Mª DEL CARMEN SANCHEZ-FRIERA GONZALEZ

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

EL CONSORCIO FORAL EN EL DERECHO CIVIL ARAGONES

FACULTAD DE DERECHO
BIBLIOTECA
ZARAGOZA

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE (MADRID)
FACULTAD DE DERECHO

EL CONSORCIO FORAL EN EL DERECHO CIVIL ARAGONES

Tesis que, para la colación del grado de Doctor en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, presenta Mª del Carmen SANCHEZ-FRIERA GONZALEZ, bajo la dirección de los Catedráticos de Derecho Civil Dr. José Luis LACRUZ BERDEJO (q.e.p.d.) y Dr. Jesus DELGADO ECHEVERRIA.

30 - Abril -1991

MADC X53 1235008

Título: El Consorcio Foral en el Derecho Civil Aragonés
Autor: María del Carmen Sánchez-Friera González ©
Edita: El Justicia de Aragón
D.L.: Z- 2423-94
Realiza: HT Grupo Tafalla, S.L.

A la memoria de mi padre

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

INDICE

PRESENTACION 17
PROLOGO 19
CAPITULO 1°.- ANTECEDENTES HISTORICOS Y PRESENTE DEL CONSORCIO FORAL ARAGONES 23
I.- El consorcio foral 23
1.- El texto legal vigente: artículo 142 de la Compilación 23
II.- Historia legislativa 24
1.- Fueros *De communi dividundo* que regulan la figura 24
2.- El consorcio foral en las distintas redacciones del Fuero de Jaca 26
3.- Recopilaciones privadas de los Fueros de Aragón 29
4.- Compilación de Huesca de 1247 31
5.- Observancias relativas al consorcio foral 32
III.- Antecedentes de la comunidad consorcial en los documentos de aplicación del Derecho 34
1.- Nacimiento de la comunidad consorcial 35
2.- Actuación conjunta de los consortes 36
3.- Origen de los bienes consorciales 38
4.- Adquisiciones efectuadas por la comunidad consorcial 39
5.- Hermanos e hijos de hermanos como integrantes de la comunidad consorcial 39
6.- Extinción de la comunidad consorcial 40
7.- Disposición a favor de consorte 42
IV.- Estudio de la figura en otros Fueros territoriales medievales 43
1.- Las fuentes navarras 44
A. El Fuero General de Navarra 45
B. Fuero de Tudela 47
C. Fuero de Viguera y Val de Funes 48
2.- Fuero de Teruel 48
3.- Fuero de Albarracín 50
4.- Fuero de Sepúlveda 50
5.- Fuero de Cuenca 51
6.- Fuero de Alcalá de Henares 52
7.- Fuero de Molina 53
8.- Fueros de Alcaraz, Alcorcón y Plasencia 53
9.- Fueros de León 53
10.- Fuero Viejo de Castilla 54
11.- Textos medievales en los que la regulación de la comunidad hereditaria entre hermanos tiene caracteres distintos de los hasta ahora señalados 55

V.- Estudio diplomático de la institución en la Edad Media Española 56
1.- Región astur-cántabra 58
2.- Región galaico-portuguesa 60
3.- Región castellano-leonesa 63
4.- Cartularios de la región navarra 66
5.- Cartularios de la región catalana 67
VI.- Universalidad de la figura consorcial 70
VII.- Consideraciones sobre el posible origen de la figura en el Derecho español 72
1.- La época prerromana: los celtas 73
2.- El consortium ercto non cito romano 73
3.- Las comunidades familiares germánicas 76
4.- El ordenamiento jurídico visigodo 79
5.- Hipótesis sobre origen de la figura 81
VIII. Valoración de la figura consorcial 81
1.- En la época de los Fueros 81
2.- Congreso de Jurisconsultos de 1881: informe de D. Pascual Comín 85
3.- Supresión de la figura en el Apéndice de 1926 88
IX.- Justificación actual de la figura 90
X.- De lege ferenda 92
CAPITULO 2°.- NATURALEZA JURIDICA DEL CONSORCIO 93
I.- Generalidades 93
II.- La comunidad consorcial 94
1.- Epoca de los Fueros 94
2.- La comunidad en las Observancias 97
3.- Concepción de la comunidad consorcial según la doctrina 98
III.- Diferencias y analogias con el instituto de la sociedad 103
1.- Origen del contrato de sociedad 103
2.- Diferencias entre ambos institutos 106
A. Por su origen 106
B. Por su elemento personal 107
C. La affectio societatis 107
D. Por su fín 108
E. Personalidad jurídica 109
IV.- La hipótesis de comunidad 110
1.- Tipos de comunidad 112
V.- Naturaleza de la comunidad consorcial 115
VI.- Carácter de las normas que rigen el consorcio foral 117

1.- ¿Son normas de Derecho necesario o bien de Derecho dispositivo? . 117
A. Orden jerárquico de las fuentes del Derecho Aragonés 118
B. Los principios tradicionales inspiradores del Derecho Civil Aragonés 119
C. El principio *standum est chartae* 121
VII.-Disponibilidad del vínculo por el causante del consorcio 127
CAPITULO 3°.- **ELEMENTO SUBJETIVO DEL CONSORCIO** 129
I.- Hermanos e hijos de hermanos, como integrantes de comunidad consorcial 129
1.- En los diplomas 130
2.- En los Fueros y Observancias 131
3.- En la doctrina 132
A. ¿Hijos de doble vínculo o de vínculo sencillo? 133
II.- Derecho de representación 135
1.- Generalidades 135
2.- El derecho de representación en el Derecho Aragonés y su aplicación al consorcio foral 137
A. Entrada de hijos de hijos premuertos 137
B. Derecho de representación a favor de ulteriores descendientes 142
3.- Derecho de representación en linea colateral. Opiniones doctrinales en relación con la Observancia 14 *De Consortibus ejusdem rei* 143
III.- El elemento personal en la doctrina posterior 145
IV.- Consorcio subsiguiente o modificación subjetiva del consorcio .. 146
1.- Adquisición de la cualidad de consorte al suceder al consorte muerto 147
2.- Opiniones doctrinales y exámen de la Observancia 14 *De consortibus ejusdem rei* 150
V.- Cualidad jurídica de los hijos 154
1.- Hijos naturales 154
2.- Hijos ilegítimos 157
3.- Hijos adoptivos 159
4.- Hijos legitimados por subsiguiente matrimonio y por rescripto real o papal 160
5.- Posiciones doctrinales respecto a qué clase de hijos entraban en consorcio 161
VI.- El elemento personal del consorcio en la regulación actual 169
1.- Consorcio originario: hijos e hijos de hermanos 170
2.- Ascendiente común 171
3.- Entrada, por derecho de representación, de ulteriores descendientes 172

4.- Cualidad jurídica de los hermanos e hijos de hermanos 174
VII.-Modificación subjetiva del consorcio 175
1.- Los hijos o descendientes sucesores en la cuota consorcial ¿adquieren la cualidad de consortes? 177
VIII.- Supuesto especial derivado del artículo 141 de la Compilación 180
CAPITULO 4°.- ELEMENTO OBJETIVO DEL CONSORCIO 183
I.- Determinados bienes inmuebles como elemento objetivo del consorcio 183
II.- Bienes que presumiblemente integraban el activo de la comunidad consorcial con anterioridad a los Fueros 184
1.- En la época de los Fueros 184
A. Análisis de la palabra *haereditas* o *hereditas* empleada por los Fueros 185
2.- El elemento objetivo del consorcio en las Observancias 189
3.- Evolución posterior de la doctrina 191
4.- Opinión de la doctrina hasta la derogación de los Fueros y Observancias 195
5.- Jurisprudencia 198
III.- Distinción entre bienes muebles e inmuebles en el Derecho histórico 198
IV.- Bienes afectos al consorcio foral 203
V.- Régimen actual 206
1.- Bienes inmuebles 206
2.- La presunción aragonesa de inmobilidad 207
3.- ¿Es necesario que los bienes inmuebles se tengan en pleno dominio? 208
A. Doctrina del Tribunal Supremo 210
CAPITULO 5°.- TITULO ADQUISITIVO 215
I.- Notas sobre el régimen sucesorio aragonés 215
1.- De los siglos IX al XIII 215
2.- Epoca de los Fueros 217
II.- Título para inducir consorcio en los Fueros *De communi dividundo* y las Observancias *De consortibus ejusdem rei* 221
III.- Sucesión testada e intestada 223
IV.- Sucesión mediata e inmediata 224
1.- Sucesión por sustitución fideicomisaria 225
V.- Sucesión a título universal y a título particular 227
VI.- Necesidad de un mismo título 232
VII.-Bienes recibidos a título de donación 235

1.- La donación en la Compilación de 1247 235
2.- Posturas doctrinales 239
VIII.Exclusión de los bienes adquiridos por otro título 244
IX.- El título adquisitivo según la regulación actual 247
1.- Adquisición a título gratuito 247
X.- Inicio del consorcio en caso de donación 250
XI.- Inicio del consorcio en caso de contrato sucesorio 252
XII.-Sucesión mediata o inmediata 253
1.- Supuesto de sustitución fideicomisoria 254
2.- Fiducia sucesoria 256
XIII.Sucesión a título universal y a título particular ¿se necesita un mismo título para formar consorcio? 258
CAPITULO 6°.- ADQUISICION PROINDIVISO 261
I.- La indivisión como presupuesto de la comunidad consorcial 261
1.- En el Derecho histórico 261
2.- La proindivisión en la regulación actual 263
II.- Indivisibilidad de los bienes 264
1.- Los bienes indivisibles en los Fueros 265
2.- Los bienes indivisibles en las Observancias 268
3.- Régimen de los bienes indivisibles en otros Textos medievales españoles 269
4.- Opiniones doctrinales 271
5.- Regulación actual en cuanto a bienes indivisibles 280
CAPITULO 7°.- EFECTOS DEL CONSORCIO: LA INALIENABILIDAD DE LA CUOTA CONSORCIAL POR ACTOS "INTER VIVOS" 285
I.- La prohibición de enajenar 285
II.- La prohibición de disponer por actos "inter vivos" en la época histórica 286
1.- En los Fueros y Observancias 286
2.- La prohibición de disponer en los diplomas 289
3.- Doctrina 291
4.- Jurisprudencia 296
III.- Excepciones a la inalienabilidad en el Derecho anterior 296
1.- Enajenación a favor de consortes 297
A. En los Fueros y Observancias 297
B. En la doctrina 299
2.- Enajenación "inter vivos" a favor de hijos 301
3.- Posibilidad de enajenación conjunta de los consortes 304
4.- Disposición por estado de necesidad de un consorte 307

5.- ¿Podía el consorte obligar su parte en los bienes consorciales para garantizar la restitución de la dote por la mujer aportada? 309
6.- Posibilidad de disponer de los bienes consorciales para dotar a las hijas y pacto de hermandad celebrado con dichas dotes 311
7.- 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 318
A. Responsabilidad por deudas del causante del consorcio 319
a. La responsabilidad de los herederos en los Fueros y Observancias 319
b. Doctrina 323
B. Posibilidad de venta de la cuota consorcial para pagar deudas del consorte 324
a. Responsabilidad delictual en los Fueros y Doctrina 324
b. Responsabilidad contractual 329
IV.- Alcance de la prohibición de disponer según la regulación que del consorcio foral hace el artículo 142 de la Compilación vigente 331
1.- La prohibición de disponer 331
V.- Excepciones a la inalienabilidad de la cuota consorcial 334
1.- Enajenación "inter vivos" de la cuota a favor de otro consorte .. 334
2.- Enajenación "inter vivos" a favor de hijos 336
3.- Disponibilidad a favor de extraño con consentimiento de los otros consortes y disponibilidad conjunta de los consortes 339
4.- Excepción a la indisponibilidad "inter vivos" de la cuota consorcial cuando el bien sobre el que recaiga sea indivisible 340
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 343
6.- Posibilidad de venta de la cuota consorcial para hacer frente a responsabilidades por actos realizados por el consorte 345
7.- Disposición por estado de necesidad de un consorte 347
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 348
1.- En el Derecho histórico 348
A. Disposiciones forales 348
B. Doctrina 351
2.- La ineficacia del acto dispositivo "inter vivos" celebrado contra consorcio en la regulación actual 352

CAPITULO 8°.- EFECTOS DEL CONSORCIO: PROHIBICION DE DISPONER POR ACTOS "MORTIS CAUSA" 357
I.- La prohibición de disponer por actos "mortis causa" 357
II.- La prohibición de disposición por actos "mortis causa" en el Derecho histórico 358
1.- En los Fueros y Observancias 358
2.- En la doctrina 360
A. Prohibición absoluta de testar el consorte sin descendencia y posibilidad de efectuar disposición "mortis causa" el que la tuviere . 360
B. ¿El padre consorte podia disponer sólo a favor de hijos, o bien dentro de este término se entendía incluido cualquier descendiente? 366
C. Calidad jurídica de los hijos beneficiarios de la cuota consorcial ... 368
III.- Formas de disposición "mortis causa" en la Edad Media 370
IV.- La prohibición de disponer por actos "mortis causa" según la regulación actual 374
1.- Formas que el Derecho aragonés admite para la disposición "mortis causa" 375
A. Problemática que puede presentar respecto al consorcio foral el testamento mancomunado 377
B. Pacto al más viviente 379
C. Particularidades de la fiducia sucesoria 381
V.- Concepto de descendientes en el artículo 142 de la Compilación 384
VI.- Condición jurídica de los descendientes 385
VII.-Consecuencias jurídicas del incumplimiento por el consorte de la prohibición de disponer "mortis causa" a favor de extraño 386
1.- Testamento otorgado a favor de otro consorte 390
2.- Jurisprudencia 391
CAPITULO 9°.- EL FALLECIMIENTO DEL CONSORTE SIN DESCENDIENTES 393
I.- El acrecimiento consorcial 393
1.- El acrecimiento consorcial en los Fueros 393
2.- En otros Derechos territoriales 396
3.- El acrecimiento en las Observancias 399
II.- Posiciones doctrinales respecto a la naturaleza del acrecimiento consorcial 400
III.- Resoluciones de Tribunales 409
1.- Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado.. 409
2.- Resolución de la Dirección General de lo Contencioso 411
3.- Sentencia del Tribunal Supremo 413

IV.- El derecho de acrecer regulado en el Código Civil 413
V.- Diferencias entre el acrecimiento consorcial y el derecho de acrecer regulado en el Código Civil 418
VI.- La sustitución fideicomisoria 419
1.- Paralelismos y diferencias entre la sustitución fideicomisoria y el acrecimiento consorcial 424
VII.-Nuestra opinión respecto a la naturaleza del acrecimiento consorcial 429
VIII.Mecanismo del acrecimiento consorcial 434
1.- En el Derecho histórico 434
2.- En la regulación actual 439
IX.- Excepciones al acrecimiento consorcial 443
1.- En el Derecho histórico 443
A. Existencia de descendientes 443
a. En los Fueros y Observancias 443
b. Doctrina 445
B. Monasterio 446
C. Sustituto nombrado por el causante del consorcio 449
2.- Excepciones al acrecimiento en la regulación actual 450
A. La existencia de descendientes 450
B. Existencia de sustituto nombrado por el causante de consorcio 452
X.- El acrecimiento consorcial y la viudedad aragonesa 452
1.- Origen y caracteres del derecho de viudedad 453
2.- El cónyuge sobreviviente ¿ha de tener viudedad sobre la cuota consorcial? 454
A. En el Derecho histórico 454
B. Jurisprudencia 459
C. Estado de la cuestión en la regulación actual 460
XI.- Conflicto entre el acrecimiento consorcial y el recobro de donaciones ex artículo 130 de la Compilación 465
1.- El derecho a recobrar por los padres donantes 466
2.- Preferencia entre estos dos derechos 468
CAPITULO 10°.- LA EXTINCION DEL VINCULO CONSORCIAL 473
I.- La división como extinción de la comunidad consorcial 473
II.- La partición en el Derecho histórico 473
1.- Requisitos exigidos para la validez de la partición en los Fueros y Observancias 473
2.- La partición en otros Derechos territoriales 477

3.- Tipo de fianza exigida para la partición en el Fuero 6º *De communi dividundo* 478
A. Fianza de salvedad 479
B. Opiniones doctrinales respecto a la fianza exigida para la partición 481
4.- Excepciones a la exigencia de documento público en la partición 485
A. Convalidación por muerte de un consorte 485
B. Por transcurso de diez años 486
C. Partición privada por tres veces realizada 488
III.- Quien puede pedir la partición 490
1.- Supuesto de ausencia de algún consorte 491
A. En los Fueros *De communi dividundo* 491
B. En otros Derechos territoriales 492
C. En la doctrina 494
2.- Supuesto de menores de edad 495
IV.- Caudal partible 497
1.- En los Fueros y Observancias 497
2.- Doctrina 498
V.- Modo de hacer la partición y condiciones de la misma 500
1.- Delimitación de los bienes adjudicados 501
2.- Total 502
3.- Duradera 502
4.- Que la partición no esté sometida a condición 505
5.- Partición extrajudicial (por árbitros o por los propios consortes) .. 505
VI.- Otras formas de extinción del vínculo consorcial 506
VII.- ¿La sola petición de partición faculta para enajenar validamente? 508
VIII.- La disolución del consorcio en la regulación actual 510
IX.- La facultad de pedir la división de la comunidad consorcial 511
1.- Problemática en el supuesto de que el causante hubieprohibido la división de los bienes consorciales 512
A. Plazo por el que puede imponerse la prohibición 515
2.- Acuerdo de los consortes de no dividir 517
X.- Legimitación para pedir la división 518
1.- Menores de edad 518
2.- Menores de edad, mayores de 14 años 521
A. Menores, mayores de 14 años, casados 523
B. Menores, mayores de 14 años, que vivan independientes 523
C. Oposición de intereses 524
XI.- Forma y procedimiento de la partición 526

XII.-Otras formas de extinción del vínculo consorcial 528
1.- ¿Es válido el pacto realizado por los consortes de excluir los efectos consorciales sin partición de los bienes? 530
2.- La simple petición de división se consideraría con virtualidad suficiente para la enajenación, por un consorte, de su cuota consorcial? 531
CAPITULO 11°.- TRATAMIENTO FISCAL DE LA FIGURA CONSORCIAL 533
I.- Régimen impositivo en la época de los Fueros y Observancias 533
1.- El impuesto del maravedí o monedaje 533
2.- El monedaje sobre bienes en consorcio 534
3.- La cuestión en otros Derechos históricos 537
II.- El impuesto de sucesiones. La Resolución de la Dirección General de lo Contencioso del año 1917 538
III.- Situación actual: estudio de la nueva Ley de Sucesiones de 1987 en su aplicación al consorcio 543
IV.- Curvas representativas para el estudio de la aplicación de la Ley de Sucesiones de 1987 y la Ley de Sucesiones anteriormente vigente 547
BIBLIOGRAFIA 557

PRESENTACION

Recientemente, en el prólogo del libro con el que se iniciaba esta Colección del Justicia de Aragón, ponía de relieve como es mejor adelantarse a los problemas que ir detrás de ellos. Viene al caso recordar esta cita, porque El consorcio foral aragonés *es una magnífica pieza doctrinal que cumple con este objetivo y la fidelidad a nuestra tradición foral, hurgando en las mismas raíces de la historia. Presente y pasado se conjugan en este trabajo con un neto horizonte: esclarecer los múltiples problemas que la figura presenta y acomodar la regulación actual de la institución a su sentido histórico, preparando su eventual reforma conforme a las líneas tradicionales.*

Esta monografía, cuya factura corresponde a la Dra. Carmen Sánchez-Friera, Profesora Titular de Derecho Civil de nuestra Universidad de Zaragoza, es bien recibida, porque contribuye a proseguir -con una encomiable obra que hubiera quedado limitada, de otra forma, a una edición restringida para estudiosos- en el camino emprendido por El Justicia de Aragón de contribuir a la mejora de nuestro Derecho con la publicación de obras que, como la presente, pongan al servicio del jurista estudios serios y fundamentales.

No hay más que pasar revista al índice de esta obra para observar que su contenido está lleno de interés, no sólo por su valor científico sino, también, por la incidencia significativa que en la práctica cotidiana tiene. El interés doctrinal del trabajo se centra en construir los rasgos fundamentales de la institución: esencial desde un punto de vista teórico para el conocimiento exacto del consorcio foral y para exponer adecuadamente las normas que rigen la figura; necesario también desde un punto de vista práctico, ya que, según la construcción que se adopte, serán diferentes las soluciones que hayan de darse a los diversos y específicos problemas no previstos en su regulación actual.

Se podrá ser o no partícipe de sus conclusiones, pero sin duda, la obra que tengo la satisfacción de presentar constituye un ejemplo de buen hacer de su autora, cuyos méritos han sido reconocidos académicamente por este trabajo: Premio Extraordinario de Doctorado

por la Universidad Complutense de Madrid y Premio Nacional de Investigación Jurídica otorgado por la Real Academia de Doctores; sin olvidar la publicación que "para contribuir a la ciencia" editó el Rectorado de dicha Universidad por indicación del Tribunal que juzgó esta obra, presentada como Memoria para la colación del grado de Doctor.

La misión del Justicia no se limita a favorecer el estudio y la investigación de nuestro Derecho, debe ser también su altavoz, allegar su conocimiento es una manifestación de tutela de nuestro ordenamiento jurídico aragonés y El consorcio foral aragonés *encuentra su eco en esta Colección del Justicia de Aragón.*

Juan Bautista Monserrat Mesanza
JUSTICIA DE ARAGON

PROLOGO

Como lector, no soy muy amante de prólogos y preámbulos. En realidad, pocas veces los leo en su lugar teórico de preludio y apertura, sino que, tras una ojeada al índice, abro el libro por cualquier punto que me llame casualmente la atención y comienzo a leer casi al azar unas páginas, pocas o muchas, mientras mantienen mi interés. Si en estos primeros minutos el libro no logra atraerme, raro será que lo lea entero, salvo razones profesionales absolutamente ineludibles. Para hacerme una idea del libro no suelen servirme los prólogos. Acaso, posteriormente, para satisfacer mi curiosidad por el entorno del autor o de la obra.

Quien tenga similares inclinaciones y, por tanto, llegue a estas líneas tras haber hecho unas catas en la sustancia de la obra de la Dra. Sánchez-Friera, ya sabe a qué atenerse. Cualquiera de sus muchas páginas que haya tenido a la vista le habrá mostrado su rimero de notas al pie y los demás signos externos que acompañan a las obras científicas trabajadas con buen método: requisitos mínimos de toda aportación que aspire a dar algún paso en el progreso del conocimiento jurídico, más allá de las meras intuiciones u ocurrencias ocasionales. Es claro que este libro es una tesis doctoral, género al que corresponden parte importante de las monografías jurídicas que hoy se publican en España. Como puede esperarse de una tesis doctoral de derecho aragonés, es exhaustivo el acopio de antecedentes históricos, la utilización de las fuentes de conocimiento, la aportación de las oponiones anteriores y de las decisiones judiciales cuando las hay, el planteamiento pormenorizado de los diversos aspectos y el análisis, hasta donde es posible, de todas las implicaciones.

El lector que haya hecho camino por su cuenta en las páginas de esta monografía, habrá comprobado que su autora no se conforma con traer ordenadamente opiniones ajenas, ni se limita a exponer problemas conocidos. Aborda otros nuevos, con buen sentido práctico, y hasta se permite –muy adecuadamente, en mi opinión– exceder el campo estricto del Derecho civil para plantear, con realismo y los pies en el suelo, el tratamiento fiscal del consorcio foral.

En su forma de abordar los temas, nada da por bueno sin discusión. Nada acepta por encontrarlo corriente en los libros, ni por la mera

autoridad, así sea la del Profesor Lacruz Berdejo, por quién la doctora tiene, sin embargo, especial devoción. Una vez todo discutido y discernido, sienta sus propias conclusiones, que no tienen como propósito deslumbrar por su originalidad divergente, sino iluminar con razones y argumentos el pasado de nuestro Derecho y su aplicación en el presente.

Llegar a estos resultados es el final de una larga tarea comenzada con ilusión hace años. El Profesor Lacruz le sugirió el tema y encauzó la investigación, cuando Carmen Sánchez-Friera planteó al insigne jurista y foralista aragonés su deseo de iniciar una tesis. Que versara sobre Derecho aragonés creo que fue iniciativa de la doctoranda, leonesa de origen, afincada en Huesca y conocedora de este Derecho profesionalmente. Correspondía al talante abierto y generosidad intelectual del Profesor Lacruz aceptar la dirección de un trabajo académico sin más que recibir petición, y a su sentido de la libertad reconocerla plena en quien a él se acercara: que, a veces así se sorprendiera su buena fe o se traicionara luego la lealtad esperable no le movió a alterar esta conducta hasta su muerte. Puesto que a petición de la Dra. Sánchez-Friera escribo este prólogo, es claro que no se encuentra en el pequeño número de los desagradecidos, sino que, antes al contrario, se une al mucho mayor de los que reconocen para con el extinto maestro una deuda de gratitud intelectual, al comprobar que apenas podemos dar un paso en el estudio de las instituciones civiles aragonesas y otear nuevos horizontes sin subirnos a sus espaldas.

Me pareció obligación de escuela continuar la dirección de la tesis comenzada. Con este talante la asumí, consciente de los problemas adicionales que tiene dirigir un trabajo ya encauzado a cuyos primeros pasos no se ha asistido. Desde el momento en que Carmen Sánchez-Friera me presentó su primer centenar de páginas respiré tranquilo. A partir de ahí –aun con los apuros y prisas casi inevitables en un final de tesis– todo fue fácil y grato, pues a la capacidad de trabajo de la doctoranda se unía –a pesar de ciertas apariencias contrarias– una reflexiva docilidad que le llevaba a tomar muy en serio mis sugerencias para hacer con ellas luego, en definitiva, lo que bien le pareciera (como debe ser).

Fue para mi una satisfacción muy sentida ver el resultado del trabajo y ver también cómo era apreciado por un Tribunal académico ni local ni localista. A veces se critica desde medios aragoneses –con muy poco sentido, en mi opinión– que algunos dediquemos parte de nuestro tiempo al estudio del Derecho aragonés. En ocasiones, desde fuera se valora mejor el esfuerzo y el resultado. El hecho es que esta tesis doctoral se

presentó en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (la que fue, legalmente, la "Central": ¿dónde menor inclinación a los localismos sentimentales?), y fue juzgada por un Tribunal designado por su Departamento de Derecho civil. Entendieron sus cinco miembros que merecía el "cum laude" y aconsejaron a aquella Universidad la publicación de la obra.

La Complutense, siguiendo una encomiable práctica –supuesto que la publicación comercial de tesis no está a su alcance–, reprodujo unas decenas de ejemplares en facsimil, que distribuyó por las bibliotecas especializadas, honor que sólo alcanzan unas pocas de las mejores tesis leidas en aquella Universidad.

Para entonces, la Complutense le había conferido Premio Extraordinario de Doctorado. Poco después recibió el Premio Nacional a la Investigación Jurídica "Luis Martínez Calcerrada", de la Real Academia de Doctores, discernido mediante concurso entre tesis leidas en toda España los años 1991 y 1992.

Era, simplemente, necesario que se imprimiera este estudio de Derecho aragonés en una edición normal y se difundiera entre nosotros. Es un acierto que la haya patrocinado el Justicia de Aragón, a quien agradezco el gesto, la oportunidad y la diligencia con que ha asumido y gestionado la publicación. Como ciudadano aragonés, me complace señalarlo como buen ejemplo de lo que los poderes públicos pueden (¿deben?) hacer por nuestro Derecho.

Como universitario, me complace especialmente que el resultado de un trabajo iniciado y completado dentro de la Universidad produzca frutos fuera de ella. ¿Qué otra finalidad podrían tener sino servir a la sociedad? No es la primera contribución que desde la Universidad hacemos al estudio y progreso del Derecho aragonés (tesis, publicaciones, bases de datos, cursos, seminarios...) ni será la última. En realidad, ni siquiera es mérito que la Facultad de Derecho de Zaragoza sea el mayor vivero de estudiosos y estudios sobre Derecho aragonés, pues para eso estamos. Cuando otras instituciones, como ahora tan gallardamente el Justicia, complementan lo que la menesterosa Universidad por sí no puede hacer, pensamos que las cosas van por el buen camino.

JESUS DELGADO ECHEVERRIA

Catedrático de Derecho civil

CAPITULO 1º

ANTECEDENTES HISTORICOS Y PRESENTE DEL CONSORCIO FORAL ARAGONES

I.- EL CONSORCIO FORAL ARAGONÉS.

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.

Esta comunidad está caracterizada por dos notas esenciales: la exigencia de actuación a mancomún de todos sus miembros, para los 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.

De la exigencia de actuación a mancomún deriva la prohibición para los consortes, individualmente considerados, de disponer de la parte o cuota ideal que en la misma les corresponde, tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa*, excepto los consortes que tengan descendencia que podrán disponer a favor de la misma.

1.- El texto legal vigente: Artículo 142 de la Compilación.

La institución denominada "Consorcio foral" viene regulada en el art. 142 de la vigente 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:

1°.- Ninguno de los consortes puede enajenar, gravar ni obligar la parte que le corresponde en los bienes indivisos.

2°.- Tampoco puede disponer de su parte por actos "mortis causa" sino en favor de sus descendientes.

3°.- 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 reproduce, aproximadamente, reglas contenidas en los Fueros *De Communi dividundo* y en las Observancias del Titulo *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", y se regula en los mismos términos que rige en la actualidad.

II.- HISTORIA LEGISLATIVA

1.- Fueros De communi dividundo[1] que regulan la figura.

Fuero 1°. *Omnes haereditates quae de avis, aut de patre, aut de matre ad filios, vel filias, pertinent defunctis genitoribus eorum, aliquis filius, vel 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 divisé, & determinate, moriatur: alii fratres qui non sunt in sorte cum eo nullo*

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

modo possunt demandare partem, nec consequi in parte defuncti, nisi ille, vel illi cum quibus erat in sorte.

Fuero 2°. *Nullus filiorum si plures sunt unius patris, & matris: potest aliquid de suo avolorio impignorare, vendere, sive dare, vel aliquo alio modo alienare: etiam si alienare velit partem quam in suo est avolorio vel patrimonio accepturus, usquequo determinate & divise 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 divise, & 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 3°. *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. Veruntumen redditus eorum debent & possunt dividi secundum, quod haeredes habent partem in eis.*

Fuero 6°. *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 7°. *Si unus frater ante divisionem paternorum bonorum ex ipsis bonis aliquid acquisierit, 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 Echeverría[1], "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 Jaca[2], obra de jurisconsultos aragoneses, ya aparece regulada la 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 parágrafo 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.

1.- 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.

2.- Molho, Mauricio - *El Fuero de Jaca* - Escuela de Estudios Medievales - Instituto de Estudios Pirenaicos, Zaragoza 1964 - Redacción A1, parágrafo 45, pag. 48 . Contenida esta redacción en el códice 17801 Biblioteca Nacional (Madrid). El códice J.J.O.O. de los Archives Nationales de Paris (Redacción A2, De Molho) no contiene regulación del consorcio foral (A2).

En el 253.- *"De convenent partición entre germans"*. Se establece la posibilidad de apartarse por tres veces de la partición efectuada sin "cart" ni fianzas. Y en el páragrafo 272.- *"De heredat que no es partida entre parentz e algun d´aquels vol dar sa pars"*[1], se prohibe al consorte donar, sin consentimiento de los demás, su haber consorcial.

La Recopilación contenida en el códice J.J.N.N. de los Archives Nationales de París[2] 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: *"De heredat que ayen les filltz o les filles que non sia partida": ninguna heredat que ayen les filltz o les filles del payre o de la mayre apres lur mort, si els non partian les heredatz, ningun d´els non poden vendre, nin donar, nin empeynar troa que cada un aya sa part conoysuda e lur partida sia firmada ab bona carta e si aven assí que les II frayres ayen lur heredat ensenble e les II frayres altresi e si algunos d´els moren avantz que conoysuda sia aquela heredat de cada un, aquels que no an que veyre en la heredat d´aquest mort non poden demandar part, mays romayndra ad aquel ab qui se tenia sa heredat.*

Se observan ciertos cambios en el parágrafo 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 tuvieren 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"*[3]. En las Redacciones contenidas en los

---

1.- Las disposiciones contenidas en el parágrafo 272 de la R.A[1] del Fuero de Jaca se corresponden con el parágrafo 124 de la recompilacón privada publicada por Ramos Loscertales AHDE II.

2.- Molho, Mauricio - Recopilación B. parágrafo 90, pág. 228.

3.- Molho - Redacción B - parágrafo 73: "*De baynnts e de fornt e de molius - Molst castels y a or y a baynts y fornts y molins en que au part mols omes per avolori o per patrimoni o en alt (r) a manera dreyturera car atals logars non se poden partir asi com altres heredats. Si algun del hereders lo vol vendre o empeynar o en alguna altra manera dreyturara mudar (en) altre synnoriu en la carta d'aquel fayt den aver: "Jo, Fulan vendi o meti en paynts o deney a tu, Fulan o mudy a ton seynnoriu la mitat o la tercerca part o la carta o plus d'aquel molin 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 feytos mays les rentes d'aquels deven estre departides a cadca un sa part, car les logars que atals son non ponden estre demostrats*".

códices 13271 de la Biblioteca Nacional (Madrid) y en el 1015, Biblioteca de Catalunya (Barcelona)[1] igualmente aparece la figura del consorcio foral, si bien, con una deficiente redacción en la segunda de ellas[2], que hace resulte oscuro el acrecimiento consorcial.

La redacción contenida en los códices 943 y 944 de la Biblioteca Nacional de Palacio[3] regulan la figura consorcial en su parágrafo 75: *"De non vendre heredat non partida". Ningunes heredatz que ayen filtz o filles de payre o de mayre o de ayols, apres lur mort d´els ningun d´els non pot nin deu vendre ni empeynnar ni alienar en ninguna manera ninguna de les heredatz troa que cadaun d´els aya sa part conoyssuda e lur particion sia firmada con carta valedera. Et si per aventura aven en la partilla assí que de dos en dos, o de tres en tres, o mays, ayen una sort ensemble, si algun d´els mor avantz que aya partit ab les altres ab qui es en sort et fermat assí com sobre dit es, les altres freyres non poden ren demandar ni an dreyt en aquela heredat sinon aquel o aquels con qui era en sort".*

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

1.- Redacciones C y D respectivamente en Molho.

2.- Molho - Redacción C, en parágrafo 70 y Redacción D, parágrafo 69, págs. 348 y 149. op. cit. El Fuero referido a bienes indivisibles, está contenido en los parágrafos 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 cotitularidad 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.

3.- Molho, Redacción E, y Ramos Loscertales, José Mª - Barcelona 1927, parágrafo 75. El parágrafo 279 recoge la excepción referida a castels, baños, hornos y molinos, aquí con buena redacción.

3.- Recopilaciones privadas de los Fueros de Aragón.

De las recopilaciones privadas publicadas por Ramos Loscertales[1] la RI no contiene disposición alguna referida a la figura que estudiamos. En cambio en la RII existen varios parágrafos que disciplinan aspectos de la misma, aunque carece la figura de una regulación completa. Así vemos, que el parágrafo 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 acrecimiento 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 illí donativo quod hereditas non fuit divisa, et quod non consessit illam donationem ipse potest hoc prohibere; set si hereditas est divisa et potest habere testes potest facere donativum et cum ratione facia quicquid facit"*. Es de señalar que este parágrafo coincide con el 272 del Fuero de Jaca[2], uno de los que, como anteriormente vimos, regulan en el citado Fuero, la figura del consorcio. Regula también esta Recopilación en su parágrafo 103[3] la posibilidad de apartarse tres veces de la partición efectuada entre hermanos, si ésta no se realiza y firma en carta. Cuestión ésta que no aparece regulada en el Fuero de Jaca[4]. Respecto al régimen a seguir en los bienes de

---

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

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

3.- Ramos Loscertales, José Mª - RII (AHDE II) pág. 513, parágrafo 103: *De particione germanorum usque ad terciam vicem. De partitione germanorum. Usque ad terciam vicem possunt reverti ad partitionem si prius non firmant quod semper sint in predicta partione, et si habetur ibi carta tanto peus valet".*

4.- Esta Recopilación, en su parágrafo 53, parece establecer la necesidad de que los hermanos actuen conjuntamente en los litigios sobre las cosas comunes: *"De tribus germanis, aut magis aut minus, qui demandant hereditatem, omnes habent sedere presentes. De tribus germanis, aut magis aut minus, qui demandant hereditatem, omnes habent sedere ante, et accipere fide de directo quomodo oposint firmare quidam ad alios ut in hoc quod faciunt illi sedeant ..."* Este parágrafo de no identificada procedencia (según Ramos Loscertales, pág. 493, nota 2, AHDE

abolorio o de patrimonio, de naturaleza indivisible, esta Recopilación sólo hace referencia al modo en que puede distribuirse su uso y disfrute, no a la posibilidad de enajenación de cuota por un consorte[1].

En la Recopilación III[2], parágrafo 45[3], 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

AHDE II) quizá pueda estar relacionado con el derecho derogado por la ley 10,1, 4 de Recesvinto. Lex Visigothorum que deroga una regla semejante, y dispone en la citada ley, no ser necesario en el proceso la actuación conjunta de los consortes ,reconociendo a cada consorte el derecho a defender individualmente la parte que en la comunidad le corresponde: *"Cum prisce legis autoritate furit constitutum, ut his, qui ad dicendam causam compelitur, non nisi presente eo, qui rei litigiose consors est, audiatur, satis ex hoc petitorum negotia superflue conspeximis dilatari, cum ad dicendam caussam pro sua unusquisque persona sufficiat. Igitur ne callida oppositione causantis, dum excusatio pretenditur pro consorte, tricennalis obviet annositas petitori, providentissima deliberatione sancimus, ut, remota excusatione, consortium tam pro eorum quam pro sua persona qui indicialiter pro comunibus rebus fuerit adpellatus respondeat. Nec ullum preindicium consortis absentia, si coheres eius iustissime, sen etiam per conventum ant per ignaria fuerit superatus, incurrat; sed si separare negotium legaliter intenderit, permittatur. Abrogata denique suprafate legis tam inconvenientis sententia, hoc salubre decretum per universos regni nostri populos omni decersimus reverentia valiturum. Hac similis etiam hordo servalitur, si usus forsitam ex consortibus quemquam crediderit lite pulsandum".*

Otra norma de procedimiento que hace referencia a los posibles consortes es la contenida en el parágrafo 58 de esta Recopilación II, que excluye, para la petición de los derechos hereditarios de un hermano a otro, la necesidad, exigida en otros supuestos, de describir (pediar) los inmuebles, terminando el Fuero con expresiones de convivencia entre los hermanos, indicativos del régimen en estrecha unión que estas comunidades entre hermanos observaban: *"Illi quí est de foris habet illum colligere in domos illos et in hereditatem et comedat et libant in simul habitando sive conservando..."* Añade el Fuero una medida fiscal que no parece corresponder con el régimen imperante, según exponemos en el capítulo dedicado al régimen fiscal de la figura. Este parágrafo lo dá Ramos Loscertales como de origen desconocido, (pág. 493, nota 2, AHDE II) sin embargo, en sus lineas generales coincide con el parágrafo 42 de la Recopilación privada publicada por el mismo autor de AHDE V, si bien éste, al contrario que aquel, no explica la causa por la que no debe darse fianza de derecho en las peticiones de la "part" entre hermanos, siendo esta causa la no posibilidad de "pediar", dada la proindivisión, la parte que se demanda en los bienes hereditarios.

1.- *91. " De furno et molendino fratrum vel proximonum ant participum". De furno et molendino qui fuerit fratrum vel parentum aut participum". Si aliquis ex eis vult partiri ad dies vel septimanas si debent partiri; et si frangitur mola, aut obruitur furnus, in qualicumque die illorum mola frangatur vel furnus cadat, omnes habent pariter emendare et restituere quia comuna est.*

2.- Ramos Loscertales, José Mª - AHDE V - Según Pérez Marín, 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.

3.- R. III (AHDE V, pág. 405) 45. *Hereditates que perveniunt filiis et filiabus ex paterno et materno iure defu(n)ctis genitoribus, ullus filius vel filia non potest nec debet aliquo modo vel pacto alicui dare, vendere, impignorare seu quelibet modo alienare porcionem que sibe contingere*

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 consorcial 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 Nacional[1]. Regula esta Compilación el acrecimiento 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 consorte deseen darles parte: "... *E cuando los ermanos o las hermanas aurán partidas lures heredades et acaeçiere por aventura que serán de dos en dos o de tres en tres, si tantos son que nenguno d´estos II o d´estos III non querrán conoscer so part e muriere alguno d´ellos o d´estos dos o d´estos tres ante que conosca so parte deslindada, nenguno de los otros ermanos 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 con qui era en la suert non les ploguiesse que partiesse*

---

debet ex genitoribus, donec quisque certis metis divise et determinate cognoscat porcionem 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, quia non possunt diuidi, siquis ex hereditatibus uoluerit partem suam dare, vendere aut impignorare alicui in instrumento seu carta que fiet de facto illo, ita contineatur: "dono, uendo uel mito tibi in pignore mediam parte, aut terciam, seu quartam de tali molentino uel furno sicut mihi pertinet iure genitorum". Cum uero fratres habuerint inter se diuisas hereditates genitorum, et forte contigerit quod duo et duo, aut tres et tres, seu plures erunt in simul in sortibus hereditatum, et evenerit quod antea moriatur unus quam diuise cognoscat suam partem, non possunt alii fratres petere partem in porcione illa nisi cum quo erat in sorte.

1.- Tilander Gunnar - *Fueros de Aragón* - Lund 1937.

con ellos"[1]. 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 on o más de un padre e de una madre, no puede nenguno empennar alguna cosa de so patrimonio o de so matrimonio ni de so avolorio ni vender ni dar ni allenar en nenguna manera, ni encara, si quiere allenar la part que deve recebir de so patrimonio, troa que quiscuno d´ellos..."*. Contiene también esta Compilación la posibilidad de partir hasta tres veces, si no consta en "carta", como habíamos visto en la R. II. En cambio el Fuero que dedica a regular los bienes por su naturaleza indivisibles no hace referencia alguna a que los mismos sean parte integrante de la comunidad hereditaria entre hermanos.

La versión romanceada de los Fueros de Aragón, contenida en el Ms. 207 de la Biblioteca Universitaria de Zaragoza,[2] 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 7°, 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 Observancias[3] 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,

---

1.- *Los Fueros de Aragón* - Tilander, Gunnar, 1937, parágrafo 168, 170 y 172.
2.- *Fueros de Aragón* - transcritos y publicados por Lacruz Berdejo, José Luís y Bergua Camón, Jesús - Estudios de Derecho Aragonés, Zaragoza 1953. Fueros relativos al consorcio, números 165, 167, 168, 169 y 173.
3.- S. y P., *Observantiarum Regni Aragonum*, Libro III.

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.*

Observancia 3ª. *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 commodé dividi non possunt, ut furnus, & similia: bené possunt obligari, vel alienari.*

Observancia 4ª. *Item, licét Forus dicat, quod divisio inter fratres debet fieri cum publico instrumento, & fidantia salvitatis: tamen de consuetudine est inductum, quod si fratres diviserint 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 tantúm, 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 6ª. *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 7ª. *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 10ª. *Item, licét 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, licét sit facta sine carta.*

Observancia 11ª. *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 12ª. *Sed pone, retentis eisdem terminis, quod duo fratres habent indivisam hereditatem: & unus decedit ante factam*

divisionem, &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, nondúm divisa erat haereditas inter ipsum & fratrem suum, cum quo habebat haereditatem communem, & sic non potuit ordinare, & eius ordinatio fuit, & est nulla per hanc causam, immó 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, á quo nihil petitur. fuit determinatum, quod bené dicebat filia, quod nullo modo poterat ordinare ante factam divisionem in extraneos: sed in filios sic quomodo voluerit.

Observancia 13ª. *Item, de consuetudine Regni, & For etiam est, quod ubi duo, vel tres fratres, aut plures non dividunt bona paterna, vel aliás provenientia ex succesione 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, viventur remanere obligata: certé si unus, vel plures eorum praemoriantur, bonis non divisis, omnia bona remanent superstiti: nec tenetur superstes in aliquo ad debita, vel iniurias mortui, cúm ratione illorum bonorum eis provenientium pro indiviso non poterat de eis aliquid ordinare in vita, nec in morte, nisi primo essent divisa: & ideó caveat quis cum talibus contrahere, vel contractus inire.*

Observancia 14ª. *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 APLICACION 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, 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 premuerto[1]. Sin embargo había supuestos en que el nacimiento de esta comunidad consorcial no tenía lugar hasta ocurrida la muerte de ambos progenitores. Esto tenía lugar 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, iremos 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 con los hijos, a la muerte del otro progenitor. Forma de comunidad conocida como comunidad conyugal prorrogada, que se disolvía generalmente por contraer nuevas núpcias el progenitor supérstite, 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 cónyuge del progenitor supérstite[2], si bien, como antes apuntábamos podía este supuesto obedecer a previo pacto entre los esposos, concediéndose viudedad universal con prohibición,

---

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

2.- 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.

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 universal[1].

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 hemos 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 propia..."*[2] *"... 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 ..."*[3] *"Ego don Martin sacerdos et meo frater Domingo filius qui fuimus de don Iohan de Tavernas vobis don Ramón de Cannellas et ad uxor vestra dompna Martina ... vendimus vobis in Almunien et in suis terminis totam nostram hereditatem quam ibi habemus vel abere debemus ..."*[4]. 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 vendictione quam facio ego don Lopherrench de Luna. Pacuit mihi 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 Aierb et in suis terminis ..."*[5].

Son muy 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 Peña[6]: *"... ego Fessena ..., cum sorore mea Bellessima,*

1.- *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).
2.- 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.
3.- *Colección diplomática de la Catedral de Huesca* - Doc. nº 405, pág. 400. V. 1º.
4.- *Colección diplomática de la Catedral de Huesca*, doc. nº 582, pág. 553, v. 2º, documento del año 1200, en el mismo sentido, doc. año 1201, pag. 559; año 1202, doc. nº 615, pag. 585, doc. 715, doc. nº 778.
5.- *Colección de la Catedral de Huesca*, doc. año 1209, n 706, pág. 682.
6.- Ubieto Arteta, Antonio - *Cartulario de San Juan de la Peña*. Valencia, 1962. v. 1º, nº 5, pág. 26; otro año 1043, en v. 2º, nº 82, pag. 53.

ponimus et donamus in supra dicto cenobio tertiam partem termini Arraisi ..." año 1019 *"... ego Exemenus et ego Martinus qui sumus fratres, facimus carta de una terra ad domum Sancte Marie vel Sancti Petro apostoli ..."*[1]. 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 Oria Eximiniz de Luisa ... cum consilio et voluntate et communi assensu Eximiniz de Luisa, fratris me et domino (Sancie) Eximiniz de Luisa, germana mea ... concedo et laudo in perpetuum ... conventus dominarum et fratrum domus Sexena ... villam meam que dicitur Aguas..."*[2].

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 hiciere[3].

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 constituídas con un carácter de permanencia y estabilidad. Así un documento del año 1168 refleja una permuta efectuada por tres hermanos: *"... Hec est carta de camio, que fecerunt don Gilii de Bilas cum Marie et Garcia filios*

1.- *Documentos del Condado de Ribagorza*, pág. 421; otro sin fecha pág. 375. *"... Ego Garsinis chometissa et ego Isarnus ... sive germana mea tota comettisa ... ut faciamus charta elemosinaria de parrachiis nostris qui nobis advenit de parentum nostrorum..."*, otro s. f., pág. 315-316.

2.- Ubieto Arteta, Agustín - *Documentos de Sigena*. Valencia 1972. Doc. del año 1234, nº 142, pág. 209.

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

de Per Martin, cum Macmath..."[1], otro documento del año 1199, se refleja una permuta en la que una de las partes es una comunidad "*... ego don Achelmes ... concedo in cambio vobis Sancius Aragones et frater vestri Guillem unum campum in Osca l.. Ego Sancius et Guillem meus frater nos ambo ... recepimus de vobis Achelmes predictum campum et vineam et damus vobis similiter in cambium ... Unam vineam quam habemus in Osca...*"[2].

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 estamos 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 elemento 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 cómo: "*de avolorum nostrorum*" "*de parentibus nostris*" "*ex patris et matris nostre*". Así un documento del año 1057, "*... ego vernardus filius riculfi et frater meus amatus, Placuit animis nostris ... et vendimus vobis castro nostro que vocitatur castellione ... et advenit nobis ipsum castrum de pere nostro vel de matre nostra...*"[3], "*...ego Ragimundus Comes et fratres suo Borrellus, et Suniarius, et Sunifredus ..., facio carta de ipsum meum alodem de villa Invicino, ad domum Sancti Vincenti et Sancti Stephani qui sunt fundati in villa Savariensi, et advenit nobis ... per parentorum nostrorum...*"[4].

1.- Rubio, Luís: *Los documentos del Pilar S. XII*. Zaragoza 1971, doc. nº 117, pág. 93. En esta colección de documentos, pág. 73, nº 91 vemos dos comunidades, interviniendo en un negocio de prenda: "*... Ego Far et Vizefe et Cheri, istos tres filios de Avenzoer vobis Ramón de Martegnana et Pedro vestro germano ... placuit nobis, que pimus ad vos in pignus uno nostro campo, que habemus in...*" documento del año 1161.

2.- *Colección de la catedral de Huesca*, doc. nº 558, pág. 531.

3.- Ibarra y Rodriguez, Eduardo: *Documentos correspondientes al reinado de Sancho Ramirez*. Zaragoza 1913. Documento nº 94, pág. 154.

4.- *Documentos del Condado de Ribagorza*, op. cit. doc. del año 915, pág. 316.

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 apuntábamos, del carácter estable y permanente de estas comunidades: "*...Ego Adefonsus ... facio hanc cartam donacionis ... tibi Fruila et ad tuo fratre Pelaio ... Dono vobis in illo ripo de illa orbe, uno castello qui dicitur Alkanic...*" "*... Ego Edigius de Bilas, canonicus ... vendo vobis Guillelmo de Marbona et sorori vestre Raimunde illas meas casas, quas habeo in Cesaraugusta in barrio Sancte Marie Magdalene ...*"[1], "*... vendimus in Moskera VI tabulas de vinea vobis don Abolfazan et vobis don Iuscel, ad ambos germanos, per CXXXII morab*"[2], otro documento del año 1158[3]nos muestra a una madre juntamente con sus hijos donando a tres hermanos su molino.

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 fomar parte de la comunidad. Pese a ser pocos los diplomas medievales a través de los que puede verse que los hijos 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.

1.- *Documentos del Pilar*, op. cit.- documentos del año 1124 (nº 6, pág. 12) y de 1175 (nº 138, pág. 109) respectivamente.

2.- Bofarull y Mascaro, Próspero: *Colección de Documentos inéditos del Archivo General de la Corona de Aragón* 4 - Barcelona (1849) y 8 (1851) documento del año 1152 nº 372, pág 590, en el v. 2º, pág. 481, nº 9, otro documento del año 1108, "*... Hec est carta donationis quam facio ego Aldefonsus sangiz, Deigratia Aragonenseum vel Pelyilonensium rex, ad vos Galin Iohanis et ad vos Fortunio Iohannis, ambos germanos ... dono et concedo vobis illa almunia de Abinaament...* ", otro documento del año 1124, nº 311, pág. 536.

3.- *Colección de la Catedral de Huesca*, documento nº 229, pág. 238, v. I.

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...*" [1]. 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 Barbastro...*" "... *Hec est carta venditionis, quam facio ego Egidius, filuis 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 Barbastri ...*"[2].

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 constituido[3]. Otras veces no hacen partición de todos los bienes, sino sólamente de alguno en concreto, lo que parece significar que continúan en comunidad en los bienes restantes, como muestra un documento del año 1195[4]. "... *nos Ioham 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 domna Gascunna et pro*

1.- *Documentos del Pilar*, op. cit.- documento del año 1142, nº 32, pág. 33, también citado este documento en v. 3º nº 228, pág. 608 de la colección *Documentos* de la *Corona de Aragón*.

2.- Ubieto Arteta, Agustin - *Documentos de Sigena*. Valencia 1972, nº 41, pág. 75 y nº 40, pág. 74.

3.- *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 fuimos de don Pedro Maza cui sit requies. Placuit unicuique nostum et in presentia bonorum hominem 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.

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

Umbert, dividimus illas casas que nobis remanserunt ex parte matris nostra dompna Boneta de don Gallacian que habeat requiem, et sunt in Osca 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 domna Airina et domna Boneta meos netos filios de domna 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 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 domna 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 implica[1].

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 Maria de Ordas[2]. "... *Hec est carta auctoritatte 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...*"[3].

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 Sanç 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...*"[4]. 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

---

1.- *Colección diplomática de la Catedral de Huesca* - Documento nº 462, pág. 448.
2.- *Colección diplomática de la Catedral de Huesca*, documento nº 438, pág. 427: "*Hec est carta autoritate donationis quam facio ego dompna Altabella vobis don Fortunio filio de don Fortunio de Tena et de domna Albira Petriz, meo germano ... quod misistis mihi in domum Sancte Marie de Ordás sororem et habunissem ibi victum et vestitum omnibus diebus vite mee ... vobis totum quantum hodie habeo et habere debeo de terribile 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.
3.- *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).
4.- *Colección de la Catedral de Huesca*, documento nº 417, pág. 410.

permitido la disposición de la parte sin previa partición; como claramente explica el Obispo Don Vidal y nosotros exponemos en otro lugar de esta Tesis. 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 Colon vende la mitad de una viña que tiene en copropiedad con un tal Bono homine[1], 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 Golineris ... 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 carácteres 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 recogerlo 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 poseida en común por todos los hermanos coherederos, sin señalamiento de partes. Según sostiene Martínez Guijón[2] en éstas, más que comunidad, es propiedad común o familiar, siendo la familia misma la

1.- *Documentos de Ribagorza* - documento del año 1128, pág. 414.
2.- Martinez Guijón, José - *La comunidad hereditaria y la partición de la herencia en el Derecho medieval español* - AHDE, 1957-58, pág. 227.

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 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 Nonevera, 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 cuotaparte, por actos intervivos 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.

1.- Las fuentes navarras

Veamos ahora cómo regulan la figura consorcial las fuentes navarras. En el Fuero de Estella, no aparece regulada la figura del consorcio entre hermanos. De su estudio nada puede deducirse que ayude a poder formular un juicio sobre las reglas a las que estaba sometida la comunidad hereditaria entre los hijos, una vez que hubieran partido con el progenitor supérstite o que hubiesen ambos progenitores fallecido, a efectos de determinar si mientras

la indivisión de la misma duraba cabían actos de disposición sobre la parte que pudiera corresponderles, o, si a la muerte de uno de ellos, sin descendencia, los bienes eran heredados por los colaterales sin referencia alguna a su calidad de consortes. Lo mismo puede decirse del Fuero de San Sebastian, tan directamente entroncado, por otra parte, con el de Estella.

A. El Fuero General de Navarra[1]

Este Fuero contiene una regulación detallada de la figura consorcial y en algún punto distinta para los villanos y para los infanzones, concretamente en lo que se refiere al acrecimiento consorcial. Así vemos, que en este Fuero, se sienta el principio que prohibe a los miembros de esta comunidad, llamada aquí hermandad, disponer individualmente de su parte hasta que no hayan partido: *"Cómo heredat non puede ser vendida ata que sea partida: 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 vendida ni el donadio, non deve valer"*. Explica este Fuero, a continuación, la razón de la prohibición con una clara referencia al acrecimiento consorcial, que por fuero está establecido: *"que los otros hermanos pueden sacar todo el heredamiento por lo que no han partido nin sortido"*. En cambio, sí será posible disponer de los bienes consorciales si todos los hermanos actuan conjuntamente: *"Pero que no haya partido ni cognoscido, si todos venden o dán, deve valer vendida et donadio"*. Añade este fuero, un párrafo de oscura significación, y del cual no hemos encontrado precedentes: *"Empero aqueyll o aqueyllos que vendieron o dieron, ni ninguno de su genoylla, non puede ni deve embargar ad aqueillos que lis vendieron o dieron, ni a ninguno de su hermandat, por fuero"*[2].

También contempla este Fuero la disponibilidad de la parte que el heredero tenga en bienes indivisibles:*"como castieyllos,*

1.- *Fuero General de Navarra* - Edición realizada conforme a la obra de D. Pablo Ibarregui y D. Segundo Lapuerta. Año 1869. Edita Aranzadi, Pamplona 1964 y *Fuero General de Navarra.* Estudio y edición de las redacciones protosistemáticas (Series A y B), Juan F. Utrilla, Edita Gobierno de Navarra, Pamplona, 1987.

2.- *Fuero General de Navarra*, libro III, título XII, cap. XX, pág. 114. En la redacción protosistemática es el parágrafo 166 de la serie A (Ms. 3) y 175 de la Serie B (Dresde). Este Fuero General de Navarra, regula, como vemos, la prohibición de disponer los consortes y también el régimen especial de los bienes indivisos, separadamente del acrecimiento consorcial, aunque con referencia a él, según lo antes expuesto. Así vemos que esta materia viene regulada dentro del título "de compras et vendidas" y el acrecimiento consorcial está regulado en el libro II, dentro de "heredat et de partición".

molinos, fornos, et en eras, maquer que no se parta"[1], haciendolo en los mismos términos, que hemos visto, en el Fuero de Jaca y haciendo comprensivo su régimen tanto si dichos bienes forman parte de la comunidad hereditaria entre hermanos, como si la titularidad común sobre los mismos deviene por otro título que no sea el sucesorio.

En cuanto al acrecimiento consorcial, establece este Fuero, regímenes distintos, según que la comunidad sea entre infanzones o entre villanos. Entre los primeros, la parte del consorte varón que muere sin hijos acrece a la hermana mayor[2]. Una excepción a este derecho de los hermanos mayores tiene lugar cuando éstos

---

1.- *Fuero General de Navarra*, libro III, título XII, cap. XVII, pág. 113. En la redacción protosistemática es el parágrafo 540 (Serie A) y 180 (Serie B).

2.- *Fuero General* - libro II, título IV, cap. X. "Como deven partir hermanos, sobrinos et primos empues la muert de los padres, et quoal de quoal deve heredar. En la redacción protosistemática es el parágrafo 62 (Serie A, Ms. 3) y 173 (Serie B, Dresde).
Parece este Fuero explicar el motivo de la frase "defunctis genitoribus" que aparece en al R. III de los Fueros de Aragón (AHDE V) que, en nuestra opinión, no es aplicable a todos los supuestos, es decir que no necesariamente habían de morir los dos progenitores para que surgiera la comunidad entre hermanos, sino que ésta podia nacer desde el momento en que moría uno de ellos y se procedía a la partición de sus bienes entre el supérstite y los hijos comunes, si bien, no ocurría así, y en consecuencia el consorcio no nacía, si continuaba la comunidad conyugal o si por testamento o pacto se habían otorgado los esposos heredamiento universal mutuo, en cuyo caso no surgía la comunidad entre hermanos (consorcio) hasta que ambos progenitores fallecieran. Así en este Fuero, presenta, primero, el supuesto de nacimiento consorcial muriendo uno de los progenitores: *"más cuando mora el pare o la madre, si quisieren bien podrán partir ... Ermano ninguno que muera le si adelant el hermano mayor deve tomar suert por eyll"*. Y después señala lo que, sin duda, se refiere a otro supuesto, en el que sería necesaria la muerte de los dos progenitores para que el consorcio naciera: "*En vida de este parient* (creo que se refiere al conyuge supérstite) *que finca bivo, si muere alguna creatura destas, las otras creaturas non deven demandar suert, porque eyll es sano et poderoso de su heredat*". Como digo, son dos supuestos distintos, que refleja el Ms. 207 de la Biblioteca Universitaria de Zaragoza diciendo *"Todas heredades que pertenexen a fillos o a fillas de aguelos o de padre o de madre muertos // muertos sus padres ..." Compárese por otra parte con el Fuero de Teruel [342]. "Quamvis dictum sit superius quod post mortem mariti sive uxoris heredes dividant, tamen mando quod si vir et uxor unitatem fecerint in vita utriusque, sicut forum precipit, quod nullus heres sive filius dividat cum superstite quamdiu vixerit in hac vita. Forum vero unitatis est hoc..."* y el Fuero de Tudela, 22 *"... e si muere la filla a qui es dada esta heredat seiendo casada el marido puede i tener viudedat e no al si la muller non se la i quisiera dar. Esto mesmo es del fillo. E si qualquiera destos fillos o fillas casados muere et lexa fillos non pueden los fillos contractar al padre o a la madre nin partir aquella eredat si el no las hi quisiere lexar ante puede bien casar con aquella heredat si quisiere"*. Estos supuestos parecen claramente indicar que sólo hasta la muerte de los dos progenitores los hijos no podían formar, al menos con los bienes en los que convencionalmente se había establecido este derecho del viudo, el consorcio foral. Pero ésto era un supuesto, no el único, pues según el propio F. de Navarra (2, 4, 19) desde que los hijos cumplen 7años pueden instar la división de la comunidad, con lo que el cónyuge supérstite está obligado a interrumpir la comunidad continuada, ante esta petición, y también cuando intenta contraer otro matrimonio (2, 4, 23).

han partido con los restantes hermanos, y entre éstos subsiste la comunidad[1]: *"Todo fidalgo que parte con su hermandat, et los otros hermanos si partido no han a eyllos, non deve demandar part por mayorío, por lo que alguno deyllos muere, car non puede enseynar la part del muerto"*. Si en este supuesto señalado, el hermano mayor pierde su derecho a la parte del hermano muerto, por haberse separado de la comunidad, en el Fuero siguiente se señala el acrecimiento a favor de los que conjuntamente mantengan su suerte, una vez partidas las heredades de patrimonio o de avolorio[2].

Una solución distinta ofrece el Fuero General para la hermandad entre villanos[3]: la mitad de la parte del consorte muerto acrece en favor de los otros consortes que con él formaban la comunidad y, la otra mitad, se divide entre todos los hermanos, que no forman ya parte de ella.

En cuanto a cómo se debe efectuar la partición entre los hermanos, también viene regulado en esta fuente navarra, más explicitamente que en las fuentes aragonesas, recogiendo así mismo la posibilidad que tienen los hermanos de apartarse por tres veces de la partición si ésta *"non se firman que sean pora iamas en la primera partición que primero farán"*[4].

B. Fuero de Tudela.

También el fuero de Tudela tiene preceptos relativos al consorcio entre hermanos, estableciendose, en este Fuero, que la parte del consorte, muerto sin hijos, acrezcan a los otros consortes, sin que éstos deban hacerse cargo de las deudas del muerto: *"Et si ermano ave algo a partir et muere cualquiere dellos sines fillos e deve*

1.- *Fuero General Navarra* - Libro II, título IV, capítulo XI. *En quoal manera el ermano mayor non puede demandar suert por hermano muerto.* En la redacción protosistemática es el parágrafo 199 (Serie A, Ms. 3) y 170 (Serie B, Dresde).

2.- *Fuero de Navarra*, Libro II, título IV, capítulo XII. *"Qoando hermanos parten de dos en dos et muere alguno, quoal deve aver la part daqueylla. Si hermandat de fidalgos parten las heredades de avolorio o de patrimonio, dos en dos, o tres en III, o más, de que las heredades sean partidas et firmadas por suert, si después muere alguno de la hermandat, ninguno non demande mayorio en sus heredades, sacando aqueyllos que prisieron suert con eyll, por fuero"*. En la redacción protosistemática es el parágrafo 167 (Ms. 3) y 177 (Dresde).

3.- *Fuero General*, Libro II, título IV, capítulo XVIII. *"Quoando los vilanos parten de dos en dos, cuya deve ser la parte del muerto. E si villanos parten como dicho es de suso et muere alguno de la hermandat, aqueyll o aqueyllos que prifieron part con el muerto, deve aver la meatat de sus bienes, et la otra meatad partan todos por cabeza.* En la redacción protosistemática es el parágrafo 168 (Ms 3) y 178 (Dresde).

4.- *Fuero General.* Libro II, título IV, capítulos XIII y XIV. En la redacción protosistemática se corresponde con 63 y 306 (Ms. 3) y 174 y 182 (Dresde)

algunas deudas e los hotros ermanos endan por fuero la part del muerto e no respondran a ninguna deuda que aya feita mas si oviere fillos que ayan a partir la part de lur padre auran, por fuero a responder a las deudas del padre"[1]. También regula la partición entre hermanos a modo semejante al Fuero de Navarra.

C. Fuero de Viguera y Val de Funes.

Este Fuero exige el consentimiento de todos los consortes y, su actuación conjunta, para la validez de las enajenaciones de los bienes indivisos; sin embargo, el estado de necesidad y el consentimiento de los restantes consortes, facultan, a uno de ellos, para disponer de la parte que han de corresponderle en al partición: 316. Ajenar heredat: *"Otro si si un hermano con otorgamiento de los otros agenar heredat a algún estraynno e no oviere partido sus cosas, valdrá por fuero é si lo ficiere en semble, también valdrá"*. 340. De hermandat que puede vender lura su part no conosciendola. *"Et qui no oviere heredat partida con sus hermanos bien puede vender su part qui ha de haver por rativación o por fambre maniffiesta de si o de su padre, o de su madre, o de su fijo, o de su hermano danto fiador al comprador que partan sus hermanos e firmen la su part asi como a su hermano mesmo poniendo por el suert su avuelo, o tío, o su cormano en somo grado"*[2].

También los Fueros de la Novenera[3] regulan el acrecimiento consorcial: *"Hermanos que parten heredat en semble et si dos hermanos han una suert que non conoscan el uno amenos del otro, et si el uno passa del sieglo, el otro heredará et los hermanos otros no heredarán ni aurán part"*.

No sólo las fuentes navarras regulan en los mismos términos que los Fueros de Aragón la figura del consorcio foral, sino que semejante regulación se observa en otros Fueros, hasta ahora no relacionados con ellos.

2.- Fuero de Teruel.

La comunidad entre hermanos, que se formaba a la muerte del padre o madre, teniendo como contenido económico los bienes en indivisión de éstos heredados, tiene, en este Fuero, una regulación

---

1.- *Fuero de Tudela* - parágrafo 37, folio 13, transcrito por el profesor Lacruz del Ms. 11-2-406 de la Real Academia de la Historia.

2.- *Fuero de Viguera y Val de Funes.* Publicado por José Mª Ramos Loscertales, Salamanca, 1956.

3.- *Fueros de la Novenera* . Publicado por Gunnar Tilander, Estocolmo, 1951. 243 - *De dos hermanos que lés caye suert en semble.*

muy completa, semejante a la que rige en los ordenamientos jurídicos existentes en Aragón y Navarra. Al igual que en éstos, se regula, en el Fuero de Teruel, el acrecimiento entre hermanos consortes. Así vemos, que estableciendo este Fuero, como regla general, que herede el padre o madre supérstite los bienes del hijo que muere sin descendientes, se hace excepción a esta regla cuando tal hijo es miembro de la comunidad entre hermanos, que aquí, parece recibir el nombre de "quadrella". En este supuesto, a la muerte del hijo, su parte es acrecida por los otros hermanos consortes: *"Si forte omnes fratres suam portionem insimul habuerint ita quod nemo illorum partem congnoscat, postquam cum parente vivo et superstite sua bona diviserint, et aliquis illorum obierit, illi fratres qui vixerint sua bona hereditent, et non parens"*. Prevé el Fuero el supuesto de que ese hijo tenga, además de la parte en la comunidad, otros bienes, sujetándose en este caso la sucesión, a la doble regla imperante: en los bienes libres sucede el padre o madre supérstite y en su parte en la comunidad, los consortes: *"Si autem aliquis eorum quedan de porcione cognoverit et quedam non, illa que iam pro suis cognoverit, hereditet vivus parens. Alia vero, que nondum cognoverit, hereditent sui fratres"*. Por último, regula este fuero el supuesto de que no todos los hermanos pertenezcan a la comunidad, estableciendo, en este caso, que, ocurrida la muerte de uno de los consortes, sin descendencia, su parte en la misma es heredada, no por todos los hermanos, sino solamente por los que con él formaban comunidad: *"Si vero plures fuerint et quidam illorum partem cognoverint et quidam insimul suam partem tenuerint, si aliquis obierit de his qui partem non cognoverint, illi qui remanent, cum quibus suam partem unitam tenebat, sua bona hereditent et non fratres alii, iuxta forum"*[1]. También contiene este Fuero[2] norma relativa al funcionamiento de esta comunidad, al establecer, que las ganancias obtenidas por los hermanos que están en comunidad entran a formar parte de la misma, y siguen su régimen: *"Mando*

1.- *Fuero Latino de Teruel* , Edición preparada y con estudio preliminar de Jaime Carmona Gomez de Barreda, Instituto de Estudios Turolenses, Teruel, 1974, parágrafo 323 - *Comparese con la segunda parte del Fuero 1º De Communi dividundo: Cum vero fratres, aut sorores habuerint divisas haereditates: et forte evenerit, quod duo et duo, et tres et tres, ant etiam plures, si tot sint: erunt in simul in sorte haereditatis divisae et aliquis eorum antequam cognos cat partem suam divise et determinate, moriatur: alii fratres qui non sunt in sorte cum eo nullo modo possunt demandare partem, nec consequi in parte defuncti nise ille, vel illi cunquibus erat in sorte.*
También *Fuero de Teruel*, Edición crítica con introducción y traducción de José Castañé LLinas, Teruel, 1989.

2.- Parágrafo 349.

itaque quod, si duo fratres vel plures suam partem insimul tenuerint quodcumque post divisionem patrimonii, simul lucrati fuerint, commune sit ambobus tam in vita quam in morte, et lucrum illud, cum alteri fratrum placuerit, dividatur". Era pues una comunidad dinámica, en la que participaban los hermanos con su haber hereditario y su trabajo, y lo así adquirido engrosaba la misma, si bien podían, en un momento dado, repartirse esas ganancias[1].

3.- El Fuero de Albarracín[2], regula la figura del consorcio foral en términos idénticos a como lo hemos visto en el Fuero de Teruel. Así reconoce el acrecimiento consorcial[3], y en igual sentido disciplina el régimen que han de seguir las ganancias obtenidas por los hermanos consortes con los bienes poseidos en común[4]. Lo que pone de manifiesto el carácter de permanencia de esta institución y la participación del trabajo o industria de los hermanos consortes en la explotación de los bienes heredados y conservados en proindivisión.

4.- El Fuero de Sepúlveda, también el llamamiento hereditario de hermanos y de ascendientes se relaciona con la comunidad formada por los hijos con los bienes en los que suceden a su padre o madre. Así, se distingue, entre que se haya verificado la partición o no, es decir, un régimen para cuando subsita la comunidad hereditaria entre hermanos, en el que la muerte de uno de ellos sin descendencia, provoca el acrecimiento a favor de los otros hermanos, mientras que, si se ha partido, se abre su

---

1.- Obsérvese la semejanza entre este Fuero y el 7º De Communi dividundo: *"si unus frater ante divisionem paternorum bonorum ex ipsis bonis aliquid acquisierit, tenetur cum aliis fratribus, aut sororibus consortiare"*.

2.- *Carta de población de la ciudad de Sta. María de Albarracín*, según el códice romanceado de Castiel, existente en la Biblioteca Nacional de Madrid - Transcripción de Riba y Gracia, Carlos. Zaragoza, 1915.

3.- *Partiçion de maridados que han fiyos ensemble ... Si por ventura todos los hermanos la lur particion auran ensemble assi que nenguno dellos part non conoscran despues que con el un padre bivo e remanescent lurs bienes auran partido et alguno dellos muriere aquellos hermanos que bivran hereden la su buena e non el padre. Mas si alguno de ellos algunas cosas conoscra de la particion e algunas non aquellas que ya por suyas aura conoscido, herede el bivo padre mas las que encara non aura conocido hereden lur hermanos. Mas si muchos hermanos fueren e los unos dellos conoscran part e los otros ensemble huvieren lur part, si alguno muriere daquestos que part non conoxieren aquellos que romanere, como los que les su part tienen en uno, su buena hereden e non los otros hermanos segunt el fuero. Mas si qualquiere por si su part conosciere et alguno dellos muriere su buena herede el bivo padre.*

4.- *"Hermanos que tovieren lur part ensemble. Mando encara que si dos hermanos o mas lur part ensemble tovieren qual cosa quiere que despues de la particion del patrimonio ensemble auran ganado comunalmientre sea de amos, assí en vida como en muert, aquella ganantia quando al uno de los hermanos plugiere sea partida"*.

propia sucesión, heredando el padre o madre "quanto fuere de mueble" pareciendo respetar el principio de reversión troncal[1]: *"Todos fijos que padre o madre ovieren muerto, si alguno de los fijos finare e partido non ovieren en uno, los otros hermanos hereden lo suyo e paguen debdas e mandas. Et si partido ovieren en uno, el padre o la madre hereden todo lo suyo del que finare, quanto fuere del mueble, e paguen debdas e mandas; et si non, qui lo heredare pague debdas e mandas".*

Otro título contiene este Fuero, con relación a la comunidad hereditaria entre hermanos, que nos pone de manifiesto la estrecha unión de esta comunidad familiar, por cuanto vivían juntos, en la misma casa, y así dispone el fuero: 237. *"De hermanos que non ovieren partido en uno. Otrossi, los hermanos que moraren en uno, si partido non ovieren en uno, el mayor faga vezindat por todos"*. Este fuero, el historiador Martínez Guijón[2] lo interpreta en el sentido de entender que los hermanos consortes no siempre gozaban de una situación de paridad, sino que, en este caso, la representación de la comunidad está atribuida al hermano mayor. En sentido parecido se expresa Rafael Gilbert[3] al entender que este Fuero alude a que la comunidad estaba gobernada por el hermano mayor.

5.- El Fuero de Cuenca, más parco aún que el de Sepúlveda, en reglas concernientes al consorcio foral, regula, sin embargo, en idéntica forma que el Fuero de Teruel la comunidad entre hermanos, que se originaba una vez que los mismos habían realizado la partición con el padre o madre supérstite[4]: *"Mas si el biudo o la biuda non quisieren mantener biudedat, nin en castidat durar, quanto en biudedat avien preso, lo den a partiçion quando plugujere a los herederos. E quanto después de la partiçion ganaren en uno los hermanos, de amos sea todo communal, tan bien en muerte commo en vida. E aquella ganançia partanla quando alguno dellos plugiere"*. (Fuero de Hernatoraf-Ley CCXXij). El códice Valentino separa las dos reglas contenidas en este Fuero, titulando, la concerniente a las adquisiciones de los hermanos en común: *"De los ermanos que en uno algo ganaren": "Que quiere que los ermanos ganaren después de*

1.- *Los Fueros de Sepúlveda* - Estudio histórico Jurídico por Gibert, Rafael, Segovia 1953. Título 67 - *"De los fijos que padre o madre ovieren muerto"*.
2.- Martínez Guijón, José - *La Comunidad hereditaria y la partición de bienes en el Derecho medieval español*, AHDE - 1957-58, pág. 229.
3.- Gilbert, Rafael - *Los Fueros de Sepúlveda*, Segovia 1953, pág. 485.
4.- *Fuero de Cuenca* - Edición de Ureña y Smenjand - Madrid, 1935. pág. 299-300.

la partición de su patrimonyo, que sea todo de comun, si en uno lo ganaren asi en la muerte commo en la vida". Por la colocación de este Fuero (inmediato a la disposición sobre partición con el cónyuge supérstite), y en la versión primeramente citada regulado conjuntamente, y también por la propia dicción del fuero, interpretamos que la partición a que alude, no es la partición entre hermanos, sino la efectuada con el progenitor supérstite, pues, si se refiriese a que los hermanos habían dividido entre sí los bienes heredados, no parece lógico que declare comunes tanto en vida como en muerte lo ganado por ellos. También la forma sistemática de este fuero regula unidas ambas reglas, bajo el título *"De viudo qui in castitate [permanere noluerit]. Verumptamen si viduus vel vidua in viduitate et castitate permanere noluerit quodqumque in viduitate ac(c)eperat, totum tradat particioni quandocum que heredibus placuerit. Quecumque fratres post patrimonij divisionem simul lucrati fuerint, commune sit anbobus tam in morte quam in vita, et dividatur lucrum illud, cum alteri fratrum placuerit"*[1].

6.- El acrecimiento consorcial, consecuencia de la situación de comunidad familiar, lo regula igualmente el Fuero de Alcalá de Henares. 27 *"... Orfanos a quien muriere padre o madre e oviere partido con padre o con madre e muriere alguno de illos e non ovieren partido inter illos, los hermanos lo hereden; et si ovieren partido e muriere alguno de illos, el padre o la madre que fore vivo herede el mueble por siempre e la raiz por en sos dias; e despues de sos dias, torne raiz a raiz; e de fiador que no lo venda ni lo malmeta..."*. Sigue así este Fuero, el régimen que hemos visto, como regulación casi general, en los ordenamientos estudiados, es decir, que los llamamientos son diferentes si los hijos están en comunidad o no, prevaleciendo

---

1.- Parece que la partición con el progenitor supérstite se dejaba a voluntad de los hijos, si bien existe un supuesto en el que se prohibe a los hijos pedir al progenitor supérstite los bienes del progenitor muerto y es cuando los cónyuges han realizado pacto de hermandad, que regula este Fuero, pág. 290-291, op. cit. - [33 códice Valentino] R. 174 = 239 Form. prim pragmento conquense] Ley XXXVI - de la Forma sistemática. El contenido de este Fuero lo regula en términos idénticos el Fuero de Teruel: *"De la hermandat del marido e de la muger. Maguer que desuso sea dicho del que después de la muerte del marido, siquier de la muger, los herederos que pantan con el que más binjere, maguer si el varron o la muger fisieren pleito segund fuero que en vida del uno o del otro ningun heredero nin fijo non parta demientre que viujere: asi commo es fuero quando el uno dellos muriere non partan con el que fincare njn los fijos njn los otros herederos mientre que visquiere, que fuero es de la hermandat que sea estable e firme. Et deve seer fecha en conçejo o en la collaçion e que la otorguen todos los herederos. Et digo todos asy que njnguno de los herederos non sea menos, que si alguno delos herederos non fuese presente o alguno delos presentes lo contra dixere, non vala todo el pleito.*

para caso afirmativo el acrecimiento entre los consortes.

7.- La misma regulación se observa en el Fuero de Molina, II, 2,[1] De hermanos: "Ermanos que non ovieren partido he alguno dellos muriere, hereden sus hermanos, e si partido hovieren herede lo suyo su padre o madre". El Fuero del Concejo de Brihuega[2], habla igualmente de los hermanos que no hubieren partido sus bienes. *"... fratres vero qui bona sua non habuerint partiti..."*

8.- Los Fueros de Alcaraz, Alcorcón y Plasencia, igualmente regulan la figura consorcial, por cuanto disponen que las ganancias obtenidas en común, sean comunes, tanto en vida como en muerte, lo que implica claramente la existencia de la figura[3]. Mas claramente, el Fuero de Bejar, pone de manifiesto que, con este Fuero, se está regulando la figura consorcial, 286. *"Maguer si el biudo o la biuda no tovier su biudedad e su castidat, den todo a partición, quanto tomaron , quando los herederos quisieren, lo que tomaron por biudedat e non al. Depues que los hermanos partido ovieren en uno, communal sea demos en muert et en vida, et partan aquela ganançia quando al uno de los hermanos ploquier"*. Aquí puede verse que la ganancia a que se refiere es al conjunto de bienes adjudicados en la partición con el progenitor supérstite. La frase "común en vida y en muerte", expresa la necesidad de disposición a mano común y el acrecimiento consorcial.

9.- Fueros de León.

Los Fueros de León no regulan claramente la comunidad hereditaria entre hermanos, sin embargo, sí se hace en ellos alusiones a la existencia de esta comunidad, que parece convivir, labrar la tierra y pagar los impuestos, en común. Así en el Fuero de San Miguel de Escalada[4] se dispone que: *"Si duo, vel tres fratres in unun habitaverint, unun forum faciant. Si vero per eminam aut*

1.- Fuero de Molina de Aragón. Publicado por Miguel Sancho Izquierdo, Madrid, 1916.

2.- *Fuero del Concejo de Brihuega*, otorgado por el Arzobispo de Toledo, Don Rodrigo 1221-1229, citado por Hinojosa, Eduardo. Documentos para la Historia de las Instituciones de León y Castilla, pág. 138.

3.- *Fuero de Alcaraz* III, 117: *"... El todo quanto quier que los hermanos después de la partición de su patrimonio en uno ganaren, de común sea de amos, tan bien en la muerte como en la vida". Igual el Fuero de Alcorcón, 210 y Plasencia, 491: "quanto que los hermanos después de la partiçion de su patrimonio en uno ganaren sea de todos assí en muerte commo en vida"*. Ya hemos expuesto nuestra opinión, de que la partición a que los textos forales hacen referencia es a la efectuada por los hijos con el progenitor supérstite.

4.- *Los Fueros del Reino de León* - Ediciones Leonesas 1981, T. I. Estudio crítico por Justiniano Rodriguez Fernández - T. II. Documentos.

colobram aliquis eorum cum aliis diviserit, statim singulí forum faciant". La misma disposición encontramos en el Fuero de San Tirso y Castrillino: *"Si mortuo patre multi filii remanserit, quodquot in corrale patribus fuerint unum forum faciant"*[1]. En el Fuero dado por Alfonso VI a los pobladores de la villa de Sahagún, en 1085, también se hace referencia a esta comunidad hereditaria, con una disposición que parece amparar la indivisión de los patrimonios familiares, sancionando, con mayor carga fiscal, su fraccionamiento: 6 *"Post mortem parentis quando filii solum parcierint, quanti fuerint tantos solidos dabunt; si autem unus de is partes fratrum in unum conexus fuerit, dabit unum censum"*. Aunque, como vemos, las normas relativas a la comunidad hereditaria entre hermanos, son escasas, (y en el Fuero de León, nulas) sin embargo la existencia y régimen de esta comunidad se pone de manifiesto en la abundancia de documentos de aplicación del Derecho, los cuales mencionamos en el apartado dedicado a los mismos, y que, evidencian, no sólo, la existencia de la misma, sino su carácter de permanencia.

10. El Fuero Viejo de Castilla.[2]

También regula la comunidad hereditaria entre hermanos, de manera semejante a lo previsto en los ordenamientos jurídicos hasta ahora expuestos, y así se establece[3]. *"Esto es Fuero de Castiella: Que ninguna eredat que eredan parientes, ninguno puede vender la sua suerte a ningund pariente, nin a otro ome fasta que la aya partida, sino ermano a ermano: e quando la vendier un ermano a otro, devel luego dar poder a que la pueda partir, así como el mesmo partirie con suos ermanos aquella suerte, que vendió en esta guisa. Vale lo que es vendido a ermano, ante que sea partido, mas non se puede vender a otros parientes a menos de ser partido, e si de otra guisa lo vendier la venta non vale por el fuero"*. No contiene, este libro de fueros, reglas de sucesión en las que se tenga en cuenta la permanencia de la comunidad entre los hermanos, para, en base a ella, establecer distintos llamamientos, sino que ordena, para el caso de morir sin descendencia, que los

---

1.- Esta expresión de "hacer un solo fuero", parece equivalente a la empleada por el Fuero de Sepúlveda, de hacer una vecindad. No compartimos la opinión de Justiniano Rodríguez Fernández en cuanto considera que la significación de esta expresión está referida a la carga fiscal, pág. 504. T. I. Estudio crítico de los Fueros de León, op. cit.

2.- *Fuero Viejo de Castilla* - Publicado por Jordán de Asso, Ignacio y De Manuel Rodríguez, Miguel. Madrid MDCCLXXI.

3.- *Fuero Viejo de Castilla*, libro IV, título I, parágrafo VIII, pág. 105, en nota a pie de página los autores de esta edición (Asso y de Manuel) señalan la semejanza de este fuero con lo preceptuado en el Fuero 1º *De Communi dividundo* de los Fueros de Aragón.

bienes vayan para los hermanos de doble vinculo, y, en ausencia de éstos, al pariente de donde la herencia procede[1].

11.- Textos Medievales en los que la regulación de la comunidad hereditaria entre hermanos tiene caracteres distintos de los hasta ahora señalados

Dentro de este grupo de textos medievales, tenemos, las Partidas. En la regulación de la comunidad hereditaria entre hermanos, que realiza este texto legal, se pone de manifiesto la atribución de cuota a cada heredero y la disponibilidad sobre la misma, antes de efectuarse la división de la herencia. Consecuente con esta idea, que parece responder a la recepción del Derecho romano, ya no es esencial la actuación conjunta de todos los coherederos. Un coheredero puede actuar individualmente en razón de la parte que en la herencia le corresponde[2]. En los Fueros de Vizcaya,[3] también parece imperar este tipo de comunidad. Aunque Martínez Guijón[4], conceptúa esta comunidad como hereditaria, con los caracteres que la hemos adscrito, creemos que no se puede afirmar con rotundidad que la regulación de libre disposición de la parte en cosa común que hacen estos Fueros, se refiera a comunidad hereditaria, pudiendo muy bien acaecer que coexistieran dos tipos de comunidad de bienes, con diferente regulación cada una de ellas; una formada entre los hijos con los bienes heredados de sus ascendientes y otra, que puede ser el supuesto contemplado, ya no de origen hereditario, aunque constituida por hermanos, cualidad que no era esencial a la misma, pudiendo estar formada por personas sin vínculo de parentesco, dado que el fuero citado no contiene ninguna referencia al origen de los bienes en común, ni aún, lo que es menos característico, al parentesco que une a los "comuneros y consortes". Por otra parte, como después veremos, existen documentos de aplicación del Derecho referidos

---

1.- *Fuero Viejo de Castilla* - Libro V, título II, I.

2.- Partida 5ª, título V, ley LV.

3.- *Fueros de Vizcaya*, 17, 7: *"Otrosi dixeron: Que avian de Fuero, y establecian por Ley, que por quanto acaece que la tal heredad, que se pone assi en venta, y se dan llamamientos, es común assi del vendedor como de otro y recudiendo el profinco y oponiendose a la dicha venta, y dandose él y el vendedor las dichas fianças, el profinco se escusa de hacer la paga, hasta en tanto que el vendedor parta y divida con los otros comuneros y consortes: lo qual era en perjuycio del vendedor (pues ya dió y prestó fiadores de saneamiento de la quota parte que vende). Por ende, establecian por Ley, que siendo dadas las dichas fianças el uno al otro (según de suso está declarado) no se puede escusar el comprador de hazer la paga en los dichos tercios, aunque no se haga la dicha división".*

4.- Martínez Guijón, José - *La comunidad hereditaria*. op. cit. pág. 234.

a Vizcaya en los que actúan conjuntamente los hermanos en actos de disposición sobre bienes hereditarios. Esta coexistencia de dos tipos de comunidad en un mismo ordenamiento, es lo que ocurre en el ordenamiento jurídico aragonés: una comunidad hereditaria entre hermanos, sobre bienes adquiridos por título sucesorio de sus ascendientes, con sus características de no disposición de la parte y el especial acrecimiento, y otro tipo de comunidad, ésta ya no de carácter hereditario, en el que sus miembros podían actuar individualmente sobre la cuota que en la misma tuvieran, tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa*. Por ésto, creemos, que no es certera la afirmación de Martínez Guijón[1], cuando afirma, que la influencia romana de la recepción fué la causa de que en Aragón, coexistan dos tipos diferentes de comunidad hereditaria entre hermanos: *"de un lado, aquella en la que los coherederos no pueden disponer de los bienes antes de la división y , de otro, ésta en la que se permite que cada coheredero puede libremente disponer de su parte, aún subsistiendo el estado de comunidad"* (Martínez Gujón, se refiere a la Observancia 5ª *De consortibus ejusdem rei*).

Con las reservas antedichas, incluímos en este grupo de textos medievales, al Código de Tortosa[3], siguiendo en este punto a Martínez Guijón. Si bien, por los diplomas existentes, se pone de manifiesto que en la región catalana también tenía vigencia la comunidad hereditaria en que era necesaria la actuación conjunta de los hermanos herederos.

V.- ESTUDIO DIPLOMATICO DE LA INSTITUCION EN LA EDAD MEDIA ESPAÑOLA.

Del análisis de los documentos (publicados) de aplicación del Derecho, se deduce, que esta comunidad hereditaria, formada por los hermanos e hijos de hermanos muertos, una vez efectuada la partición con el cónyuge supérstite (al ocurrir el fallecimiento de un progenitor) o bien nacida al fallecimiento de ambos progenitores (si no tenía lugar tal partición), fué la comunidad familiar más frecuente e importante en la Edad Media española.

1.- Martínez Guijón, José - *La comunidad hereditaria*, op. cit. , pág. 235.

2.- *Código de Tortosa*, 3, 13, 11. *"Pero en aquest de mig cascu pot vendre a altre la sua part, mas lo comprador ha de observar la covinença qu´es ne feyta de no partir tro a aquel cert temps, que non post forçar l´altre"*.

Los hijos podían optar por la división del patrimonio heredado, al menos en los textos forales conocidos, si bien, la gran cantidad de documentos en los que aparecen formando comunidad estable y dinámica, induce a pensar que más frecuentemente optaban por continuar explotando en común el patrimonio familiar. Como pone de manifiesto Hinojosa,[1] el hecho de la existencia de gran número de documentos, en que aparecen los hermanos conjuntamente vendiendo, o donando, bienes heredados, no permitiría afirmar que se trataba de una comunidad de bienes estable, pudiendo constituir solamente una indivisión transitoria de los bienes hereditarios. Pero el carácter de permanencia de esta comunidad entre hermanos resulta ya evidente, cuando, como sucede muchas veces, se les ve comprar heredades colectivamente y, sobre todo, convivir y trabajar a consuno el patrimonio familiar[2]. En esta época que estudiamos, el vínculo familiar es muy fuerte, y el carácter de propiedad familiar impera sobre el individual, como se pone de manifiesto en un documento en el que hermanos, que habían dividido los bienes paternos, mostraban ese afán porque se conservaran en la familia, obligándose, mediante contrato, a dejar por herederos, si no tenían hijos legítimos, a los hermanos, o hijos de hermanos, que les sobrevivieran en la comunidad[3].

Documentos que acreditan la existencia de esta comunidad, con anterioridad a los textos forales, aparecen en toda España. En unos intervienen los hermanos como compradores, apareciendo también como vendedores en numerosos diplomas de los siglos

---

1.- Hinojosa y Naveros, Eduardo - *La fraternidad artificial en España en Obras*, Estudios de Investigación, T. I, con un estudio de Garcia Gallo, Alfonso, Madrid 1948, pág. 267.

2.- Es particularmente interesante al respecto las disposiciones forales que hemos señalado, concretamente para Aragón el F. 7 *De Communi dividundo*, y que determinan que las ganancias que obtienen trabajando juntos en esta comunidad se hacen comunes tanto en vida como en muerte.

3.- Documento citado por Hinojosa, Eduardo - *La fraternidad artificial*, pag. 268 - Año 1080. *"In era millesima CXVIII pridie nonas marci, coniuncti fuerunt filius Vermudu Quiriaquici et de Ermesinda ic in Sancto Martin o Viliabredi et diviserunt inter e suas villas et sua criazon ... et si abuerimus a vindere vindamus ant donemus per precio justo, et quamtas ereditades ant crizaon poduerimus ganare de oide die in voce de Vermudo Quiriaquici ant de suos parentes ant de suos avolos ant in voce de Vimara Eiriquici, equal;iter sorciamus per singulas III as et si venerit super ipsas ereditates alica disturvadura de qualive omine que aindemos nos unus alius con veritade et si kares quermus inde alicas ereditades sine nostro facto que compleamus nos unus al ... illas ereditades que ... rremanserint et si unus ex nobis migratus fuerit et semen non relinquerit de directo coniungio, torne se ipsa ereditate et ipsa criazon ad illos germanos ant semen qui vibos rremanserint, extra illa v^{a} qui intret por sua anima" (Portugalia monumenta Histórica, Diplomata et chartae*, vol. I, fasc. III, pág. 349. Lisboa 1870.

VIII, IX, X, XI, XII y XIII, son muy escasos en el siglo VIII, escasos en el siglo IX y muy numerosos en los siglos X, XI y XII. Citaremos algunos de distintas regiones con el fin de poner de manifiesto la general existencia de esta comunidad.

1.- Región astur - cántabra.[1]

El diploma más antiguo, de los publicados, es del año 796. Se trata de una venta registrada en el Monasterio de Santo Toribio de Liébana en la que un hombre, llamado Pruellus, con sus hermanos Presencius, Aurelius, Avitus, Selilorencius y con sus hermanas Terasia, Morenia, Tevimus, Paula y Emilia venden una heredad en el lugar de Vellenie[2]. El número de diplomas de esta región es muy numeroso y casi en su generalidad se precisa el origen hereditario de los bienes que los hermanos venden, así vemos en uno del año 1082: "... *Ego Iohannes Mexidiz, et fratri suo Roderigo Mexidiz .. .ut faceremus vos... ad tibi... Pelagio Citiz, Rartula venditionis de nostra ereditate quem abemus de abios vel parentes nostros* ..."[3] y otro del año 1161 "... *Ego Didacus Pelais, una cum sororibus meis ... vobis domno Adefonso ... facimus vobis cartam venditionis de hereditate nostra quam habemus ex parentibus nostris...*"[4].

Con ser estos documentos importantes, dado que en base a ellos puede verse la necesidad de que en los actos de disposición intervengan todos los consortes, los diplomas en que aparecen los hermanos llevando a cabo donaciones, ponen un punto más para considerar el carácter estable y dinámico de estas comunidades. Así en un documento del año 875 aparecen dos hermanos, Pepinus et Petrunius haciendo donación de la mitad de su heredad: "... *Ecce nos germani Pepinus et Petrunius vobis*

1.- En la cita de documentos y colecciones de las regiones que a continuación se exponen seguimos principalmente a Montanos Ferrin, Emma. *"La familia en la Alta Edad Media Española"*, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1980.

2.- Sánchez Belda, Luis - *Cartulario de Santo Toribio de Lieébana* (Madrid 1948, pág. 4, nº 2. "... *Ego Pruellus una cum fratribus meis, id est Presencius et... Aurelius, Avitus, Seliborencius siimliter et sorores Terasia, Moremia, Tevimus, Paula, Emilia ... vobis religiosi ... qui fuerint un loco Vellemie, partem vendimus ... in loco Vallenie...*" En el mismo sentido, y contenidos en este Cartulario: otro del año 827, en pág. 7, nº 4; otro año 915, en pág. 26, nº 21; otro del año 918, pág. 31, nº 25 entre otros.

3.- Serrano, Luciano: *Cartulario de San Vicente de Oviedo.* Madrid 1929, pág. 157, nº 86, en el mismo Cartulario diplomas semejantes, uno del año 1083, nº 89, pág. 161, otro de 1086, nº 98, pág. 172; otro año 1087, nº 101, pág. 176; otro año 1089, nº 106, pág. 182; otro año 1115, nº 149, pág. 242 entre otros.

4.- Floriano, Antonio C. - *Colección diplomática del monasterio de Belmonte* (Oviedo 1960) nº 48, pág. 160; otro del año 1167, nº 70, pág. 197.

Fraternio et Vistragotoni, placuit nobis ... ut donaremus vobis .. pomare in Argonanes ... illa nostram medietatem ex integra habeatis..."[1]; otro del año 1063: *"Ego Feles Veliaz et Vida Veliaz ... damus Deo et Sancte Marie Vallis Composite una terra iuxta molino de Vovada..."*[2].

Pero donde más se pone de manifiesto el carácter de permanencia de esta comunidad, es cuando por medio de adquisiciones que los hermanos realizan conjuntamente, se va enriqueciendo su patrimonio. Así hay constancia documental en los siglos XI, XII y XIII en que se registra su actuación como compradores o como donatarios. En este sentido un documento del año 1095 nos muestra a dos hermanos como compradores de una heredad: *"... ad vobis Petro Didaz presbiter et Martino Didaz ... ut faceremus ... ad vobis karta venditionis d´ereditate nostra propria..."*[3], otro del año 1122, *"... Ego Philippus ... tibi Christoforo presbitero et sorori tue Juliam, facimus Kartulam stabilitatis vel firmitatis de hereditate Sancti Vicenti, quam dicunt Pozana..."*[4].

También reflejan los documentos de aplicación del derecho el supuesto de que, por muerte de uno de los hermanos, sus hijos formen parte de esta comunidad: Así, un documento del año 962: *"... Ego Matezia una cum suprino meo Vicenti vobis Savarico et uxoris tur Vistrilli ... concedimus vobis terram in Froilane... tam ego quam germano meo Basabo dabimus vobis ad integritate et vos dedistis nobis in precio ..."*[5], parece particularmente expresivo este documento por cuanto parece expresar que la tierra que ahora venden formaba parte de un patrimonio común que originariamente tenían Matezia y su hermano Basabo, y al fallecer este último pasa a ocupar su puesto su hijo Vincenti, por lo tanto, ahora consorte con su tía. Otro particularmente interesante, es del año 1181, en él intervienen como vendedores, además de los hermanos, una sobrina, y consta en él expresamente la causa de esa intervención: *"... Ad maiorem etiam confirmationem huius kartule adduximos illam nostram neptem, filiam de germana nostra Marina Petri, que erat iam mortua, et illam superstitem reliquerat que istam Kartam nobiscum*

1.- Sánchez Belda, Luis - *Cartulario de Sto. Toribio de Liebana*, op. cit. nº 13, pág.8, en igual sentido otro del año 975, nº 3, pág. 87.
2.- Serrano, Luciano.- *Cartulario de San Vicente de Oviedo*, nº 63, pág. 82.
3.- *Cartulario de San Vicente* (Oviedo), op. cit. nº 114, pág. 192.
4.- Ibidem, nº 162, pág. 262. en el mismo sentido otro del año 1140 que consta bajo el nº 199, en pág. 316.
5.- Sánchez Belda, Luis - *Cartulario de Santo Toribio de Liébana*, op. cit. nº 65, pág. 77.

insimul roboravit... "[1]. En otro documento se menciona expresamente el origen hereditario de los bienes, que integran esa comunidad entre hermanos e hijos de hermanos: "*... ego García Vermudiz et Xemena Vermudiz et filii de Marina Vermudiz, Pelagio Pelaiz et Vermudo Pelaiz ... facimus kartam venditionis de propria hereditate que fuit de parentibus nostris ...* "[2].

2.- Región galaico - portuguesa.

El número de diplomas que testimonian la existencia, en esta región, de la comunidad hereditaria entre hermanos, es muy numeroso, a pesar de la parquedad de disposiciones forales sobre la materia, lo que permite afirmar no sólo su vigencia sino también la raigambre de la misma. Así tenemos un documento del año 1075 en el que aparecen dos comunidades de hermanos como partes de una compraventa: una como vendedor y otra de comprador: "*Ego Osoredo Aloitiz et Anmia Aloitiz ... placui mihi ... ut vinderemus a vobis Gotinu Eiriquiz et ad soror vestra Gontina Froilaz ... ereditate nostra propia que abuimus in villa quos vocidant Egaredi* "[3]. En otro de 1152 aparecen como compradores Pelagio Munionis et universis fratribus tuis, citando a continuación a todos estos hermanos y también a un "cognato" como perteneciente a esa comunidad de hermanos[4]. El carácter permanente de estas comunidades se pone igualmente de manifiesto en el hecho de disponer de bienes que se dice haber sido ganados en común. Año 1005, "*Ego Sandinus Didacus prolis Sunlani ganavimus cum nostro iermano Godesteo presbiter dive memorie villas et monasteria*" año 1068 "*Ego Saracina Sesnandiz, Fromosili Sesnandiz, Petro Sesnandiz, Gondina Sesnandiz,*

1.- *Cartulario de San Vicente*, op. cit. nº 335, pág. 525, otro del año 1195: "*... En propter ego Sanctia Pelaiz una cum soprino meo Martino Iohames, vobis ... facimus kartam vendicionis de hereditatem nostram propriam*, nº 360, pág. 562.

2.- *Cartulario de San Vicente*, op. cit. año del documento 1131, nº 179, pág. 285. En otro documento del año 991 parece formar parte de la comunidad una generación más: "*... ego Donna Fronildi una cum sobrinis meis Munnio Gutierrez et Nunu Gutierrez ... qui sumus neptis Donno Rodani ... pactum testamenti tradictionis facimus ... ad regula Sancta Iuliana ... tradimus atque concedimus hereditatem nostram ...*" en libro de la Regla o Cartulario de la antigua abadía de Santillana del Mar, publicado por Jusme, Eduardo. Madrid, 1912, pág. 50.

3.- Documento citado por Hinojosa y Naveros, Eduardo. *En la Fraternidad artificial*, pág. 267 y contenido P. M. M. DC (Portugalia Monumenta Histórica, diplomata et chartae (Lisboa 1870, fasc III, pág. 323)

4.- Documentos citado por Hinojosa en lugar y página anteriormente mencionados, perteneciendo este documento a la colección particular de Osera, nº 351, año 1152. "*Ego Peirus Froila unacum uxore mea urraca Veremudi tibi Pelagio Munionis et Universis tuis, Petro scilicet Munionis et Martino munionis et Didaco Munionis et Fernando Munionis et etiam cognato vestro Roderico, Iohannis, facimus cartam vendicionis ... de hereditate nostra propria quam habemus in villa que vocatur Houvie ex ganantia*".

Adosinda Sesnandiz, ... placui mici ... ut faceremus ad vobis Pelagio Gunçalviz et ... uxor tua Marina Gunçalviz ... damus a vobis ... ereditate que ganiavi Sesnando iudicit cum suo iermanos ... in loco quas vocitant Aminidelo". Año 1084, *"Ego Tructesindus vobis Sueris Fromariguiz et uxori vestre Elvire Muniz ... do vobis de ipsa hereditate quam ganavi cum meis iermanis terciam integram"*[1].

