preliminar por Jaime Carmona Gómez de Barreda. Edita Excm. Diputación Provincial de Teruel, Teruel, 1974.
- Fuero de Teruel, edición crítica con introducción y traducción de José Castañé Llinás, Teruel, 1989.
- Fuero de Molina de Aragón, publicado por Miguel Sancho Izquierdo, Madrid, 1916.
- El Fuero de Teruel, Max Gorosch, LHMA, Estocolmo, 1950.
- Fueros de Sepúlveda, edición crítica y Apéndice documental por Emilio Sáez; estudio histórico-jurídico por Rafael Gilbert; estudio lingüístico y vocabulario por Manuel Alvar. Ed. Excm. Diputación Provincial de Segovia, Segovia, 1953.
- Fuero Latino de Sepúlveda, versión castellana y notas por Manuel González Herrero. Instituto Diego Colmenares, Segovia, 1958.
- Fuero de Cuenca (Formas primitivas y sistemática: texto latino, texto castellano y adaptación del Fuero de Iznatoraf), edición crítica con introducción, notas y apéndice por Rafael Ureña y Smeñaud, Madrid, 1935.
- Fueros del Reino León. Ediciones Leonesas, 1981, T. I "Estudio crítico" por Justino Rodríguez Fernández. T. II "Documentos".
- Fuero Viejo de Castilla, sacado y comprobado con el exemplar de la misma obra que existe en la Real Biblioteca de esta Corte, y con otros Mss. publicarlo, con notas históricas y legales los Doctores D. Ignacio Jordán de Asso y del Río y D. Miguel de Manuel Rodríguez, Madrid, MDCCCLXXI, por D. Joaquín Barra, Impresor de Cámara de S.M.
- Código de las costumbres escritas de Tortosa, a doble texto. Traducido al castellano del más antiguo ejemplar catalán. Obra comenzada por el Dr. D. Ramón Foguet y continuada por D. José Foguet Marsal. Con el juicio crítico del eminente juriconsulto Excmo. Sr. D. Victor Covián y D. Juan J. Permanyer, Imprenta Querol, Tortosa, 1912.
- El Fuero, privilegios, franquizas y libertades del M.N. y M.L. Señorío de Vizcaya, edita Excm. Diputación Provincial de Vizcaya.
- Colección de Fueros municipales y Cartas pueblas de los reinos de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra, Tomás Muñoz y Romero, Real Academia de la Historia, Madrid, 1847.
- Fuero de Soría, publicado por Galo Sánchez en *Fueros castellanos de Soría y Alcalá de Henares*, Madrid, 1919.
- Fuero de Brihuega, publicado por Juan Catalina Gascón, Madrid, 1887.

II. OTROS TEXTOS JURIDICOS.

- El Digesto de Justiniano. Versión castellana por A. D'Ors, F. Fernández-Tijero, P. Fuenteseca, M. García-Garrido y J. Burillo, 3 tomos, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1968 (el 1º T.), 1972 (el 2º T.) y 1975 (el 3º).
- Liber Judiciorum y El Fuero Juzgo, en *Códigos Españoles concordados y anotados*, Tomo Primero, Madrid, 1847.
- Código de las Siete Partidas, en *Códigos Españoles concordados y anotados*, Madrid, 1848.

III. COLECCIONES DIPLOMÁTICAS.

BÓJARULI Y MASCARO, Próspero:

- *Colección de Documentis ineditis del Arxibis General de la Corona d'Aragó*. 4. Barcelona, 1849 y s. 1851

DURAN GUDIOL, Antonio:

- *Colección diplomática de la Central de Huesca*, 2 tomos. Edita Escuela de Estudios Medievales de Zaragoza. Zaragoza, 1966

ESCALONA, Romualdo:

- *Historia del Real Monasterio de Sotogin*. Madrid, 1782

FLORIANO, Antonio C.:

- *Colección diplomática del Monasterio de Oña*. Oviedo, 1950

IBARRA Y RODRIGUEZ, Eduardo:

- *Documentos correspondientes al conde de San Joaquin*. Zaragoza, 1913.

LACARRA, José M.:

- *Colección diplomática de Pineda*. Zaragoza, 1969

LOSCEJTALES DE GARCIA DE VALDEAVELLANO, Pilar:

- *Tratado del Monasterio de Sobrado de las Monjas*. Madrid, 1976. 2 tomos

MARIN DUQUE, Angel:

- *Colección diplomática de Olvent*. Zaragoza, 1965

PORTUGALIA MONUMENTA HISTORICA, DIPLOMATA ET CHARTAE, Lisboa, 1876.

RIUS SERRA, José:

- *Cartulario de San Cugat del Vallés*. Barcelona, 1945.

RODRIGUEZ GONZALEZ, Antonio:

- *El Tomio del Monasterio de San Martín de Castañeda*. León, 1975

RUBIO, Luis:

- *Los documentos del Píber s. XII*. Zaragoza, 1971

SANCHEZ BELDA, Luis:

- *Cartulario de Santa Teresia de León*. Madrid, 1948

SERRANO, Luciano:

- *Cartulario de San Vicente de Ovina*. Madrid, 1929
- *Cartulario de San Millán de la Cogolla*. Madrid, 1940.
- *Colección diplomática de San Salvador del Adaró*. Valladolid, 1960
- *Cartulario de San Pedro de Arbaiz*. Madrid, 1925

SERRANO SANZ, M.:

- *Noticias y documentos históricos del Conde de Ribagorza hasta la muerte de San Joaquin el año 7035*. Ed. Centro de Estudios Históricos. Madrid, 1912.
- *De monachis del Monasterio de Cráucos*. RCIS. 1929. pág. 547 y 513-524

UJICO ARTETA, Agustín:

- *Documentos de Sigüra*. Valencia, 1972

LIBIETO ARTETA, Antonio:

- *Cartulario de San Juan de la Peña*. Valencia, 1961. Vol. 1ª y 2ª.

VIGNAU, Vicente:

- *Cartulario del Monasterio de Estorza*. Madrid, 1854.

YELA UFRILLA:

- *El Cartulario de Rada*. Lérida, 1912.

IV. OBRAS DE DERECHO CIVIL ARAGONES ANTERIORES AL SIGLO XIX POR ORDEN CRONOLÓGICO.

I. SIGLOS XVI y XVII.

MOLINO, Miguel del

- *Repositum Jurum et determinationum Regni Aragonum, una plerumque cum determinationibus causarum foialium Aragonum, proutas atque consuetudines fideliter sumens*, Casaragustae, 1585.

SOLER, Jacinto:

- *Suma de los Fueros y estatutos más del Reino de Aragón*, Zaragoza, 1575. Ed. facsimil Ed. Consejo de Estudio de Derecho Aragones. Con fecha 23-noviembre-1989. día del fallecimiento del profesor Lacruz Berdejo.

MOLINÓS, Pedro:

- *Práctica notarial del Reino de Aragón*. 1ª ed.. Casaragustae, 1575

PORTOLES, Hieronimo.

- *Summa seu Antidotarium ad Repositum Michaelis Molini Super Jure et Observationibus Regni Aragonum*. Auctore Hieronimo Portoles, Juris utriusque Doctor, Casaragustae, Anno MDLXXXVII, 1ª parte, las tres partes restantes son de 1588, 1590 y 1592 respectivamente

PORTOLES, Hieronimo

- *Tractatus de successione ab intestato in rebus aragonensibus*, Nicomelino, Casaragustae. No se conserva el año de impresión. La apuntes de la obra en Pamplona por el Licenciado Monreal Ibaña fecha de 26 de febrero de 1619. Traducido al castellano por Masón y Gavín, Joaquín, y así publicado en Zaragoza en 1888

BARDAJI, Iborido de

- *Consuetudines in usum Aragonensium Formae libere*. Casaragustae, MDLXXXIII.

MONSORJU, Bernardino de:

- *Suma de todos los Fueros y Observancias del Reyno de Aragón y de sus Determinaciones y Prácticas referidas por inter Miguel del Molino en su Repositum*, Zaragoza, 1589. Reimpresa en 1981 por el Colegio de Abogados de Zaragoza.

MONTER DE LA CUEVA, Martín:

- *Dissertum Super Regis Aragonum Casaragustense quibus in Regno Aragonum, dicitur dicitur et unum in consuetudinibus*, tomus primus, Zaragoza, 1598

ANIRÓN, Andrés Serveto

- *Tractatus de Successionibus ab intestato in rebus Aragonensibus in qua quaedam de venditione, ascensionibus et collateralium impeditis*. Auctore Fyregio D. Andrea Serveto Aragonico casaragustano utriusque iuris Doctore vigilantissimo. Casaragustae, Anno 1671. Traducido al castellano por Masón y Gavín, Joaquín y así publicado en 1888 en Zaragoza.

CASANATE, Luis de:

- *Consuetudines aragonensium*. Zaragoza, 1606

SFSE Y PIÑOL, José:

- *Dissertum Super Summis Regni Regni Aragonum, et Curia Dorca foialium Aragonum, causam dicitur et consuetudinibus*, edición completa de Francfort, 1615, en dos tomos. Según Lañasa hay ediciones separadas, del tomo 1º (1611), 2º (1625), 3º y 4º (1624), todas de Zaragoza

SULLVES Y ESPAÑOL, Juan Cristóbal:

- *Consuetudines Aragonensium tomus primus*, Zaragoza, 1641

- *Consilium decisivum, post primam centuriam, semi-centurie*, Zaragoza, 1642.
- *Consilium decisivum semicenturio secunda*, Zaragoza, 1646.

VARGAS MACHUCA, Juan Crisóstomo de:

- *Divisiones utriusque Supremi Tribunalis Regni Aragoniae*, Nápoles, 1676.

EJEA Y TALAVERO, Luis:

- *Brevis discatio ad intelligentiam fororum Aragoniae de comis*, Zaragoza, 1678.

LOPEZ MARTINEZ, Juan Luis:

- *Ad novissimos Aragoniae foros emendationes*, Matriti, 1679.

2. SIGLO XVIII.

LISSA Y GUEVARA, Gil Custodio de:

- *Tyrculium jurisprudentiae forensis, seu Annuaferiones theoretico-practicae juxta foros aragonum in IV libris Institutionum juris imperatoris hibernici*, Zaragoza, 1788. La primera edición es de 1703. Esta de 1788 contiene una especie de Apéndice que lleva este epigrafe: *Annotationes ad Tyrculium juris D. Argenti D. Lissa et Nollivi ad praecium apprimè conducentes, fore omnes ab eodem Auctore elaboratae*.

FRANCO VILLALBA, Diego:

- *Fororum atque Observantiarum Aragoniae Cede sive innotata methodica compilatio iure civile ac canonico fultura legibus Castellae conciliata et omnigena eruditione contenta*, 2ª ed., Zaragoza, 1743. La primera edición es de 1727.

MARTINEZ, Manuel Silvestre:

- *Librería de Juces*, Madrid, 1763.

LA RIPA, Juan Francisco:

- *Ilustración a los cuatro procesos forales de Aragón*, Zaragoza, 1764. Al final de la parte IV se incluye el *Tratado de las Montañas* y la parte V es un *Resumen de la jurisprudencia más obvia de Aragón*. Ed. facsímil de las Cortes de Aragón, Zaragoza, 1985.
- *Segunda ilustración a los cuatro procesos forales de Aragón, y al Tratado de las Montañas, con un Discurso general acerca de la naturaleza de sus recursos, en que se incluye otro Tratado de los Equipamientos, y de los Derechos de los cónyuges en los bienes del matrimonio*, Zaragoza, 1772. Edición facsímil de las Cortes de Aragón (recoge en un sólo tomo la *Primera y Segunda Ilustración*), Zaragoza, 1985.

ASSO Y DEL RIO, Ignacio Jordán de y MANUEL RODRIGUEZ, Miguel de:

- *Instituciones del Derecho civil de Castilla*. Van añadidas al fin de cada título las diferencias que de este Derecho se observan en Aragón por disposición de sus fueros, 4ª ed., Madrid, 1786. La 1ª ed. es de 1771 *Instituciones* que fueron enmendadas, ilustradas y añadidas conforme a la R.O. de 5 octubre 1802 por D. Joaquín María Palacios, Madrid, 1806 y Zaragoza, 1903. Reimpresión de la 5ª ed. de 1792 por Editorial Lex nova, Valladolid, 1975.
- *Historia de la Economía Política de Aragón*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Estación de Estudios Pirenaicos, Ed. facsímil, Zaragoza, 1947.

3. BIBLIOGRAFÍA ARAGONESA DE LOS SIGLOS XIX Y XX INDICADA POR ORDEN ALFABÉTICO.

ALBALADEJO, Manuel:

- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Compilación de Aragón*, T. XXXIII, XXXIV, vol. 1º y 2º, Ed. Revista de Derecho Privado.

EL CONSORCIO LOCAL

ALVAREDA, Manuel

- *Algunas Instituciones de Derecho Aragones y Murciano*, Zaragoza, 1952.