Prueba la frecuencia de la comunidad entre hermanos el hecho de consignarse frecuentemente en los documentos de enajenación de fincas, que el donante o vendedor era dueño único de ellos, "sin hermanos" y a veces "sin sobrinos". El presbitero Licinio, al hacer donación, en el año 947 al Monasterio de San Martín Pinario, de Santiago de Compostela, de unos pomares, declara que los había comprado, sin hermanos, ni sobrinos[2]. También resulta significativo el hecho de aparecer consignado en un documento del año 1234, relativo a la donación de una heredad, que un padre hace a un hijo menor, en la que especifica que ese bien no habrá de entrar en la comunidad, que a su muerte se forme, empleando la fórmula que se le dona "sine alio germano". Por otra parte no cabe la menor duda que esta comunidad entre hermanos, que los diplomas reflejan, estaba formada con los bienes heredados, en proindivisión, de los progenitores. Así se pone de manifiesto en la generalidad de los documentos: *"... Ego Citi et iermanas meas ... facimus vobis cartula vendicionis de nostra hereditate..."*[3] *"Nos nominatim filii et filia de Didaco Grolos et de Loba Heriz, filia de Hero Pelagii, scilicet Petrus Didaz, Nuno Didaci, Hero Didaci, Sancia Didaci ... Insimul facimus cartam venditionis..."*[4]. La comunidad de hermanos interviene en toda clase de cuestiones referentes a la propiedad en común, así

---

1 - Estos tres documentos constan en "*Portugalia Monumenta Histórica, Diplomata es Chartae*", op. cit. en fasciculo I, II y III respectivamente, pág. 111, 288 y 377 también respectivamente.

2.- El presbitero Licinio dona al Monasterio de San Martin Pinario *"pomares quos hedificavi et plantari cum suo terreno, quos comparavi", sine iermanos aut coniermanos vel subrinos"*. (Documento del Monasterio de San Martín Pinario en Santiago). Otro documento, año 995, del que parece desprenderse que los bienes recibidos por los consortes, constante comunidad, ingresaban en la misma, a no ser que especificamente se excluyeran: *Donamus ad congermana nostra... Baseliza alia nostra mancipia nomine Gossenda ... ut "sine fratribus suis"* ea firmitir obtineat. P.M.H.D.C. nº 174, pág. 107.

3.- Serrano y Sanz, Manuel - *Documentos del Monasterio de Celanova*, en R.C.J.S. (1929), doc. del año 1006, nº 264, bis, en el mismo sentido, documento año 1007, nº 267; año 1007, nº 268 entre otros muchos.

4.- Loscertales de Gª de Valdeavellano, Pilar - *Tumbos del Monasterio de Sobrado de los Monjes* - Madrid, 1976, documento nº 182, pág. 227, son muy numerosos los documentos contenidos en este Cartulario sobre el tema tratado, así uno que destaca por su antigüedad del año 860: *"nos Pompeianus, Adelfus, Astorica, Leodulfus, Ostamalus, ... germanus, ut venderemus tibi, omnem nostram hereditatem, ...*, nº 76, pág. 106.

aparecen diplomas en que su actuación se refiere al negocio de constitución de prenda, figurando unas veces como acreedores o como deudores pignoraticios o como ambas cosas, año 1214, "... *nos insimul filii et filie Froyle Moderici et Maioris Petri ..., ponimus in pignore fratribus Superaddi ... hereditatere nostre ...*" año 1200, "... *nos Martinus Fernandi, Johannes Fernandi, Petrus Fernandi et Gomez Fernandi fratres ... ponimus in pignore pro solidos CC° II quantam hereditatem habemus ...*"[1].

A esta región, tan rica en documentos relativos a la comunidad consorcial, pertenecen dos escrituras de partición del siglo X, existentes en el Monasterio de Celanova. Una, del año 934, contiene una división de bienes efectuada entre varios hermanos de todo lo que en común tenían, procedentes unos bienes de sus abuelos y otros de sus padres[2].

Igualmente aparecen diplomas en los que la comunidad familiar está integrada por hermanos y sobrinos, hijos de hermanos muertos: "*Ego froyla Pelaz et Garsia Pelaz et Fernan Pelaz et suos sobrinos, Eldoncia Petri et Maria Petri et Pelagio Petri ... facimus karta venditionis de hereditate nostra propria que habuimus de aviorum nostrorum*"[3]. "*... Ego Garcia Pexom cum meos consobrinos Petrus et Bartolomeus, vobis kartam venditionis de una terra quam habemus in Sica Mulina en Naverga...*"[4]. "*...Ego Iohannes Petri cum filiis de iermana mea ... vendimus vobis ... totam hereditatem nostram ...*"[5], "*... ego Segefredo una pariter con suprimis meis nominibus Gutina et bona et astrilli ... ut vinderemus ... ereditates nostras proprias que*

1.- Loscertales de Gª de Valdeavellano, Pilar - *Tumbos del Monasterio de Sobrado de los Monjes*, v. I, pág. 347, nº 363 y v. 2, pág. 346, nº 358.

2.- Serrano y Sanz, Manuel: *Documentos del Monasterio de Celanova*, op. cit. documento del año 934, nº 40: "*... nos mones suber notati: Rudesindus episcopus, Munionem, Froilanem, Adosindad et Ermesinda ... Placuit nobis ut facermus inter nos collmellum divisionis de villas ex succesione avorum nostrorum Hermegildi et Ermesinde, Eronir e Adosinde vel etiam genitorum nostrorum Guttierris et Ilduare, quos comparaverunt vel donisqum acceperunt atque de stirpe prendiderunt vel constiverunt quantum exinde in hoc testamentum vel collmellum resonat ...*" Otro diploma del año 995 de este mismo cartulario (nº 211) refiere la partición ya efectuada: "*... Ego Aragunti confessa ... vobis patri Manillani abbati et fratribus cunctis de monasterio Cellanova, Facio vobis cartulam testationis vel donationis de villa mea propria quam abui de sucessione parentum meorum et exirit mihi in sorte inter meos germanos per cartam divisionem...*"

3.- *Tumbos del Monasterio de Sobrado de los Monjes*, op. cit. documento del año 1200, en v. 2, nº 530, pág. 462.

4.- Documento del año 1200, contenido en *Tumbos del Monasterio de Sobrado*, op. cit. nº 231, pág. 237.

5.- Documento del año 1206, en *Tumbos del Monasterio de Sobrado*, v. I, nº 331, pág. 328, en el mismo sentido también documento del año 1201, nº 533, pág. 471, documento del año 1173, nº 180, pág. 225.

abemus in vilas quos vocitant figueirolo et segemondi territorio portugalesis..." [1].

En el siglo XVII subsistía aun, en Portugal, la indivisión de los bienes hereditarios entre hermanos, con las características que hemos señalado, según afirma el historiador Hinojosa[2], que conceptúa esta comunidad como una especie de sociedad, cuyo capital estaba formado por los bienes hereditarios y las ganancias y pérdidas de ellos, así como el trabajo o industria de los hermanos y hermanas, a no ser, dice, que se pactare expresamente la comunión universal de bienes. Por otra parte, son numerosos en esta región los contratos de sociedad, que se realizaban a imagen y semejanza de la comunidad hereditaria entre hermanos, entre personas unidas o no por vínculos de hermandad. Son particularmente interesantes los diplomas que recogen estos contratos de sociedad pues en ellos se pone de manifiesto, casi más que en las disposiciones forales de estas regiones, las características del modelo. Así en un documento del año 874[3] aparecen siete personas celebrando un contrato en el que se obligan a no dar, vender, ni dejar en testamento a persona alguna, sino unos a otros, la parte que les corresponda en los bienes aportados y en cuantos con ellos pudiesen adquirir.

3.- Región castellana - leonesa.

También en esta región son numerosos los diplomas que testimonian ya desde el siglo X que la comunidad hereditaria entre hermanos continuaba explotando en proindivisión el patrimonio familiar, con los mismos carácteres de disposición en mancomún y heredamiento mutuo, que venimos observando en las otras regiones examinadas. Así un documento del año 919, "...

1.- Documento del año 1056, contenido en *Portugalia Monumenta Histórica, Diplomata et Chartae*, op. cit. nº 400, pág. 244, otro del mismo año aparecen realizando un contrato de permuta dos comunidades integradas ambas por hermanos e hijos de hermanos: *"Ego famulo dei manzor tanoizi una cum subrinis meis nominibus tarroy et monin in persona nostra et de nostris iermanis ... ut faceremus vobis muniu maniulfiz et ad subrinis vestris ... et facimus Rartula vel contramutacionis de hereditate nostra propia..."* nP 398, pág. 243.

2.- Hinojosa y Naveros, Eduardo - *"La fraternidad artificial en España"*, op. cit. que cita a *Molina, "De iusticia et iure"*, Anvers, 1715, tomo II, dip. 421, pág. 326, en apoyo de su afirmación.

3.- Fofino, Gatón, Astrilli, *Arguiru, Vestrimiru, Quinilli, et Aragunti, placum facimus inter nos, unus ad alios, per scripturam firmitatis ... super ipsa Ecclesia, et super nostras hereditatis, quantas habuerimus, et ganare potuerimus, usque ad obitum nostrum, que non habeamus licentia super illas, nec vindere, nec donare, nec testare in parte extranea, nisi unus ad alios, ant ad ipsa Ecclesia vocabulo sancti Andree Apostoli, et qui minime fecerit et istum flacum excesserit pariet pacto de quos isto placto observaverint, x boves de XIII modios et dundicato.* Documento citado por Hinojosa, pág. 271 en su obra *"La fraternidad artificial en España"*, op. cit.

Ego Christofolus una pariter cum meos germanos ... tibi Domno Recesvindus Abbati et colegio fratrum ... ut faceremus vobis carta vendictionis de terra quem abemus in Veequa de Ceja ..." [1]. *Documento del año 932, "Ego igitur Sarrazin Gutierez una cum germanis meis Oveco, Morelliz, Aper, Bela, Gutier, tibi Gomessano abbati vendimus unam terram..."* [2]. *"Ego Beila presbiter una pariter cum germanis meis ... placuit nobis et vendimus tibi Stefani abbati ..."* [3]. Pero su actuación no queda limitada a actos de enajenación por venta, sino que interviene en otros contratos como donaciones: *"... Ego Ciprianus Vitas et fratres mei ... facimus kartulam de nostra hereditate propria que abemus de padre nostro... "* [4], *"Et nos filios de senior Lope Gundisalbez donamus pro anima patris nostri quartam partem de Ocoizta"* [5]. *"Ego comitissa dompna Sancia Pontii et fratres mei Fernandus et Fernandus Pontii offerimus et donamus sacrosancto altari Santi Martini de Castannaria ... unum casale quod occidit nobis de patre nostro comite domno Pontio"* [6].

El carácter estable de estas comunidades se pone de manifiesto cuando se las ve en el papel de compradores o donatarios, como ocurre en los documentos siguientes: *"... vendimus tibi Pasqual Fernandíz et Eila Fernandiz huna terra ..."*, *"... ut renderemus tibi Gomessani atque sorore tua Faquilo una vice de molino que abemus in ipso molino"* [7]. *"et vendimus ad vos germanos Oveco Belascoz et Citi Belasboz vinea nostra propria"* [8].

Igualmente aparece constancia en esta región de la existencia de comunidad en la que aparecen hijos de hermanos muertos, junto con hermanos, integrando la misma. La entrada de estos

---

1.- Escalona, Romualdo: *Historia del Real Monasterio de Sahagún*. Madrid, 1782, documento nº 8, pág. 380.
2.- Serrano, Luciano: *Cartulario de San Millán de la Cogolla*, Madrid 1940, nº 26, pág. 35.
3.- Serrano, Luciano - *Colección diplomática de San Salvador del Moral* - Valladolid 1906, documento del año 963, nº 4, pág. 8. En el mismo sentido documento del año 965, (nº 38, pág. 45), documento del añlo 1048 (nº 73, pág. 86), documento del año 993 (nº 281, pág. 297), otro documento del año 980 (nº 314, pág. 321), otro del año 978 (nº 315, pág. 332).
4.- Vignau, Vicente: *Cartulario del Monasterio de Esbonza*, Madrid 1884, documento del año 1105 (nº 53, pág. 94). Otro documento del año 1128 (nº 57).
5.- *Cartulario de San Millan de la Cogolla*, op. cit. documento s. f. pág. 199; en el mismo Cartulario, otro del año 964 (nº 54, pág. 64), *"Ego igitur Scemedonno, et soror mea Marina ... concedimus et confirmamus ad atrium s. stephani ..."*, año 972, nº 58, pág. 68; año 1009, nº 77, pág. 87 entre otros.
6.- Rodriguez González, Antonio: *El Tumbo del Monasterio de San Martín de Castañeda* (León, documento del año 1164), (nº 53, pág. 95).
7.- Colección diplomática de San Salvador, op. cit. documentos del año 1092 y 1047 respectivamente, números 18 y 166, págs. 47 y 174.
8.- *Cartulario de San Millán*, op. cit. documento del año 1070, nº 105, pág. 118.

sobrinos en la comunidad familiar puede ser debida, a dos causas, bien que, por premoriencia de su progenitor, entraran a formar parte desde el inicio en esta comunidad, o bien suponga, que a la muerte de un consorte sus hijos se subrogaran en su cualidad de tal, sin que, por lo tanto, la muerte supusiera al liquidación de la comunidad. Parece menor el número de documentos que reflejan esta distinta composición del grupo; sin embargo existe abundante número de ellos para poder atestiguar su existencia. Así en un documento del siglo XI, *"Ego domna Onnecha, simul cum meo sobrino domno Lope, cum istos fidiatores et cum istos auditores, roboramus et confirmamus ista cartula in tuas manus de domno Iohannes, et cum manus nostras proprias signos ..."*[1], *"Ego Vivianus abbas Sancti Martini ... comparavi de Freire et de sua sobrina una terra cum suo monte et illa iacet in valle de Spino ..."*[2], *"Ego Didaco una cum germanas meas et sobrinas ... vendimus tibi iam supra nominato Belasco frater pozo de moyra in loco que dicitur subkastello "*[3]. Exiten también documentos que prueban cómo la comunidad familiar continúa a la muerte de los hermanos consortes, ya que aparecen formándola sólo consanguineos, sin especificar el grado que les une, *"Ego Rudericus comes, una cum consanguineis meis Scemeno Enechez et mater eius domna Maria, don Garsia, don Malrico, Gonsalvo de Maraion, don Nunno, don Rodrico, don Albaro, don Petro Garciaz ... ut traderemus ... nostram hereditatem pernominatam in villa que vocitant Gormeces ..."*[4]. Si bien, los diplomas en este sentido son muy escasos, lo que parece revelar que esta comunidad familiar se mantenía en círculos familiares reducidos.

1.- Serrano Luciano: *Cartulario de San Millán de la Cogolla*, op. cit. documento del año 1081, nº 245, pág. 250.

2.- Rodríguez Gonzáles, Antonio. *El Tumbo del Monasterio de San Martín de Castañeda*, León 1973, documento del año 1233, (nº 136, pág. 191), documento del año 1178, (nº 69, pág. 113). *"Ego Petrus Petriz et uxor mea Sancia Fernandez una cum sorore mea Mariana Petriz et sobrinis meis Salvador Petriz, Maior Petriz, Maria Petriz facio kartam donationis vobis abbati Martino ... de tota illa hereditate quam habeo de avis meis in monte de Carvales in villa Meana ..."*.

3.- Serrano, Luciano. *Colección diplomática de San Salvador del Moral*, Valladolid 1906; documento del año 978 (nº 295, pág. 308), otro documento del año 1025 (nº 204, pág. 218). *"Ego Ectavita una pariter cum Stefano et Obeco, sobrinis meis ... vendimus tibi patri nostro Tellum abbati ..."*

4.- Serrano, Luciano. *Cartulario de San Pedro de Arlanza*. Madrid 1923, documento del año 1141, nº 98, pág. 187.

4.- Cartularios de la región navarra.

Al igual que en los diferentes ordenamientos jurídicos que venimos examinando, se constata en éste la existencia de la comunidad hereditaria entre hermanos, no como situacion transitoria sino permanente y estable, con las mismas características apuntadas, es decir, necesidad de intervención de todos sus miembros para disponer validamente de los bienes que integran la misma y con el especial acrecimiento entre sus miembros. Así, vemos a los hermanos actuar juntos cuando venden o donan bienes del acerbo consorcial: *"Ego iohannes ... et frater mens petrus cum sororibus meis Maria et Stephania vendimus unum quinionem in la canada per unum morbum"*[1], *"...ego Sancius ... comparavi de Ochando et de suis fratribus partem quam habebant in illis rotis de Arbeica..."*[2]. Aunque no siempre se especifica en los documentos el origen de los bienes de que la comunidad dispone, sí existe un buen número de ellos en los que se hace constar expresamente la procedencia de dichos bienes quedando patente así el origen hereditario de los mismos y en consecuencia su carácter de patrimonio familiar: *"... Ego Bradila et ego Daco et ego Matrona, tibi entori nostro galindoni abbate ... ut tibi vinderemus alode nostrum qui nobis advenit ... quantum ibi abuimus de madre nostra ..."*[3]. También en esta región los diplomas ponen de manifiesto el enriquecimiento de la comunidad con nuevas adquisiciones. Así hay constancia documental en que se registra su actuación como compradores o como donatarios: *"Galindo et soror mea Junia, vos emptores nostros Galindo abba cum fratre suo Attoni ... ut vobis vinderemus nostras porciones de illas casas in villa Calvario ..."*[4], *"... Hec est carta donationis sive confirmationis quam facio ego dompnus Bibianus ... vobis duobus fratribus Petro et Raimundu de Albineto, de duabus pecis terre"*[5]. *También vemos a la comunidad de hermanos en el*

1.- Monter de Albiac, Cristina. *"Colección diplomática del Monasterio de Fitero"*. (años de 1140 a 1210), Zaragoza 1978, documento sin fecha, nº 16, pág. 18, en el mismo sentido otros sin fecha, números 25, pág. 23, nº 27, pág. 27, nº 45, pag. 32, nº 42, pág. 42, otro del año 1170 que lleva el nº 70, pág. 44 y otro del año 1202, nº 146, pag. 98, año 1157 (nº 111, pág. 70): *"Ego turginus ... cum consilio et consensu fratrum meorum ... dono uno corrale in casachando, deo et Sancte Marie de nescevis ..."*

2.- Lacarra, José Mª - *Colección diplomática de Irache*, Zaragoza 1969, documento del año 1193, pág. 233.

3.- Martín Duque, Angel S.: *Colección diplomática de Obarra*, Zaragoza 1965, documento del año 1017, nº 24, pág. 27.

4.- *Colección diplomática de Obarra*, op. cit. documento del año 1025 (nº 103, pág. 93).

5.- *Colección diplomática de Irache*, op. cit. documento del año 1168 (nº 174, pág. 189) en el mismo sentido documento del año 1208, (nº 244, pág. 260).

papel de censatarios: "ego Sancius, abbas Iraxensis, et totus conventus, damus et concedimus tibi Petro de Aregui et sorori tue Marie illos palacios de Arellano ... Tali modo, ut detis nobis inde censum anuatim "[1]. Vemos así mismo documentos en los que consta la partición respecto a uno de los hermanos que se aparta del grupo familiar: *"... Hec est carta memorie de convenientia quam fecit iohannes filius de paschel montera cum suis fratribus et sororibus ..."*[2]. Así como también un documento de partición en el que el Abad del Monasterio de Irache parte con una comunidad de hermanos, a fin de determinar la parte que corresponde a uno de los hermanos, que, por morir profeso pertenece al Monasterio, supuesto éste que en el ordenamiento jurídico navarro, al igual que en el Aragonés, funciona como excepción al acrecimiento consorcial entre hermanos: *"... Hec est carta et conveniencia quam ego Sancius ... abas Iraxensis ... cum illis tribus fratribus filiis de Iohan d´Arbeiça scilicet cum Petro et Martino et Maria sorore eorum ..."*[3]. Como elemento subjetivo de la comunidad aparecen, al igual que veíamos en los otros ordenamientos estudiados, junto con los hermanos, los hijos de hermanos muertos. Su entrada puede obedecer, bien al derecho de representación, o bien porque al faltar, por fallecimiento, uno de los hermanos que constituían el grupo, sus descendientes, ocuparan el puesto dejado vacante: *"Ego Eneco filius de amanesema et sobrina mea, andressa vendimus totam nostram hereditatem ab integro quam habemus in tudegen ..."*[4]. *"Ego Sancius, abbas Iraxensis comparavi illam pieçam de Curpideta ... comparavi inquam a vobis Eximino Iuças, minore, et a vestro sobrino Semen Pedriz ..."*[5].

5.- Cartularios de la región catalana.

Los documentos recogidos en los cartularios que citamos reflejan, al igual que venimos observando, la existencia de esta comunidad entre hermanos. En ellos, la actuación conjunta de los hermanos, en los actos de disposición de los bienes comunes, es

---

1.- *Colección diplomática de Irache*, documento del año 1218, (nº 302, pág. 317) en los mismos términos otro del año 1221 (nº 314, pág. 327).
2.- *Colección diplomática del Monasterio de Fitero*, op. cit. documento sin fecha, nº 142, pág. 95.
3.- *Colección diplomática de Irache*, op. cit. documento del año 1192, (nº 212, pág. 228).
4.- *Colección diplomática del Monasterio de Fitero*, documento sin fecha, nº 79, pág. 48.
5.- *Colección diplomática de Irache*, año 1218, nº 306, pág. 320, otro del año 1209 (nº 248). *"Dono et concedo cum consensu et voluntate nepotum meorum, scilicet Eximinis, Garcia, Sagato quod habeat et possideat ielas hereditates ..."*

manifestación, sin duda, de la imposibilidad de actuar individualmente sobre la cuota parte que a cada uno se le supone en dicha comunidad, a excepción de cuando la enajenación de la misma se hace a favor de otro hermano. *"Ego odogarius, abba, donator sum tibi Vivaco fratri meo ..." "Ego Ponceta ... vendo et concedo tibi Guillelmo, fratri meo ... totum meum honorem ... quam habeo et teneo voce patris mei ..."*[1]. Que los hermanos integrantes de esta comunidad actuaban a mancomún se pone de manifiesto en numerosos documentos, los más antiguos que hemos encontrado datan del siglo X: *"Ego Servandus, et sorores meas ... nos simul vinditores sumus tibi Sumiario comte, emptore ..."*[2], *"Ego Iohannes et sorori mea Spetosa, vinditores sumus tibi Vivas emptores ... vindimus tibi pecia una de terra ... et est ipsa terra in suburbio Barchinonense ..."*[3]. *"Ego Bernardus Raimondi cum fratres mei et sorores nostres ... nos simul in unum vinditores sumus... vendimus vobis alodium nostrum proprium ..."*[4]. Esta comunidad no se limita a hacer ventas y donaciones sino que celebra toda clase de negocios jurídicos, actuando en mancomún. Así existen documentos en que la comunidad aparece como deudor pignoraticio: *"Ego Raimundus Gancerandi et Berengarius Gancerandi impignoramus Deo et Beate Marie et monasterio Sancte Crucis ... totam nostram leudam quam habemus ... in Podio Cerdano per C.C.C.C. solidos barchinonenses"*[5]. Que estas comunidades estaban constituidas con bienes patrimoniales o de abolorio se pone de manifiesto en numerosos diplomas: *"Ego Andegarius et Longovardo ... nos simul in unum donatores ... mulnares nostros ... et advenit nobis per vocem patri nostre gd. Delani"*[6]. *"Ego Candigora et Senteldes ... vindimus vobis terra, qui*

1.- Rius Serra, José: *Cartulario de Sant Cugat del Vallés*, Barcelona 1945, documentos del año 1041 y 1210 respectivamente contenidos en el v. 2, nº 556, pág. 217 el primero y en v. 3 nº 1280, pág. 398 el citado en segundo lugar.
2.- *Cartulario de Sant Cugat del Vallés*, documento del año 941, v. 1, nº 20, pág. 21.
3.- Undina Martorell, Federico: *El Archivo Condal de Barcelona*, Barcelona 1951, documento del año 990, nº 224, pág. 413.
4.- *Cartulario de Sant Cugat del Vallés*, documento del año 1117, en v. 3, nº 837, pág. 37, en el mismo sentido, documento del año 1147 (nº 975, pág. 155), documento del año 1156, nº 1054, pág. 219, documento del año 1140 (v. 3, nº 943, pág. 125), *"Ego Guillelmus et Sparagera atque fratres mei ... omnes simul donamus et defenimus Domino Deo et S. Cucuphati .... alandium nostrum francum"*, entre otros documentos.
5.- Udina Martorell, Federico. *El Llibre Blanch de Santas Creus*, Barcelona 1957, documento del año 1185, nº 278, pág. 275.
6.- *Cartulario de San Cugat del Vallés*, documento del año 1001, nº 357, pág. 5, otros documentos en el mismo sentido año 1080 (nº 702, pág. 364), documento del año 1184, v. 3, nº 1154, pág. 297, año 1086, nº 725, pág. 386.

nobis abenit de parentes nostros in comitatum Ausonense ..."[1]. El carácter estable y de permanencia de estas comunidades se manifiesta en los casos en los que se les ve llevando a cabo contratos de permuta o también cuando aparecen como compradores. Del primer supuesto existen diplomas del siglo XI: *"Ego Odo, episcopus sancta Sedis Ierumdensis Ecclesia ... simul cum fratres meos ... comutatores sumus tibi Audegarius et fratri tuo Longovardo ... de terras nostras ..."*[2], otro del siglo XII, *año 1152, "... vos ambo Bernardus de Sancta Eugenia et Petrus de Sancta Eugenia damus et comutamus ... totum illum nostrum honorem, cultum et heremum, scilicet illos ... mansos de Fonteclara et medietatem ipsius mansi de mata ..."*[3]. Figurando como compradores hay gran número de documentos pertenecientes a los siglos XI y XII, así del año 1074, *"Ego Bernardi, proli Bonefilii, vinditor sum tibi Bernardi et fratri tuo Mironi emptores"*; documento del año 1194, *"... vendimus tibi Petro de Bagnariis, et fratri tuo Bernardo ..., omnes nostros directos quod habemus"*[4], *"Ego Gerallus Alemanni donator sum vobis Petrus Oliba et Arnallus Oliba, ambos fratres, ipsa vinea que pater vester et mater plantaverunt et edifica veremt in meo alodio ... Est hec omnia in comitatu Barchinone ..."*[5], *"Ego Guillelmus ... damus tibi angrallo suniarii ... et consanguineo tuo Berengario Bovis ... ipsum villare de Coma Ruga ..."*[6].

Como vemos en esta región catalana existe constancia, a través de los diplomas reseñados, de que la comunidad hereditaria entre hermanos estaba regulada de manera semejante a como lo hacian los otros ordenamientos jurídicos estudiados. El hecho de que el Código de las Costumbres de Tortosa regule la comunidad hereditaria como una comunidad por cuotas, del tipo llamado romano, puede significar, que este cuerpo legal cambió el derecho imperante hasta entonces, en un fenómeno similar al acontecido posteriormente en Castilla con la promulgacion de Las Partidas.

1.- *Archivo Condal de Barcelona*, op. cit. documento del año 903, nº 15, pág. 129. De este siglo X existen numerosos documentos que indican el origen hereditario de estos bienes, asi, entre otros año 909 (nº 26, pág. 142) año 910 (nº 27, pág. 143), año 910 (nº 29, pág. 145), año 913 (nº 36, pág. 155).
2.- *Cartulario de San Cugat*, documento del año 1003, v. 2, nº 386, pág. 36.
3.- *Llibre Blanch de Santas Creus*, documento del año 1152, nº 53, pág. 59.
4.- *Cartulario de San Cugat del Vallés*, documentos v. 2, nº 680, pág. 342 y v. 3, nº 1205, pág. 335 respecitvamente, otros documentos en igual sentido del año 1075 (nº 684, pág. 345, v. 2) y documento 1194, v. 3, pág. 335.
5.- *Llibre Blanch de Santas Creus*, documento del año 1143, nº 40, pág. 47.
6.- *Cartulario de Sant Cugat*, documento del año 1180, v. 3, nº 1132, pág. 282.

Este cambio, presumiblemente, tuvo lugar por la aplicación a la comunidad hereditaria sobre bienes patrimoniales o de abolorio, de las reglas que regulaban la comunidad que por cualquier título se formaba sobre toda otra clase de bienes. Es así que sólo parcialmente estamos de acuerdo con el profesor Martínez Guijón[1], cuando afirma que en la Edad Media imperaban en España los dos tipos de Comunidad hereditaria, por cuanto creemos que esta dualidad no corresponde a toda la Edad Media, ya que hubo un período de la misma en el que todos los ordenamientos eran coincidentes en la regulacion de la misma. Un residuo de esta regulación anterior, en las Costumbres de Tortosa, pudiera ser la disposición contenida en el 1, 6, Rubrica 2ª, Const. 1ª[(2)] que coincide con el fuero 7° *De Communi dividundo* y que también hemos visto contenían todos los Fueros territoriales examinados, si bien éstos, presuponen la cooperación de todos los consortes en la obtención de esas ganancias y la disposición de las costumbres de Tortosa prevé el supuesto de que las mismas fueren obtenidas por uno sólo de los consortes, con los bienes comunes. Interpretación ésta que parece acogerse en Aragón, por cuanto en nota, a pie de página, al Fuero 7° *De Communi dividundo* se establece la concordancia del citado fuero con la Observancia *De negociis gestis*.

VI.- 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

---

1.- Martínez Guijón, José: *"La Comunidad hereditaria en la Edad Media"*, op, cit. pág.

2.- *"Si la un dels germans guaynara alguna cosa ab los bens paternals o maternals ans que venguen a partio apres de la mort del pare o de la mare; tot lo guayn quen fara, es tengut e obligat quen torn en meta en comu ab los bens paternals o maternals: e que fia partit equalment per frayresca: axi com los altres bens, e axi be cascu ne deu e pot aver sa part e sa frayresca axi com eyl. Mas si per sa art o per lexa, o per sa sciencia o per donacions que li sien feytes o per neguna altra rao sens los bens del pare o de la mare guaaynara o conquerra; o aura nuyla cosa, tot es sen propri e a sa voluntat: que non es tengut ne obligat quen torn re nin meta en comu nen do alguna part a sos germans; nils germans no poden ni deven fer contra eyl alguna demanda ne actio"*. Comparese con el F. 7º De Communi dividundo: *"Si unus frater ante divisionem paternorum bonorum ex ipsis bonis aliquid acquisierit, 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"*.

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 Esparta[1], y con características muy semejantes existió en Roma y en la mayor parte de las naciones de la Edad Media europea[2]. 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 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

---

1.- Hinojosa y Naveros, Eduardo - *La fraternidad artificial*, op. cit. pág. 260, con cita de Guirand. La proprieté fonciere en Grece jusqu´a la conquete romaine, Paris 1893, págs. 55-56.

2.- 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 contigerit unum illorum mori, bona illius defuncti illi liberi qui non sunt partiti inter se dividant"*.
El mismo derecho regía en Polonia, donde los hermanos que conservaban proindiviso sus bienes se heredaban reciprocamente a falta de hijos, con exclusión de los otros hermanos que hubieran separado ya su parte de la herencia paterna. Kadlec: "*La indivision 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 prose, aliis tribus fratribus simul in uno domicilio et pane permanentibus"*. Dos de éstos Cesko y Johannes Rsesinik, murieron sin descendencia, *"et sic portiones hereditatis, quae istos duos contingebant, devolutae sunt ad solum Gnencomen Wodam, pro es quod praedicti tres fratres insimul permanserant ... et haec est ratio, quare idem Gneuco Woda possedit tres portiones hereditatis predictae et Supzi tamtummodo 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 Leight (*Storia del Diritto italiano*. Parte prima. *Diritto delle persone e di famiglia*. Lezioni. Milán 1941) consideran juntamente con el Derecho germánico, al influir ambos en la costumbre. Citados por G. de Valdeavellano, Luís. *La comunidad patrimonial de la familia en el Derecho español medieval*. Estudios medievales de Derecho privado. Sevilla, 1977, pág. 306.

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.

VII.- 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 paises donde afincan 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 Orlandis[1], 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 tratamos, preciso es resaltar que, si bien, como después expondremos, 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 expondremos, 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 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, dificilmente explicable por haberla tomada unos Estados de otros, más que a una comunicación de instituciones, puede ser atribuida al hecho, que se repite

---

1.- Orlandis, José - *"Consecuencias del delito en el Derecho de la Alta Edad Media"* A.H.D.E 1947, pág. 66.

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, creemos que las comunidades hereditarias entre hermanos, que vemos generalizadas en la Edad Media española, obedecen a un fondo consuetudinario que hunde sus raices 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 Román[1] como notas distintivas de los derechos de propiedad y de familia que regían el Derecho de estos pueblos, la copropiedad familiar y la distincion de los bienes de familia, en propios y adquiridos. Si se aceptan como válidas estas formas de organizacion 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 Garcia Gallo[2] 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.

Vamos a exponer el primitivo consorcio familiar romano y a 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

---

1.- Sánchez Román, Felipe. *Estudios de Derecho Civil*. T. Sexto, v. 1º, Madrid 1910, pág. 132.
2.- García Gayo - Tomo II, pág. 72, *Historia del Derecho Español*.

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 testamento[1]. Parece indudable además, que la palabra "familia" antes de designar el grupo humano, significó "bienes domésticos", es decir el patrimonio familiar[2]. La propiedad como la copropiedad, dice Torrent,[3] 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, 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 ercto non cito"* o comunidad hereditaria familiar que tenía lugar, según atestiguan los fragmentos de Gayo, entre los filiifamilias a la muerte del parterfamilias[4]: 154 a *"... Olim enim, mortuo patre familias, inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas, quae appellabatur ercto non cito, id est dominio non diviso; erctum enim*

1.- Bonfante, Pietro - *Scriti giuridici varii*; I, Milán 1921, pág. 101 y ss.

2.- Arias Ramos, José - *Derecho romano*, Madrid 1943, T. Iº, pág. 230 nota 249 y Bonfante, Pietro en Corso; en el mismo sentido de entender que el pueblo romano estaba organizado sobre la base de una organización familiar, dueña de un patrimonio en el que sucedían necesariamente los fillifamilias.

3.- Torrent, Armando - *Manual de Derecho Privado Romano*, Zaragoza, 1987, pág. 286. Ver también el interesante trabajo que este autor realiza sobre el *consortium ercto non cito*, *Miscelanea*, AHDE, T. XXXIV, pág. 479 y ss.

4.- Si bien estos fragmentos de las Instituciones de Gayo no fueron descubiertos hasta 1933, Bonfante ya hablaba de la existencia de este consorcio: *"Si e richiamata anche l'usanza ricordata da Servio Nonio e piu largamente da Gellio che tutti e fratelli, cive tutti gli agnati continuassero a vivere insieme in un consorzio inseparabili, et per questo antiqum consortium era in uso una designazione misteriosa: ercto non cito"* (Corso de Diritto Romano II, pág. 214. Roma 1926).

dominium est, unde erus dominis dicitur; ciere antem dividere est, unde caedere et secare [et dividere] dicimus ... In hac autem societate fratrum ceterorumue qui ad exemplum fratrum suorum societatem coierint, illud proprium erat, quod vel unus ex sociis communem seruum manumittendo liberum faciebat et omnibus libertum adquirebat ; Item unus rem communem mancipando ..."[1]. 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 familiar[2]. Esta situación de comunidad entre los hijos herederos lo más probable es que no necesitara pacto de constitución sino que nacía 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 erciscunde" 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 consortes[3]. Este derecho de veto, que competía a los comuneros es el *ius prohibendi*, que, junto al *ius adcrescendi*, caracteriza esta comunidad. El historiador Martínez Guijón[4] 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;

1.- Gayo - *Instituciones - Commentarius* 3. 154 a. 154 b.

2.- 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 piu antica figura di societa e 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 vivevaco insieme e gestivano in comune il patrimoniio avito in guisa da attuare una vera societa universale". Biondi considera igualmente el "consortium" romano como la más antigua forma de condominio; (pás. 283, obra citada) la comproprieta nel mondo antico ha carattere familiare.

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

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

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 partícipes en esos actos individuales". También Biondi[1] 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 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 Hesammte Hand germánica. Por otra parte, como pone de manifiesto Fuenteseca[2] 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

Tácito[3] 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 escindiendose 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

---

1.- Biondi Biondo - op. cit. pág. 283.
2.- Fuenteseca, Pablo - *Origen del concepto romano de Obligación* - libro homenaje a Roca Sastre, v. I, pág. 143.
3.- Tácito: *"De moribus germanorum*, 20.

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 paterna[1]. 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 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 unicamente 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 doméstica[2], y éstos ponían en acción, como dice Hubner, un derecho ya existente[3].

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

---

1.- Garcia de Valdeavellano, Luis - *La comunidad patrimonial de la familia en el Derecho medieval español*. Estudios medievales de Derecho privado. Sevilla 1977, pág. 302 y ss.

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

3.- *Hubner, Grundzüge des deutschen Privatrechts*, pág 735, citado por Garcia de Valdeavellano; La comunidad familiar ... op. cit., pág. 304.

transforma en un derecho que compete unilateralmente al Hansvater, pudiendo éste llevar a cabo por sí sólo esta división, cuando quiere disponer 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 expetativa hereditaria[1], pudiendo, según García de Valdeavellano[2], 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 coparticipe 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 mancomún 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

---

1.- 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.

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

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,[1] o, por mutuo acuerdo, como sostiene Garcia Valdeavellano,[2] procediéndose a la partición de todo el patrimonio que la comunidad en ese momento tenía. Según Hübner[3], 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 visigodo[4]. Estas alusiones que el *Liber Indiciorum* hace a la comunidad 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 Recesvinto[5], 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*

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

2.- Garcia de Valdeavellano, Luis en *La comunidad familiar*, op. cit, pág. 305.

3.- Hübner, *R. Grundzüge des dentschem Privatrechts*, pág. 156, citado por Valdeavellano, obra y pág. citadas anteriormente.

4.- En este sentido se manifiesta también Garcia de Valdeavellano que cita al efecto a Melicher Th. Der Kampf zwischen Gesetzes und gewohn heitsrecht im westgothem Reiche, Weimar 1930.

5.- *Lex Visigotorum libro X, titulo 1º, ley 4: Liceat uni haeredi respondere, si ab aliquo petatur: et petere, si causa qualicumque compellitur.*

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 ant 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, 9[1] del mismo cuerpo legal hace una clara alusión a la figura consorcial cuando refiriendose 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 comunidad[2].

1.- Lex visig. libro III, titulo 1, ley 9 , v. Fuero Juzgo: Si los hermanos tardan el casamiento de la hermana, ó si ella se casa por sí sin conseio de los hermanos. Si los hermanos tardan el casamiento de la hermana por tal que ella case por sí, é 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 entiende el enganno de los hermanos, buscare casamiento con razon, aya su derecho entregamientre de la buena del padre con sus hermanos. E si los hermanos non lo fizieren por algun enganno de la hermana, mas tardan por tal que la puedan meior casar, y ella non catando su ondra, tomare marido de menor guisa 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 heredad de los hermanos é de las hermanas é de los otros parientes aya su derecho..

2.- Esta ley que también García de Valdeavellano y Dahn (Westgothiche Studien, pág. 140, citado por Martínez Guijón, pág. 226) señalan como alusiva a la comunidad de coherederos (La comunidad patrimonial op. cit. pág. 307) 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, extensivas a la comunidad hereditaria, el supuesto de consortes en tierras. Martínez Guijón sufre un error con esta afirmación que hace, por cuanto, esta ley, como vemos, alude claramente a comunidad hereditaria entre hermanos, siendo la ley 10, 1, 6 la que al tratar de "consortes en tierras" no permite afirmar que el origen de los bienes sea heredad de progenitores, y a esta ley ultimamente citada para nada se refiere García Valdeavellano.

5.- Hipótesis sobre el origen de la figura.

Vistos los distintos ordenamientos jurídicos que confluyeron a la formación de nuestro Derecho medieval, ¿cúal es el origen de esta comunidad hereditaria entre hermanos, llamada en nuestro ordenamiento "consorcio foral"?, la conclusión a la que llegamos, 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.

VIII.- VALORACION 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; y 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 (sólo ejercitable, incluso en la época de los Fueros, por los hermanos), 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, pudiendose 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[1]. 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 Communi 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.

1.- 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.

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 eso que, pensamos, 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 estudiados[1], a excepción de los navarros[2]), 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

---

1.- En los *Fueros de Albarracin 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, al que no alcanza, como hemos explicado, los efectos del acrecimiento, ni en favor, ni en contra.

2.- *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).

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 fundándose en el deseo de mantener indiviso el patrimonio familiar: *"ut casalia eorum in suo bonos status conserventur"*, lo que logicamente 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 nuestro 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 fideicomisoría es una muestra de ello, y parejamente va perdiendo estima, se la ve como una vinculación no deseable. Varias causas pudieron confluir a ello. En primer lugar la nueva mentalidad, creada por la recepción del Derecho romano, con su concepción de la comunidad *pro parte;* 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 afirmemos que este autor fué 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 Aragoneses[1], hasta el punto de haber merecido su exposición unánime votación aprobatoria, presenta al Congreso un informe en contestacion 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 fín 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 contextura toda de nuestra legislacion, 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 formulo 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

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

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 sustraido 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,[1] 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 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 transición 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 López[2], a que antes nos hemos 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

---

1.- Delgado Echeverria, Jesús - *El Derecho Aragonés, aportación jurídica a una conciencia regional* - Ed. Alcrudo, Zaragoza 1977, pág. 39.
2.- Franco y López - 1ª Memoria, pág. 105, 2ª parte, pág. 96.

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 Echeverria[1], al que inspirado en él, alcanzaría, en 1925 (15 de 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 mismo[2]: "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, Isábal[3] no fue una de ellas, ya que, en el estudio que,

---

1.- Delgado Echeverria, Jesús - *El Derecho Aragonés*, op. cit. pág. 42.
2.- 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.
3.- Isábal y Bada, Marceliano - R. D. P. 1918, pág. 289 y ss.

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 hacian 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.

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 caida 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 nuestro 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 Escudero[1], Pérez Lagrava y sobre todo el notario, Martín Costea,[2] 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 decíamos, venía a sintetizar la opinión doctrinal dominante. "A mi entender, dice el ilustre notario, en los que así opinan existe

---

1.- Otto Escudero, Nicolas - *Elementos de Derecho Civil Aragonés*. Imprenta de Isabelino Castillón, 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.

2.- Martín Costea, Alberto - *"Del consorcio foral"* Calatayud, s. f.

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: "... 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 sóla 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 regula.

IX.- 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 hemos 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 Duguit[1], se ha formado para responder a una necesidad económica y, por tanto, evoluciona con las nuevas necesidades, caracterizandose 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 que él mismo forma parte, o en sentido más avanzado, como pone de manifiesto, Marín Pérez[2], equivale a la anulación de la propiedad para transferirla al Estado. Agregando, por nuestra 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 perfectamente 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

---

1.- 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.
2.- Marín Pérez, Pascual - *"La función social del Registro de la propiedad"*, Libro Homenaje a Roca Sastre, v. III, pág. 981 y ss.

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.

Por otra parte, la figura consorcial se nos presenta semejante a las soluciones propuestas por sociólogos, juristas y hombres de Estado, al problema social agrario planteado, ante la necesidad de fomentar la población campesina y la producción agrícola, a la vez que comunicar estabilidad a la familia rural como elemento de equilibrio y de orden social, evitando la disgregación y favoreciendo la agregación de tierras y haciendo posible la creación de empresas agrarias económicamente viables, finalidad ésta que constituye la síntesis de toda política agraria.

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 la sociedad familiar mecantil y 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.

También es de resaltar el beneficio que, a efectos de favorecer o fortalecer el principio de sucesión troncal que inspira nuestro ordenamiento jurídico, realiza la figura consorcial, pues al disponer que ocurrido el fallecimiento de un consorte sin descendencia, acrezcan los consortes, evita la aplicación del Código Civil, referida a sucesion ab intestato, según la cual hereda el cónyuge supérstite con preferencia a los hermanos.

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 agricola, industrial o de servicios, y protege y facilita la continuidad indefinida del patrimonio indiviso con evidentes ventajas en el terreno económico.

X.- DE LEGE FERENDA.

Si, como señalamos, la figura consorcial es altamente beneficiosa, estimamos, sin embargo, que su formulación actual requiere una serie de precisiones tendentes a evitar las dudas que hoy más comunmente se plantean y también con el fin de recoger su tradición histórica, y así proponemos como de "lege ferenda" lo siguiente:

1°. Que se autorice a los consortes para disponer, por actos inter vivos, a favor de otro u otros consortes, sin necesidad de consentimiento de los demás consortes.

2°. Que se permita al consorte disponer por actos inter vivos a favor de sus descendientes, que adquirirán ,por esta disposición a su favor, la cualidad de consortes.

3°. Posibilidad de disposición por actos inter vivos de la cuota consorcial cuando la misma recaiga sobre un bien indivisible, por naturaleza o por tener prohibida su división por ley.

CAPITULO 2º

NATURALEZA JURIDICA DEL CONSORCIO

I.- GENERALIDADES.

Abordaremos en este capítulo los problemas, muy de jurisprudencia conceptual por tradición, agrupados bajo el título: naturaleza juridica, conscientes de sus peligros y muchas veces de su inutilidad[1]. Ya que creemos 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.

Sin embargo, reconociendo su valor instrumental, estudiaremos la institución del consorcio foral desde esta óptica de

---

1.- Es muy interesante la crítica que sobre el dogmatismo conceptualista ha hecho Vallet de Goytisolo en su *"Panorama del Derecho Civil"* (Barcelona, Bosch, 1963, pags. 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 dificil 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 matemática 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".

su naturaleza jurídica[1]. Desde tal punto de vista, estudiaremos el consorcio foral en las distintas épocas del Derecho Aragonés.

II.- LA COMUNIDAD CONSORCIAL.

1.- Epoca 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 núpcias, esta comunidad conocida como comunidad conyugal prorrogada.

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

---

1.- Vallet de Goytisolo 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 clasificacioens han de servirnos para ordenar las ideas, y los conceptos, como gramática jurídica para entendernos".

de 1247, y las colecciones menos extensas de textos jurídicos aragoneses[1] 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 facilmente, 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, *resecatis superfluis, reparantes collapsa et utilia adiungenda, pero non mutata substantia eorum*[2].

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 hominen, partem quae 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 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 definiremos.

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

---

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

2.- Tal es el encargo que se dió a D. Vidal de Canellas, según consta en el prólogo al *"Liber in excelsis"* que se halla incluido en el Ms. 6182 de la Biblioteca Nacional de Madrid, publicado por el profesor Lacruz Berdejo en AHDE, 1947.

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"*[1] 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..."*[2].

Otro diploma del año 1008 *"Ego Inglia et ego Matrona, filias de Adtoni et de Pura, tibi emptori nostro Galindo abba... ut tibi vendimus terra nostra propria..."*[3].

Otro documento del año 1019 *"Ego Exemenus, et ego Martinus qui sumus fratres, facimus carta de una terra ad domum Sancte Marie vel Sancti Petro apostoli ... et est ipsa terra in loco ubi dicitur ad mota ..."* Otro documento sin fecha *"Ego Garsinnis chometissa et ego Isarnus, sive germana mea Tota chometissa ... ut faciamus charta elemosinaria de parrachiis nostris qui nobis advenit de parentum nostrorum"* [4].

En otros documentos se observa que unos hermanos intervienen en nombre propio haciendo constar el consentimiento de los restantes *"ego Oria Eximiniz de Luisa, cum consilio et voluntate et communi asensu Eximiniz de Luisa, fratris me et domino (Sancie) Eximiniz de Luisa, germana mea, concedo et laudo in perpetuum... conventus dominarum et fratrum domus Sexena ..."*[5] *"... Ego don Sebastian et Nicolau et illos alios ermanos nostros. Damus tibi Domingo et uxori tue Dominga, una nostra faxa quod habemus in termino de Octevo..."*[6].

No parece posible dudar de que estos documentos se refieren a actuaciones de la comunidad hereditaria familiar, prueba de ello

---

1.- Documento citado por Sainz de Varanda, Ramón - *"El retracto gentilicio"*, pag. 240 - ADA 1946.
2.- 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, 1980.
3.- Ribagorza, a. 1008. p. 412 - Citado por la autora anterior en misma obra y pag.
4.- Ribagorza, pag. 42 y 375 - Documentos citados por la autora anterior, pag. 227.
5.- Sigena, año 1234, nº 11142, pag. 209 - Citado por Montanos Ferrin, Emma- op. cit. pag. 227.
6.- Pilar año 1179, nº 1162, pag. 129 - Citado por Montanos Ferrin, Emma, op. cit.

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 Martinez Guijón[1] 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 despúes de efectuada 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 Lacruz[2], entre los tipos de situaciones colectivas conocidas por el Derecho Romano; pensamos 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*

1.- Martinez Guijón, José. *La Comunidad hereditaria y la partición de la herencia en el Dº Medieval español* - AHDE 1957-58, pag. 221 y ss.

2.- 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.

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 "perfectum donum" unius 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 succersione parentum vel avorum. Sed quibus ex coniugibus absque assensu alterius de parte sua bonorum communium ordinare potest et testari, nec obstat forus f. familiae herciscunde, C. I. et omnes hereditates et c. nullus 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 praeiudicium alterius pro parte sua quia cuilibet coniugum in rebus alterius debetur. Sed defuncto de foro nullum ius remanet in rebus viventis, et immo nullam esse causam pro cuius et quod possit eo ante divissionem sue 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 citamos.

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 Observáncias, si bien, para explicar la prohibición de disponer que rige en la misma, asimilan la figura consorcial a una sustitución fideicomisaria establecida por ley a favor de los consortes. En este sentido se expresa Molino[1]. También Portolés que al tratar de explicar los efectos consorciales recurre en varios pasajes de su monografía a la figura de la sustitución fideicomisaria[2], llegando a titular la misma con los nombres de ambas figuras: *"Tractatus de consortibus eiusdem rei et fideicommiso 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 Lissa[3] 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 Manuel[4] hablan de consorcio o sociedad, si bien no dejan de mencionar la llamada comunión de bienes. Las mismas palabras repite su comentador Palacios[5]. Dieste, lo califica de comunión o coparticipación. Franco y Guillén[6] 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 posteriormente[7] lo califica de comunión de bienes. De comunión especial lo tilda Blas[8] al igual que Gutierrez[9]. Martón

---

1.- del Molino, Miguel - *Repertorium Fororum et observantiarum Regni Aragonum* - v. frater, f. 162 v. Caesaraugustae anno 1585.
2.- Asi, por ejemplo, en el Cap. XI, 9.
3.- Lissa Gil - Tyrocinium - libro III, tit. XXVIII.
4.- Asso y de Manuel - Instituciones del Derecho Civil de Castilla, pag. 131.
5.- Palacios, Joaquin Mª - *Anotaciones* ... Madrid, 1806, pag. 215.
6.- Franco y López, Luis y Guillén y Caravantes, Felipe - *Instituciones de Derecho Civil Aragonés*, Zaragoza, 1841, pag. 222.
7.- Franco y López, Luis - *Memoria elevada al Congreso*, 2ª parte, pag. 96.
8.- Blas Melendo, Andrés - *Derecho Civil Aragonés* , Madrid, 1873, pag. 353.
9.- Gutierrez Fernandez, Benito - *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, T. VII, Madrid, 1874, pag. 436. *continuada*, 1904, pag. 66.

y Santa Pau[1] se limitan a traducir a Portolés y en consecuencia repiten las palabras que de este autor ya hemos consignado. Azpeitia[2] califica el consorcio de comunidad "sui géneris", 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"[3]. Isábal[4], 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 Escudero[5] 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 communio idest non contractus sed quasi contratos non cummixtio 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 Ballesteros[6] al ocuparse de la problemática del derecho transitorio tras la publicación del Apéndice de 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".

1.- Martón y Santa Pau - *Derecho y Jurisprudencia de Aragón*, Zaragoza, 1865, pag. 608.
2.- Azpeitia, Mateo - *El Consorcio Foral, la sociedad tácita familiar y la sociedad legal continuada*, 1904, pag. 66.
3.- Sánchez Román, Felipe - *Estudios de Derecho Civil*, Madrid, 1910, T. VI, V. 3º. Curiosamente es en el índice, pag. 2520, donde este autor, califica la naturaleza jurídica, no desarrollandolo después al tratar del consorcio foral.
4.- Isabal y Bada, Marceliano - *Exposición y Comentario del Cuerpo legal denominado "Fueros y Observancias del Reino de Aragón"* , Zaragoza, 1926, pag. 375.
5.- Otto Escudero, Nicolas - *Elementos de Derecho Civil*, Barbastro, 1924, pag. 173.
6.- Lorente Sanz, José y Martín Ballesteros, Luis - *La norma en el ordenamiento jurídico aragonés* - A.D.A., 1944, pag. 140 y 141.

FACULTAD DE DER
BIBLIOTECA
ZARAGOZA

Roca Sastre[1] 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"*[2]. Muñoz Salillas[3] hace suya la opinión de Portolés, transcrita por Martón y Santapau, centrando su atención en señalar la ausencia de pacto para su nacimiento, hecho que separa al consorcio, dice, del contrato de sociedad. Riera Aisa[4], 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 Rebullida[5] 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 Echeverría[6] que considera, con toda razón, ser ésta la causa de su rechazo por los juristas de pensamiento liberal del pasado siglo.

Merino Hernandez[7] 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

---

1.- Roca Sastre, Ramón Mª - *Derecho Hipotecario*. T. III, ed. 1954, pag. 144.
2.- 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.
3.- Muñoz Salillas, Juan - *El Consorcio Foral*, A.D.A., 1953-54, pag. 134.
4.- Riera Aisa, Luís - *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, v. consorcio foral.
5.- Sancho Rebullida, Francisco de Asis - *Prólogo* a la obra de Merino Hernandez, José Luis, "*El Consorcio Foral Aragonés*" - Zaragoza, 1976, pag. 10.
6.- Delgado Echeverría, Jesús - *El Derecho Aragonés. Aportación jurídica a una conciencia regional*. Ed. Alcrudo. Zaragoza, 1977, pag. 155.
7.- Merino Hernández, José Luis - *El consorcio foral*, Zaragoza, 1976, pag.

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 Berdejo[1] 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 raices 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 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 cumplan las condiciones que determinan la vinculación consorcial". Estimando que sigue teniendo la misma naturaleza que tendría si tales condiciones no tuvieren lugar, si bien el régimen para los consortes tendrá las concretas variaciones que la Compilación determina.

De las distintas posiciones doctrinales que hemos expuesto vemos cómo existen algunas que asimilan la comunidad consorcial a la sociedad, si bien matizando que se trata de un tipo especial. Veremos pues, las diferencias que separan al consorcio foral de la sociedad y sus posibles analogías.

1.- Lacruz Berdejo, José Luis - *El Consorcio Foral*, en Moneda y Crédito. Madrid, 1977, pag. 340.

III.- DIFERENCIAS Y ANALOGIAS CON EL INSTITUTO DE LA SOCIEDAD.

1.- Orígenes de la sociedad.

Hemos visto que al tratar de determinar la naturaleza jurídica del consorcio, pocos autores han dejado de citar este instituto de la sociedad. Unos, como Lissa y Dieste, para calificar a los consortes como una especie de "socios sin sociedad" o Azpeitia para considerarlo una comunidad sui generis, mezcla de sociedad y personalidad ficticia, otros, la mayoría, encabezados por Portolés, para calificarlo por su oposición a sociedad.

Parece, en principio, que el consorcio foral no es un supuesto de sociedad como no lo es, dice Merino Hernandez[1], cualquier otro supuesto de comunidad de bienes por sí sola. La nota diferenciadora entre ambas figuras, señalada por Portolés, estaba constituida por el nacimiento legal del consorcio en oposición al origen convencional de la sociedad: *"Admonendi etiam sumus, consortes istos, qui participationem, et communionem dominii habent a sociis bonorum valde diferre: si quidem consortium istud forale, non partium conventione procedit, sed a lege ipsa sit ..." "Secus autem in societate bonorum est, quoniam illa non a lege ipsa sit, sed potius a partium conventione procedit" "statutum loquens de sociis non esse intelligendum de consortibus cum socii proprie sint, qui voluntarie bonorum communnionem contraxurunt, consortes autem dicantur illi, qui communionem, non sponte, et precedente eorum conventione, sed potius virtute legis in communionem inciderunt".*

Portolés, se atiene al principio romano consagrado en el Digesto[2], *"societatem contrahimus, in communionem autem incidimus"*, es decir que cuando incidimos en una situación colectiva, nos hallamos ante una comunidad y no ante una sociedad.

Si bien, en la actualidad, se pueden señalar más notas diferenciadoras entre la comunidad consorcial y la sociedad, aparte de ésta señalada por Portolés, si nos remontamos al origen que la doctrina señala para el contrato de sociedad veremos que esta nació a imagen y semejanza de las comunidades hereditarias entre hermanos y así no pueden por menos de tener unos perfiles

---

1.- Merino Hernandez, José Luis - *El Consorcio Foral*, pag. 31.
2.- Digesto, 17, 2, 31.

dogmáticos no del todo definidos, dada su raiz común y al hecho de haber tenido muchos aspectos afines a lo largo de su evolución histórica. En efecto, es hoy doctrina generalmente admitida que la *societas omnium bonorum* romana deriva del antiguo *consortium* en que acostumbraban a permanecer los filii familias a la muerte del pater familias[1]. De este *consortium*, que como ya hemos tenido ocasión de exponer, guarda un gran paralelismo con nuestro consorcio foral, dice Biondi[2] que es la más antigua figura de sociedad y como tal la conceptúa Gayo[3]: *"legitima simul et naturalis societas"*. A imitación de la situación de los hermanos en el consortium se formaban sociedades entre extraños: *"In hac autem societate fratrum ceterorumue qui ad exemplum fratrum suorum societatem coierint"*.

El mismo origen para la sociedad mercantil explica Planitz[4]: "La sociedad de comercio abierta se derivó de la comunidad doméstica o familiar; a partir del siglo XIII aparece en Italia como sociedad industrial *la societas fratrum, la compagnia..."*. En el mismo sentido Brunner[5] y Goldschmid[6].

Pero este fenómeno de crearse sociedades *"ad exemplum fratrum suorum"* también se observa en la España medieval[7].

Este origen común de la comunidad y la sociedad y el entronque de ambas figuras a lo largo de su evolución histórica, justifican la vacilación de la doctrina al calificar la comunidad

---

1.- Arias Ramos, y Arias Bonet, J. A. - *Derecho Romano*, V. II, pag. 661 y nota 528. En el mismo sentido, Torrent Armando - Manual de Derecho Privado romano. Ed. Sdad. Coop. Librería General, Zaragoza, 1987, pag. 286.

2.- Biondi Biondo - *Instituciones di Diritto Romano*, Milano, 1965, pag. 507.

3.- Gayo - *Instituciones*, (3, 154).

4.- Planitz Hans - *Principios de Derecho privado Germánico*, Bosch, 1957, pag. 69.

5.- Brunner , Heinrich y Claudius von Schwerim: *Historia del Derecho Germánico*, Ed. Labor, 1936..

6.- Citado por Hinojosa, *La fraternidad artificial en España*, pág. 258.

7.- Hinojosa y Naveros, Eduardo - en su obra *"La fraternidad artificial"*. Tomo I de Obras, Estudios de investigación, Ed. Ministerio Justicia, pag. 260 y ss. Transcribe varios diplomas en los que puede observarse cómo se establece sociedad concebida en los mismos términos que la comunidad entre hermanos, es decir con disposición en mancomún y con un derecho sucesorio de acrecimiento entre ellos.
Alonso Lamban, Mariano - Transcribe un interesantisimo documento (en su trabajo: "Acerca de la posibilidad de adoptar habiendo hijos legítimos", ADA, 1953-54, pag. 82 y 83) en el que figuran dos hermanos, uno casado, otro soltero, estableciendo entre ellos una sociedad concebida en términos idénticos a la comunidad consorcial, por su interés lo transcribimos: "Año 1180: *In Dei nomine. Hec est carta de illa germanitate et de illa conveniença cuam facimus ego don Portoles de Foces et don Artal de Foces. Placuit nobis bono animo et spontanea voluntate et in presentia bonorum hominum facimus ista germanitate et ista conveniença. Et ego don Portoles de Foçes cum voluntate et attorchamento de mea uxor dompa Tota filia de Garcia Ortegnons de Barbols et de dompna Sanya germana de Xemen*

consorcial. Aun actualmente es admitida por un sector de la doctrina científica y jurisprudencial la transformación de la comunidad hereditaria en sociedad sin que medie pacto expreso o verdadero contrato de sociedad. En este sentido se expresa el profesor Lacruz[1]: "cuando la indivisión se retrasa indefinidamente, habrá que examinar las causas de esta demora para saber si a tal situación prolongada de pluralidad de titulares

---

de Artosiella mitto in ista germanitate et in ista convenièn̨a, mitto ibi orto cum totos suos terminos heremos et populatos et illa hereditate de Monçon et illa hereditate de Caxcorba et illa hereditate de Saragnena et illa hereditate de Orillena. Similiter ego don Portoles et ego don Artal mittimus in ista germanitate et in ista conveniezça tota quanta honore hodie habemus vel de hodie in antea ganaremis. Et ego don Portolés et ego don Artal facimus ista germanitate et ista convenièn̨a in tali convenio ut non dividamus illa nisi fuerit per morte. Et qualque de nos noluerit stare in ista suprascripta germanitate que in illa convenièn̨a que nos habemus de hoc totum suprascriptum non demandet parte in ista germanitate neque in ista convenièn̨a et perdit suam partem et si damum habuerimus lo uno del altero que lo nos endreçassemus in manu de nostros parientes per fidem sine malo enganno. Et qualque de nos noluerit ibi stare non habeat partem in ista germanitate neque in ista convenièn̨a de hoc suprascriptum. Et si forte evenerit quod ego don Portoles moriam et non habeam filios de muliere ad legem et benedictionem, remaneat totam mean partem ad vos don Artal et ad vestros filios que habeatis de muliere ad legem et benedictionem. Similiter si forte evenerit quod ego don Artal moriam et non habeam filios de muliere ad legem et benedictionem remaneat totam meam partem ad vos don Portoles et ad vestros filios que habeatis de muliere ad legem et benedictione. Et nos don Portoles et don Artal laxamos ad nostros filios bordes qualque de nos habeat inde laxamus eis illa hereditate de Lorbies que partant eam et non habeat partem in aliam causam quam habeamus. Et ego don Portoles et don Artal firmamus ista suprascripta germanitate et convenièn̨a ut sic permaneat quomodo superius dictum est. Et ego don Portoles facio omnatge ad vos don Artal et iuro vobis super IIII evangelia ut sicut supra dictum est, atteneam illam. Similiter ego don Artal facio omnatge ad vos don Portoles et iuro super IIII evangelia ut sicut supra dictum, est, atteneam illam. Et ego dompna Tota suprascripta filia de Garcia Ortegnos de Barbols bono animo concedo laudo et confirmo suprascripta germanitate et convenièn̨a. Et ego don Portoles de Foçes et dompna Tota mea uxore filia de Garcia Ortegnons de Barbols et de dompna Sanya germana de Xemen de Artosiella damus fidanzas ad vos don Artal de Foces de ista suprascripta germanitate et convenièn̨a attendere ex nostra parte secundum usum terre don Dodo de Alcalá et don Feruyn Maca ambos aboltas. Similiter ego don Artal de Foces dono fidanzas ad vos don Portoles de Foces et a dompna Tota vestra uxore de ista suprascripta germanitate et convenièn̨a attendere ex mea parte secundum usum terre, don Petro Maça et dom Sanyo de la Cellas ambos aboltas. Similiter ego don Portoles de Foces hanc cartam et germanitate et convenièn̨a laudo et confirmo et propia manu mea hoc signum facio. Et ego don Artal de Foces hanc cartam et germanitate et convenièn̨a concedo et hoc signum facio. Sunt testes don Artal de Alaon et don Petro Ortiz de Abay. Facta carta m̄ense mandii era M.CC.XVIII. Andreas scripsit istis hominis ante standonet concedendo.

Por otra parte las palabras de Vidal de Canellas, finales de comentario al Fuero *De adoptionis*, pueden implicar esta posibilidad de establecer sociedad, con disposiciones sucesorias iguales al acrecimiento consorcial, más que una verdadera adopción.

1.- Lacruz Berdejo, José Luis. Sancho Rebullida, Francisco de Asís - *"Derecho de sucesiones"* T. V de Elementos de Dº Civil, Bosch, Barcelona, 1988, pag. 128 y 129. Cita al efecto sentencia del T. S. de 16 de abril de 1942 en la que se entiende que hay comunidad societaria y no hereditaria, en un caso en el que se había convenido en la escritura de partición que los negocios seguirían en común, al apreciar el T. S. la intención de obtener un lucro común partible. Otra S. de fecha 21 de diciembre de 1965, considera que, por el mero hecho de explotación conjunta de un negocio comercial, no existiendo en este caso previa partición, la comunidad hereditaria se ha convertido en sociedad.

se le aplica el régimen de la comunidad hereditaria u otro más orgánico, en el que se tenga en cuenta la existencia de una empresa común". "La continuación de un negocio o empresa del causante por los herederos, con o sin convención de indivisión, pero con ánimo de seguir unidos en la explotación, sino constituye una sociedad regular, cosa que especialmente tratandose de empresas mercantiles, es imposible por falta de requisitos formales, en cambio admite la aplicación de reglas y principios propios de la sociedad mercantil en concepto de sociedad irregular o de hecho".

De todas formas, si hemos expuesto lo anterior con el fin de evidenciar la intima conexión que puede alcanzar en algún supuesto la comunidad (en este caso tratado referida exclusivamente a la hereditaria) y sociedad, es bien cierto que hoy en día la doctrina ha elaborado unos perfiles bien definidos para diferenciar una de otra. Y así podemos, haciendo una breve exposición, afirmar que la naturaleza del consorcio foral no responde al esquema de sociedad, y que en realidad se trata de dos casos de situación colectiva que no pueden ser asimilados uno al otro, y más bien las semejanzas que median entre ambas especies son, precisamente la negación de la identidad.

2.- Diferencias entre ambos institutos.

Lo cual parece perfectamente claro atendiendo a las siguientes consideraciones:

A. Por su origen.

Como afirmaban ya los autores clásicos, uno de los criterios diferenciativos de la sociedad, es su origen contractual. Sin embargo, como pone de manifiesto el profesor Delgado Echeverria[1] no basta este origen contractual para que la sociedad lo sea, dado que también es posible a través de convención el nacimiento de regímenes de comunidad. Si bien, en ausencia de contrato original, no puede hablarse de propia Sociedad, dada la definición que el código civil, en su artículo 1665 de la misma: "es un contrato por el que dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industrias con ánimo de partir entre sí las ganancias". Representa pues la sociedad un negocio jurídico que

1.- Delgado Echeverría, Jesús - *La Comunidad Conyugal continuada en el Apéndice Aragonés*. ADA, pag. 291.

se celebra en un momento determinado y provoca mutaciones y vinculaciones jurídicas[1]. Esta característica no se puede predicar del consorcio foral por cuanto esa voluntad de unión requerida para la constitución de la sociedad falta totalmente, dado que su nacimiento tiene lugar *"ope legis"* cuando se dan los presupuestos en ella previstos, sin que intervenga, en consecuencia, la voluntad concorde a tal fin de los consortes.

B. Por su elemento personal.

Otra de las características señaladas por la doctrina, para la sociedad, es la de que sus miembros están unidos por una relación de confianza. Así el presunto socio, dice el profesor Lacruz[2], tiene en cuenta, para asociarse, las personas y cualidades de sus compañeros, de modo que, en principio y salvo pacto sólo con ellos quiere formar sociedad. Opuestamente el elemento personal del consorcio no es electivo sino necesario y cualificado por un vínculo de parentesco. La intervención eminente del *"intuitus personae"* en la elección de los consocios trae como consecuencia, por un lado, que la condición de socio sea intransmisible, y que la muerte de un socio provoque la disolución de la sociedad o se tenga derecho a pedirla. La nota de intransmisibilidad inter vivos se predica igualmente para la condición de consorte, mostrando el consorcio en este punto similitud con la sociedad; no así en cuanto a la disolución del mismo por muerte de un consorte, ya que el consorcio tiene sus propios mecanismos para continuar, a más de la posibilidad de ejercicio, en cualquier tiempo, de la acción de división.

C. La affectio societatis.

En la doctrina este requisito de la affectio no suele valorarse como algo independiente del consentimiento. En este sentido se expresa el profesor Lacruz[3]: "no se ve clara la distinción entre la affectio y el contenido propio del consentimiento en el contrato de sociedad, que, evidentemente, ha de recaer sobre esa voluntad de unión. Con todo, acaso puede hablarse de una affectio societatis como elemento característico del contrato de sociedad y distinto del consentimiento contractual, precisamente, una vez prestado

---

1.- Lacruz Berdejo, José Luis - *Elementos de Derecho Civil II, Dº de Obligaciones*, V. 3º, Bosch, 1986, pag. 387 y ss.
2.- Lacruz Berdejo, José Luis: obra anteriormente citada.
3.- Lacruz Berdejo, José Luis - *Elementos*, op. cit. pag. 391.

éste, para designar la voluntad de unión implícita pero operante en cada momento, merced a la cual el contrato no se disuelve en las sociedades que no tienen plazo fijado de duración, en las cuales, los efectos se mantienen por la voluntad continuada de las partes".

Al presuponer la affectio societatis la declaración de voluntad de los integrantes de esa situación plural, no parece posible aplicar esta nota a la figura consorcial, aunque, en cierto modo, pueda guardar semejanza la misma con la voluntad de los consortes dirigida a la actividad en común; voluntad, que, si no ha operado para su nacimiento, sí interviene, aunque sea tácitamente, en cuanto que, pudiendo darle fin, lo mantienen.

Al respecto opina Merino Hernandez[1] que falta en el consorcio el elemento de la affectio societatis, si bien este autor identifica la affectio con "la expresa voluntad de los interesados en la constitución de un ente con personalidad jurídica propia y diferenciada de cada uno de ellos".

D. Por su fin.

El fin que se persigue en la sociedad y que constituye su esencia es la obtención de ganancias o como dice Beltran de Heredia[2] obtener un lucro común y partible, según la expresión del artículo 116 del Código de Comercio, para la sociedad mercantil o "con ánimo de partir entre sí las ganancias" según la expresión del artículo 1665 del Código Civil, para las sociedades civiles. Así, vemos que la finalidad que preside toda su acción es la obtención de ganancias, siendo el lucro el fin esencial de este contrato. En el consorcio, no hay, primordialmente una finalidad de lucro y se acerca a una mera *"communio incidens"*. Podrá existir en el consorcio, un determinado ánimo de lucro por parte de los consortes, en cuanto explotan conjuntamente determinados bienes inmuebles, sin embargo falta un elemento indispensable: el fin. La comunidad consorcial puede obtener lucros pero sin que por ello esté dirigida a un fin meramente lucrativo, dado que con los logros materiales que se obtengan se trata de subvenir a unas finalidades familiares, es la prosperidad de la familia, los intereses

---

1.- Merino Hernandez, José Luis - *El Consorcio Foral*, op. cit., pag. 32.
2.- Beltran de Heredia, José - *La Comunidad de bienes en el Derecho español*, Ed. Revista de Derecho privado, Madrid, 1954, pag. 39 y ss.

familiares lo importante en esta figura consorcial. Para que el consorcio foral fuera sociedad, sería preciso que se hubiera constituido voluntariamente por los consortes con el intento de obtener lucro común y partible como fin principal y directo del contrato. Y aquí, como dice Merino[1], "aparte de que ese especial ánimo puede no existir, al menos directamente, si existe, no será el mismo que caracteriza a las sociedades". En último término, como afirma, el profesor Delgado Echeverría[2] también se ha apreciado una finalidad de lucro, si bien modificada por razones familiares, en la llamada sociedad de gananciales, sin que la doctrina actual acepte la naturaleza social de la comunidad conyugal.

E. Personalidad jurídica.

La admisión de la tesis de la sociedad aplicada a la comunidad consorcial, nos llevaría hoy en día a suponer a ésta personalidad jurídica y realmente el consorcio foral no tiene personalidad jurídica distinta de la propia de cada uno de los consortes. Es cierto que tiene una innegable autonomía patrimonial, pero no forma un ente autónomo, ya que son los consortes los titulares de los derechos y obligaciones y los titulares de la propiedad en condominio, actuando los consortes, en el tráfico jurídico, y respecto a los bienes consorciales, conjuntamente, careciendo, en suma, de órganos representativos. Por otra parte, como afirma el profesor Delgado Echeverría[3] todos los argumentos que pudieran presentarse a favor de la personalidad jurídica han de estrellarse contra la realidad de que no existen más personas jurídicas que aquellas expresamente reconocidas por el Derecho; aquellos grupos u organizaciones de intereses a los que el Derecho positivo reviste de personalidad". Así, podemos preguntarnos, ¿reconoce la ley inequivocamente a la comunidad consorcial como sujeto de derechos y obligaciones independiente de los consortes? Para responder de modo afirmativo a esta pregunta, es preciso mostrar un texto concreto, al estilo del art. 1669 del Código Civil, o bien probar que la ordenación legal está concebida de tal modo sobre la base de la persona jurídica, que no hay otro medio de explicarla. Y esta demostración no cabe en la comunidad consorcial. Ya la historia indica de modo muy expresivo cómo el consorcio no fué

1.- Merino Hernandez, José Luis - *El Consorcio Foral*, pag. 32, op. cit.
2.- Delgado Echeverría, Jesús - *La Comunidad Conyugal continuada*, pag. 292.
3.- Delgado Echeverria, Jesús - *La comunidad conyugal prorrogada*, op. cit. pag. 292.

concebido como sujeto independiente: ni por las fuentes primitivas (diplomas y fueros) que claramente configuran la presencia de un patrimonio autónomo, ni en las posteriores (*observancias*), cuyo lenguaje se ajusta más a la indivisión inorgánica regulada por el Derecho clásico romano. Nunca parece haberse pensado en personificar la comunidad, sino más bien se han confirmado las relaciones entre los consortes ateniendose a regímenes de copropiedad, que ninguna relación tenían con la persona jurídica.

En el mismo sentido, de considerar al consorcio como carente de personalidad jurídica se manifiesta Merino Hernandez[1], al decir, "quiza las más importante (diferencia con sociedad) además de ese origen distinto entre una y otra, está en el hecho de la personalidad jurídica propia de las sociedades regularmente constituidas y que de ninguna manera puede afirmarse del consorcio foral. En este no existe ninguna personalidad distinta de la propia de cada uno de los consortes".

En consecuencia, si el consorcio foral no tiene su origen en un acuerdo de voluntades, no cumple fines de lucro, sino de naturaleza familiar y carece de personalidad jurídica, debemos rechazar que estemos ante una verdadera sociedad. Por contra entendemos que, desde el punto de vista de su estructura el consorcio foral, se reconduce a la figura de la comunidad en general, mientras que por su función es también, un patrimonio separado, ya que la masa patrimonial consorcial cambia, crece y disminuye como merced a la capacidad patrimonial de los consortes. Los patrimonios de éstos que no tengan la categoría de consorciales se relacionan con esa masa patrimonial común de igual manera que con otros patrimonios pertenecientes a sujetos de derecho distintos.

IV.- LA HIPOTESIS DE COMUNIDAD.

Siguiendo a Garcia Granero[2] podemos definir la comunidad como, "aquella especie de cotitularidad que se produce cuando la propiedad de una cosa o la titularidad de un

---

1.- Merino Hernandez, José Luis - *El consorcio* , op. cit. pag. 31.
2.- Garcia Granero, Juan - *"Cotitularidad y comunidad - Gesammte Hand o comunidad en mano común* - Revista crítica de Dº Inmobiliario - num. 214, año 1946, pag. 154.

derecho real o de un conjunto patrimonial es atribuida simultaneamente 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 Garcia 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 Siesse[1], "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 participes, distingue la comunidad de aquellas otras situaciones en que concurren sobre un mismo objeto potestades jurídicas 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 Garcia 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 sucíntamente 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,

---

1.- Siesse - *"Contribución a L´etude de la communanté d´héritiers en droit comparé"* Paris, 1922. pag. 4.

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 gesammte 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 Picazo[1] 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 grafícamente 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 Martinez Guijón[2], que

---

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

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

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 ercto non cito,* cuya regulación no parece presentar grandes diferencias con la gesammte 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 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 Garcia Granero[1], señalar como características más esenciales: α) los condueños 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 gesammte 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 puediendo ser extraños. En la Gesammte Hand, contrariamente, los comuneros se encuentran unidos por íntimos lazos personales de sangre, de familia, de cohabitación, concediendose una atención preferente a las condiciones personales de los copartícipes cuya posición jurídica constituye una titularidad, personalísima (García Granero[2]). La consecuencia más importante de esta manera de concebir la comunidad, como unión íntima y personal de los asociados,

---

1.- Garcia Granero, Juan - *Cotitularidad y Comunidad "Gesammte Hands o comunidad en mano común"*. R.C.D.I., t. XIX, año 1946 pag. 247. "aquella situación de cotitularidad por virtud de la cual un derecho, o más frecuentemente un ente patrimonial, pertenece indiviso y conjuntamente a varios sujetos, unidos por un vínculo o relación de carácter personal, y de tal modo que sólo colectivamente están autorizados para ejercitar las potestades jurídicas que les son atribuidas".

2.- Garcia Granero, Juan, op. cit. pag. 232 y 233.

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 sucederán al transmitente en su lugar en la comunidad, sin que los demás comuneros puedan impedirlo ni oponerse a ello[1]. 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 divisoría sólo nace una vez extinguido el vínculo personal que es su base (Vallet de Goytisolo[2]).

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 ambas[3].

1.- Diez-Picazo, Luis - *Fundamentos de Derecho Civil* - Tecnos, 1986, pag. 759.
2.- Vallet de Guotisolo, Juan - *"La compraventa por mitades indivisas y con pacto de sobrevivencia"*. R. D. P., año 1944, pag. 716.
3.- 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 gemenschaft"* en Anuario de Ihering XLVIII, 1933, pag. 108 y ss, citado por el profesor Lacruz en el primer trabajo ahora señalado.

V.- 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 acerbo 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 la ha asignado a la comunidad *iuris germanici* no se dá 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 Rebullida[1], "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 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".

1.- Lacruz Berdejo, José Luis y Sancho Rebullida, Francisco de Asís - *Elementos de Derecho Civil - Derechos Reales*, vol. 2º, Bosch, 1980, pag. 289.

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 formaba 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 unicamente 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 hemos 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.

VI. CARACTER DE LAS NORMAS QUE RIGEN EL CONSORCIO FORAL

1. ¿Son normas de Derecho necesario o bien de Derecho dispositivo?

La cuestión que ahora tratamos de dilucidar ofrece una particular importancia, por cuanto de ella depende la solución al debatido problema de si es posible a los consortes, por acuerdo unánime, eliminar los efectos del consorcio foral sin llegar a poner fin, mediante la división, a la proindivisión de la masa consorcial.

El problema de fondo es pues si las normas reguladoras del consorcio son de carácter imperativo o dispositivo. Si consideramos que las normas contenidas en el artículo 142 de la Compilación son de derecho necesario, obviamente, la voluntad de los consortes, aunque unánime, expresada en el sentido de renuncia a los efectos del consorcio, sin previa partición, sería inoperante. Lo contrario ocurriría, si se tratase de normas de Derecho dispositivo, por cuanto en este caso la declaración de voluntad de los consortes, expresada en el sentido anterior, prevalecería sobre lo dispuesto en el mencionado artículo.

El consorcio foral, desde su regulación en los más antiguos fueros, que luego se compilaron en el año 1247, aparece como una comunidad hereditaria, configurada con unos efectos peculiares, efectos que entrañan una cierta vinculación de los bienes que la integran, y que puede, a petición de cualquiera de sus componentes, quedar extinguida mediante la partición de la herencia o del bien hereditario en concreto poseido en común. Así persiste en la regulación actual.

La norma contenida en el artículo 142 de la Compilación aragonesa, es una norma jurídica expresada en forma de prohibición. En ella se liga la presencia de un supuesto de hecho previsto en la misma, (cuando varios hermanos o hijos de hermanos adquieran de un ascendiente proindiviso y a título gratuito bienes inmuebles) con la necesidad jurídica de una determinada consecuencia, que impone a sus destinatarios una determinada conducta omisiva (ninguno de los consortes puede enajenar, gravar ni obligar ... tampoco disponer por actos mortis causa sino en favor de sus descendientes ...).

Parece así indudable que, las normas reguladoras del consorcio pertenecen al denominado *"ius cogens"* o Derecho

necesario, lo que determinaría la imposibilidad para los consortes de excluir por un acto voluntario de su autonomía los preceptos de las mismas, dado que, tanto la "exclusión voluntaria de ley" aplicable, como la renuncia de derechos, sólo es posible cuando se trata de una ley de carácter dispositivo.

Hemos catalogado la norma contenida en el artículo 142 de la Compilación como norma de Derecho necesario partiendo de su carácter netamente prohibitivo, pero, ¿esta nota es suficiente para conceptuar dicha norma de Derecho necesario? Con arreglo a la normativa del Código Civil (concretamente a su art. 6º, 3) junto con la presunción existente en el mismo, a favor de la imperatividad de las normas, creemos que se puede contestar afirmativamente a este problema[1]. Sin embargo, es indudable que la especial estructura del ordenamiento jurídico aragonés favorece la abundancia en él de normas de tipo dispositivo y también posibilita que rija en él la presunción de dispositivas de sus normas, justamente al contrario de lo que ocurre en el Código Civil. Varios factores contribuyen a este resultado:

A. Orden jerárquico de las fuentes del Derecho Aragonés.

El artículo 1º de la Compilación no establece –dice el profesor Delgado[2]– un orden jerárquico o de prelación entre la ley, la costumbre y los principios (prelación que sí señala, para las normas que constituyen el "Derecho civil de Aragón", respecto del Código Civil y otras leyes generales). Son los artículos 2º y 3º los que disciplinan las relaciones entre las normas procedentes de las fuentes aragonesas, permitiendo que las consuetudinarias, lo mismo que las emanadas de la autonomía privada, prevalezcan sobre las legales no imperativas". Y más adelante: "Respecto de una relación jurídica concreta el orden de prelación de fuentes

---

1 · Obsérvese, sin embargo, que la figura de los actos contra ley y su eficacia jurídica plantea un problema importantísimo, complejo y lleno de cuestiones. Así la aplicación práctica de la norma contenida en el art. 6.3, suscita numerosas dificultades. Dificultad que, como pone de manifiesto Amorós Guardiola, M. (*Comentarios a la reforma del Código Civil - El nuevo título preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, Tecnos, pag. 325) "viene potenciada por la evidente transcendencia social del propio problema, que apunta a la colisión entre voluntad individual y norma que regula esa actuación voluntaria, entre autonomía y ley" ... "Recordemos, en cualquier caso, que no existe en nuestro derecho una presunción legal del carácter dispositivo de las normas, sino, más bien y en principio, lo contrario". (pag. 304)
En el mismo sentido se manifiesta el profesor Diez-Picazo (*Sistema*, pag. 205) que opone esta presunción a la contraria imperante en el Derecho aragonés en virtud del principio *standum est chartae*.

2 · Delgado Echeverría, Jesús - *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, pag. 175

dependerá de la existencia y contenido, en cada caso de disposición de autonomía privada o de costumbre, y del ámbito concreto que las normas legales les otorguen (presentándose o no como imperativas), la regla en definitiva aplicable a aquella relación".

Es así que en Aragón la ley, la costumbre y los principios generales, son fuente de producción de normas en el Derecho Aragonés de acuerdo con el artículo 1° (Delgado Echeverría[1]) siendo el Código Civil y demás disposiciones constitutivas del Derecho general español fuente supletoria de las normas antedichas. Al amparo, pues de esta jerarquía de fuentes el artículo 3° de la Compilación rige con preferencia al artículo 6° del Código Civil, y, la autonomía de la voluntad, consagrada en el mismo, prevalece sobre las disposiciones no imperativas del Derecho Aragonés. Por lo tanto y en virtud de esta prelación de fuentes tenemos que la norma contenida en el art. 142 ocupa el primer puesto del ranquing, pues al ser norma prohibitiva contenida en la propia Compilación, sus disposiciones son de principal y obligado cumplimiento para sus destinatarios: los consortes.

B. Los principios tradicionales inspiradores del Derecho Civil Aragonés.

Aunque, como pone de manifiesto el profesor Delgado[2] en el artículo 1° de la Compilación no hay una remisión a la tradición jurídica, lo que origina que "no todos los principios en los que se inspiró (el Derecho Aragonés) a lo largo de su historia informan hoy, el ordenamiento aragonés, sino sólo aquellos en que hoy se inspira, de manera conforme a la tradición". Es decir, que se admiten como informantes "los principios tradicionales pero en la medida en que hoy informen el Derecho vigente y esto último lo decide en última instancia el legislador actual"[3].

1.- Delgado Echeverría, Jesús - *Comentarios a la Compilación*, pag. 172.
2.- Delgado Echeverría, Jesús - *Comentarios a la Compilación*, pag. 179.
3.- Quien define aquella parte de la historia que es tradición legitimadora e integradora es quien impone o perpetúa la solución normativa de que se trate. No es la tradición quien determina al Derecho actual sino este a aquella. La tradición relevante se elige desde el poder y para su fundamentación. Salvador Coderch, Pablo, *La compilación y su historia. Estudios sobre codificación y la interpretación de las leyes*, Barcelona, 1985, pag. 379. Cita tomada del profesor Delgado, vid in idem.

Tenemos que, el legislador actual recogió, para formular la norma reguladora del consorcio foral, precisamente principios tradicionales; como son, los de unidad y conservación de la familia, más propiamente de la casa, como concepto socio económico, y los de libertad, sometida ésta a unos tramites preceptivos. Es por eso, que no creemos pueda sustentarse la validez del pacto de los consortes, que analizamos, fundándose en que esos principios tradicionales recogidos por el legislador, están hoy caducos o casi, como hace el notario Merino. Por cuanto, en el hipotético caso de que así fuera, lo más que propiciarían sería una reforma legislativa, pero, en ningún caso, legitimarían un pacto contra ley imperativa propia y contenida en el ordenamiento jurídico aragonés. Contrariamente Merino Hernandez[1] opina que es posible, y consecuentemente válido, el pacto de los consortes en el sentido de renuncia al consorcio, utilizando, como uno de los pilares sustentadores de su afirmación, la consideración de que el principio de troncalidad y la base del mismo, la familia, y la unidad patrimonial de la misma, tienden a desaparecer, citando, al efecto, las celebres palabras de Isábal, recogidas después por Castán, con las que este autor expresó su criterio desfavorable al consorcio foral.

Por otra parte, los principios tradicionales, a más del papel informador, tienen el de ser instrumentos de primer orden para interpretar y aplicar las mismas. Como expone el profesor Delgado, "lo característico, me parece, por contraste con lo que ocurre en el Código Civil, es que se entienden operantes los principios históricos, en el Derecho Civil de Aragón, mientras sean compatibles con las normas legales y consuetudinarias vigentes; y son, entonces, instrumento de primer orden para interpretarlas y aplicarlas, descubriendo en ellas todas sus virtualidades". Esta interpretación del Derecho presente, ayudado por la tradición, también nos aboca a afirmar que no puede ser aceptada la postura que sustenta la eficacia de tales pactos para poner fin a los efectos consorciales, ya que en ningún momento histórico, dentro de lo que nos es dable conocer, se admitió la existencia de los mismos. Realmente ni su posibilidad fué tratada por la doctrina, ni hay constancia alguna diplomática, al respecto, y sí, por contra, se reitera sin cesar que solamente la partición ponía fin al fenómeno consorcial.

1.- Merino Hernandez, José Luis - *El consorcio foral*, pag. 44.

De modo que, el legislador recogiendo esos principios tradicionales, y los mismos, ayudando en la interpretación de la norma por él dada, nos conduce a la afirmación de la obligatoriedad de la partición como único medio (con los condicionantes anteriormente expuestos) de dar fin a los efectos del consorcio foral.

C. El principio *standum est chartae*.

Es este principio, fundamental en el ordenamiento jurídico aragonés, la base para establecer la presunción de dispositivas de las leyes del Derecho Aragonés. La Compilación, dice el profesor Sancho Rebullida[1], no lo formula expresamente, como la de Navarra (cfr, ley 8), pero se deduce claramente de su articulado. La doctrina más cualificada proclama esta presunción de las leyes aragonesas. Así también se expresa al respecto, el profesor Delgado Echeverría[2]: "Libertad Civil significa en el Derecho Aragonés, desde la teorización que de ella se hizo en el siglo pasado (muy señaladamente por Costa), que las leyes dictadas por el poder público superior tienen marcado carácter supletorio y docente, rara vez limitativo o prohibitivo, de lo que los individuos y los grupos sociales determinen para su propio gobierno en el uso de su libertad y autonomía". También en el magnifico trabajo que sobre este principio aragonés realizó el profesor Lacruz Berdejo[3] late como "leit motiv" el que las leyes aragonesas tienen presunción de dispositivas , y así lo proclama en distintos puntos de su obra: "El principio *"standum est chartae"*, encarnando la libertad civil, ejercitada a través de la autonomía individual, no tiene más limites, dada la redacción actual, que lo imposible, o las disposiciones imperativas aragonesas. Tal se establece en el artículo 3° de la vigente Compilación: "conforme al principio *"standum est chartae"*, se estará, en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte, de imposible cumplimiento o sea contraria a norma imperativa aplicable en Aragón". Prevalece, así, el pacto o disposición privada frente a la ley y frente a la costumbre, siendo

---

1.- Sancho Rebullida, Francisco de Asís - *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil Aragonés*, pag. 215.
2.- Delgado Echeverría, Jesús - *El Derecho Aragonés*, op. cit. pag. 59.
3.- Lacruz Berdejo, José Luis - *El principio aragonés standum est chartae*. Ed. Instituto nacional de Estudios Jurídicos - Anuario Derecho Civil, Madrid, 1986. También en Comentarios a la Compilación de Derecho Civil Aragonés, pag. 229 y ss.

el principio *standum est chartae* la exaltación de la libertad individual a unos límites que exceden a los de cualquier otro ordenamiento civil de nuestro tiempo" (Lacruz Berdejo)[1]. Esta excepcional amplitud del espacio a disposición de los particulares, que, como vemos, caracteriza el ordenamiento aragonés, es causa de la parquedad de preceptos prohibitivos en el mismo, y la convicción de que todos los restantes preceptos puedan ser superados por el pacto o disposición testamentaria. Como dice el profesor Delgado Echeverria[2], "prohibido prohibir podría ser el lema que presidiera todo el Derecho Aragonés, como expresión del respecto que al legislador merece la iniciativa jurídica de los grupos e individuos, hasta el punto de que sólo excepcionalmente y sintiendose obligado pone trabas o limita aquella iniciativa".

Con ser tan amplia, en el ordenamiento Aragonés, la voluntad de los particulares en orden a regular sus propias relaciones jurídicas, tiene sin embargo, unos límites, por cuanto el pacto no es, propiamente fuente de Derecho[3]. Hoy día, tal como vimos anteriormente, esos límites son lo imposible y las normas imperativas aragonesas. La Observancia 16 *De fide instrumentorum,*

1.- Lacruz Berdejo, José Luis - *El principio Aragonés, "standum est chartae"*, pag. 718, op. cit.

2.- Delgado Echeverría, Jesús - *El Derecho Aragonés*, op. cit. pag. 64.

3.- En este sentido se manifiesta el profesor Delgado (pag. 183, *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil Aragonés*: "El pacto no es fuente de Derecho. Cosa distinta es que sea, en muchos casos, la primera fuente a que debe acudir el juez para conocer la regulación aplicable a una relación jurídica determinada, entre sujetos concretos".
La presencia del artículo 3º en el título preliminar, bajo la rúbrica "las normas en el Derecho Civil de Aragón" no quiere indicar que la voluntad de los otorgantes, o los pactos o disposiciones que la expresan, sean normas o fuentes de normas (generales)".
En sentido concordante se expresa el profesor Lacruz Berdejo: (pag. 713 "El principio Aragonés *standum est chartae*", op. cit. y pag. 255, Comentarios a la Compilación, op. cit)" En ciertas expresiones de Joaquin Costa la declaración de voluntad en la carta queda constituida en fuente jurídica al lado o por encima de la ley y la costumbre... y el proyecto Ripollés concedió a dicha voluntad la primacia en el elenco de las fuentes ¿es correcta tal calificación?. La declaración de voluntad privada o al convenio entre partes le falta, para ser fuente del Derecho objetivo, el carácter de abatracción propio de la norma jurídica en general (ley, costumbre, principio) al dirigirse a regular una situación concreta. "La norma es fuente del Derecho; la carta, fuente de derechos".
También Palá Mediano (voz "Derecho Civil de Aragón" en *N. E. J. Seix* t. I, pag. 192) se expreso en el mismo sentido: "La llamada libertad civil aragonesa no significa que el pacto o declaración de voluntad sea fuente jurídica formal en primer grado, que la voluntad de los particulares, aún limitada a las relaciones privadas, se sobreponga a la voluntad del legislador y aún a la conciencia del pueblo que produce la norma consuetudinaria"
Lorente Sanz, José y Martín Ballestero y Costea, Luis, *La norma en el Ordenamiento jurídico aragonés*, ADA, I, pag. 65, "El pacto o la libertad de disponer y convenir, no puede, en términos generales, ser catalogada entre las fuentes del Derecho objetivo. Por consiguiente, el principio standum est chartae es la norma general en que, en una buena jerarquización, encuentra su apoyo la norma individualizada. En este sentido, bien que en la prelación de fuentes históricas del Derecho Aragonés y dada la acentuada significación que ha tenido la autonomía de la voluntad, quepa aludirla en cuanto modifica el ámbito de aplicación de las normas, entendemos que debe excluirse de la enumeración".

precedente del principio *standum est chartae*, no ponía, como límite a la voluntad del declarante, el representado por la ley: concretamente, por la ley imperativa o prohibitiva: solo hablaba de imposibilidad o inmoralidad[1]. "Acaso en "lo imposible", dice el profesor Lacruz[2], se pudiera entender que entraba también lo no permitido por el Derecho: pero ningún comentarista llegó a decirlo. Más aun así, nunca en Aragón se pensó que la voluntad de los particulares pudiera sobreponerse a prohibiciones legales ...: leyes que se observaban sin que la utilización del instrumento público hiciera válidas o eficaces las estipulaciones que se convenían frente a la prohibición: bien es verdad, concluye el profesor, que las prohibiciones expresas en la ley eran escasas"[3].

El principio *standum est chartae* desaparece practicamente con la promulgación del Apéndice, pues, como dice el profesor Lacruz[4], aún cuando figura su enunciado característico en el artículo 59, no sólo se reduce en tal precepto al régimen económico del matrimonio en su sentido más estricto (es decir, sin comprender la viudedad, ni, probablemente la comunidad continuada) sino que, aún dentro del régimen del matrimonio, la libertad de pactos queda limitada por cualquier "prohibición expresa en la legislación vigente en Aragón" entre la que se cuenta el Código Civil. La antigua preponderancia de la voluntad individual sobre el ordenamiento supletorio tiene, a partir de ese momento difícil defensa, y los preceptos prohibitivos del Código Civil, por tanto serán preponderantes sobre la autonomía de los particulares.

Si esta cuestión tuvo variantes en la historia jurídica del principio aragonés, nunca los tuvo, en cambio, la cuestión de la preponderancia sobre el pacto de las normas prohibitivas propias del ordenamiento aragonés como hemos visto. Así, la Compilación de 1967, establecía como límite a la voluntad de los otorgantes de la carta, las leyes imperativas o prohibitivas, además de los pactos contrarios al Derecho natural y lo que resultare de imposible cumplimiento. Y la regulación actual aunque omite las normas

---

1.- Observancia 16 *De fide instrumentorum: Judex debet stare semper et iudicare ad chartam et secundum quod in la continetur, nisi aliquod impossibile vel contra ius naturale continetur in ea.*

2.- Lacruz Berdejo, José Luis - *El principio aragonés*, op. cit. pag. 727.

3.- La sentencia de la Audiencia de 21 de abril de 1882, dá un alcance exagerado, a la Observancia 16 *de fide instrumentorum*, en concepto del profesor Lacruz , cuando habla de la amplia facultad que ésta concede "para estipular lo que no sea contrario a la moral o fisicamente imposible, aunque contravenga a Fuero".

4.- Lacruz Berdejo, José Luis - *El principio aragonés "standum est chartae"*, pag. 729.

prohibitivas como frontera de la autonomía de la voluntad, las mismas se entienden comprendidas en la denominación de imperativas, tal como expone el profesor Sancho Rebullida[1]; "entre normas imperativas y normas prohibitivas no hay otra diferencia que la de su respectivo signo, positivo o negativo: en lo demás, ambas son manifestación del *ius cogens*. Tales normas se erigen en fuente primera y principal del ordenamiento jurídico aragonés".

Con arreglo a todo lo expuesto, vemos, que si bien en el ordenamiento jurídico aragonés, las normas prohibitivas son escasas y la voluntad de las partes tiene en el mismo un papel preponderante, ésta cede ante una norma imperativa o prohibitiva existente en el mismo y siendo de este carácter la contenida en el art. 142, no consideramos sea válido el pacto que los consortes, destinatarios de estas normas, pudieran llevar a cabo intentando hacer desaparecer los efectos del consorcio, sin efectuar la partición, que sería nulo por opuesto a norma imperativa del ordenamiento jurídico aragonés.

Tenemos que decir, por otra parte, que la norma reguladora del consorcio, a nuestro entender, hace una síntesis perfecta entre el principio tradicional en el Derecho Aragonés, de protección a la familia (y su soporte patrimonial) y la libertad de la persona; combina intereses colectivos e individuales, por cuanto establece un régimen al que se puede poner fin a voluntad, si bien sometiendo esa manifestación de voluntad a unos trámites por la misma norma prefijados.

El profesor Lacruz[2], sostiene opuestamente el carácter dispositivo de las normas contenidas en el artículo 142 de la Compilación, en base a considerar que la subsitencia del consorcio se hace depender en las mismas de la voluntad de los consortes, quienes pueden acabar con él dividiendo los bienes: "por eso mismo el instituto no parece de Derecho necesario, ni la prohibición de enajenar o el eventual acrecimiento vienen reclamados por ningún motivo urgente ni de orden público, antes han merecido más críticas que alabanzas". "Por tanto la vinculación consorcial una vez nacida perece por acuerdo unánime de los consortes". Sentadas estas premisas, admitir la posibilidad de que mediante pacto realizado por los consortes,

1.- Sancho Rebullida, Francisco de Asis - *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, pag. 219.

2 - Lacruz Berdejo, José Luis - *El Consorcio foral Aragonés*, moneda y crédito, 1977, pag. 336.

puedan éstos eludir los efectos consorciales constante comunidad, es una consecuencia lógica, que el profesor Lacruz Berdejo[1], naturalmente, propugna y expresa en los siguientes términos: "de la disponibilidad conjunta sobre el vínculo consorcial se sigue la facultad de todos los consortes, decidiendo por unanimidad, de suprimir el vínculo en relación con todos ellos o algunos. Es decir, si cada uno estaba facultado para acabar con el consorcio pidiendo que se divida el bien común, no parece que lo esencial de tal extinción sea la materialización de las porciones, las cuales, aun individualizadas y concretas, siempre podrían, a falta de hijos, seguir vinculadas a los restantes partícipes como si se tratase de una sustitución fideicomisaria "si sine liberis", sino la voluntad de dividir en la que va implícita la de suprimir la vinculación. Más estas dos voluntades, continúa el profesor Lacruz, no tienen por qué presentarse juntas y dependiendo una de otra, ni hay razón para hacerlas interdependientes. La voluntad de extinguir el vínculo consorcial puede operar con 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. De otro modo, para salir de la consorcialidad se les forzaría a terminar una proindivisión en la que acaso se hallaban conformes, considerándola beneficiosa para todos".

Como vemos, el profesor Lacruz, hace un magnífico apoyo a la prevalencia de la voluntad sobre las disposiciones que rigen el consorcio, partiendo de asignar carácter dispositivo a estas normas, sin embargo no nos parece posible asignar este carácter a las mismas en base a la libertad de pedir la partición que a los consortes compete, por cuanto hay gran número de normas de carácter necesario que regulan una situación jurídica concreta y sin embargo la voluntad de la parte es operante para pasar a otra situación en la que las mismas no regirían, y por la existencia de esta posibilidad no pierden el carácter de *ius cogens*. Piénsese, por ejemplo en los estados civiles de nacionalidad o vencidad, las normas que la gobiernan son de *ius cogens*, pero la persona es libre para cambiar ese estado, eso sí mediante el procedimiento que la misma ley determina, pero mientras se esté en esa situación rige con carácter imperativo las disposiciones que regulan la misma y el mismo carácter de imperativo tiene el modo de perder o ganar el mismo.

1.- Lacruz Berdejo, José Luis - *El Consorcio*, op. ant. pag. 338.

Por otra parte, tampoco estamos de acuerdo en que esta solución propugnada por el profesor Lacruz sea la única viable para evitar los efectos del consorcio y continuar la explotación conjunta del bien o bienes, ya que el camino escogido en la época histórica, para continuar con la explotación conjunta pero sin estar sometido a los efectos consorciales, lo vemos más acorde con el carácter de la norma que rige el mismo, pues procedían a la división de la masa consorcial y seguidamente aportaban la parte a cada uno adjudicada creando entre ellos, sociedad o comunidad[1]. Cosa perfectamente válida, hoy día, y único modo, a nuestro entender, dados los términos del art. 142 y el carácter de los mismos, de continuar con la explotación conjunta de los bienes sin estar sometidos a los efectos consorciales.

Merino Hernandez[2], al igual que el profesor Lacruz, sustenta la opinión de que es posible para los consortes la renuncia de los efectos consorciales, sin llevar a cabo previa partición. Analiza Merino para llegar a esta conclusión diversas cuestiones, por un lado, el carácter de la norma, y si bien en algún momento parece calificarla de Derecho imperativo, así cuando dice: "por lo que se refiere al problema de las normas imperativas, para el profesor Castán, éstas, que pueden a su vez subdividirse en preceptivas y prohibitivas (y éste podría ser el caso del número 1° del párrafo 1 del art. 142 de la Compilación aragonesa) suelen coincidir con aquellas que tienden a la protección del orden público". Después de hacer una enumeración de normas imperativas de Derecho privado, se decanta por considerar que el principio *standum est chartae* "fundamental en el Ordenamiento jurídico aragonés que impregna, no sólo el derecho de propiedad, sino la normativa aragonesa toda, se sobrepone en este caso al texto comentado del art. 142 de la Compilación, permitiendo que todos los consortes, actuando unánimemente, puedan evitar los, en general, indeseados efectos del consorcio, mediante el acto expreso de la renuncia ..."