ALONSO LAMBAN, Mariano

- *Las formas heterogéneas en la Alta Edad Media de Aragón*, Revista de Derecho Notarial, Año II (1954), núms 5 y 6, pág. 7 y ss.; la continuación en Revista de Derecho Notarial, Año III (1955), núms 9 y 10, pág. 241 y ss.
- *Notas para el estudio de notariado en la Alta Edad Media de Aragón*, ADA, 1949-50.
- *Nunca informaron sobre el dote familiar ese*, Revista de Derecho Notarial, XLIX-L (1965), pág. 237 y ss.
- *Ante la publicación de "5566 Aragón"*, ADA, VIII (1955-56), pag. 295 y ss.
- *La posibilidad de adoptar habiendo hijos legítimos en el antiguo Derecho Aragones*, ADA, VII (1953-54), pág. 56 y ss.

ALONSO MARTINEZ, Manuel

- *El Código Civil en sus relaciones con las Legislaciones forales*, Madrid, 1884 y 1885, dos tomos.

ARAGUES PEREZ,

- *Estado estacional*, B.C.A.Z., nº 40, 1 octubre 1946, pág. 3 y ss.

ARVIZU, José, F.

- *En torno a un artículo del profesor Escáide sobre la Leyenda aragonesa*, Ministerio de Justicia, s/f.

AZPEITIA, Mateo

- *La costumbre foral, en sus relaciones forales y la sociedad legal contemporánea*, Zaragoza, 1904.

BALAGUER, Victor

- *Instituciones y leyes de Aragón*, Madrid, 1896.

BATALLA GONZALEZ, Manuel

- *Responsabilidad de los hijos en Aragón cuando resulta herencia a favor de los maridos o de sus herederos de unidad*, ADA, I (1944), pág. 351 y ss.
- *Derecho de la sucesión y de la familia del régimen aragonés*, B.C.A.Z. (1967-68), pág. 67 y ss.

BELEO HEREDIA, José M^o

- *La sucesión intestada en el Derecho Aragones*, REDI, 1965, pág. 594 y ss.

BERGUA CAMON, Jesús

- *La propiedad en nuestro Derecho foral*, ADA, XIII (1965-66-67), pag. 428 y ss.

BIBLIOTECA JUDICIAL.

- *Legislación foral de España. Derecho vigente en Aragón*, con prólogo del Excmo. Sr. D. Joaquín Gil Berjos, dos tomos, Madrid, 1898.

BLANCAS, Gerónimo.

- *Aragoneses y Reino Castellano*, Ed. Inc. castellana, Zaragoza, 1878.

BLAS Y MELENDO, Amalés

- *Derecho Civil Aragones de donde surge el de las cosas forales, con el derecho común y con la Jurisdicción aragonesa del Tribunal Supremo*, 2^a edición, Zaragoza, 1878.

BONILLA Y SAN MARTIN, Adolfo

- *El Derecho Aragones en el siglo XII (Apuntes y documentos)*, II Congreso de Historia de la Corona de Aragón, I, Huesca, 1920, pág. 173-294.

CANFIAS LOPEZ, Angel:

- *El Condado de Sobor, Miscelánea D. Jose M. Lizarra*, Zaragoza, 1955

CASAJUS Y GOMEZ DEL MORAL, Roberto:

- *El Derecho aragonés en la Legislación española*, Discursos leídos en la Universidad de Zaragoza el 1º de octubre de 1880. Reimpresión por esta Universidad, con prólogo del Dr. D. Juan Meneses y Puyol y un epílogo del Dr. D. Salvador Minguján y Adrían, Zaragoza, 1947.

CASALS COLLECCARRERA, Miguel:

- *Doctrina Fiscal del Tribunal Superior*, Aguilar, S.A. de ediciones, Madrid, 1957

CAÑANATE, Luis:

- *Consiliorum sive negotiorum Inductio de Casanate*, Casaragustae, MDCLVI

CASTAN TODEÑAS, Jose:

- *Aragón y su Derecho* *Relaciones con la nueva Constitución Civil*, RCIJ, tomo LIV de la segunda época, núm. 5, mayo, 1967, págs. 746 y ss.
- *Derecho civil aragonés, común y foral*, *Introducción y Parte General*, 7ª ed., Madrid, 1945

COLEGIO DE ABOGADOS DE ZARAGOZA:

- *Colección de jurisprudencia aragonesa*, De 1965 a 1971 y de 1974 a 1976 como complemento al "Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza"
- *Jurisprudencia aragonesa*, En 1972, 1973 y 1977 como suplemento del R.C.A.Z., desde 1978 hasta hoy como suplemento de, "Boletín de los Colegios de Abogados de Zaragoza" (BCAA) (continuación del BC.A.Z.)

COMIN, Pascual:

- *Discurso que presentó al Congreso de Jurisconsultos aragoneses de 1660*, Contenido en el Libro que Marión y Gavín (Joaquín) publicá en 1858 sobre La traducción al castellano de los Tratados de Sucesiones Intestadas y De los sucesos en una misma cosa y futurotesto legal, de Anifón, Eissa y Pinedós.

COSTA, Joaquín:

- *Derecho Civil Industrial y Economía Popular de España*, Tomos I y II, Cuara editorial, Zaragoza, 1961
- *La filiteria civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses*, Cuara Editorial, Rep. Zaragoza, 1963
- *Derecho consuetudinario del Alfa Aragón*, Madrid, 1880.

CRESTOBAL MONTES, Angel:

- *La sucesión contractual aragonesa*, Práctico, Zaragoza, 1976
- *La reunión y la legítima en el Derecho civil aragonés*, RCIJ, 1950, págs. 3.

DE LA FUENTE, Pedro:

- *La incorporación de las Fueros de Aragón*, RIEP, XXIX (1945), págs. 312 y ss

DELAGADO ECHEVERRÍA, Jesús:

- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Familiares De la mayoría de los reinos*, Tomo XXVII, Vol 2º, Madrid, 1953
- *Relaciones entre ascendientes y descendientes*, Jornadas de Derecho Civil Aragonesés, Jaca, 1985, Ed. Cortes de Aragón, Zaragoza, 1986
- *La comunidad conyugal conyugena en el Aragón Aragonés*, Separata de ADA, XII, 1963 64, págs. 161 y ss
- *Viejo Mayor, un libro de Fueros del siglo XIII*, estudio introductorio a la edición facsimilar del "Viejo Mayor", Instituto de Estudios Altoaragoneses con el patrocinio de la Diputación de Huesca, págs. 43 81.