Analiza, también, Merino los principios inspiradores del consorcio, especialmente el de troncalidad, para a través de la consideración de que "no debe el mismo ser llevado más lejos de lo que la propia Compilación prevé taxativamente" y que "el mismo debe ser interpretado en su aplicación práctica con una cierta

1.- Así se deduce de la respuesta a una questio iuris que figura en "Aliae declarationes dicti monetatici" que figura en Jaime de Hospital, *Liber nonus, titulus XVII* [165]: *Dicimus quod ex quo semel fratres bona diviserint licet inter se postmodum fecerint communionem bonorum et societatem ..."*

2.- Merino Hernandez, José Luis - *El consorcio foral aragonés*, pag. 43.

flexibilidad, sin que del mismo pueden derivarse situaciones injustas, antieconómicas o insostenibles" llegar a la misma conclusión: "que la comunidad nacida de la indivisión de los inmuebles, adquiridos en la forma y circunstancias señaladas en la Compilación, podría mantenerse entre los mismos hermanos e hijos de hermanos, pero sin que sobre ella recayera el peso del consorcio, sin que sus efectos entraran a actuar respecto de dicha comunidad. Los consortes habrían renunciado al consorcio, pero no a la comunidad".

Al respecto cabe decir que, pareciendo, como parece, calificar Merino, la norma reguladora del consorcio de derecho necesario[1] y siendo la misma propia y genuina del ordenamiento jurídico aragonés, no es muy consecuente su última afirmación, dado que no prevalece sobre este tipo de normas el principio *standum est chartae*, que encuentra en las normas investidas de este carácter su principal frontera.

Por otra parte el carácter imperativo de las normas que rigen el consorcio se pone de manifiesto en la sanción de nulidad que acarrea la infracción de las mismas por los consortes, típica de esta clase de normas. Sanción que aunque hoy explicitamente no contenga el artículo 142, (pienso que por dar por sobreentendida la misma) fué la tónica general en el Derecho histórico[2].

VII. DISPONIBILIDAD DEL VINCULO POR EL CAUSANTE DEL CONSORCIO.

La norma contenida en el artículo 142 de la Compilación, es norma imperativa, cuyos destinatarios son los consortes, pero ¿es posible que el consorcio no nazca, aún dándose las condiciones objetivas y subjetivas que el mismo presupone? es decir ¿podría el causante del consorcio evitar su nacimiento y sobreponer su voluntad a lo dispuesto en la ley? en este punto nuestra posición se inclina a considerar favorablemente esta posibilidad. Es en este aspecto donde el principio *"standum est chartae"* puede desplegar

---

1.- En las Actas Jornadas de Derecho Civil de Jaca, 19785, y en las conclusiones que el mismo autor presenta sobre el consorcio, como indicadoras de una posible modificación de la figura, (pag. 160) el mismo autor, dice al respecto del art. 142 de la Compilación: b) mantenerla con el *caracter imperativo* que hoy parece tener (el subrayado es del mismo autor).

2.- Así la Obs. 12 y los foralistas que, comenzando por Vidal de Canellas, al referirse a los actos de los consortes contraventores de las normas consorciales, emplean el vocablo: *non valeat*. Como se verá en el capítulo dedicado a la indisponibilidad de la cuota por los consortes.

todo su poder y fundamentar la posibilidad de que el causante, en virtud del mismo, impida 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 va dirigida la regla del art. 142, y así, pensamos, que al igual que puede prohibir la división de los bienes consorciales, sobreponiéndose en este caso a la libertad de petición de división que la norma del artículo 142 establece, puede igualmente disponer que, aún sin división, no nazcan los efectos consorciales, pues si puede su voluntad ser preferente en aquel punto (de impedir la división) para agravar las disposiciones de la ley, igual le será 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 Lacruz[1], 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.

Esta disponibilidad de vínculo por el causante, fué ya admitida por el Derecho histórico, por cuanto Portolés[2], afirma y lo dá como regla seguida, que instituido por el causante, 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 fideicommissi, substitutus ille coniunctum, et consortem excludit, ipseque substitutus solus admittitur"*.

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

En definitiva, creemos, siguiendo en este punto al profesor Lacruz, que en virtud del principio de autonomía de la voluntad, sintetizado en el principio foral *"standum est chartae"*, es posible al causante eliminar los efectos consorciales que pudieran producirse a virtud de sus disposiciones, manifestando su voluntad en contrario y evitando así el nacimiento del consorcio, pese a darse las circunstancias requeridas por el artículo 142 de la Compilación.

---

1 - Lacruz Berdejo, José Luis - *El consorcio foral*, op. cit. pag. 337.
2 - Portolés - *Tractatus de consortibus*, cap. XVIII, pag. 142.

CAPITULO 3º

ELEMENTO SUBJETIVO DEL CONSORCIO

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

Tanto los Fueros 1° y 2° *De Communi dividundo* como el artículo 142 de la vigente Compilación Aragonesa, consideran que la comunidad consorcial está integrada por hermanos e hijos de hermanos. La vigente Compilación así expresamente lo dice, y en cuanto a los Fueros, parece deducirse de la dicción del Fuero 1° 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 estimamos que, aunque el Fuero 2° De Communi 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, creemos, con Azpeitia[1], 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 proindiviso a sus padres y combinar esta afirmación con el principio de representación, por virtud del cual tendremos que, entrarán también a formar parte del mismo los hijos del hermano premuerto.

1.- Azpeitia, Mateo - Citado por Isábal, en R.D.P. año 1918, pág. 299.

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 hemos dejado constancia, en otro momento, de la existencia de esta comunidad entre hermanos (consorcio foral), con anterioridad a los Fueros, citando al efecto documentos (publicados), que así lo acreditan, haremos 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 sólos 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 martimus qui sumus fratres, facimus carta de una terrra ad domum Sancte Marie..."*[1]; doc. año 1057, *"... ego vernardus, filius riculfi et fratrer meus amatus ... et vendimus vobis castro que vocitatur castellione cum villas et terminos que ad ipso castro pertinent ..." "Ego iohannes et fratrer meus petrus cum sororibus meis maria et stephania vendimus unum quinionem in la canada ..."* Doc. 1056 *"nos filii de Dominico Calbo de Villa Foteiz, prenominatos Sancio et Dominico et domna 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..."*[2]

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 Iulian et Çeuta, sorore mea, et nostras nepotas Omecha et Maria, filias Altabella, vendimus vobis Martin de Adivar,*

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

3.- Ibarra y Rodriguez, Eduardo. *Documentos de Sancho Ramirez...*, op. cit. pág. 153 y documentos del Cartulario de San Juan de la Peña publicados por Ubieto Arteta, Antonio, pág. 145.

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 Facumdi fratris mei, omnes, in simul vendimus vobis fratri Petro... unum nostrum campum quem habemus in termino Barbastri"*. Doc. 1142 *"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 fratrer meus et Robertus meus nepos, vendimus ad vos don Gabino de Sancto Salvatore..."*, otro doc. sin fecha, *"Ego Eneco filius de Amasemena et sobrina mea Andressa vendimus totam nostram hereditatem ab integro quam habemus in tudegen..."*[1].

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 Hernandez[2], "al hablar (los Fueros) de hijos de abuelos o de padres daba a entender que podían coexistir perfectamente tios 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.

Estudiaremos 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.

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

Si de los Fueros 1° y 2° *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 heredat que pertaynnesce a muitos descendientes por heredar lo del padre o de la madre o del avuelo o de la avuela, ante que sea partida aqueilla possessión o heredat..."[3]. Vemos, en este pasaje,

---

4.- Estos documentos pertenecen a la colección de Sigena y del Pilar, y han sido citados por Emma Montanos Ferrin: *"La familia en la Alta Edad Media española"*..., pags. 254 y 255.

5.- Merino Hernandez, José Luis. "*El consorcio foral*", pag. 49.

6.- *Vidal Mayor*. Libro VI, parágrafo 18.

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 aillenar... Empero hermano dizimos aqueillos que son en el primer grado et en el segundo, es assaber hermanos et primos"[1].

En el mismo sentido se expresan las Observancias, así la 1ª *De consortibus ejusdem rei* [2]: "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 hemos tenido ocasión de exponer, en nuestra opinión, esta comunidad formada por los hijos, constituía un tercer estadio del régimen de comunidades que impera en la Edad Media, y presumiblemente, tambien 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 supérstite y la comunidad entre hermanos, al disolverse la anterior. Vemos así como en este régimen de comunidades, la muerte de un 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 Communi 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, consideramos preciso distinguir entre el consorcio originariamente formado, que es al que nos venimos 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 denominaremos, consorcio subsiguiente.

---

1 · *Vidal Mayor*, Libro IV parágrafo 26.
2 · S y P III.

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 comunionem et participationem dominii 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 inmobilia pro indiviso pertinent...."*[1]

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

La expresión del Fuero 2º *De Communi dividundo: "nullus filiorum si plures sunt unius 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 posible que hermanos unidos solamente por vínculo sencillo integraran el consorcio. Juan Pérez de Patos[2] 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 Molino[3]. Portolés después de afirmar que para inducir consorcio basta que se suceda al padre o a la madre: *"Diximus autem, aut de padre, aut de matre per dictionem (aut) alternativam, ut significaremus ad consortium inducendum sufficere, si bona ipsa vel a solo patre, vel a sola madre possessa fuerint, sí 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 bién 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"*.

1.- Portolés, Jerónimo. *Tractatus de consortibus...*, cap. I, nº 7.
2.- Pérez de Patos, Juan. Citado por Portolés, cap. I, nº 12.
3.- Molino, Miguel del - *Repertorio...*, v. succesio, f. 308 v.

Bardají[1], al comentar el Fuero 2°, 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 devisionem 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"*.

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

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 citamos, es bastante homogénea, y concordante con lo expuesto. Así Franco y Guillén[2] señalan que el consorcio se forma: "Cuando son hijos o nietos los que heredan a sus padres o abuelos. Cuando suceden tios 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 Santapau[3] 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 2° *"si plures sunt unius patris et matris"*, que no existe consorcio entre hijos de diferente matrimonio, y sin embargo, al final afirman: "Mas claro:

1.- Bardaji, Ibando - *Comentarii in quator aragonensium forum,...* f. 366 v.
2.- Franco y Guillén - *Instituciones de Dº Civil Aragonés* - 1841 - pag. 222 y 223.
3.- Martón y Santa Pau - *Derecho y Jurisprudencia de Aragón...*,pag. 612.

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 regnícolas, como los que de fuera de Aragón tratan esta materia del consorcio, por lo cual y, con el fin de evitar repeticiones, omitimos 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 Vidal[1], 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 aqueillos 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 REPRESENTACION.

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.

A nuestro modo de ver, 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

---

1.- *Vidal Mayor* - Libro IV, parágrafo 26 (8), pag. 287.

que los ulteriores concurren en ciertas circunstancias, con otros más próximos, normalmente excluyentes, es una institución excepcional[1].

Regulado como pieza de la sucesión *ab intestato*[2], 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 Berdejo[3] 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: *"Tantam est hereditate portionem quantam 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 correspondido 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

---

1.- Este carácter aparece todavía en el artículo 921 del Código Civil: "En las herencias el pariente 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: "comó regla general, pues, lo decisivo es la proximidad del parentesco del heredero y no la del de la estirpe. Pero esta regla, que contrasta vivamente con el sistema germánico de parentelas resulta atenuada por el llamado derecho de representación.

2.- El profesor Lacruz, en la obra citada en nota anterior pag. 165, defiende el criterio negativo en cuanto a si tiene lugar el derecho de representación en la sucesión testada. Opinión que corrobora en *La claúsula "si sine liberis decesserit"* - Libro homenaje a Moneva, pag. 625.

3.- *Derecho de Sucesión* - Traducción y anotación del Burgertiches Recht, Erbrecht, de Binder - Barcelona 1953, pag. 163.

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*[1], que se entiende como una excepción al Fuero *De rebus vinculatis*[2] 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 Título[3]. En la primera de éstas, Hospital, parece referirse y desarrollar la Observancia [34] de las atribuídas a Jimeno Pérez de Salanova[4]. 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*

1.- S y P. *De testamentis*, libro V. Observancia 6ª - *De testamentis - Item, si frater, et filius fratris supervixerint, ambo succedent patri fratris avoque nepotis pro equalibus partibus, et sic fit successio per lineam ascendentem, quia filius fratris repraesentat personam patris, et allii qui non sunt in eodem gradu cum alio, cum quo volunt 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 sucessio habet fieri per lineam transversalem, ut puta quando sunt tres fratres, et unos 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 recuperare haereditatem per ludicem quae fuit de suo bisabolorio, intelligitur, ex habet locum quando agitur contra extranum, secus si agatur contra consanguineum agendo cum eo de Successione ascendentium, ut dictum est, et talis est consuetudo Regni.*

2.- *"...Quod si forte pater vel mater non vinculasset et decederet filius vel filia intestatus, devolvantur bona propinquioribus descendentibus ex parte illa unde descendunt illa bona".*

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

4.- *Item nota, si tres sunt fratres habentes bona divisa et unus moriatur relictis filiis postea vero alius moriatur sine filiis, frater supervivens succedet illi exclusis filiis alterius fratris; idem esset si iste tercius moreretur relicto filio, qui filius postea moreretur. Secus in bonis avi, in quibus filii et nepotes succedunt pariter et equaliter in capite non in stirpe, nam tantum habent duo filii unius quantum unius solus ex alio existens.* Dos colecciones de Observancias de Aragón transcritas y publicadas por Martinez Diez, Gonzalo,, AHDE XLV.- año 1975, pág. 550.
Esta Observancia atribuída a Pérez de Salanova parece un resumen, quizá no del todo afortunado, de las declaraciones que hace el Obispo D. Vidal (Vidal Mayor, Libro VI parágrafo 18 desde los números 18 a 24) tratando de la sucesión *ab intestato*.

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 6ª *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, consideramos necesario partir de las siguientes afirmaciones: 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, suponemos 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 superstités alienari, nec per eos, donec divisae fuerint"* , parece dar a entender que admite un derecho de representación en linea 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 establecido por dicha Observancia en una redacción anterior. El primer punto de apoyo a esta afirmación, realizada por nuestra 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* [1] de Jaime de Hospital, donde dice que en el códice U de la Biblioteca Universitaria y Provincial de Zaragoza, Ms. 175[2], 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 nos mueve a hacer esta afirmación es que Pertusa[3], quizá por manejar esta versión de la Observancia, se apoya en la Observancia 14 *De consortibus ejusdem rei* para

---

1.- Hospital, Jaime de, *Observancias...*, Libro 3º, Título 9º.

2.- Martínez Diez explica respecto a este códice (pág. XIII) que hubiera sido sin duda el mejor y más completo representante de las Observancias de Hospital.

3.- Citado por Portolés, *Tratado de consortes...*, cap. I nº 42: *"Tertia igitur conclusio sic, quod inter fratres et eos, qui simul cum ipsis fratribus, ascendentibus suis per representationem successerunt, consortium existit: ut ita affirmat Pertusa in Obs. Item sicut de consrt. Sed quia haec conclusio alicuantulum obscura est, nec facile percipi potest, nisi per exempla declaretur, id circo, ut perspicua reddatur, illius exempla in sequentibus illationibus subiicientur".*

fundamentar que en el consorcio entran también los hijos de hermano por derecho de representación en caso de premoriencia del padre de ellos, enlazándola con la 6ª *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 6ª *De testamentis.* Así lo hace Molino[1] inmediatamente después de referirse a la sucesión en la cuota consorcial: *"Filius representat etiam personam patris quando tractatur de successione avi ab intestato aut aliorum ascendentium: secus si tractaretur de successione patrui, 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 Aniñón[2] 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 tio".

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

---

1.- Molino, Miguel del. *Repertorio...*, v. filius, folio 140 v.; también en v. successio folio 308 v y v. frater, folio 162 v.

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

de la cualidad de consorte, y la sucesión por estirpes) provocan la confusión que derivó de su exposición.

Sin embargo, Portolés[1], 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 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 6ª *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 Communi 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

---

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

deseable. 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 sí sólo a éstos alcanzaba o bien, si por la subrogación característica de este derecho adquiría la cualidad de consorte cualquier descendiente del hijo premuerto. Portolés[1] 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 biznietos[2]: *"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 Sessé[3] 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 excluídos 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 vinculatis* de 1247, no se refiere a cuando suceden descendientes, debiendo decidirse por la Observancia 6ª *De testamentis"*.

En conclusión se puede señalar como elemento personal del consorcio originario, primeramente, los hermanos cuando suceden

---

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

2.- Esta aplicación del derecho de representación sin límite de grado parece recogerlo la Observancia 6ª *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*.

3 - Sessé, Joseph, *Decisio* 62.

proindiviso 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.

3. Derecho de representación en línea colateral - Opiniones doctrinales en relación con la Observancia 14 *De consortibus ejusdem rei.*

Tenemos que, según lo preceptuado en la Observancia 13 *De consortibus ejusdem rei,* se originaba el consorcio, no sólo cuando los bienes en los que sucedían los hermanos provinieran de los ascendientes, como se establece en los Fueros *De Communi dividundo,* sino también cuando los hermanos sucedieran proindiviso a un consanguíneo. Ahora bien, dada la no admisión del derecho de representación en línea colateral, que la Observancia 6ª *De testamentis* establece y fué opinión común en la doctrina[1], cuando el consorcio nazca por recibir los hermanos bienes de un hermano (consanguíneo), no podrán entrar a formar parte de ese consorcio originario los hijos o descendientes del hermano premuerto. Esta no admisión del derecho de representación en línea colateral afecta pues al elemento personal del consorcio originario, que en este caso planteado, ya sólo va a poder estar formado por los hermanos sobrevivientes del hermano de cuya sucesión se trata. Y lo mismo si el causante del consorcio fuera un tío, primo hermano u otro consanguíneo, en general.

La doctrina no parece plantearse directamente este problema, dada la discusión básica que la misma sostuvo, según dice Portolés[2], sobre si realmente se llegaba a formar consorcio cuando los bienes provinieran de un consanguíneo. Un sector doctrinal, "los principales abogados del reino", dice Portolés, sostuvieron su existencia en base a la Observancia 14 *De consortibus ejusdem rei,* a la que Portolés, como después veremos al tratar del consorcio subsiguiente, niega que pueda valer para apoyar el nacimiento del consorcio en bienes recibidos de colaterales porque si así fuera, dice, estaría en contradicción con lo dispuesto en la Obsrvancia 6ª *De testamentis,* en cuanto prohibe la representación en vía colateral, dado que dicha Observancia 14 *De consortibus ejusdem rei,* tal como aparece redactada, da entrada en el consorcio a hijos de

---

1.- Asi Molino, en *Repertorio...*, v. successio, fl. 308 v; v. filius.
2.- Portolés, Jerónimo. *Tratado de consortes*, cap. I, nº 63.

hermano muerto. Sí, en cambio, está de acuerdo Portolés con la doctrina que considera nacido el consorcio en bienes provenientes de consanguíneos, en base a lo dispuesto en la Observancia 13 *De consortibus,* considerando que, si en base a esta observancia se hace, ya no se trataría de una interpretación extensiva de los Fueros *De Communi dividundo,* sino de una modificación de los mismos realizada por la propia ley[1].

Esta admisión va a producir, por un lado la extensión desmesurada del consorcio, por cuanto el mismo se inducirá con todos los bienes inmuebles que los hermanos reciban, en proindivisión, de un consanguíneo, hermano, tío, primo, en cualquier grado, originando una extensa enumeración de posibles consortes y por otro, va a provocar una contradicción en las afirmaciones de Portolés referentes al derecho de representación en vía colateral. En efecto, Portolés, después de reiterar en diversos momentos del capítulo 1° de su Tratado sobre el consorcio, que no existe derecho de representación en línea colateral, en base a la Observancia 6ª *De testamentis,* concluye el capítulo afirmando: "Solamente en dos casos se concede la sucesión por representación. Primero: cuando se trata de la herencia del abuelo o ascendientes y Segundo: cuando se trata de la herencia de tío paterno *(patrui)* y así fuera de estos casos cuando se controvierte acerca de la sucesión de los colaterales o transversales, de ninguna manera se concede la sucesión por representación".

En definitiva opinamos, que cuando el consorcio se induzca por suceder los hermanos en bienes procedentes de consanguíneos, dado lo preceptuado en la Observancia 6ª *De testamentis* los hijos o descendientes de hermano predifunto no entrarán a formar, junto con los hermanos de su padre sobrevivientes, parte del consorcio, porque no pueden concurrir a esa sucesión.

1.- Obsérvese que Portolés con este razonamiento dá caracter de ley a las Observancias: *"ergo haec extensio, tan quam a lege ipsa facta, recte fieri potuit, et observanda erit"*

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 Guillén[1] 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 creemos posible fundamentar en ella la representación en línea descendente, por lo que nos parece más correcta la interpretación que de ella hace Portolés y que trataremos 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.*

Dieste[2] hace una larga relación de personas que pueden ser consortes, hasta el nº 9 llega su clasificación, siempre en base a 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.

Encontramos acertada y compartimos la postura que Isábal[3] adopta en esta materia del elemento personal del consorcio originario cuando dice repitiendo las palabras de Azpeítia, que citamos 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 prinicpio: el de

---

1.- Franco y Guillén, *Instituciones...*, pág. 222.
2.- Dieste. *Diccionario,* v. consorcio foral, pág. 130.
3.- Isábal, Marceliano. *El consorcio foral.* R.D.P. 1918, pág. 299.

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 decimos, asumimos 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.

IV. CONSORCIO SUBSIGUIENTE O MODIFICACION 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 nos proponemos analizar[1].

El problema de mayor transcendencia creemos 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

---

1 · Aunque puede haber otras modificaciónes subjetivas como serian las originadas por la división parcial de los bienes consorciales que puede pedir y obtener cualquiera de los consortes, ya que provocaria 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 enajene su porción a favor de otro u otros consortes, con la única exigencia para la misma en el Derecho histórico que el consorte que asi obraba 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 esta tesis, concretamente cuando tratamos las excepciones a la prohibición de disponer que el consorcio entraña, y alli nos remitimos.

bien ésto, de entrada, no parece presentar problemas en el aspecto ahora tratado, por cuanto, debido a la regulación que los Fueros *De Communi dividundo* 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 6ª *De testamentis,* que prohibe la representación en línea colateral. Interpretación, a nuestro 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 padre consorte, adquiría, 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. Vidal[1] 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: "assi empero que primeramente los fillos hereden et si fillos no ha, los sobrinos (nietos) et desi los qui desciendieren por orden, los quoales partrian con los hermanos o cormanos d'aqueill muerto, segunt que eill podría partir si viviesse..." Creemos que en estas palabras expresa el obispo la subrogación de los hijos o descendientes en la

---

1.- *Vidal Mayor,* Libro VI, parágrafo 18. "Empero, si quando aqueill morió, non fué partida aqueilla cosa, si entonz fincaron qui d'eill descendiessen, aqueillos deven a ver aqueilla cosa ante que otros ningunos, dont quiere que desciendan o viengan, et deven aver toda la part que aqueill muerto devia aver con sus hermanos o con sus consorteros, assi empero que primeramente los fillos hereden et si fillos no ha los sobrinos (nietos) et desi los qui desciendieren por orden, los quoales partrian con los hermanos o cormanos d'aqueill muerto, segunt que eill podria partir si viviese, quar tantos, quoantos quiere que sean en aqueillo mismo grado, non serán clamados por cabeças mas toda la genoylla, es assaber que tanto aurá toda la genoilla quoanto auria aqueill hermano muerto, de la sucessión del quoal demandan aqueillos qui d'eill descienden, et tanto aurán todos aqueillos quoanto auria aqueill de qui descienden si viviesse.

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*[1] se incorporaron como 11 y 12 del mismo título a la colección oficial[2], así parece entenderlo, considerando la sucesión como una excepción a lo preceptuado en los Fueros *De communi dividundo,* al igual que hiciera Salanova[3] y Pertusa, si bien este forista se basaba, como ya hemos visto, también en la Observancia 14 *De consortibus ejusdem rei.* Molino[4] tambien 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 eius patrem et alium fratrem sui patris: quia quando sunt filii portio deccedentis: ante divisionem non accrescit consorti, et sic isto casu filius representat personam patris.* Entendemos 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, Portolés[5], 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

---

1.- Hospital, Jaime. *Observancias*..., Libro III, titulo IX.
2.- S y P. III.
3.- Portolés cita a Salanova y como fundamento, su Observancia *De rebus Germani* y también la *Item si quando*. Ninguna de estas Observancias parecen existir en las "dos colecciones de Observancias" atribuidas a Salanova por Martínez Diez (AHDE XLV)
4.- Molino, Miguel del. *Repertorio* v. filius, folio 140 v.
5 - Portolés, Jerónimo. *Tratado de consortes*..., cap. I, nos 28, 29, 35.

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 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 patrueles, 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 creemos que sea necesario sutilizar 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 dá Monsoriú[1] 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*[2], 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 *ab 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 otros hermanos del muerto), por lo dispuesto en la Observancia 6ª *De testamentis* en cuanto prohibe la sucesión por derecho de representación en línea colateral.

Portolés interpreta esta Observancia, entendiendo 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

---

1.- Monsoriú y Calvo, Bernardino. *Resumen de Fueros y Observancias,* Ed. fac. C.A.Z. 1981, libro 3º pág. 320.

2.- Observancia 14 *De Consortibus ejusdem rei - Item, sicut quando fratres habent haereditatem indivisam, unus eorum non potest alienare partem suam alteri ista 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.*

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 sobrinos". 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 hemos 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 tengan[1].

Creemos, 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 (acrecían) 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 claramente, cuando de la presencia de hijos de hermanos se trata, entre los supuestos que hemos tratado, considerando que la presencia de hijos de hermanos en el consorcio, obedece siempre al derecho de representación.

Asso y De Manuel[2] 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 Palacios[3]. Franco y Guillén[4] 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.

1.- 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 avi"* bienes consorciales, para contraponerlos a bienes partidos o no consorciales, que tenian la consideración de bienes libres.
2.- Jordan de Asso, Ignacio y De Manuel, Miguel - *Instituciones* op. cit. pag. 131.
3.- Palacios, Joaquin Maria - *Instituciones* op. cit. pag. 214.
4.- Franco y Guillén - *Instituciones,* op. cit. , pag. 233.

Martón y Santapau[1], dicen, al respecto: "Son también consortes los sobrinos y tíos 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 Peña[2] igualmente considera la Observancia 14 como referida al derecho de representación, cuando, como ya hemos dicho, esta Observancia trata de la sucesión de un colateral, en cuyo caso el derecho de representación no se admite en Aragón. Gutierrrez[3] 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-Román[4] 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.

Isábal[5], 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 tarde[6], que: "la Observancia 11 del mismo título

---

1.- Martón y Santapau - *Derecho y Jurisprudencia de Aragón* - op. cit. pag. 612.
2.- De la Peña, Emilio - *Recopilación por orden de materias de los Fueros y Obs. vigentes en el Reino de Aragón* - Zaragoza, 1880, pag. 209.
3.- Gutierrez Fernandez, Benito - *Códigos* op. cit. pag. 438.
4.- Sánchez-Román, Felipe - *Estudios de Derecho Civil* - op. cit. pag. 2382.
5.- Isábal, Marceliano - R.D.P. año , 1918, pag. 300.
6.- Isábal Marceliano . *Exposición...*, pág. 386.

afirma la sucesión del consorte por sus hijos legítimos, lo cual implica, la cesación del consorcio".

Martín Costea[1] 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 Salillas[2] entiende que los sucesores de los consortes adquieren la cualidad de tales, y así enumerando el elemento personal del consorcio, en este caso subsiguiente, considera que son consorte: "los sobrinos y tios 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 Hernandez, por estar especialmente referidas a la regulación actual de la figura, las expondremos en la parte correspondiente de la misma.

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.

Si hasta ahora hemos visto las personas que integraban el consorcio, tanto en lo que respecta al originariamente formado, como al subsiguiente, veremos ahora otra cuestión importante relacionada con este tema del elemento personal del consorcio: la relativa a si los integrantes del mismo han de ser necesariamente

---

1.- Martín Costea, Alberto - *El Consorcio Foral* - op. cit. pag. 23.
2.- Muñoz Salillas, Juan. *El consorcio foral*. ADA 1953-54 pág. 136.

hijos o descendientes legítimos o cabe también el llamamiento al consorcio de los hijos naturales e ilegítimos. Pasamos así a examinar el tema de la cualidad jurídica de los hijos dentro del derecho histórico.

V.- CUALIDAD JURIDICA DE LOS HIJOS.

Siendo el consorcio foral la comunidad hereditaria que se formaba entre los hijos a la muerte de un progenitor, los hijos que integraban, en principio, la misma, serían los que tuvieran derechos sucesorios. Ahora bien, dado que el consorcio podía nacer tanto en virtud de disposición testamentaria, como por sucesión legítima, preciso será examinar los derechos de los hijos en uno y otro supuesto.

1.- Hijos naturales.

Es bien conocido el criterio amplio que los Fueros anteriores a la Compilación de Huesca tenían respecto a la filiación; criterio que se traduce en una casi equiparación entre hijos legítimos o nacidos dentro del matrimonio e hijos naturales. Así se pone de manifiesto en el Fuero de Jaca[1]: *"moltes vegades aven que homme, avantz que aya muyller a bendition, ha filtz o filla daltra muyller; et si preu muyller et en ha enfantz et per aventura laxa certana part et seynnalada ad aquel filtz primer, apres sa mort del payre tal filtz non pot demandar part de payre de moble ni de heredat; pero for es que si lo payre avia moble o heredat mentre vibia devli laxar seynnalada part qual a el playra; mas si per aventura, mor sen testament o non laxa part al filtz bort, aquel filtz bort partira per for engalment ab les altres frayres que son de benition tot lo moble et tota la heredat que pertayn a son payre"*. Vemos por este Fuero que los derechos sucesorios de los hijos naturales eran muy amplios, por cuanto si no recibían en vida de sus progenitores, parte cierta y determinada, ni tal se disponía en testamento, entraban a partir con los hijos legítimos en igualdad de condiciones[2] . Esta equiparación de los hijos naturales y de los

---

1.- *Fuero de Jaca* - Molho, Mauricio. R. E. parágrafo 46, "compart lo bort ab lo de benición".

2.- La misma regulación que en el Fuero de Jaca se observa en la *Recopilación (R.I) privada de Fueros de Aragón* (AHDE I 18) que señala como cantidad mínima que los padres deben dar a los hijos naturales, para que queden excluídos en la partición con los hermanos legítimos, la de *"V solidos de mobili et cum una kaficiata de terra seminatura, aut cum una hereditate"*. Esta misma orientación sigue el *Fuero General de Navarra*, Libro IV, tít. IV, cap. I, donde dispone que el hijo natural reconocido debe tener los mismos derechos sucesorios que los otros hijos matrimoniales del padre: "... Et esta creatura, deve partir con las otras creaturas daqueill padre et si no oviere otra creatura, dévelo todo heredar". El mismo *Fuero General* en Libro III, título

legítimos terminó con la Compilación de Huesca de 1247[1]. En la colección oficial[2], el Fuero único *De natis ex damnato coitu* les priva de toda parte en la herencia de sus progenitores, al disponer, que al nacido de varón y de mujer libres para contraer matrimonio, puede el padre y la madre darle de sus bienes en vida o en muerte lo que quisieren, pero si nada les dieren o dejaren nada podrán pedir. El derecho a alimentos que concede el Fuero al hijo natural, sólo puede pedirse, por el hijo, en vida del padre o de la madre, según dispone la Obs. 25 *De generalis privilegium*.

Este cambio operado parece claramente obedecer a la influencia de la Iglesia, y presumiblemente tuvo D. Vidal de Canellas, mucho que ver con el mismo. Así lo afirma el profesor Delgado Echeverria[3] diciendo: "Don Vidal de Canellas, clérigo y canonista, hizo un flaco servicio a los hijos extramatrimoniales al privarles, en la Compilación de Huesca de 1247, de toda parte en la herencia de sus progenitores". Efectivamente, como dice el Fuero, y comenta Vidal de Canellas[4], a estos hijos naturales ("hijos

---

Libro III, título XX, cap. I, establece amplios derechos sucesorios para los hijos de barragana, llegando incluso a poder el padre dar a los mismos de las arras de la mujer si otras heredades no tiene: "Si algun infanzon fuere enfermo et quiere estinar a las creaturas de pareylla et a las creaturas de baragana non puede heredar en las arras sines plazenteria de la muyller et sines plazenteria de las creaturas de pareylla. Empero si otras heredades oviere, a todas las creaturas de baragana deve dar entegrament una vezindad al menos: et si no oviere otras heredades si non las arras, deve dar de las arras a las creaturas de baragana al menos quoanta es una vecindad ..." Esta equiparación entre hijos naturales y legítimos Navarra la conserva en la Novísima, ley 16, título XIII, libro III donde se establece que deben ser instituidos en la sucesión testada tanto los hijos legítimos como los naturales. E igualmente para la intestada se conserva la regulación que hemos visto establecida por el Fuero General.

Por otra parte esta equiparación en derechos sucesorios de los hijos naturales y matrimoniales se observa, igualmente en el *Fuero de Estella* de 1164 (publicado AHDE IV) 18, en términos semejantes a lo establecido en el *Fuero de Jaca*: "siguis filium non natum sub legali coniugio habuerit si unam vineam parter illi, aut unum campum, aut qualibet hereditatem aut denarios dederit, postea filius bastardus partem non accipiet, nec eum aliis legalibus fratribus parciet. Tamen si pater hoc non fecerit partem in omnem hereditatem sicuti unus ex legalibus fratribus habebit in hereditate avolorum in emptionibus. Sed si pater ad obitum mortis illum denegat et alii fratres cum legalibus testibus hoc possunt probare, partem in hereditatem nec in censum protuerit habere". En el Fuero de Estella del siglo XIII, ya se observa un cambio en esta regulación por cuanto se establece (parágrafo 39) que si el padre no da en vida o por testamento un campo, viña u otra heredat, tienen derecho a XX sueldos.

La misma idea de igualdad entre ambas clases de hijos es establecida en el *Fuero de Tudela*, 26 (Ms. 11-2-6-406 R. Academia de la Historia por el profesor Lacruz Berdejo): Si padre o madre non dan a fillos de ganancia heredat e moble al menos una peonada de tierra e V sueldos por fuero deven partir con los fillos de bendición.

1.- *Fueros de Aragón* - Tilander, Lund 1937 nº 234. De aquellos qui non son nados de bendición.
2.- S. y P. I, 236 a.
3.- Delgado Echeverria, Jesús - *El Derecho Aragonés*, pag. 151. op. cit.
4.- *Vidal Mayor*, Libro VI, parágrafo 17.

de suelto y suelta") pueden darles los padres tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa* bienes muebles e inmuebles, pero si así no lo hicieren, ya no tendrán derecho, como antes, a impugnar el testamento que los omite, al carecer de derechos sucesorios. Que la equiparación establecida en el Fuero de Jaca, entre hijos nacidos dentro del matrimonio e hijos naturales reconocidos, molestaba profundamente al Obispo D. Vidal él mismo nos lo dice[1]: "Que, ante que el Fuero fues feito contra los fillos non legitimos, I misma condition avian los fillos legítimos et non legíttimos, por ende que [segunt] del fuero antigo, si el padre o la madre non leixasse mueble et non mueble al fillo non legitimo, aqueill fillo non legittimo, desfaziendo el testament del padre o de la madre, heredasse ygoalment con los fillos legíttimos en los bienes del testador. Quoal se quiere movible o non movible que fuesse leixado al fillo non legíttimo del padre o de la madre, et el fillo legittimo era sacado de todos los bienes d´aqueill testador, honde, si eixo mismo podiesse ser feito del fillo legittimo, sería manifiesto segunt fuero antiguo que el fillo legitimo et non legittimo oviessen ygoal condition, la cual cosa seria grant escarnio de hoyr, quar nunqua fué nin devia ser tan enemigoso engaynnamiento et non convenible..."[2].

1.- *Vidal Mayor* - Libro VI, parágrafo 20 (7). Este comentario de D. Vidal parece guardar estrecha conexión con el parágrafo 12 de la Recopilación privada de Fueros de Aragón (AHDE V). En ambos se observa una confusión entre hijos naturales y adulterinos: sólo los primeros tenían esos derechos de que habla D. Vidal como se pone de manifiesto en la regulación que los Fueros hacen de la distinta clase de hijos y resume perfectamente el texto foral que se cita, siendo en su parte final igual al contenido del nº 18 de la Recopilación Privada (ADHE I): "E fillo legitimo hereda de patrimonio. E fillo natural, ço es de ganancia, hereda. E fillo bort de casado o ordenado e soltera, non hereda. E fillo campis, ço es de II casados o ordenados, non hereda. E si padre o madre no asignan a fillos de ganancia heredat e nomble lª peonada de terra e V soltz, por este fuero deven partir con fillos de bendición" (José Mª Lacarra - "*Un nuevo texto foral navarro-aragonés en Homenaje a Francisco Yndurain* - Zaragoza 1972, 175-179 citado por Martínez Guijón - AHDE (1980), pág. 216. "Alimentos en favor de los ascendientes".

2.- La Iglesia condenando el concubinato y la barragania, proscribió los derechos hereditarios de los hijos naturales que, en principio, eran los hijos nacidos de estas uniones estables, pero sin legalizar: lo mismo en Roma que en los pueblos germánicos (ver, Moneva y Pujol, Juan y Nicolas de Otto - Contestaciones al programa de judicaturas - Instituto Reus - Madrid 1928 pag. 33 y ss. y Planintz Hans (Principios de Derecho germánico Bosch, 1957, pág. 328) y derivado de esta condena de las uniones no matrimoniales, que hizo la Iglesia, fué menoscabándose poco a poco los derechos de éstos e igualandose a los hijos ilegítimos. Estos eran por el contrario hijos nacidos de uniones ocasionales, y al igual que los nacidos de adulterio o de otra manera de unión ilícita, nunca tuvieron derechos hereditarios respecto del padre y en algunas legislaciones ni frente a la madre, teniendo sólo derecho a que se les alimentara. El derecho canónico (Decretales, capítulo 17, título 1º libro 4º) determinó que era hijo natural el habido de mujer y hombre libres para contraer matrimonio, sin distinguir ya el carácter estable o no de la unión de los progenitores.

Tenemos así que la Compilación de Huesca, al privar a los hijos naturales reconocidos de derechos sucesorios, éstos no van a entrar en el consorcio cuando el mismo deviene por sucesión intestada, ya que en este caso a la herencia del progenitor solamente van a tener derecho los hijos nacidos dentro del matrimonio. Más, si el consorcio deviene por sucesión testada, al poder el progenitor dejar en testamento a estos hijos naturales bienes inmuebles, según preceptúa el Fuero *De natis ex damnato coitu* y la Observancia 25 *De generalibus privilegiis,* no vemos, en principio, razón alguna para que queden excluidos del mismo. Es decir que su condición de naturales no creemos que fuera obstáculo *"per se"* para ostentar la condición de consortes, dependiendo únicamente de que el progenitor les hubiera dejado los bienes, en proindivisión con los otros hijos nacidos en el matrimonio.

2.- Hijos ilegítimos.

El trato que, en materia sucesoria, dan los Fueros y Observancias a los hijos ilegítimos los excluye de ser parte del consorcio, a nuestro parecer. Si no pueden heredar, ni el progenitor dejarles bienes inmuebles en testamento, no pueden en consecuencia formar parte del consorcio, por cuanto, repetimos, éste era la comunidad hereditaria que, surgía a la muerte de un progenitor con los hijos herederos testamentarios o abintestato del mismo.

Los Fueros de la Compilación de Huesca[1], al establecer que: "Et el fillo o la filla qui es nascido en adulterio non puede conseguir part en los bienes del padre o de la madre por nenguna manera, empero non ujeda el fuero que non puede dar el padre o la madre a tal fillo o a tal filla de lures bienes en lur vida" nos confirma la anterior afirmación. En el mismo sentido se expresa el Obispo Vidal[2]: estos hijos ilegítimos sólo tienen derecho a que se les alimente. Este derecho a que se les crie y alimente también parece una influencia de la Iglesia para con estos hijos, ahora para dulcificar su situación anterior. En efecto, en el Fuero de Jaca y las

1.- *Fueros de Aragón* - Edición Tilander 1937, nº 234.
2.- *Vidal Mayor* VI, 17.

recopilaciones privadas de Aragón emplean términos mucho más duros al referirse a estos hijos adulterinos y sacrílegos[1].

Esta posición tan desfavorable, inhumana diríamos, que tenían los hijos adulterinos y sacrílegos en el Derecho Aragonés, y que con palabras tan duras hacia ellos se manifiesta en los Fueros anteriores a la Compilación de Huesca, se observa igualmente en otros Fueros, así el Fuero General de Navarra[2], que en cuanto a derechos hereditarios, se expresa en términos semejantes al de Jaca, negándoles alimentos y crianza y teniendose que contentar con lo que por misericordia quisieran los padres darles. Cuando plasma el Fuero, la condición social de los mismos parece describirlos como proscritos de la sociedad[3], y desde luego sin

---

1.- *Fuero de Jaca* R. E. Molho, Mauricio, parágrafo 47 - "Un home avia sa muyller a bendition et aviane enfantz, et per pecatz ela biva estant, aqui duna altra muyller un filtz nat en adulteri; apres a temps mori aquel homne sens devissa et apres vengui aquest filtz et demanda part de son payre ab les altres enfantz de benición. Contra filtz diz lo for que desque sabuda cosa es que en adulteri naxi et que naystre non podia, que ninguna cosa non deu aver dels bens del payre nin deu heredar si donex lo payre, mentre bivia, non li laxa alguna cosa percosiment et per pietat con carta. Aquel medeys for es de la muyller casada si creatura alguna ha dadulteri". Y respecto a los hijos de clérigos el parágrafo 45 dice: "...Et pér ço *deven molt meynn demandar los filtz dels clergues, quar tals que lur vedada nayssença* deven celar, demandant la heredat del payre manifestan la grant honta et lo grant peccat de lurs payres".
Compilación privada del Dº Aragonés (AHDE I) parágrafo 32: "De homine qui habet muliere ad benedictionem, ant de muliere que habet virum ad benedictionem, et habent filios unus de alio, et qual se vult de illis, fecerit filios vel filias in alia muliere aut cum alio homine, iste habet nomen filius super seminatus, et non debet hereditare patrem suum neque partire cum aliis germanis, quia qui non debuit nasci ¿quomodo debet accipere partem? Et si non esset pro illa christianitate que est in eo debent vendere illum alii germani quia non fuit de coniuge".
Recopilación de Fueros de Aragón (AHDE V) parágrafo 12, "Homo quidam, cum haberet uxorem legitimam et filios ex ea procreasset, peccatis exigentibus, cognovit aliam de qua filium adulterinum procreavit. Tempore procedente homo antedictus deccessit intestatus; ideo filius adulterinus presentans se coram filiis legitimis in bonis paternis se heredem fieri postulavit. Contra hoc dicit fuerum: "tu in peccatis es natus et nascere non debuisti, ideo nulla racione potes aut debes esse heredem in hereditatem quam requiris" nisi forte pater dum viveret misericordia motus aliquid de rebus suis adulterino filio assignavit. Unde dicitur: non enim est heres filius ancille cum filio libere. Illud idem iudicium est de muliere habentem maritum si diabolo instigante cum alium comiserit adulterium.

2.- *Fuero General de Navarra* - Libro IV, tít. III, Cap. XIII - Qué puede aver el que es nascido en adulterio - "Sobre esto dize el fuero que desque sabido es que es en adulterio nascido, que ninguna cosa non deve aver de los bienes de su padre, si el padre non deysare por su cosiment alguna cosa. Aquest mismo fuero de la muyller casada si ha fillo o filla en adulterio".

3.- *Fuero General de Navarra* - Libro IV, tít. III, Cap. XI - Marido et muger yfanzones casados ensemble, oviendo creaturas, si el marido o la muger fazen creaturas en otro lugar en putage, esta creatura non la deve criar ninguno del parentesco, nin las creaturas de pareylla non la deven tenir por hermano nin deve heredar lo de su padre nin de la madre. Quoando fuere grand non deve ser recebido nin por fianza, nin por ferme, ni por testimonio, nin por iurador en ninguna eglesia. Otrossi, marido et muyller villanos casados ensemble, si alguno deyllos fiziere creatura en otro lugar, non deve ser rezebido mas que el del infanzon en ninguna cosa; et demas deve meyo homicidio, quoal es en la comarca ond eyllos son.

posibilidad de formar comunidad con los hijos habidos en el matrimonio, por cuanto especialmente ordena el Fuero a los otros hermanos, que no les traten como tales. En cuanto a derechos hereditarios, en los mismos términos se expresa el Fuero de Teruel[1].

Hemos expuesto los derechos sucesorios de los hijos, con el fin, por otra parte ya anteriormente manifestado, de determinar que clase de hijos podían integrar la comunidad consorcial, estableciendo directa relación entre ambos supuestos. Y así creemos que, junto a los hijos legítimos, los hijos naturales podían, en los términos y supuestos indicados anteriormente, formar parte de la misma; no así adulterinos y sacrílegos por su carencia de derechos sucesorios y la imposibilidad de que los progenitores les dejaran en testamento bien inmueble alguno. Además, teniendo en cuenta, la discriminación social y familiar que sufrían, creemos se hacía imposible su ingreso en la comunidad de tipo familiar, que era el consorcio.

3.- Hijos adoptivos.

En cuanto a los hijos adoptivos, éstos aparecen en el Derecho histórico igualados a los legítimos. En estos terminos de igualdad regula la adopción el Fuero *De adopcionibus*[2] y la Observancia 27 *De generalibus privilegiis totius Regni Aragorum*[2]. El Obispo D. Vidal[3], se expresa en los mismos términos que el Fuero: "los quoales fillos adoptivos, es assaber afillados, en vida et en muert d´aqueill qui los afilló, aurán por todo aqueilla condición et aqueill dreito que aurian los fillos naturales (legítimos) en tanto que, en pagar las sus deudas d´aqueill et en cobrar las sus heredades en todo o en partida ..."

Teniendo pues los mismos derechos sucesorios que los nacidos dentro del matrimonio, también ellos entrarán a formar parte del consorcio si recibieren los bienes en proindivisión, ya sean sólos o con hijos legítimos.

1.- *Fuero de Teruel*: "El fijo herede los bienes del padre, si non fijo o fija que fuere feito en adulterio, que aquel non deve seer nacido e non deve heredar segunt que fuero manda".

2.- *De adoptionibus* - Libro VIII: S y P: - *"Omnis homo cuius cumque conditionis sit, licet habeat filios legitimos, potest inter eos constituere filium adoptivum: qui post mortem patris tenebitur aequaliter cum legitimis ad omnia eius debita per solvenda: et cum eis tanquam legitimus sortietur".*

3.- Observancia 27 - *De generalis privilegiis totius Requi Aragonum, "Item in Aragonia, licet pater habeta filiis legitimos potest adoptare filium qui tenebitur ad debita per solvenda et succedit ut alii".*

4.- *Vidal Mayor*, L. VI - 27. *De adoptionibus, es assaber: De los afillamientos.*

4.- Hijos legitimados por subsiguiente matrimonio y por rescripto real o papal.

Junto a las clases de hijos anteriormente citadas, existían también los legitimados por subsiguiente matrimonio y los legitimados por rescripto real o del Papa. Solamente los hijos naturales podían ser legitimados por subsiguiente matrimonio, así opina Lissa[1], diciendo que gozaban de los mismos derechos que los legítimos, y en consecuencia si el legitimado no es nombrado en el testamento de sus padres, podrá impugnar el mismo. Opina Portolés[2], a nuestro juicio erroneamente, que el legitimado por subsiguiente matrimonio no puede comprenderse nunca bajo el nombre de legítimo.

En cuanto a los hijos legitimados por el Papa, derivando esta legitimación de dispensa del impedimento que pesaba sobre los padres para contraer válido matrimonio, suceden a sus padres aún concurriendo con hermanos legítimos, según opinan Portolés y Sessé[3]. Franco y Guillén[4], con cita de Lissa, dice que los legitimados pueden suceder en los vínculos y aún cuando el fundador llamase sólo a los legítimos podrán suceder los legitimados por subsiguiente matrimonio. Hay diferencia, dicen citando a la obra de Asso y De Manuel, entre los legitimados por subsiguiente matrimonio y aun los legitimados por rescripto del Rey. Los legitimados por subsiguiente matrimonio pueden suceder en los mayorazgos y para este efecto se reputan legítimos desde el día que se contrajo matrimonio. En cambio los legitimados por rescripto del Rey suceden en los mayorazgos cuando no hay parientes en la familia del fundador. Parece que esta medida de la legitimación fué una consecuencia del empeoramiento de la posición jurídica de los hijos ilegítimos en la Edad Media, aceptándola primero los Papas en el siglo XII, a los que siguieron los Reyes y Principes, e imponiendose lentamente la legitimación por subsiguiente matrimonio.

Resumiendo nuestra posición respecto a la condición jurídica de los hijos que van a formar consorcio, diremos que cuando el mismo se induce por sucesión testada, será la voluntad del

---

1.- Lissa, *Tirocimium*, libro I, tit. X, citado por Dieste.
2.- Portolés - *Scholia* v. Forus.
3.- Portolés - *Scholia* v. Rex y Sessé - Decisión 231, citado por Dieste v. legitimación.
4.- Franco y Guillén - *Instituciones*, Zaragoza 1871, pág. 121.

causante la decisiva en cuanto a la inclusión de hijos naturales, no así de los ilegítimos o espúreos que, dada la legislación que regula sus derechos sucesorios, no consideramos pudieran formar parte de la comunidad consorcial. En cuanto al supuesto de inducirse por sucesión intestada, quedarían excluidos del mismo tanto los naturales como los ilegítimos o espúreos, entrando en este caso, los legítimos, legitimados y adoptivos solamente.

5. Posiciones doctrinales respecto a qué clase de hijos entraban en consorcio[1].

Parte de la doctrina clásica al tratar el tema de qué hijos entraban en consorcio, no enfoca la cuestión teniendo en cuenta los derechos sucesorios que a las distintas clases de hijos competen sino que tratan del mismo como una cuestión de interpretación de los Fueros. Así tenemos que Juan Pérez de Patos[2] excluye a los hijos ilegítimos del consorcio, por estimar que cuando los Fueros emplean la palabra *"filiis"* hay que entenderla como comprendiendo sólo a los legítimos. En el mismo sentido se expresa Bagés[3], si bien este forista al excluir a los hijos espúreos del consorcio, lo hace, en nuestra opinión acertadamente, en base a considerar su carencia de derechos sucesorios. Jaime de Hospital, no parece plantearse, en las Observancias *De consortibus ejusdem*

1.- En este punto creemos necesario señalar que la terminología de la doctrina no es unánime cuando se refiere a las distintas clases de hijos. Así, en cuanto al término *"bastardus"* que en el latin medieval es sinónimo de hijo natural y en tal acepción lo emplean Portolés (en Scholia) y Molino, en cambio Monsoriu (en Summa) llama también al hijo natural "borde". Lissa, señala dos clases de hijos ilegítimos: los naturales y los espurios, refiriendose éstos a los adulterinos y los de religioso. Asso y De Manuel dicen que los espurios son los mismos que los adulterinos y los incestuosos aquellos cuyos padre o madre son personas religiosas o parientes y su comentador Palacios, agrega que espurio es el hijo que no tiene padre cierto y conocido por haber tenido su madre ayuntamiento con muchos. Franco y Gillén dicen que hay varias clases de hijos ilegítimos, siendo unos naturales; otros espureos; otros incestuosos, otros adulterinos y otros nacidos de padre presbitero o religioso o de monja profesa. Dieste entiende ser hijo espúreo, aquel cuyo padre fuese incierto, pero añade que en una acepción más lata lo es el que no ha nacido de legítimo matrimonio o de concubina, es decir el que no fuere legítimo o natural. Con lo que vemos que Dieste vuelve al concepto primitivo para considerar hijos naturales los nacidos de relación estable si bien no matrimonial. Sin embargo ni los Fueros se consideraba ya hijo natural al nacido de soluto ex soluta sin más condicionamientos. Sesse exige también la convivencia estable de los progenitores para calificarlo de natural. Esta relación de la distinta terminología empleada por la doctrina, nos va a ser útil para comprender a qué hijos consideraba la misma integrantes del consorcio, teniendo en cuenta el diferente trato recibido en los Fueros por los hijos naturales (bastardos, borde) y los nacidos de relaciones adulterinas o sacrílegas o incestuosas.

2.- Pérez de Patos, Juan, citado por Portolés, *Tratado de Consortes*, cap. XXXV.

3.- Bagés, Antich de. Comentarios a la Observancia 8 *De consortibus ejusdem rei.* Citado por Sainz de Varanda: "*El retracto gentilicio*" ADA 1946 pág. 255.

rei, la cuestión de la legitimidad de los hijos para formar consorcio, quizá por estimar que regían en este tema las reglas de la sucesión testada e intestada. Supuesto que se confirma en las Observancias *Familiae Haerciscundae*[1] en las que al tratar de los derechos sucesorios de los hijos se remite a los fueros respectivos, y así, después de decir que por disposición del Fuero 1° *De communi dividundo,* los hijos suceden a sus ascendientes añade: *"Et filii adoptivi cum legitimis sortientur",* citando también los Fueros de *natis ex damnato coitu.*

Molino, que hace un alegato de la prohibición de interpretación extensiva de los Fueros, por mor de la Observancia *De aequo vulnerato,* al tratar de la intepretación que ha de darse a la palabra *filii* y *filiarum* en caso de que los Fueros o el testador no especifiquen se pregunta[2]: *an filiorum apellatione, ubi non adiicitur de legitimis, filii naturales tantum venire possint",* sin resolver en definitiva y remitiendo a una serie de autores de Derecho común. En cambio, dice, para los hijos adoptivos hay Fuero. Es decir que respecto a éstos ya no hay problemas de interpretación. No obstante en otro momento[3] hace una afirmación que consideramos interesante para el tema que tratamos: *Filius etiam si sit ilegitimus, dicitur de familia domus patris sui et portabit insignia domus".* Es así que los hijos naturales, (pues aunque aquí emplea la palabra ilegítimos, en v. bastardus, especifica que son éstos) se consideraban de la Casa del padre y podían llevar las armas e insignias familiares, lo que abunda en nuestra consideración de que los mismos podrían formar parte del consorcio, si el padre así lo disponía, testando en proindivisión, por cuanto podían ser considerados de la familia, carácter éste fundamento de la figura consorcial.

Portolés, aunque en su Scholia[4] duda, al igual que hiciera Molino, sobre sí dentro de la palabra *"filii",* empleada por los Fueros, deben entenderse sólo los legítimos, concluye remitiendo a su Tratado *De consortibus*[5] y en éste con referencia concreta al

---

1.- Hospital, Jaime de. Libro 3º, Título VII, *Observancia* 4ª; ver también sobre derechos sucesorios de los hijos, *Observancias* [6] y [7] *De testamentis,* libro V, título VI, donde dice que los hijos espúreos no suceden a no ser los nacidos antes de que fuese modificado el Fuero de *Natis ex damnato coitu.* Expresión que a nuestro juicio sólo viene a significar que este Fuero de 1247 cambió el Derecho anterior respecto a esta clase de hijos.

2.- Molino, Miguel del. *Repertorium...,* voz. filius, f. 142.

3.- Molino, Miguel del. *Repertorio,* v. filius, f. 141 y v. bastardus f.

4.- Portolés -*Scholia sive adnotationes ad Repertorium Michaelis Molini,* Zaragoza II, 1588. v, filius, nº 44.

5.- Portolés - *Consortibus* - Capítulo XXXV - Traducción Martón, pág. 134.

consorcio sostiene, en contra del parecer de Juan Pérez de Patos, que en el consorcio entran tanto hijos legítimos como ilegítimos y naturales. Las razones aducidas por Portolés para fundamentar su aseveración no parecen tener la menor consistencia. Así afirma, que si bien cuando en los Fueros aparece la palabra hijos o hermanos, sin más especificación, generalmente no se entienden comprendidos los ilegítimos, bastardos, naturales o espúreos, y sí, en cambio, sólo los legítimos, esta interpretación debe hacerse cuando se trata en cosas de honores y que producen alguna ventaja, pero sucede lo contrario, añade, en las cosas que redundan en desdoro, incomodidad, perjuicio u odio, porque en estos casos, así como están comprendidos en ellos los legítimos, con mucha más razón deben estarlo los bastardos e ilegítimos para que la lujuría no tenga mayor privilegio que la castidad. Aplicando este razonamiento, concluye: "como el consorcio, al prohibir la enajenación de la hacienda indivisa, establece entre los hermanos odio, perjuicio o incomodidad, debe entenderse comprendido en él a los hermanos ilegítimos, para que éstos no gocen de mayor prerrogativa que los legítimos". Después de este argumento y otros tan poco convincentes como éste, dá por resuelta la cuestión diciendo: *"Ex quibus haec nostra opinio, reiacta loannis de Patos sententia, probabilior et sequenda videtur"*.

La posición de Portolés incluyendo a toda clase de hijos ilegítimos en la comunidad consorcial, seguida más tarde por parte de la doctrina, no es sostenible, en base a lo siguiente: a) el carácter familiar de la figura consorcial. En efecto, siendo el consorcio una comunidad familiar que se formaba entre los hermanos al suceder a sus progenitores, en manera alguna creemos posible, dada la situación social y familiar que tenían los hijos ilegitimos *estrictu sensu,* que pudieran ingresar en ella[1]; b) también se rebate la postura de Portolés, si consideramos no sólo la ausencia de derechos sucesorios de esta clase de hijos, sino la imposibilidad de que los progenitores les dejaran bienes en testamento[2].

1.- Y que con posterioridad confirma Franco de Villalba que (comentando el Fuero *De Filiis ilegitimus*) dice, que ni el hijo espúreo ni el hijo de éste eran considerados de la parentela.

2.- Sessé, José - en la Decisión 34 dá cuenta de una causa del año 1610 en que, nombrado heredero un hijo adulterino, vió perdidos sus derechos por reclamación de un consanguíneo del causante, que nos dá idea de la imposibilidad de los progenitores para instituirlos herederos, aún en ausencia de hijos matrimoniales. Decisión 34: D. Domingo Valero instituyó heredero, como hijo suyo, a Domingo Valero y falleció bajo tal disposicion. D. Juan Guillermo de la Castaña, consanguineo del testador, instó pleito contra el heredero, pidiendo la declaración de abintestato de Valero Mayor, fundado en que el heredero era hijo adulterino

En cuanto a los hijos naturales, ya hemos expuesto nuestra opinión al respecto, y manifestado que en la sucesión testada creíamos posible que entraran como consortes, y más, teniendo en cuenta que la situación de estos hijos, dentro de la familia, podía alcanzar un grado de convivencia e integración, que quizá fuera suficiente para que pudieran ser destinatarios de estos bienes familiares y formar en consecuencia consorcio con sus hermanos. Por otra parte, si bien en la sucesión intestada no tenían derechos, sí podían sus progenitores darles en testamento bienes, sin que el Fuero limite la cuantía de los mismos y puede instituirles heredero según señala Lissa[1] con cita de la Decisión 28, nº 4 de Sessé. Interesante es, al respecto, la sentencia del Tribunal Superior de 4 - Abril - 1865, en la que, tomando como fundamento el *Fuero de natis ex daurnato coitu* se confirma a un hijo natural como heredero testamentario de su madre en contra de la petición de invalidez de dicha disposición testamentaria pretendida por parientes consanguíneos de la disponente[2].

En cuanto a la doctrina posterior a Portolés, tenemos a De Asso y De Manuel[3] que, siguiendo en tema de consorcio la doctrina sentada por aquel autor, sin embargo omiten la inclusión

---

del testador, y de Catalina Duarte, esposa de D. Juan Sogueri, habido en vida de éste, sin que obstara el que fallecido Soguerri contrajeran matrimonio Valero y Catalina, por que ello no legitimaba la prole precedente. Alegose como capital argumento por el heredero, que resultaba ser hijo de Catalina Duarte y Juan Soqueri por reputarse y presumirse concebido del marido, todo hijo nacido de su esposa, pero se replicó que esa presunción de derecho cede ante la contraria presunción y hecho de que Dª Catalina fué concubina, que el parto fué reconocido por el concubinario y que aquella dió a luz en casa de D. Domingo Valero, sabiendolo los vecinos, que el hijo no se llamaba hijo del esposo de su madre sino del testador y que no es verosimil que este le hubiera instituido heredero sino creyendo que era hijo suyo.
El Real Consejo, ante el actuario Palacio, declaró en artículo de propiedad del mes de Junio de 1610:
1º Que el Domingo Valero era adulterino y por tanto incapaz.
2º Que fué instituido fundado en el error expreso (sic) de ser hijo del testador
3º Que el demandante ha probado ser de la parentela, lo cual basta no litigando con otros consanguineos (Traducción de Martón y Gavín. *Sucesiones intestadas*, Aniñon, pág. 46.

1.- Lissa - *Sucesiones intestadas de Aniñón y Lissa* - Traducción Martón, pág. 83.

2.- Sentencia T. S. 4 de abril de 1865 - Una señora reconoció en testamento como suyo a un hijo que de persona libre había tenido durante su viudez y le nombró su heredero universal. Unos parientes de la testadora instaron la declaración de nulidad del testamento, y la de herederos en su favor, alegando que el nombrado no era hijo natural de la testadora, pues lo había tenido de un cuñado, que además era casado y que, por consiguiente, tal hijo, como de dañado ayuntamiento, no podía heredarla, y aún, si algo hubiera recibido causa misericordiae, debía volver a los parientes más próximos. La Audiencia de Zaragoza absolvió al hijo. Promovida la casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar a ella: el hijo fué considerado como natural y quedó como heredero testamentario de su madre. Estimándolo en base al Fuero De natis ex damnato coitu (citada por Isábal, pag. 96 de Exposición y Comentario - Zaragoza 1926).

3.- De Asso, Ignacio y de Manuel, Miguel - *Instituciones de Derecho Civil de Castilla*, pág. 131, y 147.

de los hijos ilegítimos como integrantes de esta figura y así al referirse al elemento personal citan solamente a los "hermanos, o nietos por beneficio del Fuero" y continúan, "también entre tíos y sobrinos que hereden representando a sus padres". Pero no se pronuncian sobre la cualidad jurídica de tales herederos, lo cual, teniendo en cuenta, que desarrollan este tema como decimos sobre el Tratado *De Consortibus* de Portolés, parece poner de manifiesto la no participación en la tesis de este autor. Y por otra parte, estos autores al tratar de la sucesión en bienes vinculados consideran que aunque en la claúsula de mayorazgo fueren llamados solamente los hijos legítimos, pueden suceder los legitimados por subsiguiente matrimonio, apoyándose en Lissa, el cual cita sentencias de Tribunales de Aragón en este sentido. Su comentador Palaciós[1] nada añade en este punto.

Por otra parte Franco y Guillén[2] siguen a Portolés y así consideran que existe consorcio entre hermanos ilegítimos. No diferencían, ahora, a qué clase de ilegitimidad se refieren con este término, dentro de las distintas acepciones que ellos mismos habían señalado como existentes dentro del mismo. Si bien parecen intentar justificar su afirmación haciendo constar en nota a pie de página, las razones que esgrimió Portolés para su inclusión.

Martón y Santa Pau[3] no toman partido al respecto y se limitan a transcribir la posición de Juan Pérez de Patos, en favor de la exigencia de legitimidad y la de Portolés admitiendo lo contrario.

El autor de Legislación Foral de Biblioteca judicial[4] , estima que no hay consorcio entre hermanos uterinos, haciendo derivar esta afirmación de la necesidad de ascendiente común y no de su cualidad jurídica: "no puede, pues, haber consorcio entre dos hermanos uterinos instituidos por uno de aquellos". Lo mismo sucede con Gutierrez[5], si bien este autor hace referencia expresa a Portolés en cuanto al tema de los ilegítimos, sin declarar, al igual

---

1.- Palacios, Joaquín Mª - *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, enmendades ilustradas y añadidas conforme a la Real Orden 5-X-1802, pág. 217.
2.- Franco y Guillén - *Instituciones*, pág. 223, op. cit.
3.- Martón y Santa Pau - *Derecho y Jurisprudencia de Aragón*, op. cit. pág. 611.
4.- Legislación Foral de España - *Derecho vigente en Aragón* - Biblioteca judicial 1888, pág. 233.
5.- Gutiérrez Fernández, Benito - *Códigos o Estudios fundamentales del Derecho Civil Español* - Madrid 1874, pág. 237.

que hemos visto en Martón y Santapau, cual sea su opinión al respecto. Así dice: "Portolés opina que puede igualmente existir consorcio entre hermanos ilegítimos..." continuando con las razones aducidas por Portolés. No parece, por tanto, asumirlo.

Nada dice al respecto Isábal[1], cuando trata el consorcio, si bien al ocuparse del tema de paternidad y filiación dá cuenta de que la opinión de la doctrina se halla muy dividida, respecto a mejorar la condición jurídica de los hijos ilegítimos y cómo en la Comisión preparatoria del Código Civil, que presidió Alonso Martinez, la tendencia de los representantes de las provincias con Derecho Foral, se reveló favorable a la mejora de la situación jurídica de los hijos ilegítimos, pero manteniendo bien marcada su diferencia con los legítimos. Por lo que respecta a Aragón, prosigue Isábal, el Derecho vigente es más severo que el Código Civil[2].

Nicolas de Otto y Juan Moneva Puyol[3] tratando el elemento personal del consorcio se expresan muy ambiguamente: "pues en los hermanos uterinos no puede darse ese consorcio, entendiendo los autores forales que la eficacia del mismo es tal, que puede llegar a existir y existe en algunos casos, muy pocos (sic), entre los hermanos ilegítimos, siquiera sea esta desigualdad plausible relativamente para no hacer, como dice un autor, de mejor condición la lujuria que la castidad".

Sanchez Román[4] excluye "a los uterinos cuando los bienes proceden del padre, que no lo es común a todos" luego siendo de

---

1.- Isábal y Bada, Marceliano - *Exposición y comentario*, op. cit. pág. 94.

2.- Ya derogado el Cuerpo de Fueros y Observancias no se puede decir que hubieran mejorado mucho los derechos de los mismos, por cuanto el profesor Delgado Echeverria, (*El Derecho Aragonés*..., pág. 151), tratando de los derechos de los hijos ilegítimos en la Compilación Aragonesa de 1967, comenta que la concesión realizada por esta Compilación minima por otra parte, a favor de los hijos naturales, fué inducida por la Comisión de Códigos madrileña y no obra de juristas aragoneses. De cualquier manera la concesion que, a favor de los hijos naturales hace el articulo 121.2 de la misma consistente en un derecho a alimentos que para *el caso de que concurran con descendencia legítima, no podrá exceder del tercio de los* frutos del caudal, bien puede calificarse de injusta para esta descendencia, y ésto sólo para los hijos naturales, no para los adulterinos o lo incestuosos. Razón tenía el profesor Delgado cuando reclamaba una reforma urgente del Derecho Aragonés que concediera a los hijos extramatrimoniales derechos sucesorios más amplios. La ansiada reforma no llegó hasta el año 1985 y por mor de adecuar los precepctos del Derecho Aragonés a los dictados de la Constitución Española.

3.- Otto, Nicolás y Moneva Puyol, Juan - *Contestaciones completas del Instituto Reus para el programa de judicaturas* - Madrid, 1928, pág. 117 y libro de Nicolás S. de Otto - *Derecho Foral* - Bosch - Barcelona, 1945.

4.- Sánchez Román, Felipe - *Estudios de Derecho Civil* - Tomo VI - V. 3º - Madrid 1910.

ascendiente común, los acepta, omitiendo toda otra referencia a la problemática de la ilegitimidad. Por otra parte Martín Costea[1] claramente admite a los hijos ilegítimos como posibles consortes: "Tiene también lugar (el consorcio) entre hermanos de diferente sexo y de distinto matrimonio, así como entre hermanos ilegítimos siempre que sean todos ellos hermanos de aquel en cuyos bienes suceden". (Quizá debido a una errata de imprenta se puso "de" en vez de "respecto de"). Muñoz Salillas[2], en cambio, se limita a dar testimonio de las posiciones encontradas de Juan Pérez de Patos y de Portolés.

Merino Hernandez[3] trata extensamente del tema y si bien lo refiere más a la regulación del artículo 142 de la Compilación de 1967, dado que hace declaraciones respecto al Derecho histórico, lo incluímos en esta época que estudiamos. Expone Merino la posición mantenida por Portolés y el sentir opuesto de Juan Pérez de Patos, encontrando extraordinariamente sugestiva, dice, la idea de Portolés, porque "si el consorcio es, como creo, una auténtica carga impuesta a los consortes, ... es indudable que si excluimos del mismo a los hijos naturales y a los ilegítimos, les estamos haciendo de mejor condición y trato que a los legítimos". A pesar de esta primera declaración, Merino se inclina por considerar necesaria la exigencia de legitimidad en el elemento personal del consorcio no sólo, porque el mismo no siempre es una carga, si se tiene en cuenta los beneficios derivados del acrecimiento consorcial, sino y sobre todo por la exigencia de legitimidad en el tema de legitimas imperante en el Derecho Aragonés. En este sentido dice: "Por mi parte creo que la llamada que este precepto hace a esos parientes está referida exclusivamente a los de origen extrictamente legítimo. En apoyo de esta tesis puede aducirse el propio criterio que la Compilación establece para designar a los legitimarios. Conforme al artículo 119, inciso primero, "dos terceras partes del caudal fijado conforme a lo dispuesto en al artículo 818 del Código Civil deben recaer forzosamente en descendientes legítimos y solamente en ellos". La legislación aragonesa es clara en este aspecto: "solamente los que tengan la condición jurídica de hijos legítimos pueden ser legitimarios. Los hijos ilegítimos y los naturales quedan excluídos absolutamente de

---

1.- Martín Costea, Alberto - *Del Consorcio Foral* - Calatayud sin fecha, pág. 21.
2.- Muñoz Salillas, Juan - *El consorcio foral* - pág. 136 - ADA 1953-54.
3.- Merino Hernández, José Luis. - *El consorcio foral*

la herencia forzosa del causante". Una vez más, continúa Merino, "la norma aragonesa pone de manifiesto su exacerbado sentido de la familia y sus instituciones conexas. Los hijos ilegítimos y los naturales nunca podrán formar parte de esa sacrosanta y venerable institución aragonesa que es la Casa".

Concluye Merino estimando que si por haber dispuesto el causante en su testamento el derecho a sucederle en sus bienes, juntamente con sus hijos legítimos, alguno que sea natural y la adquisición de tales bienes se hacen en indivisión a favor de todos ellos , estos hijos naturales no entrarían en consorcio con sus hermanos legítimos, sino que se formaría una doble comunidad.

Ya hemos expuesto nuestro parecer contrario a esta posición, por cuanto pensamos, que en este supuesto se formaría el consorcio entre todos los hijos del causante, y así parece admitirlo el profesor Lacruz[1] cuando, refiriendose a la exigencia o no de legitimidad en el ascendiente causante del consorcio, considera que, si bien la orientación del Derecho Aragonés es favorable a la legitimidad y en consecuencia aparece aconsejable interpretar la palabra "ascendiente" del artículo 142, referido sólo a los legítimos, y estimar que sólo en relación a ellos hay bienes familiares, tampoco faltan razones para aceptar la opinión contraria, "pues aqui no se trata de una sucesión propiamente troncal y el origen de los bienes puede tener menos relevancia que la idea de fraternidad entre hermanos que pueden no ser legítimos".

También Merino estima que existiendo del causante solamente hijos naturales sean o no de la misma madre, no cabe hablar de consorcio entre ellos por el principio de troncalidad que inspira la figura consorcial. No opinamos igual, por cuanto estimamos que pudiendo surgir el consorcio también por sucesión testada, y dado que los hijos naturales podían, según la Decisión citada de Sessé y sentencia del T. S. aducida al efecto, ser instituidos herederos, en ausencia de legítimos, no operaría, si éste es el caso, el principio de devolución troncal, que es un principio apliable tan sólo a la sucesión intestada, y en ausencia de descendientes. Si bien, en el caso de sucesión intestada, y dada la carencia de derechos sucesorios de los hijos naturales, ahí si se operaría una sucesión troncal, aunque consideramos que no se pueda hablar con carácter

---

1.- Lacruz Berdejo, José Luis - *El Consorcio Foral* - pág. 334.

general de una sucesión troncal en la figura del consorcio, por cuanto no se llama a la sucesión de un consorte sin descendencia, a los más próximos parientes por donde descienden los bienes, sino solamente a los consortes que lo eran con el fallecido.

Respecto a los hijos adoptivos y a los legitimados por subsiguiente matrimonio, Merino los considera equiparados a los legítimos, por lo que, si se dan las otras condiciones impuestas para que surja el consorcio, la calidad jurídica de los mismos no sería obstáculo para su integración en el mismo. Respecto a los hijos adoptivos no opina igual el profesor Lacruz[1], para el derecho de la Compilación de 1967, por cuanto estima que el artículo 176-1° del Código Civil hace solamente referencia a las relaciones entre padres e hijos, sin crear un parentesco con todos los parientes del padre, supuesto que excluye expresamente el apartado 2° del mismo artículo. Y por otra parte considera el profesor Lacruz, que esta reforma del Código Civil en tema de adopción no pudo afectar a las instituciones forales, y en consecuencia no podían quedar éstas modificadas por esta vía indirecta. Concluye el profesor: "que el hijo adoptivo, que no es hermano de los legítimos que tuviera el adoptante ni tampoco de los otros adoptivos, no constituye consorcio con ellos".

Para el Derecho histórico, y dada la regulación y doctrina que hemos expuesto, consideramos que el hijo adoptivo sí tenía respecto a la sucesión del adoptante los mismos derechos que los legítimos y por lo tanto entraría en consorcio en las mismas condiciones que éstos.

VI.- EL ELEMENTO PERSONAL DEL CONSORCIO EN LA REGULACION ACTUAL.

El párrafo primero del artículo 142 de la Compilación vigente, establece que se forma consorcio: "cuando varios hermanos o hijos de hermanos, adquieran de un ascendiente proindiviso, y a título gratuíto, bienes inmuebles".

Es así que, según lo antedicho, se puede considerar, *prima facie*, como elementos personales del consorcio a los hermanos o hijos de hermanos. Analizaremos, el elemento personal del consorcio en

---

1.- Lacruz Berdejo, José Luis - *El Consorcio Foral* - pág. 336 .

la regulación actual, siguiendo igual esquema al observado para el Derecho histórico, procurando analizar los posibles problemas que se plantean en este tema.

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

Llamamos así, ya lo hemos visto, al que se constituye, por imperativo legal, en el momento de adquirirse determinados bienes inmuebles con los requisitos que el mismo artículo 142 de la Compilación dispone, es decir, cuando los mismos provengan de un ascendiente a título gratuito, 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 sólos y sólo sobrinos, cualquier parentesco que suponga un ascendiente común, por cuanto hoy, dada la redacción del art. 142, no es admisible la formación de consorcio por 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 entiende también Merino Hernández[1] 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 premoniencia del padre de los mismos. Así cuando dice: "los primeros sólos (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".

---

187 - Merino Hernandez, José Luis - *El consorcio foral*, op. cit. pag. 51.

Sin embargo, el profesor Lacruz[1], estima que, dada la redacción del artículo 142, 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".

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. Nuestra opinión sin embargo participa de la sostenida por el profesor Lacruz, 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 dice Merino. Así, pensamos que, si bien, en general, cuando entran hermanos con hijos de hermanos, éstos lo hacen por derecho de representación al haber premuerto el padre de los mismos, no hay ningún inconveniente para admitir, dada la dicción del artículo 142, 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, como pone de manifiesto Merino[2], la Compilación habla sólo de ascendiente, matización que resalta también el profesor Lacruz[3]: "La expresión legal incluye entre los consortes, evidentemente, la mezcla de unos y otros: tío carnales con sobrinos; cualquier

---

1.- Lacruz Berdejo, José Luis - *El Consorcio Foral...*, - libro homenaje al profesor Orbaneja, pag 335.
2.- Merino Hernandez, José Luis - *El Consorcio Foral*, pag. 51. op. cit.
3.- Lacruz Berdejo, José Luis - *El Consorcio Foral*, pág. 335. op. cit.

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 linea 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 posibilidad de que representando al hermano muerto, puedan entrar a formar parte del consorcio, los nietos de éste, que, 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 circulo de posibles consortes, taxativamente establecidos por el artículo 142. Argumenta el profesor Lacruz[1] en apoyo de su afirmación, que el artículo de la Compilación que regula el consorcio ha de ser interpretado restrictivamente y, en consecuencia, excluir de la consideración de consortes a las personas no mencionadas en el mismo y dado, que en el supuesto ahora tratado, esos nietos del hermano premuerto, que sucederían representándole, serían sobrinos nietos de los otros hermanos consortes, no podrian entrar en el mismo, ya que, dice, cuando el legislador ha querido referirse a todos los descendientes lo ha dicho de un modo expreso, como en el apartado 2° del mismo artículo.

Por nuestra parte opinamos, de acuerdo con el Derecho histórico, y fundándonos en las características del propio instituto de la representación que, admitiendose la misma, la dicción del artículo 142 no excluye de la cualidad de consortes a los que por

---

1.- Lacruz Berdejo, op. cit. pag. 335.

representación de los por él citados, sucedan en su lugar, por cuanto creemos 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 lugar[1], 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 creemos que sea tal, sino que esta cualidad viene determinada por el parentesco y la proindivisión y en consecuencia creemos posible sostener para la regulación actual y dentro de los términos en que el propio artículo 142 se expresa que el consorcio estará formado por los hermanos y los que sucedan representándoles, sin límite de grado.

Merino[2] por su parte, también opina, como el profesor Lacruz, que una correcta interpretación del artículo 142, daría como resultado la exclusión como consortes de esos descendientes que por representación sucedieran a un hijo del causante de los bienes. Entiende así, Merino que, aunque pueda decirse que estos descendientes reciben, al igual que los hermanos, los bienes de un ascendiente común, no deben entrar, ni considerarse como consortes. Su argumento es, que llevando a cabo una interpretación de los diversos textos de la Compilación se observa que, en la misma, la expresión hijos y la de descendientes no se emplean como equivalentes, sino que son usadas en su sentido estricto. Así, dice, se emplea la expresión 'hijos" cuando se hace referencia a descendientes de primer grado y cuando el legislador ha querido englobar a los de ulterior grado ha empleado la palabra más genérica de descendientes. Pone como ejemplo el artículo 141, y el artículo 119 que al establecer quienes son legitimarios en Aragón, emplea el vocablo "descendientes" con el fin de subrayar que tal derecho no alcanza solamente a los hijos, sino también a los nietos y posteriores descendientes del causante. Por contra en el artículo 9, referente a los deberes de crianza y educación por parte de los padres, hacia sus hijos, emplea este término para delimitar su alcance. Concluye Merino afirmando, que, ya se trate de llamamientos realizados por el propio causante a favor de nietos del hijo, ya sucedan éstos al hijo premuerto, no

---

1 - Lacruz Berdejo, José Luis - Traducción y anotación al *Derecho de sucesiones de Binder* - Barcelona 1953, pag. 163.

2.- Merino Hernandez, José Luis - *El Consorcio Foral*, op. cit. pag. 62.

formarán parte del consorcio foral con los demás llamados. Para el supuesto de que concurrieran en situación de proindivisión, se produciría, dice, una doble comunidad: Una, consorcial con los descendientes hijos o nietos del causante, y otra, comunidad ordinaria con estos biznietos del causante. Invoca Merino en apoyo de su afirmación los propios Fueros *De Communi dividundo*. Sin embargo ya hemos visto cómo el Derecho histórico, admitía la representación en linea recta sin límite de grado, adquiriendo los descendientes la cualidad de consortes. A más, de resultar difícil de imaginar que dentro de la comunidad familiar, institución fundada en la solidaridad familiar, se iba a dejar fuera de la misma a ese biznieto.

4.- Cualidad jurídica de los hermanos e hijos de hermanos.

Esta cuestión, tan debatida, como hemos visto, en el Derecho histórico, e incluso en el tiempo en el que la Compilación Aragonesa de 1967 rigió, hoy ha perdido toda posibilidad de debate, por cuanto al haber hecho desaparecer la Constitución Española toda diferencia entre los anteriormente llamados hijos legítimos y los ilegítimos, y la consiguiente reforma, llevada a cabo en la Compilación Aragonesa en 1985, para adecuar la misma a los preceptos Constitucionales, todos los hijos, tanto matrimoniales como extramatrimoniales, gozan de los mismos derechos en todos los órdenes. De esta manera y dada la igualdad de todos, una vez determinada su filiación, cualquiera de ellos que reciba bienes proindiviso, a título gratuito de un ascendiente, está incurso en consorcio.

Asi y en virtud de esta equiparación, tampoco se presenta el problema de determinar sobre la legitimidad del ascendiente, por cuanto, como dicen los profesores Lacruz y Sancho Rebullida[1] la reforma de la filiación afecta sobre al parentesco entre hijos y padres no matrimoniales, que se extiende ahora de modo indefinido en dirección hacia los ascendientes y hacia los descendientes, sin que importe tampoco la matrimonialidad de la filiación subsiguiente: el hijo extramatrimonial de una mujer, hija adoptiva, cuya madre a su vez es hija extramatrimonial también, no deja de tener por bisabuela a la progenitora de su abuela extramatrimonial, madre de su madre adoptada y sigue teniendo

1.- Lacruz Berdejo José Luis y Sancho Rebullida, Francisco de Asis - *Derecho de sucesisones* - Elementos de Derecho Civil - Bosch 1988 - pag. 466.

los mismos derechos sucesorios que los hijos y descendientes matrimoniales. Ello quiere decir -prosiguen los profesores citados- que los padres y ascendientes han dejado asimismo de dividirse en matrimoniales y no matrimoniales. Ha quedado abolida, en consecuencia, la regla, según la cual, el parentesco no matrimonial no asciende más allá del progenitor, hoy el parentesco en linea recta es igual para todos los tipos de filiación e igualmente ilimitado.

La equiparación de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales unifica, así, los que se llamaban legítimos y a las diversas clases, que con el nombre de ilegítimos se conocían, no sólo en el derecho histórico, sino en el tiempo anterior a la reforma de la Compilación en 1985, es decir tanto a los naturales, como a los ilegítimos en sentido estricto. Por otra parte, quedan igualmente equiparados en derechos los hijos adoptivos, en virtud de la reforma llevada a cabo en 1987, que suprimió respecto de ellos la antigua distinción entre la adopción plena y la simple, que creemos aplicable a Aragón en virtud de la remisión que en la regulación de esta materia la Compilación hace al Código Civil. En consecuencia, toda clase de hijos, dándose las condiciones que el artículo 142 de la Compilación establece, entrarán a formar consorcio.

VII.- MODIFICACION SUBJETIVA DEL CONSORCIO.

Al igual que veíamos para el Derecho histórico, desde que el consorcio nace, con los elementos personales que hemos señalado, hasta que se extingue con la partición de los bienes, 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. 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 no habrá merma alguna en el componente objetivo del consorcio y sí sólo una reducción en su componente personal. Esta posición, por nosotros propugnada, acorde con el Derecho histórico, no es compartida por la generalidad de la doctrina, pues, como pone de manifiesto el notario Merino[1], 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.

El profesor Lacruz[2] también considera que los consortes acrescentes suceden al ascendiente causante del consorcio, por lo que entendemos adopta la posición por nosotros propugnada, 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".

1.- Merino Hernandez, José Luis - *El consorcio.*
2.- Lacruz Berdejo, José Luis. *El consorcio foral...*, pág 349 y 351.

Aunque hemos adelantado aquí nuestra postura, los problemas y posiciones doctrinales las desarrollaremos en el capítulo dedicado al acrecimiento consorcial.

El otro supuesto a estudiar es el referente al de 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 legítima si no dispusiere o si, disponiendo, lo hiciere el consorte a favor de persona o personas distintas de la misma.

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 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 Hernandez[1] sostiene, opuestamente, que los sucesores del consorte no suceden 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 de que, si se cumplen los requisitos del 142, puedan formar entre ellos otro consorcio.

1.- Merino Hernandez, José Luis - *El consorcio foral*, op. cit. pag. 57.

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 es con referencia al supuesto de que el fallecido fuere uno de los "hijos de hermano", en este caso, dice, la exclusión de consortes se basaría en que los descendientes del dicho consorte carecerían de la condición jurídica exigida por el texto legal para 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 propugna, lo apuntado anteriormente, que con sus cuotas indivisas se forme una nueva comunidad. Por todas esta 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 Lacruz[1] semejante a lo que hemos 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, estima, 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

---

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

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

Vemos que el profesor Lacruz, no adopta una postura tajante, admitiendo la posibilidad de las dos opciones, si bien parece, 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, nuestro parecer en este punto, es el mismo sostenido por los autores clásicos, la cuota consorcial en que los descendientes suceden sigue formando parte del consorcio en tanto no se proceda a la división de los bienes consorciales, y lo hacemos en base a considerar que no estando prevista por el artículo 142 de la Compilación que la muerte de un consorte opere como causa de extinción de la comunidad consorcial, al ocurrir la misma, sus sucesores se subrogan en la cualidad de consorte que tenía su antecesor, cualidad que sólo perderán mediante la división. Unico medio previsto de extinción.Por otra parte se hace dificil de imaginar una comunidad en la que sus miembros tuvieran distintas reglas de disposición sobre el patrimonio de la misma.

VII. SUPUESTO ESPECIAL DERIVADO DEL ARTICULO 141 DE LA COMPILACION.

Hemos tratado en diferentes ocasiones del derecho de representación como base a la entrada en el consorcio de los sucesores del instituido que premuere al causante o es incapaz de heredar. Sin embargo, tenemos una disposición en la Compilación Aragonesa, introducida en 1967, por la que se extiende el derecho de representación a la sucesión testada y también para el supuesto de repudiación de la herencia. En principio, pues, esta norma supone una importante excepción del principio establecido con carácter general, en virtud del cual la renuncia de la herencia lleva consigo o implica el acrecimiento de la cuota del renunciante al resto de los coherederos. Sin embargo a tenor del artículo 141 de la Compilación vigente: "Salvo previsión en contrario de causante o causahabiente, en su caso, al heredero o legitimario premuerto o incapaz de heredar o renunciante a la herencia le sustituirán en la porción correspondiente sus hijos o ulteriores descendientes. 2.- La renuncia gratuita, pura y simple, a la herencia nunca se considerará como aceptación de ésta" se concede para la sucesión testada un derecho de representación en el caso de renuncia.

Ni en el derecho común, ni para el derecho histórico aragonés, al menos, según la opinión que al respecto sustenta Portolés[1], se admitía el derecho de representación cuando el coheredero renuncia. Admitido el derecho de representación, en un principio, solamente para el caso de premoriencia, conforme al principio: *"viventis non datur representatio"*, posteriormente se admitió en los casos de desheredación e incapacidad y así lo recoge el artículo 929 del Código Civil: "no podrá representarse a una persona viva sino en los casos de desheredación o incapacidad". De esta forma, contrariamente a lo que ocurre en el Derecho Foral Aragonés, no cabe en el Código Civil, la representación en los casos de renuncia. Así expresamente lo establece el artículo 981 del mismo cuerpo legal: "En las sucesiones legítimas la parte del que repudia la herencia acrecerá siempre a los coherederos" y el artículo 987: "el derecho de acrecer tendrá también lugar entre los legatarios y los usufructuarios en los términos establecidos para los herederos". En consecuencia, y de acuerdo con el artículo 141 de la Compilación, no sólo va a tener lugar la entrada, en el consorcio

---

1.- Portolés - *De consortibus* - cap. XVI, pag. 82, Traducción de Martón, 1888.

originario, de los descendientes del premuerto o incapaz de heredar, sino cuando ese llamado renuncie a su parte de la herencia, ampliandose así las causas de representación. Ocurriendo de esta manera no sólo para la sucesión intestada sino para la testada.

Para el Derecho histórico, Portolés[1] no admitía la representación en este supuesto de renuncia, quizá debido a que, careciendo el Derecho Aragonés de norma específica al respecto, se aplicaba a estos supuestos la normativa del Derecho común y así dice: *"sicuti hac ratione quando testador decidit (sic) relicto filio, et ex eodem filio uno nepote, et ex altero filio praemortuo duobus nepotibus, si contingat hos duos nepotes avi haereditatem acceptare, et filium eam respuere, portio haec a filio repudiata, non filio ipsino repudiantis, licet proximior sit, sed potius aliis duobus nepotibus ad euntibus, qui portionem obtinent, accrescit: Nam ex quo filius hoc casu portionem non habet, in successione illa iuris accrescendi admitti non poterit"*. Vemos pues que en caso de renuncia no se admitía la sucesión, por representación, de la descendencia del renunciante, sino que, por el contrario, la parte renunciada acrecia a los coherederos, que, en el caso citado por Portolés, vemos lo eran por representación del padre premuerto.

En consecuencia tenemos, que si el consorcio trae causa de adquisición en título hereditario y uno de los llamados por el causante a la herencia renunciase a la misma, entrarían en tal consorcio sus hijos o ulteriores descendientes, por disposición de lo preceptuado en el art. 141, al igual que sosteníamos para la sucesión intestada en el caso de premoriencia o incapacidad.

La ley 1985 sustituyó la expresión "ascendiente o hermano por la de causante o causahabiente" ampliando los supuestos de aplicación de este artículo. Esta extensión de la representación al supuesto de repudiación de la herencia, fué acogido por la doctrina con justas críticas, según manifiestan los profesores Lacruz y Sancho Rebullida[2] y, a juicio de estos autores, la reforma introducida en este artículo por la ley de 1985, resulta poco acorde con las orientaciones de política legislativa más aceptadas. En efecto, según la regulación de 1967 el derecho de representación

---

1.- Portolés - *De consortibus* - cap. XVI, nº 6.

2.- Lacruz Berdejo, José Luis y Sancho Rebullida Francisco - *Elementos de Dº Civil - T. Sucesiones*, Bosch, 1988, pag. 63.

operaba a falta de previsión por parte del causante, que podía ser ascendiente o hermano, así la relación que tendría que haber entre el causante y el renunciante o en general el instituido, era necesariamente de ascendencia o colateralidad en segundo grado (hermano) fuera de estos casos, por ejemplo, cuando el causante respecto al instituido era un extraño, no cabía derecho de representación. Al sustituirse en la regulación actual la expresión "ascendiente o hermano" por la de causante o causahabiente" amplió los supuestos innecesariamente.

Merino[1], que forma parte de la doctrina que critica la inclusión de la renuncia como causa de representación o sustitución legal, estima, por lo que al consorcio atañe, que si la renuncia se produce, al entrar en mecanismo el artículo 141 la participación de tal heredero pasará inmediatamente a sus hijos o descendientes ulteriores, produciendose, a efectos del consorcio, un supuesto semejante al de llamamiento doble de hermanos e hijos de hermanos por mecanismo del derecho de representación. Los descendientes del renunciante no heredan a éste, sino al causante originario, "Es por ello, continúa, por lo que pueden entrar a formar parte perfectamente del consorcio con los demás llamados". Sin embargo, Merino a pesar de esta clara afirmación, por la que considera como incluidos en el consorcio a los hijos descendientes por representación del renunciante, en su misma obra[2], excluye a los ulteriores descendientes como pertenecientes al consorcio cuando entran por representación, sea esta motivada por renuncia, premoriencia o incapacidad, por entender que la expresión hijos del artículo 142 debe se interpretada en sentido restrictivo.

De cualquier modo, nuestra posición al respecto es, como no podía ser de otro modo, la misma que hemos sostenido para los supuestos de representación, y más teniendo en cuenta que según la dicción del artículo 141 la sustitución legal no se limita a los hijos sino que incluye a los "ulteriores descendientes".

1.- Merino Hernandez, José Luis - *El consorcio foral*, pag. 60. op. cit.
2.- Merino Hernandez - pag. 63, op. cit.

CAPITULO 4º

ELEMENTO OBJETIVO DEL CONSORCIO

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

La institución del consorcio foral, según preceptúa la vigente Compilación de Derecho Civil Aragonés tiene como elemento objetivo, determinados bienes inmuebles. Son éstos los transmitidos a título gratuito, de un ascendiente común, a favor de hermanos o hijos de hermanos.

Antes de ver la problemática que se presenta en este punto, referida a la legalidad vigente, trataremos 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, constituída 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 individual[1]. El alcance omnicomprensivo 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 Gallo[2] 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 constituída 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 *heredatz* empleada por las versiones romances, así como también la dicción del Fuero 2° *De communi dividundo: "de suo avolorio... partem quam in suo est avolorio 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

---

1.- Que la base del mismo era la propiedad inmobiliaria familiar, se pone de manifiesto en el origen de la institución que puede señalarse para los pueblos indoeuropeos, con la aparición de la propiedad familiar, siendo ésta un estadio 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.

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

en cuanto a la extensión y significación que a la palabra y expresiones empleadas por los fueros debía atribuirse.

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 predio[3]. Con esta doble significación la encontramos en los Fueros[4], y también en ambos sentidos fué utilizada en los restantes textos latinos medievales[5].

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 2° *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 los hijos corresponde y si especialmente consideramos que la comunidad consorcial, que los Fueros en un primer momento

---

1.- En el Diccionario de Körting (Lateinisch-romanisches Wörterbuch) (citado por Isábal - 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 derivada la palabra de *haeres*, heredero. En cambio el Diccionario de la Real Academia española, le dá la significación de "porción de terreno cultivado perteneciente a un mismo dueño" o de "hacienda de campo, bienes raices 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.

2.- El fuero Título: *De rivis, furnís et molendinis*, libro III de la Colección Oficial de Fueros (ed Savall y Penén) dispone: *Et si forte dominus illius haereditatis, vel villa, cuius haereditati vel dominio fluvius propinquior habeatur, volnerit fluvium redrare a sua haereditate vel dominio, plenam habeat protestatem.* En el mismo sentido, el Fuero *De iure emphiteútico*, libro V: *Quiacunque... qui tenuerit ullam haereditatem subcerto tributo...verumtamen sí illi qui tenuerint illam haereditatem tributariam retinuerunt tributum per duas annos contra voluntatem domini tributi...per Forum emparavit ipsum hereditatem...*

3.- 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* tenia asi un doble carácter: el económico, (la tierra) y el hereditario. Así se expresa Varrón en *Res rusticae*, 1,10,2: *Bina ingera, quod a Romulo primum divisa dicebantur viritim quae heredem 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.

plasman, entraña todavía una continuidad de vida en común; comunidad en la que los hermanos consortes no sólo comparten los bienes heredados sino que continuan 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 1° *De Communi 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 excluímos los bienes muebles del activo del consorcio, tendríamos que los Fueros habrían dejado sin regular el destino de estos bienes pertececientes 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 abría 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 circunscriban 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 mas individual. Los inmuebles o raices 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 de conquista.

También puede confluir 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 nuestro entender, plasman los Fueros *De Communi dividundo,* respecto a la figura consorcial, y que puede incidir sobre el elemento objetivo del mismo. Pues los mismos 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, al par que potenciaría la pérdida de poderío económico y social de la Casa matríz.

Las razones anteriores bien pudieron haber actuado como causa del posible empleo por los Fueros *De Communi 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 Communi dividundo* emplearan la

palabra *hereditatis* en el sentido de bien inmueble, pero no significar necesariamente que solo 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 accesoriedad con el bien inmueble por autonomasià: la tierra. Cuando tratemos de la clasificación de los bienes entre muebles e inmuebles ahondaremos en esta cuestión.

Expuestas las razones que se nos alcanzan para inclinarnos a favor de una acepción u otra de la palabra *hereditas*, en su referencia a la figura analizada, nos inclinamos 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 hemos llegado no sólo por las razones expuestas y la propia dinámica 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 ho cormanos han los bienes del avolorío o del padre ho de la madre non partidos..."[6] 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..."[7] con lo que implícitamente está afirmando que el elemento del consorcio era toda la herencia por

---

1.- *Vidal Mayor* II, 19, 2, Ed. Gunnar Tilander - Lund 1956.

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

los hermanos recibida. Igualmente en el parágrafo 18, del libro IV emplea con reiteración el término "cosa" para referirse al haber de la comunidad consorcial: (20) "Empero, si, quoando 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...".

Estos ejemplos, y más que podrían ponerse, abonan, creemos, nuestra 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 limitarnos al análisis de la palabra hereditas, o heredat, pues ciertamente, el obispo D. Vidal, emplea esta última expresión en las dos acepciones que vimos tenía. En el parágrafo III, 36,: "Si alguno por razón de heredat por padre o por madre o de tya demandare alguna heredat o possessión...". Vemos, que emplea la palabra "heredat" tanto para designar el derecho de heredar, herencia como la parte de esa herencia que se demanda[1]. En cambio en el parágrafo III, 9, emplea "heredat" 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 hondrar uno de los fillos en una heredat, si el padre oviere muitas heredades o en 1ª tierra, si tant solament oviesse 1ª 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 Glossa ordinaria de los Fueros. Pérez de Patos considera que la palabra *haereditates* empleada por los Fueros *De Communi dividundo,* tiene el significado de sucesión, herencia, entendiendo 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 ascendientes[2].

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

2.- Estas afirmaciones que atribuyo a Juan Pérez de Patos, las he tomado de Portolés, que las ,refiere en el cap. V de su obra: de Consortes en la misma cosa y fideicomiso legal.

Las Observancias atribuídas a Jimeno Pérez de Salanova[1], no contienen referencias concretas al tema que tratamos. Unicamente 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. Creemos 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 citada Observancia coincide con el comentario que referido a la Observancia 1ª *De Consortibus ejusdem rei* Bardají[2] atribuye al glosador Egidio de Lima[3], 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, atribuídas 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 inmobilium, 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 Titulo *De consortibus ejusdem rei,* cita Jaime de Hospital[4] no puede deducirse una posición clara

---

1.- *Dos colecciones de Observancias de Aragón* - publicadas por el profesor Martínez Diez-Gonzalo en AHDE XLV - año 1975 - pág. 544 y ss.

2.- Bardají Ibando - *Comentarii in Quatuor Aragonensium fororum libros.* Caesar Augustae MDLXXXXII, folio 367.

3.- 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.

4.- *Observancias del Reino de aragón de Jaime de Hospital.* Trans. por Martínez Diez-Gonzalo. Zaragoza 1977.

sobre la cuestión que tratamos, 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 condividunt bona paterna"* parece posible interpretar que todos los bienes que integraban la herencia entraban en la comunidad consorcial. Especialmente creemos posible esta interpretación por cuanto, 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 acerbo 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 compiladas, 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 época[1], trata en distintos pasajes de su Repertorio acerca de la figura consorcial. En la voz *Frater*[2], 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 1°, 2° y 3° *De Communi dividundo. Dicunt etiam foristae, que predicti fori et obser, phibentes fratribus alienare partem sua de bonis*

1.- Portolés, Jerónimo - *Scholia* IV, pág. 801 v² *Vir et uxor: Auctoritate Molini nostri, quae in hoc Regno summa est...*

2.- *Repertorium fororum et observantiarum regni Aragonum, una pluribus cum determinationisbus consilii institiae Aragonun, practicis at que cautelis eisdem fideliter annexis.* Caesaragustae, 1585, folio 162 y 162 v°.

indivisis alteri ante divisionem loquunt in bonis sedentibus. Secus tamen et in bonis mobilibus: quia potest frater alienare etiam in extraneum partem suam, etiam ante divisionem, ibi dum dicunt dicti fori haereditates.

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 *haereditates,* sino el de *bona*. Tal ocurre en la misma v. *abolorium*[1]: *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 consanguineos, contraponiéndolos a los adquiridos de otras personas o por otro título. Igualmente, al tratar de la sucesión *ab intestato*[2] 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, pensamos que es especialmente significativo el uso de este término por Molino teniendo en cuenta las reglas de interpretación a que se atenía y que el mismo cita con frecuencia[3]. No solo lo antedicho nos hace dudar de las primeras afirmaciones, que como hemos señalado, siempre refiere como opiniones de los foristas, sino especialmente la categórica frase que este autor expone en la v. *alienatio*[4]: *Alienare licet non possint filii hereditates aut alia bona paterna, aut avolorii ante divisionem,* remitiéndose expresamente a los Fueros 1° y 2° *De Communi Dividundo* y a la Observancia 14 *De Consortibus ejusdem rei.*

Aniñon[5] habla de bienes en general, como objeto de la comunidad consorcial, en los que suceden, dice, los consortes con

---

1.- Repertorio - folio 45 v.
2.- Molino, Mlguel del - *Repertorio*, f. 308, v².
3.- Por ejemplo en V. Filius (f. 141 v²): interpretationem extensivam non habemus de foro, VI, in obser. *de equo vulnerato* lo que afirma a propósito de la interpretación de filii sobre si comprende también a hijas.
4.- *Repertorio* - folio 15 v².
5.- Serveto Aniñón, Andrés - *Tratado de Sucesiones intestadas.* Traducido por Martón y Gavín, Joaquín. Zaragoza, 1888, pág. 106.

exclusión de los hermanos que no están en la comunidad, con remisión al Fuero 2° *De Communi dividundo*[1].

También Bardají[2] parece considerar la palabra *haereditas*, en su referencia a los Fueros *De Communi dividundo*, como la totalidad de los bienes que por sucesión reciben los hijos de sus ascendientes, cuando afirma: *Ideo venit restringenda, vt solum intelligatur in casibus a Foris et Obs dispositis, scilicet quando haereditas, seu bona communia obvenerint a parentibus de patre, madre, 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 inmobilia 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 dijimos da a la palabra *haereditates* de los Fueros *De Communi dividundo*, el significado de sucesión, afirma que la misma ha de entenderse en la acepción de campo, viña, olivar y predio: *"illum forun, non in ea significatione praedictum verbum sumere, ut successionem denotet, sed potius pro agro, vinea, olibeto, vel praedio illud capere, sicuti de communi loquendi usu in hoc regno, et in universa Hispania huiusmondi ita accipi solet..." "...et in hac significatione in praedicto foro primo, com. divid. accipitur".*[3] Apoya Portolés su afirmación en Gregorio López y Matienzo; citando también una serie de Fueros en los que la palabra *haereditates* tiene dicha significación[4]. Invoca, así mismo, la autoridad de Molino, con expresa remisión a la voz *abolorium* (f. 15, columna prima, ad

---

1.- En la transcripción de este Fuero que Martón pone a pie de página en base a la referencia de Aniñón, el citado autor traduce por herencia la palabra haereditatis del Fuero: "mas cuando los hermanos o hermanas tuvieran divididas las herencias y sucediere acaso que dos y dos...".

2.- Bardaji, Ibando - *Comentarii in quator aragonensium fororum libros.* Caesaraugustae 1592, fl. 363.

3.- Portolés, Hieronymo. *Tractatus de consortibus eiusdem rei et fideicommiso legali.* Caesaraugustae, 1790, pág. 61.

4.- El Fuero único *De iure emphiteotico; De rivis, furnis et molendinis;* el Fuero final *De Communi dividundo* y en la Observancia 2ª Título *De jure emphiteotico.*

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 abolorio, apoyéndose efectivamente Molino en el Fuero 2° *De Communi dividundo* y en la equivalencia de *haereditatem* con bienes inmuebles.

Consecuente Portolés con el significado que asigna a la palabra *haereditas,* 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 consorciales[1]: *in rebus mobilibus a consorte praedefuncto possessis, omnes fratres pariter succedere: quoniam in rebus mobilibus nullum consortium inter fratres adest.* 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 así argumenta que, empleando los Fueros *De Communi 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.

1.- Portolés, *Tractatus De consortibus,* cap. XVI, nº 28, pág. 139, y pág. 86 del mismo cap. y nº en la traducción de Martón. Zaragoza, 1888.

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 acerbo consorcial. Cuando, a lo que nos parece, la fórmula *vilis mobilium possesio* ha sido indudablemente exagerada, si tenemos en cuenta, como pone de manifiesto García de Valdeavellano,[1] 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, como decimos, la cuestión quedó aquí resuelta y unánime ha seguido, en el sentido de que las disposiciones de los Fueros *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 raices" que adquieren los hijos y nietos por sucesión de sus padres o abuelos[1].

1.- García de Valdeavellano, Luis. "*Bienes muebles e inmuebles en el Derecho medieval español*". Estudios medievales de Derecho privado. Universidad de Sevilla, 1977, pág. 5 con cita de Pollock y Maitland.

2.- Lissa. *Tyrocinium Jurisprudenciae forensis, sen animad versiones theorico-practicae juxta foros Aragonum, in IV libros Institutionum Juris Imperatoris Justiniam.* 2ª ed. Zaragoza, 1788, libro III, tit. XXVIII.

De la misma opinión es Franco de Villalba[1], pues si en el extracto latino que del Fuero 1° *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. Dá como razón, que los bienes muebles no pueden poseerse proindiviso, argumento ya desechado por Bardají, por cuanto 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 inmuebles[2].

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.

Es ya en el presente siglo, Isábal[3], el que hace un estudio de la palabra *haereditatis* con el fin de ver de determinar el significado que a la misma atribuyen los Fueros. Hace en primer lugar un estudio etimológico de la palabra llegando a la conclusión de que la misma tiene dos acepciones: una como herencia o sucesión y otra como bienes inmuebles. Estudia, a continuación el uso que los Fueros hacen de la misma, poniendo de manifiesto que los mismos utilizan las dos acepciones; hecho similar que observa en la doctrina, poniendo como ejemplo a Molino, que en su Repertorio la utiliza inidistintamente. Estudia también el significado que los autores castellanos, Gregorio López y

---

1.- de Villalba, Franco. *Fororum atque Observantiarum Aragoniae Codex*, Caesaragustae, anno M.DCC.XLIII, págs. 357 y 358.
2.- Franco y López (Luis) y Guillen y Caravantes, Felipe. *Instituciones de Derecho Civil Aragonés*. Zaragoza, 1841, pág. 223.
3.- R.D.P. 1918 nº 61, pág. 309. Artículo sobre "*El Consorcio Foral*".

Matienzo, atribuyeron a la palabra, así como el significado que a la misma otorga el Glosario de Du Cange, para convenir que en el latín de la Edad Media se daba a la palabra *haereditatis,* la doble significación de herencia y de campo, viña, olivar, y predio. Ante esta situación, se decanta, Isábal, por atribuir a la misma, en la referencia concreta que estudiamos, el significado de bienes inmuebles: "pero cualquiera que sea el sentido de la palabra castellana heredad y de la palabra aragonesa heredero, ora su significación se entienda concretada a las fincas rústicas o extensiva a las urbanas, paréceme que en Aragón sus equivalentes latinas *haereditas* y *haeres* tuvieron esta última y amplia significación". Cita en apoyo de su afirmación el Fuero 3° *De Communi dividundo,* el 2° *De poema temere litigantium* y el único *De consortibus ejusdem rei.* (Estos dos últimos incluídos en el libro 3° de los en desuso) que comprende, dice Isábal, las casas, campos, viñas y tiendas entre las *haereditates.* La cita de estos dos fueros en desuso, que Isábal aporta como argumento a favor de la tesis por él propugnada, más parece abonar la contraria, pues los susodichos fueros al citar los campos, (casas, viñas y tiendas como *haereditas* y después añadir *seu quaslibet alias hereditates quas alter possidet* (Fuero 2° *De poena temere litigantum*) o *domos, tendas aut alias hereditates* (el Fuero *De consortibus*) parecen poner de manifiesto que el concepto de *hereditates* no se agotaba en los bienes inmuebles rústicos y urbanos, como propugna Isábal, sino que dentro de él estaban comprendidos otros bienes. En cuanto al apoyo en el Fuero 3° *De Communi dividundo,* no nos parece determinante, por cuanto el citado fuero hace referencia expresa a unos bienes específicos de la comunidad consorcial, pero desde luego no los únicos. Tampoco alcanzamos a ver el apoyo específico que Isábal ve, para su posición, en el Fuero 8° *De Communi dividundo,* dado que el mismo trata de la partición de *mobili aut inmobili* que el cónyuge supérstite realiza con los hijos. Los antecedentes de la figura y el contexto, son otros dos argumentos en que se apoya Isábal para su toma de postura y que tampoco compartimos, por las razones expuestas a lo largo de este capítulo. En lo que sí estamos de acuerdo es con su afirmación: "a fin de cuentas, constituye la tradición jurídica constante en Aragón, de 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, acompasada 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 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 Millán[1], Otto Escudero[2], Martín Costea[3], Muñoz Salillas[4], también Merino Hernández[5] al estudiar el elemento objetivo en la época histórica, dá a la palabra *heredat* (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 el Fuero 3° *De Communi dividundo*.

El profesor Lacruz[6], opuestamente, sostiene la opinión, compartida por nuestra parte, que en el Derecho histórico la herencia indivisa entre descendientes, entraba toda en el consorcio. En el mismo sentido se expresa Martínez Guijón[7] al considerar que, en el consorcio foral, la herencia indivisa es poseída en común por todos los coherederos. Como igualmente

---

1.- Serrano Millán, Luciano. *En cien años de legislación y jurisprudencia*. Ed. C.A.Z. 1983, pág. 124.
2.- Otto Escudero, Nicolás. *Elementos de Dº Civil*. Barbastro 1924 pág. 174.
3.- Martín Costea, Alberto. *"Del consorcio foral"*. Calatayud. s. f. pág. 21.
4.- Muñoz Salillas, Juan. *"El consorcio foral"* ADA 1953-54, pág. 137.
5.- Merino Hernández, José Luis. *El consorcio foral*. Librería General. Zaragoza, 1976, pág. 75.
6.- Lacruz Berdejo, José Luis. *"El Consorcio foral Aragones*. Ed. Moneda y Crédito. Madrid, 1977, pág. 332.
7.- Martínez Guijón, José. *"La comunidad hereditaria y la partición de bienes en el Dº medieval español* AMDE 1957-58, pág. 222 y 22.

con anterioridad lo había considerado Hinojosa[1]. También el profesor Lalinde[2] parece considerar incluídos 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 1900: "... para la existencia del Consorcio foral, basta que los descencientes hereden de sus ascendientes, bienes sitios proindiviso..."[3].

III.- DISTINCION ENTRE BIENES MUEBLES E INMUEBLES EN EL DERECHO HISTORICO.

Si la doctrina tanto científica como jurisprudencial, considera que solamente sobre los bienes inmuebles heredados recae el consorcio, habremos de analizar qué bienes se consideraban inmuebles y cual muebles en el Derecho histórico y si dicha clasificación es igual a la que rige hoy en día.

Los profesores Lacruz[4] y Sancho Rebullida[5] ponen de manifiesto que en el Derecho histórico los textos legales no suelen establecer un criterio de distinción. Sólo el Fuero de Val de Funes

---

1.- Hinojosa y Naveros, Eduardo. *"La comunidad doméstica en España durante la Edad Media.* La Lectura Año V nº 55, Madrid, julio 1905 y también en *"La fraternidad artificial"*, pág. 260 en T.I. de Obras de E. de Hinojosa, con un estudio de García Gayo. Ministerio de Justicia. Madrid. 1948.

2.- Lalinde Abadía, Jesús. *Comentarios a la compilación del Dº Civil de Aragón.*

3.- Esta sentencia fué 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 1892 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 frutos, prescripción y otros extremos; en el segundo, que no era de fondo, sino por quebrantamiento de forma, no había términos hábiles para que se alegase infracción alguna de aquella clase.

4.- Lacruz Berdejo, José Luis "*El régimen matrimonial de los Fueros de Aragón*" - ADA 1946, pág. 70.

5.- Sancho Rebullida, Francisco de Asís. "*La viudedad Aragonesa*" ADA 1955-56 pág. 83.

sienta la doctrina de que "si alguna cosa fuere en contención de alguna partición que ome non pueda llevar a sus cuestas nueve passadas con ayuda dotro ome fuera de casa habrá juizio por fuero así como otra heredat" (2394). En el de Tudela se tienen por muebles, a efectos de la división, los fructos aparentes si la heredad en que aparecen ha sido labrada por ambos cónyuges (o a sus expensas) "porque el moble dentranbos se labró"[1].

Isábal[2] también pone de relieve que "en el Cuerpo de Fueros y Observancias el legislador no recogió la distinción, siendo las disposiciones aragonesas sobre esta materia casuísticas. Tienen por objeto, generalmente, dar la consideración legal de muebles y de inmuebles a cosas cuya calificación puede ser contraria, o al menos dudosa, atendiendo sólo a su naturaleza". Teniendo ésto en cuenta seguiremos a García Atance[3] que hace un interesante análisis de las disposiciones forales que, respectivamente, dan la calificación de muebles o inmuebles a determinados bienes, clasificando, las primeras, en tres grupos: Primero, el formado por el fuero 25 *De aprehensionibus* de 1461, que considera muebles los utensilios de molino oleario, pañería, horno o baño; la Observancia 33 *De iure dotium* [4] que asigna tal carácter al legado de dinero dejado a la mujer casada; y la Observancia 60 del mismo título, respecto a los réditos perpetuos y anuales correspondientes al año de la división; en todas se trata de bienes muebles por naturaleza y la finalidad es considerarlos como tales a los efectos de la división. El segundo grupo está constituído por la Observancia 29 *De iure dotium*, que considera mueble la heredad dada en tributación al marido y a la mujer por cierto tiempo, y también el Fuero único *De censuálibus* de 1398[5] que asigna el mismo carácter a los censos constituídos a carta de gracia. Como se ve, sigue el criterio de la temporalidad para asignar carácter mueble o inmueble, a los censos, contrariamente

---

1.- Fuero de Tudela 128. Ms Academia de la Historia, transcrito por el profesor Lacruz, pág. 134. Obsérvese que sus preceptos coinciden con la Obs. 6ª, *De iure dotium*, de la colección oficial Savall y Penén.

2.- Isábal y Bada, Marceliano. *Exposición y comentario* 1926, pág. 171.

3.- "Cosas, Bienes, Clasificación de las cosas en corporales e incorporales. Bienes muebles e inmuebles, en A.D.A. 1945, págs. 56-59.

4.- *"Si legatum pecuniae relinquatur uxoris maritus habet ius in illo legato, videlicet medietatem: quia es mobilis..."*.

5.- Fuero *De censualibus. "Opinionibus antiquorum Foristatum finem imponere cupientes. Statuimus et ordinamus, quod censualia empta ad imperpetuum, de quibus instrumentum gratiae factae venditori de ea luendo, revendendo, et redimendo, non ostenditur, loco bonorum sedentium, et pro bonis sedentibus habeantur. Ubi verò monstrabitur instrumentum gratiae, pro bonis mobilibus, et loco bonorum mobilium ceseantur".*

FACULTAD DE DERECHO BIBLIOTECA ZARAGOZA

a lo que ocurría en el Derecho común, según afirmación de Sessé[1], que para calificarlos tenían en cuenta el carácter del bien inmueble sobre el que recaían, y en consecuencia eran considerados como bienes inmuebles. y c) el formado por la Observancia 6ª *De iure dotium* que considera muebles los frutos aparentes, al tiempo de la muerte de uno de los cónyuges o al hacer la división.

En cuanto a las disposiciones que dan a determinados bienes la consideración de inmuebles, son estas únicamente: el citado Fuero *De censualibus* que, congruentemente, califica de inmuebles los censos perpetuos, el fuero único *De vasis vinariis et olearis de 1390*[2] y la Observancia 13 *De actus curatorum*[3] que estiman inmuebles los vasos vinarios y olearios. Este Fuero rectificando, dice Isábal[4], la legalidad y práctica establecidas, ordenó que las vasijas vinarias y oleárias se exceptuaran de la división de los muebles del haber conyugal, queriendo que a ese efecto se tuvieran por inmuebles. El acto de Corte contenido en la Observancia citada extendió tal consideración a todos los supuestos *(vasa omnia vinaria et olearia in omni casu sint).*

La doctrina más cualificada considera que esta clasificación de los bienes que hacen las disposiciones forales está principalmente encaminada a regular el régimen de la división que tiene lugar a la disolución de la sociedad conyugal y en general al régimen económico matrimonial, manifestando García Atance[5] al respecto que el criterio seguido para llevarla a cabo no fué exclusivamente el de la movilidad o inmovilidad, sino también el de la importancia y el de la permanencia de los productos: "en una vida predominantemente agrícola, basada en buena parte en la continuidad de las familias mediante la indivisión del patrimonio, lo importante son las fincas que producen rentas permanentes que aseguran el porvenir de las familias; lo que tiene menos importancia son los muebles, los frutos, los semovientes, que

1.- Sessé, José (*Deccisiones* T. 4º).

2.- *"Quamvis per Forum, et usum Regnit, vasa vinaria, et olearia haberentur pro bonis mobilibus, et veniret dividenda inter virum, et haeredes uxoris: et è contra, prout alia bona mobilia: et ex hoc multa incommoda requerentur. Propterea statuimos, quod vasa predicta habeantur loco bonorum sedemtium, et in divisione non veniant, si non remaneant penas illum qui ea duxerit in matrimonium, vel ad quem pertinuerint qualiter cumquae".*

3.- La Observancia 13 *De actus curiaum: "Intentio Curiae est, quod vasa omnia vinaria, et olearia in omni casu sint, et remaneant pro bonis sedentibus, et sic abindè Forus super hoc editus debeat intelligi, et interpretari.*

4.- Isábal, Marceliano. "*Exposición y comentario*", pág. 177.

5.- García Atance, op. y loc. cits.

además tienen la condición de consumibles por su uso en plazos breves. En este supuesto, es lógico que, al disolverse la sociedad conyugal, los muebles se dividan por igual, ya que las fincas se conservan en el tronco familiar sirviendo su misión de perpetuarlo. Por eso la legislación aragonesa prescinde de criterios de naturaleza o accesoriedad y, por ejemplo, en los censos considera inmuebles a los perpetuos y muebles a los temporales". Esta misma idea, aunque ya no circunscrita al régimen económico matrimonial, es sostenida por el historiador García de Valdeavellano[1] para la generalidad de los Derechos medievales, que no se atienen, exclusivamente, dice, a la estimación de las propiedades naturales de movilidad, aunque ésta constituya el principal elemento determinante de su consideración como tales. Cita como ejemplo de su afirmación, respecto al Derecho Aragonés, el Fuero *De vasis vinariis et oleariis*. Manifiesta asímismo este autor, que la noción medieval de inmueble comprende, no solamente el suelo, la tierra, sino también todo lo que está unido a la misma: edificios, árboles, plantas, y, al mismo tiempo, las cosas muebles físicamente independientes cuyo destino permanente es el de servir a los fines económicos de una cosa principal inmueble, como los siervos adscripticios, aperos de labranza, yugos de bueyes, toneles de vino, etc., es decir, cosas muebles que entran en el concepto germánico de pertenencia. Considera García de Valdeavellano[2], con cita de Brissand, que los bienes muebles eran, por el contrario, aquellas cosas que están más estrechamente unidas a la persona *(mobilia ossibus inhaerent)* como las armas, vestidos, joyas, el equipo, esto es el haber de cada uno; y es por ésto que *avere* es la palabra usada a veces, por los Fueros como sinónima de muebles. Pone como ejemplo el Fuero de Estella, el cual en la redacción de Sancho el Sabio de 1164[3] dice: *"... et si mater voluerit tenere filios suos cum honore et avere..."* y en el publicado en el siglo XIII[4] se sustituye la palabra *avere* por su equivalente de "mueble": *"... et si mater voluerit tenere filios suos cum hereditate sua et mobili..."*. En consecuencia para García de Valdeavellano el criterio de distinción reside en el carácter de la propiedad sobre bienes, siendo ésta de carácter familiar sobre los inmuebles y más individualista sobre los muebles.

53.- García de Valdeavellano, Luis. "*Bienes muebles e inmuebles en el Derecho medieval español*. pág. 12.
54.- Op. cit. pág. 16.
55.- *Fuero de Estella*. Edición de Lacarra "AHDE, IV, pág. 408.
56.- Ibid, pág. 432.

En resumen, creemos, que todos estos criterios confluyeron para hacer de la distinción entre inmuebles y muebles una distinción básica no sólo en materia de Derecho de Cosas, sino en Derecho de familia y Derecho sucesorio.

IV.- BIENES AFECTOS AL CONSORCIO FORAL.

Siendo la finalidad de la clasificación de bienes que los Fueros hacen regular el régimen de la división que tiene lugar a la disolución de la sociedad conyugal ¿se aplicaba la misma con carácter general? concretando a la materia que tratamos ¿regía igualmente para clasificar los bienes que entraban o no en la comunidad consorcial? No parece que, con apoyatura en los Fueros, sea posible dar una respuesta segura, dada su casuística y la finalidad que parece servirles de guía. Por otra parte la doctrina clásica tampoco resulta muy firme en esta materia de clasificación de los bienes[1]. Así tenemos que Portolés[2] hace una clasificación de los mismo a los sólos efectos del consorcio, es decir que clasificándolos, va a determinar sobre qué bienes va a recaer la prohibición de disponer, en tanto, no se efectúe la partición. No utiliza Portolés como apoyatura de su tesis, disposiciones forales, sino argumentos, que, en último extremo mas parecen dirigidos a cercenar el objeto del consorcio.

Comienza Portolés, planteándose si el usufructo es un bien mueble o inmueble. Cita al efecto una serie de autores, no regnícolas, que consideran el usufructo un bien inmueble, especialmente porque puede ser objeto del derecho de retracto, derecho que no cabe en los bienes muebles. Contra esta opinión presenta también Portolés la de otros autores, entre los que incluye a Matienzo y Covarrubias, que consideran materia dudosa la

---

1.- A pesar de la expresión terminante del Fuero *De censualibus* en el sentido de hacer extensivos sus dictados a todos los supuestos, La Ripa, da cuenta (pág. 167 "*Segunda ilustración a los Quatro procesos forales*". Año 1772, ed. facsimil Cortes de Aragón) que el carácter general del mismo fué discutido y decisiones posteriores declararon que el citado Fuero sólo era referido al caso particular de la división. Igualmente este autor (pág. 166) reprueba la afirmación de Molino de considerar los treudos luibles como sitios. Pensamos que quizá Molino no quiso darles este carácter, sino que al hacer este autor, una relación de bienes inmuebles que habían de dividirse a mitad entre los cónyuges por haber sido adquiridos constante matrimonio, y terminar la misma diciendo: "*et censales muertos o no*". (*Repertorio* v. divísio. fol. 99 v^{2}) sólo quiso indicar que éstos también se dividían. De todas formas no parece fuera esta cuestión de clasificiación de los bienes materia pacífica.

2.- Portolés, Jerónimo. *Tractatus De consortibus*, cap. XLVII, pág. 310 ó pág. 181 en "*Tratado de consortes*", traduc. Martón 1888.

naturaleza del usufructo, pues si bien, dicen, cabe sobre él el derecho de retracto, no así la venta. Ante estas posturas disconformes acerca de la clase de bienes en que deba incluirse el usufructo, Portolés se inclina por considerarlo como formando parte de otra clase distinta de bienes, un *tertium genus,* refiriéndose, quizá, a la categoría de bienes incorporales. Esta toma de postura le lleva, aplicando las reglas de la interpretación restrictiva, propias de los institutos odiosos (por opuestos a los dictados del Derecho común) a considerar que el usufructo no puede ser elemento objetivo del consorcio. Su razonamiento es pues, sencillo; si los Fueros prohiben a los consortes disponer de los bienes inmuebles indivisos, al no ser el usufructo un bien inmueble incontrovertido debe quedar excluído de sus dictados. Fuera de este argumento no encuentra Portolés apoyo para la exclusión que propugna, pues, el que además emplea, consistente en considerar que, habiendo de esperar los consortes la muerte del consorte enajenante del usufructo, para ejercitar la acción de impugnación, lo que motivaría que tal usufructo ya no existiera, debido a la vis atractiva de la nuda propiedad, él mismo advierte que no debe fiarse mucho de este argumento, dado que es más cierto que el acrecimiento de los otros consortes usufructurarios sería en este caso preferente a la vis atractiva de la nuda propiedad.

También excluye Portolés del consorcio las servidumbres reales de pastos y de paso, considerando que no pueden llamarse inmuebles tales servidumbres; opinión que fundamenta, simplemente, en base a decir que es la práctica seguida en este Reino.

En cuanto a los censos redimibles, considera Portolés, con remisión a Molino en v. *censualia y mobilia,* que son bienes muebles, por lo que no pesa, sobre ellos, aún heredados proindiviso por los hermanos, la prohibición de enajenarlos[1].

Dentro de los bienes inmuebles sigue Portolés los dictados generales de la doctrina, en orden a considerar como tales los censos irredimibles. No hace mención de los vasos vinarios y olearios, que veíamos se reputaban inmuebles, pero sí incluye

---

1.- Ya hemos señalado anteriormente que, si bien Molino en la v. censualia y mobilia, incluye los censos redimibles entre los bienes muebles, en la v. *divisio* su postura no aparece tan clara, lo que ha motivado que la doctrina interprete que según Molino, y a efectos de la división, sean bienes inmuebles tanto los censos redimibles como los irredimibles.

dentro de los de esta clase el derecho para la retrovendición de cosa inmueble vendida a carta de gracia, o derecho de "gracia redentiva". Nombre que se ha dado en Aragón al retracto convencional.

Esta clasificación que, a efectos del consorcio, hace Portolés, tuvo gran aceptación, por cuanto la vemos recogida por la doctrina del siglo XIX, casi unánimemente, la cual da a la misma carácter general. Así tenemos a Franco y Guillen que al tratar de la clasificación de bienes[1] incluyen entre los bienes muebles, con cita de Portolés, el usufructo y demás servidumbres y como ellos la generalidad de la doctrina de este siglo XIX. Si bién se observa en algunos autores una contradicción en este punto, pues si, por un lado, califican de bien mueble al "usufructo y demás servidumbres" por otro, cuando separadamente tratan del usufructo, señalan el carácter de bien inmueble del mismo. Un ejemplo que en este punto sirve como exponente de nuestra afirmación lo tenemos en Dieste[2] que al tratar de la clasificación de los bienes, expone al respecto: "En cuanto al usufructo, creemos debe reputarse "mueble" en atención a que Portolés, no considerándolo mueble ni sitio, pretende que forma especie aparte, siendo así que en este Reino no se conocen más clases de bienes que muebles y sitios, como dijimos anteriormente; y atendiendo también a que el mismo autor opina que para el consorcio foral debe reputarse mueble más bien que sitio". En cambio cuando trata del derecho de usufructo dice, con remisión a Molino (v. *usufructum*) que este derecho: "se cuenta entre los bienes sitios". Los autores del libro Legislación foral de Biblioteca judicial[3] realizan una dura crítica de esta inclusión:"Desde luego no tiene fundamento alguno ni en el Derecho común ni en el Foral, el que el usufructo y las demás servidumbres, sean bienes muebles. Lo dice Portolés únicamente, y por respetable que su opinión sea, no puede ir contra el común sentir de los autores que dicen se pueden considerar como inmuebles por el objeto sobre que recaen o a que se aplican, algunas cosas incorporales, como el usufructo de fincas, las servidumbres prediales y las acciones que para vindicar los bienes inmuebles nos competen, pues que son inmuebles las propiedades sobre que recaen".

1.- Franco y Guillén. *Instituciones*, pág. 106.
2.- Dieste y Jiménez, Manuel. *Diccionario del Derecho civil Aragónes*, v. bienes.
3.- Legislación Foral de España. *Derecho vigente en Aragón.* Establecimiento tipográfico de Pedro Nuñez. Madrid, 1888, pág. 253.

No todos los autores del siglo XIX siguen a Portolés en este punto, así Blas y Melendo[63], al clasificar los bienes, incluye el usufructo entre los bienes inmuebles por analogía.

El proyecto de Apéndice de 1904[64] (art. 227), también cita el usufructo como bien mueble. En la Exposición de motivos presenta la clasificación de los bienes como especialidad del Derecho de Aragón, incluyendo entre los bienes muebles los treudos, tributaciones o tributos, pero solamente si se hallan constituídos durante la vida de una persona (violario), los censos consignativos y reservativos, los créditos, con inclusión de los hipotecarios y cuantos derechos, obligaciones y acciones tengan por objeto cantidades en dinero o efectos, las rentas, aunque graven un inmueble, los frutos de las heredades, sin exceptuar los aparentes, a menos que por precepto expreso deben ceder al suelo, el usufructo, el uso y la habitación y las demás cosas que, salvo lo que acaba de apuntarse, estime como tales muebles el Código general". Como bienes inmuebles se incluyen los frutos pendientes y aparentes cuando hayan de ceder al suelo, los treudos en los casos en que no se reputan muebles y los que no siéndolo por naturaleza adquieren la condición sin necesidad de pacto por sustitución o por razón de aseguramiento". Se señala como fundamento de esta clasificación, el Fuero único *De censualibus*, las Observancias 21, 43 y 44 *De iure dotium* y Opiniones de Portolés en su tratado *De consortibus*.

La clasificación no pasó al Apéndice por lo que el régimen actual que rige la materia es el del Código Civil. Concretamente para materia de censos, deben considerarse como inmuebles todos los que supongan carga real y como muebles los que no la supongan, afirmación del profesor Sancho Rebullida[65].

V.- RÉGIMEN ACTUAL.

1.- Bienes inmuebles.

Señala el artículo 142 de la vigente Compilación aragonesa que el consorcio nace "cuando varios hermanos o hijos de hermanos

---

1.- Blas y Melendo, Andrés. *Derecho Civil Aragonés*. Librería de Cecilio Gasca. Zaragoza 1898, pág. 210.
2.- Proyecto del Apéndice del Código Civil, en que se contiene las instituciones forales y consuetudinarias. Zaragoza 1904, págs.: XLVIII y XXIII.
3 - Sancho Rebullida, Francisco de Asís. *La viudedad Aragonesa*. ADA 1955-56 pág. 101.

adquieran de un ascendiente pro indiviso y al título gratuito bienes inmuebles..."

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" y que comprende las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles (art. 334-10ª). Pero, como pone de manifiesto el profesor Lacruz[1], "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 recognoscibilidad y localización, les otorga el trato jurídico de las fincas".

¿Todos los bienes relacionados en este precepto entran a formar parte del consorcio foral? Opinamos, con el profesor Lacruz[2], que en la dicción del art. 142 de la Compilación Aragonesa se entienden todos los bienes enumerados en el art. 334 del Código Civil que se hallen dotados de autonomía. Así comprenderá no sólo los inmuebles por naturaleza, opinión que parece sustentar Merino Hernández[3], sino los inmuebles por analogía, pues, como afirma el profesor Lacruz[4]. "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 ningun 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.

2.- La presunción aragonesa de inmobilidad.

Podría plantearse la duda, de si el concepto de bienes inmuebles a que se refiere el artículo 142 de la compilación se extiende a los enumerados en el artículo 39 del mismo cuerpo legal, es decir a aquellos bienes que teniendo ordinariamente el

---

1.- Lacruz Berdejo - Luna Serrano y Rivero Hernández. *Elementos de Derecho Civil* - Parte General— V.3º. Bosch 1984, pág. 27.
2.- Lacruz Berdejo, José Luis - *El Consorcio foral Aragonés* Moneda y Crédito 1977, pág. 331.
3.- Merino Hernández, José Luis. *El Consorcio foral.* Librería General. Zaragoza 1976, pág. 75.
4.- Op. y loc. cit.

carácter jurídico de muebles, en Aragón pueden ser considerados como inmuebles por vitud de la presunción que el citado artículo establece. El concepto de bienes inmuebles no se extiende a los enumerados en este artículo.

La atribución de la condición inmobiliaria a determinados bienes muebles, o presunción de inmobilidad que opera en virtud de lo preceptuado en el art. 29 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 inmobilidad 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 Lacruz[1] cita dos interesantes Sentencias de fecha 27 de Febrero de 1.892 una, y de 28 de Mayo de 1.864 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.

En consecuencia cuando el art. 142 de la Compilación habla de bienes inmuebles como objeto del consorcio, no puede entenderse comprendido en este concepto los enumerados en el art. 29 del mismo cuerpo legal.

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

---

1.- *Comentarios a la Compilación.* - Pag. 734

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, consideramos, 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, puntaliza el profesor Lacruz[1]. Al respecto, el insigne profesor, cita como derechos suceptibles de hacer nacer el consorcio: "el dominio útil; una servidumbre personal de carácter real (un derecho de pastos perpetuo, por ejemplo); el usufructo atribuído conjuntamente a varios hermanos por un período de tiempo etc.". Opina el profesor Lacruz, opinión que compartimos, 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 es compartida por Merino Hernández[2] que piensa, opuestamente, que la vinculación consorcial sólo se produce en las comunidades en pleno dominio, excluyendo, en particular, 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 excluída 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 vigente Compilación Aragonesa, que, según él, hace referencia a los bienes

---

1.- Lacruz Berdejo, José Luis. Op. cit. pág. 331.
2.- Merino Hernández, José Luis. *El consorcio foral*, pág. 83 y ss.

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 usufructurario o no renuncie a su derecho.

Por último, piensa Merino, que la propia expresión del Fuero 1º *De communi dividundo* abona su tesis. Para ello toma la versión romanceada contenida en el Manuscrito 207 de la Biblioteca Universitaria de Zaragoza[1] 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 vidual, le hace afirmar que el consorcio foral no nace hasta la desaparición del usufructo del cónyuge supérstite, 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 Lacruz[2] 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 vidual, 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 nuestra parte, analizaremos 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

1.- *Los Fueros de Aragón*. Transcritos por el profesor Lacruz Berdejo y Jesús Bergua Camón - Parágrafo 165.
2.- Lacruz Berdejo, José Luis. *El consorcio foral Aragonés*, pág. 331.

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 estamos 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 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 usufructuraria 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° y 2° *De Communi Dividundo* 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 sitios proindiviso y no es requisito insipensable que la comunión se mantenga 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 distingo, 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. 5ª *De consortibus ejusdem rei* por incompatible con la 1ª y 6ª y en la primera de las sentencias citadas, *se indica que la existencia del usufructo vidual 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 Merino para excluir la nuda propiedad como objeto del Consorcio.

Sin embargo, ya Isábal al comentar esta Sentencia[1] decía: *de la segunda declaración, pudo prescindirse, porque retorciendo 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 usufrcuto, no cabiendo aquél mientras éste dura, se habría vuelto a la doctrina en que la Audiencia fundó 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 desprovista 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 hemos expuesto la opinión del profesor Lacruz, que compartimos 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

1.- R.D.P. 1918 pág. 302 y RDP, Tomo I. pág. 277.

convencional, no solo 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 cónyugue viudo con los hijos comunes, instituciones que, como afirma el profesor Lacruz[1] 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 el mismo dos supuesto: a) uno 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 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, creemos que ni aun en una interpretación estricta del artículo 142 de la Compilación, deben excluirse como elemento objetivo del Consorcio, los derechos sobre inmuebles, que son bienes inmuebles. Exceptuando los derechos reales de garantía como antes afirmamos.

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

CAPITULO 5°

TITULO ADQUISITIVO

Del análisis realizado en el capítulo precedente sobre la palabra *haereditatis* 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 *haereditatis* le asignamos el significado de herencia, omnicomprensiva 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 el de sucesión hereditaria, es decir bienes adquiridos a títulos de herencia. Se hace por lo tanto necesario un estudio, aunque breve, del régimen sucesorio.

I.- NOTAS SOBRE EL RÉGIMEN SUCESORIO ARAGONÉS.

1.- Epoca del siglo IX al XIII.

Si el estudio jurídico de la familia aragonesa en los siglos IX a XIII no resulta fácil en las fuentes legales ya que son éstas poco abundantes en preceptos de Derecho de familia, sin embargo son muy numerosos los documentos en que parece manifestarse de modo inequívoco la existencia de una comunidad familiar, entre padres e hijos[1]. Las actuaciones, reflejadas en los diplomas,

---

1.- Asi, por ejemplo, uno de 1099 otorgado por los mozárabes de Huesca (Balaguer: "notas sobre los mozárabes oscenses" en *Estudios de Edad Media de la Corona de Aragón II*, Zaragoza 1946, pág. 409): *In Dei nómine, Ego Didicus que alio nomine nocor Petrus et uxor mea nomine Tota et filii mei Petrus et Sancius, nos simul in unum venditores vendimus domino Deo et sancto Petro vetuli de Osca et Berengario abbati et ceteris fratribus qui cum eo sunt*

parecen una prueba de la existencia de esa, mas que comunidad, propiedad familiar que ya en vida de los padres tenían los hijos. Sin embargo, como pone de manifiesto el profesor Lacruz[1], la existencia de una comunidad familiar de tipo legal que parece desprenderse de estos numerosos documentos, está formalmente contradicha por la existencia de otros anteriores y posteriores a los citados, en los que aparecen disponiendo los padres libremente, y los hijos concurren a la enajenaciones en vitud de su derecho de expectativa hereditaria[2]. Si, como vemos, la existencia en este periodo de propia comunidad familiar legal se pone en duda por parte de la doctrina, lo que ya nadie niega es la existencia de la misma entre los aragoneses en un periodo más remoto. El profesor Lacruz[3] considera un indicio favorable el hallar en el Derecho pirenaico aquellas instituciones que en los Derechos Germánicos siguen cronológicamente a la primitiva comunidad familiar, y que son consecuencia de la paulatina ruptura de los lazos familiares. Concretamente, dice, el Derecho sucesorio aragonés de la primera época muestra todavía la impronta de Derecho de familia: "aunque ello se va perdiendo poco a poco, cuando podemos abordar históricamente este proceso de transformación, todavía las huellas de una primitiva comunidad familiar son claras, aunque no nos sea posible conocer la naturaleza exacta de la misma".

Pues bien, en esta comunidad familiar, al ser los hijos una especie de copropietarios en vida de los padres, al morir éstos, los

---

vel in antea erunt vendimus nobis vineas nostras, quas habemus in civitate Osca foris murum, propter precium L solidos iacenses. Et advenerunt istas vineas ad me Petrus, una que comparavi, alia ex patre meo et fratris mei defuncti, et ad me Tota ex viro meo Petro, et ad nos Petro en Sancio ex patris nostris Petri supra scripti.

Véase también otro de 1141 (Rubio, Luis: *Los documentos del Pilar*, S. XII Zaragoza 1971 nº 29, p. 30) «*... Ego Petro Galleco et uxor mea Maria una cum filiis nostris placuit nobis... ut venderemus vobis... uno nostro maliolo que habemus in la algizira de Alpennes...*»

Otro del año 1135 (Bofarull y Mascaro, Próspero: *Colección de Documentos inéditos del Archivo General de la Corona de Aragón*. Barcelona 1849, nº 187 pág. 579): «*... Hec est carta quam facio ego Umfret de Faleza, et mea uxor Oddelina et meis filiis quielmus et Ihoanes et Huét et Odét et Aoremborge... vendimus una casa et una tenda per LXXX² solidos...*

1.- Lacruz Berdejo, José Luis: *El régimen matrimonial de los Fueros de Aragón*. ADA 1946, pág. 43.

2.- Un documento del año 976 parece reflejar este derecho de expectativa hereditaria de los hijos: «*...ego Raimundus comes,... et uxor mea Garsendis, cum consensu et voluntate filiorum nostrorum scilicet Unifredus et Arnaldus et Isarnus et Odissendus... donamus et concedimus, ad monasterio in Ovarra villas que dicuntua prima Calvaria*» (Serrano y Sanz, M. *Noticias y documentos históricos del Condado de Ribagorza hasta la muerte de Sancho Garcés III*, año 1035. Madrid 1912, pág. 327.

3.- Lacruz Berdejo, José Luis. *El régimen...*, pág. 46.

hijos reciben el patrimonio familiar, pero no es una sucesión en sentido riguroso y moderno de la palabra, sino que era una continuación en el dominio, actualizando los hijos un derecho de copropiedad ya existente en vida de los progenitores. Así el consorcio es una consecuencia de la vida familiar, inspirada en las ideas de la participación y de la continuación. La primera significa que todos los componentes de esa comunidad son titulares de los bienes económicos de los que la familia disfruta, y la continuación quiere decir que los hijos no pueden ser excluídos de los bienes de los que la familia misma es titular y más aún, que, muerto el padre, permanecen o perduran en una titularidad que ya tenían en vida de éste: si sucesión quiere verse, es más bien en el poder de administración, que antes correspondía al padre. En este sentido se expresa Braga Da Cruz[1]: "El derecho sucesorio es una proyección en el campo económico de la constitución de la familia". "La patriarcal se caracteriza por una propiedad familiar colectiva, esto es: por una verdadera ausencia de derecho sucesorio". Los herederos eran natos y las disposiciones de última voluntad o se desconocían o estaban prohibidas. Estas ideas desaparecerían poco a poco en la de la comunidad doméstica hacia la propiedad individual. Las ideas de participación y continuación fueron sustituídas por la idea de sucesión.

2.- Epoca de los Fueros.

Esta evolución la podemos ver cuando los hijos sino copropietarios en vida de los padres, sí tienen un derecho de expectativa hereditaria. Los bienes pertenecen individualmente a su propietario pero están fuertemente vinculados a los hijos a quienes compete un derecho de expectativa sucesoria; tal vinculación se ve claramente en los documentos, en donde se habla de la *portio debita; mea portione, mihi debita, que habeo de patre meo*. También se muestra por la relación, incluso terminológica, entre la filiación y el derecho de expectativa hereditario; se dice desheredar y desafillar indistintamente[2]; la filiación adoptiva da

---

1.- Braga Da Cruz, Guilherme: *"O Direito de troncalidade e o regime jurídico do patrimonio familiar"*: t. I, Braga 1941 pág. 1 y 4 respectivamente.

2.- ... puede el padre desytar de la su compaynnia et de su afillamiento ad aqueill fillo ante l'Alcalde o ante la cort o ante omnes bonos, la quoal cosa es clamada desaffillar en vulgo es assaber del pueblo... d'aqueill padre qui lo desafilló en tal guisa, será desheredado ni aurá part en sus bienes del padre o de la madre. (*Vidal Mayor*, libro VI, parágrafo 24). Asimismo, en el parágrafo 234 del ms. 207 (Lacruz Berdejo y Bergua Camon, Jesús, *Fueros de Aragón*, versión romanceada contenida en el Ms. 207 Biblioteca universitaria de Zaragoza. Estudios de Derecho Aragonés. Zaragoza 1953) que dice: "... el fillo será desheredado por haquestas razones, si el padre o la madre no lo querrán afillar o ferlo heredero, por el desafillamiento...". También en el parágrafo 235.

derecho a la herencia, hasta tal punto que para dejar el patrimonio a un extraño se le adopta como hijo o hermano[1]; se llama *affilgatura* y *profiliatio* a la institución de heredero y a la adopción[2] y se manifiesta también por la concurrencia de los hijos, incluso adoptivos, en las enajenaciones de bienes realizadas por sus padres y en las claúsulas en que se amenaza con penas y maldiciones diversas a los hijos y a los nietos que intenten impugnar el concluido por sus ascendientes sin su asentimiento. De hecho, la fortuna paterna se transmite en su mayor parte a los hijos: los documentos demuestran que la disposición mortis causa se usa pro anima o bien para asignarles cosa cierta o desigualarlos[3]. Así el Derecho hereditario era más bien *ab intestato;* el ser heredero dependía sólo de la mera pertenencia a la familia[4].

La vinculación de los bienes a los hijos aparece claramente en el Fuero de Daroca: *"nemo possit relinquere uni filio magis quam aliis, sed post mortem parentum coaequentur et dividant. Avus possit relinquere suo nepote, si voluerit, de mobili sex morabatinos pro sua anima. maritus et uxor, si non habuerint filios possint se ad invicem recipere in medietatem si voluerint. Hoc autem fiat in collatione sua die sabbato post vesperas vel die dominica post missam"*. Adviértase, dice el profesor Lacruz[5], que el fuero impone la vinculación de los bienes a los hijos, y no simplemente una obligación de no desigularlos: aunque el sentido literal del primer párrafo podría indicar lo contrario, del segundo se deduce, con toda seguridad, que el padre no podía disponer en favor de extraños, habiendo hijos.

Como dice el profesor Lacruz, el contenido y limites del derecho de expectativa no se halla consignado de modo expreso en un solo texto foral, sino que hay que deducirlo de una amalgama de preceptos, no siempre claros y concordantes, que, o ponen ciertos límites a la libertad de disponer sobre el propio

---

1.- *Fuero de Jaca* (Molho, E., parágrafo 14) De afillament: "Si algún infançon o altre homme per sa propria voluntat afilla ad algún o ad alguna que en tot quant el ha que aya sa part assí com un de ses altres filtz..."

2.- En un testamento mancomunado del año 1066 celebrado por Sancio Galindez y su esposa Urracha se lee: "... *nec aliquis de filios aut de nepotes nostros faciat ulla affilgatura ad nullo homine per nulla causa, nisi ad suos germanos, sed, sicut diximus totum ab integro remaneat ad Sancta Maria de Iboçar...*" (Ibarra, Documentos correspondientes al reinado de Sancho Ramirez, II: *Documentos particulares.* Zaragoza 1913 pág. 5).

3.- Lacruz Berdejo, José Luis. *El régimen...*, pág. 47.

4.- Sainz de Varanda, Ramón. *El retracto gentilicio.* ADA 1946.

5.- 69Lacruz Berdejo, José Luis. *El régimen...*, pág. 49.

patrimonio o sobre una parte de él, o permiten esta disposición en determinadas circunstancias. Teniendo este derecho de expectativa diferente intensidad según la clase de bienes donde recaiga. En los bienes de abolorio la libertad dispositiva de los padres está muy reducida y este derecho de expectativa de los hijos es fuerte[1], se trataba de heredades destinadas a los hijos, aunque no había de repartirse por igual entre ellos, e incluso podía darse alguna *"pro anima"* , sin duda por influencia eclesiástica, como moderación del principio vinculatorio del patrimonio a la familia[2].

Si son bienes muebles la libertad es mayor. Las fuentes hablan de su disponibilidad en favor de los hijos incluso arbitrariamente[3], pero en la práctica, observada a través de los documentos, se descubre la costumbre de legarlos a extraños, muy a menudo pro anima, habiendo hijos[4]. Ello ha sido posible, según el profesor Lacruz[5] de un lado, por la adjudicación al padre de una cuota sobre la cual puede disponer y de otro por influencia del mortuorio. A estos dos factores hemos de añadir, la influencia de la cuota pro anima, principalmente al tratar de muebles. Tal cuota

---

1.- El Fuero único *De inmensis et prohibitis donationibus*, determina: *De hereditate avita nemo potest facere donatiuum si tamen unam vineam aut unam domum aut unam terram habeat. Si autem duas vineas vel tres, aut duas domos vel tres, unam hereditatem potest inde dare filio vel filiae cum matrimonium duxerit contrahendum. Tamen etiam quando non habet nisi unam domun vel unam vineam, potest inde pro sua anima clericis aut ecclessiis aut parenti dare.*
En el mismo sentido el Fuero de Estella (Lacarra, José Maria: A.H.D.E., t. IV pág. 404-425) parágrafo 12.
Análogamente, pero sin referirlo de modo exclusivo a los bienes de abolorio, el Fuero 1º *De donationibus*, en relación con el parágrafo 218 del Ms. 458 de la B.N. (Fueros de Aragón. Tilander, Gunnar. Lund 1937). El fuero 2º *De exheredatione filiorum*, repite lo mismo simplificándolo.

2.- No creemos, con Alonso Lamban, M. (R.D.N. 1945. T. V, pág. 78) que la cuota *pro anima* fuera una parte de libre disposición que se ve ahora aplicada únicamente en favor de la Iglesia (tesis sostenida por Garcia de Valdeavellano, Luis: "La cuota de libre disposición en el Derecho hereditario de León y Castilla en la Alta Edad Media". *Estudios medievales de* Derecho privado. Universidad ded Sevilla 1977) sino que pensamos fueron las piadosas costumbres de la época las que indujeron a dejar todos o parte de los bienes a una Iglesia o establecimiento religioso para adquirir méritos en la otra vida. (Maldonado y Fernández del Torco, José: *Herencias en favor del alma en el Derecho español*, Madrid 1944, pág. 29 y 30).

3.- Fueros de Aragón, Ms. 458 B. N. Ed. Gunnar Gilander - Lund 1937) Parágrafo 218 "...De los muebles, si quier sean infançones, si quier non, los padres o las madres bien pueden dar a uno de los fillos o de las fillas en una veç o en cuantos se quieren..."

4.- Yela Utrilla. *El Cartulario de Roda*, Lérida 1923, pág. 95. Testamento de 196: *"Hoc est testamentum quod facio ego Giberga filiis ac filiabus meis plena memoria et spontanea voluntate. In primis dono beate Virginis, Marie de Lavais partem meam de vineis... et omne mobile meum in pane et vino, in ovibus et boves, in equis et mulis, in porcis et in omni substancia mea que visa sum habere. Et divido honorem meum inter filios..."*

5.- Lacruz Berdejo, José Luis. *El régimen...*, pág. 54.

podía darse también sobre inmuebles, no obstante, parece ser que ocupaban los muebles un lugar de preferencia[1].

En la compilación de 1247, Fuero 2° *De desheredatione filiorum*[2], se establece la posibilidad de mejorar al hijo o hija que quisieren, precisamente sobre los muebles, en los inmuebles, condicionadamente.

En los bienes inmuebles de ganancia se observa la misma tónica vista para los bienes muebles[3].

Poco a poco la cohesión familiar primitiva va desapareciendo, y el crecimiento de la libertad dispositiva del padre determina una reducción en el Derecho de expectativa de los hijos, que pasa de versar sobre los bienes *in substancia* y limitaba no sólo la facultad de disponer mortis causa sino también inter vivos, se ha transformado en un simple crédito de legítima[4] para desembocar todo ello en 1307 y 1311, cambiando el derecho de cada hijo a una porción de los bienes paternos, por un derecho de legítima colectiva en favor de todos ellos.

1.- Participamos de la idea de Alonso Lamban, M. (R.D.N. 1954. T. V, pág. 80) cuando dice: "Difícil es precisar reglas tajantes en tal materia, pero no parece muy aventurado afirmar que los inmuebles en relación con la cuota pro ánima ocupaban un lugar secundario, no obstante muchas veces ni en la práctica ni en las fuentes se advierte distinción alguna entre ambas clases de bienes. Así, por ejemplo, dicen los Fueros de la Novenera, en el parágrafo 85 "De qui faze cabeçaleria: nuill ombre qui vienga en óbitu mortis et faga cabeçaleria de heredat o de mueble por su anima, deve lo fer..."
En este sentido, también los Fueros de Viguera y Val de Funes: nº 480: "...pero si quisier, puede mandar mueble o una de las mejores heredades a algun parient estranio o por su alma sin otorgamiento de sus parientes herederos e valdrá".

2.- Ya recogido en la Recopilación II parágrafo 101; y en el parágrafo 233 del Ms. 207 de la Biblioteca Universitaria de Zaragoza. Se dice en la versión latina: *"...tamen bene poterit meliorare de mobili unum, quem voluerit filiorum, aut filiarum aut de una terra vel haereditate uxore tamen prestante assenssum"*.

3.- Asi expresamente el Fuero de Tudela J. 29 "Et pues muere padre o madre no puede el bivo fer donacion ni venta sines voluntat de los fillos, si ante no parte con los fillos o no conocen part, si no es eredat de conquista que se ayan feito donaçion marido e muller el uno al otro, assi que de todo nol deserede a los fillos, que qui de todo desereda de todo hereda". Idéntica norma en el Fuero General de Navarra 2, 4.3 y el 3, 20. 6 en el que se observa reducción de la vinculación de los bienes de abolorio.

4.- Conocida es la confirmación del Fuero de Jaca por Alfonso II donde dice: *In primis igitur laudo et confirmo quod homines de Jacca de bonis quae Deus eis dederit, sive habeant infante sive non, possint ordinare de bonis suis et hereditatibus sient eis placuerit nullo homine contradicente.* Naturalmente, dice el profesor Lacruz (*El régimen...*, pág. 57) la libertad de testar que este fuero propugna se extiende sólo al núcleo de Jaca, como se deduce que las posteriores recopilaciones de Derecho aragonés de Jaca, nada dicen de ella. Empero, continua el profesor, el precepto jacetano es también un síntoma de la evolución general del Derecho Aragonés hacia un régimen diferente en la sucesión forzosa. Los documentos a partir del siglo XII muestran también una trayectoria hacia la libertad dispositiva. Veánse los siguientes: uno de 1194, publicado por Del Arco (*Huesca en el siglo XII*. pág. 411) y otros de fecha algo posterior publicados por Aguado (op. cit, pág. 71, 73 y 93).

Esta evolución que hemos señalado en el derecho sucesorio marca su impronta en la figura consorcial. Si cuando existía la comunidad familiar, en la que los hijos eran en cierto modo propietarios en vida del padre, veíamos que a la muerte de éste no existía sucesión, en el concepto moderno del término, dado que había una continuación en el dominio, y la figura consorcial aparece destinada a continuar una situación personal y patrimonial que no debía cambiar por muerte del padre, en la época de los Fueros, debido al sentimiento individualista que en materia sucesoria aparece patente al reconocer la disponibilidad del padre sobre el patrimonio con la consiguiente y paulatina reducción del derecho de expectativa de los hijos, hace que en las disposiciones forales reguladoras del consorcio foral éste aparezca más como un supuesto de indivisión que como comunidad familiar propiamente dicha. El aspecto económico parece primar ahora sobre el personal. Desde luego ya hay fenómeno sucesorio y con posibilidad de recibir desigualmente.

II.- TITULO PARA INDUCIR CONSORCIO EN LOS FUEROS *DE COMMUNI DIVIDUNDO* Y OBSERVANCIAS *DE CONSORTIBUS EJUSDEM REI.*

Tanto los Fueros 1° y 2° *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 heredat o possession vino a estos (los consortes) por razón de heredar que descendía en eillos de sus mayores..." "El dreito de la heredat 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 abolorio,..."[1]. D. Vidal en otros pasajes, a los consortes los denomina herederos precisando que estos bienes los pueden heredar con destin o sin destin[2].

Una diferencia notable se observa entre los Fueros *De Communi 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 sucessione parentum vel consanguineorum"* amplía el

---

1.- *Vidal Mayor*, Libro IV, parágrafos 29 y 30.
2.- *Vidal Mayor*, libro IV, 30.

consorcio a casos no previstos por los fueros. Efectivamente en los textos forales no se prevé que los bienes recibidos de los consanguineos 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 heredat que viene de abuelo, de abuela, de padre, de madre, de hermano o de cormano es possedido d'aqueillos comunalment por cosa non partida"[1]. Vemos, pues que D. Vidal comprende entre los bienes consorciales no solo 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 Echeverria[2] sobre el valor del mismo y su alegación y aplicación en los Tribunales.

Jaime de Hospital[3], 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 condividunt bona paterna, vel alia provenientia..."*. Curiosamente la Observancia 13ª delimita esta expresión, aunque sin suprimirla, con la referencia expresa a *"ex succesione parentum vel consaguineorum"* , 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 cormanos según D. Vidal) se refiere solamente a bienes de abolorio, y ésto consideramos 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.

1.- *Vidal Mayor*, libro IV, 37.

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

3.- Hospital, Jaime de - *Observancias del Reino de Aragón* - publicadas con introducción y estudio crítico por Martínez Diez, Gonzalo. Zaragoza 1977. Liber Tertius - *Titulus IX. De Consortibus eiusdem rei* [19].

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

II.- SUCESION TESTADA E INTESTADA.

No requiere el consorcio para su nacimiento que los bienes se reciban *ab intestato;* 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, cuando el ascendiente o consanguíneo hubiere dispuesto de determinados bienes inmuebles pro indiviso a favor de descendientes o colaterales.

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 tanto la sucesión testada como la intestada. Hemos visto como el obispo Vidal[1] precisaba ya la cuestión puntualizando que era indiferente que la sucesión en los bienes hubiera tenido lugar por disposición testamentaria[2] 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 quoales 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. Sí en cambio Bardají[3] si bien solamente para decir que la sucesión exigida tanto puede ser *"ex testamento vel ab intestato"*. Es Portolés[4], el que tratando del tema, en la monografía que dedica

---

1 - Vidal Mayor, IV, 30.

2.- Como refiere Alonso Lamban, M. (R. D.N. 1954 V-VI pág. 85) si con criterio romanista consideramos esencial e imprescindible para la existencia del testamento la institución de heredero, no encontraremos verdaderos testamentos hasta casi el siglo XIV, es decir, hasta la recepción del Derecho romano, (no obstante hay documentos de épocas anteriores monstrándonos 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, para que esta sea cumplica después de su muerte, no cabe duda que existen verdaderos testamentos en nuestro Derecho aragonés de la Alta Edad Media y que tal institución viene regulada en las fuentes legales de la época.

3.- Bardaji Ibando, *Comentarii...*, folio 366 vº.

4.- Portolés, Jerónimo - *Tratado de consortes...*, - cap. III.

al consorcio foral, 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 *"sucessio"* debía ser entendido como sucesión *ab intestato*. Portolés, en cambio, opina, con base a la palabra *"pertinent "* que emplea el Fuero 1° *De Communi dividundo* y la palabra *succesio*, empleada por la Observancia 13 *De Consortibus ejusdem rei* , que existe consorcio entre los hermanos también cuando obtienen los bienes pro indiviso por sucesión testamentaria: *"Caeterum contraria opinio, quod imo sufficiat, si vel ab intestato, vel ex testamento bona illa pro indiviso obtineant, verior, et receptior est"*.

Como decimos, 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 Guillén[1] 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.

IV.- SUCESION 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 ascendiente[2]. Sin embargo la doctrina interpretó con más extensión esta Observancia, en el sentido de considerar

---

1.- Franco y Guillén - *Instituciones...*, pág. 222 y 223.

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

consorciales toda clase de bienes, no sólo de abolorio, que indivisos recibieran los hermanos de consanguíneos.

Hasta Portolés ningún autor se planteó la cuestión que tratamos, 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.

Portolés[1] 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 Guillén[2]: "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 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

---

1 - Portolés, Jerónimo - *Tratado de consortes...*, cap. IV.
2 - Franco y Guillén, *Instituciones*, pág. 223 y 224.

obtenidos los bienes por los hermanos, en vitud de sustitución fideicomisaria, establecida por su ascendiente, devenían 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 Molino[1], 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 fideicomisoria 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 relicti, bona pro indiviso obtinent, quoniam tunc bona ipso ex successione parentum ad eos pervenisse, negari nequibit "*[2].

Estamos 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 fidecomitente, 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

---

1.- Molino, Miguel del. *Repertorio*. v. appehensio. fol. 28.
2.- Portolés, *Tractatus*..., cap. IV. nos 11 y 12.

Portolés. Así Franco y Guillén[1], después de señalar como requisito para que se de el consorcio el de que los bienes sean recibidos por sucesión inmediate, 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 Dieste[2]: "Los (bienes) adquiridos por fideicomiso, se entienden recibidos inmediantamente 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. Omitimos su cita por evitar reiteraciones.

V.- SUCESION A TITULO UNIVERSAL Y A TITULO 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.

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: "heredat o possessión que desciende de padre, de madre, del avuelo [o] o de la avuela..."[3] 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

---

1.- Franco y Guillén - *Instituciones...*, pág. 224.
2.- Dieste. *Diccionario*. v. consorcio foral, pág. 131.
3.- *Vidal Mayor*. L. IV. parágrafo 31.

expresiones utilizadas por el Fuero 1° *De Communi dividundo,* que utiliza la palabra *pertinent,* y por la Observancia 13 *De consortibus ejusdem rei* que habla de bienes en los que los hijos "suceden".

Juan Pérez de Patos[1], 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, aún 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 sucessores universales illud subesse posse".* La toma de postura de Juan Pérez de Patos está motivada por una cuestión de interpretación de los Fueros. Y así dice, si la palabra *"haereditates "* que emplea el Fuero 1° *De Communi 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 rem aliquam título singulari legati relictam sed potius bona omnia título 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 hareditates".*

Rebate Bardají[2] 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, estima 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.

1.- Esta opinión de Juan Pérez de Patos está recogida en Bardají -(*Comentarii...*, f. 367) y Portolés (*Tratado...*, pág. 41, Cap. V).
2.- Bardají, Ibando - *Comentarii...*, f. 367.

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 Echeverría[1] 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 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 Communi dividundo* hace Juan Pérez de Patos no hace más que ponerse de manifiesto un hecho señalado por el profesor Delgado[2] 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 analógica[3].

Esta forma de interpretación del Derecho Aragonés, que señala el profesor Delgado Echeverría, se pone de manifiesto de un modo evidente en Portolés[4] 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 ejusdem rei,* que al emplear la palabra *"successio "*, está indicando claramente que sólo entre lós 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*

1.- Delgado Echeverria, Jesús - *Estudios del Vidal Mayor*, op. cit. pág. 73.
2.- Delgado Echeverria, Jesús - ib. idem.
3.- Como muy bien dice el profesor Delgado Echeverria esta errónea postura fué motivada por la desafortunada Observancia "*de equo vulnerato* " y la extendida ignorancia sobre el origen de la misma. (Sobre la citada Observancia y su introducción al servicio del Derecho común, vid. el magnífico trabajo de Lacruz Berdejo, José Luis, comentario al art. 3º en "*Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*". vol. I, Zaragoza, 1988, págs. 237 y ss.
4.- Portolés, Jerónimo - *Tratado de consortes...*, cap. V.

inducens, et rei indivisae, alienationem prohibens, proculdubio iuris communis correctoria existit, exorbitans est, ut nos supra quaes, latius ostendimus. Sed statuta exorbitantia, et iuris communis correctiora, etiam ex paritate vel maiotitate rationis, ad alium casum quam in statuto expressum, trahi non possunt". "Ergo dispositio dictae observancia quae proprie de successione universaliter tantum loquitur, ut in superioribus ostendimus, 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 intepretado analógicamente la disposición del Fuero 1° *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 Molino[1]. 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 1° *De Communi dividundo,* comprende toda causa y título de sucesión: *"Igitur ex natura illius verbi (pertinent) forus ille aperte decidit 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 hacíamos referencia, por cuanto dice: *"Nam ultra rationes quas supra pro eius parte adduximus, quae evidenter illam veriorem esse*

1.- Molino, Miguel del - *Repertorio...*, v. *forus*, folio 156.

ostendunt, et convincunt: hanc quoque opinionem, ut verissimam et constatem duo celeberrimi nostrae aetatis Jurisconsulti viri nunquam satis pro dignitate laudati tenuerunt, nempe dominus Joannes Perez de Nueros Advocatus fiscalis Regius eloquentissimus, simul ac dissertissimus ac etiam dominus Joannes Ibandus de Bardaxí assessor egregio doctus ac integerrimus illustrissimi domini huius regni gubernatoris, qui in quadam maximi momenti causa, filiorum 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 Bardají y Pérez de Nueros. 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 palabras[1].

Termina Portolés aceptando que, aunque el instituto del consorcio supone una excepción al Derecho común y por lo tanto, es odioso[2], 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

---

1.- 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 perjuicio ha sido puesto de manifiesto por prestigiosos autores, entre otros, por Pedro de la Fuente (*La interpretación de los Fueros de Aragón*. R.D.P. nº XXIX, año 1945), por el profesor Lacruz Berdejo, (*Comentarios a la Compilación,...*, articulo 3º) y el profesor Delgado Echeverría (*Estudios del Vidal Mayor*, pág. 73).

2.- Nombre que se daba a todo instituto cuya regulación no coincidía con el derecho común.

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. Algo así como si Portolés hubiera hablado, al tratar del consorcio, ex catedra urbi et orbe.

Entre los foralistas del siglo XIX, tenemos a Franco y Guillén[1], 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 Martón y Santa Pau[2], Dieste[3]: "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 Sanchez Román, cuyas afirmaciones no reproducimos por no reiterar lo ya expuesto.

VI.- NECESIDAD DE UN MISMO TITULO.

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

---

1.- Franco y Guillén - *Instituciones*..., pág. 222.
2.- Martón y Santa Pau - *Fueros y Observancias*..., pág. 609.
3.- Dieste. *Diccionario* v. consorcio foral, pág. 131.

bienes de sus ascendientes, ya sea a título de heredero, como de legatario, parece que huelga esta nueva disquisición.

Sin embargo Portolés[1], 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 efectua 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 instituídos y otros como preteridos, afirmando que entre ellos no existirá consorcio porque suceden por distinto derecho.

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*

1.- Portolés - *Tratado de consortes...*, cap. VIII y XXXIV.

diverso iure, ius accrescendi locum non habet"[1]. 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 obra[2]: "*Idem resolvendum est, quando plures fratres, in requadam particulari legatarii relicti 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 coniuctio 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 nuestra 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.

Parte de la doctrina posterior a Portolés, reitera, sin fundamentarla, esta exigencia de un mismo derecho para inducir consorcio. Así Franco y Guillén[3] 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 Dieste[4] 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 subrogandose, v. gr. el hijo donatario de un cónyuge (sic), concurrente con tío consorte del padre difunto"[5]. También

---

1 - Portolés - Tratactus..., cap. XXXIV, nº 4 y 68.
2.- Portolés, Jerónimo - *Tractatus de consortibus*..., cap. VIII, nº 7.
3.- Franco y Guillén - *Instituciones*..., pág. 224.
4.- Dieste - *Diccionario*, v. consorcio foral.
5 - 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 dona inter vivos a un hijo su parte consorcial; este hijo entiende Portolés que, en virtud de lo dispuesto en la Observancia 14 *De consortibus ejusdem rei*, se subroga en la posición de consorte que el padre tenía y así puede acrecer la cuota que deje vacante el consorte sin descendencia. Al ser este un problema de consorcio subsiguiente lo trataremos en el lugar oportuno.

es Portolés su fuente. Gutiérrez[1], en cambio apoya su exigencia del mismo titulo en Portolés y Franco Guillén, repitiendo las palabras de éstos. Ya en este siglo sostienen la necesidad de mismo título, Martín Costea[2], Otto Escudero[3] y Muñoz Salillas[4].

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 trataremos al desarrollar este tema a la luz de la regulación que de la figura hace la vigente Compilación.

VII.- BIENES RECIBIDOS A TITULO DE DONACION.

1.- La donación en la Compilaciónde 1247.

Cabe ahora plantearse la siguiente cuestión ¿qué suerte seguían las donaciones que el *decuius* 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 las breves notas que, sobre el derecho sucesorio, hemos puesto al comienzo de este capítulo, ya dejamos constancia del 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. También veíamos como 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.

1.- Gutiérrez Fernández, Benito - *Códigos* - Tomo VII, Madrid 1874, pág. 439.
2.- Martin Costea, Alberto - *Del consorcio foral*, pág. 21.
3.- Otto Escudero, Nicolás - *Elementos...*, pág. 175.
4.- Muñoz Salillas, Juan - *El consorcio foral* A.D.A. 1953-54, pág. 133.

Pues bien, teniendo los padres facultad para mejorar a alguno de sus hijos, ¿entraban tales donaciones, en el supuesto de ser partes alícuotas 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 particular[1]. 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 Lalinde[2] 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 prohiben 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 contrajeren matrimonio, que es lo que constituye lo que denominamos *"heredamiento"* ..."Está reconocido, continúa el profesor, 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.

1.- Alonso Lamban, M. - *Las Formas Testamentarias en la Alta Edad Media de Aragón,* R.D.N. 1955, pág. 16 y ss.

2.- Lalinde Abadía, Jesús - *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón,* pág. 43.

Sin embargo el Obispo D. Vidal parece excluir del consorcio los bienes que los hijos reciban por donación: "Empero, si aqueilla cosa antedita pertaynnesce a dos, non como cosa de hermanos o cormanos que descenciesse en eillos por razón de heredar, mas si pertaynnesce a eillos por otra razón o por otro título, *es assaber si aqueilla cosa lis fué dada a eillos* o *leixada* o la *ganaron* por alguna otra razón, el uno, qui [non] consentió, aqueill aillenamiento puede revocar quoanto a la su part et apropriar su part para sí et la otra partida o las otras partidas d'aqueill que aillenó deven finquar en aqueill que recibió el aillenamiento..."[1]. 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 bienes[2]. 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 obra[3], 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 primeros[4], dice: "Empero, si alguno qui ha algo, non por hermandat *mas por donadío,* 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 quoal 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 conpra 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 nuestro entender, un poco oscuro. Veamos: en la primera frase parece que los bienes recibidos por donación tienen el mismo régimen

---

1.- Vidal Mayor, libro IV, parágrafo 29 (14).
2.- 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 aunque sus componentes fueran hermanos. Como vemos en D. Vidal y también en Bardají.
3.- Vidal Mayor, libro VI, parágrafo 18.
4.- Con claras interferencias con lo preceptuado para acrecimiento en el Fuero General de Navarra.

sucesorio que las cosas que ya se han dividido, con lo que resultan excluídas las donaciones de la comunidad consorcial. A continuación establece el recobro de donaciones por los padres[1], cuando el hijo donatario muere sin descendientes, "la quoal cosa no es en la cosa que es partida". Creemos 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 excluídas del haber consorcial los bienes que los hijos reciban de sus padres por donación: ahora bien, si recordamos el régimen que regía éstas 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"[2]. Entendemos, así, que las donaciones que parecen excluídas de la comunidad consorcial eran éstas dadas como mejora, a las que D. Vidal llama donaciones "oltra su part"[3], es decir las dadas a más de la "parte" que por derecho natural (dice D. Vidal) correspondía a cada hijo[4]. Este carácter de mejora, por causa de mera liberalidad,

---

1.- Parece opinión común en la doctrina (por ejemplo Isábal (*Exposición...*, pág. 306 y Lalinde Abadía, Jesús - *Comentarios a la Compilación...*, pág. 82) que el Fuero de Daroca de 1311 "*De successoribus ab intestato* " rectificaba la troncalidad del "Fuero *De rebus vinculatis* " de la Compilación oscense, al establecer que las donaciones realizadas por los padres a los hijos, muriendo éstos intestados y sin descendencia, revierten 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, sin que hable de donaciones especialmente vinculadas.

2.- Lacruz Berdejo, José Luis - *La claúsula "si sine liberis decesserit " en el Derecho Aragonés* - Libro homenaje a D. Juan Moneva y Puyol. Ed. Estudios de Derecho Aragones. Zaragoza 1954, pág. 586.

3.- *Vidal mayor*, libro V parágrafos 51, 52 y 53.

4.- *Vidal Mayor*, libro VI, parágrafo 20 (17) "... que tant solament de lª heredat o lª possessión o de lª tierra el padre o la madre pueda hondrar al I de los fillos et las otras cosas non movibles sean partidas ygoalmente entre los otros fillos". (27) "... por tal que el derecho de natura que pertaynnesce a los fillos en los bienes del padre et de la madre non pueda ser engaynnado o aminguado".

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"[1].

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" anticipada[2].

Creemos, en definitiva, que las únicas donaciones que en el régimen de la Compilación de Huesca, parecen estar excluídas 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 que sería todo el caudal hereditario si los padres no habían hecho uso del derecho a mejorar[3].

2.- Posturas doctrinales.

La doctrina anterior a Portolés no parece plantearse directamente el problema de si lo recibido por donación, entraba

---

1 - Vidal Mayor, libro VI, 20 (18) "Assi empero que, si ad alguno de los fillos o de las fillas por razón de casamiento diere entre los vivos alguna cosa sedible o diere alguna suma de aver sobre aqueill sedible,... todo aqueillo li deve ser contado en su part ad aqueill qui recibe aqueillo, si por aventura non li fuere dado aqueillo que lo aia ante la su part, segunt la forma que dita es de suso "*De donationibus* " . Así pues la donación "oltra su part" dada de acuerdo a este Fuero no hay que traerla a partición. Sobre la impugnación de donaciones que exceden los límites del Fuero. Ver Observancia 2 *De donationibus* -S y P. II 31 a- y también Molino (*Repertorio*, v. donatio. folio 112).

2.- Ver cita anterior *Vidal Mayor* VI, 20 (17).

3.- 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 Iudiciorum (Lex Visigothorum, 4, 5, 3). 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 parentes filiis iuxta leges fortasse donaverint"* que hace clara alusión a este tipo de donación *oltra su part* de que hablamos.

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 Portolés[1] 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 incluía la donación, si nos atenemos al significado de la palabra "pertinent" que el Fuero 1° *De Communi 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 convincentes para considerar incluída la donación como título inductor del consorcio entre hermanos. Sin embargo Portolés, basándose en las razones que expondremos a continuación, niega a la donación este carácter, lo que motivó que, a partir de él, la doctrina unánimente 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, Portolés[2], 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, quoníam tunc bona ex successione non obtinent".*

1.- Portolés, Jerónimo, *Tratado de consortes...*, cap. VI.
2.- Portolés, Jerónimo - *Tractatus de consortibus...*, cap. VI.

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 este debe recobrar lo donado: *"... et a contrario sensu inuunt, 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, sané 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 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 possint, necessarium erit resolvere, neque in ipsa, ipsius fori dispositionem locum habere: atque ideò inter fratres donatarios consortium non existere".*

En nuestra 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 Molino[1]: *"Tamen pater, vel mater possunt in vita sua donare inter filios, prout possent in testamento... Ex praedictis ergo patet, in Aragonia valet regulariter donatio generalis omnium bonorum habitorum et habemdorum. 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 Monsoriu[2] dice que los padres

---

1.- Molino. Repertorio, v. donatio. fol. 112.
2.- Monsorin, Bernardino. *"Summa de todos los Fueros y Observancias del Reyno de Aragón"* y Determinaciones de Miguel de Molino..., pág. 327.

pueden dar la hacienda tanto en vida como en muerte a sus hijos. El mismo Portolés en sus Scholia a Molino[1] 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 paccionada[2], pues, aunque técnicamente pueda hacerse distingos entre donación y heredero contractual, resultan en la práctica confundidos ambos institutos[3], y así se considera que los pactos sucesorios, a 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 consideramos, siguiendo a los profesores Lacruz y Sancho Rebullida[4] 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

---

1.- Portolés - *Scholia sive Adnotationes ad Repertorium Micaelis Molino super Foris et Observantiis Regni Aragonum*. Caesaraugustae, v, instrumentum.

2.- Ripolles, Mariano. *Jurisprudencia Civil de Aragón*. T. II, pag. 22, donde dice que en Aragón, especialmente en el Alto Aragón se hereda por medio de donaciones intervivos e irrevocables que generalmente se otorgan al contraer matrimonio los hijos.

3.- Lacruz Berdejo, José Luis. *"Pactos sucesorios"*, ADA. XIII y Batalla Carilla. ADA 1944, pág. 360.

4.- Lacruz Berdejo, José Luis y Sancho Rebullida, Francisco de Asis - *Derecho de Sucesiones* - Barcelona 1961, pág. 487.

ostentan sobre estos bienes los padres donantes, tampoco lo creemos 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 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 creemos pueda ser motivo para excluir los bienes, así recibidos, de la comunidad consorcial, ya que estimamos 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.

En cuanto al argumento de 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 remitirnos 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 intepretación 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 reciban los hijos de sus ascendientes en virtud de donación quedaban excluídos de

la comunidad consorcial. Omitimos en consecuencia, la cita de la doctrina posterior a Portolés, por ser la postura de este autor, doctrina generalmente recibida.

VIII. EXCLUSION DE LOS BIENES ADQUIRIDOS POR OTRO TITULO.

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 nos estamos 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 dividundo*[1] 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 sciencia 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 comunidades, una, la consorcial, que aplicaban a los bienes así obtenidos y la llamada romana o por cuotas disponibles cuando la proindivisión

1.- Fuero 7º *De Communi dividundo: Si unus frater ante divisonem paternorum bonorum ex ipsis bonis aliquid acquisierit, 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.* (S y P. Libro III).

recayera sobre todo otro 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 Haerciscundae*[1] 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 assi es departido segunt el fuero, que si aqueilla heredat o possessión vino a estos por razón de heredar que descendía en eillos de sus mayores, assi como desciende a hermanos o cormanos, aqueill qui non consentio aqueill aillenamiento podrá revocar aqueill feito, en guisa que aqueill qui recebió aqueill aillenamiento non puede ren retener d'aqueilla heredat o possessión ni en todo ni en partida..." "... Empero si aqueilla cosa antedita pertaynnesce a dos, non como cosa de hermanos o cormanos que descendiesse en eillos por razón de heredar, mas sí pertaynnesce a eillos por otra razón o por otro título, es assaber si aqueilla cosa lis fué dada a eillos o leixada o la ganaron por alguna otra razón el uno, qui non consentió, aqueill aillenamiento puede revocar quanto a la su part et apropiar 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, assi como avian los otros ante del aillenamiento o del obligamiento".

Vemos claramente en este pasaje del Vidal Mayor que existían dos tipos de comunidades, 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 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

---

1.- *Vidal Mayor*, Trad. Tilander, Lund 1956, libro IV, parágrafo 29.

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 excluídos de la comunidad consorcial lo reitera el obispo D. Vidal, un poco más adelante[1]: "Las cosas que comunalment son possedidas sin partidas de muitos[2], de quoal se quiere condition que sean, si quiere que sean grandes, si quiere chiquas, cada I parçonero d'aqueillas cosas podrá la su part vender, dar, empeynnar o aillenar en quoal quiere manera quisiere... Et estas cosas han logar en aqueillas cosas que non vienen por heredamiento de hermandat nin descienden nin vienen de dreitage de padre, de madre o encara de avolorio, quar en aqueillas cosas han logar aqueillas cosas que en el fuero o en el capítulo de iuso se contienen". "Demientre la possessión o la heredat que viene de avuelo, de avuela, de padre, de madre, de hermano o de cormano es possedido d'aqueillos comunalment por cosa non partida qui son clamados a heredar, aqueilla 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 manfiesto Bardají[3], que excluye de la comunidad consorcial los bienes que los hermanos adquieran por otro título: *Itaque, si inter fratres ex emptione, vel alio título facta est per eos acquisitio ab extraneo communiter pro indiviso alteri eorum volenti recedere a comunione copetit haec actio mixta communi dividundo, vt dictum est in praefatione poterit vter eorum ante factam divisionem partem sua alienare, prout de iure per iuramentum supra al legetum, ex quo haec prohibitis non extenditur ad alia bona.*

Igualmente Portolés[4] con apoyo en Juan Pérez de Patos y Bagés, afirma que no procederá el consorcio en bienes que los

---

1.- *Vidal Mayor*, Libro IV, parágrafos 36 y 37.
2.- Recordemos que "partidas", "part" era el haber hereditario que a cada hijo correspondía.
3.- Bardají, Ibando. *Comentarii in quator...*, folio 364.
4.- Potolés, Jerónimo. *Tractatus de consortibus...*, cap. VII.

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 haec 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 adquisito 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 Compilación.

IX. REGULACION ACTUAL.

1. Adquisición a título gratuito.

El artículo 142 de la vigente Compilación de Derecho civil Aragonés, considera como título originador del consorcio "el título gratuito": "cuando varios hermanos adquieran de un ascendiente pro indiviso y a título gratuito..."

Aunque, como bien dice el profesor Lacruz[1], la sucesión universal no puede considerarse, en rigor, como una adquisición a título gratuito, pues se halla fuera de la oposición entre lo gratuíto y lo oneroso, en este artículo está asimilada a aquella, con la que, en efecto, presenta mucha mayor semejanza.

1.- Lacruz Berdejo, José Luis. *El consorcio foral...*, pág. 333.

Así, por la expresión utilizada en el artículo 142 de la Compilación, debe entenderse la adquisición en virtud de heredero, legado y donación.

La exigencia de título gratuíto de adquisición viene, sin duda, a constatar el hecho de que, como dice el profesor Lacruz[1]: "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 participaciónes. 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 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*, y que a pesar de ésto tienen un claro fin sucesorio, el problema estaría expuesto en los mismos términos que ahora con la nueva redacción.

La misma compilación, en el art. 101 determina que "la donación universal de bienes, habidos y por haber, equivale a institución contractual de heredero, salvo pacto en contrario. Es decir que hay una estrecha analogía entre las dos figuras[2] y presenta idénticos problemas en cuanto título inductor del consorcio.

1.- Lacruz Berdejo, José Luis. *Elementos de Derecho Civil.* Sucesiones. Bosch, 1888, pág. 16.
2.- La Sentencia de 27 de enero de 1.949, entre otras, dice que la sucesión en Aragón se puede hacer por contrato gratuito.

¿Y qué decir de la partición hecha por el testador en vida? Esta donación partición, que, como dice Martinez Radío[1], lo más saliente de ella es su carácter híbrido, y que como explican los profesores Lacruz y Sancho Rebullida[2], "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 existirán, 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 fín de que no quedaran fuera del consorcio bienes obtenidos por fórmulas *inter vivos*, pero con finalidad sucesoria[3]. En consecuencia creemos que el título exigido en el artículo 142 no ha hecho 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 citábamos.

1.- Martinez Radio, Antonio. *Partición extratestamentaria hecha por el testador*, pag. 397 libro homenaje a Roca V. III.

2.- *Curso elemental de Dº civil* T. VIII, pag. 148. Madrid 1.951.

3.- Según consta en los trabajos de la comisión para la redacción de la Compilación de 1967 (donde, como se, sabe se reincorporó la figura del consorcio a la legislación aragonesa) que se encuentran en los archivos del Ministerio de Justicia, de la redacción del art. 142 se encargó el profesor Martín-Ballesteros y Costea. Algunos años más tarde, este foralista en su trabajo sobre "Los Derechos hispánicos", que sirvió de Ponencia en las Jornadas de Derecho Aragonés, celebradas en Jaca en 1971 (publicadas en ADA 1970-71, pág. 87) al referirse al instituto que ahora nos ocupa, dice: "por este consorcio foral la situación mil veces repetida de varios hermanos o hijos de hermanos que adquieren de un ascendiente proindiviso y a título gratuito (léase, por herencia) (sic) unos bienes inmuebles ...", es decir que como el mismo autor del artículo pone de manifiesto el título para inducir consorcio es el mismo ahora que en el Derecho histórico: la sucesión.

X.- INICIO DEL CONSORCIO EN CASO DE DONACION.

Esta exigencia de título gratuito que la legislación vigente establece, Merino Hernández[1] considera que cambia radicalmente la situación, respecto a lo dispuesto por los Fueros y Observancias, "provocando una serie de problemas que no se presentaban en el Derecho histórico". Así, pone este autor de relieve que al incluir la legislación vigente la donación *inter vivos* como título consorcial se presenta una contradicción entre el artículo 142 y el artículo 130 del mismo cuerpo legal[2] dado el acrecimiento consorcial y la reversión de donaciones regulada en el artículo 130. Cuestión que ya hemos visto planteaba Portolés para el Derecho histórico.

En efecto, el artículo 130 dispone 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". Así, dice Merino, en 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, se formará sobre tales bienes y entre los donatario, 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, ateniéndonos al artículo 142, su parte consorcial acrecerá a los demás consortes y sin embargo por aplicación del artículo 130 dicha parte corresponde a los propios padres donantes.

Verdaderamente el supuesto que Merino Hernández plantea se ajusta enteramente a la situación legal 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, ahora Merino Hernández en bas, 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

---

1.- Merino Hernández, José Luis - *El consorcio foral...*, pág. 93 y ss.

2.- Si bien esta concreta cuestión la analizamos en el capítulo dedicado al acrecimiento consorcial, haremos aquí una breve exposición, por cuanto puede afectar al inicio del consorcio.

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". Creemos que está en un error Merino Hernández por cuanto su afirmación contradice 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.

Avala nuestra posición el profesor Lacruz[1] cuando dice: 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, es, a nuestro entender, considerar que el recobro de los padres donatarios es preferente sobre el acrecimiento consorcial. No será 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[2], que estando de acuerdo con la postura de Merino, en cuanto a estimar preferente el derecho de recobro, añade: "Mas lo que se aplaza, en mi opinión, es sólo el efecto de acrecimiento previsto en el artículo 142, 1, 3º: no la prohibición de enajenar ni la sucesión de los propios hijos del donatario de cuota". En definitiva creemos 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, estimamos, se resolverá, dando

---

1.- Lacruz Berdejo, José Luis - *El consorcio foral...*, pág. 333.
2 - Lacruz Berdejo, José Luis - *El consorcio...*, pág. 337.

preferencia al derecho de recobro sobre el acrecimiento, establecido a favor de los demás consortes.

XI.- INICIO DEL CONSORCIO EN CASO DE CONTRATO SUCESORIO.

El artículo 89 de la vigente Compilación de Derecho Civil Aragonés recoge la institución contractual de heredero como una de las formas de deferirse la sucesión *mortis causa*. El artículo 99 declara la validez de los pactos sucesorios convenidos en capítulos matrimoniales, los que se hagan en cualquiera otra escritura pública y los que se otorguen en el marco de las instituciones familiares consuetudinarias.

Estos pactos consisten en un convenio celebrado entre instituyentes e instituídos, por cuya virtud los primeros asignan a los segundos todo o parte de su patrimonio, en determinada forma y proporción, surtiendo sus efectos desde el instante mismo de la celebración del mismo. Su contenido económico y jurídico puede ser muy variado, dados los términos del artículo 100: "Los pactos sucesorios pueden contener cualesquiera disposiciones *mortis causa* a favor de los contratantes, de uno de ellos o de tercero, a título universal o singular, con las sustituciones, reservas, modalidades, cargas y obligaciones que se estipulen". En consecuencia, a través de estos contratos sucesorios se puede producir, desde la efectiva transmisión de la plena propiedad a favor de los instituídos, pasando por la reserva usufructuraria a favor de los instituyentes, hasta el pacto o convenio sin actual transmisión de derechos.

Ya hemos resaltado la estrecha analogía que guardan estos pactos sucesorios con el instituto de la donación, como evidencia el artículo 101 de la propia Compilación. Es esta similitud la que hace a Merino Hernández[1] afirmar que: "mientras los instituyentes vivan, el consorcio foral no entrará a surtir sus efectos entre los posibles instituídos en bienes inmuebles indivisos". Y más categórico: "... en el supuesto de transmisión gratuíta 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

---

1.- Merino Hernández, José Luis - *El consorcio foral...*, págs. 99 y 108.

beneficiarios no tendrá lugar sino cuando el instituyente haya fallecido". Considera Merino que mientras viva el instituyente podrá existir una comunidad ordinaria entre los instituídos 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 transmita 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 vidual.

Realmente la postura del notario Merino en este punto es, como no podía ser menos, totalmente consecuente con la adoptada por él mismo respecto a la donación como título consorcial, al igual que la nuestra, y así, opuestamente a Merino, creemos que, dada la dicción del artículo 142, el consorcio nace en el momento que se perfeccione el pacto, si bien como antes apuntábamos para la donación, el efecto de acrecimiento estaría supeditado a las claúsulas pactadas.

XII.- SUCESION MEDIATA O INMEDIATA.

Dados los términos empleados por el artículo 142 de la Compilación, creemos 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 transmitente, 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.

Ya hemos dicho que posiblemente la extensión a los consanguíneos que hace la Observancia 13 *De consortibus ejusdem rei,* significara en su origen la admisión de la sucesión mediata, si los bienes del abuelo habían sido transmitidos primeramente a un hijo y de éste a sus hermanos consortes, pero hoy ésta solución es inaceptable ante el claro tenor del artículo 142 de la Compilación.

La necesidad de la adquisición directa es doctrina común entre los autores que del consorcio se ocupan. Así el profesor Lacruz[1] exige la inmediatez en la adquisición para que el consorcio nazca y en el mismo sentido se expresa Merino Hernández[2].

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 el artículo 142 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 mayoritaria de la doctrina[3], que asumimos, 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 fideicomitente, 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

---

1.- Lacruz Berdejo, José Luis. *El consorcio foral...*, pág. 334.
2.- Merino Hernández, José Luis. *El consorcio foral...*, pág. 89.
3.- Lacruz Berdejo, José Luis y Sancho Rebullida, francisco de Asís. *Elementos de Derecho civil - Derecho de Sucesiones* . Bosch 1988, pág. 347.

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, estimamos, al igual que hemos visto 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 el artículo 142 de la Compilación. El único problema que surge al respecto es determinar el inicio del consorcio, si bien estimamos que el mismo sólo se iniciará cuando coincida la titularidad actual de dos o más sucesores hermanos o primos.

El profesor Lacruz[1] 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 así con nuestra postura.

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 condicional[2], 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

---

1 - Lacruz Berdejo, José Luis. *El consorcio foral...*, pág. 330.

2.- Tesis mantenida, entre otros, por la profesora Diaz Alabart, Silvia: *"El fideicomiso de residuo: su condicionalidad y límites"*. Bosch, 1981.

creemos 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 el artículo 142 concede a todo consorte. En definitiva y reiterando nuestra posición consideramos que el consorcio sólo se inicia cuando coincide la titularidad actual de los dos sucesores hermanos o primos.

2.- 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 palabra de Palá Mediano[1], rompe con los dogmas de escuela, ya que en ella los herederos son designados después del fallecimiento, una vez abierta la sucesión, y, a la que García Goyena[2] dedica encendidos elogios, aparece hoy regulada en los artículos 110 a 118 de la Compilación, 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 Pala Mediano[3]. La Compilación actual le dedica, como hemos dicho, nueve artículos, haciéndola objeto de una ordenación general, según la cual cada cónyuge puede nombrar fiduciario al otro para que ordene la sucesión entre descendientes y parientes consanguíneos hasta el cuarto grado; y de una regulación especial para ordenar la sucesión de la casa. En este segundo supuesto puede encomendarse la fiducía a dos o más parientes, pero sin que pueda ser excluído el cónyuge viudo, cuando no quedasen más hijos que los habidos con él.

Cabe preguntarse, a la vista de esta institución aragonesa, si los bienes recibidos de un ascendiente existiendo nombramiento

---

1.- Palá Mediano, Francisco. *"La fiducia sucesoria"* ADA XIII, pág. 451.
2.- Garcia Goyena. *Proyecto de Código Civil de 1851,* comentarios al art. 663.
3.- Palá Mediano, Francisco. *Derecho de sucesiones a causa de muerte.* B.C.A.Z. XXVI, pág. 128.

de fiduciario encargado de distribuir la herencia, se entienden recibidos por sucesión mediata o inmediata. A esta cuestión contesta Merino Hernández[1]: "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 parece clara en cuanto a considerar que la sucesión así producida no pierde su carácter de directa, pues, como afirma Palá Mediano[2] "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, si bien a falta de administrador, nombrado por el causante, suele ser el fiduciario gestor del caudal relicto hasta que el sucesor o sucesores una vez nombrados, se hagan cargo de la herencia[3].

En cuanto al inicio del consorcio, dado que el fiduciario puede cumplir el encargo de una o de varias veces, se producirá cuando coincidan dos hermanos o primos en la titularidad de un mismo inmueble relicto o en grupo de ellos.

1.- Merino Hernández, José Luis - *El consorcio foral...*, pág. 89.

2.- Palá Mediano, Francisco. *"La fiducia sucesoria"* ADA XIII, pág. 453.

3.- Castán Tobeñas, José, como ponente en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de Octubre de 1944 dijo respecto a la fiducia: "la cuestión del carácter o consideración que haya que atribuirse al fiduciario dá origen en el Derecho moderno, con relación a las herencias de confianza, a una dogmática de rasgos poco precisos, dominada por la separación de dos fases o aspectos diferentes, pues en el aspecto externo o formal y en la fase anterior a la revelación de la fiducia, se estima que el fiduciario o heredero de confianza ostenta la condición de titular del patrimonio herediatario, mientras que en el aspecto interno o material y principalmente en la situación que se produce a virtud de la revelación de la confianza, se estima que el confideuciario es una especia de mandatario del testador, mero depositario y ejecutor de la voluntad de éste, según las instrucciones de él recibidas". Ver comentarios a la misma realizados por *BONET RAMON, F.* en R.D.P. 1945, pág. 42 y ss.
"La naturaleza jurídica de la fiducia ha sido calificada de muy distintos modos por la doctrina. *LACRUZ* la considera estipulación sucesoria preparadora de la regulación de una sucesión futura, de carácter fiduciario y limitada a la distribución de los bienes. *VALLET DE GOYTISOLO*, como delegación testamentaria. *ALPAÑES*, autorización o facultad de modificacion jurídica de carácter potestativo y finalidad familiar.

XIII.- SUCESION A TITULO UNIVERSAL Y A TITULO PARTICULAR: ¿SE NECESITA UN MISMO TITULO PARA FORMAR EL CONSORCIO?

La cuestión planteada, como hemos visto, en el Derecho histórico, de si para inducir consorcio era preciso recibir los bienes por sucesión universal o el mismo igualmente se formaba en el supuesto de sucesión a título de legado, ya no cabe hoy plantearla, por cuanto al referirse el artículo 142 de la Compilación, a adquisiciones "a título gratuíto" dentro de éste se entiende tanto las adquisiciones en virtud de institución de heredero, como de legatario. Sin embargo, se presenta en este caso una situación interesante, en cuanto que hay posiciones divergentes en la doctrina, que vamos a tratar.

¿Es necesario para que el consorcio nazca que la adquisición sea, no sólo a título gratuito y proindiviso, sino también que los hermanos y sobrinos hayan devenido a la proindivisión en virtud del mismo título o derecho?

Veíamos, 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, dice, 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, veíamos también que un sector doctrinal siguió, sin fundamentarla, esta postura romanista de Portolés, y entre los autores que tal hicieron estaban Franco y Guillén. En la actualidad es el notario Merino Hernández[1] el que, ya con referencia al

---

1.- Merino Hernández, José Luis. *El consorcio foral...*, pág. 90.

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 razón de la misma, pues si antes los Fueros y Observancias no autorizaban ese distingo, tampoco lo autoriza la dicción del artículo 142 de la Compilación.

El profesor Lacruz Berdejo[1] opina, opinión que compartimos[2], 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 por el artículo 142".

En este mismo sentido se ha expresado el Tribunal Supremo, al afirmar en reciente sentencia, (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 diremos que, concurriendo los presupuestos que establece el apartado 1º del artículo 142 de la Compilación: adquisición por varios hermanos o hijos de hermanos, de un ascendiente (común) un bien inmueble (o grupo de inmuebles) y a título gratuito, 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 constituído las porciones originarias pierden su propia sustantividad.

1.- Lacruz Berdejo, José Luis. *El consorcio foral...*, pág. 330.

2.- Sánchez-Friera, Mª Carmen. *"El consorcio foral en su relación con el Registro y Catastro"*. Revista "El Catastro" ed. Mº de Economía y Hacienda, Abril 1990, pág. 54.

CAPITULO 6°

ADQUISICION PROINVIDISO

I.- 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 quellos 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. 1° y 2° tit. *De Communi 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 heredat o possessión 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 heredat... non deve ser aillenado aqueyll dreito. Empero, si muitos partieren entre sí los bienes que heredaron sin destin d'alguno o con destin,... et en guisa que non seynnalen a cada I cierta part, mas a dos ensemble o a muitos assignaren aquella part non partida que la possedezquam aqueillos que assi fueron clamados a Iª part non departida, quantos quiere que eillos sean, ninguno d'eillos non podrá aillenar 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..."[1].

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 1° *De Communi dividundo*[2]. 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..."*[3].

Si la referencia al estado de indivisión de los bienes heredados de los ascendientes, es nota común en la doctrina, es, sin embargo, Portolés, el autor que expone con profusión de supuestos 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, sí 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,

---

1.- *Vidal Mayor*- IV, 30.
2.- Citados por Portolés, *Tratado de consortes*, cap. VIII.
3.- Molino - *Repertorium* - v. succesio, fº 308 v.

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 142 de la vigente Compilación, exige para que exista el mismo la proindivisión 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 *intervivos*, y ulteriormente otros hijos o acaso el donatario y sus hermanos, la reciben por sucesión testada o intestada, se produce la "adquisición proindiviso" requerida por el artículo 142. Lo mismo sí recibido por un hijo un tercio de la finca por legado y 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.

En este ejemplo es problemático determinar en qué nomento se inicia el consorcio ¿existía antes de abrirse la sustitución fideicomisoria? Es decir ¿podría el hijo heredero o legatario puro enajenar su mitad indivisa mientras no se abriera la sustitución? El profesor Lacruz[1] estima que, aun no faltando argumentos para estimar nacido el consorcio desde el primer momento, sin esperar a que se abra la sustitución, cree preferible la solución que aplaza el consorcio hasta que, por muerte del fiduciario, entre en la posesión de los bienes el sustituto fideicomisario. Opinión que compartimos considerando que el consorcio sólo se inicia cuando coincide la titularidad actual de los dos sucesores hermanos o primos.

1.- Lacruz Berdejo, José Luis. *El consorcio foral*, Instituto de Moneda y Timbre, pág. 330.

Como hemos expuesto en el capítulo dedicado a tratar el título adquisitivo, tampoco es necesario que a la proindivisión 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. Nos estamos refiriendo al supuesto planteado en el fuero 3° *De Communi dividundo*[1], y a la Observancia 3ª *De Consortibus ejusdem rei*[2]. 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 1° y 2° del mismo título.

¿Significa este Fuero 3° 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 suceptibles 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

---

1.- 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, tertiare, 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. Veruntumen redditus eorum debent & possunt dividi secundum, quod haeredes habent partem in eis.*

2.- *Item, Forus qui loquitur, quod fratrer non protest alienare, vel obligare bona patrimonialia alteri: intelligitur de bonis, quar secundum Forum dividi possunt: alia vero, quae commode dividi non possunt, ut furnus et similia: bene possunt obligari, vel alienari* (S y P. II, 25 b).

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, creemos 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 Observancias[1] el fuero aparece recogido con el nº 3 de los comprendidos bajo el Título *De Communi dividundo.* En los Fueros de Aragón contenidos en el Ms. 458 de la Biblioteca Nacional[2] viene regulado en los parágrafos 172 y 176, inmediatamente después de la regulación de la comunidad consorcial y de la partición entre hermanos.

También el Fuero de Jaca[3] 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 parágrafo 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 nºs 69 y 70) y en la E en el parágrafo 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, y que ha publicado Ramos Loscertales.

Es especialmente significativa la Recopilación contenida en el Ms. 41 de la Universidad de Zaragoza[4] que en su parágrafo 45, regula el consorcio foral. En este parágrafo se incluye en un mismo fuero, las disposiciones sobre el distinto régimen a que están

---

1.- Savall y Penén.
2.- Tilander, Gunnar - Lund 1937.
3.- Molho, Mauricio. *Fuero de Jaca.* Consejo Superior de investigaciones científicas - Escuela de Estudios Medievales. Zaragoza, 1964.
4.- Ramos Loscertales, José Mª - AHDE V.

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 acrecimiento consorcial cuando en la división se adjudican lotes en proindivisión a dos o más hermanos[1].

Lo que queda claro por esta Recopilación, dada la colocación sistemática de los preceptos forales y su expresivo *"tamen"*, 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 consorial.

Así, el fuero 3° 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

---

1.- M. 41. Universidad Zaragoza - Trans. y publicación Ramos Loscertales AHDE V -45- *Hereditates que, perveniunt filiis et filiabus ex paterno et materno iure defu(n)ctia genitoribus, ullus filius vel filia non potest nec debet aliquo modo vel pacto alicui dare, vendere, impignorare seu quelibet modo alienare porcionem que sibi contingere debet ex genitoribus, donec quisque certis metis, divise et determinate cognoscat porcionen 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, quia non possu(n)t dividi, siquis ex hereditatibus voluerit partem suam dare, vendere, aut impignorare alicui in instrumento seu carta que fiet de facto illo, ita contineatur: "dono, vendo, vel mito, tibi in pignore mediam partem 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 contigerit quod duo et duo, aut tres et tres, seu plures erunt in simul in sortibus hereditatum, et evenerit quod antea moriatur unus quam divise cognoscat suam parte, non possunt alii fratres petere partem in porcione illa nisi cum quo erat in sorte.*

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 códice J.J.N.N. de los Archives Nationales de París, se introduce la expresión *per avalori o per patrimoni*. Con esta clara referencia vemos que la regulación se refiere 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 consorial, que quedan así reservadas para ser aplicadas sobre los bienes consorciales indivisos pero suceptibles 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, esto 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 creemos 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 prohibe 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 Vidal[1].

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 *aliud*, aljibe; era la servidumbre *aqua 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 agua[2].

2.- Los bienes indivisibles en las Observancias.

La Observancia 3ª *De consortibus ejusdem rei*[3], que recoge a la letra la contenida en el nº [7] del mismo título de Jaime de Hospital[4], confirma lo preceptuado por el Fuero 3º *De Communi dividundo*, 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 furnus, 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 amplitud, 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".

1.- *Vidal Mayor*, libro VIII, parágrafo 32.

2.- Tilander, Gunnar - *Vidal Mayor* T. II - Vocabulario - Lund 1956 - en el Vidal Mayor, T. J, libro IV, parágrafo 38 (7) (14) (30) y en el parágrafo 39 (5) del mismo libro IV consta la significación que de castieyllo hemos señalado. Dado que en la edición de Savall y Penén figura en el Fuero 3 *De Communi dividundo*, "Castella", cuya significación es castillo, parece apoyar la hipótesis, mantenida por el profesor Delgado Echeverría (Vidal Mayor, un libro de Fueros del siglo XIII, pág. 55) en contra de lo sustentado por Pérez Marín, Antonio (Fori Aragonum, pág. 6, 1979) y Meijers de que la primera versión de los Fueros de Huesca fué realizada en latín. Así tendriamos que al traducirse a romance no dieron a la palabra su verdadera significación.

3. O.R.A. III, *De consortibus ejusdem rei*, 3. S y P. 25 b.

4.- Hospital, Jaime de - *Observancias del Reino de Aragón* Titulus IX - *De consortibus eiusdem rei* - [7].

Con lo que puede ampliarse el número de los excluídos del régimen consorcial, sólo con el criterio de evitar la división si con ella se menosprecia considerablemente el bien en cuestión.

3.- Régimen de los bienes indivisibles en otros Textos medievales españoles.

El historiador Martínez Guijón[1] al estudiar el régimen de la comunidad hereditaria en la Edad Media, hace unas interesantes afirmaciones respecto al tipo de bienes que estamos estudiando. Así afirma, que existen dos regulacione distintas en el derecho medieval con relación a esta clase de bienes cuyo disfrute corresponde en común a todos los coherederos. Una, que considera más antigua, deja subsistente la comunidad sobre estos bienes y establece un sistema para su aprovechamiento. Otra, más moderna e individualista, propia de las fuentes de la recepción y de aquellas otras en las que ya es posible hablar de cierta influencia romana, tiende a la disolución de la comunidad.

En la primera sitúa Martínez Guijón, el Derecho territorial castellano[2], Derecho aragonés y el Fuero navarro de Viguera y Val de Funes[3]. En la segunda, que considera se inicia con el Fuero de Soria[4] y, más tarde, se recoge en el Fuero Real. En el primer grupo se regula la división de la renta que estos bienes produzca entre los

---

1.- Martínez Guijón, José. *La comunidad hereditaria y la partición de la herencia en el Derecho medieval español.* A.H.D.E. 1957-58, pág. 290 y ss.

2.- *Libro de los Fueros de Castilla* 281. Título de como los herederos non deven partir lagar ni molino nin forno, mas deven partir la renta. "Esto es por fuero: que lagar nin molino nin forno non se deve partir, mas deven la renta cada anno como an la heredat. Et otrosy árbol que ayan ambos de mancomum non se deve partir, mas deven partir el fruyto del arbol asy commo cada uno a el arbol su part; que sy el arbol quisiere el un heredero quel taissen e lo partiessen, los otros no lo deven taiar; que non serie derecho de partir asy el arbol e perderlos unos por los otros". *Fuero Viejo de Castilla*, libro V, título III, XI (publicado por Asso y De Manuel - Madrid MDCCLXXI). "Logar, molino nin forno non se deven partir, mas deven partir ls rentas de cada año, como an la eredat. E otrosi arbo, que ayan los omes demancomun non se deve partir, mas deven partir el fruto del arbol; e si los unos quisieren que tajen el arbol, los otros no deven dejar quel tajen, ça non seria derecho de partir el arbol, nin perder los unos por los otros".

3.- *Fuero de Viguera y Val de Funes*, 338. Qui vende su parte de molino.- "Otrosi si alguno vendiere su parte de molino o de forno o de otra tal cosa de que non puedan fer partición sion que fagan expensas por las partes, et las partidas resciban las ganancias por mesura o por cuenta, bien puede vender su parte nonmbrando con sus firmanzas e valdrá".