EL CONSORCIO FORAL

- *Los Fueros de Aragón. Fueros, Observancias y Actos de Corte*, Segunda Mostra de Documentación Histórica Aragonesa, Centro de Documentación Bibliográfica Aragonesa, Diputación General de Aragón.
- *El Derecho Aragonés. Aportación jurídica a una conciencia regional*, Altruda editor, Zaragoza, 1977.
- *La realidad aragonesa en el Derecho castellano*, ADA, XVI (1994: 75-76), pág. 63 y ss.
- *Juicio Civil y el Derecho Aragonés: Identidad civil, costumbre y codificación*, Facultad de Derecho de Zaragoza, 1978.
- *Fueros Jurídicos*, Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón, Zaragoza, 1988, pág. 99-196.
- *De las relaciones entre consuetudines y desconsuetudines*, Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón, Zaragoza, 1988, pág. 405-411.
- *De las relaciones personales*, Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón, Zaragoza, 1988, pág. 415-456.
- *De los usos de los reinos*, Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón, Zaragoza, 1988, pág. 457-491.
- *Los Fueros de Aragón*, n.º 13 de la colección "Mariano de Pano y Ruata" CAI, Zaragoza 1992.

DEL PLANO, Juan.

- *Manual del Abogado Aragonés, por un jurisconsulto de Zaragoza*, Mateu, 1842

DIEZEL Y JIMÉNEZ, Manuel:

- *Historia del Derecho civil aragonés*, Madrid, 1869

EIROA GARCIA, Emilio.

- *Fiscalidad de las instituciones*, Fomlec, Jornadas de Derecho Civil Aragonés, Jaca, 1989. Ed. Cortes de Aragón, Zaragoza, 1986

ENCICLOPEDIA JURÍDICA SEIX, T. VIII, v. consorcio foral.

ESTUDIOS SOBRE DERECHO SUCESORIO ARAGONÉS:

- *Trabajos del Seminario de Derecho Civil*, Curso (1985-1986), Departamento de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, Fil. Secretariado de Publicaciones.

FAJEN GUILLÉN, Víctor:

- *El Derecho Aragonés desde el Decreto de Nueva Planta hasta el Código Civil*, RDI, 1945, pág. 358-369 y 428-436
- *Notas sobre los fueros forales aragoneses*, ADA, I (1944), pág. 297 y ss
- *El foral del señorío de Aragón en la oral durante los siglos XVII y XIX*, RGLI, Tomo 179, pág. 300 y ss.
- *Particular*, Enciclopedia Jurídica Seix, var. publicación.

FONT RIBS, F.M.:

- *Código de Hisona*, Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, IV, Barcelona, 1952, pág. 299-309

FRANCO Y LÓPEZ, Luis, barón de Mora:

- *Memoria sobre las instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho Civil Aragonés y reformas y adiciones que en ellas es conveniente establecer*, según así arregló a la disposición en el Real Decreto de 2 de febrero de 1880, Zaragoza, 1886
- *Adición a la Memoria que sobre los institutos civiles de Aragón presentó el Gobierno de S.M. en 1880 con arreglo a la disposición en el Real Decreto de 2 de febrero del propio año*, Zaragoza, 1890

FRANCO Y LÓPEZ, Luis y GUILLÉN Y CARAVANTES, Felipe:

- *Instituciones de Derecho Civil Aragonés*, Zaragoza, 1841.

FRAUCA LLAMAS, Domingo:

- *La representación sucesoria en el Derecho aragonés*, Zaragoza 1996

FUENTERTEGAZ, Pedro de la:

- *Derecho foral de Aragón. Conferencias en la Universidad de Zaragoza*, Zaragoza, 1936

GARCIA-ARANGO Y DIAZ-SAAVEDRA, Cesar:

- *Notas sobre la sucesión contractual en el Derecho del Alto Aragón*, R. Cr. D.I, n° 462, sep-oct, 1967, pág. 1.320 y ss.

GARCIA CANTERO, Gabriel:

- *De la tutela*, Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón, Zaragoza, 1988, pág. 496-562.

GARCIA GALLO, Alfonso:

- *Saber las Observancias aragonesas de Jaime de Hospital*, AHDE, 48 (1978), pág. 565 y ss.

GARCIA-GRANERO FERNANDEZ, Juan:

- *Vidal Mayor: Versión romancesada nueva de la "Mayor Compilatio" de Vidal de Caselles*, AHDE, I (1980), pág. 243 y ss.

GIL BERGES, Joaquín:

- *Los mostrencos en el Tribunal Supremo, o sea Estudio sobre la vigencia de las instituciones forales españolas en materia de sucesiones intestadas*, Zaragoza, 1920.

CUTIERREZ FERNANDEZ, Benito:

- *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, T. 6° y 7°, Madrid, 1874.

IRANZO VILLACAMPA, Francisco:

- *Algunas notas sobre la limitada responsabilidad del heredero aragonés*, ADA, VII (1953-54), pág. 113 y ss.

ISABAL Y BADA, Marceliano:

- *Derecho Foral Aragonés*, RDP, 1918, pág. 177-183.
- *El consorcio foral*, RDP, 1918, pág. 289 y ss.
- *Exposición y Comentario del cuerpo legal denominado "Fueros y Observancias del reino de Aragón" derogado por el Apéndice al Código civil español*, Zaragoza, 1926, reeditado por el Colegio de Abogados de Zaragoza en 1985.
- *Cuestiones de Derecho Foral Aragonés*, RDP, 15 junio 1914, pág. 273-283.
- *Cuestiones de Derecho Foral Aragonés*, T. II, RDP, 15 octubre 1915, pág. 289-295.
- *La dote*, Enciclopedia Jurídica Seix, v. dote, T. IV, pág. 680-685.
- *La donación*, Enciclopedia Jurídica Seix, v. donación, T. IV, pág. 570-573.
- *La sucesión intestada*, Enciclopedia Jurídica Seix, v. sucesión, pág. 201-211.

JUNCOSA, Julio:

- *La codificación del Derecho Foral aragonés*, Zaragoza, 1909.

KAUFFMANN, G.M.:

- *Vidal Mayor. Un Código español del siglo XIII, hoy en propiedad particular en Aquilgrán*, ADA, XII (1963-64), pág. 297 y ss.

LACARRA, José María:

- *El desarrollo urbano en las ciudades de Navarra y Aragón*, Zaragoza, 1950.
- *Documentos navarro aragoneses*, AHDE, 18 (1947), pág. 340-347.
- *Aragón en el pasado*, Aragón, Cuatro Ensayos, I, Zaragoza, 1960, pág. 127-343.

- *La forma e la formación del Fuero General de Navarra*. AHDE, L (1980), pág. 90.
- *Nadais una la formación de las familias de fueros navarros*. AHDE, X, 1953, pág. 263-272.