4.- *Fuero de Soria* 348 " Si algunos herederos o companneros ovieren alguna cosa de cosumo que non se pueda partir sin danno, assi como siervo o asno o molino o lagar, non puedan costrennir los unos alos otros que partan, mas abengnasse de vender la a alguno dellos o a otro o de sortear la entressi con apreçiamento dotras cosas, si las ovieren, o de dineros: asi en esta quisa non se pudieren abenir, arrienden la et partam la renta entressi". *Fuero Real* 3, 4, 2,

herederos[1]. Viendo Martínez Guijón un Derecho más elaborado en Aragón, respecto al castellano, por cuanto, a más de regular el reparto de beneficios, permite a cada coheredero disponer libremente de la parte que en esos bienes le corresponde[2].

En la segunda regulación, los herederos, en relación con estos bienes, pueden acordar: su venta, la adjudicación a un coheredero mediante el sorteo, o bien, el arrendamiento y la partición de la renta. La adjudicación a un coheredero implica que los demás sean compensados con otros bienes, o con dinero, en proporción al valor estimado de las cosas adjudicadas. Como pone de manifiesto Martínez Guijón esta regulación, tiende a la disolución de la comunidad, y la venta de los bienes indivisibles, o su adjudicación a uno de los coherederos son los medios indicados para conseguirlo. El Fuero de Soria, oscila entre el Derecho anterior y los principios de la recepción romana. Posteriormente, en las fuentes en las que la recepción romano-canónica es ya un hecho evidente, el arrendamiento ha desaparecido y, en consecuencia, las Partidas de acuerdo con el derecho romano (D. 4, 3, 22, 1 ; 55) facultan al juez para adjudicar a uno de los coherederos aquellas cosas cuya partición significaría una pérdida de valor.

En Cataluña, al no existir normas concretas que establezcan el régimen a seguir con respecto a los bienes indivisibles, se aplica el Derecho romano y, por tanto, se adjudica la cosa a un coheredero y a otro su valor o se procede a la subasta de la cosa entre los coherederos o entre extraños y se divide el precio entre aquellos.

Estas observaciones, que hace Martínez Guijón, a propósito de la influencia del Derecho romano de la recepción sobre el mantenimiento de la comunidad en bienes indivisibles, nos parecen particularmente interesantes, para comprender la solución posterior que en el Derecho Aragonés se dió a los supuestos de comunidad consorcial sobre este tipo de bienes.

1.- Estas rentas de cuyo reparto se habla, Martínez Guijón las considera fruto de un arrendamiento efectuado por los herederos, sin embargo dado el carácter de uso público de estos bienes, opinamos que más bien representan las ganancias obtenidas por el servicio que prestan y no las rentas de un arrendamiento que implicaría cesión del uso y su contrapartida de no uso por los coherederos propietarios.

2.- En la Recopilación privada de Fueros de Aragón publicada por Ramos Loscertales A.H.D.E. II, en el parágrafo 91 se dispone el aprovechamiento por dias o por semanas por los consortes, y la contribución en los gastos de reparación por común: *De furno et molendino fratrum vel proximorum aut participum. De furno et molendino qui fuerit fratrum vel parentum aut participum, si aliquis ex lis vult partir ad dies vel septimanas si debent partiri et si franguitur mola aut obruitur furnus, in qualicumque die illorum mola frangatur vel furnus cadat, omnes habent pariter emendare et restetuere quia comune est.*

4.- Opiniones doctrinales.

Entre los primeros autores que escriben sobre los Fueros, tenemos a Juan Pérez de Patos[1] que se expresa con bastante imprecisión, al comentar la cuestión que ahora estudiamos, pues, si en un primer momento, admite, con base en el Fuero 3° *De Communi dividundo* y en la Observancia 3ª *De consortibus ejusdem rei,* que los consortes pueden disponer de la parte que les corresponde en los bienes consorciales indivisibles, sin consentimiento de los otros consortes, optando en consecuencia, por la continuación de la comunidad sobre estos bienes, tal como el Fuero propugna, a continuación, imbuido de ideas romanas, opta por la solución que este Derecho preconiza, tendente a la disolución de la comunidad, y así dice que, cuando alguno de los consortes quiera enajenar y se opongan los demás consortes, el juez debe adjudicar el bien a uno de ellos, señalando a los demás otros bienes, si existen en la herencia, o bien, disponer que el consorte adjudicatario satisfaga a los demás la cantidad de dinero equivalente a la porción que cada uno tuviere en el bien. Pero, Pérez de Patos, junto a esta solución netamente romana, recoge también la solución propugnada por el Fuero 2° *De consortibus ejusdem rei*[2], para el supuesto de que los consortes no deseen la venta, sino que quieran continuar con la comunidad sobre el bien indivisible. Oscila así, este autor, entre los preceptos forales y los principios de la recepción romana, opuestamente a lo que habiamos visto en Jaime de Hospital[3] que da una solución netamente aragonesa al supuesto contemplado.

Molino[4] se limita a poner de manifiesto la excepción que representa lo preceptuado el Fuero 3° *De Communi dividundo* y la Observancia 3ª *De consortibus ejusdem rei,* respecto a la indisponibilidad de la cuota consorcial. Y así considera, que la prohibición de disponer impuesta a los consortes por el Fuero 1° y 2° *De Communi dividundo* , se refiere a los bienes indivisos pero suceptibles de división: *Alienatio de bonis indivisis inter fratres licer*

1.- Pérez de Patos, Juan - citado por Portolés - *Tratado de consortes*, cap. 45, nos J, 10 y 14.

2.- S. y P. Libro III, Fuero 2º titulo *De consortibus ejusdem rei: De balneo, furno, aut molendino duorum, aut plurium: si unus eorum voluerit dividere redditus per dies, aut per hebdomadas, ita debent dividere. Et si casu frangatur mola, aut cadat furnus, aut balneum, omnes partícipes debent illud reficere.*

3.- Hospital, Jaime de - *Observancias del Reino de Aragón* - publicado por Martínez Diez, Gonzalo. Zaragoza, 1977 - libro III, ti. IX [7], pág. 141.

4.- Molino, Miguel del - *Repertorio - v. abolorium, v. alienatio.*

sit prohibita donec sit facta divisio de bonis avolorii. Tamen ille forus intelligitur de rebus quae commode dividi possunt. Secus est de rebus quae commode dividi non possunt, vt. furnus et similia, quia illa possunt obligari et alienari etiam ante divisionem. Que los bienes que no admitan comoda división, cuando integren el activo de la comunidad consorcial, no llevan el mismo régimen, en cuanto a disponibilidad de enajenación por los consortes, es algo que Molino no pone en duda y reitera en distintas voces de su Repertorio: *Avolorii bona, quae inter fratres sunt indivisa, licet ante divisionem nullus ex fratribus possit alienare partem suam alteri... Tamen hoc procedit in bonis quae commode dividi possunt. Secus est in bonis quae commode dividi non possunt, vt. furno et similia: quia talia bona possunt etiam ante divisionem alienari et obligari* remitiéndose esta vez a la Observancia 3ª De consortibus ejusdem rei. *Et sic limitatur dictus forus antiquus per dictam observantiam.*

También Bardají[1] comentando el Fuero 3° *De Communi dividundo,* considera este fuero como una excepción a lo preceptuado en los Fueros 1° y 2° del mismo título: *Ex dispositione huius fori resultat limitatio ad regulam, de qua in foris praecedentibus, quod bona abolorii ante divisionem alienari non possint. Fallit quamdo res, quae descendit ex abolorio est in dividua.* Afirma Bardají que entendiéndose bien indivisible: *quando pars non affert tantam utilitatem respectu partis, quantam totum respectum totius,* es facil explicar los supuestos del Fuero que hablan de castillos, baños, hornos y molinos, por cuanto, dice, si un horno se divide no es de la misma utilidad la parte, para el consorte, que el todo lo era para todos. Y lo mismo ocurre con las casas, sobre todo, dice si son pequeñas. Entiende así, Bardají, que los bienes a que se refiere el Fuero 3° *De Communi dividundo* , son aquellos esencialmente indivisibles, respecto a los que la división material les haría inservibles para el uso a que se destinan.

Busca Bardají la razón de esta excepción que para la disponibilidad de la cuota por los consortes establece el Fuero 3° *De Communi dividundo,* y la Observancia correspondiente *De consortibus ejusdem rei,* y acertadamente, a nuestro entender, dice que ésta puede ser: *quia non est in manu consortis, partem suam agnoscere, ex quo res est indivisibile, et quamuis possit licitari,*

1.- Bardají, Ibando. *Comentarii in quatuor Aragonensium fororum libros* . Caesaraugustae - MDLXXXXII - f. 368.

interest tamen aliquando rem non vendere. Efectivamente, si no puede el consorte conocer su parte, al ser el bien indivisible, no le quedaría mas solución, para salir del consorcio, que promover la venta de todo el inmueble en pública subasta, y ello supondría un grave perjuicio para los demás consortes que no desean desprenderse del bien. De ahí que sea preferible, como dispone el Fuero 3° *De communi dividundo* autorizar a los consortes a que dispongan de su cuota consorcial sobre dichos bienes.

Termina Bardají remitiendo a su contemporáneo Portolés para el estudio de esta materia. Efectivamente este autor[1], considera que la indisponibilidad de la cuota consorcial que establecen los fueros 2° y 2° *De Communi dividundo,* sufre una excepción cuando dicha cuota recae sobre bienes que no se puedan dividir comodamente, excepción que señala, dice, el Fuero 3° del mismo título y la Observancia 3ª *De consortibus ejusdem rei.* Invoca, además, la autoridad de Juan Pérez de Patos, Molino y Jaime de Hospital. Resalta Portolés que esta disposición del fuero 3° *De communi dividundo,* es contraria al derecho común, por cuanto en él, dice, cuando la cosa es indivisible ninguno de los consortes puede enajenar su parte sin el consentimiento del otro consorte: *De iure tamen communi hoc casu secus est, siquidem ubi res indivisibilis est, nullus ex consortibus absq; alterius consortis consensu etiam partem suam alienare potest.*

A pesar de afirmar rotundamente Portolés, que en Aragón el consorte puede enajenar a un extraño su parte en el bien indivisible, sin necesitar el consentimiento de los otros consortes: *quod licet in hoc regno verissimum sit, consorti licere portionem suam indivisibilem sine alterius consortis consensu ante divisionem in extraneum alienare,* a renglón seguido asume la postura romanista de Juan Pérez de Patos tendente, como hemos visto, a la disolución de la comunidad sobre dichos bienes. Y así estima, aplicando principios de Derecho romano, que el régimen a seguir cuando alguno de los consortes quiere enajenar la cosa indivisible o usarla y se oponen los demás, es que el juez adjudique la cosa a un consorte y a los otros su valor, u otro bien equivalente si existe en la herencia, o bien, proceder a la subasta de la cosa entre los consortes, con preferencia, en la adjudicación, a igualdad de

---

1.- Portolés, Jerónimo. *Tratado De consortes y del fideicomiso legal,* cap. XLV.

ofrecimiento, a aquel consorte que tenga mayor cuota en el bien. Y si todos participan en la misma proporción y ofrecen el mismo precio se resolverá por sorteo. Si, en cuanto a la venta del bien indivisible, Portolés, oscila entre dos sistemas claramente opuestos, el aragonés, tendente a mantener la comunidad sobre los bienes indivisibles, y el romano tendente a la disolución de la comunidad sobre ellos, en lo referente al aprovechamiento o uso de dichos bienes oscila entre el derecho aragonés y el castellano consagrado en el Fuero Real[1]. De acuerdo al primero, resuelve, por aplicación del Fuero 2° *De Consortibus ejusdem rei*, la asignación de los frutos y réditos que produzcan los bienes indivisibles, a los consortes, por meses, semanas o días, y de acuerdo al derecho castellano, estima que el juez puede ordenar que dichos bienes sean arrendados, a un consorte o a un extraño, y se repartan las rentas entre los consortes en proporción a su cuota consorcial. Este arrendamiento que preconiza Portolés no lo prevén los Fueros Aragoneses ,que al hablar de reparto de los réditos y frutos de los bienes indivisibles, creemos se están refiriendo al reparto de las ganancias obtenidas por el servicio que prestaban al común de los vecinos, y no a las rentas de un arrendamiento que implicaría la cesión del bien. Sin embargo el derecho castellano (Fuero de Soria y Fuero Real) expresamente prevé el arrendamiento de estos bienes.

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, permitiendo al consorte disponer de su cuota, posibilita la continuación de la comunidad. Y 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 cuanto a que la disposición contenida en el Fuero 3° *De Communi dividundo* sea una excepción a la regulación que de la comunidad consorcial hacen los Fueros 1° y 2° del mismo título, la doctrina posterior a Portolés no duda de este aserto y así tenemos, que Franco de Villalba[2] inicia el comentario correspondiente a este

---

1.- *Fuero Real*, 3, 4, 2.

2.- de Villalba, Franco. *Fororum atque Observantiarum Aragoniae codex*. Cae-saraugustae MDCCXLIII, pág. 359.

Fuero, diciendo: *Forus iste 3, apponere videtur limitationem praecedentibus...* Acogiendo, no obstante, los principios romanos en cuanto a la venta de dichos bienes. Esta es la tónica seguida por la doctrina posterior, en general.

La Ripa[1], al tratar de la división de bienes de la sociedad conyugal, resuelve el supuesto de fundos que no tienen cómoda división con arreglo a los principios de derecho común.

De Asso y de Manuel[2] al tratar el consorcio, mencionan los bienes indivisibles al tratar de la partición de los bienes consorciales y fundándose en el Fuero 2° *De consortibus ejusdem rei,* dicen, que debido a no poder dividirse los precitados bienes, pueden convenirse los herederos en gozar por semanas o meses las rentas de los mismos. Consignando así mismo, entre las limitaciones que señalan a la regla de no disposición, los bienes de carácter indivisible.

Franco y Guillen[3] consideran como excepción a la prohibición de disponer: "cuando los bienes indivisos no admiten cómoda partición como si consisten en horno, molino y semejantes".

Martón y Santa Pau omiten toda referencia al Fuero 3 de *Communi dividundo.* En cambio Blas y Melendo[4], con base en el Fuero 3 *De Communi dividundo* y Observancia 3 *De consortibus ejusdem rei,* dice: "no obstante lo expuesto, (prohibición de disponer) es válida toda imposición de gravamen y también la enajenación de bienes consorciales que no admiten cómoda división, como un horno, o cosas semejantes, siendo divisibles los réditos de estos bienes". En el mismo sentido se expresan De la Peña[5] y Nadal[6].

Ya en el siglo actual, Otto Escudero[7] y Muñoz Salillas[8] no mencionan esta excepción. Martín Costea[9], en el articulado que

---

1.- de la Ripa, Juan Francisco. *Tratado sobre división de bienes,* Zaragoza, 1772 ed, facsimil Cortes de Aragón, pág. 189.
2.- De Asso, Ignacio Jordán y de Manuel y Rodriguez, Miguel. *Instituciones del Derecho Civil de Castilla,* ed. 4ª. Madrid, 1786, pág. 133.
3.- *Instituciones,* pág. 63.
4.- *Derecho civil Aragonés.* Zaragoza, 1898, pág. 355.
5.- *Recopilación por orden de materias de los Fueros y Observancias de Aragón,* pág. 213.
6.- *Instituciones,* pág. 63.
7.- *Elementos,* pág. 173 y ss.
8.- Muñoz Salillas, Juan. ADA 1953-54, pág. 133 y 22.
9.- Martín Costea, Alberto. *Del consorcio foral* s/f. Calatayud, Imprenta La Moderna, pág. 22.

propone para una posible regulación de la figura, también admite la excepción. Pero este autor parece, en un prir.er momento, ir más allá, por cuanto después de enumerar los efectos de la figura consorcial: prohibición de enajenar, y acrecimiento entre consortes, dice: "Que estos efectos se entienden aplicables a los bienes que pueden dividirse, pues los que no admitan cómoda división, como un horno, o cosas semejantes, pueden ser obligados y enajenados". Ciertamente la redacción del artículo parece dar a entender que excluye de la comunidad consorcial estos bienes indivisibles, sin embargo este alcance parece corregirse por la última frase (pueden ser obligados y enajenados).

Hemos dejado para el final al gran foralista Marceliano Isábal, a causa de que su postura en este punto merece más reflexiones. Ya hemos visto por la exposición doctrinal antecedente que la generalidad de los autores han admitido como excepción a la indisponibilidad de la cuota por el consorte los preceptos contenidos en el Fuero 3° *De Communi dividundo*, pues bien, Isábal[1], niega que este Fuero tenga relación con la figura del consorcio foral. Al respecto dice: "Leído atentamente este Fuero (fuero 3°), nada se halla en él que obligue a convenir en que se trata del consorcio, o que al redactarlo se lo tuviera en cuenta, siquiera para exceptuar de su alcance un caso especial. El legislador parece haber querido referirse a una simple comunidad de bienes, y reconociendo el derecho de cada partícipe a la enajenación de su porción indivisa, limitarse a exigirle que haga constar que lo que enajena no es, sino la mitad, o la tercera parte, etc., según lo que le corresponda en la cosa enajenada, sin duda para que no pueda parecer que vende lo que no es suyo, sin necesidad de mediciones ni de amojonamientos, ya que, como indica el fuero, se trata de bienes no suceptibles de partición material". Que el Fuero 3° *De Communi dividundo* forma parte integrante de las disposiciones forales que al consorcio se refieren, no creemos pueda ser objeto de duda una vez expuestas, como hemos hecho, las disposiciones forales que regulan los bienes indivisibles. Especialmente significativo es al respecto el parágrafo 45 de la Recopilación de Fueros de Aragón contenida en el Ms. 41 de la Universidad de Zaragoza[2]. Yerra, en consecuencia, Isábal con esta afirmación que realiza y que la investigación histórica se

---

1.- Isábal y Bada, Marceliano. *El Consorcio foral*. R.D.P. 1918, pág. 292.
2.- Publicada por Ramos Loscertales. AHDE, Tomo V.

encarga de rebatir. Reprocha también Isábal a la doctrina que, por influencia de la Observancia 3ª *De consortibus ejusdem rei,* considere relacionado el Fuero 3° *De Communi dividundo* con el 1° y 2° del mismo título y vea en los preceptos de este Fuero una excepción a la indisponibilidad de la cuota consorcial, alegando que Molino estima limitado por la Observancia 3ª *De consortibus ejusdem rei* el Fuero 1° *De Communi dividundo,* sin hacer mención del Fuero 3° del mismo título, y eso, dice, que ya cuando Molino escribió su Repertorio, aparecía en el volumen foral la apostilla correspondiente[1]. Realmente no parece argumento concluyente, pues aunque Molino efectivamente en su Repertorio *(v. avolorium)* considera la Observancia mencionada como una excepción al Fuero 1° *De Communi dividundo,* sin citar el Fuero 3°, bien pudo hacerlo a efectos interpretativos de la repetida Observancia, como parece deducirse de la nota que figura al margen de la afirmación de Molino *(Intellectum ad observantiam).*

Al comentar Isábal[2] la Observancia 3ª *De consortibus ejusdem rei* dice: "Lo que en un principio, con solo el fuero 3° *De Communi dividundo,* pudo ser dudoso, ya no lo fué desde esta Observancia. Por excepción, el consorte puede obligar y enajenar los bienes que no admiten cómoda división. Es natural seguir exigiendo lo que el fuero ordena, que se precise la parte indivisa que se obliga a enajenar". Y refiriéndose al Fuero 2° *De consortibus ejusdem rei,* comenta, que en su opinión, aunque aplicable al consorcio foral su texto alcanza a toda indivisión de los bienes indivisibles.

Hace Isábal, al final de su comentario sobre los Fueros y Observancias que rigen el consorcio, un resumen de la doctrina que emana de dichas disposiciones y, referente al punto concreto que analizamos, dice: 3° "No están sujetos a consorcio los castillos, baños, hornos, molinos y demás bienes semejantes a éstos, que no admiten cómoda división". La afirmación es perturbadora. Ni el Fuero y Observancia estudiados autorizan, en nuestra opinión, a excluir del consorcio esta clase de bienes. Téngase en cuenta que el consorcio tiene dos efectos principales: la no disponibilidad de la cuota por el consorte y el acrecimiento. A lo único que se refiere, para excepcionarlo, tanto el Fuero 3° *De Communi dividundo* como la Observancia correspondiente, es al efecto de indisponibilidad

---

1.- En la edición oficial (S y P.) figura como apostilla o nota al fuero 2º *De Communi dividundo: Istum forum limita in casibus expresibus in For. sequenti.*

2.- R.D.P. ibidem.

de la cuota ¿arrastra esta disponiblidad las normas sobre acrecimiento? en nuestra opinión no necesariamente. Sobre todo pensando que la "ratio" de la norma es, mantener el estado de comunidad sin que se vea perjudicado el consorte que desea disponer de su cuota; supuesto en el que, dada la regulación del consorcio, tendría que pedir la división del bien, y ésta realizarse, tal como preconizan los principios romanos: subasta o adjudicación a uno, es decir con extinción de la comunidad, y los Fueros son proclives a mantenerla. Si de las disposiciones forales no puede deducirse, en nuestra opinión, que los bienes indivisibles no estén sujetos al consorcio, con apoyo en la doctrina tampoco puede ello afirmarse. Los autores consideran que en esta clase de bienes, no rige la indisponibilidad de la cuota por el consorte pero en ningún momento afirman que la excepción se refiera al acrecimiento. Es cierto que omiten hablar del tema, pero sí que claramente presentan estas disposiciones como excepción a la no disponibilidad.

En nuestra opinión, el Fuero 3º *De Communi dividundo* y la Observancia 3ª *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 creemos, 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 Communi 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 Communi 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 suceptibles 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.

Sostenemos esta postura, con la explicación indicada, por cuanto esta facultad para disponer de la cuota concedida en el Fuero 3º *De Communi dividundo*, 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 que sostenemos, creemos que está de acuerdo con el fin del mismo, que se infiere de los Fueros 1º y 2º *De Communi dividundo* por cuanto a la muerte del consorte, sin descendencia y sin haber dispuesto de su cuota, la misma iría a los consortes en el bien y no a los otros hermanos que no tenían comunidad con él.

Así nuestra postura es, como deciamos, intermedia, por cuanto por una parte sostenemos que el Fuero 3º *De Communi dividundo* limita y exceptúa estos bienes de la prohibición de disponer, que señalan para los bienes consorciales los Fueros 1º y 2º del mismo título, y por otra, entendemos, que sus disposiciones no excluyen del consorcio esta clase de bienes, como afirma Isábal en sus conclusiones al comentario que hace de los Fueros y Observancias reguladoras de la figura foral.

Isábal, años después de realizar el comentario de las disposiciones forales reguladoras del consorcio, vuelve a

comentar este Fuero 3° *De Communi dividundo,* en el sentido de entender, que la disposición foral "no se refiere precisamente a un caso de consorcio foral" sino que sus disposiciones pueden aplicarse a toda comunidad de bienes indivisibles" agregando: "mas la relación que se ha establecido entre éste y los que le preceden inmediatamente, y sobre todo la declaración de la Observancia, han hecho que los autores enseñen que la doctrina expuesta en el artículo se aplica exclusivamente al consorcio. Por lo demás, en cuanto a los casos que no sean de consorcio foral precisamente, sino de comunidad de bienes en términos generales, siempre la doctrina vendría a ser la misma, por lo dispuesto en el Derecho supletorio"[1].

Efectivamente, en el régimen de los Fueros y Observancias, sólo la comunidad hereditaria formada entre hermanos e hijos de hermanos premuertos al suceder a sus ascendientes o colaterales formaba el consorcio, sujeta esta comunidad a las reglas que los Fueros y Observancias disponen para la figura y todo otro tipo de comunidad, aun entre hermanos, que no fuera ésta formada por bienes heredados, se regía por las reglas de la comunidad por cuota parte disponible y sin acrecimiento entre sus componentes. Que en la época de los Fueros y Observancias conocían y aplicaban los dos tipos de comunidad, está claramente expuesto por el obispo D. Vidal. Por eso precisamente la disposición del Fuero 3° se reguló para el consorcio, para prever el caso de que este tipo de bienes fuera parte integrante de la comunidad consorcial. Y en el supuesto de que no formara parte de la comunidad consorcial, desde luego que se regulaba como una comunidad de las llamadas de tipo romano, como repito se regulaba en el régimen de los Fueros toda comunidad sobre bienes adquiridos o heredados de otras personas que no fueran ascendientes o colaterales y así sería sin acudir a los dictados del Derecho supletorio.

5.- 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 Compilación en su artículo 142.

1.- Isábal y Bada, Marcelino, *Exposición..., 1926,* v. pág. 380.

Así, el no haber recogido el legislador de la Compilación, 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 constituída, haya que acudir al procedimiento señalado por el Código Civil para partición, con el grave perjuicio que puede suponer, en algunos casos, la venta del bien en cuestión. Se puede dar así la paradoja de que sea el Código Civil, con sus normas específicas de partición (que ya veíamos obedecen a principios jurídicos distintos de los que inspiran el Derecho Aragonés) el que ponga fin a la comunidad consorcial, en vez de ser la voluntad de los consortes el único motor de esa extinción, como el propio artículo 142 proclama. Sería, en consecuencia, deseable una nueva regulación de esta figura que reinstaurara el régimen que para este tipo de bienes rigió en el Derecho histórico.

El profesor Lacruz[1] considera, igualmente, que "no es acorde con el sentido del artículo 142 permitir la enajenación de la cuota consorcial simplemente por el hecho de ser el objeto sobre el cual recae éste materialmente indivisible, o tener prohibida su división por ley". "Los antiguos lo admitían, continúa el profesor, apoyándose en el fuero 3º *De Communi dividundo* y la Observancia 3ª *De consortibus ejusdem rei*, cuyo sentido no es muy claro". Esto que admite para el Derecho histórico, no cree pueda sostenerse con la regulación actual, opinión que compartimos, como ya hemos expuesto.

Considera el profesor Lacruz, que, "en el régimen actual la indivisibilidad material de la cosa, ya provenga de la propia naturaleza de ésta (un piso en propiedad horizontal), ya de disposición legal (unidad mínima agraria o urbanística) no óbsta a la división en la forma prevista en el artículo 404 del Código Civil. 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 tanto, puede servir de motivo para permitir a cada uno la enajenación de su cuota sin el consentimiento de todos los restantes".

1.- Lacruz Berdejo, José Luis. *El consorcio foral Aragonés*, pág. 343.

Naturalmente que tal como el artículo 142 de la Compilación regula el consorcio, y la ausencia de normas en la Compilación que regulen la partición, estas afirmaciones del profesor Lacruz son totalmente ajustadas, si bien, como exponíamos anteriormente, consideramos que los Fueros regulaban un sistema que ofrecía mayores ventajas que esta división, por cuanto no era necesaria la venta de la totalidad del bien y consiguiente desaparición de la comunidad, que posiblemente no todos los consortes deseen.

El notario Merino Hernández[1] considera que en la regulación vigente es perfectamente posible la disponibilidad de la cuota consorcial cuando dicha cuota recae sobre un bien material o jurídicamente indivisible. Estima, en consecuencia, que dada la regulación del artículo 142 es factible aplicar la normativa establecida en el Fuero 3° *De Communi dividundo* y en la Observancia 3ª *De consortibus ejusdem rei.*

Llega Merino a esta conclusión después de estudiar las distintas clases de indivisibilidad que admite la doctrina (indivisibilidad material e indivisibilidad jurídica) diciendo: "por todo ello, concluimos, cuando el inmueble consorcial es jurídicamente indivisible (en el sentido propuesto) cualquiera de los consortes puede enajenar libremente su cuota en él, sin precisar para ello del consentimiento o autorización de los demás partícipes en el consorcio". "Y todo ello, desde luego, sin perjuicio del derecho que asiste a todo consorte, en cuanto comunero, para acudir a los remedios aludidos en los comentados preceptos del Código Civil". Reitera Merino, al tratar de la división como medio de extinción del consorcio, la afirmación antecedente en cuanto textualmente afirma la posibilidad de los consortes de disponer libremente de sus correspondientes cuotas consorciales, cuando éstas recaen sobre bienes jurídicamente indivisibles, tal como dispone el Fuero 3° *De Communi dividundo* y la Observancia 3ª *De consortibus ejusdem rei* (y que estimamos aplicable al Derecho vigente)".

Fundamenta aquí Merino la disponibilidad de la cuota en las ventajas innegables que la misma supone para los consortes, y por contra los perjuicios que la no admisión pueden reportar.

1.- Merino Hernández, José Luis. *El consorcio foral*, pág. 125 y 192.

Ya hemos expuesto nuestra opinión, corroborada por Lacruz, y opuesta a Merino, de que, dada la normativa vigente, no estimamos sea posible la disposición de la cuota consorcial sobre el bien indivisible por naturaleza o por mandato legal. Estimando necesario una reforma de la regulación de la figura para acomodarla a sus antecendentes históricos, toda vez que la reinstauración del consorcio foral por la Compilación de 1967 se basó en la legislación histórica, como expone el profesor Martín Ballesteros[1], y comunmente es admitido. Estando la misma plenamente justificada, por cuanto la existencia y régimen del consorcio, que aparece desde los Fueros como una vinculación que se sujeta a la voluntad de los consortes, en cuanto se puede extinguir mediante la división del bien, si esa división no fuere posible, porque la naturaleza del mismo o la ley no lo permitieran, se operaría un plus en el gravamen del consorte que no tiene base para admitirse.

Y consideramos, que no es esta indivisibilidad objetiva o legal el mismo supuesto que el de no poder dividir el bien durante un plazo impuesto por el causante, por cuanto se trataría de la misma vinculación con señalamiento de plazo de duración, y a este respecto opinamos, que el causante tiene facultad de disposición sobre el vínculo que por el consorcio se establece; lo mismo que dispone de él nombrando sustituto al hijo consorte, nombramiento que prevalecerá sobre el acrecimiento consorcial y que en otro momento desarrollamos.

1.- "*Derechos hispánicos*". ADA 1.970 pag. 87.

CAPITULO 7º

EFECTOS DEL CONSORCIO: LA INALIENABILIDAD DE LA CUOTA CONSORCIAL POR ACTOS "INTER VIVOS"

I.- LA PROHIBICION DE ENAJENAR.

Expuesto en los capítulos anteriores los elementos subjetivos, objetivos y título por el que se induce consorcio, nos proponemos en el presente plasmar los efectos de la figura, siendo el primero a tratar la prohibición que pesa sobre cada consorte de disponer de la parte que en dicho consorcio le corresponde mientras subsista la indivisión de los bienes.

Esta prohibición que pesa sobre el consorte está hoy recogida en el artículo 142 de la vigente Compilación de Derecho civil de Aragón en términos semejantes a los contenidos en los Fueros que regularon la figura en la época historica. Así el artículo 142 al señalar como primer efecto de la comunidad consorcial que: "Ninguno de los consortes puede enajenar, gravar ni obligar la parte que le corresponde en los bienes indivisos", viene a reproducir las reglas contenidas en los Fueros 1º y 2º *De communi dividundo*[1]. La regulación actual no recoge, la regla contenida en el Fuero 3º del mismo título[2] relativa a la disponibilidad de la parte cuando los bienes fueran indivisibles.

1.- F. 1. *De Communi ... aliquis filius, vel filia per forum non potest dare, vendere, aut impignorare, vel alienare aliquo modo, ad alium hominem, partem quae sibi in eis debet pertinere ..." F.2.- Nullus filiorum si plures sunt unius patris et matris: potest aliquid de suo avolorio impignorare, vendere, sive dare, vel aliquo alio modo alienare ...".*

2.- F.3.- *Multa castella, balnea, furni et molendina suntiquibus accidit multoties, quod multi habent partem in illis et quia talia non possunt dividi: ut quisque ex haeredibus possit determinate cognoscere partem suam..." Fueros de Aragón Ms. 458 . B.N.- Editados Tilander , Gunnar, 1937:* 168 - Si dos fillos son o mas de un padre e de una madre no puede nenguno empennar alguna cosa de so patrimonio o de su matrimonio ni de so avolorio ni vender ni dar ni allenar en nenguna manera, ni encara si quiere allenar la part que deve recibir de so patrimonio troa que quiscuno d´ellos conosca so part deslindada ...".

Continuando el método que venimos siguiendo, expondremos en primer lugar su 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 PROHIBICION DE DISPONER POR ACTOS "INTER VIVOS" DE LA CUOTA INDIVISA EN LA ÉPOCA HISTORICA.

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 Jaca[1] y en las Recopilaciones privadas de los Fueros de Aragón[2].

Son asímismo, 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, 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 *"aiudado" ni por contrato ni por tenença. "Quar ante que sea partida la cosa de la hermandat, ninguno de los hermanos non puede aillenar aqueilla cosa sin consentimiento de todos, pero el I de los hermanos bien puede dar o vender o poner en eill por algún otro título o encara diffinir, es assaber affinar, la cosa, si muitos hermanos non fueren"*[3].

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, de la cosa común, la no operatividad de la posesión para prescribir, en

---

1.- *Fuero de Jaca*. Molho, Mauricio. R.A.,45; R.B., 90; R.C.,70; R.D.,69; R.E., 75.
2.- A.H.D.E. II, 124. AHDE.V, 45.
3.- Claramente parece desprenderse de esta última afirmación de Vidal que las cosas eran por si mismas libres, sin vinculos, y la limitación establecida tenía por única causa la pluralidad de hermanos, es decir que la llamada vinculación consorcial devenía únicamente de la situación de comunidad.

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 heredat, 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 desciende a hermanos o cormados, el que no consintió en la enajenación puede revocarla, ya que el que recibió la dicha enajenación no puede retener aquella heredat ni en todo ni en parte"[1].

Insiste, en el parágrafo 30 del mismo libro sobre el extremo que tratamos "El dreito de la heredat o possessión o el dreito de la partida 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 heredat* 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 aqueyll dreito* e assi encara que, si alguno de los anteditos herederos aillenare la part la qual devia recebir o el dreito que aqueiil pertaynnescia en aqueillas cosas, tal aillenamiento non vale ..." En este parágrafo 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 quoales bienes devían heredar por razón*

1.- El Obispo Vidal, que, a veces, tiene un gran sentido didáctico explica (Libro VIII,20) el alcance de la palabra enajenar diciendo: "aillenar es dito dar, vender, fazer leixas, dar al heredero et empeynar o dar en feudo o aitorgar deiús cierta part de fruitos o deiús cierto trebuto". Vemos 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, obligándose el que las recibia a guardar fidelidad de vasallo al donante y prestrarle servicio militar). Así como también dar en enfiteusis, que Vidal aclara eruditamente diciendo que es una palabra griega; aclaración en la que coincide el Obispo Vidal con Rogandino Passaggeri, notario de Bolonia del siglo XIII, que en su obra "Aurora" (pág. 273, Ed. Madrid 1950, versión al castellano de Vicente Vela y Rafael Nuñez), dá esta misma explicación al referirse a la palabra enfiteusis. Este contrato por el que se daba la posesión natural como usufructuario conservando el dueño el dominio, la propiedad y la posesión civil, obligándose el enfiteuta 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 transferir la propiedad, sino que también estaba prohibido transferir la posesión.

d´aqueill dreito de heredar que caya en eillos, et en guisa que non seynnalen a cada I cierta part, mas a dos ensemble o a muitos assignaren aqueilla part non partida que la possedezquam aqueillos que assi fueron clamados a Iª parte non departida quoantos quiera que eillos sean, ninguno d´eillos non podrá aillenar la part d´aqueilla partida o el dreito que en aqueilla cosa pertaynnescia a eill, ante que sea partida aqueilla part de todos entre todos por cabeça con instrumento público et con fiador et con testigos, ***et si aqueill aillenamiento es feito en otra guisa, non val"***.

En el parágrafo 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 possessión o la heredat que viene de avuelo, de avuela, de padre, de madre, de hermano o de cormano es possedido d´aqueillos comunalmente por cosa non partida qui son clamados a heredar, aqueilla cosa non puede ser aillenada o puesta en uno en otro en possessión o en dreito de siervos o de omnes otros de quoal se quiere condición o de persona d´alguno o d´algunos que possedescen assí, la quoal cosa non puede ser feita sin consentimiento de cada uno de los qui possedescen salvo aqueillo que es dito de suso de los qui entran en religión".*[1]

En el libro VI, 18 bajo el título *"De successionibus ab intestato"*, otra vez D. Vidal vuelve a señalar la prohibición de disponer: "El dreito o la part de la possessión o de la heredat que pertaynnesce a muitos descendientes por heredar lo del padre o de la madre o del avuelo o de la avuela, ante que sea partida aqueilla possessión o la heredat con fermes de partición et con testigos convenibles, ninguno de los ditos herederos *non puede aillenar ren del dreito o de la part d´aqueilla possessión o heredat sobreditas* nin puede leixar a ninguno quando muere, salvo a sus fillos o sobrinos que siempre deven heredar por destin o sin destin, aqueillo que non fue partido ante que a ninguno d´eillos qui devian heredar o sortir con aqueill qui morió aqueilla cosa que no huviaron a partir entre sí et aun en tal guisa que, si alguno d´aqueillos ensemble herederos o

---

1.- Es de notar que aquí D. Vidal extiende la procedencia de los bienes consorciales a lo recibido por los hermanos o cormanos. D. Vidal explica, en otros pasajes, Libro VI, lo que son cormanos diciendo, "Por dreito seglar los que son aiuntados por parte de la madre et los que son aiuntados par parte del padre cormanos son llamados". (De Asso también dá a los medio hermanos el nombre de cormados y también explica qué se entiende por hermanos, diciendo que este término significa hermanos y primos).

los qui deven sortir aillenare el dreito o la part que devía en la cosa non partida, non vale tal aillenamiento"[1].

Vemos, pues, que el obispo D. Vidal reitera profusamente este efecto consorcial de no enajenación por los hermanos o primos 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.

Las Observancias *De consortibus ejusdem rei* confirman y concretan el régimen de los Fueros, y así la Observancia 1ª 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 Lacruz[2] 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. La prohibición de disponer en los diplomas.

Hemos visto, al estudiar los antecedentes de la figura consorcial, que son numerosos los diplomas a través de los cuales se puede deducir esta prohibición de disponer que los Fueros, con posterioridad, regulan, dado que en los actos de disposición sobre los bienes de esa comunidad, que los mismos plasman, intervienen los hermanos juntamente.

Hinojosa[3] cita un diploma del año 1116 perteneciente al Monasterio de Santa Cruz de Jaca por el cual los miembros de una

1.- De nuevo encontramos en este pasaje de Vidal innovaciones, respecto a la dicción de los Fueros y también en este caso como en el señalado 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 derecho de los hermanos, afirmación que matiza, más adelante, en el sentido de señalar, "fillos o otros qui descendiessen de su genoilla" por cuanto la palabra sobrinos que en principio señala, parece claro se refiere a nietos.

2.- Lacruz Berdejo, José Luis. *El consorcio foral...*, pág. 327.

3.- Hinojosa y Naveros, Eduardo de. *"La comunidad doméstica"*. En Estudios de investigación T.II García Gallo, Alfonso. Madrid, 1948.

comunidad consorcial o hermandad, enajenan una villa de su propiedad, consignándose en el documento que la enajenación la hacen: *domno Scemeno, frates suos et omnia germanitate."*

En otro documento del año 1019 dos hermanos: *"ego Exemenus et ego Martinus, qui sumus fratres"* donan una tierra al Monaterio de Alaón[1]; otro de 1020 por el que los hermanos Ricolfo y Arnaldo *(... ego Ricolfo, simul cum fratre meo Arnaldo.)* donan unos alodios al monasterio de Obarra[2].

Otro documento de donación del año 1023[3] por el cual *Albinus et fratres meis, filii Asnarii,* donan una suerte de viña. Parece indicar esta donación, que efectuada la partición de la herencia, les había correspondido una parte de viña en copropiedad, que juntos donan.

Otro de 1008[4] por el que dos hermanas Inglia et ego matrona, filias de Adtoni et de Pura, venden una tierra *"quia nobis advenit de parentum nostrorum ..."*

Otro del año 1128[5] - "ego don Divas de Alanzor et Reol de Condom et Lorenza sua sorore ... sic vendimus ... uno orto in Zaragoza, in loco ubi dicitur galleco ..."

Artajones - año 1158[6] "in ipso loco vendiderunt filii de Tota Oletam partem suam ...".

San Juan año 1056[7] - nos filii de Dominico Calbo de Villa Foteiz, prenominatos Sancio et Dominico et donna Tota, tibi emptori nostro presbiter Iohonnes. Vendimus tibi una terra in loco que dicitur Soto de Mohabi ..."

Pilar año 1154 "Ego Maria et Petro Sanz, filios de Fortun Galinz, vendimus nostras casas, quales abemus in castro Belgit, ad vos don Gilip de Bilas ...

Este actuar conjunto de los hermanos, igualmente se encuentra documentado en casos de permuta y así un documento del año

---

1.- Serrano y Sanz M. - Noticias y documentos históricos del condado de Ribagorza hasta la muerte de Sancho Garcés III. Madrid 1.912 - Centro de estudios históricos - pag. 421.
2.- Misma obra - pag. 422.
3.- Misma obra - pag. 488.
4.- Pag. 412 - misma obra.
5.- Citados por Montanos Ferrin,Emma. *"La familia en la Alta Edad Media"* - Pamplona, 1.980, pág 223.
6.- Montanos Ferrin, Emma, obra y pag. cit.
7.- ibidem.

1169 "... Hec carta de camio illo quem facimus nos filii de Lop Sanz ... cum domino ... abbale de fitero".

También en negocios de prenda:

Pilar año 1161 "Ego Far et Vizefe et Cheri istos tres filios de Avenzoer vobis Ramon de Marteguana et Pedro vestro germano, placuit nobis, que primus ad vos in pignus uno nostro campo, que habemus in ..."

En este último diploma vemos que tres hermanos constituyen en prenda un campo perteneciente a otra comunidad de hermanos.

Igualmente existen en estas colecciones, documentos en los que la comunidad de hermanos constituyen censos: Así un documento del año 1218, " Ego Sancius abbas Yraxensis et totus conventus, damus et concedimus tibi Pedro de Aregui et sorori tue Marie illos palacios de Arellano. Tali modo, ut detis nobis inde censum anuatim ..."

Vemos pues, reflejado en los documentos de aplicación del derecho, la realidad práctica de la existencia de una comunidad de bienes entre hermanos en la que, dada la actuación conjunta de los mismos, fácilmente se deduce que no podía disponer ninguno de los hermanos total o parcialmente de ese patrimonio común, sino todos reunidos y actuando conjuntamente.

3. Doctrina.

Jaime de Hospital[1], en las Observancias *Familia Herciscundae*, señala, con remisión a los fueros 1° y 2° *De Communi 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 eam cognoscat et divisio sit firmata cum charta.* 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 1° *De Communi dividundo* prohibe a los hermanos enajenar *"ad alium hominem"*.

1.- Hospital, Jaime de. *Observancias del Reino de Aragón*. Introducción Texto critico de Martínez Diez, Gonzalo. Editadas por Caja de Ahorros de la Inmaculada - Zaragoza 1.977. Libro III, título VII.

Entiende también el ilustre forista que, si bien los Fueros *De Communi dividundo* prohiben 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 haereditatem omnes simul vendere possunt; quia licet nullus congnoscat partem suam omnes tamen cognoscunt 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 frates licet est prohibita donec fit facta divisio de bonis avolorii. Tamen ille forus intelligitur de rebus quae commode dividi possunt* [1].

En el mismo sentido se expresa Bardaji[2]: *Durante igitur comunione nullus ex consortibus potest partem suam, quam habet indivissam alienare in alterum"*.

Portolés[3] 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 1° y 2° *De Communi dividundo*, ninguno de los consortes puede, 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 absq dubio haec nostra consortii statuta, tametsi concludenti ratione carerent,*

1.- Molino, Miguel del - *Repertorium...*, v. alienatio.
2.- Bardaji, Ibando de. *Comentarii in quatuor Aragonensium fororum libros.* Caesaraugustae MDLXXXXII, folio 365.
3.- Portolés, Jerónimo. *Tratado de consortes...*, cap. IX.

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 solo 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 Portoles 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 quedaría a resultas 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, pensamos que deriva de su concepción individualista de la propiedad, siendo desde esa perspectiva difícil de comprender, ciertamente, la disposición.

Creemos 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 Gambra[1], tal vez coinciden con los más esenciales bienes y libertades del ser humano.

Señala Portolés[2] 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 1° y 2° *De communi dividundo* y la Obs. 3ª 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 por la Corte del Justicia de Aragón en el proceso de los tutores de María Jiménez sobre aprehensión el 21 de enero de 1.564; y en el de D. Galcerán de Castro el 18 de Mayo de 1.573. 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 Gayo[3] dictaminaba que, si alguien hubiere dado en hipoteca una cosa común, hecha la división con el socio, no queda obligada

---

1.- Rafael Grambra. "*El silencio de Dios*" cap. VIII. Madrid - Prensa Española 1.968 pag. 142 y ss. citado por Vallet de Goytisolo, Juan B. en *Estudios de Derecho sucesorio* V. I pag. 34.
2.- Portolés, Jerónimo. *Tratado de consortes...*, cap. X.
3.- Gayo, Digesto 20, 6, 7, 4

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"*[1].

Que la prohibición establecida por los Fueros *De Communi 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 solamente puede afirmarse por el significado que hemos visto daba el Obispo D. Vidal, a la palabra enajenar, sino sobre todo por la propia dicción de los Fueros del mismo título, que al enumerar los negocios prohibidos a los consortes emplea el término "impignorare", y así claramente lo establece. A más de que la Observancía 3ª *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, limitandose 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 posibile fuerit, restringi debeat"*. Afirma asi mismo Portolés[2], 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 ésto 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, entendiendo así, que la misma, no sólo se refiere a la prohibición de transmitir el dominio, sino que engloba un concepto más

---

1.- Vallet de Goytisolo, pag. 538, opina que este texto de Gayo se refiere a una comunidad ordinaria, más que a una comunidad hereditaria, si bien fueron citados por los autores para afirmar la postura del derecho romano, partidaria de la disposición de los coherederos sobre la cuota indivisa, dando preferencia a los intereses del que contrató con el comunero sobre los derechos de los otros consortes.

2.- Portolés, Jerónimo. Tratado de consortes..., cap. XII.

amplio en cuanto comprensivo de los actos de disposición que no impliquen transmisión de la propiedad. Así Sessé[1] en la Decission 387.3 que al tratar de la Sentencia recaida 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.

4.- 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. 1° y 2° *De Communi dividundo* y Obs. 1ª, 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. 1° y 2° *De Communi 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 Communi 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 vidual sobre los mismos; la posibilidad de asegurar la dote aportada por la mujer,

---

1.- Sessé, Josepho. I.V.D. *Regisque cancelarii et Regentis cancellariam...*, Dec. 387.3.

fueron excepciones admitidas que no aparecen reflejadas en los Fueros, sino inducidas por la doctrina científica y jurisprudencial, teniendo 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 hermeneútica 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 indisponiblidad 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 1° *De Communi dividundo*[1] 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 cosas an logar quoando 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

1.- S. y P., L. III.

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 parágrafo 26 del mismo libro, D. Vidal exige el consentimiento de los consortes para que uno de ellos pueda disponer a favor de consorte: "Si muitos 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 parágrafo [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 contradicción[1].

Por otra parte, tenemos que esta expresión del Fuero 1° *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 no fué introducida en la edición oficial, pues la misma expresión 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 Aragón[2] no figura esa expresión, ni en los Fueros de Aragón contenidos en el Ms. 458

1.- Quizá D. Vidal al exigir el consentimiento de los otros consortes para disponer a favor de hermano se esté refiriendo a hermano no consorte, si bien esta hipótesis es ciertamente aventurada pues nada existe en el texto que fundamente la misma.

2.- Ramos Loscertales, AHDE, II y AHDE, V.

de la Biblioteca Nacional[1]. Sí, en cambio, en la versión romanceada de dichos Fueros, contenida en el Ms. 207 de la Biblioteca Universitaria de Zaragoza[2]: "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 haereditatem indivisam, unos eorum no potest alienare partem suam alteri..."* posibilitó 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 Patos, Salanova, Bagés y Pertusa, la conocemos a través de Molino y Portolés. No así la de Jaime de Hospital que en sus Observancias *Familia Herciscumdae*[3] 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 1° *De communi dividundo.*

También Molino[4], con remisión a la opinión de "antiguos foristas", dice que la palabra *"ad alium"* puesta en el F. 1° *De Communi dividundo* debe entederse "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 oido a doctos juristas en el Consejo del Justicia de Aragón, siendo, dice, de la misma opinión Juan Pérez de Patos como manifiesta en sus

---

1.- *Fueros de Aragón* - Tilander, Gunnar, Lund, 1937.
2.- *Fueros de Aragón.* Transcritos por Lacruz Berdejo, Jose Luis y Bergua Camon, Jesus. Estudios de Derecho Aragonés, Zaragoza, 1953.
3.- Familiae Herciscundae, Observancia (8), Libro III, Titulo VII, pág. 138. Observancias de Jaime de Hospital, ed. Martinez Diez Gonzalo, Zaragoza, 1977, Edita C.A.I.
4.- Molino, Miguel del. *Repertorio...*, v. *frater* y v. *alienare.*

comentarios al Fuero 2° *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. *abolorium,* 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 modernos[1].

Bardají[2], 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 Portolés[3] pone en duda, que la prohibición de enajenar establecida en los Fueros alcance a la efectuada a otro consorte, entendiendo 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 1° *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 estás 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

---

1.- Monsoriu - *Suma...*, v. alienatio, pág. 395, edición facsimil, Colegio de Abogados de Zaragoza, MCMLXXXI. Monsoriu recogiendo las Determinaciones de Molino, dice: "Los bienes indivisos pueden ser agenados en favor de consorte".
2.- Bardaji, Ibando. *Comentarii in quator...*, f. 365.
3.- Portolés, Jerónimo. *Tractatus de Consortibus*, cap. XLII.

FACULTAD DE DER
BIBLIOTECA
ZARAGOZA

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 enajenar 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 perjuicio de los hijos, el padre no puede disponer ni aún en favor de otro consorte". Según Portolés así lo deciden Bagés y Molino[1].

Que el consorte, teniendo descendencia, no pueda disponer de su cuota consorcial a favor de otro consorte, como afirma Portolés, deriva sin duda de considerar la figura consorcial como sustitución fideicomisaria, y los hijos destinatarios fideicomisarios de esos bienes, sin embargo no creemos fuera ésta su naturaleza, como en otro momento expusimos. Por otra parte la cita que hace Portolés de Molino para fundamentar su afirmación, no creemos pueda tener el valor que él le atribuye, por cuanto en el punto concreto al que Portolés se remite, Molino se limita a tratar del acrecimiento entre consortes y la excepción al mismo que supone la existencia de descendencia del consorte fallecido; remitiendose expresamente a la segunda parte del Fuero 1° *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, no creemos que la existencia de hijos condicionara, para impedirla, tal posibilidad, dado que entendemos, que la existencia de hijos opera en el consorcio, como destinatarios obligados de esos bienes, con el mismo carácter y límites que en los bienes libres que el padre consorte posea, es decir, sin que el derecho de los hijos pueda condicionar los actos "inter vivos" del padre.

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

---

1.- Portolés, se remite a Molino en v. "frater qui non est in sorte" (f. 162 v.)

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 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"[1]. De esta manera admite que el padre consorte disponga "mortis causa" a favor de los hijos o descendientes.

Portolés[2], analiza esta cuestión y para ello lleva a cabo un exámen exhaustivo de la Observancia12 *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: 1° 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". 2° 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, prohibe al consorte legar, vender y enajenar, estos actos, dice, podrán llevarse a cabo a favor de los hijos, *inter vivos*. 3° La propia frase final de la citada Observancia: *"sic quomodo voluerit"* que parece indicar

1.- *Vidal Mayor*, libro VI, parágrafo 18.
2.- Portolés, Jerónimo. *Tratado de consortes...*, cap. XL.

claramente que se puede disponer a favor de los hijos del modo que al padre plazca. 4° Que estando destinados los bienes consorciales a los hijos como una suerte de gravamen de restitución, puede restituírsele 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 regnícola, y verdaderamente no parecen los foristas anteriores a él tratar esta cuestión[1] y así Molino[2] refiere la frase final de la Observancia 12 solamente a la disposición mortis causa.

Creemos, 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, 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.

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.

1.- 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.

2.- Molino. *Repertorio...*, v. frater, f. 162.

Al tratar de la regulación actual de la figura y del especial acrecimiento que entraña, trataremos esta cuestión, por cuanto la doctrina la ha referido más especialmente a la disposición "mortis causa".

La doctrina posterior sigue a Portolés en su posición. Y así tenemos a Franco de Villalba[1] 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 Guillén[2], 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 Santapau[3], 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 implicaba 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 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

---

1.- Villalba, Franco de. *Fororum atque observantiarum...*, pág. 369.
2.- Franco y Guillén, ob. cit., pág. 227.
3.- Pag. 617, obra citada.

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 hermandat, ninguno de los hermanos non puede aillenar 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 *aillenar encara al estranio*, empero sin consentimiento de todos los hermanos et cada uno d´eillos et su dreito non puede aillenar en quoal quiere guisa en aqueilla cosa non departida"[1].

Juan Pérez de Patos[2] entiende que esta posibilidad de disponer que tienen los consortes, si actuan 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. Con esta explicación, pone de manifiesto Pérez de Patos que concibe la indivisión consorcial conforme a la doctrina romanista, que resuelve la indivisión hereditaria en una serie de copropiedades sobre cada uno de los objetos inmuebles que integran la herencia, de modo, que la cuota total del coheredero, no recae sobre el caudal relicto en cuanto masa unitaria, sino que es la suma de las cuotas singulares de un coheredero sobre todos y cada uno de los objetos integrantes del caudal.

Jaime de Hospital[3] 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"*.

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

---

1.- *Vidal Mayor*. Libro IV, parágrafo 26.
2. Perez de Patos, Juan, citado por Portolés. *Tratado de consortes...*, cap. XLIX.
3.- Hospital, Jaime de. *Observancias...*, T. Familia Hercindundae (7).

enajene su parte consorcial con el consentimiento de los demás consortes. Entiende Molino[1] que estando establecida la prohibición de disponer, en favor de los consortes, nada óbsta 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.

Portolés[2], 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 ella se necesita la participación en los bienes indivisos. Afirmación evidente por las disposiciones forales.

No exige Portolés, para la validez de estas enajenaciones el consentimiento de los hijos ni la carencia de ellos, como hemos visto, exigía para admitir la posibilidad de venta entre consortes. Si los hijos, son fideicomisarios de los bienes consorciales, como en otros lugares sostiene Portolés, no sólo se exigiría su consentimiento, o la carencia de los mismos, cuando se trata de enajenaciones a consortes sino que también sería preciso contar, al

---

1.- Molino, Miguel del. *Repertorio...*, v. frater, f. 162 vº.
2.- Portolés, *Consortium y fideicomiso legale* - Cap. XLIX.

menos con su consentimiento, en estas enajenaciones que ahora admite. Así Portolés se contradice en este punto. No, en cambio, Molino, por cuanto considera que la no disposición se da en beneficio de los consortes y acorde con ésto sólo exige el consentimiento de los consortes.

Consideramos más acertada esta no necesidad de consentimiento, según expresamos, considerando que los hijos no son consortes, y lo único que tienen es un eventual derecho hereditario, no protegido en este caso por los fueros.

La doctrina ha recibido de una manera unánime esta excepción a la inalienalibidad que tratamos. Así Franco y Guillén[1]: "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.- Disposición por estado de necesidad de un consorte.

Portolés, dentro del capítulo[2] que dedica a examinar la posibilidad del consorte de enajenar su parte indivisa, por causa necesaria, engloba materias harto dispares.

Considera como causa necesaria, el pago de las deudas del ascendiente causante del consorcio, o la orden judicial de vender para pagar deudas del propio consorte. Admitiendo en ambos casos que tal responsabilidad puede hacerse efectiva sobre la parte consorcial.

Este tema los trataremos en otro apartado de este capítulo, analizando ahora las cuestiones referentes a la posibilidad de enajenación por el consorte de su cuota consorcial, cuando el mismo se encuentra en estado de necesidad, propia, o, de la familia que de él dependa.

Ni el Fuero de Jaca, ni versión alguna de los Fueros de Aragón prevén el supuesto de necesidad del consorte o de su familia, para excepcionarlo respecto a la prohibición de disponer. La razón bien pudiera ser que en la época de los Fueros el consorcio era una

---

1.- Obra citada - Pag. 227.
2.- Portolés, *De consortibus*, cap. LI.

comunidad no sólo de bienes, sino de vida y trabajo en común[1] que es de suponer atendía primordialmente a cubrir las necesidades de sus componentes, luego el consorte no tendría en ningún caso que vender o dejar de vender su parte en la comunidad para hacer frente a esas necesidades. Sí, quizá habría caso en que sería preciso la venta de algún bien del haber consorcial para cubrir necesidades del grupo pero nunca de la parte concreta de un consorte.

Sin embargo, el Fuero de Viguera y Val de Funes contiene una disposición relativa a este supuesto que estudiamos, y así dice en el parágrafo 343 "De hermandat que puede vender su part no conosciendola.- Et qui no oviere heredat partida con sus hermanos, bien puede bender su part que ha de haver por cativación, o por fammbre maniffiesta de sí o de su padre o de su madre o de fijo o de su hermano, dando fiador al comprador que partan sus hermanos e firmenle su part así como a su hermano mesmo poniendo por él suert su avuelo o tio o su cormano en primo grado".

Parace dificil de plantearse la situación de ser uno sólo de los hijos el que tenga que provocar la división, en cuanto a él, de la parte consorcial, para alimentar a los padres o hermanos, en vez de ser esta obligación común a todos los hijos y satisfecha a cargo de la propia comunidad.

De todas formas, como decimos, en los Fueros de Aragón no se contiene disposición semejante. Ni el Obispo D. Vidal parece plantearse el supuesto.

Tampoco los foristas históricos, con excepción de Portolés, tratan el caso.

Portolés, no admite esta causa de necesidad como excepción a la inalienabilidad, fundándose, no sólo en que no la excepcionan los Fueros, sino aduciendo que, bien pudo el consorte solicitar la partición y a continuación disponer de su cuota libremente, y así dice: "puesto que despreció llenar dicha solemnidad que pudo

---

1.- En la edición privada de los Fueros de Aragón publicada en AHDE, II, parágrafo 58, in fine, parece ponerse de manifiesto esta comunidad de vida y trabajo entre los hermanos, por cuanto al tratar de la petición de herencia entre hermanos termina el Fuero diciendo: "...alli qui est de foris habet illum, colligere in domos illos et in hereditatem et comedant et bibant in simul habitando sive conversando et secundum rationes quas habuerint det forum unicuique ius propium.

ejecutar sin dificultad, la enajenación por esta causa realizada, no es válida"[1].

Dieste[2], cita a Portolés para admitir esta facultad de disponer por causa de necesidad (excepción que Portolés no admite, como acabamos de ver) sujetándola a unos requisitos absurdos, como: "si la prohibición de enajenar fuere temporal, previo siempre el requirimiento, si la prohibición se hubiere hecho en contrato, en cuyo caso se podría enajenar, aun sin requerir a los demás consortes para hacer la división". Estos requisitos los apoya en Portolés, extrapolando argumentos, efectivamente empleados por éste, pero que como facilmente se observa no pueden tener relación con el consorcio, por lo que pensamos no es necesario rebatirlos.

5.- ¿Podía el consorte obligar su parte en los bienes consorciales para garantizar la restitución de la dote por la mujer aportada?

Portolés[3] se plantea, como excepción a la indisponibilidad de la cuota consorcial, el supuesto de si puede el marido obligar sus bienes consorciales en favor de su mujer para garantizar la restitución de la dote por ella aportada, dando una contestación afirmativa en base al Fuero 8° *De jure dotium*[4] y también por haberse decidido así en los procesos de D. Galacian de Vera el 16 de Diciembre de 1557, de D. Pedro Beltrán el año 1538, de doña Isabel de Santa Fe el 8 de marzo de 1572, de D. Pedro Victoria y D. Domingo Salaverre el 21 de Julio de 1573.

Especialmente en el segundo proceso citado por Portolés se afirmó: "que los bienes sujetos a consorcio podían obligarse y

---

1.- Portolés, como más tarde expondremos, considera que la mera petición de partición efectuada por un consorte le libera de la prohibición de enajenar impuesta en los Fueros.
2.- *Diccionario*, v. consorcio foral, pag. 133.
3.- Portolés, Jerónimo. *Tratado de consortes...*, cap. XLVI.
4.- Item, por cuanto se han visto muchos inconvenientes en total destrucción de las haciendas, vinculadas, con firmas de dote y dotaciones principales de hijas y nietas que es quasi por indirecto anular los vinclos. Por tanto la voluntad de la Corte estatuymos y ordenamos, que cualquiera hacienda vinculada que fuera cargada por el possesor della en perjuyzio del sucessor, assi en Firma de dote, como en dichas dotaciones principales en más de doze ducados: dicho cargamiento sea nullo y de ninguna eficacia y valor: como si hecho no fuese, aunque sea concejil. Lo cual se haya de entender en las ochos casas principales de Aragón, que son las siguientes: casa del Conde de Ribagorza, casa del Conde de Sástago, casa de Illueca, casa de Ricla, casa del Conde de Aranda, casa del Conde de Belchite, casa del Conde de Fuentes, casa de Castro y no en otras algunas; y esto haya lugar en las dotes y Firmas que de aquí adelante se harán y constituyrán".

sujetarse a hipoteca en favor de la mujer y de su heredero, por el marido"[1].

Esta posibilidad de garantizar la dote aportada por la mujer con bienes consorciales, afirma Portolés, que sólo es posible si el marido carece de otra clase de bienes, pues si los tuviera la hipoteca dotal habría de realizarse sobre los bienes libres y no sobre los consorciales.

En consecuencia con lo expuesto vemos que, si bien por disposición de los Fueros no podía gravarse por los consortes los bienes consorciales, esta prohibición cedía en determinados supuestos, uno de ellos cuando los hijos hacían efectiva la garantía dada por el padre de la dote materna sobre bienes consorciales del padre, si bien se exigía realizar esta garantía en defecto de bienes libres que el padre poseyera.

Esta afirmación de Portolés, al estar avalada por decisiones de la Real Audiencia y la Corte del Justicia de Aragón parece que era práctica seguida. A más, teniendo en cuenta que la dote aportada por la madre tenía como herederos obligados a los hijos, el ejecutar los bienes del padre que la garantizaban no desvirtúa en absoluto la finalidad del consorcio, por cuanto, los mismos quedaban en ellos como si fueran consorciales.

A más de que, como pone de manifiesto Isábal[2], "la conservación de la dote, que ya el Digesto declaraba ser de interés público, no fué asunto descuidado en la legislación aragonesa donde se encuentran garantías superiores a las de la legislación de Castilla".

1.- En esta afirmación de Portolés y de la Real Audiencia se ve que la firma de dote era una garantía, una hipoteca dotal, no coincidiendo con lo que constituía el excrex, reconocimiento o aumento de dote, como muchos autores identifican. Así lo afirma Isábal (pag. 434 Exposición y Comentario ... 1.926 nº 1) que cita dos escrituras de capítulos matrimoniales de 1.589, donde claramente se ven estas afirmaciones.
Una de esas escrituras es una capitulación en que consta que la contrayente aporta en ayuda y socorro del matrimonio quinientos sueldos jaqueses, un lecho de ropa, un cofre de pino y la hostilla acostumbrada y el contrayente se obliga a firmar y asegurar y firma y asegura de presente sobre todos sus bienes muebles y sitios habidos y por haber, los dichos quinientos sueldos, lecho, cofre y hostilla y 250 sueldos jaqueses de excrex o sea al todo entre dote y excrex 750 sueldos dineros jaqueses".

2.- *Enciclopedia J. Seix*, v. dote, pág. 699.

6.- Posibilidad de disponer de los bienes consorciales para dotar a las hijas y pacto de hermandad celebrado con dichas dotes.

Un ejemplo de la posibilidad, admitida por los foristas del Derecho histórico, que tenía el consorte de disponer por actos "inter vivos", a favor de los hijos, de su parte consorcial, es ésta, de poder con ellos dotar a sus hijas cuando contraen matrimonio. Aparece así esta cuestión como una excepción a la inalienabilidad, que, aun no estando prevista en los Fueros, fué admitida por la doctrina, además de imponerse, creemos, por la propia hermeneútica de las disposiciones forales.

Sobre la posibilidad de que la dote que la mujer aporte al matrimonio esté constituida con bienes consorciales, Jaime de Hospital[1] no parece tener un criterio seguro al respecto, por cuanto planteándose la cuestión, si bien referida a los hermanos, se pregunta: "*Sed quid si unus frater collocat alium fratrem in matrimonio vel maritat sororem et dat ei de bonis communibus indivisis. Quacritur an possit et an cum venerint ad divisionem, dictorum bonorum communium inter se, illa bona in matrimonio donata veniant in divisione vel vidantur in fratrem donata*"; sin que resuelva la cuestión, remitiendo a Cino de Pistolla.

Molino[2] parece afirmar la posibilidad de dotar con bienes indivisos, aun cuando no aparece claro si se refiere a bienes consorciales (sentido en que lo entiende Isábal[3]) o, a bienes de la sociedad conyugal continuada, según nuestro criterio. Que Molino se refiere a bienes consorciales, con los que los padres podían dotar a sus hijas aparece más claro en v. *alienatio*, cuando señala como excepción a la inalienabilidad de la cuota consorcial el supuesto de que el padre o madre supérstite hagan donación (como dote, pues menciona la Observancia *Item pater de iure dotium*) a un hijo de bienes indivisos antes de la división: "Fallit etiam in casu obser. Item pater de iure dotium, ubi est casus quod pater vel mater supérstite possunt dare uni ex filiis de bonis indivisis etíam ante divisionem". Aunque aquí Molino claramente quiere referirse a la posibilidad de diponer de los bienes consorciales para dotar a los hijos, sin embargo pensamos que no

---

1.- Hospital, Jaime de. *Observancias...*, De consortibus ejusdem rei (22), Libro 3º, Título 9.
2.- Molino, Miguel del. *Repertorio...*, v. divisio: "el padre y la madre sobrevivientes tienen facultad y poder cuando los bienes del difunto quedan entre los hermanos indivisos, de dar, en matrimonio...".
3.- Isábal, Marceliano. *Exposición...*, pág. 391.

está acertado al entender, que esos bienes indivisos a los que la Observancia *De iure dotium* hace referencia, sean los consorciales, sino que entendemos son del haber de la comunidad continuada, porque, si los bienes indivisos pertenecen a los hijos (sea en nuda o en plena propiedad) ¿como va a poder el cónyuge supérstite disponer sobre ellos si no forma parte de la comunidad consorcial?

Pregúntase Portolés, si la prohibición de donar, establedida en los Fueros, alcanzaba a la donación en concepto de dote con ocasión de matrimonio, y después de rebatir posturas doctrinales de autores de derecho común, concluye, que la donación, aún siendo en concepto de dote con ocasión de matrimonio, si la misma es efectuada a un extraño de ninguna manera está permitida[1]; sin embargo planteada la donación en concepto de dote, no para extraño, sino para dotar a las hijas con ocasión de matrimonio, la respuesta de Portolés es afirmativa[2]. Claramente se refiere aquí Portolés a la dote paterna, llamada dote romana, que es la llevada por la mujer al matrimonio para ayudar a sostener sus cargas[3], pero en el Derecho Aragonés existe una diferencia con la dote de origen romano, no en cuanto a quien tenía que otorgarla, sino en cuanto a los bienes que comprendía, por cuanto la misma, según la definen Martón y Santapau es: "todo caudal inmueble o que con la calidad de tal, aporta la mujer al matrimonio", consiste esa diferencia en que por Fuero en Aragón los bienes muebles se hacen comunes al matrimonio cualquiera que sea el título de aportación o adquisición. Por eso dotales, con el carácter, y efectos de tales, sólo son los inmuebles o aportados como sitios.

Pues bien, respecto a la posibilidad de dotar a las hijas con ocasión de matrimonio, vemos que Portolés admite que se realice la misma en bienes consorciales; y "que la mujer al casarse puede aportar en dote la cosa indivisa y sujeta a consorcio", al igual que le está permitido llevar en dote los bienes sujetos a fideicomiso.

---

1 - Obra citada. Pag. 65.

2 - Obra citada. Pag. 179 y 180.

3 - En Aragón hay un doble concepto de la dote, según pone de manifiesto Isábal, entre otros autores, en v. dote de *Enciclopedia Jurídica Seix*, ya que según la Observancia 25 De jure dotium la dote foral consiste en los bienes que se asignan por el marido a la mujer. "Item de fori, dotes quae assignatur per virum uxori, ille vocantur de jure donatio propter nuptias de fori vocatur dos". Esta donación del marido constituye la dote goda por el origen que se le atribuye, origen godo señalado también por Casajús, en su discurso de inauguración del curso académico de 1.880, (citado por Martón en el prólogo a las sucesiones intestadas de Aniñón).
Sin embargo la dote a la que se refiere el Fuero 1º De exheredatione filiorum, libro VI y la Obs. 4ª De jure dotium, es la dote a que nos referimos ahora, que como decimos es la que se le señala origen romano.

Admite incluso Portolés que la mujer, aportando como dote bienes consorciales, puede, con los mismos, formar pacto de hermandad con el marido, lo que traería como consecuencia que, fallecida la mujer antes de haberse hecho división del consorcio, el marido pueda obtener aquella parte consorcial y hacerla suya, a pesar de subsistir el consorcio. Este pacto de hermandad vemos, según asegura Portolés, que prevalece sobre el mecanismo de acrecimiento establecido por el consorcio.

Más, según Portolés, esta facultad de dotar a las hijas con bienes consorciales, y, la posibilidad de éstas, de realizar pacto de hermandad con el marido sobre ellos, sólo es posible en pactos o capítulos realizados al tiempo de contraer matrimonio, (al decir de Portolés esta facultad se les otorga para que encuentren marido más fácilmente y para que éstos no queden engañados en el sostenimiento de las cargas matrimoniales); "pero no se considerará válido, el citado pacto, si lo realizan constante matrimonio, pues entonces cesa el "favor matrimonii", ni tampoco podrá la mujer legar su dote consorcial ni al marido ni a un extraño; porque la cosa consorcial, no porque haya sido aportada al matrimonio, elude los efectos del vínculo que entraña el consorcio".

Creemos que esta posibilidad de dotar a los hijos con ocasión del matrimonio, con bienes consorciales, es una excepción lógica, si tenemos en cuenta, por un lado, el carácter de la dote, que normalmente operaba como legítima anticipada y también considerando la obligación por parte de los padres, de constituirla[1]. Obligación derivada del Fuero 1° *De exheredatione filiorum*. En este Fuero se declara que no están obligados los

---

1.- Esta obligación de costituirla fué cuestión muy controvertida debido a lo preceptuado en la Observancia 50 *De jure dotium* que dice que los hijos no pueden compeler al padre a que les dote. Isábal dice que esta Observancia no modifica el Fuero *De exheredatione filiorum*, por cuanto la misma se refiere a la firma de dote, o dote goda y, el Fuero dicho, a la dote romana, opinión que sostiene también Sessé (Decisión XXVI) quien afirma, además, que la precitada Observancia se refiere a los hijos, como tales, no como herederos de la madre, en cuanto a un derecho por ella adquirido.
Es Portolés, seguido por Lissa, el que niega la obligación de dotar a los hijos, apoyándose en el Derecho romano que dice, hace derivar la obligación de dotar, de la existencia de la patria potestad, patria potestad que al no existir en Aragón hace que falte la apoyatura para la obligación de dotar.
Isábal (en v. dote, Enciclopedia Jurídica Seix), expone con amplitud esta materia de exigencia de dote.
Este tema de la obligación de dotar a los hijos está íntimamente conexionado con derecho sucesorio, por cuanto, como dice Costa: esta obligación de los padres es sinónimo de darles legítima, y generalmente se confunde con la misma, por cuanto, dotar vale tanto como dar legítima y por ésto, las sumas legadas para dotar solteras, son debidas a éstas aún cuando no se casen, según declaró la Corte de Justicia en 1560.

padres a dotar de sus bienes a la hija que, sin su consentimiento, contraiga matrimonio, lo que a "sensu contrario" viene a establecer, la obligación de dotar siempre que la hija tenga ese consentimiento.

Debe tenerse también en cuenta que la dote ha tenido tal consideración en Aragón, que para constituirla se entendía poder enajenar los bienes vinculados. Así, dice Isábal[1], se deduce del Fuero 8° *De jure dotium,* y se ha tenido como doctrina corriente entre los comentaristas.

Otra posible razón a esta posibilidad de disponer de los bienes consorciales para dotar a las hijas bien pudiera ser que, como ya expusimos, en la época histórica se aceptaba la posibilidad de disponer de la cuota consorcial a favor de los hijos no sólo por actos "mortis causa", sino también "inter vivos".

Ahora bien, debemos tener en cuenta por las palabras ya citadas de Portolés y lo afirmado por Molino[2] que los bienes no perdían el carácter de consorciales por haberse dispuesto de ellos para dotar, dado que la hija con ellos dotada, no podía legar ni donar con ellos al marido ni a un extraño; lo que implicaba que esas hijas como titulares de bienes consorciales entraban a formar parte del consorcio, estando sujetos en consecuencia, como consortes, a sus mecanismos de no disposición y de acrecimiento, lo que va a suponer un cierto cambio en las reglas que rigen la disposición de la mujer sobre la dote constituida por bienes inmuebles.

Y así tenemos que cuando el Fuero 1° *De contractibus coniugum*[3], dice que la mujer puede renunciar a favor del marido, los bienes dotales, siempre que obtenga el consentimiento de sus padres o parientes más próximos[4], el consentimiento que tendría que obtener sería el de todos los consortes; acto dispositivo que al estar autorizado por todos los demás consortes, era válido en el Derecho histórico, no siendo posible la disposición en otro caso.

Referente a esta necesidad del consentimiento de los padres o parientes establecida en el F. 1° *De contractibus coniugum,*

1.- *Enciclopedia Juridica Seix*, v. dote, pág. 698..
2.- Molino, Miguel del. *Repertorio...*, v. viduitas.
3.- S. y P., Libro V.
4.- "Non valebit viro dotis facta remissio ab uxore nisi de proximorum uxoris consilio fiat situd, scilicet patris, si virus fuerit, et unius alterius; vel si patrem non habuerit, cum aliis duobus, parentibus suis propinquioribus et legalibus".

Molino[1], considera, con referencia a inmuebles dotales, no consorciales, que no es necesario, teniendolo por reformado por la Observancia 5ª *De donationibus*[2], según la cual, la mujer no necesita el consentimiento de sus parientes (*absque proximorum consensu*) para dar sus bienes a su marido, como ni él a ella. Sin embargo en la voz *vir et uxor*, vuelve Molino sobre su opinión, diciendo *"uxor non potest remittere viro suo dotes suas nisi de consilio propinquorum uxoris "*.

La otra cuestión presentada por Portolés, era la afirmación que el pacto de hermandad realizado en capítulos matrimoniales antes de la celebración del matrimonio prevalecía sobre el carácter consorcial de los bienes, aportados como dote al mismo.

Este pacto de hermandad lo define Franco de Villalba[3]: *"Germanitas ista est communis et aequalis participatio bonorum cujuscumque generis et speciei"*. Así, es el pacto en cuya virtud se hacen comunes a ambos cónyuges todos los bienes que cada uno de ellos poseía antes de la constitución de la sociedad conyugal (o dice Costa[4], aquellos tan solo que expresamente incluya el pacto dentro del concepto de la hermandad, con exclusión de los demás) lo mismo que los adquiridos durante el matrimonio. En consecuencia el pacto de hermandad puede ser universal (sobre todos los bienes habidos y por haber) y particular (excluyendo de ella algunos bienes o limitandola a los especificados individualmente en el pacto).

Por virtud de estos pactos los cónyuges se sucedían uno a otro en el dominio universal de la herencia; el que sobrevive se hace dueño absoluto tanto de los bienes que hubieran adquirido en común durante el matrimonio, como de los que fueran de la pertenencia de cada uno. Dice Costa[5] que el pueblo aragonés ha excedido en ésta, como en tantas otras materias, lo que era vivo desideratum de la filosofía del Derecho. Que de peldaño en peldaño, los derechos de los viudos han ido creciendo hasta absorber la personalidad entera de la familia y ser una *juris continuatio* de aquella personalidad superior de que formó parte,

---

1.- Molino, Miguel del. *Repertorio...*, v. dote.
2.- S. y P., Libro IV.
3.- Franco de Villalba. *Comentarios a la Obs.* 19 de Jure dotium, en "*Fororum..*".
4.- Costa, Joaquin - *Derecho Consuetudinario y Economia popular de España*, Guara editorial, Zargoza 1.981, pag. 227.
5.- Costa, Joaquin, pag. 232, obra citada.

de la sociedad conyugal, y por el contrario, las esperanzas de los herederos del cónyuge premuerto han ido menguando y encogiendose hasta disiparse del todo.

Se pregunta Costa, cómo el Derecho Aragonés ha admitido esta figura tan individualista que parece desarmonizar con el cuadro del derecho consuetudinario altoaragonés, eminentemente familiar y troncal y él, conocedor como nadie de las costumbres altoaragonesas, explica el campo de aplicación de la misma. Explicación que nos permite también entender la afirmación de Portolés, relativa a la prevalencia de este pacto sobre los mecanismos consorciales, cuando la dote que al pacto de hermandad aporta la mujer está constituida por bienes de esa cualidad. También el profesor Lacruz, en su magnífico trabajo sobre el régimen matrimonial de los Fueros de Aragón[1] dice: "parece extraño admitir la comunicabilidad de los bienes inmuebles en un Derecho como el Aragonés de tan acentuado sentido troncal", recordando el profesor, que la troncalidad es, principalmente, una regla de devolución abintestato de los inmuebles familiares de un causante y que, por consiguiente, sólo juega su papel en defecto de determinación voluntaria de éste. Señalando que los límites de esta voluntad no se hallan en la troncalidad, sobre todo teniendo en cuenta el escaso papel que ha tenido en Aragón la reserva sucesoria de los parientes colaterales, sino en el derecho de expectativa de los hijos. Y en realidad, este derecho poco sufre con que se comuniquen los bienes de la madre al padre o al contrario; sólo en el caso de segundo matrimonio corre algún peligro.

En el supuesto que tratamos, habiendo hijos del matrimonio (y no volviéndose a casar el viudo) el pacto de hermandad no presenta inconvenientes ni problemas para el consorcio, simplemente los hijos habrán de esperar al fallecimiento de los dos progenitores para que el mismo nazca. Pero en el supuesto de matrimonio sin hijos, si admitimos su prevalencia sobre el acrecimiento consorcial, sí que se estaría ante una excepción importante de las normas que rigen el consorcio.

El profesor Lacruz[2] deja constancia de la existencia de estos pactos de hermandad, como régimen matrimonial existente en

---

1.- Publicado en A.D.A. 1.946, pag. 19 y ss.
2.- "*El régimen matrimonial ...* ", pag. 84,.

Aragón a principios del siglo XIV, pero considerando que su existencia se remonta a tiempos anteriores, lo que deduce por la forma en que se menciona a la germanitas en una antigua colección de Observancias, que constan en el Ms. de Londres, en las que parece referirse al instituto como algo frecuente y conocido[1].

En la actualidad estos pactos están regulados en el art. 108 de la Compilación, que establece, que en caso de existir descendencia, el pacto equivale a la concesión de viudedad universal y a la facultad de distribuir la herencia.

En la actualidad el problema sigue planteándose en el supuesto de matrimonios sin hijos, ya que existiendo este pacto de hermandad, el cónyuge supérstite heredaría los bienes del premuerto. Y si en el haber de éste, existen bienes consorciales, habrá de regularse si prevalece el pacto de hermandad sobre las disposiciones del art. 142, como vemos se admitía para los bienes dotales en el Derecho histórico, o bien el consorcio tiene preferencia y respecto a ellos no puede operar el citado pacto.

Podría pensarse, que el consorcio es la regla, la disposición general y el pacto de hermandad es la especial, la excepción, para dar preferencia al pacto de hermandad sobre las disposiciones del consorcio, toda vez que es principio de Derecho Aragonés, que el Fuero general no deroga el especial (según preceptua el Fuero único *De in jus vocando in causis civilibus*, libro II[2].

1.- El profesor Lacarra, en Doc. navarro-aragoneas. (AHDE 1.947) publica uno referente a un pacto de hermandad establecido en testamento, de fecha 1204 y si bien pertenece a dos cónyuges navarros, es de sobre conocido el paralelismo que guarda el Derecho de Navarra con el Derecho Aragonés. "In Dei nomine. Ego Iohan Durol facio iermanitatem cum mea muliere domna Maria cum tota mea parte de hereditate de meo patrimonio mobile et teribire et quantum inquirere possimus in vita nostra, in tali conveniencia ut vobis mea domna Maria quod sedeatis poderosa in diebus vestris si de me evenerit primum de hoc seculo, de tota mea hereditate et de mobile, et post dies nostros quod remaneat illa hereditate ad meos filios et vestros, et si filios non habuerimus quod tornet illa mea hereditate ad meos parentes. Et ego Iohan Durol dono vobis fidancia de supra scripta iermanitate don Sancio Algrin, et sunt testes qui viderunt et audierunt don Gonçalvo de Maiorcas et don Michael Durant. Et ego domna Maria filia de don Petro [et] de dona Blanca facio iermanitatem cum meo marito don Iohan Durol cum tota *mea parte de hereditate* de meo patrimonio de mobile et de terribile et de quantum possimus inquirere in vita nostra, in tali conveniencia ut vos marito meo Iohan Durol que sedeatis poderoso in diebus vestris si de me evenerit primum de hoc seculo, de tota mea hereditate et de mobile, et post dies vestros quod remaneat illa hereditate ad meos filios et vestros, et si filii non habuerimus quod tornet illam meam herediattem ad meos parentes. Et ego domna Maria dono vobis fidanciam de supra scripta iermanitate don Sancio Algrin, et sunt testes qui viderunt et audierunt don Gonçalvo de Maiorcas et don Michael Durant. Facta carta in mense julio, era M^{a}CC^{a}XL^{a}II^{a}".

2.- Isábal, Marceliano. *Enciclopedia J. Seix*, v. dote, pág. 697.

También la solución dependerá en gran medida del carácter dispositivo o imperativo que le asignemos a las normas reguladoras del consorcio.

De todas formas es necesario se aclare este punto en una nueva regulación de la figura consorcial, que evite problemas de interpretación de las que va a depender la ineficacia, total o parcial, de una disposición sucesoria.

Los autores que han tratado la figura consorcial con posterioridad a su reinstauración en la Compilación, no tratan este supuesto, a excepción de Merino Hernandez[1], que considera acertadamente, a la vista de la regulación actual de la figura, "que el cónyuge superstite no podrá heredarle en los bienes que tuvieran la condición de consorciales, por cuanto respecto a éstos se produciría el acrecimiento a favor de los demás consortes".

La doctrina posterior a Portolés no menciona este supuesto de pacto de hermandad, pero sí hace referencia a la posibilidad de otorgar dote.

Así Franco y Guillén, que en nota[2] al art. 461 en el que tratan de la prohibición de disponer, dicen: "Tampoco puede dotar con su parte a una persona extraña" con apoyo en Portolés, sin mencionar la posibilidad de dotar a las hijas.

Martón y Santapau[3], recogen la opinión de Portolés en los extremos de la dote, omitiendo lo relativo al pacto de hermandad.

En términos semejantes se manifiesta el resto de la doctrina.

7.- 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.

Portolés[4] 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 obligaba a vender.

Examinaremos en primer lugar la responsabilidad de la comunidad consorcial por deudas del causante del consorcio.

1.- Merino Hernández, Jose Luis. *El consorcio foral...*, pág. 143.
2.- Franco y Guillen. Obra citada, pág. 225
3.- Martón y Santa Pau. *Derecho y jurisprudencia de Aragón en sus relaciones con la legislación de Castilla* - Zaragoza 1.865, pag. 616.
4.- Portolés, Jerónimo. *Tratado de consortes...*, cap. LI.

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 ateniendonos a las reglas generales que la regulan, pues en nuestra opinión el hecho de que la comunidad consorcial tuviera unas reglas de funcionamiento especiales, no implica en modo alguno, que en el punto que ahora tratamos se le tuviera que aplicar distinto régimen. Y más, si tenemos en cuenta que, si no todas, sí la mayoria de las transmisiones "mortis 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 Jaca[1] como en la Compilación oscense[2], al igual que lo hace el Obispo D. Vidal[3], 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 heredados[4].

1.- *Fuero de Jaca*. Motho, Mauricio. R.E. 155. Dels filtz dels layrons. Si layorn laxa a xon filtz o ad altre lo son, aquel a qui romayn lo son ninguna pena non den sofrir, mas lo deum den emendar que devia emendar lo layron, o laixa ço que hereda per el.

2.- *Fueros de Aragón*. Ed. Tilander, Libro IV, 216. "Fillo o sobrino o qualquiere otro si hereda bienes del padre o del parient qui aura estado ladrón non deve sofrir la iusticia ni la pena del parient o del padre, ni el ni sus cosas, mas aquesto es tenido de ber: que deve emendar el danno al clamant o desamparar la heredat d'aquel ladrón, si quiere la hereda por razón de parentesco o por razón de destin.
Savall y Penén - I. 174.b) De haeredibus fideiussorum 1.247, "Haeres latronis poenam patris nono subeat: dammun tamen reficiat conquerente ant haereditatem latronis disuittat pemitus, sive ratione consanguinitatis eam possideat.

3.- *Vidal Mayor*, L. V, 49. El heredero del ladrón o de qual se quiere malfeitor non deve aver la pena d'aqueil los bienes del quoal hereda, ni en el cuerpo ni en las cosas, empero será constreñido de emendar el daynno ad aqueill qui lo recebio o leixe la heredat del ladron o del malfeitor, si quiere que sea heredero por razón de testament o sin testament.

4 - 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 vires hereditatis: Lex Visigottorum 7,2,19 - Antigua. *De hereditate et successoribus furis - "Si quis furi mortuo in hereditate aut ex testamento aut ex sanguinis propinquiate successerit, quia crimen cum fure defecit, penam quidem non sustineat, set dammun satisfactionis exolvat, quod fur, si vixisset, fuerat solutorus, si autem maius est dammun quam hereditas, faciat cessionem*"

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"[1]. En el régimen de las Observancias[2] 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 testigos[3]. La misma excepción y, al parecer, con idéntico fundamento, se establece en beneficio de los hijos ilegítimos[4].

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 convenientemente[5]: "Empero aqueillo es de tener en memoria que en todo caso el heredero o qui

---

1.- *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 aqueilla deuda o leixarán sus bienes, et a esto mismo son tenidos qui quiere que sean herederos d'eillos...".

2.- *De testamentis* 3. Quicumque fuerit legatarius, vel detentor bonorum defuncti tenetur debita solvere, vel bona qual tenet desemparare" S. y P. II 38 b.

3.- Tilander- 76 - libro II - si el padre o la madre dieren a lur fillo o a lur filla cierta e determinada pat d´alguna heredta con carta e con fiança, assi como costumne es de donadio después por clamo que alguno aya de so padre o de so madre d´aquest fillo a qui aurán feito aquest donadio, non le pueden ni deven agraviar ni pennorar aquest donadio 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 haereditatis cum carta, fidantiis, et cum testibus, sicut consuetudo donationis est: si forte aliquis homo habuerit clamum de patre, aut matre antedictis: secundum Forum non potest nec debet pignorare, aut gravare illud donativum antedictum, quod habet, aut res suas.
Fuero de Jaca - Molho, Mauricio R.E. - 52 - Del filtz en que no es tengut per payre o per mayre. - Si algún homne o fempra dona a son filtz o a s afilla alguna heredat sabudanent ab carta, et a ab fermes, et ab testimouns, si algun homne ha clasus del payre non pot peynnorar ad aquest filtz en voz que tenga bona de son payre, quar tal dou no es bona de payre nin den respondre ningún filtz

4.- De filiis illegitimis - S. y P. Filius non ligitimus, si habuerit determinatan partem de rebus patris sum carta sufficienti, de caetero in debitis patris sui solvere non tenetur, si forte pater suus, dum vivus eraat aliqua debita dare debebat - 236 a)
En los mismos términos el *Fuero de Jaca* R.E. - 53 y el Tilander - nº 77 - El fillo bort non deve paguar deudas por el padre.

5.- Libro VI, 3.

recibe aqueilla heredat que quiera que sea, tan alongadamente demientre tiene los bienes d´aqueill en los bienes hereda, en quoanto tiene d´áqueillos 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 Hospital[1] que exige que la enajenación se realice antes de que los acreedores embarguen los bienes: *"Item nota quod si fiilus qui es haeres in bonis patris, alienat bona mortuo patre, que bona a patre iure succesionis habuit, antequam bona emparentur 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.

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 Molino[2], por el Fuero de Alcañiz: *"De his qui in fraudem creditorum ed hodie istae obs. sunt correctae per forum Alcanicii, in, de his, qua in frauden creditorum"*[3].

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 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

---

1.- Obs. 24 *De Consortibus ejusdem rei*, Libro III, :Título IX.
2.- Molino, Miguel del. *Repertorio...*, v. filius.
3.- En el mismo sentido Asso y De Manuel (pág. 131) e Isábal (*Exposición...*, pág. 250).

reglas. El hijo responde en cuanto hereda y como veremos, en la medida que hereda.

Ahora bien ¿cúal 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 inventario[1]. La Observancia 12 *De testamentis* claramente lo determina[2]. Y la doctrina lo destaca como particularidad importante del Derecho aragonés[3].

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. Vidal[4] 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 quoanto devia pagar de las deudas o de las leixas, aqueillos 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, aqueillos 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".

1.- 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.

2.- S. y P., Obs. 12, Item, de Foro haeredes non tenentur ultra vires haereditarias etiam sino fecerint inventarium.

3.- Así Molino (v. haeres, f. 167 v°), Portolés (*Scholia...*, v. haeres), Franco de Villalba (*Fororum atque Observantiarum...*, L. VI, pág. 112).

4.- *Vidal Mayor*, Libro VI, 21.

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 respondia 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*[1], en la que 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 exsecutione 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 podian libremente enajenarse, creemos 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 tenian prohibida su libre enajenación.

Portolés[2], igualmente, opina que la parte del consorte en los bienes consorciales responde de las deudas contraidas 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 nuestra opinión, tiene.

Bardají[3], 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*

1.- Hospital, Jaime de. *Observancias...*, Libro 4º, Título 6º.
2.- Portolés, Jerónimo. *Tratado de consortes...*, cap. LI.
3.- Bardaji, Ibando. *Comentarii...*, f. 365 vº.

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 Guillén[1]: "A pesar de lo prescrito en la disposición 1ª del artículo anterior (indisponibilidad de la cuota consorcial) 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, Dieste, 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.

a. Responsabilidad delictual en los Fueros y doctrina.

¿Quedan los bienes consorciales afectos a la responsabilidad delictual del consorte?

Creemos que la enumeración que hace Jaime de Hospital en la Observancia ultimamente 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 caloniam*.

El Obispo D. Vidal nos explica que es la calonia[2] ... "sus calonias, es assaber de las penas de dinero ... quar las penas de dineros pertaynnescen sin dubda ad aqueil rich omne o a la cort, las quoales penas son puestas entroa meyo homicidio et feridura

---

1.- Franco y Guillén. *Instituciones...*, pág. 227.
2.- *Vidal Mayor*, Libro VII, parágrafo 29.

de cutieillo et semeillables cosas o menores". Es decir, que estamos ante la responsabilidad delictual del consorte por cuanto la calonia se imponia principalmente por delito de homicidio. La Compilación de Huesca[1] y el Obispo D. Vidal[2] 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 qu'el 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 responderan (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 bienes del otro.

La manera de delimitar la responsabilidad, que nos dá la primera parte del Fuero, referida a la comunidad conyugal, es la misma, creemos, que la establecida para la comunidad de hermanos, en el caso de que alguno de ellos delinque, 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

---

1.- Ed. Tilander, 1937, 81.
2.- *Vidal Mayor*, Libro II, parágrafo 19.

muller", está indicando el procedimiento a seguir en los regímenes de comunidad de bienes, es decir, partir, y con la parte del responsable realizar su responsabilidad.

Explicando así el Fuero, en esa primera parte, lo que hay que hacer en caso de comunidad, se elude repetirlo para las otras dos, pero una interpretación de pura hermeneútica autoriza a considerar que esa partición se efectuaba igualmente para los supuestos de comunidad consorcial.

El Fuero *De homicidio*, a nuestro 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 entendemos, 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, pensamos, 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 (calonia). Y que, en el trance de hacer efectiva esa responsabilidad delictual del consorte, se procedía a dividir forzosamente los bienes de la comunidad (respecto a su parte) y sobre ella se realizaba la pena pecuniaria correspondiente[1].

Así parece entenderlo Molino[2] 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 fratrer qui est in sorte cum aliis fratribus, ante divisionen non possit alienare expresse partem suam in extrañeum 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.

Bardají[3] entiende, al igual que Molino, que, por lo dispuesto en el Fuero *De homicidio*, la responsabilidad delictual del consorte se

---

1.- *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.
2.- Molino, Miguel del. *Repertorio...*, v. frater.
3.- Bardaji, Ibando. *Comentarii in quator...*, f. 365 vto. y 366.

hará efectiva en su parte consorcial: *"per indirectum etiam fieret alienatio, ante divisionem, quando alter ex consortibus deliquisset"*. Cree Bardají 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?

Portolés[1] que admite decididamente, al igual que hemos visto hacen Hospital[2], Molino y Bardají, que por el Fuero *De homicidio* responde la parte consorcial del consorte que delinque, trata de buscar una solución a la contraposición que asi resulta, con las disposiciones 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, efectuandose 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,

---

1.- Portolés, Jerónimo. *Tratado de consortes...*, cap. XXXVI.

2.- Si bien Hospital, en la Observancia (20) *De emptione et venditione* citada, admite la responsabilidad por calonia de homicio, 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 titulo.

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 delinquió, 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 nuestra 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 transmitirlas. Esta solución a la que hemos llegado, examinando los textos de los Fueros y Observancias, vemos que coincide con la posición de Pertusa[1], Hospital[2], Molino, Bardají y Portolés.

Entre la doctrina posterior tenemos a Franco y Guillén[3] que dicen al respecto: "Los bienes consorciales no pueden venderse por delito del consorte, a no ser que viviendo este todavía se ejecutara la división por decreto judicial, porque entonces la parte de bienes que correspondiera al consorte delincuente 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 Portolés, han optado por la que les parece más conforme con la Obs. 13 *De Consortibus*.

Otros autores como, por ejemplo, Martón y Santapau[4], consideran que la responsabilidad de los biene consorciales opera

---

1.- Citado por Portolés en *Tratado de consortes...*, pág. 141.
2.- En su doctrina de la Observancia (20). T. *De emptione et venditore.*
3.- Franco y Guillén. *Instituciones...*, pág. 228.
4.- Martón y Santa Pau. Pag. 618, obra citada.

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 contraidas en nombre del rey y utilidad del reino, si son módicas, añaden, las contraidas en exoneración del alma del difunto y las deudas provenientes de alimentos necesarios. De estas últimas ya hemos tratado, y visto que no eran admitidas.

Isábal[1] 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 Hospital[2] en la Observancia (19) *De consortibus ejusdem rei* (recogida en la colección oficial[3] 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*[4] señala como quinto supuesto admitido para la enajenación de la *haereditas*: *"pro exsecutione 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 Portolés[5] 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 consortem pertinentia pro excluendis eiusdem consortis debitis eo vivo vendantur, et in causam iudicati capiantur, quod tunc,*

1.- Isábal, Marceliano. R.D.P., año 1918, "*El consorcio foral*", pág. 289 y ss.
2.- Hospital, Jaime de. *Observancias...*, Libro 3º, Título 9º.
3.- S. y P., T. III.
4.- Hospital, Jaime de. *Observancias...*, Libro 4º, Título 6º.
5.- Portolés, Jerónimo. *Tratado de consortes...*, cap. L

quia haec alienatio necessaria est, et a nostris foris prohibita non censetur, pars bonorum consortio suppositorum ad consortem debitorem pertinentium ante divisionem distrahi poterit". No aporta Portolés, en este caso, argumentos en pro de su afirmación, ni doctrina de foristas.

Bardají[1] 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 indivissa obligare, nec pignorare"*. 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 Guillén[2] 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 deberan 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 Pau[3] admiten también las deudas contraidas por el consorte en beneficio de la comunidad.

Creemos 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 el realizado.

Distinto vemos el supuesto de posibilidad de exigencia de responsabilidad por contratos celebrados por el consorte al margen de la actividad consorcial, que creemos es el que plantea la Observancia 13. En este caso, opinamos, 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 tenia facultad de disposición y por lo tanto no valdría

---

1.- Bardaji, Ibando. *Comentarii...*, f. 365.
2.- Franco y Guillén. *Instituciones...*, pág. 229.
3.- Martón y Santa Pau. *Derecho y J...*, pág. 618.

como título para pedir. Ahora bien, si el pedimento no se asentaba sobre título ineficaz, sino que devenía de obligaciones legitimamente contraidas, opinamos, con Hospital y Portolés que la existencia de comunidad no seria un obstáculo para declararse la irresponsabilidad del consorte. Al tratar de este tema en la regulación actual ahondaremos 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 PROHIBICION DE DISPONER SEGUN LA REGULACION QUE DEL CONSORCIO LEGAL HACE EL ARTICULO 142 DE LA VIGENTE COMPILACION.

Estudiado el efecto consorcial de prohibición de disponer *inter vivos* en el Derecho histórico, vamos 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 142 de la vigente Compilación.

La investigación histórica realizada sin duda nos ayudará a resolver las cuestiones que puedan plantearse y también podremos ver en qué medida aquellos criterios del Derecho anterior, son válidos y aprovechables para nuestro vigente ordenamiento jurídico.

Si el consorcio foral, como dice la Exposición de Motivos de la Compilación de 1967, está basado y tiene su origen en aquellos Fueros y Observancias, es lógico pensar que las posibles lagunas o vacios interpretativos que la institución pueda presentar en la legislación actual, habrán de ser colmados a la luz de aquella misma legislación primera.

1.- La prohibición de disponer.

El art. 142 de la actual Compilación establece una prohibición similar a la contenida en los Fueros *De Communi dividundo*. Así, en su apartado 1°, número 1°, dice: "ninguno de los consortes puede enajenar, gravar, ni obligar la parte que le corresponde en los bienes indivisos". Vemos así que 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, dice la Compilación, obligarla.

Estos actos de disposición sobre los bienes consorciales, para que sean válidos, habrán de llevarlos a cabo todos los consortes a mancomún.

El primer problema interpretativo se presenta con la palabra "obligar" que emplea el artículo 142. A nuestro entender con la palabra "obligar" se prohibe cualquier acto de disposición, aunque no entrañe enajenación, es decir que prohibe cualquier cesión de uso y disfrute.

Al respecto el profesor Lacruz[1] dice que, "pese al empleo de esta palabra es cuestionable si no cabría adoptar el titular de una cuota, en relación a ella, disposiciones meramente obligacionales que no suponen enajenación, como arrendarla o ceder gratuitamente su disfrute, o un disfrute concreto, especialmente cuando éste es divisible". Pone como ejemplo el profesor, la posibilidad de establecer un derecho de pastos, por el cual se permita introducir en la finca consorcial un concreto número de reses.

Es posible, como opina el profesor Lacruz, que el alcance que deba darse a la palabra "obligar", sea, simplemente, el querer significar que la parte en los bienes indivisos debe acrecer a sus consortes libres de deudas y cargas. Sin embargo más nos parece que la misma prohibe cualquier cesión gratuita u onerosa del simple uso y disfrute, como antes dijimos.

Según ésto ¿podrá el consorte dar en arrendamiento, su parte consorcial o bien de cualquier manera ceder el uso y disfrute de la misma?

En estos supuestos no parece que al consorte le estuviera prohibido tal acto, teniendo en cuenta que por el mismo retiene el dominio y sólo dá, según el art. 1.543 del C.C. "el goce o uso de la cosa por tiempo determinado". De donde se deriva que, mientras la función económica de los contratos traslativos es el desplazamiento pleno de la cosa, con todas sus utilidades, en cambio el arrendador conserva el poder de disposición, y por lo

---

1.- Lacruz Berdejo, Jose Luis. *El consorcio foral...*, pág. 340.

tanto parece, en principio, posible que tales contratos de arrendamiento pudieran permitírsele al consorte.

Sin embargo, aparte de que hay que tener en cuenta que la cesión del disfrute de la parte consorcial (cuando sea ésta materialmente posible) introduce un nuevo comunero, a efectos de goce en la comunidad consorcial, no hay que olvidar, como pone de relieve el profesor Lacruz[1] que, la posición del arrendatario ha ido adquiriendo, en España, una amplitud en cuanto a su duración, y una firmeza en cuanto a su inherencia a la finca, que le comunican cierta apariencia de derecho real, que se manifiesta frente al adquirente y nuevo propietario de la cosa, a quien se comunica, por ley, las obligaciones y derechos personales del originario arrendador. Si bien la doctrina dominante y la jurisprudencia considera que el poder del arrendatario sigue siendo de naturaleza personal.

Esta persistencia de los arrendamientos[2], regulada en contraposición a lo dispuesto en el C.C., introduce otro elemento altamente desfavorable a la admisión de esta facultad dispositiva del consorte, ya que en virtud de las corrientes protectoras de los arrendatarios parece que el contrato de arrendamiento está perdiendo el carácter de arquetipo de acto de administración, para acercarlo a un acto de enajenación, dado que en los arrendamientos especiales (L.A.U. y L.A.R.) no se extinguen cuando se resuelve la titularidad de quien concedió el arriendo.

En definitiva, consideramos que el consorte dada la prohibición de "obligar" que el legislador le impone, no podría llevar a cabo contratos de arrendamiento, sin la intervención o el consentimiento de los demás consortes ni cualquier cesión gratuita u onerosa del uso y disfrute de su parte consorcial.