LACRUZ BERDEJO, José Luis:

- *La cláusula "si sine liberis decesserit" en el Derecho Aragonés*. Libro Homenaje a D. Juan Menéndez y Puyal. Estudios de Derecho Aragonés, Zaragoza, 1954.
- *Declaración de autonomía por parte de Navarra*. De los Virreyes. De la sucesión intestada; *donos comunes a las diversas clases de sucesión* (Artículos 117 e 123 in fine de la Compilación). B.C.A.Z., 1967-68 (74-75), pág. 145 y ss.
- *El Derecho de familia en la nueva Compilación aragonesa*. ADC, T. XX, pág. 723 y ss.
- *Los Fueros de Aragón*, en libro "Aragón", editado por Bercoja. Zaragoza, 1976.
- *Objetos y método de la cualificación aragonesa*. ADA, XII (1965-66-67), pág. 311 y ss.
- *Contribución a la metodología del Derecho Privado de Aragón*, Librería General, Zaragoza, 1946.
- *Sobre la pretensión de los Fueros y Observancias*. ADA, III (1946), pág. 357 y ss.
- *El principio aragonés "Sine liberis est clausit"*, separata del Comentario al art. 3º Compilación. También en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, vol. 1º, Zaragoza, 1988.
- *Las legitimas en la Compilación*. R. Cr. D. I., 1968, pág. 536 y ss.
- *Declaración de autonomía para la historia de la Compilación de Jurece*. AHDE (1987), pág. 531 y ss.
- *Comunicación y continuidad en la constitución de familia*. Revista Jurídica de Cataluña, 1952.
- *El régimen matrimonial de los Fueros de Aragón*. ADA, III (1946), pág. 18-152.
- *Algunos caracteres del derecho de familia*. ADA, III (1946), pág. 353 y ss.
- *Naturaleza jurídica del consorcio conyugal aragonés*. ADA, V (1949-50), pág. 243-346.
- *Las derechos forales*. Revista "Universidad", n.º 7, 1948, Zaragoza.
- *La disolución marital en torno a los Derechos forales*. Revista Arbor, n.º 21 52, Madrid, 1948.
- *El consorcio foral aragonés*, Manresa y creólita, 1977. Separata del libro homenaje a Emilio Gómez Orbanaja.
- *El principio aragonés "Sine liberis est clausit"*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. ADC, Madrid, 1986.
- *Permisión e injusticia de los testados en el Derecho aragonés antiguo*. ADC, 1968, pág. 513 y ss.
- *Modos por sírios e úterinos*. Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón, Zaragoza, 1988, págs. 724-734.
- *Fuero de dote*. Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón. Zaragoza, 1988, pág. 741-801.

LACRUZ BERDEJO, José Luis y RAMS ALBESA, Joaquín:

- *La sucesión intestada de conyugos en Navarra*. Revista Jurídica de Navarra, 2º Semestre, 1988, Ed. Colección de Navarra, pág. 11-34.

LA FUENTE, Vicente:

- *La libertad de volar por fuero*. Disertación leída en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas el 26 de febrero de 1885. Forma parte del tomo 2º de los Estudios críticos sobre la Historia y el Derecho de Aragón, Madrid, 1885.

LALINÉ ABADIA, Jesús:

- *Los Fueros de Aragón*, Zaragoza, 1976.
- *Las libertades de la Corona de Aragón en el siglo XVII*. VIII Congreso de Historia de la Corona de Aragón: II La Corona de Aragón en el siglo XIV. II, Valencia, 1970, pág. 9-52.
- *Los derechos individuales de el "Principio General de Aragón"*. en AHDE, L (1980), pág. 55 y ss.
- *Derecho y Fuero introducción histórica a Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, v. 1º, Zaragoza, 1988, pág. 11 y ss.

- *Algunos problemas conexas sobre la legitimación aragonesa*. Separata de AJIDE, Madrid, 1968.
- *De la autonomía aragonesa a la regionalidad*, ADA, XVI (1972-73), pág. 139 y ss.

LORENTE SANZ, José:

- *El anteproyecto de Compilación y el proyecto de Ley de la Comisión General de Codificación y de las Cortes españolas*, ADA, XIII (1965-66-67), pág. 341 y ss.
- *Nota sobre sobre la territorialidad en los sucesos testado y contractual*, ADA (1949/50), pág. 449.
- *Disolución y extinción de la comunidad, unguet*, ADA, XIII (1965-66-67), pág. 424 y ss.
- *Crónica de jurisprudencia*, ADA, XIII (1965-66-67), pág. 513 y ss.
- *Opinión escrita sobre la comunidad*, ADA, III (1946), pág. 345 y ss.
- *Observaciones sobre el principio de disposición de los bienes comunes*, ADA, (1945-50), pág. 475 y ss.
- *Cronica de jurisprudencia Aragonesa*, Tribunal Supremo y Sala de lo Civil Territorial en todos los Anuarios de Derecho Aragonés, desde 1944 a 1976.
- *Derecho de la persona y de la familia*. *Dispos, un, liquidación y división de la sociedad conyugal. De la comunidad conyugal extinguida*, B.C. A. Z., 1967-68, pág. 87 y ss.

LORENTE SANZ, José y MARTÍN-BALLESTERO, Luis.

- *La norma en el ordenamiento jurídico aragonés*, ADA (1941), pág. 35-141.

LOZANO, Ricardo:

- *La entidad fórm aragonesa*, RDP, 1914, pág. 416 y ss.

MATAIR, David.

- *La institución "Cosa Aragonesa" y la Compilación*, ADA, XIII (1965-66-67), pág. 415.

MANRESA Y NAVARRO, José M^o:

- *Comentarios al Código Civil*, Tomo 3, 6^a ed., Reus, Madrid, 1943.

MARTÍN-BALLESTERO Y COSTEA, Luis:

- *La Casa en el Derecho Aragonés*, Ed. Estudios de Derecho Aragonés, Zaragoza, 1944.
- *Los Derechos Hereditarios (compendios a través de la Compilación del Derecho Civil de Aragón)*, ADA, XV (1970-71), pág. 11-87.
- *Mezclas del conyugal y normalización "Strenum est clarum"*, Estudios Castellán, III, Zambrana, 1959, pág. 305.
- *Angón ante la unificación del Derecho privado*, RDP, marzo, 1944, pág. 209-220.
- *La unificación del Derecho privado en España*, ALX, 1956, T. IX, pág. 505-532.
- *De la unidad*, B.C. A. Z., 1967-68, pág. 105-125.