Por otra parte no conocemos Sentencia alguna en la que se trate de la extensión que haya de darse a la prohibición impuesta en la Compilación.

1.- *Derecho de obligaciones*, V. III - Bosch 1.986, pág. 177.

2.- Excepcionando, naturalmente, los contratos de arrendamiento urbano realizado de acuerdo con el Decreto 1985

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 comunmente admitida la posibilidad de enajenación "inter vivos", de un consorte a otro, de la cuota consorcial, sin necesidad de consentimiento de los demás consortes. Si bien Portolés, señalaba como requisito necesario para que pudiera llevarse válidamente a efecto, que el consorte enajenante careciera de hijos. Requisito que ya hemos visto no exigían ni Hospital, ni Molino, ni Bardají. Y que, como ya expusimos, en Portolés, parecía obedecer principalmente a considerar el consorcio como una sustitución fideicomisaria, concepto éste que no mantiene en otros supuestos, como por ej. cuando trata de la enajenación a favor de extraños, para cuya validez sólo exige consentimiento de los demás consortes. Creemos, mas bien, que la carencia de hijos como requisito de validez de las disposiciones de un consorte a otro lo refiera Portolés no a las realizadas "inter vivos", sino a las "mortis causa", dado que se apoya en la Observancia 12 *De consortibus ejusdem rei*, y también por que así se armonizaría su propia doctrina.

La doctrina fué unánime (con la salvedad apuntada por parte de Portolés) 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, en la actualidad, dada la redacción del artículo 142, no es posible admitir ese supuesto, por cuanto, a diferencia de los Fueros, éste no hace ninguna distinción entre consorte y extraño, por lo que debe entenderse prohibido todo tipo de enajenación, tanto la realizada a favor de otro consorte, como la realizada a un extraño a la comunidad. Los términos empleados no admiten otra interpretación: "Ninguno de los consortes puede enajenar, gravar, ni ogligar la parte que le corresponde en los bienes indivisos".

El profesor Lacruz, entiende igualmente, que la enajenación realizada a favor de un consorte no tiene mayor valor ni

posibilidades que la hecha en favor de un extraño: como ésta, dice, sólo será válida si la autorizan o ratifican los restantes consortes.

Entiende también, el profesor Lacruz, que la enajenación realizada a favor de un consorte, vulnera el derecho de los hijos o el de acrecer de los otros consortes, por cuanto puede tratarse, dice, de la cesión de la cuota de un consorte viejo y enfermo a uno joven y sano. No compartimos esta apreciación del profesor Lacruz, en cuanto a la lesión del derecho de los hijos, por entender que, al no ser el consorcio foral una sustitución fideicomisaria, ni entrañar vinculación especial a favor de los hijos (fuera de los términos que después se dicen) 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, con relación a los hijos, entendemos que los bienes consorciales la única diferencia que tienen respecto a los otros bienes libres que tenga el padre consorte, es que nunca podrían entrar en el tercio de libre disposición y adjudicarlos el padre a extraños, sino que siempre tendrán que entrar en la llamada legítima colectiva y, en consecuencia, ser destinados a los hijos.

Y respecto al perjuicio que con la enajenación, "inter vivos", de la cuota a favor de un consorte pudiera causarse a los otros consortes no favorecidos con la misma, pensamos, que aun habiendolo, no tiene necesidad de ser protegido, por cuanto la vinculación que el consorcio supone para los consortes, está, pensamos, establecida a favor de éstos, pero no necesariamente de todos y por igual, pues aun admitiendo que de los Fueros se pueda inducir esa igualdad en las cuotas que los consortes tienen, que parecería exigir la necesidad de mantenerla, pensamos 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 vemos 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 exigían 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. Pensamos, 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, creemos, 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.

Vemos pues que la regulación actual endurece la figura, a nuestro modo de ver, innecesariamente, al no permitir lo que en la época histórica estaba perfectamente admitido. Y así estimamos que, teniendo en cuenta los argumentos expuestos y la tradición histórica, debería hoy admitirse la enajenación "inter vivos" de la cuota consorcial entre consortes, previa reforma del artículo 142. Además con esta posibilidad de enajenación "inter vivos" entre consortes, se evitarían 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 actual, vemos que no es posible a un consorte disponer de su cuota a favor de otro consorte, lo mismo parece que deba afirmarse 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", parece estar excluyendo implícitamente la facultad de disponer "inter vivos" a favor de los mismos.

La doctrina histórica admitía esta posibilidad, en base principalmente, a la Observancia 12 *De consortibus ejusdem rei*, en la que se establece la facultad de disposición "mortis causa" a favor de los hijos. En la parte final de la citada Observancia se dice: *"Fuit determinatum quod bene dicebat filia, quod nullo modo poterat ordinare ante factam divisionem in extraneos: sed in filios sic quomodo voluerit"* . Esta frase: *"sic quomodo voluerit"*, sirvió de principal argumento para autorizar y permitir disposiciones "inter vivos" a favor de los hijos, y no sólo de los hijos por igual, sino a favor de uno o más, pero no de todos. También Portolés emplea,

para admitir la enajenación "inter vivos" a favor de los hijos la identidad de razón que existe entre esta enajenación y la efectuada "mortis causa", entre otros argumentos.

Al exponer la parte histórica ya adelantábamos nuestra opinión favorable a esta posibilidad de disposición por los consortes, considerando, con Portolés, que no parece 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 por testamento, ab intestato o contractual, y 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 parecen, hoy día, existir razones para sostener, que hasta tanto no ocurra la muerte del padre consorte, no puedan los hijos sucederle en la explotación del negocio agrícola o industrial, por ej., por la única razón de que los bienes sean consorciales.

Es por eso que creemos necesario una modificación en este sentido del artículo 142, para que de esta manera, además, se recoja la tradición histórica.

El profesor Lacruz[1] entiende también que, conforme a la redacción actual no es posible esta disposición "inter vivos" a favor de hijos, y sí solamente la "mortis causa" a favor de todos ellos o al que de ellos elija el consorte, pareciendo, añade, que la voluntad del legislador ha sido la de que hasta que no llegue el caso de fallecimiento, no se desprenda el consorte de una cuota que, si muere sin hijos, acrecerá a los coherederos. "Más aun, sigue el profesor, siendo con hijos, es dudosa la validez o convalidación de la donación "inter vivos" hecha a uno de ellos de la cuota consorcial: con Portolés podríamos alegar, en favor de la solución afirmativa, que si el padre está gravado de restitución de los bienes en favor de los hijos, lo mismo puede elegir en vida al que quisiere como por última voluntad".

1.- *El consorcio foral Aragonés...*, pág. 341.

Vemos que el profesor, aún afirmando que hoy día no es posible esta disposición a favor de los hijos. no rechaza la conveniencia de la misma.

Sí, en cambio Merino[1], que no encuentra acorde con el espíritu de la figura, tal posibilidad, "ni para el Derecho anterior ni para el actual" ya que piensa 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, dice, 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".

Argumenta 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.

Ante ésto diremos que en el Derecho histórico, y en nuestra opinión en el actual, los hijos al suceder al padre consorte, ya lo hicieran por disposición "inter vivos", ya "mortis causa", sucederían también en su cualidad de consortes y por lo tanto el hecho de premorir al padre no alteraba el acrecimiento de los demás consortes, que se produciría si a su vez 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 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 acerbo inicial de la comunidad.

1.- *El Consorcio Foral...*, pág. 128 y ss.

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 y lo es para la regulación vigente.

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 romanisticas 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 unanimemente que le es posible al consorte disponer libremente de su cuota consorcial si consienten o ratifican los demás consortes.

Esta posibilidad de disposición es comunmente aceptada para la regulación actual de la figura.

Merino Hernandez[1] la ve 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, añade, 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, continúa, la

---

1.- Merino Hernández, Jose Luis. *El consorcio foral...*, pág. 117.

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 que 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, entendemos 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 Lacruz[1], que la nueva cosa adquirida a costa de la consorcial vendida, aunque sea indivisible, dice, no se subroga en su carácter consorcial, argumentando el profesor que ésto es así por cuanto, este nuevo bien, ya no fué adquirido del ascendiente, ni ha sido adquirido a título gratuito, requisitos que exige el artículo 142. Repetiremos ante ésto lo dicho anteriormente, (aparte de que en el Derecho histórico admitían que, por subrogación real, el bien adquirido con el producto del consorcial tenia 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 parece acorde con el artículo 142, dice el profesor Lacruz, permitir la enajenación de la cuota consorcial simplemente por el hecho de ser el objeto sobre el cual recae ésta materialmente indivisible o tener prohibida su división por la ley.

Sin embargo para el Derecho histórico, como exponíamos al tratar del elemento objetivo del consorcio, esta prohibición de

---

1.- *El Consorcio Foral...*, pág. 352..

enajenar la parte indivisa de los bienes consorciales no tiene aplicación cuando éstos son indivisibles por naturaleza. Es el Fuero 3 *De communi dividundo* y la Obs. 3ª *De consortibus ejusdem rei* la que así lo establece.

En el pasaje citado creemos 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 3ª *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 pueden disponer de su cuota parte por actos "inter vivos".

En la regulación actual no está previsto este supuesto y, en consecuencia, en este sentido se manifiesta el profesor Lacruz[1], considerando que: "teniendo en cuenta lo que del consorcio dispone el art. 142, no parece sea posible al consorte, en base al carácter objetivamente indivisible del bien, disponer de su cuota, sin proceder previamente a la división del mismo".

Dice el profesor, que 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, si tenemos en cuenta lo que, al respecto, establece el art. 404 del Código Civil. 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.

No compartimos, en este punto, la opinión del profesor. Que jurícamente nada óbste a pedir la división, estamos totalmente de acuerdo, pero no se debe 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 su sentido jurídico el que compaginó, con este Fuero y Observancia, la permanencia y la indivisibilidad. Con la solución del art. 404 del C.C. no se cumpliría el fin del consorcio, ¿Cómo

---

1.- Lacruz Berdejo, Jose Luis. *El consorcio foral...*, pag. 343.

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.

La medida del Codigo Civil, es una medida que responde a influencia romana, pero nuestros Fueros establecieron esta excepción con mucha mejor técnica y finalidad, regulando estos supuestos como una copropiedad, en la que cada condueño tiene una participación alícuota sobre la cosa expresada en números, o sea que el derecho sobre ella, al igual que ocurre en la llamada copropiedad romana, se cuantifica a través de una cuota, que es la expresión numérica del contenido de su participación: y así preceptúan que al enajenar la parte se exprese si se vende, la mitad, o un tercio, siendo esa parte la expresión del derecho individual del comunero, cuyo derecho se corresponde sin las limitaciones legales establecidas para la comunidad de cosas divisibles, teniendo sobre tal cuota disponibilidad inter vivos, como si estuviere partido el bien.

Decíamos que los Fueros establecen, respecto este tipo de bienes, una comunidad de tipo romano pero se apartan de los conceptos romanos en cuanto éstos, a los que sigue el C. C., consideran que sea partible o no la cosa, la comunidad ordinaria es siempre, necesariamente divisible, forzosamente divisible, como se ve por el art. 404 del C. C. y los Fueros conceden la disposición de la parte para evitar la división necesaria[1].

Merino Hernandez[2] ve las ventajas indudables de estos Fueros pero va más alla, cree que con la regulación actual podría el consorte vender su parte consorcial cuando de estos bienes se tratara. Pensamos, con el profesor Lacruz que no; que seria preciso una modificación del art. 142, para que ésta fuera posible, pero que tal reforma es necesaria para acomodar la institución a su regulación histórica.

En esta reforma, que se preconiza, ha de adoptarse un criterio flexible y amplio con relación al concepto de indivisibilidad, es decir que abarque no sólo los bienes indivisibles por naturaleza y

---

1.- Para más fundamentación de la distinta orientación que seguia en este punto el Derecho romano y el Derecho histórico aragonés me remito al Capítulo 4º de esta tesis donde estudio el elemento objetivo del consorcio foral.

2.- *El consorcio foral* - pag. 122 y ss.

los que por ley tengan prohibida su división sino los que desmerecieran mucho con su división.

Como dice Merino la legislación común ayuda a ello.

En primer lugar el art. 404, ya citado, del Código Civil al establecer que "cuando la cosa fuese *esencialmente indivisible* y los condueños no convinieren en que se adjudique a uno sólo de ellos indennizando a los demás, se venderá y repartirá su precio".

Dentro de las normas sobre partición hereditaria el art. 1062 dispone que "cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero. Pero bastará que uno sólo de los herederos pide su venta en pública subasta y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga".

La indivisibilidad a que hacen referencia estos artículos no es sólo la material, sino en opinión de la doctrina, también la jurídica; entendiendo por ésta no sólo cuando la ley prohibe la indivisión, como ocurría en unidades mínimas de cultivo o unidades mínimas urbanísticas, sino también cuando por la división se desmereciera mucho el bien, o cuando como resultado de la misma resulte inservible para el uso normal a que se destina. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia que en Sentencia de 31 de enero de 1964 y 30 de marzo de 1957, entre otras, dicen que para que la cosa se considere indivisible es preciso "que desmerezca *mucho* y no solamente *algo* por la división, lo cual significa tanto como que por esa división haya que sufrir grave quebranto y demérito".

Por todo ello concluimos, reiterando se modifique el precepto regulador del consorcio en el sentido indicado, recogiendo los preceptos del Derecho histórico, para así hacer posible, que en caso de ser el bien consorcial indivisible, en la extensión dada, puedan los consortes enajenar libremente su cuota, sin previa partición.

5.- Posibilidad de venta de la cuota consorcial para pago de deudas del ascendiente causante del consorcio como excepcion a la inalienabilidad de la misma.

Hemos visto que en el Derecho histórico, si bien en un principio regulado casuisticamente, 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 creemos tenga excepción por estar indivisos

los bienes. Ya que la única particularidad del Derecho Aragonés en este punto es, como decía Isábal que: "En Aragón la herencia no se reputa dañosa", es decir que el heredero será responsable de las deudas del causante hasta donde alcance lo recibido en herencia.

Creemos así que si el consorte hubiera adquirido los bienes consorciales por título de herencia sería de aplicación el art. 138.1 de la Compilación que establece la responsabilidad del heredero por las deudas de la misma: "el heredero responde de las deudas de la herencia exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto, aunque no se haga inventario".

La misma opinión mantiene el profesor Lacruz[1] diciendo: "La venta (de la parte consorcial) para pago de las deudas del ascendiente causante resulta posible igualmente hoy cuando el coheredero responda solidariamente por tales deudas". Efectivamente cuando el coheredero consorte responda solidariamente (artículo 1.084 del Código Civil aplicable en esta materia) de tales deudas, podrá ser demandado por los acreedores del causante, en cuyo supuesto tendría que proceder a la venta de su parte para pago de las mismas.

Merino Hernandez[2] si bien sostiene igualmente la responsabilidad de la parte consorcial por deudas del causante, considera, que el consorte que haya recibido otros bienes del causante que carezcan del carácter de consorciales, tendrá que afrontar el pago de las deudas de la herencia, primero con éstos, acudiendo a la liquidación de los consorciales sólo en el supuesto de que esos otros bienes fueran insuficientes para cubrir el débito en la proporción en que él deba responder.

Realmente esta necesidad estimada por Merino, de agotar todo otro tipo de bienes heredados, antes de proceder a la venta de los consorciales, con el fin de satisfacer las deudas del causante, no aparece absolutamente clara. Sí se podría apoyar, pensando que en la comunidad consorcial pueden estar donatarios o legatarios exentos del pago de las deudas y en favor de ellos admitir esa secundariedad.

Sin embargo veo difícil afirmarlo rotundamente, participando en este punto de la opinión del profesor Lacruz que "considera

---

1.- Lacruz Berdejo, Jose Luis. *El consorcio foral...*, pág. 342.
2.- Merino Hernández, Jose Luis. *El consorcio foral...*, pág. 134.

discutible, si únicamente cabe vender la cuota una vez agotados los restantes bienes relictos recibidos por el participe, o, tras haber destinado al pago de las deudas una parte de ellos, correspondiente a la proporción en que las deudas graven el activo hereditario".

Pues hay que tener en cuenta que en el régimen de responsabilidad del heredero por las deudas hereditarias, según el Código Civil, que creemos aplicable en este punto, (con la salvedad ya apuntada de la limitación de la responsabilidad intra vires hereditatis sin necesidad de inventario), puede el heredero antes de la partición relegar su parte a los acreedores del causante, para que cobren de la masa hereditaria.

6.- Posibilidad de venta de la cuota consorcial para hacer frente a responsabilidades por actos realizados por el consorte.

Hemos 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, en todo caso por responsabilidad delictual y con ciertos límites la contractual. El profesor Lacruz[1] no participa de esta posición, por cuanto afirma que esta posibilidad de venta contradice los textos históricos. No opinamos así, por las razones anteriormente aducidas.

Hoy dia, menos motivos vemos aun, dada la redacción del artículo 142 y las normas generales que rigen en materia de responsabilidad, para considerar que la cuota consorcial no esté afecta a la responsabilidad exigible al consorte. No creemos 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.

El profesor Lacruz, que considera, en un principio, totalmente excluida por el artículo 142 la posibilidad de venta de la cuota consorcial para pagar deudas del propio consorte, duda, si ante el ambargo realizado por los acreedores del consorte sobre la misma,

---

1.- Lacruz Berdejo, Jose Luis. *El consorcio foral...*, pág. 342.

podrian quedar burlados los derechos de éstos, por la negativa a dividir del consorte, para, así, evitar el pago de dichas deudas. En todo caso, dice el profesor Lacruz, la acción a ejercitar, frente a esa negativa, lo sería en juicio declarativo y destinada a conseguir la división, como una suerte de sobrogatoria.

Ciertamente, en nuestra opinión, esta seria una vía para hacer efectiva la responsabilidad del consorte, si bien estimamos que no la única, ya que, al igual que admitió la doctrina clásica, nos parece viable que, deducida la responsabilidad del consorte y embargada su parte consorcial, el Juez puede ordenar, en trámite de ejecución de Sentencia, que se proceda a la partición, en lo que atañe al consorte, para así, liberada su participación, proceder a la subasta de los bienes que le hubieran sido adjudicados al consorte.

En cuanto a la posibilidad de hacer efectiva la responsabilidad una vez ocurrida la muerte del consorte. Tendriamos, que si le suceden los descendientes, éstos responderían de las deudas del padre consorte, dado que heredan su parte. Las dudas se presentan cuando, por morir el consorte sin descendencia ,se haya efectuado el acrecimiento consorcial. En la época histórica, 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 transmitia la deudas) sino por "beneficio fori" (que se entendia a "sensu contrario" que no las transmitía) hoy que, en nuestra opinión, el artículo 142 no contempla esta exención, dado que al término "obligar" empleado por dicho artículo entendemos que no puede claramente asignarsele esa significación, estaríamos ante el dilema de decidir si la expansión de cuota que supone el acrecimiento consorcial (en nuestra opinión), implica o no que los consortes acrescentes se liberen de la responsabilidad exigible al consorte muerto. Nos inclinamos por afirmar la responsabilidad de los consortes por dichas deudas.

Merino Hernandez[1] parece considerar este supuesto de posibilidad de venta de la cuota consorcial para pago de deudas del propio consorte como estado de necesidad del mismo si carece de otros bienes no consorciales.

1.- Pag. 133, obra citada.

7.- Disposición por estado de necesidad de un consorte.

En el Derecho histórico no se admitió, según hemos visto, que el estado de necesidad del consorte, entendiendo éste, como aquel estado de falta de otros medios económicos para alimentar o cubrir gastos de enfermedad del consorte o su familia, como causa bastante para que el consorte pudiera proceder a la venta de su parte consorcial, sin previa partición.

Merino Hernández estima, opuestamente, admisible la venta por estado de necesidad para el Derecho vigente, exigiendo que la misma sea suficientemente probada y no un mero acto de conveniencia del consorte, dirigido a obtener un mejor rendimiento de sus bienes. Señala Merino, como condición, que carezca el consorte de otros bienes con los que hacer frente a sus gastos perentorios.

Argumenta Merino que la deficiente situación económica del consorte, presupone que éste no pueda acudir a otros remedios legales para conseguir la enajenación de su cuota, como sería dice, solicitar la partición de los bienes consorciales. Si admite Merino, como vemos, que la sola petición de partir basta para tener por cumplido el requisito de partición, exigido por la Compilación, poco dinero le supondría la misma al consorte. La partición, sí puede ser costosa, pero no la mera solicitud de partir.

Según Merino, este supuesto guarda una evidente analogía con lo previsto en el art. 151 de la Compilación, respecto a la prohibición de disponer de los bienes retraidos, con la diferencia de que éste último presupone que el adquirente llegó a la peor fortuna con posterioridad al retracto y en el consorcio pudo existir este estado "ab initio".

Discurre Merino una serie de medios encaminados a la probanza del estado de necesidad, con posibilidad de que los notarios actuantes admitan la existencia de la misma y si así lo consideran autoricen la escritura de la venta.

El profesor Lacruz, estima, que no puede entenderse facultado al consorte para vender su cuota por causa de necesidad, cuando bien puede pedir la división y enajenar los bienes concretos que por consecuencia de ella reciba. También sostiene el profesor, que si la necesidad es tan urgente que no permite esperar y tampoco consigue de los otros consortes el permiso para vender, "siempre puede, inmediatamente después

de solicitar la partición, vender su derecho al eventual resultado de la misma".

La solución primeramente apuntada por el profesor Lacruz junto con la obtención del consentimiento de los otros consortes, son las que consideramos acorde con las disposiciones de la Compilación, ya que, el estado de necesidad no está previsto como causa que opere como excepción a la indisponibilidad de la cuota en el artículo 142 señalada.

Al tratar de la problemática que presenta la división de los bienes consorciales trataremos de estos casos de urgente necesidad.

VI.- INVALIDEZ DEL ACTO DE DISPOSICION 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, pasaremos 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. Expondremos ambas.

A. Disposiciones forales.

El Fuero de Jaca, ya contiene una disposición en la que expresamente se cataloga la donación de un bien consorcial, realizada por el consorte sin el consentimiento de los demás consortes: "De heredat que no es partida entre parentz e algun d'aquels vol dar sa pars. De hered'atz de germans o de filtz o de parentz que no son partidas, si algun d'aquels dara ad algun part d'aquelas heredatz sen assentiment e voluntat de totz los altres qui diven essez parçones en aquelas heredatz, o encara senes

assentiment del un sol, no a valor aquela donation, encara si aves donat a Santz o a muyller o ad altre loca. Pero..."[1].

En la Recopilación privada II de los Fueros de Aragón[2], aparece recogido este fuero, en términos practicamente 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 divisse. 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 divissa, 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. Vidal[3], "e assi encara que, si alguno de los anteditos herederos aillenare la part la qual devia recebir 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 comunidad consorcial la repite D. Vidal, en varios pasajes. Así en el parágrafo 29 del mismo título, "Quoando dos han o oviessen o possediessen alguna heredat o possessión non partida, si el I amenos del otro aqueilla heredat o aqueilla possessión dió, vendió, empeynnó ho ailleno en quoal 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 heredat o possessión vino a estos por razón de heredar que descendía en ellos de sus mayores, assí como desciende a hermanos o cormanos, aqueill qui non consentió aqueill aillenamiento podrá revocar aqueill feito, en guisa que aqueill que recebió aqueill aillenamiento non puede ren retener d´aqueilla heredat o possessión 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

---

1.- *Fuero de Jaca*. Molho, Mauricio. R.A., parágrafo 272.
2.- Ramos Loscertales, Jose mª. AHDE II, parágrafo 124.
3.- *Vidal Mayor*, libro IV, 30, pag. 293. Gunnar, Tilander, Lund, 1.956.

de año y día[1], 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 tienpo del aillenamiento o obligamiento...".

En el parágrafo 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 admitiendolos 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 heredades consorciales) en daynno et en engaynno de la hermandat por algún título faciendo 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 quoal 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 aiudado 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 forales[2].

1.- Esta acción para impugnar el acto del consorte dice Bardají *(Comentarii...*, pág. 367) que es incorrecta y que no ha de estimarse. El profesor Lalinde Abadia, Jesus (*Comentarios al Derecho Civil de Aragón*, pág. 42) dice que no puede ser utilizada por los hermanos en cosas de abolorio.

2.- 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 agenar heredat a algún estraynno 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 vendida ni el donadio, non deve valer que los otros hermanos pueden sacar todo el heredamiento por lo que no han partido nin sortido.

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 Patos y Pertusa[1] 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.

Portolés, que trata ámpliamente este tema, al que dedica cinco capítulos[2] 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 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 Villalba[3] 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.

1.- Citados por Portolés, *Tratado de consortes...*, cap. XX.
2.- Cap. XIV, XV, XX, XXI y XII.
3.- Comentario a la Obs. XIII De consortibus ejusdem rei - *Fororum at que observantiarum*; Año MDCCXLIII, pág. 369.

Respecto a los hijos del consorte enajenante, ya hemos expuesto que Portolés estima que pueden los mismos, al igual que los consortes, reivindicar la cosa enajenada, si bien, al igual que los consortes, 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 asi retractarse de la enajenación celebrada. Respecto a ésto, Martón y Santapau[1] 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. Martin Juan de la Guerra.

2.- La ineficacia del acto dispositivo "inter vivos" celebrado contra consorcio, en la regulación actual.

La postura de la doctrina actual respecto al tema que tratamos no se aparta en esencia del tratamiento jurídico que, respecto a los actos de disposición de un consorte, contraviniendo las reglas consorciales, hemos visto para el Derecho histórico.

El supuesto general de ineficacia, siguiendo a Castán, lo divide Sapena[2] en dos, según sea su causa la disconformidad del negocio con la ley (invalidez) o se produzca por hechos ocurridos con posterioridad al nacimiento del mismo, provocando la cesación de sus efectos (ineficacia sobrevenida). Subdistingue en la primera categoría, la nulidad (que abarca la inexistencia y la nulidad propiamente dicha) la anulabilidad y la rescisión; y en la segunda, la revocación y la caducidad.

La terminología jurídica en esta materia de invalidez de los negocios jurídicos, es poco homogénea, añadiendo una dificultad más al tema. Dice, al respecto, mi antiguo profesor, Federico de Castro[3], que la doctrina no ha llegado a un acuerdo sobre la distinción de los tipos de ineficacia y su correspondiente

---

1.- Pag. 619, op. cit.

2.- Sapena Tomás, Joaquin. *Ineficacia del negocio jurídico en el Apéndice al Código Civil, vigente en Aragón.* Anuario de Derecho Civil, 1956, pag. 120

3.- De Castro y Bravo, Federico. *El negocio jurídico*, Ed. Civitas, 1985, pag. 461, a quien principalmente seguimos en el desarrollo de este tema, junto con el profesor Lacruz.

rotulación. Debido ésto, en gran parte, a la carencia de una exacta terminología legal y a la polivalencia semántica de las voces empleadas.

Así, la distinción usual entre invalidez e ineficacia se ha criticado, en base de que el no valer y el no tener efectos jurídicos viene a ser prácticamente lo mismo. La contraposición de la inexistencia a la nulidad también se ha censurado con la observación de que lo nulo no es más que lo inexistente para el Derecho. Hasta la tradicional clasificación de los contratos ineficaces en nulos y anulables se ha rechazado, con la afirmación de que la anulabilidad es tan sólo manifestación procesal de la nulidad.

Pues bien vamos a intentar calificar el acto dispositivo de un consorte realizado con un extraño con bienes consorciales.

Según el profesor Lacruz[1], la disposición que un consorte hace de su cuota contra lo ordenado en el artículo 142.1, 1° es, a la vez, inválida, por ser opuesta a la ley, e ineficaz, asignando a este término, el alcance de no producir su realización lesión del derecho de los consortes, los cuales, dice, pueden desconocer la intentada transmisión y conducirse considerandola como no sucedida.

No vale, por tanto, el negocio realizado por el consorte por cuanto está realizado contra ley, y este defecto impide que despliegue sus naturales consecuencias, siendo intrínseca su ineficacia. Su carencia de efectos ocurre sin necesidad de una previa impugnación del negocio realizado. Esto nos llevaría a que ocurrida la muerte del consorte enajenante, la parte indivisa enajenada a extraño, acrecería a los consortes o a sus hijos, presupuesta su inexistencia. La ineficacia, entonces, de la disposición se produce "ipso iure" por si misma y sin necesidad de intervención judicial.

Sin embargo, estimamos, que será inevitable la declaración judicial para vencer la resistencia del comprador cuando sostenga la validez del acto o también cuando sea necesario borrar la apariencia de validez que el negocio dispositivo pueda tener, por ejemplo, si está autorizado por escritura pública o inscrito en el registro de la propiedad, pidiendo al juez la declaración de

---

1.- *El consorcio foral*, pág. 344.

nulidad del título y la cancelación del correspondiente asiento registral.

En este sentido dice, el profesor Lacruz, que los consortes o los hijos tienen acción inmediatamente para que se declare su derecho expectante o eventual y los consortes, además, para impedir cualquier ingerencia del supuesto adquirente en la comunidad.

Estimamos, como el profesor, que en estos casos basta que se pida al juez una declaración sobre la realidad jurídica del consorcio, bastando al efecto una sentencia declarativa que servirá para remover los obstáculos que la apariencia de validez o la resistencia que la otra parte pueda oponer.

La duda se presenta si en vida del consorte enajenante y subsistente el consorcio, podrán los otros consortes, o los hijos, pedir la nulidad del contrato llevado a cabo por el consorte, teniendo en cuenta que el mismo sería, como dice el profesor Lacruz, *"res inter alios acta"*, y podría resolverse en la petición de división hecha por el consorte, que de esta manera quedaba legitimado para enajenar.

Este negocio nulo realizado por el consorte no podrá sanarse mediante la confirmación del mismo o por el paso del tiempo. Aunque es cierto que si el consorte enajenante o los otros consortes quieren dar eficacia al mismo, prestando su consentimiento a la enajenación realizada, podrán dar éste, si bien al tratarse de un negocio nulo, no se logrará la eficacia del anterior sino que se considerará que en el momento de este asentimiento es cuando ha nacido el efectivo negocio, no teniendo, por lo tanto eficacia ex tunc, sino solamente "ex nunc" el nuevo acto, pues como dice la Sentencia de 9 de enero de 1958, "La libertad contractual, admitida en términos generales en nuestro Derecho, no alcanza hasta el extremo de admitir que la voluntad de las partes pueda obrar a su arbitrio y así entre los preceptos limitativos de ésta, aparece el art. 4° del Código Civil, pues no le está permitido a la voluntad individual escapar de la aplicación de las normas imperativas o prohibitivas mediante una nueva declaración confirmatoria de lo antes hecho".

Otro supuesto se plantea al fallecer el consorte enajenante, si el consentimiento de los consortes no se ha efectuado en los términos antedichos. En este supuesto, los hijos o los hermanos consortes al acrecer la parte enajenada, podrán reivindicar la misma de quien

la tenga, salvo que haya transcurrido el tiempo necesario para adquirirla por usucapión, en cuyo supuesto, dice el profesor Lacruz, deberán impugnar el título adquisitivo del adquirente.

En efecto, la enajenación nula de pleno derecho, inexistente, no es sanable por prescripción. Este carácter está puesto de relieve en la regla *"Temporis tractu non confirmatur, quod de jure ab initio non subsisti"*[1]. La doctrina moderna lo ha entendido así, basándose, como la sentencia anteriormente citada, en que la nulidad está fuera del campo de la autonomía de la voluntad. La condición de inexistente o de contrario a la ley no se borra por la inacción de los interesados. Esta característica de la nulidad se manifiesta también en que puede subsistir ilimitadamente la posibilidad de que se tenga en cuenta.

Por lo tanto la acción de nulidad no se extingue por caducidad (art. 1301) ni por prescripción (art. 1964).

En este sentido, las Sentencias de 17 de diciembre de 1918 "por ser perpetua e insubsanable, no cabe prescripción de la acción o excepción en que aquella se funda, ajustándose al principio romano "quod ad initium vitiosum est non potest tractu tempore convalescere". La S. de 11 de enero de 1928, S. 24 de febrero de 1927 entre otras.

Opinamos que el propio consorte enajenante podría pedir la nulidad de la enajenación, por cuanto aunque el comprador podría oponerle la doctrina de los actos propios, parece criterio jurisprudencial que el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos está limitado, ya que para tener aplicación la misma, "estos tienen que ser válidos ante la ley".

Al respecto dice el profesor Lacruz, que no cree que el propio consorte enajenante pueda pedir la nulidad de la enajenación lo que sí podrá, contando con la aquiescencia del adquirente, será revalidar la enajenación, solicitando la división de la comunidad consorcial.

Opinamos que ésto no sería confirmatorio de la enajenación efectuada sino una nueva enajenación o un caso de conversión del anterior negocio nulo.

1.- D'Antoine, citando a Gothofredo, citado por el profesor De Castro, pag. 480. *El negocio juridico.*

En cuanto a la posición del tercero que contrató con el consorte, creemos que no adquiere el dominio o derecho real de que se trate, por basarse su pretendida adquisición en un contrato nulo. Sería sostenible que, por aplicación analógica del art. 1259, 2º del Código Civil, pudiera revocar en cualquier momento su consentimiento, y si no prosperase esta revocación, podría esgrimir la acción de resolución ex 1.124 del Código Civil, si se le niega la posesión del bien de que se trate. En estos casos hay que pensar que hay un incumplimiento, para hacer posible, como en todas las obligaciones bilaterales, que el adquirente pueda utilizar el art. 1.124 y resolver el negocio jurídico de que se trate.

Aunque la declaración de acto nulo, arrastraría la nulidad de todos los derechos y títulos basados en él, creemos que esta nulidad se detendría respecto a terceros de buena fe protegidos por el art. 34 de la Ley Hipotecaria, si bien, este supuesto pocas veces sería posible por cuanto el acto realizado por el consorte no es inscribible, al faltarle la actuación conjunta de los consortes.

CAPITULO 8º

EFECTOS DEL CONSORCIO: PROHIBICION DE DISPONER POR ACTOS "MORTIS CAUSA"

I.- LA PROHIBICION DE DISPONER POR ACTOS "MORTIS CAUSA".

Una manifestación más de la inalienabilidad dispuesta por los Fueros 1° y 2° *De Communi dividundo,* es la que hace referencia a los actos de disposición mortis causa de los consortes.

Los citados Fueros prohiben la enajenación de la parte consorcial y la Observancia 1ª *De Consortibus ejusdem rei* expresamente enuncia esta prohibición de disponer por actos mortis causa[1] *"non potest aliquis ex ipsis condere testamentum"*.

Según la legislación vigente, igualmente está establecida esta prohibición por cuanto el número 2° del apartado 1 del artículo 142 de la Compilación dice: "tampoco puede disponer (el consorte) de su parte por actos mortis causa sino en favor de sus descendientes".

Estudiaremos 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.

1.- *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 solvere debita ipsius.*

II.- LA PROHIBICION DE DISPOSICION POR ACTOS "MORTIS CAUSA" EN EL DERECHO HISTORICO.

1.- En los Fueros y Observancias.

Tanto en el Fuero de Jaca[1], como en la Compilación de Huesca[2] y en las distintas recopilaciones privadas de los Fueros de Aragón, se prohibe al consorte disponer de su parte consorcial en tanto no ponga fin, mediante la partición, a la comunidad consorcial.

La inalienalidad 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. Vidal[3] 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 non puede aillenar ren del dreito o de la part d´aqueilla possessión o heredat sobreditas, nin *puede leixar a ninguno quoando muere*, salvo a sus fillos o sobrinos[4] que siempre deven heredar por destin o sin destin, aqueillo 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 si"[5].

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

---

1.- *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...".
2.- *Fueros de Aragón*, Tilander, 1937, parágrafo 168: "...ni vender, ni dar ni aillenar en nenguna manera, ni encara si quiere allenar la part...".
3.- *Vidal Mayor*, VIII, 20.
4.- Aquí tiene un claro significado de nietos.
5.- Libro VI, parágrafo 18.

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 nos 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 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 han 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* especificamente lo determina: *"nota, quod si plures sunt germani, non potest aliquis ex ipsís 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 Hospital[1] en sus Observancias *De consortibus ejusdem rei* [(4) y (14)] en iguales términos que las Observancias del mismo título de la colección oficial[2] [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) 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 11ª de la colección oficial, añadiendo, que así fué juzgado por el Justicia de Aragón, en contra de lo que dispone la 2ª parte del Fuero 1° *De Communi divididendo*, es decir del acrecimiento consorcial a favor de los consortes. Molino[3], igualmente afirma que no es posible al consorte disponer por última voluntad antes de que la cosa fuere partida, con base en la Observancia 1ª *De consortibus ejusdem rei*. Pero, dice, esta Observancia que prohibe 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*

1.- Hospital, Jaime. *Observancias...*, liber tertius, titulus nonus.
2.- S. y P. III, 1ª y 11ª.
3.- Molino - *Repertorio*, v. frater.

ipse voluerit". Así podrá el ascendiente 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, pensamos, que fué un reflejo de las ideas imperantes en la época o mejor de la evolución que sufrió la libertad de disponer, y así parece entender Molino, en nuestra opinión acertadamente, 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 deven ser partidos possedescen los fillos por ygoal poder, el dreito d´eyllos será igoal 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 heredibus instituendis, es assaber: De los herederos como deven 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 testar[1].

1.- Ver las interesantes aclaraciones que a estos textos hace el profesor Delgado Echeverría en nota 112, pag. 74. *"Vidal Mayor" un libro de Fueros del siglo XIII.*

Diremos en este punto, siguiendo al profesor Delgado Echeverria[1] que coincide en su apreciación con los profesores Lacruz y Sancho Rebullida[2], 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 posibidad de desigualar a los hijos llega en 1307, para los nobles, y 1311, para todos los ciudadanos, a 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 ésto 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.

Según ésto, nos parece acertada la opinión de Vidiella[3] en el sentido de estimar que en la época de los Fueros de Jaime I, en principio, los hijos tienen derecho a los bienes de los padres, que de este derecho los padres no pueden privarles, ni, en consecuencia, despojarles de su "parte" a no ser por las causas que taxativamente cita el F. *De exheredationen filiorum*, que esa parte es igual para todos, exceptuando los bienes que como mejora pueden dar los padres a un hijo, según el F. *De donationibus*, y que fueron los Fueros de 1307 *De testamentis nobilium* y después el de 1311, que extiende a todos los ciudadanos lo que para los nobles primeramente se había dispuesto, los que hicieron posible y efectivo desigualar a sus hijos, al ampliar la mejora que los padres podían hacer a un hijo. Si bien Anno Elfgen, al que cita y sigue el profesor Lalinde[4], estima que al extenderse, por estos Fueros, la libertad de testar, la mejora deja de existir, por cuanto estima el profesor Lalinde que la distribución desigual de la legítima en Aragón, hace innecesaria la misma. Creemos, en consecuencia 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).

1.- Delgado Echeverria, Jesús.- *El Derecho Aragonés*, pag. 147, op. cit.
2.- Lacruz Berdejo, José Luis y Sancho Rebullida Francisco - *Derecho de Sucesiones*. Volumen V - Bosch 1988 pag. 567.
3.- Vidiella, Santiago, *"De la legítima de descendientes en Aragón"*, R.D.P. 1918, pág. 139.
4.- Lalinde Abadía, Jesús - *"Precisiones conceptuales sobre la legítima aragonesa"* AHDE, 1985.

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 Bardají[1] 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"*.

Portolés[2], basándose en las Observancias 1ª, 6ª, 11 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 alicui legare vel in ea haeredem relinquere, neg; etiam de eadem in ultima voluntate alio quovis modo ordinare"* diciendo también que, como indubitado lo afirmaron Pertura y Bagés, así como también Molino. Cita al efecto una decisión de los consejeros de la Real Audiencia, en causa de Dª Alduncia de Gurrea 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.

Es de hacer notar que en la enumeración de institutos que Portolés señala con una prohibición de disponer igual a la consorcial, cita la sustitución fideicomisaria. Es así que no considera que el consorcio foral lo sea.

Se plantea Portolés[3], 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,

---

1.- Bardaji, Ibando de. *Comentarii...*, f. 365.
2- Portolés, Jerónimo. *Tratado de consortes...*, cap. XIII.
3.- Portolés, Jerónimo. *Tratado de consortes...*, cap. XLI.

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. XIV[1] 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 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 Lacruz[2], 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, entendemos, 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 tiene al respecto el consorte es la de que los bienes consorciados habrán 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 Guillén[3] que aceptando como indubitado esta prohibición que pesa sobre los consortes, en nota a pie de página,

---

1.- Portolés, Jerónimo. *Tratado de consortes...*, cap. XIV.
2- Lacruz Berdejo, Jose Luis, *El consorcio foral...*, pág. 347.
3.- Franco y Guillén, *Instituciones...*, pág. 226.

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 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 Pau[1], en cambio, se manifiestan al respecto diciendo: "con este motivo suscítase 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 Dª 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 Portolés[2], 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 Isábal[3], que respecto a la Observancia 1ª *De consortibus ejusdem rei*, dice: "Confirma la

---

1.- Marton y Santa Pau. *Derecho y Jurisprudencia*..., pág. 617.
2.- Portolés, Jerónimo, *Tratado de consortes*, Cap. XIII.
3.- Isábal, Marceliano, R.D.P. año 1918, pág. 294.

inalienabilidad -carácter esencial del consorcio- de los bienes no divididos, haciendo mención de la imposibilidad de disponer de ellos por testamento". Y respecto a la Observancia 11ª: "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 12ª: "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 11ª he dado: la 12ª usa el plural declarando autorizada la ordenación in filios".

B. ¿El padre consorte podía disponer sólo a favor de hijos o bien dentro de este término se entendia incluido cualquier descendiente?

La prohibición de disponer "mortis causa", impuesta a los consortes por los Fueros y Observancias, vemos que tenía como excepción el caso de que los mismos tuvieran hijos, sólo en este supuesto al consorte le estaba autorizada la disposición y siempre que ésta fuera en favor de los mismos.

Ahora bien, cabe preguntarse la disposición testamentaria así permitida ¿sólo era posible a favor de hijos, o bien equivalía la palabra hijos a descendientes en general?

Creemos que en estos casos hay que entender por hijos, cualesquiera descendientes, de modo que, premuertos los hijos del consorte, si tiene nietos, su derecho a la parte consorcial es el mismo que tenía su padre.

Así lo entendió D. Vidal[1], cuando establece el derecho preferente de los hijos sobre el acrecimiento entre consortes al decir, "salvo a sus fillos o sobrinos, que siempre deven heredar con destin o sin destin", es decir que no limita a los hijos la preferencia sino que el término lo hace equivaler a descendientes. Repite, un poco más adelante, D. Vidal, al tratar del acrecimiento entre consortes, "salvo si aqueill muerto (el consorte) oviesse fillos o otros qui descendiessen de su genoilla".

Molino[2], sin embargo, parece dudar, si figurando en las disposiciones forales la palabra *filii*, la misma puede entenderse

1.- *Vidal Mayor*, libro VI, parágrafo 18.
2.- Molino, Miguel del. *Repertorio...*, v. testamentum.

equivalente a descendientes, por cuanto tratando de sustituciones, se pregunta *¿Quid si decedit gravatus sine filius, tamen decedit cum nepotibus ex filiis praemortuis? Numquid nepotes ex filiis excludunt substitutum, sicut excluderent ipse filii si viverent? Ista quaestio videtur dependere ab illa: an filiorum appellatione comprehendantur nepotes, et quid in dispositione hominis et quid in dispositione legali.*

Estas dudas de Molino parece posible resolverlas en sentido afirmativo a la inclusión de los nietos, en favor a sus propios argumentos[1] cuando considera que, a todos los efectos el hijo representa a la persona del padre en tema de sucesiones. *"los Filius representat etiam personam patris quando tractatur de successione avi ab intestato aut aliorum ascendentium".*

En cualquier caso no fué éste el único caso de discusión, por cuanto, con base a la observancia *De equo vulnerato*, que entendían, obligaba a una interpretación literal de los Fueros, se libraron grandes discusiones sobre si el término *filii*, puesto en sustituciones, comprendía también a las hijas, caso no resuelto con unanimidad.

Portolés[2] también admite que dentro del término hijos, empleado por las Observancias, están incluidos los nietos. Dando como razón, que también entran en la sucesión intestada por derecho de representación en caso de premoriencia del padre.

En consecuencia si en el término hijos se comprenden a los descendientes, para heredar abintestato, a favor de ellos podrá el consorte disponer por actos "mortis causa", así podrá disponer a favor de los que *ab intestato* le podrán heredar. Lo que es mas dudoso es si sería posible disponer a favor de un nieto viviendo el padre del mismo.

Los autores del siglo XIX, cuando se refieren a esta facultad del consorte para disponer utilizan el término "hijos" sin explicar si dentro del mismo comprenden a toda la descendencia propia del consorte.

Así Franco y Guillén[3], "Que el consorte no pueda disponer de su parte por última voluntad, sino en favor de sus hijos".

1.- Molino, Miguel del. *Repertorio...*, v. filius.
2.- *De consortibus*, op. cit., Cap. XVI, pag. 81.
3.- *Instituciones* - pag. 226 - art. 461, op. cit.

En iguales términos se expresan Martón y Santapau[1], "Tampoco pueden los consortes disponer en favor de extraños por testamento de su porción antes de la división, según terminantemente lo dispone la Observancia 1ª tit. *De consortibus ejusdem rei;* pero sí disponer en favor de sus hijos por testamento o inter vivos, según la Observancia 12 del título citado".

La doctrina regnícola posterior, se expresa en iguales o parecidos términos, y lo mismo hacen los escritores que de fuera de Aragón han tratado del consorcio. Así, por ejemplo Gutierrez[2]: "La Observancia 12 prohibe al consorte disponer de su parte por última voluntad sino es en favor de los hijos ... *Fuit determinatum .. quod nullo modo poterat ordinare ante factam divissionem in extraneos, sed in filios sic quomodo voluerit*".

La inteligencia que había de darse a la expresión hijos, si era ésta restrictiva, en el sentido de excluir a los nietos, o comprensiva de cualquier descendiente, a efectos de disposición del ascendiente consorte, no parece claramente expuesta, como vemos, si bien nos inclinamos a considerar que la misma era comprensiva de cualquier descendiente.

De cualquier modo, la regulación actual que de la figura consorcial hace la Compilación, ha venido a resolver cualquier problema de interpretación al constar en ella la palabra "descendientes".

C. Calidad jurídica de los hijos beneficiarios de la cuotra consorcial.

De otra parte, y por lo que se refiere a la clase o naturaleza jurídica de los hijos, a favor de los que podía disponer el consorte por actos "mortis causa", los foristas no parecen tratar este punto en particular, limitándose a efectuar una afirmación general de posibilidad del consorte para disponer a favor de los mismos.

En un principio parece que deberíamos inclinarnos por considerar que el consorte, al disponer "mortis causa" de su parte consorcial, sólamente podrá hacerlo a favor de descendencia legítima, por el carácter de "familiares" de estos bienes consorciales, y a la relación que existe en el Derecho Aragonés entre legitimidad y troncalidad. Si bien, como hace notar el

---

1.- *Derecho y jurisprudencia de Aragón*, op. cit., pág. 617.
2.- *Códigos* - pag. 440, T. VII, op. cit.

profesor Lacruz[1], en el consorcio no se trata de una sucesión propiamente troncal y la calidad de los bienes puede tener menos relevancia que la idea de fraternidad entre hermanos que pueden no ser legítimos.

La necesidad de que la disposición "mortis causa" del consorte se efectúe a un descendiente legítimo parece deducirse de la Observancia 11ª *De consortibus ejusdem rei*, y claramente de la postura de Juan Perez de Patos[2] por cuanto, dice, que cuando la ley habla solamente de hijos, sin especificar, ha de entenderse referida sólo a los hijos legítimos. Estimando, en consecuencia, este forista que los hijos ilegítimos no podían formar parte del consorcio, y no se olvide que en el Derecho histórico, sucediendo los hijos al padre consorte entraban a formar parte del mismo.

Sin embargo, en este punto, es menester tener en cuenta las diversas clases de hijos que existen en el Derecho Aragonés histórico, y también considerar que se trata ahora de dilucidar a favor de que hijos podía el consorte disponer de su cuota o parte de ella y no de instituir o no heredero.

Así tenemos que la solución adoptada, en cuanto a determinar la clase de hijos a los que puede el padre consorte destinar la cuota consorcial, será la misma a la mantenida en el capítulo 3º de esta tesis, en cuanto referida a qué hijos podían entrar en el consorcio que *ab initio* nacía, dado que en el Derecho histórico, como ya hemos visto, al suceder el hijo en los bienes consorciales, al padre consorte, adquiría, junto con los bienes, la cualidad de consorte.

También, teniendo en cuenta que entendemos que al disponer el padre consorte de su cuota consorcial a favor de sus hijos, lo hace como dueño de ella, al igual que dispone de un bien propio (en cuanto a distribución, no en cuanto a variar de destinatarios), pensamos que el hijo natural podría ser también destinatario de la cuota consorcial, por cuanto, según las disposiciones forales, no quedan tajantemente excluidos, tal como razonamos en el referido capítulo, al que nos remitimos. No así los ilegítimos *estrictu sensu*, respecto a los cuales, no podía el padre consorte disponer de sus bienes consorciales.

1.- *El consorcio foral*, op. cit., pág. 334.
2.- Citado por Portolés, en *Tratado de Consortes...*, pag. 134.

Resumiendo nuestra postura, diremos que en la cuota del padre consorte, si la sucesión en la misma tuviese lugar *ab intestato*, sólo se produciría a favor de hijos legítimos, legitimados y adoptivos, que eran los que tenían derechos legitimarios. Pero si la sucesión en dicha cuota tenía lugar por disposición testamentaria cabría la posibilidad de que el padre dispusiera a favor de hijos naturales, pues si bien estos hijos no concurren a la partición con los hijos legítimos, sí en cambio podía el padre o la madre darles en testamento (que es lo que aquí miramos) bienes inmuebles, por lo tanto, no parece puedan, "a priori", quedar excluidos como destinatarios de esos bienes consorciales que su padre o madre tienen[1].

Otra cosa diferente ocurría respecto a los hijos adulterinos, sacrilegos e incestuosos, que al no tener derechos no podían ser receptores de disposiciones "mortis causa" realizadas por el progenitor consorte a su favor, debiendo correr, las así realizadas, la misma suerte que si fueren destinadas a extraños, es decir que serían ineficaces.

III.- FORMAS DE DISPOSICION MORTIS CAUSA EN LA EDAD MEDIA

Vemos que las disposiciones forales permitían al consorte con descendencia disponer de su cuota cosorcial por actos de disposición *mortis causa*, vamos a ver, en una breve exposición, qué clases de disposición "mortis causa" existían en la época de los Fueros con el fin de constatar si en aquella época admitían los mismos tipos de disposición mortis causa, que hoy existen en Aragón.

El testamento o disposición testamentaria estaba regulada por los Fueros. Así el F. 1º de *Testamentis: Omne autem testamentum debet fieri sub hac forma: Ego talis, sub tali tenore meum facio testamentum et sic ordino res meas et voluntatem meam et ut voluntas mea et rerum meorum dispositio robore vigeat et effectu, tales spondalarios huius mei constituto testamenti.*

El Obispo D. Vidal[2] bajo el título "De testamentis, es assaber: De los testamentos", nos habla de distintas formas de testamentos.

1- Cita Isábal (*Exposición* y C..., pág. 96) una Sentencia de 4 de abril de 1865, referente a los derechos de los hijos naturlaes en Aragón, en la que el T.S. estimó la validez de disposición testamentaria a favor de hijo natural (parece no concurria con legitimos) entendiendo que por el F. único *De natis ex dammato coitu*, los hijos naturales en Aragón tienen derechos sucesorios con disposición expresa de los progenitores.

2- *Vidal Mayor*, libro VI, 13.

Del testamento oral: Si alguna vegada alguno fiziere testament amenos de escriptura, los spondaleros o manumissores o cabeçaleros o testigos o tutores qui a esto son clamados, si todos pudieren ser en bona guisa o, si no, los dos d´eillos, si quiere que ambos sean spondaleros o testigos o el I spondalero et el otro testiguo, deven clamar al escrivano iurado ante l´alcalde o ante la cort, el quoal escrivano iurado escriva todas las cosas que aqueill qui fizo el testament ordenó en la su presencia d´eillos, diziendo et firmando aqueillos spondaleros et testigos ante aqueill escrivano et ante aqueill alcalde o la cort, iurando sobre el libro et la crutz que assí ordenó ante eillos aqueill qui fizo el testament ...".

Este testamento oral, adverado después ante escribano público, está igualmente regulado en los Fueros de Huesca[1] y en el Fuero de Jaca[2].

Al lado de este testamento oral, en el que las disposiciones del testador son, como su nombre indica, comunicadas oralmente a los cabeçaleros y son éstos, a través de sus declaraciones realizadas ante escribano jurado, el alcalde o ante la "cort", los que adveran y convalidan el mismo, existe, en el pasaje del Vidal citado, otro tipo de testamento realizado directamente por el testador ante escribano público, que lógicamente no necesitaba de ningún tipo de adveración, aunque sí necesitaba que intervinieran testigos. "Empero, si aqueill qui fizo el testament fiziere con instrumento público la ordenation de sus cosas, es assaber clamado al escrivano, jurado et testigos, segunt que suele ser en los contractos que se fazen aqueill instrumento deve ser creydo assi como los otros contractos, ni aurá menester que aya otro averamiento ni otra sollempnidat".

Una tercera forma de testamento parece prever D. Vidal, y es cuando el testador dictare su voluntad ante personas que no fuera escribano jurado, haciendolo en éste con testigos y con "spondaleros", teniendo en este caso que adverarse ante la puerta de la iglesia en presencia del alcalde de aquel lugar. A pesar de la afirmación de D. Vidal de que con esta adveración el testamento es válido, termina aconsejando que mejor lo hacen poner en

---

1.- *Fueros de Aragón* - Edición Tilander 1937 - parágrafos 231 y 232. "De destin".
2- *Fueros de Jaca* - Molho, Maurício R.E.- parágrafo 55 y 56 - De testament y como se den far lo testament; respectivamente.

instrumento público: "La quoal cosa feita, siempre deve valer aqueill testament, empero cuerdament farán aqueillos a quien pertaynnesce aqueillo, si aqueillo escripto et aqueilla forma de la iura fizieren poner en público instrumento".

Está también el testamento que puede hacerse cuando, en lugar yérmo, se está en peligro de muerte, y también el que ha de realizarse en pequeño poblado ante capellán.

Los parágrafos citados de los Fueros de Aragón, al igual que hace el Obispo D. Vidal, nos ponen de manifiesto que, dentro de las formas testamentarias, coexistían el testamento ante escribano jurado (público escrivano, en los Fueros), es decir un testamento público (feito por mano pública) y el testamento privado (el testador fiziere mas por otro).

A pesar de esta clara coexistencia parece que el realizado ante escribano público ocupaba un lugar preeminente, frente al privado, supuesto que deducimos de la clara advertencia del Obispo Vidal contra este último, según el párrafo que hemos transcrito.

Se observa que ni D. Vidal, ni en los Fueros, se menciona el testamento ológrafo, su omisión, según Alonso Lambán[1], se debe a que el mismo ha perdido vigencia desde la Lex visigothorum y así, ni los fueros lo recogen ni los documentos presentan ninguna muestra de él.

En cuanto al testamento cerrado, tampoco lo mencionan ni los Fueros, ni el Vidal Mayor. Siendo introducida esta forma en 1678 por el Fuero de Calatayud, título: Forma para testificar[2].

En cuanto al testamento mancomunado, su mención tampoco aparece expresamente en los Fueros ni en el Vidal Mayor. Es la Obs. 1ª *De testamentis* donde aparece por primera vez: *Si vir, et uxor simul condiderit testamentum suum, sive ambo loquantur et disponant simul, sive quilibet de per se sua legata, et alia faciendo, superstes quatenus tangit bona sua potest illud mutare, secus si alter eorum tantum disponat seu testetur, et alter non loquatur seu testetur, seu consentiat dispositioni seu testamento facto per alium, quia tunc consentiens non potest contravenire.*

1.- Alonso Lambán, M. *"Las formas testamentarias en la Alta Edad Media de Aragón"* - Revista de Derecho Notarial - 1955, pag. 310.
2.- pag. 310, nota (902) obra y autor anteriormente citado.

Sin embargo, durante la Edad Media era frecuente esta forma testamentaria. El hecho de testar los cónyuges mancomunadamente deriva del gradual desarrollo de la disposicion *mortis causa* en la época de la reconquista, muy limitada en un principio y reducida a las donaciones *post obitum*, que sólo poco a poco se van convirtiendo en los siglos XI y XII en verdaderos testamentos. De la costumbre de otorgar conjuntamente las donaciones, queda la de concurrir ambos cónyuges a los testamentos[1].

Sin embargo lo mismo las donaciones *post obitum*, que las *reservato usufructo*, concretadas en la Edad Media aragonesa, eran irrevocables, carácter que no tiene el testamento.

Por otra parte del estudio que Alonso Lambán realiza sobre los testamentos mancomunados, se puede, ciertamente, compartir con él las siguientes afirmaciones: los cónyuges frecuentemente testaban juntos, pero no necesariamente tenían que hacerlo. Realizaban disposiciones recíprocas pero sin que sea posible inducir correspectividad. Los testadores se conceden mutuamente usufructo universal, disponiendo de modo conjunto de la nuda propiedad de los bienes en favor de los hijos del matrimonio y haciendo algún legado, normalmente de bienes muebles, pro ánima. Cuando se conceden la viudedad universal, prohiben a los hijos la división de los bienes mientras ésta dura. En ellos, no parece posible la revocación unilateral, en vida de los otorgantes; siendo, en consecuencia, revocados conjuntamente. Imposibilidad de revocación que parece mucho más clara, tras la muerte de uno de los testadores.

En cuanto al testamento por comisario no parece haber un apoyo firme para admitir su existencia en los Fueros ni en el Vidal Mayor , ni la Obs. 1ª *De testamentis*, ni F. 1º *De donationibus* parece puedan ser base suficiente para afirmar su existencia legal. Creemos con Isábal, que fué la costumbre, en base al *standum est chartae* la que propició su existencia.

Como pone de relieve Alonso Lambán[2], una nota tienen en común las formas testamentarias que vemos existían en la época de los Fueros, y es que resulta raro el testamento donde se encuentra la

---

1- Alonso Lambán, M. pag. 356 - *"Formas testamentarias..."*, y el profesor Lacruz, *El régimen matrimonial...*, pág. 96.

2.- Alonso Lambán, M. *Formas Testamentarias*, op. cit., pág. 259.

institución de heredero, utilizandose normalmente el testamento para disponer de parte de unos bienes, en legados o mandas piadosas u otras cualesquiera, dejando que el resto siga las reglas de la sucesión intestada.

Ya D. Vidal[1], al hablar del contenido del testamento, si bien dispone el orden que se ha de seguir en el mismo, dice que aunque no se haga la institución de heredero y se distribuyan todos los bienes en leixas, no por eso se revocará el mismo: *más si alguno non leixó heredero o herederos et partió todos sus bienes, mandando leixas, otrosi vale aquel testament.* Corrobora así que en Aragón no era necesaría la institución de heredero.

IV.- LA PROHIBICION DE DISPONER POR ACTOS "MORTIS CAUSA" SEGUN LA REGULACION ACTUAL

El artículo 142,1,2°, de la Compilación, dispone: Tampoco puede (el consorte) disponer de su parte por actos "mortis causa" sino en favor de sus descendientes.

Como dice Merino[2] esta limitación es de gran importancia y transcendencia en la realidad práctica del Derecho Aragonés, nosotros añadiríamos que no sólo para la realidad práctica es importante sino que la prohibición de disponer que pesa 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 vamos 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 proyectandose sobre la propiedad, pero este principio no es absoluto, y ha de combinarse con el familiar, que en este caso tiene preferencia.

En aras de esta preferencia familiar, puede estar establecida esta prohibición. La duda de que obedezca a este fin, dice el profesor Lacruz[3], es que tal prohibición termina en el momento en

---

1.- Libro VI, parágrafo 21.
2.- Merino Hernandez, Jose Luis. *El consorcio foral*, op. cit., pág. 138.
3.- Lacruz Berdejo, Jose Luis. *El consorcio foral...*, pág. 328.

que se partan los bienes. De todas formas, como dice el profesor Delgado Echeverría[1], en el Derecho de sucesiones aragonés se aceptuan 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 tiene descendencia sí puede 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 puede 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.

El padre o abuelo consorte puede llevar a cabo esta disposición por cualquiera de las formas que el Derecho aragonés admite para tal tipo de disposición.

1.- Formas que el Derecho aragonés admite para la disposición *mortis causa*.

El problema concreto que se plantea en lo referente a calificar un acto como "mortis causa" es especialmente grave en el Derecho Aragonés, por cuanto el mismo coloca, junto al testamento, nuevos negocios jurídicos que no se ajustan al concepto de "mortis causa" del Código Civil, que se basa solamente en el testamento. El Código Civil regula con normas distintas los negocios jurídicos de atribución patrimonial "inter vivos" y los "mortis causa"; aquellos, dice el profesor Lacruz[2] como relativos a movimientos de valores en vida de las partes y éstos, a la suerte de las relaciones patrimoniales de una persona natural después de su muerte.

No vamos a desarrollar aquí el arduo tema de diferenciación de actos "inter vivos" y "mortis causa", por cuanto entendemos

---

1- *El Derecho Aragonés, aportación jurídica de una conciencia regional* - Ed. Alcrudo - Zaragoza 1977, pág. 135.

2.- Lacruz Berdejo, José Luis y Sancho Rebullida, Francisco - *Dº de sucesiones* - Bosch 1988.

que, a los fines propuestos, es suficiente exponer brevemente los diferentes títulos que se admiten en Aragón, como forma por los cuales los consortes padres o abuelos pueden hacer llegar a sus descendientes los bienes consorciales, y que componen, como indicamos, una lista de modos sucesorios de mayor amplitud que la contemplada en el Código Civil. Así, se admite, aparte del testamento, el contrato sucesorio. La fiducia, creemos que puede ser considerada como una variante del testamento, o mejor, como una claúsula especial testamentaria, si bien cabe, en virtud del art. 111, párrafo 1° de la Compilación, que esté configurada en escritura pública fuera del testamento.

Como pone de relieve el profesor Lacruz[1] desde que tenemos noticias históricas vemos contraponerse dos formas o modos de ordenar la sucesión: uno, en el cual el designado como sucesor no adquiere ningún derecho hasta el momento de morir el que le deja los bienes (causante); y el otro, en el que el heredero tiene su posición consolidada incluso en vida del que lo instituye.

Nuestro Derecho foral admitió ya de antiguo los pactos sucesorios, opuestamente al castellano que, siguiendo en este punto la tradición romana clásica ,los postergó, considerando que la voluntad del hombre en orden a establecer su sucesión, es mudable hasta la muerte, y el nombramiento en vida de sucesor, con carácter irrevocable, le hace perder esa esencial libertad[2].

De la definición que los profesores Lacruz y Sancho Rebullida[3] dan del contrato sucesorio, como "aquella ordenación mortis causa en la que la voluntad del ordenante queda vinculada a otra voluntad, no pudiendo revocarse dicha ordenación, por tanto, por el causante de modo unilateral", se pone de relieve las dos notas que caracterizan a dichos pactos y que nos interesa aquí resaltar; por una parte, que son una disposición "mortis causa", de ordenación de la propia sucesión; y por otra, que, a diferencia de los testamentos, son irrevocables, no siendo válidas las disposiciones que, sin el consentimiento del instituido, otorgue el instituyente posteriormente, sobre algo ya pactado.

1- Artículo sobre pactos sucesorios, publicado el 21 de mayo de 1967 en la prensa local, con motivo de la publicación de la Compilación - ADA - V. XIII, pag. 431.

2.- Ver las cartas entre el profesor Lacruz y Pelayo Hore, publicadas en ADA XIII, pag. 436 y ss. donde dice el profesor, "está claro que quien puede pactar sobre su herencia, tiene más libertad que aquel a quien le está prohibido ...".

3.- Derecho de sucesiones, Ed. Bosch, Barcelona 1988, pág. 403.

Esta práctica de disponer "mortis causa", en un principio fundamentalmente rural, se ha ido trasladando a otros ámbitos socio económicos, al apreciarse sus efectos beneficiosos para la continuación de un patrimonio mercantil o industrial, siendo fruto del apotegma *stamdum est chartae*, tiene como finalidad, según pone de relieve el profesor Delgado Echeverria[1], "asegurar la sucesión en la explotación agrícola o industrial familiar al hijo que a ella se entrega ya en vida de los padres, mientras que sus hermanos se desentienden de la misma".

Como la sucesión puede ordenarse voluntariamente, en el Derecho Aragonés, no sólo por testamento sino también por pacto sucesorio, según estamos viendo, la expresión "sucesión intestada" debe entenderse con un significado más restringido que el puramente etimológico, procediendo únicamente su apertura cuando la sucesión del consorte no esté regulada en ninguna de estas dos formas. Así lo establece el art. 127 de la Compilación.

En cuanto al testamento, como disposición *mortis causa* típica, se admite en Aragón todas las variantes del Derecho común y además otras formas específicas y propias del Derecho aragonés, como son, el testamento mancomunado y el testamento ante capellán.

A. Problemática que puede presentar respecto al consorcio foral el testamento mancomunado.

El testamento mancomunado, que es el que suelen otorgar conjuntamente los cónyuges aragoneses[2] no está admitido por el Código Civil, dado el concepto de acto personalísimo que del testamento tiene dicho cuerpo legal.

Las disposiciones que contiene esta forma testamentaria pueden ser independientes entre sí, siendo entonces testamentos meramente simultáneos, o bien, que es lo más frecuente, ser las disposiciones realizadas por los cónyuges, interdependientes, hablándose en este caso de disposiciones correspectivas.

Ya hemos visto al estudiar en la parte histórica esta forma de testar los cónyuges en Aragón, que la misma se recogía en la Obs. 1ª *De Testamentis*, y del texto de dicha Observancia se deducía que

---

1.- Delgado Echeverría, Jesús - *El Derecho Aragonés*, op. cit. ,pag. 135.
2.- Delgado Echeverría, Jesús - pag. 135. *El Derecho Aragonés*, op. cit.

la revocación del testamento así otorgado era, en principio libre, salvo si uno de los cónyuges consentía en lo que el otro disponía. Sin embargo en el Apéndice de 1926 (que lo recoge en su art. 19), esta libertad de revocación o modificación fué restringida, por cuanto establece que premuerto un cónyuge cotestador, para modificar lo dispuesto en mancomún acerca de sus propios bienes, ha de renunciar enteramente los beneficios que le provengan de las disposiciones del finado; asimismo, que la aceptación por el supérstite de liberalidad a su favor, contenida en el otorgamiento mancomunado, hace irrevocablemente obligatorias para él todas las condiciones y disposiciones del testamento que sean originariamente lícitas.

La doctrina fué unánime en condenar la dureza de esta regulación[1] siendo reformada en la Compilación de 1967 que, más concorde con los antecedentes históricos, suaviza la revocación. En cuanto a su redacción actual sigue habiendo críticas, como la que hace Merino Hernandez[2], al hecho de que se puedan declarar correspectivas disposiciones en documento público, ya que, a su parecer, se dificulta la labor de interpretación del testamento, y viola el principio jurídico general de que para modificar un testamento hace falta otro testamento.

Con respecto al testamento mancomunado y la correspectividad de sus claúsulas, plantea Merino[3] un supuesto interesante en relación con el consorcio foral.

El supuesto planteado, como bien dice, no es extraño que ocurra en la realidad. Es el siguiente: un matrimonio, sin descendencia común, pero con hijos de anteriores matrimonios de cada uno de los cónyuges (el marido tiene hijos de su primera mujer, y la mujer tiene hijos de un primer marido) otorgan testamento mancomunado en el cual el marido, aparte de ciertas disposiciones a favor de sus propios hijos, hace otras beneficiando en su herencia a los hijos de su mujer, pero con la condición (que implica una verdadera correspectividad) de que a su vez la mujer, que ha hecho disposiciones específicas a favor de sus propios

---

1.- Ver Lacruz Berdejo, José Luis - *La revocabilidad del testamento mancomunado tras la muerte de un cónyuge y viudedad universal.* ADA, XII, pag. 351.

2.- Merino y Hernandez, José Luis - *"Revocación post-mortem del testamento mancomunado aragonés y de hermandad navarro,* Revista Crítica de Derecho Inmobiliario nº 500 - Enero - Febrero 1974, pag. 66.

3.- *El consorcio foral*, op. cit., pág. 140.

hijos, otorgue también ciertos beneficios sucesorios a favor de los hijos de su marido.

Una vez ocurrida la muerte de los cónyuges nos encontraríamos con unas disposiciones testamentarias hechas por los testadores a favor de personas no descendientes suyos. Si alguno de los bienes objeto de estas disposiciones fueran consorciales, por aplicación del párrafo 1, número 2º del art. 142, tales disposiciones a favor de no descendientes serían ineficaces. En consecuencia, compartimos la opinión de Merino, quedarían, en virtud de la correspectividad de las disposiciones, ineficaces también las disposiciones del otro cónyuge. Por cuanto resultando ineficaz una claúsula testamentaria, en este caso por imperativo de las normas reguladoras del consorcio, debe entenderse igualmente ineficaz la que se otorgó en consideración condicionada a aquella. En este supuesto creemos que, al resultar ineficaz la disposición de bienes consorciales se abrirá la sucesión abintestato respecto a los mismos, teniendo en cuenta las reglas del consorcio.

En cuanto la forma testamentaria permitida y vigente en Aragón de testamento ante Capellán, no ofrece particularidades que puedan afectar o incidir especialmente en la figura consorcial, por lo que dejamos simplemente constancia de su existencia, dentro de los diferentes tipos de testamento existentes en Aragón.

B. Pacto al más viviente.

Una especialidad testamentaria es el llamado en Aragón, "pacto al mas viviente". Está regulado en la Compilación en su art. 108. De acuerdo con él, y siguiendo a Miguel Angel Rufas y Marta Otal[1], podemos definirlo como el "pacto, contenido o no en capítulos matrimoniales, en virtud del cual los cónyuges mutua y recíprocamente se instituyen herederos universales para el caso de no tener hijos o, con tales, cuando murieran antes que el cónyuge sobreviviente y sin haber alcanzado la edad para poder testar.

La naturaleza jurídica del pacto al más viviente, según Roca Sastre[2], es la de un heredamiento mutual condicionado, que según el caso, se traduce en institución paccionada de heredero (caso de inexistencia de hijos); sustitución pupilar (cuando

---

1.- *Estudios de Derecho sucesorio Aragonés* - Trabajos del "Seminario de Derecho foral" - (Curso 1985-86). Departamento de Derecho Civil - Universidad de Zaragoza, pag. 316.
2.- Roca Sastre, *Derecho hipotecario* III, Ed. Bosch, pag. 123, 138.

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 legímita prevista en la propia Compilación. Si bien, como pone de manifiesto Cristobal Montes[1], debe entenderse por matrimonio inheredado 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.

El art. 108 determina los efectos jurídicos de este pacto y, por lo que a nosotros nos interesa, es de resaltar el apartado 3° del mismo: 3.- "No habiendo hijos, o fallecidos todos ellos antes de llegar a la edad para poder testar, el sobreviviente heredará los bienes del premuerto. En tal caso, fallecido a su vez aquel sin haber dispuesto por cualquier título de tales bienes, pasarán los que quedaren a las personas llamadas, en tal momento, a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido".

Pues bien, al tratar esta figura en la parte histórica[2] ya poníamos de manifiesto cómo este pacto, en el supuesto anteriormente mencionado, es decir tratándose de matrimonio inheredado, choca frontalmente con las disposiciones que regulan el consorcio foral. Por cuanto, de conformidad con el número 3°, párrafo 1, del art. 108, si uno de los cónyuges no deja descendientes a su fallecimiento, el otro cónyuge heredaría todos los bienes del premuerto en pleno dominio, siendo así que por el art. 142, regulador del consorcio, 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.

1- Cristobal Montes, Angel - *La sucesión contractual aragonesa* - Ed. Pórtico - Zaragoza 1978, pag. 136.

2.- Tratada en la parte histórica correspondiente a la prohibición de disponer inter vivos, como una excepción a la misma cuando los bienes sujetos al pacto de hermandad tenían el carácter de dote constituida ésta con bienes consorciales.

Respecto a este choque frontal entre ambas disposiciones, veíamos la postura adoptada en el Derecho histórico, en el que, si bien Portolés admite la supremacia del pacto sobre el acrecimiento consorcial, pone como condición que el pacto se hubiera realizado antes de la celebración del matrimonio. Jaime de Hospital no adopta una postura concreta respecto al mismo.

De cualquier manera, repetimos para el momento actual, lo allí dicho, reiterándo se dé por el legislador una pauta concreta a seguir, con el fin de evitar problemas de interpretación de los que va a depender la ineficacia total o parcial de una disposición testamentaria.

Merino Hernandez, cree, y a la vista de la regulación actual, parece no puede ser otra la solución, que serían preferentes las normas reguladoras del consorcio sobre el pacto entre esposos con heredamiento mutuo. Sin embargo, como ya exponíamos en otro lugar, la solución a este problema va a depender en gran medida del carácter dispositivo o imperativo que se asigne al vínculo consorcial, y es en este punto donde encontramos falta de congruencia en Merino, pues sosteniendo, como él hace, la disponibilidad del vínculo por los consortes, ¿no podían, previo acuerdo entre ellos, autorizar al consorte la celebración del referido pacto?

En cambio, nosotros, que no creemos posible, ateniendonos a la regulación actual, esa disponibilidd por los consortes sobre el vínculo consorcial, sí sostenemos la necesidad de que, en una futura y no lejana reforma de la figura del consorcio, se tenga en cuenta esta confrontación de normas y se dé una clara solución a la misma.

C. Particularidades de la fiducia sucesoria

Esta forma de delación sucesoria, que Merino[1] califica de "tertium genus", dada la posibilidad de que la misma conste en una claúsula del propio testamento, o que surja con vida independiente del mismo en escritura pública realizada al efecto (art. 111, párrafo 1 de la Compilación) presenta, con relación al consorcio, alguna peculiaridad en cuanto al momento de nacimiento del mismo, que es necesario matizar, pero sin que las normas que la regulan o las situaciones nacidas

---

1.- El consorcio foral, op. cit., pág. 139.

al amparo de ellas, supongan en modo alguno colisión con las consorciales.

La Compilación regula esta forma de delación, aparte de los testamentos y de la sucesión paccionada, como ya hemos dicho.

Es muy antigua la práctica, dice el profesor Lacruz[1], de encomendar un cónyuge al otro la distribución de sus bienes. No entraremos a estudiar esta antigüedad, y sólo recordar, en cuanto a constancia de la misma, el magnífico trabajo de Alonso Lambán[2] sobre formas testamentarias en la Alta Edad Media, donde transcribe un testamento por comisario del año 1153.

Se trata, como dice Palá[3], de una institución que rompe con los dogmas de escuela, al suponer una excepción al carácter personalísimo que caracteriza el acto de disponer la propia sucesión. Como dice el profesor Lacruz[1] el testamento por el que se nombra comisario o distribuidor no es un negocio incompleto o imperfecto, sino, más exactamente, uno que no basta para la producción de su efecto propio -que es el de señalar la dirección del fenómeno sucesorio- y necesita de un elemento integrativo.

Regulada esta figura en la Compilación actual, que la dedica una amplia normativa, al decir de Palá[4], su elaboración no fué pacífica. Pero, dice: "al final, contradecida y discutida, censurada por eminentes juristas, se ha salvado la fiducia sucesoria, que no es otra cosa sino la potestad de actuar, sobre los bienes de una herencia, por voluntad y según declaraciones del causante, en beneficio de sus herederos y sin derecho ni interés o beneficio para el fiduciario".

Hoy la Compilación distingue la fiducia ordinaria, y la destinada a ordenar la sucesión de la casa, encomendable a parientes, aunque sin excluir al cónyuge: ambas tienen como finalidad distribuir los bienes entre la familia. En efecto, según dispone el art. 110 de la Compilación, cada cónyuge puede nombrar fiduciario al otro para que ordene la sucesión de aquel, entre descendientes y parientes consanguineos hasta el cuarto grado. El mismo límite de consanguineidad se exige para la colectiva.

1.- Lacruz Berdejo, José Luis y Sancho Rebullida, Francisco. *Derecho de Sucesiones*, Bosch, 1988, pág. 400.
2.- Alonso Lambán, M. *Las formas testamentarias en la Alta Edad Media*, op. cit., pag. 396.
3.- Palá Mediano, Francisco - *Dº de sucesiones por causa de muerte*. B.C.A.Z.. 1967, pag. 128.
4.- Pala Mediano - Artículos de prensa , ADA XIII, pág. 453.

Tenemos así que el fiduciario puede ser una sola persona o bien, en el caso de fiducia colectiva, varias, sin que pueda en este supuesto, ser excluido el cónyuge viudo mientras conserve ese estado.

Son especialmente interesantes, en cuanto al tema que estamos tratando, los artículos 112, 113 y 118 relativos a la fiducia, por cuanto en ellos se establece, que el tiempo en que él o, los fiduciarios pueden ejecutar el encargo del *decujus*, se estará, en primer lugar, a las indicaciones concretas que el propio causante haya hecho en el documento de constitución de la fiducia. Si el causante no hubiera fijado plazo, dentro del cual deba cumplirse el encargo, parece deducirse de la propia normativa de la Compilación que mientras viva el cónyuge supérstite, y, no haya perdido su condición de fiduciario, (calidad que, salvo disposición expresa del causante pierde si contrae nuevas nupcias o si el matrimonio con el *de cujus* hubiera recaido sentencia de nulidad, divorcio o separación) éste podrá cumplirlo en cualquier momento y durante toda su existencia.

Mientras el cónyuge fiduciario, o bien éste junto a los restantes fiduciarios, no ha dado cumplimiento al encargo que la fiducia supone, se produce un estado de pendencia, sin herederos determinados, ni cuantitativa ni cualitativamente. Si el fiduciario no es un titular temporal de los bienes[1] y según el art. 113 de la Compilación "mientras el fiduciario no haya cumplimentado totalmente el encargo recibido, la administración y disposición de los bienes pendientes de asignación se regirá por las normas de la comunidad hereditaria", entonces durante este estado de pendencia serían los herederos abintestato del causante fallecido los llamados a administrar los bienes integrantes de la misma.

Pero, si a lo que parece, podrían administrar, no creemos posible puedan disponer por cuanto tales posibles herederos no son propietarios, ningún derecho han adquirido sobre la herencia del causante. Ni en consecuencia puede decirse que realmente haya surgido una comunidad hereditaria, debiendo entenderse la

---

1.- Cualidad que en el orden externo o formal le asigna la importante Sentencia de 30 de octubre de 1944, que al tratar de la figura de la fiducia testamentaria en los derechos forales, dice al respecto haber un desdoblamiento del carácter atribuible al fiduciario, pues si, en el orden externo y en la fase anterior a la revelación de la fiducia, ostenta la condición de titular del patrimonio hereditario, en el aspecto interno o material, se estima que es una especie de mandatario del testador, un mero ejecutor de la voluntad de este. (ponente Castan Tobeñas) Publicada y comentada por Bonet Ramón, Francisco, en R.D.P., 1945, T. 29.

remisión del art. 113 de la Compilación solamente referida a los meros actos de administración. Al no existir tal comunidad, no podrá existir consorcio foral, por cuanto, como decimos, los posibles herederos, en tanto el fiduciario no cumpla su cometido ni en todo ni en parte, ninguna titularidad ostentan.

En el supuesto de que el cónyuge fiduciario haga uso de sus facultades de disposición de una manera distanciada y no de una sola vez, posibilidad de disposición para la que está legalmente autorizado en virtud del art. 112, opinamos con Merino Hernandez[1] que si esta disposición entre los descendientes del causante la hace de bienes inmuebles pro indiviso, conforme vaya haciendo tales disposiciones, irá surgiendo el consorcio foral entre los llamados a la indivisión de los bienes. No compartimos, en cambio, la opinión de Merino, de que estos sucesivos llamamientos dan lugar a diferentes situaciones de consorcio. Sino que entendemos que será un único consorcio al que pueden irse agregando nuevos consortes si por la forma que se hagan los llamamientos cumplen las condiciones exigidas por el art. 142.

Así lo entiende también el profesor Lacruz[2] diciendo: "habiendo fiduciario encargado de distribuir la herencia del ascendiente, el vínculo sólo se produce cuando, por consecuencia de la distribución (en una o varias veces), coinciden dos hermanos o primos en la titularidad de un mismo inmueble relicto".

En todo caso de fiducia sucesoria, sea cual sea el carácter que se le asigne al fiduciario, ya de propiètario *ad tempus*, de mandatario, o, de representante del causante, lo que está fuera de duda es que los por él llamados en virtud de la fiducia, no son sus propios herederos, sino que traen causa directamente del testador que constituyó la fiducia, y por lo tanto nacerá el consorcio, cuando se trate de bienes inmuebles asignados proindiviso, a favor de descendientes del causante, según preceptúa el art. 142.

V.- CONCEPTO DE DESCENDIENTES EN EL ART. 142 DE LA COMPILACION ARAGONESA

Hemos visto los diferentes modos por los que se puede disponer "mortis causa", teniendo en cuenta las especialidades que el Derecho Aragonés presenta en esta materia.

1.- *Consorcio Foral...*, op. cit., pág. 145.
2.- Lacruz Berdejo, Jose Luís. *El consorcio foral...*, pág. 334.

Pues bien, haciendo uso de cualquiera de estos actos de disposición *mortis causa* podrá el consorte legar a sus descendientes su haber consorcial, toda vez que, como ya indicamos anteriormente, el art. 142.1.2° le concede esta facultad de disposición, al establecer: Tampoco puede disponer de su parte (el consorte) por actos de última voluntad *sino en favor de sus descendientes*.

Al haber empledo el legislador la expresión, descendientes, será oportuno averiguar que alcance puede dársele a tal expresión.

Con esta expresión el legislador incluye cualquier pariente en linea recta descendente habido por el causante, cualquiera que sea su grado, es decir que están comprendidos no solamente los hijos, sino los nietos o bisnietos, por cuanto el legislador no puso límite al grado.

La disposición a favor de estos descendientes lo mismo puede ser a título de herencia que de legado.

VI.- CONDICION JURIDICA DE LOS DESCENDIENTES.

En cuanto a la condición jurídica de tal descendencia, la promulgación de la Constitución (que obligó a reformar nuestro Derecho histórico) evita cualquier disquisición sobre la materia, al haber igualado la misma a todos los efectos.

En efecto, la promulgación de la Constitución cambió radicalmente el panorama de la condición jurídica de los hijos, al no hacer posible ya distinguir entre ellos por causa de haber nacido de legítimo matrimonio, o fuera de él.

Así, frente a la Compilación de 1967 (que como sabemos reinstauró el consorcio foral), en que únicamente se contemplaba la descendencia legítima, y a los adoptivos por asimilación, como posibles destinatarios de la cuota consorcial, quedando excluidos los naturales e ilegítimos, en la actualidad se comprende a toda descendencia ya sea matrimonial o extramatrimonial.

De esta manera la disposición "mortis causa", que un consorte haga, de su parte consorcial, a favor de hijos no matrimoniales será tan válida como la realizada a favor de hijos matrimoniales.Todos los hijos, una vez determinada la filiación de éstos, son iguales entre sí, y lo mismo los adoptivos, que tienen

ahora a todos los efectos, y por lo tanto también los sucesorios, la condición de hijos del adoptante, habiendo suprimido respecto de ellos la reforma de 1987 del C. C. la antigua distinción entre la adopción plena y la simple.

Como dice el profesor Lacruz[1], la reforma de la filiación afecta sobre todo al parentesco entre hijos y padres no matrimoniales, que se extiende ahora de modo indefinido en dirección hacia los ascendientes y hacía los descendientes, sin que importe tampoco la matrimonialidad de la filiación subsiguiente: el hijo extramatrimonial de una mujer, hija adoptiva, cuya madre a su vez es hija extramatrimonial también, no deja de tener por bisabuela a la progenitora de su abuela extramatrimonial, madre de su madre adoptada y puesto que sigue teniendo los mismos derechos sucesorios que los hijos y descendientes matrimoniales ellos deberán poder se destinatarios por actos de disposición "mortis causa" de los bienes consorciales, puesto que los padres y ascendientes han dejado de dividirse en matrimoniales y no matrimoniales. Ha quedado abolida, en consecuencia, la regla, según la cual, el parentesco no matrimonial no asciende más allá del progenitor: hoy el parentesco en linea recta es igual para todos los tipos de filiación e igualmente ilimitado.

Para juzgar si el consorte ha dispuesto validamente a favor de descendientes, no se ha de estar al momento de realización de tal acto dispositivo sino al momento de defunción del consorte-causante, especialmente si de testamento se trata, por cuanto es en ese momento cuando va a producir efecto. Exceptuando, como pone de manifiesto Merino[2] el caso del nasciturus.

VII.- CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL INCUMPLIMIENTO POR EL CONSORTE DE LA PROHIBICION DE DISPONER MORTIS CAUSA A FAVOR DE UN EXTRAÑO.

Hemos visto que la regulación actual, acorde con los precedentes historicos, prohibe al consorte la disposición "mortis causa". Esta prohibición es absoluta para el consorte que carezca de descendencia y relativa para quien tenga descendientes, es decir, que el consorte sin descendientes de ninguna manera podrá

1.- Lacruz Berdejo, José Luis y Sancho Rebullida, Francisco -*Derecho de sucesiones* - Bosch, 1988, pag 466.

2.- *El consorcio foral* - Pag. 147, op. cit.

llevar a cabo disposiciones de última voluntad referidas a la cuota consorcial, sea quien sea el favorecido con ellas y, en cambio, el consorte con descendencia podrá realizar cualquier tipo de disposición *mortis causa* sobre ellas, pero solamente se le permite teniendo las mismas unos destinatarios concretos: sus descendientes.

Decíamos anteriormente que para juzgar la validez o invalidez de tales disposiciones "mortis causa", habrá que estar al momento de 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. 142 de la Compilación vigente, con excepción, del nasciturus.

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, por el mismo, de todo el testamento o de cualquiera de las disposiciones testamentarias[1]. No puede renunciar unilateralmente a este derecho de revocación. Solamente cuando, en lugar de testamento, otorga un contrato sucesorio, queda obligado. O también la especialidad que rige en los mancomunados con las cláusulas correspectivas.

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.

Así, por todas estas razones tenemos, que habremos de estar al momento el fallecimiento del consorte para calificar sus disposiciones "mortis causa".

La calificación que nos merece la disposición "mortis causa" realizada por el consorte contra la prohibición, y en los términos

---

1.- Ya el D. 34.4.4, decía, "Ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae su premum exitum.

expuestos, del art. 142, 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.

De la misma opinión es el profesor Lacruz[1] que, al respecto dice: "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 expresa Merino[2] al decir, que si bien de una interpretación literal 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, no dispuso a favor de la misma, se abrirá, respecto a los bienes consorciales, la sucesión ab intestato, 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, ap. 1 del art. 142.

Ahora bien, es sabido que el Código Civil, en este tema de ineficacia de testamentos, no considera al mismo como un negocio jurídico unitario, sino que es posible que la ineficacia afecte a una o varias disposiciones del mismo, sin que esta circunstancia acarree la invalidez de todo el testamento.

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 art. 142. 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 reclamar los bienes de cualquiera que los tenga, mientras no los haya usucapido.

1.- *Consorcio foral*, op. cit., pág. 345.
2- *El Consorcio foral*, op. cit., pág. 148.

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 distinto[1].

En consecuencia, cumplidos los requisitos exigidos para la usucapión, 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 usucapilidad de los bienes, hay distintas posturas doctrinales, planteadas acerca de la operatividad de la misma frente a la "actio petitio hereditatis". Sin embargo nuestro 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 usucapión extraordinaria. Postura, por otra parte, seguida por gran parte de la doctrina[2].

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, 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 la función calificadora del Registrador hubiere impedido la entrada del testamento ineficaz por contravenir el

---

1.- Labandera y Blanco, Victor. *Nulidad, anulabilidad y rescisión en el Código Civil*, R.D.P. año 1914, pag. 179.

2.- Lacruz Berdejo - *Derecho de sucesiones* - pag. 308 - Bosch 1888 - Albaladejo, *Derecho Civil*, V. 1º, pag. 447 y ss. Sancho Rebullida - Capilla Roncero, Francisco, "*Nulidad e impugnabilidad del testamento* " - A.D.C. 1987, pág. 64.

mismo el art. 142, sería posible a través de una inmatriculación llegar a la existencia de tercero registral.

1.- Testamento otorgado a favor de otro consorte

La prohibición de disponer "mortis causa" impuesta por el artículo142 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 ésto parece que era igualmente así para el Derecho histórico, contrariamente a la admisión general de la disposición, "inter vivos", entre consortes.

En efecto, el número 2°, apartado 1, del art. 142, señala que los consortes sólo pueden disponer "mortis causa", de su participación en el consorcio, a favor de sus descendientes. Por otra parte tenemos que, el número 3° del mismo apartado establece el especial acrecimiento de la cuota correspondiente del consorte, que muere sin descendencia, a favor de los demás consortes, expresión que parece claramente referida "a todos los demás consortes"

Por ello, si un consorte sin descendencia, dispusiera por testamento de su participación en el consorcio, a favor de uno o varios, pero no todos, de los consortes, el testamento resultaría ineficaz, al igual que si hubiera dispuesto a favor de un extraño.

De la misma opinión es el profesor Lacruz[1], que al respecto dice: "...y menos disponer en favor de otro consorte, tengan o no prole el uno o el otro. Cualquiera de estas disposiciones es contraria al derecho de cada consorte a acrecer su parte con la alícuota de la porción que deja el que muere sin descendientes, o bien contraria al derecho de los hijos del disponente".

Contrariamente a lo que sosteníamos para las disposiciones "inter vivos" realizadas por un consorte a favor de consorte (que entendíamos no vulneraban el derecho de los hijos, ya que en vida del padre ningún derecho tienen. Ni de los otros consortes, por cuanto sólo al ocurrir la muerte de uno de ellos sin descendencia nacía su derecho, piénsese a más que en cualquier momento se puede pedir la división) respecto a las disposiciones "mortis causa" estamos totalmente de acuerdo con el profesor Lacruz. En efecto, la disposición "mortis causa" a favor de un consorte,

---

1.- Lacruz Berdejo, Jose Luis. *El consorcio foral...*, pág. 346.

vulneraría, si tiene descendencia, el derecho de la misma, ya que al ocurrir la muerte del ascendiente consorte, el derecho a dichos bienes ya es actual, puesto que el momento de la muerte del mismo los determina. Y si el consorte careciera de descendencia, igualmente estimamos que quedaría vulnerado el derecho de acrecer, por cuanto es en ese momento cuando nace. En consecuencia entendemos que no es admisible la disposición "mortis causa" de un consorte a favor de otro, resultando, si se hiciere, tan ineficaz como la realizada a extraño.

2.- Jurisprudencia

Es escasa la jurisprudenca existente respecto al consorcio foral y más sobre el punto concreto que ahora tratamos. Sin embargo una Sentencia reciente, del Tribunal Supremo de fecha 12 de noviembre de 1990, confirmatoria de la emitida por la Audiencia Territorial de fecha 28 de octubre de 1988, resuelve este punto.

En efecto, en ella se trata de la disposición testamentaria que de su porción consorcial hiciera una hermana consorte, sin hijos, a favor de uno de los consortes de su porción consorcial. Existiendo un tercer consorte que se vió así privado de la parte alícuota que, en virtud del acrecimiento, le correspondía. Impugnó este consorte la disposición testamentaria, solicitando se considerara ineficaz la mentada disposición y la nulidad y cancelación de los asientos registrales que al efecto se habían realizado.

El T.S., como antes hiciera la Audiencia Territorial, estimó la pretensión del consorte no favorecido, declarando, en virtud de la prohibición establecida en el artículo 142 de la vigente Compilación, la ineficacia de la disposición que sobre la cuota consorcial habia llevado a cabo la consorte fallecida: "es ineficaz la disposición testamentaria que, respecto a la cuota consorcial realice un consorte sin descendencia, contraviniendo lo dispuesto en el nº 2 del ap. 1 del artículo 142, y en consecuencia la cuota consorcial que a este consorte pertenecía, debe acrecer a los restantes consortes"[1].

1.- Sánchez-Friera González, Mª Carmen. Comentario a la S.TS de 12 de Noviembre de 1990 en CCJC nº 25 pp. 55 y ss.

CAPITULO 9°

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 establecen los Fueros *De communi dividundo* y el párrafo 3° del apartado 1 del artículo 142 de la vigente Compilación de Derecho Civil de Aragón.

En efecto el Fuero 1° *De Communi dividundo*[1] 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 divise 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 142,1,3°: "si un consorte muere sin descendencia antes de la división, su parte acrece a los demás consortes".

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 Jaca[2]: "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

---

1.- S. y P., III.

2.- *Fuero de Jaca* , Molho, Mauricio, R.E., parágrafo 75. En iguales términos, R.A. parágrafo 45, R.B. parágrafo 90, R.D. 69, R.C. 70.

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 heredat si non aquel o aquels con qui eran en sort".

Una diferencia notable se observa, en este punto del acrecimiento, en los Fueros de Aragón[1] (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. 207[2] 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 Aragón[3] 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 III[4], que lo hace en los términos ya expuestos.

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 compartimos. En este punto del acrecimiento se observa, 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 realizado[5].

1.- *Fueros de Aragón*, Ms. 458, Ed. Tilander, Gunnar, Lund, 1937.
2.- *Fueros de Aragón* - Ms. 207 B. U. Zaragoza, Lacruz Berdejo y Bergua Camón, parágrafo 165.
3.- Ramos Loscertales, Jose Mª. Publicados AHDE I y II - parágrafo 124 de esta última.
4.- Publicado AHDE V - parágrafo 45.
5.- Delgado Echeverría, Jesús - *"Vidal Mayor" un libro de Fueros del siglo XIII*, pag. 55 y 56, pone de manifiesto que como no se conoce el original latino, no puede excluirse totalmente manipulaciones intencionadas; si bien en general, dice, no cabe la sospecha de que partes sustanciales del mismo no correspondan a dicho original.

Veamos, dentro de los comentarios que el Obispo D. Vidal hace al Fuero *"Familia Haerciscunde[1] et de adipiscendis aratis, es assaber: De las partillas que se fazen entre la familia et en quoál 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´aqueillos parçoneros d´aqueilla part, qui de los otros ermanos o cormanos recebieron aqueilla part non partida [moriere] ante que aqueillos parçoneros aqueilla part assignada entre si con fiador et con testigos et con instrumento público o por otra manera dreiturera entre si partan aqueilla cosa que no era partida, ninguno de la cormandat o de la hermandat antedita 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 porque morió sin destín, salvo aqueill caso en que es dito de suso que los qui entran en religión".

Más adelante, cuando trata de la sucesión ab intestato[2], es donde el Obispo D. Vidal explica la preferencia de los hijos sobre los consortes: "Et si alguno d´aqueillos herederos o sorteros qui recebieron aqueilla cosa non partida moriere, destinando o non destinando ante que aqueilla cosa fuesse partida entre eillos con fermes et testigos, aqueillos 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 hermandat o del parentesco, salvo si aqueill muerto oviesse fillos o otros qui descendiessen de su genoilla quar estos heredarian aqueill dreito del muerto et no otro ninguno".

En el mismo parágrafo, y a continuación, explica la sucesión *ab intestato* en cosa partida. Y seguido[3] vuelve a tratar de la sucesión

---

1.- *Vidal Mayor*, Libro IV parágrafo 30.

2 - *Vidal Mayor*, Libro VI. parágrafo 18.

3 - *Vidal Mayor*, libro VI. 18 - pag. 412 - "Empero si, quoando aqueill morió, non fue partida aqueilla cosa, si entonz fincaron qui d´eill descendiessen, aqueillos deven aver aqueilla cosa ante que otros ningunos, dont quiere que desciendan o vengan, et deven aver toda la part que aqueill muerto devia aver con sus hermanos o con sus consorteros assi empero que primerament los fillos hereden et si fillos no ha, los sobrinos et desi los que descendieren, por orden, los quoales partrian con los hermanos o cormanos d´aqueill muerto, segunt que eill podria partir si viviesse, quar tantos, quantos quiere que sean en aqueill mismo grado, non serán clamados por cabeças mas toda la genoylla, es assaber que tanto aurá toda la genoilla quoanto auria aqueill hermano muerto, de la succesión del quoal demandan aqueillos qui d´eill descienden, et tanto aurán todos aqueillos quoanto auria aqueill de qui descienden si viviese. *Et si non a qui, d´eill desciendan, el hermano mayor aurá toda aquella cosa, si este muere empues la muerte del padre o de la madre, si empues el padre es muerto et del padre et de la madre otro tal. Et si no ha hermano ni hermana, los sobrinos et las sobrinas d´aqueill muerto*, que son fillos et fillas de sus hermanos, *heredarán aqueilla cosa que non fué partida*, non por cabeças mas por genoyllas, es assaber que todos los fillos de I hermano, si quiere que sean C fillos o sobrinos et del otro hermano tant solament uno, en este caso tanto aurá aqueill uno quoanto aurán aqueillos.

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, como después veremos, para infanzones, establece que los bienes del hermano muerto acrecen al hermano mayor. Hay en este parágrafo 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 estableció según opinión general, por el Fuero 1° *De successoribus ab-intestato* en 1311[1].

2.- En otros Derechos territoriales.

Decíamos que la última parte transcrita del Vidal Mayor guarda semejanza con el Fuero General de Navarra. Este Fuero, que conoce la comunidad entre hermanos, con prohibición de disponer, al igual que en Aragón[2], establece un acrecimiento sucesorio a favor del hermano mayor, (en infanzones)[3]: "mas quando morra el padre ó la madre, si quisieren bien podrán partir todas las heredades del padre o de la madre por meyos, et itar suert quoal será la suert del muerto et quoal del vivo. Ermano ninguno que muera de si adelant, el hermano mayor deve tomar suèrt por eyll, assí como si fuesse bivo eyll, en las heredades del parient muerto. Otrossi, hermana ninguna que muera, la hermana mayor deve tomar su suert ...".

También regula el Fuero General de Navarra el acrecimiento consorcial estableciendo, que no alcanzará al hermano que se haya apartado de la comunidad: "Todo fidalgo que parte con su hermandat, et los otros hermanos si partido no han a eyllos, no

---

1.- Sobre la inteligencia del F. "De rebus vinculatis" y del F. "De successoribus ab intestato" ver Franco y López, pag. 147 "*Memoria*". También, Isábal, Marceliano, *Exposición...*, pag. 341.

2.- Libro III, título XII, cap. XX, *Fuero General de Navarra*. Edición realizada conforme a la obra de D. Pablo Ibarregi y D. Segundo Lapuerta, Año 1869, Diputación Foral de Navarra, Pamplona, 1964. En las redacciones protosistemáticas de este Fuero (Estudio y ed. de Juan Utrilla Utrilla, op. cit.) este parágrafo se corresponde con el 166 (Ms. 3) y 175 (Dresde).

3.- *Fuero General de Navarra*, Libro II, título IV, cap. X. En las redacciones protosistemáticas, parágrafos 62 (Ms. 3) y 173 (Dresde).

deve demandar part por mayorio, por lo que alguno deyllos muere, car non puede enseynar la part del muerto"[1].

En el Cap. XII establece el acrecimiento consorcial cuando las suertes han sido asignadas a dos o más hermanos: "Quoando hermanos parten de dos en dos et muere alguno, quoal deve aver la part daqueylla - Si hermandat de fidalgos parten las heredades de avolorio o de patrimonio, dos en dos, o tres en tres o más, de que las heredades sean partidas et firmadas por suert, si despues muere alguno de la hermandat, ninguno non demande mayorio en sus heredades, sacando aqueyllos que prisieron suert con eyll, por fuero".

Este régimen de infanzones, que vemos semejante al Aragonés, (excepto en la preferencia del mayor), cambia cuando la comunidad de hermanos tiene lugar entre villanos: "Quoando los vilanos parten de dos en dos, cuya deve ser la parte del muerto: E si villanos parten como dicho es de suso et muere alguno de la hermandat, aqueill o aqueyllos que prifieron part con el muerto, deve aver la meatat de sus bienes, et la otra meatad partan todos por cabeza"[2].

También el Fuero de la Novenera[3], establece el acrecimiento: De dos hermanos que lis caye suert en semble: Hermanos que parten heredat en semble et si dos hermanos han una suert que non conoscan el uno amenos del otro et si el uno passa del sieglo, el otro heredará, et los hermanos otros no heredarán ni auran part".

El Fuero de Tudela[4] - 37 -. " Et si ermano ave algo a partir et muere qualquiere dellos sine fillos e deve algunas deudas e los hotros ermanos endan por fuero la part del muerto e non respondran a ninguna deuda que aya feita mas si oviere fillos que ayan a partir la part de lur padre auran por fuero a responder a las deudas del padre".

El Fuero Latino de Teruel igualmente prevé el acrecimiento entre hermanos consortes; " ... Si forte omnes fratres suam

---

1.- *Fuero General de Navarra*, 2, 4, XI. En las redacciones protosistemáticas, parágrafos 199 (Ms. 3) y 179 (Dresde).
2 - *Fuero General de Navarra*, II, IV, XVIII. En las redacciones protosistemáticas, parágrafos 168 (Ms. 3) y 178 (Dresde).
3 - *Fuero de la Novenera*, Parágrafo 243.
4 - *Fuero de Tudela*, Ms. 406 de la Real Academia de la Historia, transcripción de Lacruz Berdejo, José Luis.

portionem insimul habuerint ita quod omnes fratres nemo illorum partem cognoscat, postquam cum parente vivo et superstite sua bona diviserint, et aliquis eorum obierit, illi fratres qui vixerint sua bona hereditent et non parens. Si autem aliquis eorum quedam de porcione cognoverit et quedam non, illa que iam per suis cognoverit hereditet vivus parens. Alia vero que non dum cognoverit hereditent sui fratres. Si vero plures fratres fuerint, et quidam illorum partem cognoverint et quidam insimul suam partem tenuerint, si aliquis obierit de his qui partem non cognoverint, illi qui remanent cum quibus suam partem unitam tenebat, sua bona hereditent et non fratres alii iuxta forum ... "[1].