MARTÍN BALLESTERO, Luis y LORENTE SANZ, José.

- *La norma en el ordenamiento jurídico aragonés*, ADA (1944), pág. 70 y ss.

MARTÍN COSTEA, Alberto:

- *Del Conyugal*, Facul, Imprenta Moderna, Catalunya, sin fecha de edición.

MARTÍN RETORTILLO, Cirilo.

- *Liquidación del impuesto de don los sales de los acedatarios de herederos por conyugales en Aragón*, RDP, 15 (1928), pág. 48-50.
- *El impuesto de derechos reales aplicable a instituciones fómicas*, RDP, 1945, pág. 435 y ss.

MARTÍNEZ DIEZ, Gonzalo:

- *En torno a las Fuentes de Aragón de las Cortes de Jimena de 1247*, AJIDE, I, (1980), pág. 69 y ss.

MARTINEZ SARRION, A.:

- *En torno a la familia foral*, RCRDJ, 1964, mayo, pág. 360.

MARTON Y GAVIN, Joaquín:

- Prólogo a la traducción de *Tratado de Sucesiones Intestadas de Anitón y Lissa y Tratado de los consorcios en una misma cosa y fideicomiso legal* de Portolés, Zaragoza, 1888.
- Traducción de *Tratado de Sucesiones intestadas y de los consorcios en la misma cosa y fideicomiso legal según los Fueros de Aragón, publicadas en latin por D. Andrés Serrys Anitón, D. Gñ Cuchadó de Lissá y Guaym y D. Jerónimo Portolés*, Zaragoza, 1888.

MARTINEZ VIAMONTE, Pedro:

- *Actas del Furo Aragonsé*, Septimas encuentos, p. 140 y ss

MARTON Y GAVIN, Joaquín y SANTAPAU Y CARDOS, Francisco:

- *Derecho y jurisprudencia de Aragón en sus relaciones con la legislación de Castilla por dos abogados del Ilustre Colegio de Zaragoza*, Zaragoza, 1865.

MEIJERS, A.M.:

- *Los Fueros de Huesca y Sobrarbe*, AHDE, XVIII (1947), pág. 35-60, trad. R. Gibert.

MERINO HERNANDEZ, José Luis:

- *El consorcio foral*, Librería General, Zaragoza, 1976.
- *El derecho de aboforio aragonés*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1980.
- *Aragón y su Derecho*, Ed. Guara, Zaragoza, 1980.

MERINO HERNANDEZ, José Luis - GARCIA LEJARRETA, J.A - FAUS Y PUYOL, Manuel:

- *Extensión del derecho de ciudadad*, ADA, XVI (1972-73), pág. 192-205.

MONER, Joaquín Manuel de:

- *Una vez añida del Congreso de Jurisconsultos aragoneses y sesiones celebradas en Zaragoza en 1880 y 1881*, Rivarozza, Fonz, 1881.

MONEVA PUYOL, Juan:

- *Introducción al Derecho Hispánico*, Colección Labor, s/l edición.

MONEVA Y PUYOL, Juan y S. OTTO, Nicolas:

- *Contestaciones completas del "Instituto Reus" a la materia de Derecho Foral*, obra adaptada al programa de judicatura, Instituto Reus, Madrid, 1928.

MORET, Segismundo y SILVELA, Luis:

- *La familia foral y la familia castellana*, Madrid, 1863.

MOREU BALLONGA, José Luis:

- *Del régimen concubinial conyugal*, Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón, Zaragoza, 1988, pág. 605-613.
- *Del régimen matrimonial paccionado*, Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón, Zaragoza, 1988, pág. 638-723.

MOUTON OCAMPO, Luis:

- *Diccionario del Derecho Civil foral compilado y consuetudinario*, Madrid, Tomo 1º, 1904, Tomo 2º, 1905, Tomo 3º, 1906.

MUÑOZ SALTILAS, Juan:

- *El sucesorio foral*. Una institución que desaparece del derecho legítimo para no dejar de serlo a al que se proyecta, ADA, VIII (1953-54), pag. 133 y ss.

NAVAL SCHMIDT, Eduardo:

- *Compendio de la historia del Derecho foral vigente en Aragón y sus fueros aprorpiados por el Congreso de Jueces consultos aragoneses*. Con observaciones a las mismas, y un Prólogo de D. Felipe Guillén y Carabantes, Zaragoza, 1881.

OTRO ESCUDERO, Nicolás:

- *Elementos de Derecho civil aragonés*, Barbastro, 1924.

PALA MEDIANO, Francisco:

- *La fundación de la Compañía de los Derechos Civils de Aragón* "Compra y principios", ADC, T. XX, pag. 497 y ss.
- *Derecho de sucesión por causa de muerte: modos de dación instrumental de la sucesión testamentaria de la sucesión paccionada de la familia aragonesa*, tesis. 89 e 118 inclusive de la Compañía, ISC A.Z., nº 26, 1967-68, pag. 127 y ss.
- *La unificación de legislaciones en Aragón*, Libro Homenaje a D. Juan Menéndez y Puyol, Estudios de Derecho Aragonés, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Zaragoza, 1954.
- *La fiducia aragonesa*, ADA, XIII (1965-66-67), pag. 451.
- *Compendio de Derecho Civil de Aragón*, Nueva Enciclopedia Jurídica Sers, Tomo I, Barcelona, 1950.

PELAYO HURE, Santiago:

- *Los pactos sucesorios*, ADC, Tomo XX, pag. 619 y ss.

PEÑA, Emilio de la:

- *Resolución por escrito de contratos de los fueros y Observancias legítimas en el antiguo Reino de Aragón*, con consulta en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y providencia de un Prólogo del Excmo. Sr. D. Joaquín Gu Berges, Zaragoza, 1880.

PÉREZ MARTÍN, Antonio:

- *El estudio de la recepción del Derecho román en España*, en *Primer Seminario de Historia del Derecho y Derecho Privado*, Boletín nº. 1985.

PROYECTO DE CODIGO CIVIL DE ARAGON (Apéndice primero al Código Civil General, Imprenta del Hospicio, Zaragoza, 1894. Conocido como "Proyecto Ripollés". Publicado también como anexo al "Discurso de apertura del año académico 1928-1929 de D. Gil Gil y Gil sobre "Precedentes inmediatos y ligera crítica del Apéndice al Código civil, correspondiente al Derecho foral de Aragón". Universidad de Zaragoza, 1928.

PROYECTO DE LEY en el cual se contienen como Apéndice del Código civil general las Instituciones forales y consuetudinarias que conviene conservar en concepto de excepción del mismo Código para el territorio de Aragón, Establecimiento Tipográfico del Hospicio, Zaragoza, 1904. Conocido como "Proyecto Gil Berges", publicado también como anexo al discurso "Discurso" de Gil Gil y Gil.

RAMÍ ALBESA, Joaquín:

- *Contratación entre fueros*, Comunitaria a la Unificación de Derecho Civil de Aragón, Zaragoza, 1968, pag. 614-637.

RIERA AISA, Luis:

- *Comercio foral*, Nueva Enciclopedia Jurídica Sers, T. V, Barcelona, 1955.

RIPOLLES Y BALANDA, Mariana:

- *Justiprobencia civil de Aragón. en España y además según el plan del Código civil*. 3 tomos. 1854-1896. Zaragoza, 1897.

RIVAS PEREZ, Jose Antonio:

- *Notas para el estudio de la influencia de la Iglesia en la Legislación Aragonesa de 1747*, AHDE, 1950, pág. 754 y ss.
- *Esquema de la comunidad legal con límites aragoneses en el Derecho de los Fueros y Observancias*, Libro Homenaje a D. Juan Muñoz y Pujol, Estudios de Derecho Aragones, Zaragoza, 1954.

ROCA SASTRE, Ramón M^o:

- *Derecho Aragonés*, 4 tomos, Barcelona, 1948

SAINZ DE VARANDA, Ramón:

- *El sistema jurídico*, ADA, II (1946), pág. 225-343.
- *Jurisdicción en Derecho aragonés* tomos 1894-1926, ADA, IV, 1947-48
- *Las sucesiones en el Derecho aragonés*, B. C. A. Z., n^o 26, 1 julio 1967, pág. 3 y ss.
- *Derecho de la persona y de la familia de la región y estado de las personas de las relaciones entre residentes y desahucios*, de las relaciones penales y estatales, B. C. A. Z., 1967-68, pág. 49 y ss.

SANCHEZ-FRIERA GONZALEZ, M^o del Carmen:

- *El Consorcio Foral Aragonés en relación al Catastro y con el Registro de la Propiedad*, Rev. El Catastro Abril 1990, pp. 54 y ss. ed. Centro de Gestión Catastral, M^o de Economía y Hacienda.
- *La finalidad del Consorcio Foral Aragonés*, Rev. La Gaceta Fiscal, n^o extraordinario Mayo 1991 pp. 23 y ss.
- *Comentario en la Sentencia del TS de 12 de noviembre de 1950*, CXCJC, n^o 25 pp. 55 y ss.
- *Algunos cuestionamientos sobre el Consorcio Foral Aragonés, al hilo de una selección del juzgado de 7^o Instancia de Teruel* (Zaragoza) Revista jurídica de Navarra, n^o 14, Julio-Diciembre 1991, pp. 149 y ss.
- *El Consorcio en el Derecho Civil Aragonés*, Ed. en microfichas por el Instituto de Estudios Aragonéses. También ed. por el Justicia de Aragón.
- *Posible aplicación a la sucesión intestada entre las Observancias 1^o y 5^o de Consorcios Forales*, Rev. Revista de Derecho Civil Aragonés III, 1967, n^o 1.
- *Actas del Foro Aragonés* Séptimos encuentros- Pamplona- El consorcio Foral

SANCHEZ IZQUIERDO, Miguel:

- *El Derecho natural en el ordenamiento jurídico aragonés*, Libro Homenaje a la memoria de D. Juan Muñoz y Pujol, Estudios de Derecho Aragonés, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Zaragoza, 1954

SANCHEZ REBULLIDA, Francisco de Asís:

- *Significado de la Compilación del Derecho Civil Aragonés*, ADA, XDI (1965-66-67), pág. 227 y ss.
- *La unidad de el Derecho Civil de Aragón*, ADX, I, XX, pág. 376 y ss.
- *La unidad aragonesa*, ADA, VII (1956-56), pág. 6-308
- *La unidad de el Derecho Aragonés*, Libro Homenaje a D. Juan Muñoz y Pujol, Estudios de Derecho Aragonés, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Zaragoza, 1954.
- *El artículo de estatuto de la ley*, B.C.A.Z., 1967-68, pág. 213 y ss.
- *De la restitución, Comentario a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, Zaragoza, 1956, pág. 197-228.

SANCIO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro:

- *De la capacidad y estado de las personas*. Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón, Zaragoza, 1986, pág. 301-309.

SAPENA TOMAS, Joaquín:

- *La sucesión en Aragón*, RDP, 39 (1955).
- *El consenso (consuetudinaria) de gananciales*, ADA, VII (1955-54), pág. 147 y ss.
- *En torno a la Ley de Privilegios Eclesiásticos*, RDP, 1953, nº 458.
- *La fuerza del negocio jurídico en el Apéndice al Código civil aragonés*, Aragón, ADC, Tomo IX, 1956, pág. 118-171.

SERRANO MILLÁN, Luciano:

- *Apuntes de Derecho Fideicomisario Aragonés*, Cien años de Legislación Aragonesa, Edita el R. e J. C. A. Z., Zaragoza, 1980.

VALENZUELA LARROSA, José y SANCHO DRONDA, José J.:

- *El Apéndice Ferial Aragonés e Índice de Jurisprudencia*, ADA, III (1946), pág. 375-466.

VALLET DE GUYTIÓLOU, Juan Bautista:

- *La representación del "finado instruido" como ejemplo más favorable*. Trato básico de los Fideicomisos: fuentes e aspectos jurídicos, ADAN, tomo XVI, pág. 593-676.
- *La impugnación por fraude de los actos y con pacto de reserva y con. Se ordenaban judicial y su eficacia en el Derecho civil y en el Ferial catalán*, RDP, 1944, pág. 709-726.

VIEDILLA Y JASSA, Santiago:

- *De la legitimación de demandantes en Aragón*, RDP, 1915, pág. 137 y ss.
- *La capacidad jurídica restringida por testar*. Suplementos de la capacidad y privilegios de los herederos. Estudios de Derecho Aragonés, Zaragoza, 1902.

WOLF, Amalú:

- *Los "Ferial Aragonés" de 1247 y el Vidal Mayor*, AHDE, LII (1987), pág. 167.

V. JURISPRUDENCIA ARAGONESA.

DE 1854 A 1895 - RIPOLLÉS Y BARANDA, Mariano:

- *Interpretación civil de Aragón, recopilada y ordenada según el plan del Código civil*, Zaragoza, 1897, 7 tomos.

DE 1896 A 1926 - SAINZ DE VILLANDA, Ramón:

- *Jurisprudencia de Derecho aragonés 1896-1926*, ADA, IV, 1947-48.