El Fuero de Albarracín[2] regula el acrecimiento en los mismos términos que hemos visto en el de Teruel, entendiendo que el acrecimiento no alcanza al hermano que se hubiera apartado de la comunidad: "mas si muchos hermanos fueren e los unos d'ellos conoszran part e los otros ensemble tuvieren lur part, si alguno muriere de aquestos que part non conoscieren, aquellos que romanen, como los quales su part tienen en uno, su buena hereden e non los otros hermanos segunt fuero".

El mismo acrecimiento se observa en Fueros Castellanos pero con redacción menos perfecta que la del Fuero de Teruel. Así los Fueros de Sepúlveda[3]: 67 - De los fijos que padre e madre ovieren muerto: "Todos fijos que padre o madre ovieren muerto, si alguno de los fijos finare, et partido non ovieren en uno, los otros hermanos hereden lo suyo et paguen debdas et mandas. Et si partido ovieren en uno, el padre o la madre hereden todo lo suyo del que finare ...".

El Fuero de Alcalá de Henares, 27 " ... Orfanos a quien muriere padre o madre e oviere partido con padre o con madre e muriere alguno de illos e non ovieren partido inter illos, los hermanos lo hereden; et si ovieren partido e muriere alguno de illos, el padre o la madre que fore vivo herede el mueble por siempre e la raiz por en sos dias; e despues de sos días, torne raiz a raiz; e de fiador que no lo venda ni lo malmeta". El Fuero de Molina, II, 2, De

---

1.- *Fuero Latino de Teruel*: parágrafo (323), Edición preparada y con estudio preliminar por Jaime Caruana Gómez de Barreda, Instituto de Estudios Turolenses de la Diputación Provincial de Teruel, Teruel, 1974. También, *Fuero de Teruel*, Edición critica con introducción y traducción de José Castañé LLinás, bilingüe, Impreso Hijo de A. Perruca, Teruel, 1989. No muy acertada la traducción de este parágrafo (323).

2.- *Carta de población de la ciudad de Santa Mª de Albarracín*, transcripción Carlos Riva y García, Zaragoza, 1915, pág. 146.

3.- *Fueros de Sepulveda*, Título (67). Estudio histórico jurídico por Rafael Gibert, Ed. Diputación Provincial de Segovia, Segovia, 1953.

hermanos "Ermanos que non ovieren partido he alguno dellos muriere, hereden sus hermanos; e si partido hovieren, herede lo suyo su padre o su madre".

El Fuero Viejo de Castilla, que conoce la comunidad entre hermanos, no establece régimen sucesorio distinto cuando los bienes están sin partir. Estableciendo, para el que muere sin hijos, un régimen sucesorio de claro matiz troncal para los bienes de patrimonio.

Tampoco en los Fueros de León se regula la sucesión de los miembros de la comunidad entre hermanos.

La indivisión que supone el consorcio vemos que hace quebrar el orden sucesorio, no en cuanto a la linea de descendientes, pero sí en colaterales, por cuanto ya no suceden sólo por parentesco de sangre, sino que éste va a estar unido al de miembro integrante de la comunidad.

3.- 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 1ª, 6ª y 13ª de este Título son las que tratan de este especial acrecimiento[1]. Particularmente la

---

1 - Obs. 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.
Obs. 6ª.- 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 illi habent dotes matris, & non tenentur ad debita.
Obs. 12.- Sed pone, retentis eisdem terminis, quod duo fratres habent indivisam haereditatem: et unus decedit ante factam divisionem, et condidit testamentum: et in suo testamento, filiae suae reliquit duas partes partis suae, quam habebat in illa haereditate indivisa, et tertiam partem legat alicui extraneo: ille legatarius petit illam tertiam partem á 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 et fratrem suum, cum quo habebat haereditatem communem, et sic non potuit ordinare, et eius ordinatio fuit, et 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, et competit fratris patris tamtúm: quia ipse non potest legare, vendere, vel alienare, hoc est in favorem illius, cum quo habebat communem haereditatem, á 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.
Obs. 13.- Item, de consuetudine Regni, et Foro etiam est, quod ibi duo, vel tres fratres, aut plures non dividunt bona paterna, vel alias provenentia ex succesione parentum vel consaguineorum, & in vita sua aliquis, vel eorum maior pars, contranctus aliquos facerit, bona indivisa obligando vel de eis alienando, vel alias iniurias aliquibus faciendo, vel comittendo, propter quae bona indivisa quantum ad partem eius, vel aliquorum eorum tangit, videntur remanere obligata: certe si unus, vel plures eorum praemoriantur, bonis non divisis, omnia bona remanent superstiti: nac 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 caveat quis cum talibus contrahere, vel contractus inire.

Observancia 6ª, 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 adicción: *ut filii habent dotes matris et non tenentur ad debita.*

La Observancia 1ª, 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 12ª 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. En un caso especial y distinto previsto en las disposiciones forales, como regla del consorcio foral.

Dado este carácter especial, los autores regnícolas 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 Hospital[1] que dice: *"Et si duo vel plures fuerint in sorte et aliquis eorum moritur, partem defuncti habet ille qui cum eo*

1.- Hospital, Jaime. *Observancias...*, T. *Familiae Herciscundae*, L. III, T. VII (6) y T. *De consortibus ejusdem rei*, L. III, T. IV (9).

FACULTAD D
BIBLIO
ZARAG

fuerit in sorte". Remitiendose 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 hermanos[1] 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 intestado,* al señalar que en los bienes consorciales no se atiene la sucesión a la proximidad en grado sino a la cualidad del consorte en el mismo bien o grupo de bienes[2]: *"alium casum habetis, in quo si unus ex fratribus decedit, succedit ei unus fratrer et non alii, videlicet, quando duo fratres tantum ex pluribus fratribus habet bona inter se indivisa et sunt consortes: quia tunc si unum eorum decessit alii fratres, qui non sunt in sorte non succedent in illa portione fratris defuncti: sed tantum ille fratrer, qui erat in sorte. Casus est notabilis de hoc in foro nullus tit, communi dividundo".*

Portolés[3], 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 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

---

1.- Molino, Miguel del. *Repertorio...*, v. divisio, frater, abolorium.
2.- Molino, Miguel del. *Repertorio...*, v. sucesorio.
3.- Portolés, Jerónimo. *Tratactus de consortibus...*, Cap. XIV, XV y XVI.

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*.

Aniñon[1] 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 Bardají[2] 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 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 Bardají, fué objeto de viva polémica entre los autores regnícolas, que, en general, no aceptaron, para Aragón, la existencia del derecho de acrecer, apoyándose en la Observancia 5ª *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

---

1.- Aniñon, Andrés Serveto. *Tratado de Sucesiones intestadas*, Traducción Martón, Zaragoza, 1888, pág. 106.
2.- Bardají, Ibando. *Comentarii...*, f. 366 y 367.

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 reñido con el Derecho aragonés. Cuando se refiere al consorcio foral dice[1]: *"quia si unitas rei relictae producit 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 hoc esset differentia inter ius accrescendi et non decrescendi, mentionem aliquam fecissent de dicto iure Jurisconsulti Aragonensis, si ita foret quod bona consortialia in Regno ex iuris, fori, vel testatoris dispositione dicerentur esse consortum in solidum et non pro virili in comunione, sine dubio, utiam dixi, fuissent locuti per verba non decescendi, ut sic res remaneret apud consortem non diminuta per concursum ex iure non decrescendi"*.

Sessé que, en la citada Deccisión, 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 praesumpta voluntate disponentis* (nº 6 de la citada Decisión) y el derecho de no decrecer que proviene *ex propietate verborum* (nº 9 de la misma Decisión).

Franco de Villalba[2], comentando las Observancias 1ª y 6ª *De consortibus ejusdem rei*, no aclara cosa alguna sobre el acrecimiento consorcial, y se remite a Molino, Portolés y Sessé.

Franco y Guillén[3], que no hacen declaraciones expresas sobre la naturaleza del acrecimiento consorcial, limitandose a hacer constar su existencia, en virtud de los Fueros 1 y 2 *De communi dividundo* y Observancia 6ª y 13ª *De consortibus ejusdem rei* y a lo dicho por Portolés, implícitamente, parecen considerar que este acrecimiento consorcial no es el mismo que, bajo el nombre de derecho de acrecer se conoce, ya que, admitiendo el consorcial, niegan para Aragón, el derecho de acrecer, afirmando que en ese

---

1.- Sessé, Josepho. *Decisionum Sacri Senatus Regii. Regni Aragonum et curiae*, Cesaragustae, MDCXV, Decisio CCXLIV, flio 80.
2.- Franco de Villalba. *Fororum atque Observantiarum...*
3.- Franco y Guillén. *Instituciones...*, art. 437, pág. 209y para consorcio artículo 461, pág. 226.

sentido (el de la no admisión del derecho de acrecer) se ha juzgado repetidas veces[1].

El gran foralista Isábal[2] 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 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 lugar[3] 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 indole 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 que más tarde hablaremos) y con referencia al derecho de los consortes adquirentes, que la referida resolución había calificado de verdadero derecho de acrecer, dice Isábal[4]: "Yo me atrevo a decir que se trata de derechos distintos, que el consorcio es un derecho

---

1.- Sobre la problemática de la admisión o no del derecho de acrecer en Aragón, es interesante la Sentencia de 23 de julio de 1892 (Jurisprudencia Civil de Aragón, Ripollés, Mariano, T. II, pág. 384).
2.- Isábal, Marceliano, *Enciclopedia J. Seix*, v. derecho de no decrecer, pág. 78.
3.- R.D.P., 1918, pág. 294.
4.- R.D.P., 1918, pág. 305.

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 acostumbre 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.

Esta aparente contradicción no sólo la hemos visto en Franco y Guillén, que, como antes decíamos, negaban existiera el derecho de acrecer en Aragón y en tema de consorcio hablan de acrecimiento. Igualmente Gil Berges[1] que afirma rotundamente: "Es desconocido en Aragón el derecho de acrecer" y sin embargo, al tratar el consorcio, afirma que los consortes acrecen.

También Sánchez Roman[2], que al tratar el derecho de acrecer omite este derecho para Aragón y sin embargo al tratar el consorcio foral aragonés, considera el derecho de acrecer como uno de los efectos del mismo: "El derecho de acrecer tiene lugar cuando fallece un consorte sin sucesión legítima antes de haberse practicado la división de los bienes consorciales. Cada uno de los consortes heredará en proporción de lo que tenga en el consorcio foral y nunca por cabezas, debiendo tenerse presente que como en éste, pueden estar representados los padres fallecidos, por sus hijos, éstos no podrán ser excluidos como parientes más remotos, según acontece en la sucesión colateral, sino que ha de acrecer a ellos la parte proporcional en representación de su padre". Y más adelante afirma: "La Observancia VI *De consortibus ejusdem rei,* que principalmente se invoca por los tratadistas de Derecho Aragonés, como texto para el derecho de acrecer ..."

Vallet de Goytisolo[3] presenta el acrecimiento consorcial como un caso excepcional respecto al *jus adcrecendi* del derecho clásico

---

1.- Gil Berges, Joaquin - *Legislación foral de España* - Madrid 1888, T. II, pag. 147.
2.- Sánchez Román, Felipe - *Estudios de Derecho Civil* - T. VI. V. 3º - Madrid, 1910, pag. 2384.
3.- *La compraventa por mitades indivisas y con pacto de sobrevivencia su naturaleza jurídica y su eficacia en el Derecho común y en el Derecho foral catalán.* R.D.P., año 1944, pag. 717.

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 jure hereditatis sed beneficium fori*, y con tanto vigor que se superpone al *jus disponendi inter vivos* y *mortis causa*".

El profesor Lacruz[1], 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 copartícipes". 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 ascendiente 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 cotitular, a modo de adquisición originaria o de extensión "in actu" del derecho del consorte sobreviviente a unos límites que ya tenía in potencia.

Si considera el profesor Lacruz que es posible estimar este acrecimiento de mera expansión de la cuota es porque lo ve como acrecimiento y no como sustitución y así efectivamente lo dice: "Ahora bien: el fenómeno, fundamentalmente, es de acrecimiento, al que se aplicará, por analogía, el tratamiento de la sustitución".

Y así dice: "La posibilidad de pedir la división asimila el consorcio a la sustitución condicional... También entraña condicionalidad en la atribución de los bienes al hermano la exigencia de morir el consorte sin hijos (condición *si sine liberis*).

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", es decir el que como tal se

---

1.- El consorcio foral, págs. 347, 348 y 349.

regula en el Código Civil, ni con ningún supuesto de sustitución. Con ambas figuras tiene puntos en contacto y divergencias profundas, como intentaremos poner de manifiesto.

También Merino Hernandez[1], que si en un principio cataloga el acrecimiento de fenómeno similar a la sustitución fideicomisaria, concluye afirmando que "el derecho de acrecer del art. 142 de la Compilación aragonesa en 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 raiz del acrecimiento consorcial en el acrecimiento especial o impropio de las donaciones "inter vivos" o en general de los negocios "inter vivos". Si bien, opinamos, que excepto la renuncia del condueño a su cuota en la comunidad, como medio de eximirse 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 decíamos, puntos de semajanza, pero no creemos 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 Rebullida[2], 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

---

1.- *El Consorcio Foral*, pág. 161.
2.- Sancho Rebudilla, Francisco. *Prólogo* al libro *El Consorcio Foral*, autor Merino Hernandez, op. cit. pag. 10.

sucesoria legal, distinta de la común. El profesor Lalinde[1] 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.

Lorente Sanz y Martin Ballesteros[2] tambien sostienen la existencia del derecho de acrecer en la figura consorcial, al afirmar "Esta última consecuencia (la de producirse el acrecimiento al fallecimiento de un consorte, sin descendencia) podría ser discutida alegando que ese acrecimiento, consecuencia de que el consorte sin hijos carece del derecho de disponer, afecta sí al derecho sucesorio, pero no al del primitivo causante, sino al de este consorte, y que, por consiguiente, es aplicable el derecho vigente a la muerte de éste. Pero a ello puede replicarse que no se hereda porque se acrece, sino que se acrece porque se hereda; o sea que el acrecimiento es un efecto de la sucesión hereditaria del ascendiente y que hay que aplicar el derecho vigente cuando éste falleció".

Una nueva postura parece que mantiene Martin Ballesteros[3], cuando refiriendose al acrecimiento consorcial dice: "si un consorte muere sin descendencia antes de la división, su parte acrece a los demás consortes "non iure hereditatis sed beneficio fori". Por beneficio del Fuero, lo que pone muy en duda el que el consorcio foral se estudie dentro del Derecho hereditario, aunque sea su origen".

Roca Sastre[4] 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 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.

1.- Lalinde Abadía, Jesús. *Comentarios a la Compilación de Derecho civil de Aragón*, pag. 44.
2.- Lorente Sanz y Martin Ballesteros, Luis. *La Norma en el ordenamiento jurídico aragonés*. ADA I, 1944, pag. 140.
3.- *Los Derechos hispánicos*. ADA - V. XV - Año 1970 -71, pag. 87.
4.- Roca Sastre - *Derecho Hipotecario* T. III, ed. 1954, pag. 144.

Sin embargo, también hay algun autor que ha dudado de esta creencia común, que resaltamos, 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 Aisa[1] que parece considerar el acrecimiento consorcial en el sentido indicado, por cuanto afirma: "que se producía[2] 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.

1.- Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado.

Expondremos 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 octrubre 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, refiriendose 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

---

1.- Riera Aisa, Luis. *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, v. consorcio Foral, Barcelona, 1956, pag. 203, Tomo V.

2.- Este autor estudia el consorcio antes de su reincorporación al ordenamiento jurídico actual.

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 T.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 vinculatis*, es necesario acompañar testimonio de la resolución judicial de tal transmisión"[1].

El notario de Zaragoza, Sr. Garcés, al recurrir la negativa del Registrado, 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 1°, 2° y 3° *De Communi 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

---

1.- El supuesto de hecho, transcrito por el notario Martin Costea, (*"El Consorcio Foral"* op. cit.) se refería a dos hermanas instituídas herederas por su padre en la mitad indivisa de un campo sito en Miralbueno, 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 Communi dividundo* y las Observancias *De Consortibus ejusdem rei* 1ª, 6ª y 13.

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 Dª — , 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 acrescente 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. Más nosotros añadimos, 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 Isábal[1], 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 afirmacion y práctica que Isábal nos testimonía, 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

---

1 - Isábal, Marceliano, *El consorcio foral...*, 1918, pág. 305.

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.

La Dirección General rechazó la postura de la Abogacía alegando que la sustitución no cabe sino en la sucesión testada y porque además, la sustitución vulgar reducida al supuesto *si haeres 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 transmisiones 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 vamos a tratar ahora, por cuanto dedicamos al mismo un epígrafe de esta tesis. Sólamente queremos resaltar aquí la calificación que de la figura hizó 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 consorciales, 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 distintas.

Dado que las posturas doctrinales sostienen, como vemos, unas que es derecho de acrecer, otras que sustitución fideicomisaria, haremos una breve exposición de uno y otra.

IV.- EL DERECHO DE ACRECER REGULADO EN EL CODIGO CIVIL.

El acrecimiento es una institución típica del derecho sucesorio que vivió ya en el Derecho romano y a cuya tradición responde la ordenación que del mismo hace el Código Civil.

El acrecimiento obedecía en Derecho romano a dos diferentes razones: una aplicable solamente a los herederos, dimanante de la universalidad de la institución, y otra, referida igualmente a legados y fideicomisos, derivada de la regla *concursus partes fiunt*. El primero era necesario, y el segundo voluntario, por cuanto

dependía de la voluntad del testador, voluntad que se presumía cuando dos o más personas eran llamadas a una misma cosa.

El llamado derecho de acrecer forzoso, deriva del principio de la universalidad de la institución, según el conocido axioma: "*ius nostrum non patitur eumdem in paganis, et testato, et intestato decessisse: earumque rerum naturaliter inter se pugna est*"[1]. La universalidad de la institución corresponde a la subrogación del heredero en la posición jurídica del causante como continuador de su personalidad. Tenía lugar en las herencias, sin que el testador pudiese impedirlo y producía el efecto de que el heredero nombrado en cierta cantidad de bienes se entendiese llamado en todos los restantes.

Cita Vallet de Goytisolo[2] al efecto un escrito de Antonio Gómez en el que este autor señalaba que, aun cuando se afirmaba comúnmente que la razón radicaba en el principio "*ne testator decedat pro parte testatus et pro parte intestatus*" la verdadera razón: "*est quia heres debet raepresentare defunctum ... et si dictum heres in totum, raepresentant illum in totum, si vero sunt plures, omnes simul repraesentat illium insolidum et qualibet pro sua parte ... si non acrecerent alie partes haeredi instituto in re certa, vel in quota repraesentaretur defunctus tantum pro parte et non in totum, quod esset monstruosum, et impossible: quia fictio imitatus natura: et id, quod est impossible per naturam, est imposible per fictionem... unde sicut naturaliter non potest esse homo vivus pro parte, et pro parte non: ita per ficcionem legis non potest post mortem raepresentari pro parte*". Es decir, que así como una persona no puede morir en parte, tampoco puede operarse en parte el fenómeno sucesorio que coloca al heredero jurídicamente en lugar del causante: lo contrario, dice, sería contra natura, por lo cual, si hay varios herederos, todos a la vez le representaan solidariamente y cada cual por su parte, y, por eso, el acrecimiento se estimó necesario.

Las leyes de las Partidas adoptaron las dos especies de acrecimiento establecidas en el Derecho romano. La Ley 14, tit. III, P. 6ª, declara obligatorio y necesario el derecho de acrecer.

1.- Gutierrez Fernandez, Benito - *Códigos o Estudios Fundamentales*. T.3º Madrid 1868, pag. 465.

2.- Vallet de Goytisolo, Juan B. *Estudios de Derecho sucesorio* V. 5, pag. 111.

Derogado por el Ordenamiento de Alcalá, ley 1ª, del Título XIX[1] el principio de la incompatibilidad de la sucesión testada e intestada, faltó el motivo que hizo necesario el derecho de acrecer y lo que modernamente se conoce como tal derecho es el que en Roma derivaba de la regla *"concursus partes fiunt"*, es decir el conocido como acrecimiento voluntario. Llamado así por cuanto dependía de la voluntad del testador ya que operaba en virtud del llamamiento conjunto por parte del testador, de un grupo de herederos o de legatarios (coniunctium).

El profesor Albaladejo[2] dice "que el derecho de acrecer especial tiene por raiz la voluntad del disponente, que deseando que su herencia (o la porción de ella que sea) la recibiese, si ello fuese posible, entera cada uno de los herederos que nombra, como quiera que son más de uno, no puede por menos que reducir sólo a una parte lo que deja a cada cual, pero con espíritu de que lo que quede vacante por falta de alguno, sea para los otros, hasta el extremo de que si es uno sólo el que sucede, sea todo para él".

Así se compagina, continúa el profesor, el necesario fraccionamiento de la herencia en partes (fraccionamiento que viene producido *ex concursu* y no *ex voluntate*, es decir por la concurrencia de varios sucesores, *concursu partes fiunt*, y no porque sea voluntad del disponente que cada instituído reciba, no la herencia entera, sino una fracción de la misma) con la posibilidad de que corresponda íntegra al mismo sucesor, si es que sucede uno sólo, o que toquen los sucesores a mayores porciones, si el número de instituidos disminuye.

La voluntad del testador como base para el acrecimiento, o lo que se ha llamado fundamento subjetivo del mismo, expuesto por Albaladejo, no es compartido por la generalidad de la doctrina. Así Beltran de Heredia[3] sostiene que este derecho de acrecer no tiene un fundamento subjetivo, sino objetivo, "ni le parece un argumento muy jurídico apoyar el fundamento y la esencia de una institución jurídica, cualquiera que sea, sobre una base tan

---

1.- Vallet de Goytisolo expone que no es tesis admitida con carácter general que esta ley derogase el principio referido, ya que la postura mayoritaria representada por Gregorio López, Antonio Gómez, Luis de Molina etc., sostuvo que la referida ley, solamente se refirió a la validez de las mandas. En el mismo sentido se manifiesta Gutierrez (*Códigos*, pag. 466) que considera derogado el principio por la Nov. Rec. ley 1ª, titulo XVIII, libro X.

2.- Albaladejo Garcia, Manuel - *La delación solidaria*, libro Homenaje a Roca Sastre - V. III, pag. 276.

3.- Beltran de Heredia, Pablo - *El derecho de acrecer* - (negocios inter vivos y mortis causa), R.D.P., Madrid 1956, pag. 32 y ss.

aleatoria e incierta como es una voluntad presunta". Reconoce que el testador puede provocar o impedir el derecho de acrecer, pero que creada por el testador la situación objetiva de concurrencia en conjunción, el derecho de acrecer actúa por disposición de la ley.

El acrecimiento, bien se admita, la postura subjetiva, la llamada postura objetiva o bien, como afirma Vallet de Goytisolo[1], se considere que el acrecimiento deriva de dos concausas: su reglamentación objetiva hecha por la ley por un lado y por otra la voluntad del testador. ¿Qué presupuestos necesita para su existencia? la norma positiva a este respecto es la del artículo 982 del Código Civil "para que en la sucesión testamentaria tenga lugar el derecho de acrecer, se requiere: 1°, que dos o más sean llamados a una misma herencia, o una misma porción de ella, sin especial designación de partes y 2°, que uno de los llamados muera antes que el testador, o que renuncie la herencia o sea incapaz de recibirla". Así vemos, que se necesita el llamamiento conjunto de varios sucesores sin especial designación de partes, por un lado, y por otro, que uno de los llamados premuera al testador, o que renuncie a al herencia o sea incapaz de recibirla.

Como dicen los profesores Lacruz y Sancho Rebullida[2], refiriendose a este segundo requisito, tiene que haber una vacante de persona quedando liberada su parte en el caudal, y que esta vacante de persona no sólo puede producirse en los casos que el art. 982 enumera, premoriencia, renuncia e incapacidad o indignidad del llamado, sino que a estos casos contemplados en la ley hay que añadir el no nacimiento del concebido, la ausencia de algún heredero conjunto al tiempo de la delación y con ciertas restricciónes, el incumplimiento de alguna condición suspensiva o la existencia de alguna resolutoria, la nulidad del llamamiento de uno de los herederos conjuntos (ss. 6 de marzo de 1944 y 8 de mayo de 1979). También parece que tendrá lugar el acrecimiento si prescribe el derecho a aceptar la herencia de uno de los herederos conjuntos".

Examinando esta lista exhaustiva de supuestos en los que puede darse una vacante de persona y, en consecuencia, quedar liberada la parte de la misma en el caudal, con lo que operaría el acrecimiento, que nos presentan los profesores citados, y a la que Castán[3] añade el caso de inexistencia de sustituto designado por el

---

1.- *Estudios sucesorios* V. I, pag. 116. op. cit.
2.- *Derecho de sucesiones*, Boch, 1988, pág. 66.
3.- Castán Tobeñas, José - *Derecho Civil español, común y foral* - Ed. Reus S.A. - Madrid 1979, pag. 205.

testador, la conclusión que se saca en punto a unificarlos es, en definitiva, que el heredero o legatario, no llegue a adquirir la cualidad de tal, y así la porción vacante del instituído que no llega a aceptar, se refunde en la masa de la herencia o del legado para ser repartida entre los coherederos y colegatarios aceptantes.

Así, como consecuencia de no haber llegado a aceptar la herencia o legado uno de los llamados, éste no adquiere derecho alguno sobre los bienes asignados a su favor. Por ello, y al refundirse su porción en la masa hereditaria general, los coherederos o colegatarios, a quienes acrece su participación, la reciben por el mismo título y la misma causa por la que reciben los demás bienes de la herencia o legado. Es decir, que estos beneficiarios del acrecimiento no reciben éste, o mejor, los bienes que lo integran, como procedentes del no aceptante, sino directamente del causante originario. Ello presupone que ese primer llamado no ha llegado a adquirir la cualidad de heredero en su participación hereditaria correspondiente. Los demas coherederos no experimentan sino un incremento cuantitativo de su cuota hereditaria, no experimentando ningún cambio cualitativo en su situación. Así siguen siendo herederos del primitivo causante, de quien reciben su participación originaria, más la acrecida.

El llamamiento es único: no hay diversos llamamientos, uno a la porción mínima y otro u otros a las que eventualmente vengan a acrecerla, sino uno sólo de contenido variable. Esta eventual extensión del llamamiento existe desde la apertura de la sucesión y no es una pretensión a un plus que nazca en el momento de fallar un heredero[1].

Al no ser una pretensión a más, tiene que seguir la suerte de la inicial, sin necesidad de intervención de la voluntad del acrescente, por eso no hace falta una aceptación del acrecimiento, bastando la aceptación de la cuota inicial. Como expone Beltrán de Heredía[2] el efecto del acrecimiento no es la adquisición de una cuota ajena, sino la expansión en la vocación solidaria, en la titularidad legítima para adquirir la herencia a favor de los que, al momento de la apertura de la sucesión, puedan y quieran aceptarla, como consecuencia de que alguno o algunos de los

---

1.- Lacruz Berdejo -Sancho Rebullida - *Derecho de sucesiones*, pag. 70, op. cit.
2 - Beltrán de Heredía, Pablo - *El derecho de acrecer* - op. cit. pag. 77.

designados se les considera como no llamados porque no pueden o no quieren recibirla.

V.- DIFERENCIAS DEL ACRECIMIENTO CONSORCIAL CON EL DERECHO DE ACRECER REGULADO EN EL CODIGO CIVIL.

Bosquejado así el derecho de acrecer que como tal se recoge en el Código Civil y comparándolo con el acrecimiento consorcial, 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 el Código Civil, es el típico y único derecho de acrecer.

Veíamos que uno de los requisitos fundamentales para que opere el derecho de acrecer, que regula el Código Civil, es la necesidad de que alguno de los llamados repudie la herencia, o que muera antes que el testador o que renuncie, o sea incapaz de recibirla. En cambio en el acrecimiento consorcial no ocurre así; 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 de que la porción acrecida hubiera ingresado en el patrimonio del consorte que causa el acrecimiento. El consorte en vida es propietario, aunque con 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, lo hemos visto, hay en la parte acrecida una sólo 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.

Otra nota de diferenciación es la relativa a que el derecho de acrecer del Código Civil implica una disposición testamentaria con un llamamiento solidario, en cambio en el consorcio el acrecimiento por los consortes de la cuota consorcial del consorte premuerto, opera fundamentalmente con ausencia de disposición testamentaria, siendo sólo ésta operante si se hace a favor de todos los consortes y en proporción a sus cuotas respectivas en la comunidad consorcial; es decir que si hay disposición testamentaria sólo será eficaz si se ajusta a las prescripciones de la ley, por cuanto la sucesión del consorte viene por ella prefijada.

Y tampoco puede decirse que el acrecimiento consorcial sea semejante al que pueda operar, si se admite, en la sucesión intestada. Pues en ésta, según Castan[1], "más bien que un derecho especial de acrecer, hay un simple derecho a no decrecer, que se deriva del principio general de exclusión del pariente más remoto por el más próximo; los parientes del mismo grado hacen suya la porción vacante, más que por derecho de acrecer, sencillamente por derecho propio y por la circunstancia de la proximidad de parentesco". En cambio, 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 parientes más remotos en grado.

Por otra parte, como señala el profesor Lacruz[2], el acrecimiento consorcial se produce precisamente a causa de una tenencia anterior de una parte propia en el objeto indiviso, a diferencia de lo que ocurre en el derecho de acrecer regulado en el Código Civil, en que los herederos adcrescentes antes del fenómeno del acrecimiento de ninguna manera tenían esos bienes.

Habiendo expuesto el derecho de acrecer regulado en el Código Civil y las diferencias que separan del mismo al acrecimiento consorcial, vamos a ver a continuación el instituto de la sustitución fideicomisaria que es la otra institución con la que se ha señalado guarda similitud el acrecimiento consorcial.

VI.- LA SUSTITUCION FIDEICOMISARIA.

Comenzaremos con la definición que hace el Obispo D. Vidal[3] de la sustitución: De substitutionibus, es assaber: De las substitutiones, la quoal cosa es quoando alguno es establido que herede en los bienes d´alguno enpués la muert por alguno qui faze testament.- Padre o madre faziendo heredero al fillo o a la filla et substituendo, es assaber establesciendo otro deius aqueill en aqueilla misma heredat, en esta forma: "Tal mi fillo seas heredero

---

1.- Castán Tobeñas, José - *Derecho Civil español* T. VI, V. II, pag. 209, op. cit.
2.- *El Consorcio Foral*, op. cit, pág. 349.
3.- *Vidal Mayor*, libro VI, parágrafo 23.

en tal mi heredat, et si contesciere que mueras sin criatura, en aqueilla misma heredat establesco a tu atal por heredero".

En el Derecho de Aragón, al igual que en los demás Derechos territoriales, era frecuente vincular los bienes de que se disponía "mortis causa" -e incluso por donación inter vivos-, en favor de una persona, a otra u otras para el caso de que la primera no tenga hijos en el momento de su óbito, sea porque nunca los hubo, sea porque le premurieron.

En nuestro Derecho, las palabras vínculo, vincular, no se aplican exclusivamente a las vinculaciones perpétuas, poco frecuentes en Aragón, sino también a las temporales, es decir, a las sustituciones fideicomisarias[1].

Así la sustitución fideicomisaria es un vínculo establecido por el testador en virtud del cual éste impone al heredero o legatario la obligación de conservar la herencia o la cosa legada y de transmitirla a su muerte a otra u otras personas expresamente indicadas por el mismo.

Hoy están reguladas en el Código Civil, art. 781, que las define como aquellas "en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia".

Como ponen de manifiesto los tratadistas de Derecho Civil[2] el texto legal comete la impropiedad de hablar de "encargo", término que deriva de la regulación romana del fideicomiso, pero inapropiado hoy día por cuanto la sustitución fideicomisaria entraña un gravamen impuesto al fiduciario. Y, también dice Lacruz, emplea inexactamente la expresión "transmitir" porque el fiduciario no transmite los bienes al fideicomisario, sino que es la ley la que resuelve la titularidad y la atribuye automáticamente al segundo heredero.

La regulación que hace el Código Civil de la sustitución fideicomisaria proviene de la figura del fideicomiso romano, concebido como encargo de transmitir, y de las vinculaciones que en la Edad Media se desarrollaron en toda España.

Aunque el antecedente histórico de la sustitución fideicomisaria se señale en la figura del fideicomiso romano, su

---

1.- Lacruz Berdejo, José Luis. "*La Claúsula si sine liberis decesserit en el Derecho Aragonés*", *libro homenaje a D. Juan Moneva*, pag. 609.

2.- Lacruz Berejo, Jose Luis y Sancho Rebullida, Francisco. *Derecho Sucesiones*, 1988, Castán Tobeñas, José. *Derecho civil*, pag. 245, entre otros.

germen está en una variedad del mismo, en el conocido como fideicomiso sucesivo gradual o familiar (*fideicommissum familiae relictum*), figura por medio de la cual el testador hacia varios llamamientos para la restitución sucesiva de los bienes o prohibía la enajenación de los mismos, con objeto de que se conservaran en las personas de una familia determinada.

La sustitución fideicomisaria presenta dos variantes, una, cuando el fiduciario debe de conservar la herencia o legado que se le dejó, para que, en su día, pase al fideicomisario. En la otra, el testador fideicomitente autoriza al fiduciario a disponer (total o parcialmente) de los bienes hereditarios, de forma que, cuando llegue el momento de que los reciba el fideicomisario, éste sólo tomará aquellos de que el fiduciario no hubiere dispuesto. Esta segunda es la llamada sustitución fideicomisaria de residuo.

La obligación de conservar los bienes ¿es nota esencial a la sustitución fideicomisaria, o bien algo accidental que no infiere en su verdadera naturaleza? Si se considera la obligación de conservar nota esencial de la sustitución fideicomisaria no puede considerarse como tal la llamada de residuo.

El profesor Albaladejo[1] estima que el deber de conservar no pertenece a la esencia de la sustitución. Si bien, considera, que mientras no conste una voluntad contraria que dispense de conservar, debe entenderse que toda sustitución encierra el deber de hacerlo.Criterio éste compartido por la mayor parte de la doctrina actual.

Vallet de Goytisolo[2], con cita de Roca Sastre y Jerónimo López[3], entiende que "la obligación de conservar - es decir, la sujeción inter vivos a la restitución mortis causa - no es esencial en la sustitución fideicomisaria, dentro de la cual queda incluido el llamado fideicomiso de residuo. Podemos precisar que dicha sujeción es una característica natural de la sustitución. Es decir, que se debe sobreentender en toda sustitución fideicomisaria si no ha sido dispensada por el fideicomitente". En el mismo sentido se expresan los profesores Lacruz y Sancho Rebullida[4] que "consideran discutible que una disposición para ser

---

1.- *Curso de Derecho Civil T.* V Ed. Bosch, 1982, pag. 271.
2.- Vallet de Goytisolo, Juan B. - *Estudios de Derecho sucesorio* V. I, pag. 220 op. cit.
3.- López López, Jerónimo. "*La regulación del fideicomiso de residuo en el C. C. español*" - ADC, VIII - III, pag. 743 y ss.
4.- Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida - *Derecho de Sucesiones*, pag. 347, op. cit.

fideicomisaria, precise indispensablemente de la imposición del gravamen de conservar". "Más en la duda, me parece preferible atenerse a la opinión de Jerónimo López, al no haber prueba de que el legislador señalase un ámbito exclusivo fuera del cual no existe fideicomiso". El profesor, finalmente se adhiere a la postura de Vallet de Goytisolo, ya expuesta.

La postura contraria, es decir la consideración de la obligación de conservar como requisito esencial a la figura fideicomisaria es sostenida principalmente, por De Diego[1] y Castán[2], este último, si bien reconoce que la más reciente doctrina considera este gravamen de conservar como una característica natural de la sustitución, en el sentido que hemos expuesto, él lo considera requisito esencial junto con el llamamiento múltiple y el orden sucesivo. Citando al efecto una sentencia de fecha 3 de julio de 1963 en la que son recogidos los tres requisitos como esenciales a la sustitución fideicomisaria.

Compartimos la postura que considera la obligación de conservar como una característica natural de la sustitución, en el sentido que debe sobreentenderse si el fideicomitente no ha relevado o dispensado de ella, pero, pudiendo hacerlo, sin que por ello deje de estarse ante una sustitución que ofrezca los rasgos verdaderamente esenciales de la sustitución fideicomisaria. Entendemos así que, lo que caracteriza, por tanto, a la misma son dos requisitos: el llamamiento múltiple y cronológicamente sucesivo. Pero para precisar la esencia y efectos de la institución es necesario examinar la posición jurídica de sus sujetos.

Hay dos o varios sucesores, cada uno de los cuales recibe el caudal y lo conserva durante un tiempo, generalmente mientras vive. Según Roca Sastre[3], el fiduciario o primer llamado, gravado con una sustitución fideicomisaria, es heredero y no deja de serlo por la restitución, lo que tiene limitada, en cuanto al tiempo, el fiduciario, es la propiedad de los bienes heredados, salvo en el caso del fideicomiso de residuo.

En cuanto a la posición jurídica del fideicomisario, la mayor parte de la doctrina sostiene su carácter de heredero, suponiendo

---

1.- De Diego, Felipe Clemente - *El fideicomiso de "eo quod supererit" en Derecho romano* - Madrid 1925 pag. 38.
2.- Castán Tobeñas, José- *Derecho Civil Español*, T. VI, 1979 pag. 246, op. cit.
3.- Roca Sastre, discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación - 30 de abril de 1956, cita Vallet de Goytisolo, op. cit.

que ambos (fiduciario y fideicomisario) reciben los bienes directamente del propio testador y a título universal.

Opuestamente sostiene Vallet de Goytisolo[1] que, el sustituto fideicomisario, aunque adquiere con causa directa del causante no sucede a éste como heredero, "El sustituto fideicomisario no hay duda de que trae causa del disponente y no del heredero sustituido, pero ésto, si bien basta para no considerarlo heredero de éste, no implica que necesariamente haya de ser heredero de aquel". "La adquisición del sustituto fideicomisario se asemeja más a la del legatario de parte alicuota".

Si respecto al carácter con que hereda el fideicomisario, según vemos, no es unánime la doctrina, en lo que sí coinciden es en entender que los dos son sucesores del instituyente del ficeicomiso, o sea del primer causante. Como explica Ossorio Morales[2], "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 de llamamiento que a su favor hizo el testador fideicomitente".

La jurisprudencia, comenta el profesor Lacruz, es constante en esta apreciación, citando al efecto la sentencia de 3 de marzo de 1964, en la que se hace la siguiente declaración: "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".

Para el profesor Albaladejo[3], el fiduciario, desde que recibe la herencia, hasta que acaba su derecho sobre ésta, es la de un verdadero heredero, es decir, no tiene derecho de usufructo sobre un patrimonio que no es suyo, sino que es titular de ese patrimonio, precisando el profesor Lacruz[4], que tiene el derecho de todo propietario a percibir los frutos sin que sea por tanto un derecho real de usufructo.

El fideicomisario adquiere, cuando muere el testador fideicomitente, la expectativa de su derecho a la herencia, que es cuando se abre la sucesión fiduciaria, y cuando muere el

1.- *Estudios de Derecho sucesorio*, op. cit., pág. 237 y ss.
2.- Citado por Lacruz, pag. 347 Derecho de sucesiones op. cit.
3.- *Curso de Derecho Civil*. V. Bosch, 1982, pág. 272 y ss..
4.- *Derecho de sucesiones*, op. cit, pág. 352.

fiduciario, se abre la sucesión fideicomisaria, en que esa expectativa se convierte en realidad.

1.- Paralelismos y diferencias entre la sustitución fideicomisaria y el acrecimiento consorcial.

Después de esta breve exposición de la sustitución fideicomisaria, vemos que el consorcio foral guarda una gran similitud con la misma, especialmente señalada ésta en que los consortes no suceden al consorte muerto sino al causante del consorcio, de modo que al tener lugar el fenómeno del acrecimiento consorcial, los hermanos consortes suceden en la posición jurídica del ascendiente, al igual que el sustituto fideicomisario sucede al fideicomitente.

Sin embargo la vinculación, que el consorcio entraña, no necesariamente ha de tener lugar a la muerte del gravado, por cuanto la posibilidad que tiene el consorte de pedir la división del mismo hace cesar la misma, lo que nos situa ante las sustituciones condicionales.

Y no es ésta la única condición a la que aparece sujeto el vínculo consorcial, sino que también entraña condicionalidad en la atribución de los bienes a los consortes, la exigencia de morir el consorte sin hijos, condición que parece asemejarse a la claúsula *"si sine liberis decesserit"*.

Así, la asimilación de la figura consorcial a la sustitución fideicomisaria, que ya pusieron de manifiesto los autores clásicos, está sujeta a doble condición, la de que el consorte no efectúe la división de la comunidad consorcial y a que, no teniendo ésta lugar, muera sin descendencia.

Pero las sustituciones fideicomisarias pueden ordenarse por el testador bajo condición, lo mismo suspensiva que resolutoria, esta afirmación es admitida mayoritariamente por la doctrina. Manuel de la Cámara[1] ha dicho, al respecto: "Quien dispone que sus bienes los herede cierta persona y que a la muerte de ésta pasen a otra, si se cumple determinado evento, persigue fines para cuya consecución el instrumento adecuado es la sustitución fideicomisaria".

1.- Citado por Vallet de Goytisolo en *Estudios de Derecho sucesorio*, pag. 245 op. cit.

Para explicar la sustitución fideicomisaria condicional cita Vallet de Goytisolo[1] tres tesis, que solamente vamos a enunciar en los terminos escuetos que nos valgan para exponer nuestro parecer respecto a la condición a que parece estar sujeto el consorcio foral.

Cita Vallet, en primer lugar la tesis (que no admite), que estructura la institución del primer llamado como la de un heredero bajo condición resolutoria y la del segundo como un heredero bajo condición suspensiva.

En segundo lugar, la tesis que estima el llamamiento del instituido como hecho a término final (cierto o incierto) y el segundo llamamiento como una ulterior institución de heredero hecha bajo condición suspensiva para el momento de extinguirse aquel término.

Y la tercera que considera que lo que únicamente se halla condicionado (y condicionado suspensivamente) es la restitución o tránsito de los bienes fideicomitidos desde el patrimonio del heredero instituido al del sustituto fideicomisario condicional.

Esta tercera tesis es la considerada por Vallet de Goytisolo como la única acorde con la tradición jurídica castellana y la única que cabe desde un punto de vista ontológico y la que responde a la realidad de las sustituciones condicionales.

En nuestra opinión, la condición que supone la posibilidad de dividir, que en el consorcio compete a todo consorte, de forma que la misma haga terminar la vinculación, se explica mejor con la primera tesis expuesta, por cuanto vemos la citada condición, como resolutoria para el consorte que aquí podriamos considerar fiduciario y a la vez para los consortes fideicomisarios operaría como condición suspensiva, por cuanto su derecho está en expectativa que sólo se consolidará si la división no se efectúa antes de la muerte del consorte fiduciario y además si conserva la calidad de consorte.

Así la condición suspensiva para éste es el mismo acontecimiento en que consiste la condición resolutoria que tiene el fiduciario, y para evitar que se pueda argumentar sobre la base de la retroactividad de la condición, que se entiende al

---

1.- Vallet de Goytisolo, J. Bautista - *Fideicomisos a términos y condicionales y la claúsula "si sine liberis decesserit", en el Derecho histórico y en el Código Civil* - pag. 843. Anuario de Derecho Civil, año 1956, pág. 843.

cumplimiento de ésta, borrada la figura del primer heredero, se puede considerar que la institución consorcial es una sustitución fideicomisaria bajo condición y término.

No opinamos, con Merino[1], en el sentido de entender que la sustitución fideicomisaria a que pueda asimilarse el consorcio foral sea la llamada sustitución fideicomisaria de residuo.

Al ser las sustituciones fideicomisarias de residuo aquellas en que el testador fideicomitente dispensa, en todo o en parte, al fiduciario del deber de conservar los bienes, estando, en consecuencia, condicionado el *quantum* de los bienes que el fideicomisario debe percibir, a los límites de la dispensa, y dentro de ella, a lo que realmente disponga el fiduciario, no creemos se dé esta circunstancia en el consorcio, por la prohibición de disponer que en el mismo rige, de forma que si el consorte divide, nada pasará a los consortes fideicomisarios y si muere sin dividir, pasará todo, al menos en la regulación actual en que no se permite la disposición inter vivos a favor de otro consorte, otra cosa sería para el derecho histórico, que, al estar permitida esta disposición podía ciertamente considerarse de residuo.

La figura consorcial guarda una gran analogía, como veremos, con la sustitución fideicomisaria, pero no identidad; por cuanto, ya de entrada, se puede señalar, como resalta Merino, una notable diferencia, que no única, como es, la de que la sustitución fideicomisaria, como todas las sustituciones, han de venir impuestas y determinadas por el testador, y en el consorcio foral el acrecimiento opera impuesto por la ley. Así las sustituciones solamente son posibles en la sucesión testada y el consorcio se da igual en la testada que en la intestada, y decíamos que no era la única diferencia, por cuanto, en la sustitución el heredero fideicomisario recibe unos bienes que antes no tenía en absoluto y el consorte acrece la participación ya existente en su patrimonio con una fracción de lo que el otro consorte había recibido por sucesión o donación antecedentemente, produciendose tal acrecimiento precisamente a causa de esa tenencía anterior de una parte propia en el objeto indiviso, como señala el profesor Lacruz[2].

1.- *El Consorcio Foral*, op. cit., pág. 162.
2.- Lacruz Berdejo, pag. 348, *El Consorcio Foral*, op. cit.

También habíamos visto que en la sustitución fideicomisaria, tanto el fiduciario como el fideicomisario recibían los bienes a título de herencia, pues ambos eran herederos del fideicomitente, y sin embargo en el consorcio aunque ambos consortes (el muerto y el que acrece) traen su causa del ascendiente común, en realidad el primero lo ha hecho a título de herencia, y el adcrescente por el título especial y concreto de la declaración de la ley, aunque se admita que la ley interpreta la voluntad del causante, manifestada por el establecimiento del supuesto en el cual el acrecimiento tiene lugar. Si bien esta voluntad se inferiría más claramente cuando el testador estableciera la prohibición de dividir. Además de estas diferencias que vemos entre la sustitución fideicomisaria y el acrecimiento consorcial señala el profesor Lacruz[1] una más. Dice así el profesor: "mientras es claro que el acrecimiento de la cuota de un consorte se produce por cualquier causa que haga desaparecer el derecho del otro (renuncia, indignidad, etc) ello es más dudoso en la sustitución fideicomisaria, en la que se puede contemplar el fallecimiento del fiduciario como un término inicial del derecho del fideicomisario".

Reconocemos que, la admisión de esta diferencia que señala el profesor Lacruz, depende de que se admita o no que la sustitución fideicomisaria encierra por su propia naturaleza a la sustitución vulgar.

Si entendemos, posibilidad que señala el profesor Albaladejo[2], que la sustitución fideicomisaria consiste en querer -aparte de lo referente a la conservación y restitución de los bienes- un heredero en defecto de otro, es decir que se quiera a un heredero tanto para después que lo haya sido el primero, como para si no llega a serlo, evidentemente se puede afirmar que la sustitución fideicomisaria encierra a la vulgar, o cabe también la posibilidad, de que, sin encerrarla, se deba entender llamado el fideicomisario, como sustituto vulgar, para cuando no llegue a ser heredero el fiduciario, por cualquier causa, como que sea incapaz, o que renuncie.

Cabe, por el contrario, entender que el fideicomisario es querido sólo para después que lo haya sido el heredero fiduciario.

1.- *El Consorcio Foral*, op. cit., pág. 349.
2.- Albaladejo, Manuel - *Sustituciones hereditarias* - Ed. "Graficas Summa" Oviedo 1956 - pag 105.

La jurisprudencia se ha mantenido vacilante en este punto. El profesor Lacruz, cita dos Resoluciones, de fecha 22 de febrero de 1943 y de 22 de junio[1], en las cuales se estimó que la renuncia del fiduciario no adelantaba el momento de la apertura de la sucesión fideicomisaria, por entender que la misma tiene sólo lugar con la muerte del fiduciario o bien, cuando se cumple el evento fijado por el causante y la renuncia no equivale a su muerte y mientras vive rige para él el principio *"semel heres semper heres"*. En el mismo sentido se expresa Vallet de Goytisolo cuando dice que el que heredare no puede dejar de haber heredado. "La cualidad de heredero, como derivada de un hecho que ha sido, no puede perderse, porque el hecho que la motivó no puede dejar de haber ocurrido".

En este punto que tratamos no hay unanimidad en la doctrina, ni en la jurisprudencia. Pues mientras en la Sentencia de 13 de febrero de 1943, "no se admite que la sustitución fideicomisaria, deba considerarse sin más sobreentendida la vulgar, con la consecuencia que ello supondría de atribuir la herencia al segundo llamado si el primero, por premoriencia, incapacidad o renuncia, no hubiere podido admitirla". En la de fecha de 13 de noviembre de 1948, se admite claramente que la sustitución fideicomisaria engloba la vulgar: "el llamado en segundo lugar de la sustitución fideicomisaria adquiere la herencia a la muerte del testador, porque en ese momento su derecho hereditario quedó perfeccionado cual si hubiere sido llamado por sustitución vulgar".

El profesor Lacruz, parece admitir esta segunda posición cuando se trata de premoriencia, repudio e indignidad del fiduciario, no, como hemos visto en caso de renuncia del mismo, por el principio *"semel heres semper heres"*.

El profesor Albaladejo, al igual que De Buen y González Palomino[2], aceptan que la sustitución fideicomisaria supone la vulgar. Albaladejo al efecto dice: "Para mi, en abstracto y salvo disposición del testador en contrario, parece más acorde con la presumible voluntad del causante que el fideicomisario sea llamado si no llega a ser heredero el fiduciario. Esto, tanto si se cree que la sustitución fideicomisaria encierra la vulgar, como si no.

1.- *Derecho de Sucesiones*, op. cit., pág. 356.
2.- Citados por Castán, pag. 256 - *Derecho civil Español* - T. VI, V. 2º, 1979 op. cit.

Porque en este caso igual resultado práctico cabe obtener, bien mediante una conversión de negocio jurídico, bien sosteniendo que una fue realmente, y no hipotéticamente, querida en defecto de la otra".

En definitiva, pensamos, que la renuncia del fiduciario no puede perjudicar del derechos del fideicomisario, entendiendo con la posición últimamente expuesta, que la sustitución fideicomisaria engloba la vulgar con lo que se asimilaría la renuncia del fiduciario a la renuncia realizada por el consorte de su cuota consorcial.

VII.- NUESTRA OPINION 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 nuestra opinión el acrecimiento del consorcio corresponde a la forma más antigua de acrecimiento que existió en la comunidad de herederos del antiguo derecho romano[1], también en lo que se ha llamado derechos germánicos[2], 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 qeu 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, dandose entre ellos el derecho de acrecer cuando alguno moría sin descendencia.

1.- Biondo Biondi- *Istituzioni de Diritto Romano*, Milano 1965, pag. 282. También entre otros Torrent Armando, *Manual de Derecho Privado Romano* - Ed. Sociedad Coop. Libreria General, Zaragoza 1987, pag. 286 y 587 - También *Instituciones* de Gayo 3, 154, a.

2.- Hans Planitzs - *Principios de Derecho privado germánico*, pag. 380. Ennecerus, Kipp y Wolff - *Derecho de sucesiones* V. T. V, 1º, pag. 427 y pag. 236 del T. V, V. 2º.

En un principio el fundamento del acrecimiento creemos estaba en el señalado carácter familiar de la propiedad. De este carácter derivaba 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 de acrecimiento que, primero era propia de la comunidad de herederos, no desapareció, sino que devino en el acrecimiento en el condominio[1].

Esta evolución se ve, a nuestro 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 siendolo no lo sean en los mismos

---

1.- En el Derecho Romano fué una cuestión discutida este acrecimiento en el condominio. Fué controvertido especialmente si el *ius adcrescendi* tenía lugar en la *derelictio*. Lo admitió Scialoja, al que siguió Bonfante (*Scritti giuridici varii III* - Il ius adcrescendi nel condominio, pag. 434 y ss.) admitiendolo para el Derecho clásico, pero afirmando que en el Derecho *Justicianeo* siguió el principio contrario. El debate estaba centrado en la interpretación del Digesto, L. 3, 41, 7, Modestinus, libro VI differentiarum. Beltran 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 Vitaleri 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 Beltran 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 Beltran 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.

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.

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 Bonfante[1] 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 espontaneamente 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 Bonfante[2] 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 Goytisolo[3] y el profesor Lacruz[4], el primero

1.- Bonfante, Pietro - *Scritti Giuridici varii.* III, Milán, 1921, pag. 436.
2.- Pag. 451, op. cit.
3.- Vallet de Goytisolo, J. B. - *La compraventa* por mitades indivisas, pag. 717 op. cit.
4.- Lacruz Berdejo, José Luis - *El Consorcio Foral*, op. cit., pág. 348 y 349.

cuando dice, estudiando el acrecimiento: "¿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 fuerza 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 atractiva* 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. De todos modos 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?

Pensamos 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 creemos 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 que se hacían a semejanza de la comunidad entre hermanos.

Creemos 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 germánicos[1] y en el derecho romano[2].

En consecuencia sostenemos 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 acrecia porque se estaba en comunidad, y sólo en la comunidad de origen hereditario podía tener lugar el acrecimiento.

Por otra parte no creemos que el consorcio sea ningún tipo de sustitución. Aparte de las diferencias que hemos señalado entre ambas figuras, hay una cuestión que, a nuestro modo de ver, hace posible descartar su calificación como tal.

Se ha dicho que es sustitución fideicomisaria porque los consortes al acrecer sustituyen como fideicomisarios al consorte fiduciario muerto.

No vemos 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

---

1.- Planintz, Hans. *Principios de Derecho Germánico...* , pag. 380.

2.- Las XII Tablas habían introducido la *actio familiae haerciscundae*", pero se ignora si éstas vinieron a consagrar la costumbre en virtud de la cual los hermanos eran libres para pedir la división y así apartarse de la comunidad familiar.

caso de pluralidad? El propio Obispo Vidal[1], y también los Fueros y Observancias, lo atestigua, aunque no lo diga explicítamente, 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 fori" es un acrecimiento por disposición de la ley.

La misma postura, en definitiva, que hemos visto en Vallet de Goytisolo, en el notario cuya reclamación dió lugar a la resolución de la Dirección General de Registros, y en el profesor Lacruz, con la salvedad de la asimilación que hace con la sustitución fideicomisaria.

VIII.- MECANISMO DEL ACRECIMIENTO CONSORCIAL.

Una vez determinado, en la primera parte de este capítulo, que a la muerte del consorte sin hijos, su cuota consorcial acrecía a los demás consortes, vamos a examinar en este apartado cómo operaba este acrecimiento. Para ello, examinaremos, 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 examinaremos 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 estudiaremos si esta regla de la proporcionalidad de la cuota opera siempre.

1.- En el Derecho Histórico.

En un pasaje del Vidal Mayor[2], el mecanismo del acrecimiento consorcial, ya lo hemos puesto de manifiesto, presenta una particularidad que contradice lo por el Obispo afirmado respecto al mismo, no en un sólo lugar, sino en varios.

1.- *Vidal Mayor*, libro IV, 26, pag. 286.

2.- La particularidad a que nos referimos y que concuerda con el Fuero General de Navarra, parágrafo 18, pag. 412 y considera con derecho al acrecimiento al hermano mayor, lo del hermano y la hermana lo de la hermana. en hipótesis podría sostenerse que fué una interpolación del "scriptor" del Vidal Mayor, Michael Lupi de Candiu.

Si prescindimos de esta particularidad, que no concuerda con nuestro Fueros, y nos atenemos a los otros pasajes del Vidal en los que trata del acrecimiento, vémos que el mismo se operaba a favor de los consortes y también en el caso de que, por división de la primitiva comunidad, existieran varios consorcios, supuesta la adjudicación de uno o más lotes o "suertes" en proindivisión a dos o más hermanos, solamente acrecia a los que lo eran con el consorte muerto, "ninguno de la cormandat 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 morió sin destin, salvo ..."[1].

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, sí explica D. Vidal, ya lo hemos visto, que éstos repartirán por estirpes, no por cabezas, luego acrecerían entre todos esos nietos lo que su padre hubiera acrecido si viviera, es decir, proporcionado a su cuota.

Más parco en explicaciones se muestra Hospital[2], 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 moritur, partem defuncti habet ille qui con eo fuerit in sorte"*.

Molino[3], se manifiesta en el mismo sentido que 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 frates 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 en*

1.- *Vidal Mayor*, IV, 30 (7).
2.- Hospital, Jaime de. *Observancias...*, Observancia (6) Familia Herciscundae, Liber tertius, Titulos VII.
3.- V. sucessio, divisio y frater. *Repertorio...*, op. cit.

suo fratre, non succedit suo fratri deccedenti ante divisionen, sed tantum succedunt ei, quo ad bona indivisa alii fratres, cumquibus frater defunctus erat in sorte".

Aniñón[1] 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.

Bardají[2] 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 tio 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 tios consortes? Aqui, con apoyo en Bártolo de Sassoferrato, contesta Bardají, que sólo acrecerían los hermanos de ese nieto y no sus tios consortes.

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 entendemos que, esta solución, aunque basada por Bardají en doctrina romana, parece razonable, para no producir perjuicio a esos nietos. Entendemos que acrecerían entre ellos, para y hasta, completar la parte que le correspondería a su padre si viviera.

Portolés[3] con apoyo en los Fueros *De Communi dividundo,* y en la autoridad de Juan Perez de Patos, Bagés, Pertusa y Molino, afirma el acrecimiento consorcial a favor de los consortes sobrevivientes. Citando, al efecto, dos sentencias de 21 de enero de 1564 y de 18 de mayo de 1573.

1.- *Tratado de sucesiones intestadas,* pag. 106, op. cit.
2.- Bardaji, Ibando. *Comentarii in quatuor...,* f. 364 vº y 365.
3.- *De Consortibus,* op. cit., Cap. XVI y XVII

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, Aniñón y Molino, además de los Fueros *De Communi dividundo*, el 1°, desde "Cum vero" y el 2°, además de las Observancias *Item, si frates* (6ª) y la *Item, sicut* (14) *De consortibus*.

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 tanto del mismo grado, no son consortes con el difunto, necesitanto así para acrecer la parte del consorte muerto, 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 tios, hermanos del difunto[1]. Con el fin de marcar más la diferencia en la sucesión consorcial con referencia a la intestada, Portolés señala 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 sinfín de supuestos con el fín de poner de manifiesto la necesidad de que sea 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.

1.- Aunque Martón traduce la palabra nepotes, por nietos, creo que son los sobrinos de esos hermanos del consorte, que son nietos del causante del consorcio - por cuanto cita la Obs. *Item sicut* -(14)

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 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 *coniunctium*.

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 se admitidos según la porción que cada uno tenga", siendo la razón de esta desigualdad, dice Portolés[1], 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 tio 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 habiamos visto en Bardají, si serán admitidos los tios consortes a acrecer juntamente con los hermanos del sobrino muerto, resolviendo, que no son admitidos los tios consortes, sino que en la porción consorcial del sobrino predifunto, acrecerán sólo los hermanos de éste, que sean

---

1.- Portolés, cap. XVII, De Consortibus, op. cit.

consortes con él. Se remite Portolés, a Baldo de Ubaldis, a Bártolo 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.

Así Dieste[1], analiza el acrecimiento consorcial, con gráficos de los supuestos planteados por Portolés y otros propios, siguiendo en todo momento a este autor.

Franco y Guillén[2]: "cuando concurran 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 hemos 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 hemos seguido para el Derecho histórico, veremos, 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.

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.

1.- Dieste, Manuel. *Diccionario*, v. consorcio foral.
2.- *Instituciones*, op. cit., art. 468.

Ello es así, por cuanto existe la posibilidad para los consortes de pedir la división del consorcio, 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 el otro sin descendencia, pues es ese el momento en que se determina quien es consorte, y por lo tanto beneficiario del acrecimiento consorcial.

Consecuente con ésto, 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 antes señalada, sino también por venta que el consorte hiciere, naturalmente, con la aquiescencia de los demás consortes, a un extraño. 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 enajenar su parte consorcial el extraño adquirente de esos bienes, gana los mismos pero no sub entra en la cualidad de consorte. Por cuanto esta cualidad viene significada por dos notas esenciales, la proindivisión o comunidad y el parentesco exigido por los fueros antes, y ahora, la Compilación. Además de esta razón por la que se excluiría al extraño, está la de que el título y la causa por el que adquiere 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 tios 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.

Merino[1] opina en el mismo sentido, que acabamos de exponer, diciendo: "Ahora bien, no es nada extraño que en el consorcio-comunidad los diferentes consortes participaran con cuotas, sobre los inmuebles, desiguales entre ellos. Bien porque el ascendiente causante o donante así lo hubiere dispuesto, bien como consecuencia del mecanismo normal del derecho de representación sucesoria al participar en el consorcio hijos de hermanos, o sea, sobrinos, juntamente con los tíos, ya que aquellos habrán heredado por estirpes, en tanto que estos por cabezas. Pues bien, entiendo lógicamente que en la misma proporción en que tales consortes participen en el consorcio, participarán igualmente en el acrecimiento de la porción del consorte fallecido. Es algo que se deriva de la propia lógica institucional del derecho de acrecer".

El profesor Lacruz[2] entiende que esta forma de acrecer, 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 correspondan, teniendo en cuenta la preferencia de los hermanos sobre los primos hermanos para recibir integra la porción del hermano que fallece sin hijos".

1.- *El Consorcio Foral*, op. cit., pág. 165.
2.- *El consorcio foral*, op. cit., págs. 335 y 350

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 circusntancia 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). Entendemos, ya lo hemos dicho comentando a Bardají, que esta solución, propugnada ahora por el profesor Lacruz, nos 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 adcrescentes no la heredan del consorte muerto, sino que trae su causa del causante del consorcio.

IV.- 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[1].

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 Communi dividundo*, reguladores del consorcio, no aparecen los descendientes expresamente llamados. Llamamiento preferente que no se encuentra asimismo 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 Isábal[2] 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 inutil 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 Lacruz[3] con las siguientes palabras: "no encontramos en los textos conocidos del Derecho Aragonés ninguna disposición defiriendo

---

1.- Habiendo desarrollado el tema referente al derecho de los hijos en el Capítulo dedicado al elemento personal del consorcio, haremos ahora sólo unas breves indicaciones.

2.- Isábal, Marceliano. *Exposición*, pag. 335, op. cit.

3.- Lacruz Berdejo, José Luis. "*Derecho de sucesión por causa de muerte*", B.C.A.Z., nº 26, 1 de julio de 1967, pág. 170.B.C.A.Z., pag. 170.

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 Pelegrin de Anzano, contenido en un manuscrito que se conserva en el Museo Británico de Londres".

El Obispo D. Vidal Mayor[1], 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. De esta excepción al acrecimiento trataremos en otro momento.

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´aqueillos 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 haciendolo, la parte del consorte, al fallecer, irá necesariamente para éstos: " ... Et si alguno d´aqueillos herederos o sorteros qui recebieron aqueilla cosa non partida moriere, destinando o non destinando, ante que aqueilla cosa fuesse partida entre eillos con fermes et testigos, aqueillos deven aver la su part que devia aver aqueill qui morió si la cosa fuesse partida ante que moriesse, et no otro ninguno de la hermandat o del parentesco, *salvo si aqueill muerto oviesse fillos o otros qui descendiessen de su genoilla, quar estos heredarían aqueill dreito 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

1.- *Vidal Mayor*, Libro VI, parágrafo 18.

hijos o en general descendientes sobre los consortes, impidiendo, su existencia, el acrecimiento a favor de éstos.

b. Doctrina.

Jaime de Hospital, remitiendose a los Fueros *De Communi dividundo* afirma[1], *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 Molino[2] *unde sicut quando fratrer decedit cum filiis vel filio ante divisionem non accrescit consorti, sed filio.*

Portolés[3] lo afirma igualmente, con cita de Bagés, Pertusa y Juan de Patos.

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 manifiesta[4] y también en Jaime de Hospital[5], 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, tenuit contrarium quod bene dicebat filia quod nullo modo poterat ordinare ante factam divisionem, et sic quod ammodo 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 6ª que sólamente habla de consortes y así, dice, no pueden recibir por acrecimiento los hijos, porque no eran consortes.

1.- *Observancias...*, T. Familiae Herciscunde [4], Liber tertius, título VII.
2.- *Repertorio*, op. cit., V. abolorium.
3.- Portolés, Jerónimo. *De consortibus...*, op. cit., cap. XIV.
4.- *De consortibus...*, op. cit., pág. 73.
5.- Hospital, Jaime de. *Observancias...*, De consortibus..., Obs. (21).

Sin embargo omite la Observancia *Item, sicut* (14), que, aunque verdaderamente no tiene un texto muy claro[1], el mismo Portolés, en el capítulo I, dice, basándose en ella y en la autoridad de Pertura 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 tios en vida, luego en el mismo consorcio está el hijo que le sucede, como opina Pertusa aduciendo nominalmente esta razón en las citadas Observancias Sed pone (12) y en la Item, sicut (14), tit De consortibus. "Explicando 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. Monasterio.

El acrecimiento a favor de los hermanos consortes tampoco tenía lugar, cuando alguno de ellos habia ingresado en el estado religioso y ofrecido al Monasterio ó Iglesia su parte en el haber consorcial.

Esta excepción que existía en el Derecho histórico al acrecimiento de los consortes, está recogida en el Fuero 2 De *Familiae Herciscunde,* de la colección oficial[2], y ya constaba en el Fuero de Jaca[3].

1.- Obs. 14.- 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, nec per eos, donec divisae fuerint.

2.- S. y P., L. III: Si quis intrans religionem partem sui patrimonii, aut avalorii eidem monasterio obtulerit: et antequam cum fratribus suis dividat haereditatem patrimonii, aut avolorii, contingat eum mori: licet eo vivente, patrimonium sive avolorium non fuerit divisum inter Fratres religiosi eiusdem Monasterii per Forum partem fratris defuncti a reliquis fratribus consequantur.

3.- *Fuero de Jaca.* Molho, Mauricio, R.E., parágrafo 77. De entrar en religión. Si algun omne se dona a religion et no ha partit ab ses frayres les heredatz de son patrimoni o de son avolori et quan se rendi al orden ofri ab si qualque part li avia escayre de tota la heredat, et mort en aquest comey avantz que sien partides aqueles heredat, per for le rectors de aquel orden or el se rendi poden et deven sortir et partir los devant dites heredatz et aver ne lur part entegrament.

La disposición de bienes a favor de Monasterio, aunque con variantes en su regulación, ya consta en la Recopilación privada de los Fueros de Aragón, contenida en el Ms. 41 de la Biblioteca de la Universidad de Zaragoza[1] (que el profesor Lacruz data en el siglo XII), sin embargo en este Fuero no hace referencia al supuesto de que los bienes estén indivisos con los hermanos.

El Obispo D. Vidal, recoge ámpliamente esta distinta regulación del consorcio, cuando uno de los consortes toma el estado religioso. En el comentario a este Fuero que realiza D. Vidal de Canellas[2] hace una importante diferencia al respecto, por cuanto establece que si el hermano que entra en religión muere antes de haber partido con sus hermanos la hacienda consorcial, su parte en la misma, aunque la haya donado al entrar en el monasterio, acrecerá a sus hermanos consortes y no al monasterio, si dicho hermano no había hecho profesión, la cual se realizaba una vez pasado un año de prueba. En cambio, si su muerte acaeciera una vez pasado este plazo, y, en consecuencia, fuera profeso, su parte consorcial acrecería al monasterio.

Vemos así, que la donación que el hermano consorte realiza a favor del convento al entrar en el mismo tiene muy distinto alcance si ocurre la muerte del consorte en período de, llamemos noviciado, supuesto en el que tal donación no surte efecto y en consecuencia su parte acrece a los hermanos, o por el contrario, si la muerte le sobreviene una vez realizada la profesión, se considera al monasterio heredero.

Esta excepción la recoge también Jaime de Hospital[3] en sus Observancias, *"Item qui se cum parte sui patrimonii religioni obtulit et antequam cum fratribus dividat moritur, religiosi illius ordinis divident cum fratribus mortui "*.

En los mismos términos se expresa Molino[4] : *"Abolorii bona si fuerint indivisa inter fratres: si unus ex eis, antequam dividat dicta bona cum aliis fratribus, ingressus fuerit monasteriu et obtulerit se, y partem suam monasterio, si forte ingrediens monasterium, antequam dividat*

1.- Publicado en AHDE, II por Ramos Loscertales: 47. De homine qui reddit se ad eclesiam vel monasterium vel ordinem cum omnibus suis sine retinimento.

2.- *Vidal Mayor*, Libro IV, parágrafos 27 y 30. Este Fuero no consta en los Fueros de Aragón, Ms 458 B.N., publicado por Tilander 1.937, que solamente regula la responsabilidad del monasterio por deudas del novicio en parágrafo 217

3.- Obs. [2], T. *Familiae Herciscundae*, Liber tertius, Titulus VII.

4.- *Repertorio...*, v. abolorium.

dicta bona eum aliis fratribus, moriatur: tunc dicta portio contrigens dicto fratri mortuo in dictis bonis avolorii non accrescit aliis fratribus in seculo remanentibus; sed accrescir monasterio, ac si ipse religiosus vixisset".

Dice Molino que la razón de esta excepción bien puede ser que el monasterio ocupe el lugar de los hijos por el "favor religionis" y siendo que habiendo hijos éstos son preferidos a los hermanos consortes igual ocurre con el monasterio al que ellos pertenecen.

Igualmente, Bardají[1] con cita de Juan Pérez de Patos.

Portolés[2] sigue el criterio que venimos exponiendo. Así, exige la profesión del hermano consorte, para que pueda acrecer su parte el monasterio, pero sin ser tan explicativo como D. Vidal, que claramente determina que si acaeciese antes de ese momento no heredaría el monasterio. Invoca Portolés la autoridad de Molino y Bagés, en apoyo de su afirmación.

Sessé[3] da también distinto tratamiento, según se haya realizado la profesión del novicio o no.

Franco de Villalba[4], comentando el Fuero 2 *De Familiae Herciscunde* dice que el mismo fue tomado del Fuero antiguo de Jaca. Cree Franco de Villalba, como habíamos visto en Vidal, que para poder ser efectivo lo que este Fuero dispone es necesario que el hermano consorte haya profesado.

Asso y de Manuel[5] admiten expresamente esta excepción al modo de regularse los bienes consorciales.

Sin embargo Franco y Guillen[6] opinan que esta excepción no está vigente y en consecuencia no la hacen figurar como tal.

Sí, en cambio, la recogen Martón y Santapau[7], yMuñoz Salillas[8].

Otros autores como Blas, La Peña y Naval e Isábal omiten esta excepción.

1.- Bardají, Ibando. *Comentarii in quator Aragoensium fororum libros*, Caesaragustae, MDLXXXII, f. 365 y ss.
2.- Portolés, Jerónimo. *Tratado de consortes...*, cap. XIV, nº 15.
3.- Sessé, Joseph. *Regisque cancelarii...*, Deccision 303 y 45.
4.- *Fororum atque observantiarum Aragoniae codez*, Cesaraugustae MDCCXLIII, f. 355.
5.- *Instituciones del Derecho civil...*, pág. 132.
6.- *Instituciones...*, pág. 230, nota (b) al art. 471.
7.- *Derecho y Jurisprudencia...*, pág. 618.
8.- Muñoz Salillas, Juan. *El consorcio foral*, A.D.A., 1953-54, pág. 137.

C. 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 Portolés[1] no parecen mencionarla los autores anteriores, aunque sí la recoge la doctrina posterior, que lo hace sin los condicionantes que habia puesto este forista. Así, Franco y Guillén[2] 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".

Gutierrez[3] la recoge igualmente con cita de Franco y Guillén.

Martón y Santa Pau[4] explican esta preferencia en el sentido que hemos arriba indicado, es decir, que sustitución se limita a un diferente reparto de la cuota consorcial. Así dicen: "unicamente 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,

---

1.- Portolés, cap. XVIII.
2.- Franco y Guillén, *Instituciones*, pag. 230, art. 471.2.
3.- *Códigos*, T. VII, pag. 448.
4.- *Derecho y Jurisprudencia de Aragón*, op. cit., pág. 620.

cumpliendose 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 Judicial[1]. No, en cambio Naval y De la Peña.

Esta excepción lo que pone de manifiesto, a nuestro 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 regulación actual.

A. La existencia de descendientes.

En la regulación que la Compilación hace del consorcio aparece, al igual que se entendió en el Derecho histórico, que teniendo hijos el consorte, no tiene efecto el acrecimiento a favor de los otros consortes.

Veíamos, al tratar antes la cuestión[2], que la doctrina actual 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 adquieren la cualidad de consortes en el mismo consorcio y que se presenta la duda de si los hijos reciben los bienes del padre o bien del ascendiente causante del mismo.

El profesor Lacruz[3] presenta las dos opciones, aunque parece 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 ésto, 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 dicción 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

---

1.- *Biblioteca Judicial, Legislación Foral*, 1888, pág. 234.

2.- En el capítulo 3º de esta tesis y estudiando el elemento subjetivo, al que me remito, se estudia la problemática de los hijos. Aquí sólo la señalo como excepción al acrecimiento a favor de consortes.

3.- *Consorcio Foral*, op. cit., pág. 346.

citado artículo, se limite a prohibir la disposición *inter vivos* y la *mortis causa* fuera del circulo 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 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 abuelo, sin perjuicio de constituir consorcio entre ellos, es decir, con sus hermanos o primos coherederos de la cuota".

Si el profesor Lacruz presenta esta tesis dubitativamente, pero sin una toma de posición absoluta a favor de la misma, Merino[1] 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 tendrán, en ciertos casos, el parentesco de "hermanos e hijos de hermanos", que el art. 142 exige, ésto 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, estima 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

---

1.- *El consorcio foral*, op. cit., pág. 57

fideicomisaria admitida en principio, por ambos, como mecanismo consorcial, por cuanto en la sustitución fideicomisaria con condición *"si sine liberis deceserit"*, 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 de consorcio dentro de consorcio que complica extraordinariamente la figura, o, como sostiene Merino, una comunidad ordinaria entre estos sucesores del consorcio.

Reiterando nuestra postura, diremos que la exigencia de hermanos e hijos de hermanos, creemos, opera para el consorcio *ab initio*, pues al suceder los hijos en los bienes consorciales del padre consorte adquieren esta cualidad, como ocurría en el Derecho histórico. Sostenible esta postura hoy dĭa, principalmente por entender que, en otro caso, debia estar previsto en el artículo 142, como extinción del consorcio, la muerte del consorte. No siendo así, entendemos que los hijos se subrogan en la cualidad de consortes y sólo llevando a efecto la partición dejarán de ser tales.

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 Lacruz[1] como excepción al acrecimiento de los otros consortes. Opinión que compartimos si bien habrá que tener en cuenta, si esos bienes consorciales se dan como pago de legítima, lo dispuesto en el art. 125 de la Compilación.

X.- 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

1.- *El consorcio foral*, op. cit., pág. 337.

mismo estuviere casado, es si sobre los bienes consorciales podrá el cónyuge supérstite 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 1° 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 fecha[1], aparece en el Derecho aragonés, como pone de manifiesto el profesor Delgado Echeverría[2], 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 siempre existen y nunca tienen valor apreciable en comparación con las ventajas que la hermosa institución reporta". Así decía Isábal[3] de la viudedad foral aragonesa. Si bien, como hace notar el Profesor Delgado[2], "parte del prestigio que siempre ha gozado la viudedad en Aragón se debe a la falsa creencia en su extrema vetustez, haciendola remontarse a la fabulosa creación del reino de Aragón en San Juan de la Peña".

No vamos a hacer un estudio histórico de la institución, pero sí exponer los carácteres de la misma con el fin de ver si nos ayudan a enfocar el tema presente.

Tanto el profesor Lacruz[4] como el profesor Delgado

1.- Ver Lacruz Berdejo. *El régimen matrimonial en los Fueros de Aragón*. ADA 1946, pag. 120 y ss..
2.- Delgado Echeverría, Jesús - *La comunidad conyugal continuada en el Apéndice Aragonés* - Zaragoza 1966. pag. 223.
3.- Isábal, *Exposición y Comentario* - 1926, pag. 517, op. cit.
4.- Lacruz Berdejo, José Luis. "*Sobre algunos carácteres del Derecho de viudedad*, ADA 1946, pag. 353.

Echeverría[1] han puesto de manifiesto estos carácteres 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 Rebullida[2].

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 inistitucionalmente, dice el profesor Lacruz, es concebible la viudedad, tal como viene regulada en el Derecho aragonés histórico y vigente, como un derecho sucesorio. No es una sucesión a título de heredero 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 Delgado[3], 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, como expone el profesor Delgado, y así existe siempre que el mismo (el matrimonio) se rija por el Derecho Aragonés.

No todos lo autores han sido unánimes en calificar este derecho como perteneciente al campo de derecho de familia, ya

---

1.- Delgado Echeverria, Jesús- *El Derecho Aragonés, aportación jurídica a una conciencia regional*, pag. 126.
2.- Sancho Rebullida, Francisco de Asis - *La viudedad aragonesa*, en ADA VIII - 1955-56.
3.- Delgado Echeverria, Jesús. *El Derecho Aragonés*, pag. 126, op. cit.

que entre otros Franco y López[1] 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 carácteres señalados vamos a estudiar el tema a tratar: ¿tiene el cónyuge supérstite viudedad sobre la parte de bienes consorciales del cónyuge premuerto? Entendemos 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 difunto[2]. 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 privativos[3].

Este Fuero atribuye el derecho únicamente a la viuda, sin embargo el Obispo D. Vidal[4] ya hace extensivo este derecho a

---

1.- Franco y López - *Proyectos del Apéndice...*, (arts. 65 y 68 respectivamente).
2.- Fuero 1º De iure dotium - Defuncto viro, uxor vidua, licet ab eo filios habuerit, omnia quae simul habuerant possidebit: ea tamen vidua existente. Et licet non accipiant virum, si manifeste tenuerit fornicatorem, vel adulterum, amittat viduitatem, et dotes, ac si duxisset virum.
3.- Sancho Rebullida, Francisco de Asis. "*La viudedad foral*" ADA VIII, pag. 27.
4.- *Vidal Mayor*, libro IV, parágrafo 3.

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 quoalquiere 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 manifestament alguno adulterio o qui faga fornitio con eilla, luego deve perder todos los bienes de su viudage"[1]

También se pone de manifiesto en este pasaje del Vidal otra diferencia con respecto al Fuero *De iure dotium,* por cuanto el Fuero, como pone de manifiesto el profesor Sancho Rebullida[2], no limita la viudedad a los bienes sitios, sino que, con la expresión: *"omnia quae simul habuerant posidebit"* 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 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 aventajas 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 Lacruz[3] y cuyo origen sitúa en la

---

1.- Que este derecho a los frutos de que habla D. Vidal era un derecho de usufructo lo explica el mismo en el libro IV parágrafo 42, al explicar el derecho de usufructo, y los títulos de adquisición del mismo dice: "quoal maravilla, por la muert del marido o de la muiller se gana *usofructo por este fuero al qui finqua vivo*".

2.- Sancho Rebullida - *La viudedad Aragonesa*, pag. 29 ADA VIII.

3.- Lacruz Berdejo, Jose Luis. *El régimen...*, A.D.A., 1946, pags. 130-131. Fragmento de las Observancias In Aragonia uxor in rebus mariti, tam in acquisitis, tempore contracti matrimonii quam adquirendis durante matrimonio habet viduitatem et contra. Sed tamen tenetur uxor solvere debita viri vel deserrere viditatem. Item de mobilibus nec habet viduitatem, quod mobilia omnia que habent viri vel uxor tempore contractus matrimoni vel postea durante matrimonio sunt conmunia viri et uxoris et murtuo altero conigum dividuntur inter coiuge qui permixit et heredes vel manumissores defuncti". También coincide esta Obs. con el Vidal, en cuanto a la responsabilidad por deudas del marido y perder en esos bienes la viudedad, aunque D. Vidal lo refiere al marido (pag. 392 Vidal Mayor).

segunda mitad del siglo XIII. En ambos, la viudedad alcanza igual al marido que a la mujer y recae solamente sobre los bienes inmuebles.

Tenemos, en consecuencia, que desde los Fueros de 1247, el cónyuge supérstite 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 implican, ciertamente, una cierta 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.

Esta vinculación es la que parece oponerse, en principio, al derecho de usufructo vidual sobre los mismos.

En el Derecho histórico, Molino[1] resolvió en sentido afirmativo la cuestión, entendiendo que los bienes consorciales sí estaban sujetos a usufructo del cónyuge supérstite, *"quod sicut in hoc regno receptum est, merito licere in rebus vinculatis viduitatem uxore constituere, ita quoq; receptum est, eidem marito licere, uxori suae in rebus consortio suppositis viduitatem constituere, quia utroque casu par ratio militat, et quod propterea utroq; 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 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 estos y en los

---

1.- *Repertorio...*, v. viduitas, folios 33/332 y 332 v.

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 Portolés[1] 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 Villalba[2] presenta la cuestión con un interrogante y remite a Portolés y Aniñón, 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 Guillén[3], estiman, al igual que anteriormente hicieran 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 expresa el autor de la Biblioteca judicial[4] diciendo: "cuando se perjudicaren los derechos de viudedad, que quedarán siempre a salvo".

La misma postura adopta Martin Costea[5] citando las palabras de Franco y Gillén.

1.- Portolés. *Tractatus De Consortibus...*, cap XLVI. .
2.- Franco de Villalba - *Fororum* - op. cit. pag. 358.
3.- Franco y Guillén - *Instituciones*, art. 471.
4.- *Legislación Foral vigente en Aragón*, con prólogo Gil Berges - Zaragoza 1888 - pag. 234.
5.- Martin Costea, "*El consorcio foral*", op. cit. pag. 23.

B. Jurisprudencia.

En cuanto a la jurisprudencia no conocemos sentencia alguna que trate este supuesto, y si bien éstas han sido relativamente abundante 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 supérstite, 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 recayera viudedad foral en los bienes sujetos a sustitución. En este sentido se manifestó, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 17 de junio de 1899[1] 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 claúsula que los hace recaer, a su fallecimiento, en un tercero. Esta sentencia, sentó la siguiente doctrina: "Dados los términos literales y sentido de los Fueros *De iure dotium* 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

1.- R.D.P. nº I, pag. 276 - Sentencia comentada por Isábal y también por el profesor Sancho Rebullida en "*La viudedad aragonesa*" ADA VIII, pag. 104.

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 testamentificción 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 regulación actual.

Esta pregunta que se hace Isábal, y su contestación, parece apropiada para el supuesto de consorcio foral.

Vemos que esta sentencia 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, por cuanto termina con un sencillo acto de partición, luego depende, la vinculación que entraña, de la voluntad de cada consorte. En su mano está que los bienes queden libres o estén vinculados. Así, no parece que la prohibición de disponer pueda ser un obstáculo para el reconocimiento del derecho de viudedad del cónyuge supérstite del consorte.

No nos estamos planteando, si son consorciales los bienes que corresponden en nuda propiedad a los herederos y en usufructo al cónyuge supérstite, cuestión sobre la que la jurisprudencia ha sentado doctrina concluyente en sentido afirmativo, y que en otro lugar hemos tratado.

La cuestión es, si sobre bienes ya consorciales, ocurrida la muerte de un consorte, el otro cónyuge 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, si el consorte murió sin descendencia.

El problema se plantea en la regulación actual, por cuanto el art. 77 establece que se hallan libres del gravamen vidual los bienes sujetos a sustitución fideicomisaria, salvo lo prevenido en el art. 74. Más, como dice el profesor Lacruz[1], 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.

Alega el profesor Lacruz, otro argumento, éste más bien dentro del campo de la equidad, en favor de la extensión de la viudedad, que sería dice, "el hecho de que el consorte bien puede ignorar la norma que establece la vinculación de su cuota y creer que su cónyuge, tendrá viudedad en sus bienes consorciales y que de conocer al existencia del consorcio dividiría o liberaría el vínculo".

Si el profesor Lacruz, aunque plantea la duda que surge de los artículos 77 y 74 de la Compilación, parece bastante resuelto a

---

1.- *El Consorcio Foral*, op. cit., pág. 345.

la no aplicación del art. 77 y, en consecuencia, a admitir la viudedad en los bienes consorciales, el notario Merino[1] 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.

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, ya que, dice, su razón de ser es la misma en un caso y en otro, y así "si se niega, en la Compilación, el derecho de viudedad al cónyuge viudo del fiduciario es precisamente por el propio mecanismo de la sustitución. Porque el fideicomisario, cuando reciba los bienes fideicomitidos, lo hará trayendo su causa y título de adquisición, no del fiduciario fallecido, sino del causante originario primero (del fideicomitente), y ello a pesar de que también el fiduciario ha sido en vida propietario pleno con totales facultades de disposición (fideicomiso de residuo)".

Estima Merino que este mecanismo es prácticamente idéntico al acrecimiento consorcial, y que el consorte fallecido es una especie de fiduciario de residuo y los consortes supérstites con derecho de acrecer "son a manera de fideicomisarios (también de residuo) que suceden en la cuota acrecida directamente del ascendiente común causante originario de los bienes (fideicomitente).

Para negar el derecho de viudedad sobre los bienes consorciales, además de esta semejanza con la sustitución fideicomisaria, que haría imposible ese derecho por aplicación del art. 77 de la Compilación, el notario Merino, ve otras causas que harían incompatibles el derecho del cónyuge viudo con la figura y finalidad del acrecimiento consorcial.

Partiendo de considerar que el consorcio solamente nace cuando se tengan los bienes en pleno dominio (es decir que no existiría consorcio cuando la proindivisión versara sobre la nuda

---

1 - Merino Hernandez - *El consorcio foral*, pag. 169, op. cit.

propiedad o bien sobre sólo el usufructo), ocurriría, según Merino, que al concederse el usufructo al viudo, la parte acrecida, sólo en nuda propiedad, por los consortes no entraría a formar parte del consorcio "quedaría vinculada a una especie de doble comunidad. Solamente cuando falleciera el cónyuge viudo usufructuario podría consolidarse la cuota en cuestión con el resto de las consorciales", y, añade Merino, al no tener carácter de consorcial la cuota durante el tiempo que dure el usufructo del viudo, "cualquiera de sus nuevos titulares podría disponer de ella, sin consentimiento de los demás consortes". En consecuencia, estima que, "la viudedad del cónyuge viudo del consorte fallecido atentaría así al principio de troncalidad y a la unidad de los bienes consorciales".

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, y ello debido, a que considera que, con respecto a dicha cuota, deja de entrar en juego el mecanismo del consorcio. Y ello es así, dice, por una parte, porque no tiene lugar el derecho de acrecer del art. 142 y de otra, porque los herederos directos de esa participación serían los descendientes del consorte premuerto, los cuales, estima, no serían en ningún caso consortes con respecto a los demás hermanos o sobrinos de su padre fallecido.

Así Merino, ante la pregunta de si tiene o no derecho de viudedad el cónyuge supérstite 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 compartimos la postura sostenida por Merino y, por el contrario, estimamos que el cónyuge supérstite del consorte tiene en la cuota consorcial del consorte fallecido derecho de viudedad, tenga o no descendencia, pues la solución al problema creemos que debe ser igual en presencia o en ausencia de ella.

Estimamos, como ya hemos 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 que si bien su mecanismo puede recordar a la sustitución fideicomisaria (aunque le pongamos el apelativo de "legal" para salvar la importante diferencia, fundamental diríamos, 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 facilmente terminarse con ella, a voluntad única y exclusiva de cada consorte, mediante la división de los bienes consorciales, división que en cualquier momento puede pedir el consorte.

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, vémos 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 creía 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 vemos el caso del consorcio "puede tener absoluta facultad de disposición" sólo tiene que querer tenerla. Por eso pensamos, 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 carácteres que, siguiendo al profesor Lacruz, le hemos 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 ésto 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 doctrina[1].

1.- Entre otros Martín Ballesteros, Luis - *La viudedad Aragonesa*" B. C. A. Z. , 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 compartimos, en absoluto, por cuanto no participamos de los presupuestos de que Merino parte. Así, estimamos, ya lo hemos expuesto, que el consorcio no necesita el pleno dominio para nacer, pudiendo darse igual (si existen los otros requisitos que el artículo 142 exige), tanto cuando la proindivisión sea de nudos propietarios, que de usufructuarios, que de dominio pleno, y así, consecuente con ésto, no creemos que la cuota consorcial pierda su carácter porque el usufructuario sea el cónyuge viudo en disfrute de su derecho como tal.

En conclusión estimamos que el cónyuge supérstite del consorte muerto tiene derecho de viudedad sobre la cuota consorcial del que éste era titular en vida, operándose el mecanismo consorcial igualmente, sólo que con el gravamen que pueda suponer el usufructo vidual, es decir que la cuota acrecida pertenecería en nuda propiedad a los hijos, o, en ausencia de ellos, a los consortes, consolidandose el dominio en uno u otro caso cuando se extinguiera el derecho de viudedad.

XI.- CONFLICTO ENTRE EL ACRECIMIENTO CONSORCIAL Y EL RECOBRO DE DONACIONES EX ARTICULO 130 DE LA COMPILACION.

Veíamos que el acrecimiento consorcial según el art. 142 cede ante la existencia de descendencia: pero hay otro caso especial y éste no previsto en el art. 142 sino que deriva de lo preceptuado en el art. 130 del mismo cuerpo legal.

Dado que la Compilación establece, en el artículo últimamente citado, lo que llama recobro de liberalidades y que preceptúa en los siguientes términos: "los ascendientes o hermanos de quien fallece *ab intestato* y sin descendencia recobran, si les sobreviven, los mismos bienes que hubieran donado a éste y que aún existan en el caudal". Y también, teniendo en cuenta que con arreglo al artículo 142 el consorcio se forma al recibir hermanos o hijos de hermanos bienes en proindivisión, de un ascendiente y a título gratuito (expresión dentro de la cual se comprende la donación) surge, cuando premuere un donatario consorte, sin descendencia, al ascendiente donante, un conflicto ¿el bien donado, consorcial, acrece a los consortes como preceptua el artículo 142 o bien es

recobrado por el ascendiente donante como asimismo establece el art. 130?

1.- El derecho a recobrar por los padres donantes.

En el Derecho histórico no existía este problema por cuanto los bienes donados en vida por los ascendientes parece que no entraban a fomar parte de esa comunidad consorcial.

La reversión a los ascendientes de lo por ellos donado al hijo que le premuere, sin descendientes, es muy antigua: quizá introducida como una excepción al principio de troncalidad que parece inspirar el derecho aragonés desde sus primeros tiempos. Este principio de troncalidad tiene como postulado: el de que "la herencia no sube", es decir, que en principio, heredan sólo los descendientes y colaterales, pero no los ascendientes. Los padres, como excepción, recobran determinados bienes procedentes de ellos mismos.

Opera, pues, este recobro de donaciones como una excepción a las reglas de la sucesión intestada según las cuales a falta de descendientes, heredan los más próximos colaterales, con distinción según la procedencia de los bienes en lo que se refiere a bienes troncales y dividiendose por mitad entre ambas ramas, los bienes que no tienen ese carácter. Así los ascendientes quedan excluidos de la generalidad de la herencia. El fuero que determina esta exclusión de los padres en la herencia de los hijos proviene de la Compilación de Huesca de 1247 (F. *De rebus vinculatis*), y los padres, según doctrina generalmente admitida, unicamente consiguieron en la herencia del hijo el recobro de los bienes que a éste hubiesen donado por el Fuero 1° *De successoribus ab intestato*, dado en el año 1311.

Sin embargo, y a pesar de que el Fuero *De successoribus ab intestato* consigna, como razón de su promulgación, la injusticia que supone que no hereden los padres al hijo muerto intestado y sin descendientes, en los bienes que ellos mismos les hubieren dado. Lo que parece claramente indicar que era esa la práctica seguida. Sin embargo el Obispo D. Vidal ya parece establecer la reversión de donaciones a favor de los padres.

En efecto, en el libro VI parágrafol 18[1], al tratar de las sucesiones *"ab intestato"* dice lo siguiente: "Empero, si alguno qui

---

1.- *Vidal Mayor*, Libro VI, parágrafo 18, pág. 413.

ha algo, non por hermandat mas por donadio, et moriere sin destin, todos partrán aqueilla cosa por común, según 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 que fizo aqueill donadio aurá aqueilla cosa et no otro ninguno, la quoal cosa no es en la cosa que es partida, como cierto sea siempre que aqueill de qui vienen las cosas non vive".

Así pues, el Obispo D. Vidal claramente establece la reversión de donaciones y en ningún momento dice que para que esto ocurra han de estar las mismas vinculadas. Exige para la reversión, al igual que se estableció por el Fuero *De successoribus abintestado*: la falta de descendencia y la premoriencia del hijo donatario[1].

Aniñón fue el gran defensor de los derechos de los ascendientes sobre los colaterales en las sucesiones de los descendientes, por entender que esta exclusión era debida a mala interpretación de los Fueros, pero su postura, combatida con exito por Portolés apenas tuvo seguidores. Si bien dice, Isábal[2]: no se puede negar que en Aragón ha habido siempre una cierta corriente de opinión que miraba con simpatía la causa de los padres; no se logró con ella sino mover al legislador a promulgar los Fueros *De successoribus ab intestato*.

Del recobro de donaciones por los padres hace un encendido elogio Franco y López en las Memorias que elevó al Congreso de Jurisconsultos en 1880, lamentando no se concediese derechos sucesorios a los ascendientes: "no hay razón para que, cuando muere una persona sin tenerlos (descendientes) no se conceda un derecho semejante (derecho legitimario) a los ascendientes siendo como son tan sagrados los deberes que para con ellos tiene el que les debe la existencia. Todavía es más atendible ese derecho, cuando entre los bienes del difunto se encuentran algunos procedentes de donación que sus ascendientes la hubieran hecho; éstos deberían incuestionablemente, en mi concepto, ser devueltos a la persona o personas de quienes procedieran, aún en el caso de que no se le concediese derecho alguno sobre todos los restantes.

1.- También parece tratar en este pasaje D. Vidal, la preferencia de los ascendientes sobre los colaterales, en caso de ausencia de descendencia, para los bienes adquiridos por compra a un extraño.

2.- *Exposición y Comentario* - 1926, op. cit., pág. 343.

Nada más natural que cuando el que se ha privado de alguna cosa en favor de su hijo o nieto, le llega a sobrevivir, vuelva a recuperarla; puesto que si solamente en consideración a él se desprendió, tal vez exponiendose a privaciones de bienes que habían sido producto de su trabajo, o, de sus economías, justo es que le sean devueltos cuando ha dejado de existir la persona a quien habían querido beneficiar".

El Apéndice Foral de 1926, recogió el recobro de donaciones por los ascendientes en su artículo 37, prácticamente en los mismos términos en que hoy se encuentra regulado por la Compilación. Lo que suprimió la regulación actual, fué el recobro de los bienes transmitidos por título oneroso. Tema, éste que no hemos tratado por cuanto no interesa a los efectos del consorcio.

Los bienes que están afectados por este recobro han de existir individuaizadamente en el caudal, ya que se trata de una sucesión en bienes concretos y singulares, los mismos que se donaron anteriormente: no los que los hayan sustituido; no admitiendose, por tanto, respecto a ellos la subrogación real.

Este derecho de recobro de los ascendientes (también lo tienen los hermanos pero no nos interesa éste, por cuanto no afecta al consorcio) es personalismo y falleciendo éstos no pasa a sus herederos.

El recobro, siguiendo al profesor Lacruz[1], "es una *mortis causa capio* distinta de la sucesión universal, y del tipo de los llamados -sin excesiva propiedad- legados legales. El recobrante es un sucesor a título particular: percibe bienes individualizados, que se transmitieron a su vez anteriormente por el título singular de donación, no ocupando por tanto la posición de heredero".

Pues bien, una vez expuesto brevemente los antecedentes y caracteres de este derecho de recobro que a los ascendientes donantes corresponde según el art. 130 de la Compilación, analizaremos la cuestión concreta de como se resuelve este conflicto entre este derecho y el acrecimiento consorcial.

2.- Preferencia entre estos dos derechos.

En cuanto a opiniones doctrinales al respecto sólo aparecen, para la actualidad, el profesor Lacruz y el notario Merino, y para el derecho histórico contamos con la de Aniñón.

1.- B.C.A.Z., 1967-68, pag. 177.

En efecto Aniñón[1], quiza para reforzar su tesis de la preferencia de los padres sobre los colaterales en las sucesiones, afirma: "Los padres[2] son preferidos a los hermanos hasta tal punto, que esta preferencia procede, aunque los hermanos sean consortes, en los bienes indivisos, de los que se trata; porque aunque por beneficio del Fuero la porción del consorte, acrezca al consorte en los bienes indivisos, como aparece en el Fuero *Communi dividundo* y en la Observancia *Item, si fratres* (Obs. 6ª), título *De consortibus ejusdem rei*, sin embargo, en el campo del Fuero 2º título *De successoribus ab intestato*, que fué publicado después de dichos Fuero y Observancia prevalecerá en verdad el Fuero *De successoribus ab intestato*, como posterior,y será juzgado como más justo y más especial, y porque se funda la Observancia *Item, si fratres* (Obs. 6ª De consortibus), en el rigor de comunidad; más el texto llamando al padre, se funda expresamente en la legalidad, la cual, estando expresa, es preferida al rigor escrito".

Vemos cómo Aniñón[3] dá preferencia al recobro por los ascendientes, en aquellos bienes por ellos donados, sobre los efectos del acrecimiento consorcial. Presupone Aniñón el consorcio, es decir, que lo considera nacido, sin esperar a la muerte del, o, de los padres donantes, afectando el recobro solamente al acrecimiento de los demás consortes, y así dice, si se dan las condiciones de morir un consorte sin descendencia, los padres donatarios, en aquellos bienes objeto de la donación, son preferidos a suceder con prioridad a los consortes.

Esta tesis mantenida por Aniñón, que compartimos, es también la que propugna el profesor Lacruz para resolver el conflicto entre el acrecimiento consorcial regulado en el artículo 142 y el recobro de donaciones ex artículo 130.

Dice el profesor Lacruz[4] "prescindiendo de argumentos de carácter dogmático, el derecho del ascendiente donante prepondera sobre el del consorte, al tratarse de un interés más inmediato y justificado".

1.- Aniñón Serveto, Andrés. *Tratado de las sucesiones intestadas*. Traducido y anotado por Martón y Gavín, Joaquin, Zaragoza, 1888, pág. 63.
2.- En la interpretación de los Fueros, relativos a la materia, se discutió el significado que había de darse a la palabra parentes: si padres o parientes.
3.- De lo expuesto por Aniñón se pone de manifiesto que consideraba la donación como título para inducir consorcio, opinión ésta que no parece compartir la doctrina.
4.- *El consorcio foral*, op. cit., págs. 351 y 337.

Considera el profesor, que esta preferencia de los padres sobre los consortes acrescentes no impide el nacimiento del consorcio, que se dará en todo caso, cuando se cumplan los supuestos previstos en el artículo 142, operando el recobro ex art. 130 solamente como excepción al acrecimiento de los mismos: "yo pienso que se inicia la prohibición de enajenar, pero llegado el caso de reversión, si vive el donante, recupera la cuota del donatario en el objeto donado, e incluso -lo que supone un derecho en su favor de mayor duración que el consorte- la parte material de la cosa que hubiera recibido el consorte al dividirse ésta".

Insiste, en otro momento, el profesor, en la misma idea: "lo que se aplaza es sólo el efecto de acrecimiento previsto en el artículo 142, 1. 3º; no la prohibición de enajenar ni la sucesión de los propios hijos del donatario de cuota".

El notario Merino, sostiene en este punto una posición diferente. Diferencia, no en cuanto a la preferencia del recobro ex 130 sobre el acrecimiento, con la que está totalmente de acuerdo, sino por cuanto considera que cuando un padre dona un inmueble proindiviso a sus hijos, no nace el consorcio hasta tanto no ocurra el fallecimiento del padre donatario, en virtud del derecho de recobro que éste ostenta. Solución ésta que rechazamos, ya que contradice el artículo 142 que dispone el nacimiento del consorcio cuando los bienes son recibidos pro indiviso, por cualquier título que implique adquisición gratuita de los mismos. En el mismo sentido se expresa el profesor Lacruz: "Merino llega a pensar que ni siquiera se forma el consorcio mientras vive el ascendiente donante, solución que me parece innecesaria y contradice el artículo 142".

Merino[1] para llegar a la solución que propugna, hace un estudio comparativo entre las dos disposiciones en pugna, y después de desechar argumentos de preferencia entre una y otra en base a su especialización y colocación sistemática en la Compilación, estudia los Fueros *De Communi dividundo*, como antecedentes necesarios del 142 para sostener que una y otra disposición (la ex 130 y la ex 142) se refieren a momentos distintos, por cuanto estima que los Fueros *De Communi* exigen que los ascendientes de quienes provienen los bienes hayan fallecido, dado que de los bienes que se trata son los de abolorio y de

1 - *El Consorcio Foral*. op. cit., pág. 92 y ss.

patrimonio. Esta interpretación parece conducirle a una solución definitiva de la aparente contradicción de estas normas.

Al respecto, dice: "el artículo 130 se refiere al supuesto de padres o ascendientes vivos al tiempo del fallecimiento del descendiente donatario. En tanto que el artículo 142 debe referirse al supuesto de que tales descendientes hayan ya fallecido con anterioridad a su descendiente". "Y por eso, es preciso afirmar, como lógica interpretación de los textos legales actuales y anteriores, que cuando determinados ascendientes, padres o abuelos, hacen donación de determinados bienes inmuebles, pro indiviso, y a favor de varios descendientes comunes, el consorcio foral no se forma en tanto tales ascendientes vivan".

Reconoce Merino que esta solución que propugna parece contradecir lo dispuesto en el art. 142, si bien estima que es la única solución lógica, interpretando el texto legal vigente a la luz de sus antecedentes históricos.