DE 1926 A 1946 - SANCHO DRONDA, José Joaquín y VALENZUELA LARROSA, José:

- *El Apéndice Ferial Aragonés e Índice de Jurisprudencia*, ADA, III, 1946, pág. 375-466.

DE 1950 A 1967 - BERGUA CAMÓN, Jesús:

- *"Los Aragoneses"*, *Jurisprudencia de los Tribunales de Aragón*. Tm 17 tomos.

DESDE 1968 - COLEGIO DE ABOGADOS DE ZARAGOZA:

- *Colección de jurisprudencia*. Complemento al B.C. A. Z.

EL CONSORCIO FOJAL

DESDE 1944 - LORENTE Y SANZ, José:

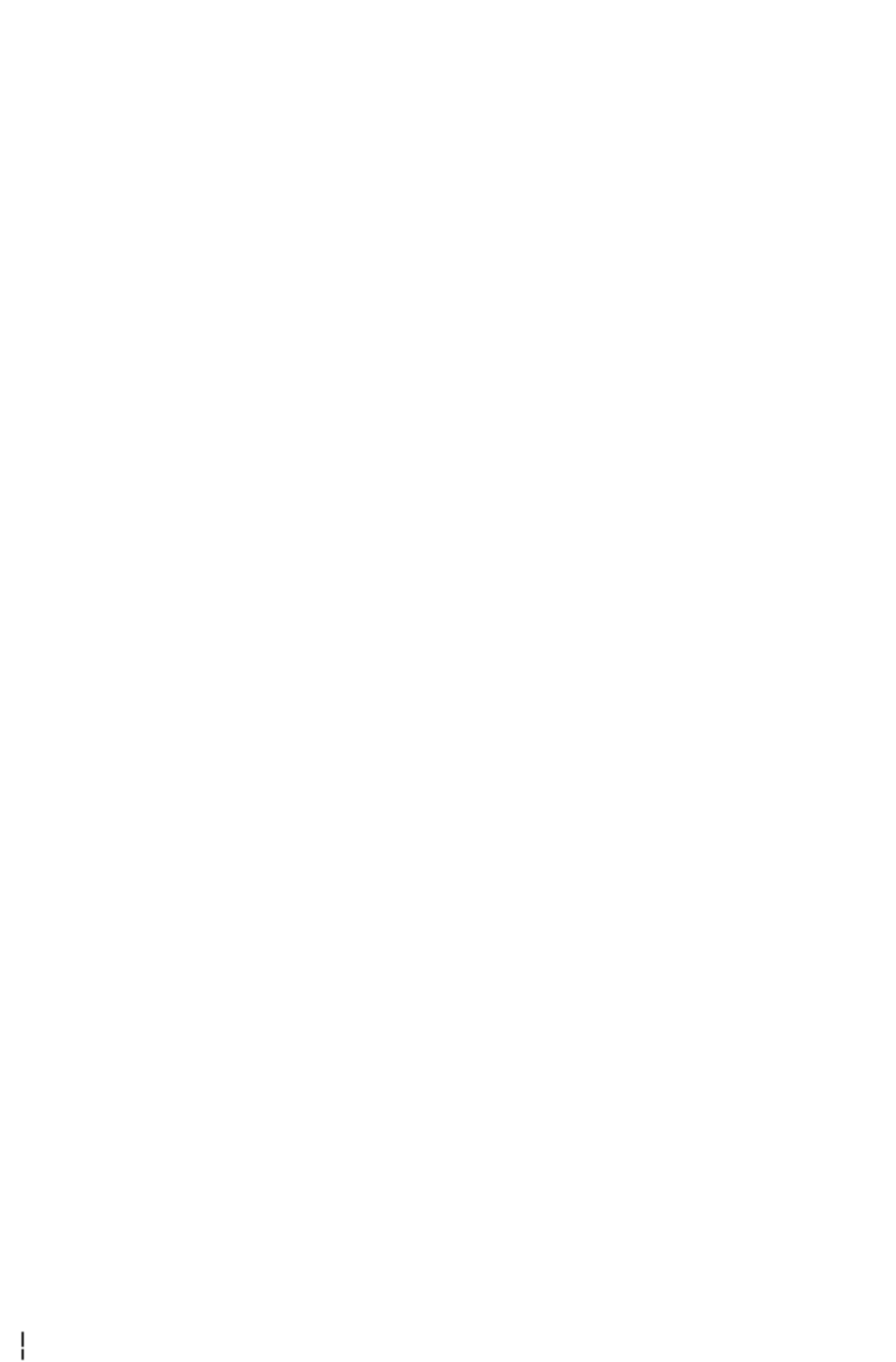
- *Curso de jurisprudencia aragonesa. Tribunal Superior y Sala de lo Civil. Dirección, en todos los Anuarios del Consejo de Estudios de Derecho Aragonesa, C.S.I.C., ADA.*

DESDE 1866 A 1918 - CASALS-CÓLLEDCARRERA.

- *Doctrina Licitá del Tribunal Superior, Aguilar S.A., Madrid, 1952.*

HASTA LA ACTUALIDAD

- *Revista de Derecho Civil Aragonesa. Institución Fernando el Católico. Zaragoza.*



Este libro se terminó de imprimir
el día 4 de septiembre
festividad de Nuestra Señora de la Consolación
en los talleres gráficos de
ARPIrelieve, S.A.
sitos en la calle Gutenberg, 13
Polígono Industrial Molino del Pilar
Zaragoza, 2000





Relación de Títulos
publicados de la Colección
EL JUSTICIA DE ARAGÓN

1. La Fiducia Sucesoria.
José Luis Merino
2. El Consorcio Foral en el Derecho Civil Aragonés.
Carmen Sánchez-Friera González
3. La Protección Internacional de los Derechos del Niño.
Natividad Fernández Sola
4. Informes del Seminario (1954-1958).
Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés.
5. La Edad en el Derecho Civil Aragonés.
Francisco Mata Rivas
6. El Testamento Mancomunado: estudios de documentos notariales aragoneses desde el siglo XVI hasta la actualidad.
Elena Bellod Fernández de Palencia
7. La Junta de Parientes en el Derecho Civil Aragonés.
Rafael Bernad Mainar
8. Los Antecedentes Históricos de la Justicia Constitucional en el Reino de Aragón.
José Iglesias Gómez
9. De la Protección de la Infancia a la Prevención de la Delincuencia.
María José Bernuz Beneitez
10. Pactos o Capitulaciones Matrimoniales en Derecho Internacional Privado.
María del Pilar Diago Diago



EL JUSTICIA DE ARAGÓN