No estamos de acuerdo, según ya hemos expuesto, con la posición de Merino, por cuanto estimamos que el consorcio nace automáticamente desde el momento que se dan los requisitos señalados en el artículo 142, siendo el recobro de liberalidades preferente unicamente en cuanto a lo que se refiere al acrecimiento consorcial, que solamente es uno de los efectos del consorcio, no el único.

Pero es que además no participamos de su interpretación de los textos históricos, por cuanto estimamos que, según los mismos, no era preciso la muerte de ambos progenitores para que el mismo tuviera lugar. Este argumento de exigencia de la muerte de ambos, fué empleado por Portolés para excluir la donación como título inductor del consorcio, sin embargo Portolés, se contradice repetidas veces con esta exigencia por él propugnada, por cuanto en distintos pasajes presupone la comunidad consorcial entre los hijos en vida del padre, pudiendo citar a modo de ejemplo el supuesto de permuta de un bien consorcial que los hijos consortes efectuan con el padre[1]. A más de ser doctrina constante que existe consorcio entre los hijos ostentando el usufructo sobre dichos bienes el cónyuge supérstite, lo que pone bien de manifiesto que no es requisito para que opere el

---

1.- Por ser argumentos ya expuestos no repetimos.

artículo 142, ni actualmente, ni en el Derecho histórico, la premoniencia de los padres.

En conclusión estimamos que es preferente el recobro de donaciones, ex 130 de la Compilación, sobre el acrecimiento consorcial establecido en el artículo 142 del mismo cuerpo legal, pero sin que esa preferencia afecte al nacimiento del consorcio que esta última norma establece.

CAPITULO 10°

EXTINCION DEL VINCULO CONSORCIAL

I.- LA DIVISION COMO EXTINCION DE LA COMUNIDAD CONSORCIAL.

La partición de los bienes que constituyen el acerbo de la comunidad consorcial, es hoy, al igual que en la época histórica, la única forma expresamente contemplada para extinguir los efectos del consorcio foral.

Los Fueros *De Communi 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 sufficienti secundum quod Forus est"*.

En parecidos términos se expresa la vigente 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 PARTICION EN EL DERECHO HISTORICO.

1.- Requisitos exigidos para la validez de la partición en los Fueros y Observancias.

En los Fueros *De Communi 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 validez.

Así, en los fueros 1° y 2° se exige que la división para su validez se haga constar en instrumento suficiente, *"donec divisio illarum haereditatum sit firmata cum carta sufficienti secundum quod Forus est". "usquequo determinate et divise cognoscat partem suam et quod divisio ipsa secumdum Forum cum cartis sufficientibus sit firmata"*.

El Fuero 6° del mismo título parece añadir una nueva exigencia sobre lo dispuesto en el Fuero 1° y 2°, por cuanto habla de la necesidad de fianzas en la partición: *"De particione inter germanos et sorores, si antequam dividant non fuerit firmata ipsa partitio per fidantias, bene possunt se inde extraere, usque ad tertiam vicem. Sed si fuerit partitio facta cum carta: tunc abundat"*. Sin embargo, entendemos que, dada la última parte del Fuero, parece, más bien, que la necesidad de fianza quede reducida al caso de no haberse firmado el instrumento preceptuado por el Fuero (la carta). Con lo que tendríamos, a) Que la partición documentada y firmada en "carta" es firme. b) La partición sin carta (privada) pero con fianzas, también sería firme y c) La partición realizada sin "carta" y sin fianzas podrían los consortes apartarse de ella hasta tres veces. En consecuencia que el Fuero 6° no viene a añadir una nueva exigencia, sino a regular una forma de partición privada, pero garantizada con fianzas.

La necesidad de instrumento suficiente para que sea válida la división ya se establece en el Fuero de Jaca[1], "troa que cada un dels aya sa part conoyssuda et lur partición sea firmada con carta valedera", no exigiendo, como se ve, fianza alguna, ni estableciendo la posibilidad de revocación. En las Recopilaciones de los Fueros de Aragón, la contenida en el Ms. 41 de la Biblioteca de la Universidad de Zaragoza[2], al regular la partición lo hace en sentido semejante al Fuero 6° *De communi dividundo*, si bien no exige fianzas: 103 - *De particione germanorum usque ad tertiam vicem. De partitione germanorum. Usque ad terciam vicem possunt reverti ad partitionem si prius non firmant quod semper sint in predicta partitione; et si habetur ibi carta tanto plus valet"*.

No se observa variación, en los Fueros de Aragón[3], versión romanceada contenida en el Ms. 207 de la Biblioteca Universitaria

1.- *Fuero de Jaca*, Molho, Mauricio. R.E., parágrafo 75.
2.- Publicada por Ramos Loscertales, AHDE II - 103.
3.- *Fueros de Aragón...*, transcritos por Lacruz y Bergua..

de Zaragoza, en la que, al igual que hemos visto en los Fueros *De Communi dividundo*, (aquí regulados bajo el epígrafe "De partición"), debe constar en "carta bastante" según Fuero, y concede la posibilidad de revocarla por tres veces si no se firma con fianzas.

En los Fueros de Aragón[1], contenidos en el Ms. 458 de la Biblioteca Nacional de Madrid, parece ponerse más de manifiesto que la fianza exigida era para el supuesto de partición privada entre los hermanos, que era revocable por tre veces, si no se la habían dado; pero la partición efectuada en "carta", no era revocable, ni parecía exigírsele fianza: "Partición que sea feita entre ermanos o ermanas o parientes, si ante que partan non fore firmada la partición con fiança, bien se pueden tirar d´aquella partición tro a la tercera vegada; e si fore feita la partición con cartas, abonda la partición, e di enant no s´en pueden tirar".

El que la fianza parecía solamente ser necesaria en la partición efectuada privadamente por los hermanos puede ser contradicho por la Recopilación latina de los Fueros de Aragón[2] que exigen la división, *"per cartam et cum fidanciis et testibus sit roborata"*. Introduce así, esta Recopilación, la exigencia de testigos y dando un carácter a la necesidad de fianza, superior a lo exigido en las otras Recopilaciones de Fueros. Parece, la exigencia aquí contenida, una copia del Fuero *De secundis nuptiis* referida a la división del padre con los hijos, *"divisio vere debet fieri cum instrumento público per alphabetum diviso cum fidantiis et testibus"*.

El Vidal Mayor[3] también exige, al igual que la Recopilación últimamente señalada, que la partición tiene que constar en instrumento público, con fiador y con testigos: "sea partida aqueilla part de todos entre todos por cabeça con instrumento público, et con fiador et con testigos".

También explica el Obispo D. Vidal el contenido del Fuero 6º[4], diciendo que el acuerdo de partición entre los hermanos necesita fiadores para ser firme. Si no intervienen éstos, podrá cualquiera de los hermanos pedir la revocación de lo acordado, por tres veces, excepto el que hubiera tomado posesión de la parte que le correspondió. Después del acuerdo pueden los hermanos

---

1.- Edición Tilander..., 1937, 168 - 170.
2.- Ed. Ramos Loscertales, AHDE V.
3.- *Vidal Mayor*, libro IV, parágrafo 30.
4.- *Vidal Mayor*, libro IV, parágrafo 32.

compelerse a la realización de instrumento público, para así dar seguridad a la partición, ya que una vez otorgado el instrumento público no puede ser revocada la misma. "Si entre los hermanos o cormanos fuere feito paramiento[1] de partir la heredat a la quoal eillos son clamados por heredar d´alguno qui son puyantes en la genoilla, non terrán aqueill paramiento si non fuere firmado con fiadores, la cual cosa pueden fazer Iª vetz et dos et tres, empero en la quoarta vegada que fué feito el paramiento non podrán saillir del paramiento, quoal maravilla, et si la primera vetz o la segunda o la tercera tomare corporalment alguno la possessión de su part del todo o por partida, non podrá venir después contra aqueilla partilla, ante cada uno de los que assí partieron deve ser constreynnido que tenga el paramiento, et podrá ser peyndrado que faga instrumento d´aqueilla partilla. Empero tal paramiento si fuere feito con carta, con fiador, con testigos, non podrán saillir d´aqueill paramiento. E si instrumento non fué feito, más dieron fiador de tener aqueillo, provando esto en iuditio por la confessión d´aqueill que contradize o por testigos, valdrá la partilla..."

Como vemos, explica muy claramente D. Vidal que la fianza tenía como fin impedir la revocación de lo acordado privadamente entre los hermanos. Carácter irrevocable que devenía también cuando dicho acuerdo constaba en instrumento público.

Nuevas formas para la firmeza del acuerdo particional fueron introducidas por las Observancias[2]. En efecto, la Observancia 4ª y la 10ª *De consortibus ejusdem rei*, admiten que aún realizada la particion sin instrumento público ni fianza de salvedad, por el transcurso de diez años de posesión quieta y pacífica de la parte adjudicada, es definitiva la misma. Y también lo será la división realizada privadamente si fallece uno de los hermanos.

1.- Explica D. Vidal en el Libro I - 56 - Las distintas acepciones de "paramiento".

2.- *Observantiarum Regni Aragonum.* S. y P., Libro III, Obs. 4, Item, licet Forus dicat, quod divisio inter fratres debet fieri cum publico instrumento et fidantia salvitatis: tamen de consuetudine est inductum, quod si fratres diviserint haereditates inter se et quilibet receperit et tenuerit partem suam divisam per decem annos sine instrumento et fidantia salvitatis: valet divisio, si probare potest, quod erant omnes praesentes et 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.
Obs. 10 .- Item, licét 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, licet sit facta sine carta.

2.- La partición en otros Derechos territoriales.

El Fuero General de Navarra[1], resuelve la partición entre hermanos de forma igual a como lo hemos visto en nuestros Fueros. Se exige fianza y firma de documento, pudiendo apartarse hasta tres veces de lo acordado, en el caso de no mediar firma de dicho acuerdo: "Como deven partir los hermanos heredades que han de patrimonio et como se pueden costreynir a partición ..." "... devense firmar luego los unos a los otros et dar fiadores, et fermes, assi que con aqueylla part que finquen por secula cuncta, ..." Cap. XIV - "Como et quoantas veces pueden echar suert los hermanos en las heredades que parten, et en qué manera se firman: De partición de hermanos ata tres veces se pueden tornar a partición, si ante non se firman que sean para iamas en la primera partición que primero farán ..." " ... si echan fiadores que sean de aqueyllas suertes o fermes, la primera suert valdrá para siempre iamas, et si carta fazen tanto valdrá o más.

El Fuero de Tudela[2], regula la partición entre hermanos, de manera semejante al primero que hemos citado del Fuero General de Navarra, aunque con omisiones. "Como parten bienes de abolorio - Cap. XXXV - Si hermanos con ermanos an de partir eredat o moble de patrimonio o de abolorio deven dar luego fermes los unos a los otros que quando aquella part quelende caie a cada uno se tiene por pagado o se quede pora secula cunta ..."

Como vemos, en este Fuero aparecen muy simplificadas las formalidades de la partición, no especifica si esas "fianzas" han de acompañar a la partición realizada en instrumento público o el documento privado es firme con ellas. Tampoco pueden retractarse los hermanos, en ningún caso, como vemos en los Fueros anteriormente citados.

También el Fuero Latino de Teruel[3] exige la partición con carta y testigos.

Vemos en consecuencia, que en el régimen de los Fueros, la partición era un acto con grandes exigencias de forma. Sin embargo, más tarde aminoraron estas exigencias, como vemos por las Observancias.

1.- *Fuero General de Navarra*, Libro II, Tít. IV, Cap. XIII - Cap. XIV. En las redacciones protosistemáticas, parágrafos 63 y 306 (Ms. 3) y 174 y 182 (Dresde).
2.- *Fuero de Tudela*, parágrafo 35 - Transcrito por el profesor Lacruz - Ms. 11 - 2 - 6. 406 de La Real Academia de la Historia.
3.- *Fuero Latino de Teruel...*, parágrafo 321.

No parece en este punto que el Derecho Aragonés tuviera influencia de la Lex visigothorum por cuanto, en ella las formalidades de la partición eran mínimas, exigiendo solamente la prueba de la misma por medio de testigos y sin posibilidad de retractarse. Así[1] I. Antigua: Que el departimiento que fuere fecho de las heredades una vez, que vala por siempre. El departimiento que es fecho una vez non deve seer desfecho dallí adelantre por nenguna manera. II - Que la partición que es fecha entre hermanos, que se non desfaga, maguer que non ayan nengun escripto, si puede seer mostrado por testigos.

3.- Tipo de fianza exigido para la partición consorcial por el Fuero 6° De communi dividundo.

El Fuero 6° *De communi dividundo* exigía, como hemos visto, entre otras formalidades, fianza. No dice el Fuero, ni tampoco el Obispo D. Vidal en estos pasajes a que fianza se refiere, y los autores, en general[2], opinan que ésta fianza era la de salvedad, como especifica más tarde la Observancia 4ª *De consortibus ejusdem rei*. Sin embargo, creemos, apoyándonos en lo que explica el mismo D. Vidal, al comentar el Fuero *De satisdando*[3], que la citada fianza era una mera confirmación y aseguramiento del acuerdo de partición realizado por los hermanos, pero sin posteriores obligaciones para el fiador en cuanto a garantizar la bondad de la misma. Así dice D. Vidal: "Empero fiador de iura, es assaber de sagrament dando tal iuro, si quiere de la partida, si quiere del testigo, deve cada uno ser dito abastant, quar en este caso tal fiador más es dado por nobleza que por aseguramiento, et, recebida tal fiança, enguaynno non puede aver loguar". Que no se comprometía el fiador, según los Fueros de 1247, a más de esta confirmación de pacto de partición, parece evidenciarse también por las palabras del Obispo D. Vidal, en el pasaje citado en que comenta la necesidad de fianza en la partición[4], cuando dice que si el que dió fiador quisiere revocar el acuerdo, responderán en juicio, "el tal y su fiador", de la existencia de tal acuerdo, pero sin que llegue a más la extensión de tal fianza, por cuanto ni aun de la obligación que tienen los hermanos de elevar el acuerdo, privadamente realizado, a instrumento público se responsabilizará el fiador, a no ser, dice D. Vidal, que especificamente se haya obligado a ello: "E si instrumento non fué feito, mas dieron

1.- *Fuero Juzgo* - Libro X, título I.
2.- Así Isábal, Marceliano, R.D.P., 1918, pág. 293.
3.- *Vidal Mayor* - Libro I, parágrafo 66.
4.- *Vidal Mayor*, L. VI - 32.

fiador de tener aqueillo, provando esto en iuditio por la confessión d´aqueill que contradice o por testigos, valdrá la partilla, et aqueill qui veniere contra la partilla et el fiador podrán ser peyndrados, quadaque contradixieren, que agoarden aqueilla partilla. Et encara quoal se quiere de las partidas podrá ser constreynnido de la otra partida que se faga instrumento público d´aqueillo, maguer que non fué feita mentión d´esto quando el fiador fué dado, empero el fiador non deve ser constreynnido a esto que sea feito el instrumento, si eill non se obligó specialmente a ésto".

En contra del carácter que parecía tener en la época de los Fueros la fianza exigida, y que además, creemos, no era necesaria la misma, si la partición constaba en instrumento público, como el mismo Fuero 6º *De communi dividundo* en su parte final atestigua, *sed si fuerit partitio facta cum carta: tunc abundat*[1], y D. Vidal corrobora: "Quar, el instrumento feito, el negotio es finado, porque aqueilla partilla es acabada, que quoal se quiere de las partidas con aqueill instrumento puede departir aqueilla partida". La Observancia 4ª *De consortibus ejusdem rei* habla de la exigencia de instrumento público y fianza de salvedad, conjuntamente.

A. Fianza de salvedad.

No obstante lo terminante de la Observancia 4ª, en cuanto a la necesidad de fianza de salvedad, la exigencia de ésta en las particiones que constaran en documento público, debió de caer pronto en desuso, pues Molino, al tratar de las Fianzas[2], estima que no es ésta esencial en los contratos, salvo en la donación de inmuebles: *"Fidentia salvitatis non est de substancia in contractibus, nisi in donatione rerum inmobilium; Fidantiam salvitatis bene potest quis se ipsum constituere in contractu venditionis, sed non in contractu donationis"*. Es decir que excepto en las donaciones de inmuebles en los otros contratos no era requisito esencial, siendo voluntario el prestarla y pudiendo hacerlo el propio obligado o transmitente.

Molino no define esta fianza de salvedad, ni de los textos forales se puede deducir, de un modo preciso, en que consistía, si bien dice respecto a ella: *"Fidantia salvitatis debet se salvare coram quocumque induce, coram quo fuerti imposita mala vox super illa re, super qua est fidantia, etiam si sit clericus"*.

1.- Corrobora esta intepretación que damos al F. 6º *De Communi*, la versión del mismo contenida en el Ms. 41 (AHDE, II) cuando dice, "et si habetur ibi carta tanto plus valet", contraponiendolo claramente a la partición privada con fianza.

2.- *Repertorium*, f. 139 v. fidantia.

Para Lissa[1], que trata de ella al ocuparse de la donación, consiste esta fianza en la ratificación o confirmación que hace de la donación un fiador que el donante había de presentar: *donator praestare debet fidantiam salvitatis, hoc est, fideiussorem qui ratam habeat donationem*. Este concepto que da Lissa, de la fianza de salvedad es, en nuestra opinión, el apropiado para la partición, pues, aparte de la interpretación que creemos deducir de los pasajes del Vidal Mayor citados, Gunnar Tilander, que como de todos es sabido estudió meticulosamente el lenguaje del Vidal Mayor, explicando la palabra "fermes" que figuran en el pasaje del Consorcio (VI, 18) dice al respecto: "persona que corrobora la partición de herencias entre varios herederos", y el Vidal Mayor en el libro III, 44, identifica fianza de salvedad con ferme.

Y según Dieste[2], es la obligación que uno contrae de defender la cosa objeto del contrato contra todo pleito o mala voz que se suscitare acerca de ella. Coincidiendo, así con la opinión de Palá Mediano y Molino.

Isábal[3] al tratar sobre esta cuestión, opina, que el Fuero 6° *De Communi dividundo*, se refería a la fianza de salvedad, por cuanto la misma era expresamente exigida en la donación, por el Fuero del año 1247, 3° *De fide instrumentorum*, libro IV, y más tarde por las Observancias 5ª, 6ª y 18 *De Donationibus*, siendo también la fianza exigida por la Observancia 4ª *De fideciussoribus* para las ventas.

También dice que la fianza de salvedad era una especie de evicción y saneamiento y que por eso la Observancia 1ª *De fideiussoribus*, usa la expresión *"salvare rem"*[4].

Esta fianza de salvedad, de origen germánico, al decir de Palá Mediano[5], aparece en casi todas las ventas y siempre en las donaciones, con excepción, de las otorgadas por reyes y señores y de las donaciones pias (elemosynae) y respecto a ella dice: "Parece ser, por las expresiones contenidas en algunos documentos, que la fianza de salvedad consistía en la obligación contraida por el propio transmitente, o por un tercero, de defender la cosa enajenada contra todo pleito o mala voz".

1- *Tyrocinium* - t. 1º, pag. 151 - citado por Isabal - Exposición, pag. 593.
2.- *Diccionario* v. fianzas.
3.- R.D.P., 1918, pág. 293.
4.- Isábal, *Exposición y comentario*, pag. 593, op. cit.
5.- Palá Mediano, Francisco - *"La insinuación de donaciones en Aragón"*, pag. 434 del libro Homenaje a Juan Moneva - Ed. Estudios de Derecho Aragonés - Zaragoza, 1954.

B. Opiniones doctrinales respecto a la fianza exigida para la partición.

Si bien todos los foristas coinciden en exigir el instrumento público para que la partición sea conforme a Fuero (salvo las excepciones que después trataremos), las opiniones están divididas en lo que respecta a la exigencia de fianza de salvedad.

Jaime de Hospital[1] hace mención de ella, por cuanto la Observancia 4ª *De consortibus ejusdem rei,* de la colección oficial, está tomada casi literal de la Observancia (8) que con el mismo título figura en las Observancias de este gran forista: *"Item licet forus dicat quod divisio inter fratres debet fieri cum publico instrumento et fidantia salvitatis..."*.

En cuanto a Molino si, por un lado, como ya hemos dicho, la considera solamente necesaria en las donaciones de inmuebles, por otro tenemos, que al tratar de la división de bienes consorciales[2], dice: *"Divisio bonorum inter fratres debet fieri cum instrumento et fidantia de salvitatis"*. Remitiendose al Fuero 6º *De Communi dividundo* y a la Observancia 4ª *De consortibus ejusdem rei.* Comenta Molino, que es un caso notable la exigencia del Fuero pues *"De iure "*, es valida la división, aunque se haga sín instrumento.

Con los mismos requisitos exige la partición Portolés[3]: *"Sed advertendum est, quod ad hoc ut per divisionem consortium dissolvatur, sex necessario requiruntur, quorum primum est, quod huiusmodi divisio cum instrumento publico, et fidantia salvitatis fiat, alias si ita facta non sit, consortium non dissolvitur"*. Insiste en la idea de Molino en el sentido de considerar este precepto foral como contrario a lo dispuesto en el derecho común, por cuanto en él, dice, la división no necesita instrumento público sino solamente que la misma se pruebe por medio de testigos.

Es de notar que, si bien tanto Molino como Portolés, citan como necesaria la fianza de salvedad con remisión expresa a la Observancia 4ª, ni uno ni otro, vuelven a mencionarla, ni explican más sobre la exigencia de la misma, y sí, especialmente Portolés, en cuanto al requisito de instrumento público, respecto de cuya

---

1.- *Observancias...*, T. De consortibus ejusdem rei (8), Liber tertius, título IX.
2.- *Repertorio...*, v. divisio, v. 97.
3.- Portolés, Jerónimo. *Tratado de consortes...*, cap. LII, pag. 202.

necesidad relata un dictamen por él emitido, congratulándose de lo acertado que estuvo en el mismo.

En este dictamen consideró Portolés que la división efectuada sin documento público, y sin transcurrir los diez años que la Observancia 10ª *De consortibus ejusdem rei* señala para convalidar la practicada en ausencia de él, no era válida: *"et iudicavi non valere: quoniam ad tollendum, et dissolvendum inter fratres praedictos consortium, necessarium est, divisionem ipsam cum instrumento fieri "*.

Bardají[1], dá al Fuero 6º *De communi dividundo* la interpretación que hemos sostenido y así, refiere la necesidad de fianza a la partición no efectuada en instrumento público: *"Forus disponit, quod divisio inter fratres si no fit affidatiada vel facta cum carta "*. Resalta, al igual que Molino y Portolés, que la exigencia de instrumento público que hace el Fuero es contraria a lo dispuesto en el derecho común, por lo que debe ser interpretado restrictivamente y aplicado sólo a la división entre hermanos: *"...quod dicta divisio fieri debeat cum instrumento, est cumra iuris dispositionem. Nam de iure fieri possunt divisiones sine instrumento... Ex quo sequitur, quod cum ista regula foralis sit exorbitans, quod restringenda ad casum in quo loquitur "*. Vemos, pues, que a la partición realizada con "carta", Bardají, no le exige fianza alguna.

Igualmente, Franco de Villalba[2], que al extractar y comentar el Fuero 6º, omite toda mención de fianza de salvedad, refiriendose solamente a la necesidad de instrumento público.

La Ripa[3], al tratar de la división de bienes, no menciona la fianza de salvedad, aunque hace referencia a la Observancia 4ª *De Consortibus* y a los Fueros *De communi dividundo*, diciendo que la división para estar conforme, debe hacerse mediante escritura pública porque si no es inválida.

De la misma opinión participan Asso y De Manuel[4] exigiendo instrumento público y evicción recíproca.

Franco y Guillén[5] vuelven a hablar de fianza de salvedad, pero para decir que esta fianza, tan nombrada en los Fueros para los

---

1.- *Comentarii in quator...*, folio 374 y 374 v.
2.- *Fororum atque observantiarum* - pag. 362 - ANNO MDCCXLIII.
3.- La Ripa, Juan Francisco. *Segunda Ilustración a los Quatro procesos Forales*, Ed. facsimil, Año 1772, pag. 195.
4.- *Instituciones de Dº Civil de Castilla*, op. cit., pág. 133.
5.- *Instituciones...*, pag. 231, nota a) al art. 473.

contratos, ha caido en desuso en las donaciones y ventas y añaden: "creemos que tampoco estará en uso con respecto a esta división, pues ni La Ripa ni Asso y de Manuel hacen mención de ella y unicamente hablan de la evicción recíproca, que sin duda la ha sustituido y que es lo más conforme".

Martón y Santa Pau[1], vuelven a mencionar la fianza de salvedad, junto al instrumento público.

Dieste repite las opiniones de Portolés (exigiendo fianza) y de Franco y Guillén (que creen está en desuso).

De los autores no regnícolas que han escrito sobre el Consorcio, tenemos a Gutierrez[2] que sigue a Franco y Guillén y a Sánchez Román[3] que solamente menciona la necesidad de escritura pública.

Es Isábal[4], el autor que más interés parece haber puesto sobre esta exigencia de fianza de salvedad en la partición consorcial y su posible desuso. Busca una explicación al mismo, y partiendo de la consideración de la fianza de salvedad como una especie de evicción y saneamiento, opina que la partición de bienes sufrió la misma evolución que la seguida en los contratos de compraventa. En éstos, dice Isábal, se perdió dicha fianza desde el momento en que se permitió que, prescindiendo de buscar amparo en la responsabilidad de un tercero, pudiera el comprador constituirse él mismo en fianza de salvedad, con lo que vino a traerse a la compraventa la garantía de la evicción, si no como requisito natural, sí como circunstancia accidental y estipulada del contrato. Así por una evolución natural debió de llegarse a considerar, al modo romano y castellano, la evicción como sobreentendida, aún cuando bien pudiera suceder, dice Isábal, que expresamente se pactara.

Opina Isábal, que más o menos lentamente debió de hacerse la asimilación, en cuanto a este extremo, de la compraventa y la partición, al decaer la aplicación del afianzamiento tan multiforme en los primeros tiempos del Derecho Aragonés, y al convertirse en requisito natural de la venta la evicción por la atracción del Derecho romano.

1.- *Derecho y Jurisprudencia* , op. cit., pág. 621.
2.- Gutierrez - *Códigos*, pag. 449 - T. VII.
3.- Sánchez Román, pag. 2385 - T. VI, V. 3º, Madrid 1910, op. cit.
4.- R.D.P., 1918, pag. 293.

Reproduce Isábal dos interesantes fórmulas, referidas a este extremo, del libro atribuido a Molino, *"Formulario de actos extrajudiciales de la sublime arte de la Notaria"* de 1515, en las que se observa diferencia entre la compraventa y la partición, limitándose la garantía en la primera a pactar la evicción y constituyéndose afianzamiento en beneficio de los consortes en la de partición[1].

Estas diferencias que se observan en las fórmulas, respecto a la evicción y el afianzamiento en la partición, parece que evidencian que la fianza en ésta tenía como único fin el asegurar que las partes cumplirían lo pactado, haciendoles en consecuencia responder por actos propios pero no de terceros, es decir, lo que se llama, la obligación de garantía por abstención. El desuso de la fianza en las particiones que constaban en documento público, entendiendo ésta en el sentido apuntado, pudo deberse a la influencia del principio, generalmente admitido en Aragón, de no caber la excepción de engaño contra documento público. Así, si firmado el instrumento en el que constaba la partición, no cabía impugnarlo por lesión en la partición, ni por engaño, tal fianza se hacia innecesaria.

Tal imposibilidad de excepcionar contra el instrumento, por manifiesta desigualdad en la partición, aun con engaño provocada, según Portolés[2], tiene su apoyo en la Observancia 16 *De fide instrumentorum*. Doctrina ésta sostenida igualmente por Molino[3], y Franco de Villalba respecto a los contratos en general.

1- El formulario de una escritura "de venditio común" trae una claúsula de evicción, expresada en estos términos: "E prometo y me obligo ser vos tenido de firme evicción y leal defensión de todo pleito, questión, empacho y mala voz que en dicha hora o en parte alguna de aquella os serán puestos y movidos por cualesquiera persona o personas, collegio o collegios, universidad o universidades de cualquier ley, estado o condición, sia por acto, tracto o contracto fecho por mi, o habientes derecho o acto de mi. En tal manera que si de presente o en algun tiempo, pleito, question, empacho o mala voz serán puestos o movidos a vos dicho comprador y a los vuestros, en sobre dicha hera o partida alguna de aquella que a vos vendo, prometo, convengo y me obligo a vos dicho comprador y adaquellos requerido o no requerido empararme de los dichos pleitos, question, empacho y mala voz y proseguir aquellos a propias expensas mias. Tanto y en tan largamente asta tanto que por sentencia definitiva passada en cosa juzgada, de la que no pueda seyer apellado ni de nulidad opuesto sian finidos y determinados".
En la fórmula de la escritura de partición de bienes ya aparece al margen la palabra fidanciae; y en el texto del documento se lee lo siguiente: "E quanto quiera la dicha partición sea hecha según Fuero obser. de dicho regno, los unos a los otros y viceversa cumpliendo con la disposición del fuero y Obser. de dicho regno, nos damos fianza; y en fianza de seguridad y riedra de todo lo predicho a tal que present es, el cual de su ciencia cierta y espontanea voluntad tal fianza por todas dichas partes y cada una de aquellas cosas sobre dichas se constituyó dins obligación de su persona y bienes; assí que si por alguna de vos dichas partes venir contra lo predicho a la otra y otras de nos, expensas, daños, etc.".
2.- Portolés, Jerónimo. *Tratado de consortes...*, cap. LII, pág. 206.
3.- *Repertorium*, v. deceptio, f. 89.

En cuanto a la exigencia de evicción, propugnada posteriormente por la doctrina, especialmente observada esta exigencia desde Franco y Guillén, la misma pudo ser debida a la consideración del carácter contractual de la partición, y así al igual que en éstos, exigirse, como lo hacía el derecho castellano, para los herederos, al menos desde las Partidas, evicción y saneamiento en las mismas.

4.- Excepciones a la exigencia de documento público en la partición.

El principio formalista observado en el régimen de los Fueros, respecto a la partición, se atenúa en el de las Observancias, muy posiblemente por la influencia y espíritu romanista de la doctrina. Pues si bien, el Fuero 6º *De communi dividundo* ya admitía la validez de la partición privada, si la misma se habia revocado por tres veces, las Observancias 4ª y 10ª *De consortibus ejusdem rei* van a admitir otros supuestos de validez de la partición privadamente efectuada por los consortes. Y así la Observancia 4ª admite, junto a la partición documentada en "carta", la privada, cuando los consortes, como resultado de ella, hayan poseido quieta y pacíficamente la parte adjudicada por espacio de diez años y en virtud de la Observancia 10ª, será válida la privadamente realizada si fallece alguno de los hermanos intervinientes.

A. Convalidación por muerte de un consorte.

La muerte de un consorte, ocurrida antes de elevar a instrumento público la división acordada, convalida la misma e impide que los otros hermanos, apoyándose en el Fuero 6º *De communi dividundo,* puedan pedir la revocación de la misma. Así consta en la Observancia (13) del Título *De consortibus ejusdem rei,* de Jaime de Hospital[1] recogida posteriormente en la colección oficial[2] con el nº 10 del mismo título

En el mismo sentido se expresa Molino[3], que, después de exigir el instrumento público y fianza de salvedad para la validez jurídica de la partición, agrega: *"Fallit, nisi post quam divisió est facta inter fratres sine carta, contingat unum ex fratribus mori: quia tunc divisió, quae fuit facta sine carta, fortificatur et remanet válida, adeo quod alii fratres non possunt resilire a predicta divisione "*. Molino ve

1.- *Observancias...*, L. III, T. IX.
2.- S. y P., Libro III.
3.- *Repertorio...*, v. divisio, f. 97.

esta posibilidad, señalada en la Observancia 10 *De consortibus*, como una excepción notable a lo dispuesto en los Fueros: "*casus est notabilis de hoc in observantia. Item licet*".

Portolés[1] se expresa en iguales términos, diciendo que el requisito del instrumento público no procede, cuando después de hecha la división de los bienes consorciales, muriere uno de los consortes, dado que esta muerte, dice, confirmaría la división realizada sin la forma exigida.

La validez de esta partición privada fué reconocida unánimemente por la doctrina posterior, en base a la propia Observancia que así la establece. Así La Ripa[2], al enumerar las distintas formalidades de la partición dice "...pero con todo, aún desde la primera (partición) si alguno de los interesados muriere, ya ninguno de los otros, ni los herederos de éste, podrán resistirla, ni impugnarla y queda válida, como si se hubiera hecho con todos los requisitos".

B. Por transcurso de diez años.

Otra atenuación al formalismo de la división la constituía la excepción señalada por la Observancia 4ª *De consortibus ejusdem rei*, en la que se acoge la costumbre, que sin haber otorgado escritura pública ni prestándose fianza, se considera disuelto el consorcio cuando los consortes, mediando partición privada, han poseído cada uno su parte, materialmente determinada, por espacio de diez años. Esta posesión quieta y pacífica de los bienes, hace prescribir la acción de impugnación de la partición, tal como ocurre cuando la misma consta en documento público.

Al igual que ocurría con la excepción anterior, ésta también consta en las Observancias de Jaime de Hospital[3], y sólo una diferencia distingue ésta de la Observancia 4ª de la Colección oficial. En efecto, Jaime de Hospital no concreta el plazo (como hace la Observancia de la Colección oficial), para que la posesión pacífica de los hermanos convierta la división privada en firme, y así dice: "*...et tenuerit partem suam divisam per longa tempora...*". Señala Hospital que así fué juzgado en repetidas ocasiones. Dice también que lo dispuesto en esta Observancia tiene apoyo en el

---

1.- Portolés, *Tratado de consortes...*, cap. LII, pág. 204.
2.- La Ripa, Juan Francisco. *Tratado sobre la división de bienes...*, Zaragoza, 1772, ed. facs., pág. 195.
3.- Hospital, Jaime. *Observancias...*, Libro 3º, título 9º, Obs. (8).

Fuero 3º *De Familia Herciscundae*, donde se admite la división: *"cum cartis aut aliis certis monstris"*.

También Molino[1] recoge ésta, diciendo: *"Fallit etiam, nisi post factam divisionem sine carta sint elapsi decem anni: quia tunc fortificatur talis divisió et valet, ac si fuisset fact cum carta iuxta forum"*.

En el mismo sentido se expresa Portolés[2], agregando que esta excepción está de acuerdo a lo preceptuado por el derecho común, el cual, al igual que la Observancia, considera que el plazo de diez años purifica la división, no sólo de los defectos de forma, como hace la Observancia, sino en cuanto a los posibles desequilibrios en la partición privadamente celebrada. Pero advirtiendo Portolés que, en cuanto a esta convalidación por el paso de diez años, no opera con carácter absoluto en el derecho común, por cuanto en él, aún después de transcurrido dicho plazo es posible pedir la rescisión de la misma, si ha existido grave perjuicio para alguna de las partes, no ocurriendo así en el Derecho aragonés por la equivalencia, que de la Observancia se infiere, entre la división privada por diez años mantenida, y la que consta en documento público, contra la que, como hemos visto, no cabía rescisión.

Es de notar que tanto esta excepción, como la anterior, fueron introducidas por las Observancias, ya que ni en los Fueros ni en el Vidal Mayor se encuentran las mismas. Parece ésto obedecer a una influencia del derecho común, menos formalista en este punto que el régimen de los Fueros.

También la doctrina posterior recoge esta excepción, así La Ripa[3]: "La división, para estar conforme, debe hacerse mediante escritura pública, porque sino, es inválida y podrá reclamar contra ella, e impugnarla a su libre arbitrio cualquiera de los interesados, aunque hubiere intervenido y consentido en ella; a no ser que hubieren pasado diez años después que se formó, porque en tal caso, se fortifica y debe subsistir, si en seguida de ella poseyeron las porciones que se dividieron cada uno de aquellos".

Precisan algo más, respecto a La Ripa, Franco y Guillén, porque, cómo ellos ponen de manifiesto, la división que se convalida por el plazo de diez años, efectivamente es la partición privada, pero no toda partición privada necesita el transcurso de

---

1.- Molino, *Repertorium...*, v. divisió, op. cit.
2.- Portolés. *Tratado de consortes...*, cap. LII.
3.- *Tratado division de bienes...*, 1772, pág. 195.

esos diez años para ser inimpugnable. Así no la necesita la partición privada realizada con fianza. Supuesto ya contemplado por Vidal de Canellas.

Franco y Gillén[1], dicen: art. 472. "Se disuelve el consorcio: ... 2 - Por la división de los bienes hecha sin instrumento ni fianza, con tal que todos los consortes hayan poseido su parte separadamente a presencia unos de otros y por espacio de diez años después de practicada".

En conclusión, la partición privada, sin fianzas, por transcurso de diez años adquiría la firmeza: *"ac si esset facta divissio secundum forum"*. Según dice la Observancia 4ª *De consortibus ejusdem rei*. La doctrina posterior recoge este supuesto, omitimos citarla por cuanto no aporta novedad alguna respecto al mismo e incurriríamos en una repetición innecesaria.

C. Partición por tres veces realizada.

Señala Portolés[2], como otra causa que perfecciona la partición privada, el hecho de que la misma haya sido ya revocada por tres veces. La afirmación es de perfecta lógica pues si el Fuero 6° *De communi dividundo* establece la posibilidad de apartarse por tres veces de la partición efectuada privadamente y sin fianzas, una vez agotadas las mismas ya queda perfecta como si hubiere sido escriturada en documento público.

Ya hemos comentado este Fuero 6° y expuesto los comentarios de D. Vidal al mismo. En base a ello consideramos, que la posibilidad de apartarse por tres veces de la partición, sólo era posible cuando no constara en documento público la partición o, cuando siendo la partición en documento privado, no se hubieran dado los consortes fianza (garantía) de no revocación.

Resulta extraña esta posibilidad de volverse atrás respecto a lo acordado. Esta facultad de revocación, para la que los Fueros no exigen la existencia de una causa de lesión, en la partición efectuada, parece que la hacen deducir de una mera exigencia formal. Como si la forma tuviera carácter constitutivo en la partición. Si bien, que a la cuarta vez quede equiparada a la realizada en instrumento público, no parece muy acorde con esta posición.

1.- *Instituciones*, op. cit., pág. 231.
2.- *El consorcio foral*. op. cit., pág. 204.

Esta posibilidad de revocación por tres veces tenía que crear necesariamente inseguridad, y recordemos que, según el Obispo D. Vidal, el que, fiado de la partición efectuada, hubiera tomado posesión de su "suerte" no podía retractarse, estando a merced de que otro hermano pidiera la revocación.

El Obispo D. Vidal[1] ya resalta esta inseguridad, y es por eso que señala el derecho que tiene cada antiguo consorte a compeler a los restantes para la realización del instrumento público, *"quar dreiturera cosa es que cada Iª part d´eillos pueda constreynner al otro que aya fin el su negotio, es assaber que sea feito instrumento que la una part o el fiador, (cuando este ha asumido la obligación de hacerlo otorgar), que no aya a aver miedo siempre deven ser peyndrados, et mayorment, quar aqueilla cosa podía ser daynnosa por alongamiento d´aqueill negocio, quar en ventura sería del I et del otro que passo verría que ni el uno podría peyndrar ni el otro en guisa que el uno non podría peyndrar et de guisa podria venir que el otro podria peyndrar, por ont semeillaria que el uso del fuero sería torcidero et d´aqueill fuero mismo que sailliesse el tuerto, la quoal cosa es tot siempre enemiga al dreito"*.

Esta posibilidad de revocar la partición por tres veces no figura en el Fuero de Jaca, ni tampoco en todas las versiones de los Fueros de Aragón. Así, la que consta en el Ms. 41[2] de la Universidad de Zaragoza, en la que se observa una mayor exigencia de formalismo, por cuanto exige:: "carta", fianzas y testigos para la partición, no figura esta posibilidad de apartarse por tres veces de ella, omisión debida, quizá, a que no contempla la posibilidad de partición privada, y esta revocación solamente es posible en ésta última. En las recopilacones contenida en el Ms. 41 de la Biblioteca de la Universidad de Zaragoza[3] y en el Ms. 418[4] de la Biblioteca Nacional, sí contemplan este supuesto. Así, se dice en el primero de los Ms. citado: *"De particione germanorum usque ad tertiam vicem. De particione germanorum. Usque ad terciam vicem possunt reverti ad partitionem si prius non firmant quod semper sint in predicta partitione ..."* y el Ms. 418 BN: "Partición que sea feita entre ermanos o ermanas o parientes, si ante que partan non fore firmada la partición con fiançcas, bien se pueden tirar d´aquella partición tro a la tercera vegada ..."

1.- *Vidal Mayor*, libro IV, parágrafo 32.
2.- Ramos Loscertales. AHDE ,V.
3.- Ramos Loscertales. AHDE, II, 103.
4.- *Fueros de Aragón*, Ed. por Tilander 1937, 170.

Vemos, en consecuencia, respecto a la forma exigida para la partición que ponía fin al consorcio foral, que, si bien para la misma se exigía forma pública, este formalismo vino a estar bastante atenuado por las excepciones que a este requisito establecieron los mismos Fueros y sobre todo las Observancias. Y así parecen un tanto exageradas las afirmaciones de D. Pascual Comín[1] (en su informe al Congreso de Jurisconsultos de 1888), referentes a las formalidades que exigía la partición para disolver el consorcio. Ve en ella, este autor, uno de los inconvenientes del mismo, y un apoyo a su repulsa. Comparando estas formalidades con las exigidas para dar fin a la sociedad conyugal prorrogada, se expresaba en los siguientes términos: "En aquella sociedad entre los herederos del cónyuge premuerto y el sobreviviente, cualquiera de los partícipes en los bienes de esa sociedad o de los socios, puede terminarla facilmente con un acto, sea el que fuere, de su libérrima voluntad, sin que mientras subsista, dejen de ser dueños verdaderos de sus cosas; al paso que para deshacer el consorcio, se exigen tales solemnidades, tan unánime voluntad de los consortes, que siempre es difícil y a veces imposible su conclusión". Evidentemente exageraba.

III.- QUIEN PUEDE PEDIR LA DIVISION

No dicen los Fueros quien pueda pedir la división, ni establecen reglas respecto a si ha de haber unanimidad en pedirla, o bien, ser por acuerdo de la mayoría de los consortes. Y ante esta ausencia, no parece muy aventurado suponer que esta petición podía ejercitarla cualquiera de los consortes, y ante ella, ser obligatorio para los demás llevarla a cabo, sin necesidad de mayoría que consintiera, ni menos unanimidad.

Tampoco regulan los Fueros de Huesca de 1247, ni antes el Fuero de Jaca, si incurrían en responsabilidad los consortes que, ante la petición de dividir de uno de ellos, se negaran a efectuarla o dilataran la misma.

El Fuero General de Navarra contiene, en cambio, una regulación más detallada al respecto, si bien no llega a establecer sanciones para el que no acuda prontamente, como hace el Fuero de Teruel, el de Cuenca y otros de su influencia. Aunque dentro

---

1 - Pag. 9 del *Prólogo* de Martón y Gavin, a la traducción del "*Tratado de Consortes en una misma cosa*" de Portolés, op. cit.

del término, que el Fuero General de Navarra[1], emplea de poder "peyndrar" al consorte que se niegue a efectuarla puede estar implícito una penalidad, por no avenirse a hacer la partición voluntariamente, y que, quizá, al menos, podía suponer que en este caso tuviera que efectuarse ante la autoridad competente.

El Fuero General de Navarra se expresa así: "... et a esta partición deven ser todos delant; et si alguno de la hermandat, estando en la tierra non quisiere venir, dévenlo peyndrar los otros hermanos, o que firme, o que parta".

En estos mismos términos se expresa el Fuero de Tudela[2]. El Fuero Latino de Teruel[3], no sólo establece el derecho de cada coheredero a exigir de los demás la división de los bienes sino que prevé una multa para el que se oponga a la misma:: *"Quod heredes dividant cum alteri eorum placuerit: Item mando quod omnis particio fiat post mortem parentis, quando uni heredum placuerit iuxta votum. Et si quis heredum dividere noluerit et ei probatum fuerit, pectet cotidie X solidos judici et alcaldibus et quereloso donec ut forum est parciantur"*.

Naturalmente, en la misma linea se situa el Fuero de Cuenca[4]: *Quod heredes dividant cum alteri eorum placuerit.- "Particio fiat post mortem parentis, quando uni heredum placuerit. Siquis hoc facere noluerit, pectet cotidie decem aureos alcaldibus et quereloso donec parciantur, si testibus hoc firmare potuerit"*.

Como vemos, en estos dos Fueros citados la multa se impone a favor del alcalde y también para el que demanda la partición, a modo de indemnización por los perjuicios que la tardanza de la misma pudiera ocasionarle.

1.- Supuesto de ausencia de algún consorte.

A. En los Fueros.

Los Fueros *De Communi dividundo* al tratar de la partición entre hermanos, no parecen prever el caso de que, queriendo los consortes llevar a cabo la partición, alguno de ellos esté ausente de la tierra[5]. El Obispo D. Vidal, sin embargo, sí trata este

---

1.- *Fuero General de Navarra*, II, IV, XIII. En la redacción protosistemática, parágrafo 63 (Ms. 3) y 174 (Dresde).
2.- *Fuero de Tudela*, Ms. de Academia de la Historia, 35, transcripción del profesor Lacruz.
3.- *Fuero Latino de Teruel...*, 334.
4.- *Fuero de Cuenca...*, 10.26.
5.- Pues si bien, el Fuero *De privilegio absentium causa Reipublicae*, de la Compilación de Huesca, regula el suspuesto de ausencia, motivada por "causa Republicae", no se contiene en él normas que indiquen quien va a representar al ausente y, como expone Sopena, (La

supuesto, si bien, más parece referirlo a la partición efectuada entre los hijos y el progenitor supérstite. Dice D. Vidal: "Et si ad aqueillos fillos luego non podiere faillar, luego deve yr a la cort el padre o la madre qui bive et deve demandar affincadament que mande fazer aqueilla partilla et que la cort reciba la part que fuere d'aqueillos hermanos... si cort no ha en aqueill loguar o non quiere la cort que esto sea feito, deve clamar testigos ante los vezinos, et, si ser puede, con público instrumento faga aqueillo..."[1]. Esta forma de proceder en la partición, aunque, como decimos, D. Vidal lo refiera a la partición con los padres, el final del comentario es una clara explicación del Fuero 7° *De communi dividundo*, lo que hace que pensemos que este procedimiento lo señalaba para ambas particiones.

B. En otros Derechos territoriales.

El Fuero General de Navarra y el de Tudela regulan el supuesto del ausente y ambos son coincidentes en este punto[2]. "Et si algunos de los hermanos ay fuera de la tierra, que non pueda ser, ni uviar a esta partición, deven los hermanos partir pora si et para él su part drechurerament et poner fermes et fiadores por si et por eyllos los unos a los otros; et deven tener esta part de lur hermano quita sines embargo ninguno ayno et día, et otrossi, lures partes. Et si por aventura aqueyll lur hermano viene antes de ayno et día, et non se tiene por pagado desta partición, dévese todo bolver et partir de cabo, et si passa ayno et día que non viene aqueyll hermano, pueden fer cada uno lur pro daqueyllas lures partes; mas la part daqueyll hermano deve ser acomendada ad algún deyllos, assi que la tenga quita senes embargo para aqueill hermano quoando viniere ..."

---

ausencia en Aragón, R.D.P., 1955, pag. 985 y ss.) lo que preocupa en este Fuero es que el ausente no resulte perjudicado por tal servicio.
En cambio el Fuero *Ut fratres*, promulgado en 1549, si se preocupa de fijar quien sustituye al ausente, si bien, parece que el alcance de esta sustitución no es suficiente a efectos de representar al consorte en los actos particionales, por cuanto las funciones del apoderado son de administrador de los bienes del ausente, no teniendo poder de disposición sobre ellos. Igual acontece con las facultades que, en virtud de la Observancia 27 De jure dotium tenía la mujer del ausente.
Lo más probable es, como sostenía la doctrina posterior, que se llamase a los parientes más próximos para que presenciaran la partición, teniendo el ausente, si su no presencia era debida a servicios prestados al Rey, la posibilidad de impugnar la misma a su vuelta si la consideraba lesiva a sus intereses, dado el carácter de privilegio y protección que el Fuero *De privilegio absentium*, implicaba.

1.- *Vidal Mayor*, IV, 33
2.- *Fuero General de Navarra* II, IV, XIII. *Fuero de Tudela*, 35.

El Fuero Viejo de Castilla, para el caso de ausencia de un heredero que tenga que entrar en la partición, regula algo semejante a lo que hemos visto en el de Navarra, si bien el Fuero Castellano no lo concreta a la partición entre hermanos, sino que lo refiere al supuesto de que el padre o madre viudos quieran partir con los hijos o, en ausencia de ellos, con los parientes. Creemos oportuno traerlo aquí, por la estrecha, conexión existente entre ambos tipos de partición hereditaria.

Así como veíamos que en el Fuero de Navarra se llevaba a cabo la partición y para la firmeza de la misma debía de esperarse al plazo de un año, pero no se determinaba si durante este plazo había que hacer gestiones en busca del hermano consorte. El Fuero Viejo de Castilla[1], regula con minuciosidad éstas: "Esto es Fuero de Castiella antiguamente, e de Burgos: Quando marido y muger viven en uno e muer despues el uno qualquier dellos, e an fijos en uno e aquel que finca vivo, quier eredat sua partición a los fijos o a los agnados, o a los parientes mas propinquos del muerto, e non save dellos, nin los puede fallar, devel decir a los Alcalles dó son moradores, o dó an suos algos, quier mueble o raiz, que él está presto para dar sua partición a aquellos parientes mas propincuos, que la deven aver, si la viniessen tomar; e los Alcalles del logar deven escrebir todos los bienes e darles sua carta de emplaçamiento, si fueren en el señorío del Rey de Castiella, e si los fallare, develos aplaçar por aquella carta quel lieva ante los Acalles del logar o ante otros omes bonos, dó los fallare, diciendo, que fulan suo pariente es finado, de quien ellos deven eredat, e que los Alcalles del logar, onde él era morador le emplaçan que vengan o embien tomar sua partición a aquel logar, dó era morador el muerto, e a y suos bienes: e si la tierra es aquende los puertos, devenle dar treinta días de plaço a que venga, e si fuer aplaçado ansi como dicho es, seyendo en la tierra, e non veniendo a los plaços, los Alcalles del logar deven escrebir el día del plaço, a que ovo de venir, si fuer fallado, e aplaçado, e si no fuer fallado en la tierra, nin aplaçado, devenle dar plaço fasta un año, e devel atender aquel, que tiene los bienes fasta en aquel plaço, e deve endereçar, e guardar las lavores, e los ganados a costa de todos: e deven ser pregonados tres veces a que vengan tomar sua partición, e si vinieren a qualquier de estos plaços, seyendo en la tierra, o fuera de la tierra, ansi como sobredicho es, el que tiene la buena develes dar

---

1- *Fuero Viejo de Castilla...*, 5, 3, XV.

toda sua partición de toda la buena que les dejó el muerto a la ora, que finó, e las ganancias, si algunas y a fechas en todos estos bienes fasta aquel tiempo de los emplacamientos. E si a los placos non vinieren o non embiaren a tomar sua partición derecha de los bienes que fincaron en suo poder a la ora que finó el muerto, de muebles, e de raices, mas nol pueden demandar ninguna ganancia, que fuese fecha con aquellos bienes fasta el tiempo, que los vienen demandar pasando los plaços, nin él non es tenudo de responderles por ganancia que fiço después de los plaços"[1].

Aunque, como hemos dicho, la Compilación de Huesca al tratar de la partición entre hermanos consortes, no contiene reglas específicas exigiendo la presencia de todos los consortes sí lo hace la Observancia 4ª *De consortibus ejusdem rei*, y la necesidad de ello se infiere además de los propios textos, especialmente de los que regulan la división de bienes entre el padre y los hijos, cuando se va a proceder a la división de la comunidad conyugal. Regulada ésta en el Fuero 1º *De Secundis nuptiis* y también en el Fuero 8 *De Communi dividundo*, y así es mantenido por la doctrina.

C. Doctrina.

La necesidad de que todos los hermanos estuvieren presentes en las operaciones particionales, es lo que hace decir a Portolés[2] que si alguno estuviera ausente, debe citársele por proclamas y en el supuesto de que no compareciera, se cita a sus parientes más afines para que asistan por él y defiendan sus intereses, o, al menos, dice, se nombre por el Juez un curador para que intervenga en su nombre y cuide de sus bienes. En estos términos, considera Portolés que seria válida la partición.

La necesidad de que todos los consortes estén presentes la mantiene la doctrina por unanimidad. La omisión de uno sólo, dice La Ripa[3], sería bastante para anular la división.

Franco y Guillén[4] repiten las exigencias señaladas por Portolés, y así dicen: "para la validez de la partición, se debe citar

---

1 - Esta explicación que hace el Fuero Viejo sobre las ganancias obtenidas con la parte del ausente y cuando tiene obligación de darlas al consorte, parece tener relación con el Fuero 7º *De communi* y las Observancias 7ª *De consortibus*, y única *De negocios gestiis*. El profesor Lacruz (en pag 123 *El Régimen matrimonial*. ADA, 1946) dice que este Fuero 7º no es auténtico, en el sentido de no pertenecer en su origen a la Compilación de Huesca, al derecho vigente en territorio aragonés.

2- Portolés. *Tratado de consortes*..., cap. LII, pág. 207.

3 - La Ripa, *Tratado sobre división de bienes* - Zaragoza 1796, pag. 208.

4 - Franco y Guillén *Instituciones*..., pág. 232.

a los parientes más próximos para que la presencien o bien que por el Juez se nombre curador al ausente para este efecto, como ya indicaba Molino para el Derecho histórico". Citan estos autores la necesidad de convocar al ausente por medio de pregones, si bien no sabemos si efectivamente esta era la costumbre o si lo mencionan por haberlo dicho Portolés, quien se basa en doctrina castellana cuando esta afirmacion.

También Martón y Santa Pau[1] se expresan en parecidos términos que Portolés y Franco y Guillén, exigiendo para la validez de la partición, en este supuesto, "que previa citación y sin comparecencia, se cite a sus cognados y afines para que lo representen, o bien se pida al juez que le asigne curador que evite fraudes y perjuicios, y así dándosele por debidamente representado, valdrá la división".

En el mismo sentido la generalidad de la doctrina.

2.- Supuesto de menores de edad.

En el Fuero 8º *De communi dividundo* y el 1º *De secundis nuptiis* se hace referencia expresa al supuesto de existencia de hijos menores de edad, regulando estos Fueros quienes deben estar presentes, en orden a completar al capacidad de los mismos, a los efectos de que la partición sea válida. El Fuero *De secundis nuptiis* manda llamar a los parientes más próximos: " ... *vocatis proximioribus parentibus filiorum primae uxoris ex parte matris, ipsisque paresentibus debet dividire fideliter omnia bona ...*"

El Fuero 8º *De Communi dividundo*, habla de intervenir los cabezaleros y también de la posibilidad de que sea el abuelo el que realice la partición: "*Si filius remanserit puerulus et postea veniat ad perfectam aetatem et querierit partem de mobili aut inmobili sui patris, de his quae sunt in praesentia habebit partem sui patris; ... et si cabeçalarii volunt partire, possum partire et si avus partitur pro suis nepotibus et acceperit partem filiorum actorizando, valevit et habebit stabilitatem*".

Este Fuero 8º *De communi dividundo*, según manifiesta el profesor Lacruz[2], "es anterior a 1247, figurando ya en el Fuero de Estella, con una redacción más perfecta, e incorporándose a los Fueros de Aragón, posiblemente en tiempo próximo a las

---

1.- Martón y Santa Pau. *Derecho y Jurisprudencia...*, pág. 622 y 590.
2.- *El régimen matrimonial*, pag. 138, op. cit.

ediciones impresas del volumen Foral". El Fuero *De secundis nuptiis*, por el contrario, ya figura, con parecida redacción, en el Fuero de Jaca[1].

En consecuencia con estos Fueros, vémos, que para la partición consorcial, han de estar presentes todos los consortes. Los mayores de edad concurren sin asistencia alguna y los menores representados por los más próximos parientes por la linea del causante (o asistidos por ellos, si tienen más de catorce años) salvo que el causante mismo haya designado las personas encargadas de representarlos y asistirlos.

Posteriormente, esta exigencia señalada en los Fueros, de convocar a la partición a los más próximos parientes, dejó de observarse, pues La Ripa[2], no cita a los familiares como necesarios en la partición. A más de la necesidad, ya antes señalada, de que tienen que estar todos los herederos presentes: "El desprecio de uno anularía la división". Para el supuesto de existencia de menores, prevé la presencia de tutores testamentarios, o de curadores, si el menor tiene más de 14 años. Señalando que tanto los tutores como los curadores, deberán cuidar de los derechos de los menores, y si así no lo hicieren, aparte de la responsabilidad en que incurrirían por su negligencia, los menores podrían impugnar la partición realizada[3].

Considera La Ripa que la presencia de tutores y curadores de los menores hace innecesaria la sanción judicial de las operaciones particionales, si bien aconseja que se efectúe, para evitar "discordias y pleytos".

Según Isábal[4], esta exigencia de convocar a los más próximos parientes a la partición "ni la consignan los tratadistas ni está en uso". Quizá Isábal, al hacer esta afirmación considera que estos parientes no representan ni asisten al menor por ser sin duda práctica más seguida el nombramiento de tutor, para el menor de catorce años, o curador, para el menor mayor de esa edad.

1.- *Fuero de Jaca*. Molho, Mauricio R.E., 40.
2.- *Tratado de la división de bienes*, pag. 208 - Ed. 1796.
3.- Ya Sessé, (Decisión 288) decía, "en esta materia el Juez debe ser severo y riguroso y no benévolo ni blando para los tutores y únicamente moverse por los merecimientos, para que no se haga, de otro modo, reo de culpa y quede obligado a reparar el daño, tanto en el fuero, judicial como en el de la conciencia, que ocasionará por su negligencia.
4.- *Exposición y comentario*, op. cit, pág. 507.

Si los herederos (en este caso consortes) son mayores de edad, ellos sólos y todos serán convocados y si hubiere entre ellos alguno menor de edad, es indudable, dice Isábal, que habrá de proveersele de la debida representación conforme a derecho.

Franco y Guillén[1] no hacen mención del supuesto de la existencia de menores al tratar de la división consorcial, quizá por considerar que a la misma se le aplican las disposiciones de la división de la comunidad conyugal.

Martón y Santapau[2], en la necesidad de nombrar tutores o curadores si hay algún menor, sigue fielmente a La Ripa.

En los términos expuestos se expresa la doctrina posterior, exigiendo para la validez de la división la presencia de todos los consortes, teniendo que ser los menores debidamente representados o asistidos.

IV.- CAUDAL PARTIBLE Y MODO DE HACER LA PARTICION.

1.- En los Fueros y Observancias.

El Fuero 7º *De Communi dividundo* excluye, de los bienes que van a formar el caudal partible, lo adquirido por el consorte con independencia del acervo consorcial, estos bienes debían ser propiedad exclusiva del consorte y, en consecuencia, no tenía que repartirlos con los demás consortes. "*Si unus fratrer ante divisionem paternorum bonorum ex ipsis bonis aliquid acquisierit 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*". Así, si en la segunda parte excluye cierto tipo de bienes, en la primera determina que los hermanos están obligados a darse mutuamente participación de lo que adquirieren por razón de los bienes indivisos.

Este Fuero se completa con la Observancia 7ª *De consortibus ejusdem rei* y la Observancia única *De negotiis gestis*. Así la primera pone una limitación al Fuero 7º *De communi dividundo*, al establecer que si uno de los consortes posee por largo tiempo los bienes que a él y a sus hermanos pertenecen proindivido, éstos no pueden pretender participación en los bienes que él hubiera aumentado,

---

1.- Franco y Guillén - *Instituciones*, pag. 232.
2.- *Derecho y Jurisprudencia de Aragón*, op. cit., pág. 622 y 590, .

sino únicamente tienen derecho a pedir lo que perteneciera a cada uno de la primitiva parte indivisa: *"Item si unus ex fratribus teneat bona sua et aliorum fratrum pro indiviso et tenuerit per longum tempus et infra dictum tempus lucratus fuerit aliqua, non poterunt alii fratres petere partem illorum bonorum, quae fratrer lucratus es, sed tantum partem eos contingentem in bonis communibus quae teneat fratrer, et non id quod lucratus fuit, vel lucrari potuit cum parte eos contingente"*. Igualmente la Observancia *De negotiis gestis*, establece que el hermano que tiene los bienes comunes indivisos, no tiene obligación de repartir con los otros hermanos lo que con ellos hubiere ganado. *"De consuetudine Regni, si unus ex fratribus teneat bona sua: et fratrum suorum pro indiviso: vel indivise tenuerit per longum tempus, et infra dictum tempus lucratus fuerit aliqua, non poterunt alii fratres petere partem illorum, quae fratrer lucratus est: sed tantum partem eos contingentem in bonis quae tenet fratrer, et non illud quod lucratus fuit, vel lucrari potuit cum parte eos contingente"*.

Como vemos por las disposiciones citadas no hay identidad entre los preceptuado en el Fuero y las Observancias, pero tampoco contradicción. En el Fuero se establece que el consorte ha de partir con sus hermanos las ganancias obtenidas con los bienes consorciales, mientras que las Observancias especialmente la 7ª *De consortibus ejusdem rei*, excepciona de este reparto las ganancias si el hermano poseyó por largo tiempo esos bienes indivisos. El problema se presenta respecto a qué momento, o qué plazo de tenencia se ha de tener en cuenta para incluir o no las ganancias en la partición.

2.- Doctrina.

Molino[1] utiliza la expresión "longum tempus" para excluir de reparto las ganancias, pero sin más precisión, remitiendose a las Observancias citadas y al Espéculo.

Portolés[2], viene a concretar esa expresión de *"longum tempus"*, diciendo que solamente está el consorte eximido de repartir las ganancias obtenidas con los bienes consorciales a partir de 10 años de la posesión de los bienes. Lo lucrado con anterioridad a este plazo habrá pues de incluirse en el capital partible.

Los autores anteriores no parecen preocupados por conciliar este Fuero y Observancias, ni tratar desde qué momento se

1.- *Repertorio...*, v. divisio y v. frater.
2.- *Scholia...*, v. frater.

entiende que las ganancias debe de ser excluidas de partición. ¿se consideraba, quizá, por similitud con la división de la sociedad conyugal prorrogada que entraba en la partición todo lo obtenido hasta efectuada la misma? No es fácil ésto dada la existencia de la Observancia.

Franco y Guillén[1], en este punto se limitan a reproducir el Fuero y las Observancias citadas. Martón y Santapau[2] prescinden de lo preceptuado en el Fuero y excluyen de la partición las ganancias obtenidas con los bienes consorciales cuando éstos fueran poseidos por un consorte, "sea cualquiera el tiempo que posea".

Isábal[3] considera que las Observancias establecen una ampliación del derecho establecido por el Fuero. Esto confirma, dice, lo que ya dicta el buen sentido, esto es, que para que se dé lugar a la declaración de las Observancias se requiere que el hermano que hace la adquisición o logra el aumento, sea el que posea materialmente los bienes indivisos: si todos los poseyeran no podría darse el caso. No determinan las Observancias, continúa Isábal, la duración del tiempo que haga posible y justa la aplicación de su disposición: es cuestión de apreciación que en último extremo habría de resolverse, previo conocimiento de causa, por los tribunales.

Ciertamente que la Observancia parece contemplar un supuesto especial en que los bienes consorciales los posee un solo consorte sin intervención de los otros, sea por ausencia, sea por cualquier otra causa que implique desatención de los mismos, y entonces niega la Observancia a éste el derecho a lo que con su parte han ganado los otros. Pero fuera de este supuesto, digamos, inusual, la comunidad consorcial era una comunidad dinámica, como se desprende de los diplomas existentes, en la que los hermanos adquirían bienes y también vendían o donaban a nombre de todos. Por lo tanto el caudal partible era todo lo existente como activo y pasivo de esa comunidad si los hermanos consortes trabajaban a consuno en la misma.

1.- *Instituciones...*, op. cit., Art. 469.
2.- *Derecho y Jurisprudencia de Aragón*, op. cit., pág. 621.
3.- *Exposición y Comentario*, op. cit., pág. 382.

V.- MODO DE HACER LA PARTICION Y CONDICIONES DE LA MISMA.

En cuanto al procedimiento que se utilizaba en la época de los Fueros para adjudicar a cada consorte la parte concreta que le correspondía en la comunidad consorcial, parece que era el de dividir los bienes de ésta en "suertes" o lotes y mediante sorteo entre ellos se adjudicaba la parte concreta y determinada. Esto, si la comunidad consorcial estaba integrada sólo por hermanos y todos concurrían por igual; en caso de que hubierse fallecido uno de los hermanos, teniendo descendencia, la "suerte" correspondiente al padre, la dividirían estos descendientes entre sí.

Esta manera de determinar la parte no parece expresamente establecida por los Fueros, es posible que esta omisión fuera debida a una práctica constante que no necesitaba legislarse. Así, con frecuencia se encuentra en los diplomas referencias a esta forma de partir los hermanos[1]. Un documento del siglo XII nos muestra este sistema. Se trata de la partición del soto de Murillo de las Limas entre el Rey con los vecinos de Murillo, de una parte, y la Iglesia de Sta. María de Tudela y el Monasterio de Sta Cristina de Somport de otra. En el documento vemos como la partición se hace *"per sortes, sicut fratres partemt suam hereditatem"*.

El Fuero General de Navarra, regula esta forma de partir[2]: "si echaren suertes los unos a los otros, et si echaren suert conoscida, tanto vale como de ventura". Parece señalar dos formas, aquella en la que se efectua sorteo de la "suerte" y otra por la que se adjudica la "suerte" directamente.

Este sistema de sorteo no es mencionado por La Ripa en su Tratado de división de bienes, quizá por ser una forma convencional de actuar los herederos y no una forma obligatoriamente establecida.

1.- Lacarra, Jose Mª. *Documentos navarro-aragoneses*, AHDE, 1947, pág. 340-347 (a. 1150-1194). "In Dei nomine. Hec est carta et memoria de illa partitione de illo soto de Murello, quod partierunt mandamento regis Sancii Navarre. Partierunt illo sotor de Murello quem dicunt de Aliacira quanto erat pro pane sic: quoc rex cum vicinis habuit medietatem et inter Sanctam Mariam et Sactam Christinam habuerunt aliam medietatem, et fuit sic quod de illo sendero del cañar ad iusso remansit ad Sanetam Mariam cum Saneta Christina, et de parte superiori remansit regi et vicinis. Hec partitio facta fuit per sortes, sicuti fratres partent suam hereditatem, et placuit utrique parte, et fuit ibi talis conditio quod quamtumcumque tulerit aqua, aut regi cum vicinis aut Sancte Marie et Sancte Christine, quod alis pars emendet quantum aqua tulerit.

2.- *Fuero General de Navarra*, II, IV, XIV. En las redacciones protosistemáticas, parágrafos 306 (Ms. 3) y 182 (Dresde).

FACULTAD DE DERECHO BIBLIOTECA ZARAGOZA

1.- Delimitación de los bienes adjudicados.

La partición efectuada había de tener como requisito que las partes adjudicadas estuvieran perfectamente deslindadas y confrontadas. La operación de deslindar los bienes que entraban en cada suerte o lote era así una operación necesaria y fundamental, para terminar con la indivisión. Por medio de esta operación la cuota consorcial se convertía en bienes concretos y determinados. Si antes de las operaciones particionales tenían los consortes un derecho abstracto a los bienes que formaban el consorcio, ahora tienen ya un derecho in concreto aplicado especialmente a los bienes que les hayan correspondido. Solo así, tendrán su parte conocida y determinada.

Que las operaciones particionales terminaban en el deslinde y el amojonamiento, es una afirmación de puro sentido común, pues la misma individualiza y concreta el bien adjudicado. En algunos Fueros medievales, por ejemplo en el Fuero de la Novenera[1], trata de los mojones que se colocan para delimitar los bienes adjudicados en la partición entre hermanos y la calonia que se imponía al hermano que los alterara: "De hermano que vayan partir heredat ninguna que sea de patrimonio, si mugas fincan, aqueillas son testimonias, et si alguno d´estos las ranca et si l´otro li puede provar con dos hermanos o con hombres dos, por cada nuga que ranque deve peytar V sueldos de calonia, esto es por heredat de patrimonio".

El Obispo D. Vidal[2] comenta la necesidad de que consten las "affrontaciones" de la cosa vendida, siendo obligatorio que figuren en el documento, "del quoal seynalamiento por ende es puesto en el fuero que si contesciere depués que se mueva el pleito sobre aquellas cosas compradas de partes del comprador ..." "... quoando alguno traye su heredat a vender, deve seynnalar en el instrumento de la vendida las casas que son en la heredat et todos los campos et vinneas et huertos et las otras cosas con las affrontaciones de cada unas cosas... ".

Este Fuero que comenta el Obispo D. Vidal, fué derogado por el Fuero *De Tabellionibus* dado en 1436, que declaraba la nulidad de la venta en cuya escritura se hubieren omitido las confrontaciones de lo vendido.

1.- *Fuero de la Novenera*, 74.
2.- *Vidal Mayor*, V. 25.

Portolés[1] exige también que en la partición efectuada se individualicen los bienes adjudicados, por medio de las confrontaciones de los mismos, oponiendola así a la partición que él llama intelectual y que no considera liberatoria del consorcio - La doctrina posterior, en este punto, repite, sin explicación alguna, esta exigencia, así lo hacen Franco y Guillén[2]: que "sea cierta, determinada y no intelectual".

Martón y Santapau[3]: se extienden un poco más: "que la división sea real, cierta y determinada, de modo que se determinen las confrontaciones, se fijen los límites y confines, y, en una palabra, se deslinden las porciones con precisión y claridad". En el mismo sentido Gutierrez[4] y Muñoz Salillas[5].

2.- Total.

Otro requisito señala Portolés, y es que la división se efectúe respecto a todos los bienes que comprenda la comunidad consorcial, porque si alguno quedara indiviso no se disolvería el consorcio respecto a él. Realmente este requisito o aclaración ya consta en los Fueros *De Communi dividundo* 1° y 2°, por cuanto contemplan el supuesto que expone Portolés; expresamente dicen los Fueros: "*Cum vero fratres, aut sorores habuerit divisas haereditatis, et forte evenerit, quod duo, et duo, et tres, aut etiam plures, si tot sit: erunt in simul in sorte haereditatis divisae...*". Así, el fuero que establece el consorcio, expresamente prevé el supuesto de que dividida la herencia, se adjudique algún bien en proindivisión y sobre esta comunidad así formada son precisamente establecidas las reglas consorciales.

Repiten Franco y Guillén, lo dicho por Portolés: "Que la división se ejecute de todos los bienes que pertenecían al morir a la persona de quien los recibieron los consortes, pues quedando una sola finca sin dividir continuará el consorcio en ella". El resto de la doctrina señala en los mismos términos este supuesto.

3.- Duradera.

El siguiente requisito, señalado por Portolés[6], es que la división sea duradera, porque si después de hecha, dice Portolés,

---

1 - *Tratado de Consortes...*, op. cit., cap. LII.
2 - *Instituciones*, op. cit., Art. 473.
3 - *Derecho y jurisprudencia*, op. cit., pág. 622
4 - *Códigos* T. VII, pag. 450, op. cit.
5 - *El consorcio foral*, ADA, VII.
6 - Partimos de Portolés en estos requisitos que ahora enumeramos, por cuanto la doctrina anterior no menciona los mismos.

los consortes reunen al momento los bienes, tal división no disuelve el consorcio.

Nuevamente repite la doctrina esta nota de perdurabilidad de la división como condición que extinga el vínculo consorcial.

Merino Hernandez considera este requisito como interesante por cuanto, dice constatar, a través de su despacho profesional, que, con frecuencia, personas unidas por el vínculo consorcial, queriendo evitar los efectos del consorcio, otorgan escritura pública en la que verifican la partición de los bienes con adjudicación de porciones determinadas a cada uno de ellos, pero, dice Merino: "es una partición que no pasa del mero documento, sin ninguna transcendencia en la realidad práctica, porque luego de otorgada la escritura, los consortes siguen manteniendo indivisas las fincas, explotándolas conjuntamente". Considera Merino que en ese proceder hay una clara contradicción entre lo documentado y la realidad.

No estamos de acuerdo con esta exigencia de permanencia, si por ella se entiende, como así lo exponen claramente tanto Portolés como la doctrina posterior, que una vez divididos, determinados y adjudicados los bienes concretos a los consortes, por el hecho de que con posterioridad se exploten en común, persista el consorcio. Consideramos, que en este supuesto ya no hay consorcio, puede haber una sociedad del tipo que sea, pero no consorcio. Como decía la célebre Sentencia de 12 de junio de 1900, el consorcio foral principia con la indivisión y termina con ella.

Consideramos que esta postura nuestra no va contra el espíritu ni la letra de los Fueros, por cuanto la base del mismo en ellos era el supuesto de la proindivisión; el que cada consorte no conociera su parte dividida y determinada de bienes *"antequam cognoscat partem suam divise et determinate"*, supuesto que no vemos sea igual, al de explotación conjunta de los bienes que a cada uno ya pertenece *"divise et determinate"*. Se formaría así, con los bienes aportados, como decíamos antes, una comunidad o una sociedad, pero a la que le falta, para ser consorcio, el requisito de la proindivisión o propiedad por cuotas partes.

Por otra parte, en el Derecho histórico ya se contemplaba el supuesto de que los consortes dividieran los bienes consorciales y después formaran con ellos sociedad. Esta posibilidad está

prevista en las Observancias de Jaime de Hospital[1] dentro de *Aliae declarationes dicti monetatici*. Entre estas declaraciones, figura el caso ahora planteado.

El tema que se presenta a cuestión tiene, en las mismas, un matiz fiscal, pero dentro de la contestación que se dá aparece claramente establecido, que si los hermanos dividen los bienes consorciales y después forman sociedad con los mismos, se considera como si de sociedad entre extraños se tratara, es decir, que se extingue el vínculo consorcial.

La cuestión que se trata, es, en síntesis (más adelante la trataremos con más extensión) si las sociedades que se formaban a semejanza de las consorciales debían de pagar el impuesto en las mismas condiciones que ésta lo hacia.

En la contestación de esta pregunta, se hacen las declaraciones siguientes: *"Dicimos quod ex quo semel fratres bona diviserint licet inter se postmodum fecerit communionem bonorum et societatem... " "... Sed ex quo semel facta fuesit divisio ex tunc quilibet tenetur unum morabatinum solvere licet postea communia faciant bona sua, quia tunc idem est ac si inter extraneos factum esset. Et consuetudo non habet locum nisi inter germanos qui non divisei nt bona germanitatis ..."*.

Parece así poder deducirse de estas declaraciones que los hermanos dividían los bienes consorciales y una vez efectuada la división unían los bienes que les habían correspondido en la misma. No sólo se consideraba admisible ésto, sino, lo que es más importante para este momento, que esa nueva sociedad o comunidad formada, ya no tenía la consideración de comunidad consorcial, al menos a efectos fiscales, pues a tal efecto se consideraba solamente: *"et non diviserint illa"*, si no los hubieran dividido.

Monsoriu[2] expone, en los siguientes términos la cuestión: 3.- "Lo que dice que de bienes comunes e indivisos no se paga, sino un moravedí, entiendese si nunca se hizo la división, porque si se hizo una vez, aunque buelba en común, paga cada uno, no obstante dicha comunión o concierto que haya entre ellos". Aquí vemos claramente que los hermanos dividían y después ponían los bienes en común para explotación conjunta. Podía pensarse

1.- *Observancias...*, Liber nonus, título decimo séptimo, [165].
2.- Monsoriu - *Suma...*, ed. facsimil, C.A.Z., Declarationis monetatici, Liber nonus, pág. 372.

que se empleaba este sistema para dar fin al vínculo consorcial, y no obstante continuar con la explotación en común de los bienes que consideraban una forma de explotación beneficiosa.

Es cierto que las disposiciones tributarias, no tienen por qué incidir en los problemas netamente sustantivos, sin embargo es lo cierto que, en general, al dictar las normas de índole fiscal suelen ajustar su formulación adjetiva al verdadero contenido de la institución que reglamentan. Es esto así en la actualidad y podemos presumir que lo era entonces, mucho más familiarizados con la figura consorcial que ahora.

4.- Que la partición no esté sometida a condición.

Otro requisito que exigía la doctrina clásica para que la partición efectuada tuviera como efecto jurídico la liberación del vínculo consorcial, es que la misma fuese pura, y en el supuesto de que estuviere sometida a condición, el efecto liberador no se daría hasta tanto estuviere cumplida la condición. Con esta última afirmación, realizada por Portolés primero, y seguida después por la doctrina posterior, evidentemente se contempla la condición suspensiva. Es lógico que si la partición se efectúa, pero supeditando los efectos de la misma al acaecimiento de un hecho futuro, no podrá tener la virtualidad propia de la misma hasta tanto esos hechos no ocurran. Hasta entonces no existe la división como tal.

5.- Partición extrajudicial.

Señalados ya los requisitos exigidos en el Derecho histórico, para que la partición tuviera plenos efectos liberadores del consorcio, que no es más que suponer su plena eficacia jurídica, añade Portolés una cuestión no demasiado transcendente, a nuestro juicio, y es la de que la división puede ser hecha por arbitrios elegidos por las partes y no solamente por los interesados. Cita, al respecto, Portolés una Sentencia de la Real Audiencia de 1583, en la que se estimó la sentencia arbitral como partición válida.

Esta forma de someter la partición al juicio de árbitros, debió de ser procedimiento frecuente según se pone de manifiesto en los diplomas que sobre partición de bienes en general, se conocen. Así en un documento del año 1126 relativo a la partición celebrada entre Dª Oría y D. Vital de una parte y los Sres. de Sta Cristina de otra, podemos ver cómo los

interesados se someten al laudo del señor Eneco Fortuniones y de su mujer[1].

VI.- OTRAS FORMAS DE EXTINCION DEL VINCULO CONSORCIAL

Aunque los Fueros y Observancias, sólo citan la partición como medio de poner fin al fenómeno consorcial, realmente existen otros supuestos que hacen que el consorcio se extinga.

Unos supondrán solamente la extinción parcial del mismo, extinción ésta que unas veces afectará propiamente al elemento personal del consorcio, y en otras incidirá, reduciendolo, tanto al elemento personal como al real.

Como hemos expuesto con anterioridad, 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 Portolés[2], realmente lo que aqui hay 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 sí 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. Vidal[3], "Empero si muitos hermanos fueren, el I con consentimiento de todos los otros puede dar aqueilla cosa al I

1.- *Documentos para la Reconquista del Valle del Ebro...*, 318 (a. 1126). "... Hec est carta de particione quod fecerunt domna Oria et don Uital cum illos seniores de Sancta Cristina, de illa hereditate de Boleia quam laxauit ad nos et ad illos don Aner. Fecimus particionem de illa alode per laudamento de senior Eneco Fortuniones et de sua uxore; similater de sernior Sancio Necones de Orna et de illos becinos de Boleia. Partimus illas casas per meditatem, et de illo orto que se tener cum illa casa de Móres habent illo seniores de Sancta Christina duas partes et nos terciam partem... Et de ista particione damus fidancias ...

2.- *Tractatus de Consortibus*, Cap. LII, pág. 209.

3.- *Vidal Mayor*, IV, 26.

hermano et aillenar encara al estranio". 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 extincion, 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 acerbo consorcial en un sólo consorte, el consorcio se extingue, al no existir ya proindivisión, dado que la vinculación que el mismo entraña está intimamente ligada a ésta. No es caso de repetir ahora los testimonios de la doctrina al respecto, al haber sido ya expuestos en su momento, por demás que poca explicación requiere este supuesto, solamente citar las palabras del Obispo D. Vidal, sumamente expresivas al respecto: *"Pero 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 muitos hermanos non fueren"*.

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, según hemos expuesto, en base a considerar, que si la prohibición de enajenar los bienes indivisos estaba establecida en favor de los consortes, al enajenar simultaneamente, 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.

VII.- ¿LA SOLA PETICION DE PARTICION FACULTA AL CONSORTE PARA ENAJENAR VALIDAMENTE?

Hay que partir de la base, como hemos expuesto, 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 Portolés[1], 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 habla[2] 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.

Por lo que hemos expuesto de la regulación foral, relativa a la partición, no parece que en el siglo XIII y XIV se pudiera disponer por la simple petición de partir.

Portolés[3], 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,

---

1.- *De consortio y fideicomiso...*, cap. XLVIII, pág. 185.
2.- *Vidal Mayor*, Libro IV, parágrafo 32.
3.- Portolés. *Tratado de consortes...*, cap. XLVIII.

puede el consorte interpelante disponer de su parte consorcial con la misma validez que si la división se hubiera efectuado.

Opinamos que esta excepción, por virtud de la cual, afirma Portolés, los hermanos consortes pueden enajenar contando solamente con la previa solicitud de partir, es una errónea interpretación. No es 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.

Sin embargo al haberlo afirmado así Portolés, dada la autoridad que, especialmente en esta materia del consorcio tiene, 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 hemos 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 Manuel[1] 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 Guillén[2].

1.- *Instituciones...*, pág. 132.
2.- *Instituciones...*, pág. 227.

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 Costea[1] 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 el consorcio, respecto del consorte que haya hecho el requerimiento".

El profesor Lacruz y Merino Hernández tratan esta cuestión que expondremos al estudiar la regulación actual.

VIII.- LA DISOLUCION DEL CONSORCIO EN LA REGULACION ACTUAL.

La Compilación aragonesa, en su artículo 142, apartado 2, al igual que los Fueros *De Communi dividundo*, presenta 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".

Sin embargo con la regulación actual, al igual que hemos visto para el Derecho histórico, existen otros supuestos de extinción del vínculo consorcial a más de la partición de los bienes.

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 Civil: "La partición legalmente hecha confiere a cada antiguo participe 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 obstentaba 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

---

1.- *Del Consorcio Foral*, Calatayud, sin fecha ed., pág. 24.

prohibición de disponer, y, ocurrida su muerte, a falta de disposición testamentaria, se abrirá la sucesión ab intestato.

Al no tener al Compilación reglas específicas de división consorcial, la regulación de la misma habrá de ajustarse a lo preceptuado en el Código Civil para la división de la comunidad hereditaria y la comunidad de bienes en general. No hay en esta materia, remisión por la Compilación al articulado del Código Civil, sino vigencia ordinaria de éste como supletorio, por lo que no es de aplicación la disposición final de la Compilación introducida por la Ley de 21 de mayo de 1985, según dictamina el profesor Delgado Echeverria para supuestos semejantes.

IX.- LA FACULTAD DE PEDIR LA DIVISION DE LA COMUNIDAD CONSORCIAL.

Al igual que hemos visto para el Derecho histórico, si bien en la actualidad expresamente consignado en el artículo 142, la división "podrá pedirla cualquiera de los consortes". También el Código Civil, fiel a la tradición romana de considerar las situaciones de comunidad como algo no deseable y generadoras de conflicto, establece en sus artículos: 1051 y 400, la posibilidad de que cualquier heredero o copropietario pueda en todo momento pedir la división de la misma. Así el artículo 400 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 1051, "ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia ..."

Vemos así, que acorde la Compilación con los preceptos que regulan en el Código Civil el régimen de comunidad, se concede, en una, al consorte, 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, según ya hemos señalado, por cuanto no sólo se va a disolver la comunidad sino que va a dar fin a la vinculación que sobre tales bienes pesaba.

En el mismo sentido se expresa el profesor Lacruz[1] diciendo: "pedir la partición es un derecho de cada consorte: el medio que tiene para suprimir la vinculación".

1.- *El consorcio foral*, op. cit., pág. 339.

Merino[1] plantea, al respecto, una aclaración interesante, al estimar que la dicción del parrafo 2° del art. 142 de la Compilación, al señalar que la división de los inmuebles puede pedirla "cualquiera de los consortes" no es rigurosamente exacta si por ella se entiende que sólo los consortes pueden efectuar esa petición de partición del inmueble. La inexactitud proviene de que puede facilmente acontecer que determinados bienes inmuebles pertenezcan pro indiviso a varias personas, sin que todas ellas tengan la consideración legal de consortes, bien porque desde *ab initio* la copropiedad fuera compartida por consortes y por meros copropietarios lo que ocurriría si el ascendiente causante del consorcio hubiera transmitido a sus descendientes solamente una participación indivisa de determinados bienes inmuebles, siendo cotitulares otras personas extrañas. O bien llegar a esta situación reflejada, por haberse realizado sucesivas transmisiones de particiones indivisas de consortes a personas extrañas al consorcio por actos *inter vivos.*

Efectivamente, y estamos de acuerdo con esta observación, si se dan estos supuestos, la comunidad se extingue con la petición, no sólo y necesariamente, efectuada por un consorte, sino cuando verifica la misma cualquier comunero, aunque no tenga la cualidad de consorte.

Los artículos que hemos citado del Código Civil, aplicables como dijimos a la partición consorcial, establecen que ese derecho del comunero y coheredero a pedir la división, está limitado en dos supuestos. Artículo 1051, " a menos que el testador prohiba expresamente la división" y el artículo 400: "Esto no obstante, será válido el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado que no exceda de diez años. Este plazo podrá prorrogarse por nueva convención".

Así, y por efecto de estos artículos, el principio de libre divisibilidad sufre dos excepciones: que el causante haya prohibido la división y que 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

---

1 - *El consorcio foral*, op. cit., pág. 187.

consortes, mientras dura la misma, no podrán hacer uso del derecho de petición de división, quedando así sin posible evasión del consorcio.

Opinamos que esta prohibición de dividir es perfectamente legítima y sostenible, no sólo por lo dispuesto en el artículo 1051 del Código Civil, que concede ese derecho al testador, sino especialmente para el Derecho Aragonés en el que, en virtud del principio *"standum est chartae"* (Art. 3° de la Compilación) la voluntad del disponente debe valer, como dice el profesor Lacruz[1], tal como se manifiesta y aún más, añadiríamos, 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 Echeverria[2] al estudiar la posibilidad que compete a los herederos en la comunidad conyugal continuada, para pedir la disolución de la misma, supuesto que, pensamos, 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 núpcias el cónyuge supérstite, si bien estima que, en este caso, no puede ir más alla de su mayoría de edad.

Por lo expuesto estimamos que si el testador o el donante prohiben 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, por transcurso del plazo marcado, puedan pedir la división del bien o los bienes.

Merino Hernández[3] entiende igualmente que en caso de prohibición de dividir impuesta por el testador transmitente se estará en presencia de una interrupción temporal del derecho que el artículo 142 de la Compilación concede a todos los consortes para pedir la división del inmueble. El profesor Lacruz[4] opina

---

1.- *"Standum est chartae"*, pag. 754, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Separata de Comentarios al Derecho Civil de Aragón...
2.- *La Comunidad conyugal continuada en el Apéndice Aragonés*, Estudios de Derecho Aragonés, Zaragoza, 1966, págs. 252 y 272.
3.- *El consorcio foral*, pág. 190.
4.- *El consorcio foral*, pag. 337 y 343.

que, aun con la prohibición, el consorcio debería tener vigencia "en homenaje a los demás consortes, cuyo interés se supone que tuvo en cuenta el causante al prohibir la división". La cuestión es dudosa, añade.

Por otra parte, entendemos que la prohibición de dividir, impuesta por el causante, impide la posibilidad de extinguir el vínculo consorcial, dado que consideramos que sólo la división del bien o bienes extingue el mismo.

En sentido opuesto, el profesor Lacruz[1], estima que la prohibición de dividir no supone por sí prohibición de eliminar el consorcio. El profesor parece llegar a esta conclusión, por considerar factible que el vinculo consorcial puede ser eliminado por acuerdo de los consortes sin necesidad de proceder a la división de los bienes. Derivada esta admisión de considerar normas de Derecho dispositivo las contenidas en el artículo 142 de la Compilación.

Estimamos, en definitiva, que el consorcio opera igual, haya o no prohibición de dividir impuesta por el causante o donatario, siendo esta prohibición una manifestación más de la disponibilidad del vínculo que el causante ostenta.

Pues bien, dado que los autores que han tratado el consorcio, a excepción del profesor Lacruz y Merino, no han tomado partido al respecto, examinaremos la jurisprudencia.

En la ya citada Sentencia del T.S. de 12 de junio de 1900, sobre los bienes que en nuda propiedad y pro indiviso tenían los hijos consortes, pesaba la prohibición de dividir mientras durara el usufructo materno, y al respecto, estimando el T.S. la existencia de la situación consorcial, negó la validez de la disposición testamentaria realizada por uno de los hijos que habia premuerto a la madre. En sus considerandos el T.S. dice: "en razón a que para la existencia de consorcio basta que los descendientes hereden de sus ascendientes bienes sitios proindiviso y no es requisito indispensable que la comunidad se mantenga por voluntad de los consortes, 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 semajante distingo, ya que no pugna con la doctrina que

---

1 - *El consorcio foral...*, pág. 352.

de ellos se deriva, según la que el consorcio principia con la indivisión y concluye con ella".

Tenemos otra Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 12 de noviembre de 1990, confirmatoria de la Sentencia que la Audiencia Territorial de Zaragoza, dictó el 28 de octubre de 1988[1].

En ella vemos el supuesto ahora tratado: Tres hermanos adquieren por disposición testamentaria de su madre, una finca en proindiviso, con prohibición de partir, y disolver, en consecuencia, la comunidad consorcial formada, durante el plazo de diez años. Una hermana muere sin descendencia y, bajo disposición testamentaria por la que instituye heredero a uno de los otros hermanos, de su porción indivisa, en la finca consorcial. No habían transcurrido los diez años señalados por la madre causante del consorcio, para poder disolver el mismo.

El hermano no beneficiado por el testamento de la hermana consorte, impugna la validez del mismo en base al art. 142 de la Compilación, por el que le correspondía, en virtud del acrecimiento que el mismo establece, la mitad de ese tercio indiviso. La Audiencia, revoca la Sentencia del Juzgado, que no había estimado el consorcio por la indivisibilidad impuesta por la madre causante, estima la existencia del consorcio y en consecuencia el derecho de acrecer del hermano reclamante. El Tribunal Supremo, confirmó, como decimos, la Sentencia de la Audiencia, estimando que esta prohibición de dividir impuesta por la causante del consorcio no impide el nacimiento del mismo, ni lo desvirtúa, por cuanto el consorcio nace por la concurrencia de los requisitos exigidos en el artículo 142 de la Compilación: adquisición por varios hermanos, o hijos de hermanos, de un ascendiente, un bien inmueble proindiviso y a título gratuito.

A. Plazo por el que puede imponerse la prohibición.

Admitida la legitimidad de la disposición prohibitiva por parte del causante del consorcio, la duda surge en cuanto a la duración de la misma.

El Código Civil, al menos explícitamente, no señala tiempo alguno máximo de duración, sino que sólo dispone que la partición, aunque haya sido prohibida, podrá, no obstante, pedirse cuando se dé alguna de las causas por las que se extingue la sociedad, artículo 1051 in fine: "... pero, aún cuando la prohiba, la división tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas por

---

1.- Ver comentario. Sanchez-Friera González CCJC nº25, pp, 55 y ss.

las cuales se extingue la sociedad". Lo que parece significar que no basta ni siquiera el acuerdo unánime de los coherederos de proceder a la partición, sino que ha de concurrir cualquiera de los hechos que si se producen cuando hay sociedad, permiten a alguno de los socios pedir al extinción de ésta, aún contra la voluntad de los demás.

En base a la aplicación de las reglas de la sociedad (art. 1700 - 1705 y 1707 del Código Civil) se podrá pedir la partición de la herencia a voluntad de cualquier heredero, si, aun prohibida por el testador, éste no señaló plazo de duración a la prohibición.

A este respecto, el profesor Lacruz[1] estima que la petición de división puede hacerla cualquier consorte en cualquier tiempo, sin guardar los temperamentos que previene el artículo 1705 del Código Civil para la sociedad.

En nuestro caso, es particularmente interesante este problema del plazo a que ha de estar o no sometida la prohibición, por cuanto es frecuente que el mismo se establezca para mientras exista el derecho de viudedad a favor del cónyuge supérstite, con lo que tendríamos, que establecido plazo de duración por el causante, éste puede exceder o no del que un sector doctrinal estima como límite obligatorio para tal prohibición.

La doctrina está en desacuerdo sobre si tal prohibición ha de estar sometida a plazo o no, dado que, explicitamente, el art. 1051 no lo establece. Sin embargo por la aplicación analógica del artículo 400 del mismo cuerpo legal, estima un amplio sector doctrinal, que la prohibición de dividir está sujeta al plazo máximo de diez años.

En este sentido se manifiestan, Sánchez Roman[2] y Albaladejo[3], entre otros. Los profesores Lacruz y Sancho Rebullida[4] parecen inclinarse por no considerar necesariamente aplicable a la comuniad hereditaria el art. 400 al decir: "La regla nueva que ha establecido nuestro Código persigue unas finalidades concretas que no podrían acaso cumplirse si existiera la limitación temporal del artículo 400; y si en el segundo párrafo del propio artículo 1051 hay una limitación temporal específica, sin alusión alguna a

---

1 - *El consorcio foral*, op. cit., pág. 352.
2 - *Derecho de sucesiones*, T. VI, V. III, 1910, pág. 192.
3 - *Curso de Derecho Civil* - v. sucesiones, pág. 130.
4 - *Elementos, V. Derecho de sucesiones*, 1988, pág. 140.

la de los diez años, es que dicho precepto ha de interpretarse autónomamente y sin ponerlo en relación con el relativo a la copropiedad, dirigido a resolver cuestiones distintas".

El profesor Lacruz[1] refiriendose a este tema, en cuanto a Aragón respecta, y en virtud del principio *"standum est chartae"*, entiende que "la prohibición de dividir a que alude el artículo 1051, no está sujeta al límite del artículo 400.2, por cuanto estima que la disposición que estableciera un plazo mayor no actuaría en contra de la ética, ni del orden público, debiendo, en consecuencia, anteponerse "la carta" a la disposición del Código Civil. Y en cuanto a "las causas por las cuales se extingue la sociedad" el profesor estima que solamente serán aplicables a la división aquellas en las que, presumiblemente, pudo pensar el causante.

Merino[2], contrariamente, opina que debe estar esta prohibición sujeta al plazo de diez años que señala para los supuestos de comunidad el artículo 400 del Código Civil.

Estimamos, con el profesor Lacruz, que la prohibición de dividir no debe estar sujeta, en Aragón, al límite de diez años, especialmente cuando la limitación se establece en función del derecho de viudedad.

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, aunque no lo prevé expresamente el Código Civil en materia de comunidad hereditaria, no cabe duda de que es posible, tanto en base al principio de autonomia de la voluntad (artículo 1255) puesto que tal convenio no es contrario a las leyes, a la moral ni al orden público, como por la aplicación analógica de las normas de comunidad de bienes, especialmente el artículo 400.2. A más de estos argumentos en pro de la admisibilidad de tal pacto, la doctrina señala el carácter de renunciable del derecho a pedir la partición, al menos, dicen los profesores Lacruz y Sancho Rebullida[3] si la renuncia no es perpetua ni definitiva.

El párrafo 2° del artículo 400 admite, como vemos, la validez de este pacto, siempre que sea "por tiempo determinado que no

1.- *El principio aragonés "standum est chartae..."* pag. 755.
2.- *El Consorcio Foral...*, pag. 189.
3.- *Elementos v. Derecho de sucesiones* ,Bosch, 1988, pág. 141.

exceda de diez años", este precepto admite, no obstante, que dicho plazo pueda prorrogarse por nueva convención unánime de los coherederos o comuneros, cada diez años.

Al igual que vemos para la comunidad hereditaria y la comunidad ordinaria, sería posible, en el consorcio foral, que los consortes acordaran la indivisión de los bienes por un plazo determinado, si bien estimamos, con el profesor Lacruz[1] que el pacto que en este sentido hicieran los consortes, en base al principio aragonés *"standum est chartae"*, no tendrá que estar sujeto al límite de tiempo que señala el artículo 400. 2 del Código Civil, y así podrían los consortes pactar la indivisión por tiempo superior a esos diez años, por no ser tal pacto contrario a la ética o al orden público.

En el mismo sentido se expresa el profesor Delgado Echeverria[2] que considera tal límite derivado de la configuración romana de la comunidad en el Código Civil, que manifiesta así su aversión a las situaciones de comunidad, por contra en el Derecho Aragonés, no se advierte esa aversión al mantenimiento de la comunidad.

X.- LEGITIMACION PARA PEDIR AL DIVISION.

Hemos dicho que cualquier coheredero puede pedir la división, pero para ello, según el artículo 1052 del 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 especificas disposiciones de la Compilación Aragonesa en orden a los menores de edad, siendo preciso distinguir dentro de estos entre los menores y mayores de catorce años.

Son especialmente aplicables a esta materia los artículos 12 y 13 de la vigente Compilación. Así tenemos que según lo

---

1 - *El principio aragonés "Standum est chartae"*, op. cit., pág. 748
2 - *Comunidad conyugal continuada*, op. cit., pág. 252.

preceptuado en el artículo 12, la función de administrar los bienes de los hijos menores corresponde a los padres, en tanto conserven el ejercicio de la autoridad familiar, que deberan llevarla a cabo con los mismos criterios que rigen para el ejercicio de ésta. Como dice el profesor Delgado[1] no se hace distinción por la procedencia de los bienes, unicamente se exceptúa lo ordenado por quien los transmitió al menor por título lucrativo, ni hay norma especial para cuando el ejercicio corresponda a uno sólo de los padres por fallecimiento del otro o haber sido privado de la autoridad familiar o de su ejercicio, correspondiendo por el artículo 13.2 el poder de disposición al administrador, sin otras limitaciones que las señaladas en este mismo artículo, referidas a algunos actos de disposición de especial importancia.

Es así que, la administración de los bienes de los hijos se entiende en la Compilación en sentido amplio, sin excluir los actos de disposición, que, en principio están encomendados al mismo administrador. Si bien, como pone de relieve el profesor Delgado, la delimitación, entre actos de disposición y de administración, adquiere importancia respecto de los bienes de los mayores de catorce años, ya que sobre ellos no tiene el administrador poder de disposición, por cuanto los va a realizar él mismo con la asistencia correspondiente.

Tenemos, pues, 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 menor mayor de 14. En el primer caso tendrá que estar representado por sus padres -fuera de los casos que después trataremos-, si bien, respecto al modo de llevar a cabo esta representación creemos, con el profesor Delgado Echeverría[2], y el Registrador Batalla Carilla[3] que deberá ejercitarse conjuntamente por ambos padres, dado que en virtud de la partición se produce una atribución patrimonial al menor en la que realmente sería difícil poder sostener un uso familiar o social que justificara la actuación de uno sólo de los padres. Por otra parte, como en virtud de lo establecido en el artículo 1060 del

---

1.- Delgado Echeverría, Jesús - *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, pag. 466y 468.

2.- Delgado Echeverría, Jesús - *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, pag. 481.

3.- Batalla Carilla, José Luis - *"La Compilación y el Registro de la Propiedad"* en "Jornadas de Derecho Aragonés", Jaca 1985, pag. 77.

Código Civil la partición, cuando está interesado un menor, se formaliza por los padres, como representantes legales, sin necesidad de autorización judicial, no puede salvarse a través de ésta una posible divergencia del cónyuge no interviniente, que, de producirse, probablemente podría provocar la anulación del acto realizado sin su intervención.

Pero puede ocurrir que los padres hayan fallecido o bien hayan sido privados de la autoridad familiar, en este caso, antes de acudir a la figura del tutor, el artículo 10 de la Compilación tiene prevista la posibilidad de que se encomiende la autoridad familiar del menor a una persona elegida entre los abuelos, hermanos mayores del menor o por el cónyuge no progenitor del bínubo premuerto, salvo previsión contraria de los padres o de alguno de ellos.

En este caso tenemos, como señala el profesor Delgado Echeverría[1], que el poder de disposicion, de acuerdo con el artículo 13.2, corresponde al administrador, por tanto a las personas que señala el artículo 10 que por tener la autoridad familiar, tengan la administración. Un poder de disposición y administración que, al eximir la Compilación a estas personas de la obligación de prestar fianza y de rendición de cuentas, el profesor Delgado, muy acertadamente, califica de desafortunada regulación y muy poco atenta al interés del hijo, y más teniendo en cuenta, como el profesor resalta, que en el Derecho histórico se consideró la administración de los padres sobre los bienes de los hijos menores equivalente a tutores, con la consiguiente obligación de rendición de cuentas al cesar la autoridad familiar.

Por otra parte, tenemos, que estas disposiciones que señalan a los padres como titulares del poder de disposición, tienen una clara excepción, contenida en el mismo artículo 13.1 apartado final, que concuerda con lo establecido en el artículo 12.1, que admite la posibilidad de que sean otras personas distintas de los padres las que obstenten este poder. En efecto, según estas disposiciones quienes transmitan bienes a un menor a título lucrativo pueden ordenar otra cosa para la administración y disposición de estos bienes, y no sólo nombrar a otras personas para administrar y disponer sino también, como dice el profesor Delgado[2], "lo

---

1.- Delgado Echeverría, Jesús - *"Relaciones entre ascendientes y descendientes"* en Jornadas de Derecho Aragonés - Jaca, 1985, pag. 57.

2.- Delgado Echeverría, Jesús - *Comentario a la Compilación*, pag. 480.

ordenado pueden ser reglas particulares a las que hayan de sujetarse los padres o las otras personas que ejerzan la autoridad familiar, excluyendo por ejemplo, la necesidad de autorización para los actos que la precisan de acuerdo con el apartado 2 o imponiendo mayores o diferentes controles.

Esta posibilidad, que por estos artículos se establece, afectaría a los bienes consorciales, por cuanto, precisamente el consorcio foral surje como consecuencia de una transmisión a título gratuito por parte de un ascendiente común. Como dice Merino Hernandez[1] este supuesto de distinta administración podría darse en el caso de que fuese el abuelo quien hubiera dispuesto de bienes a título lucrativo a favor de los nietos, viviendo los padres. Según estas disposiciones podrían los padres estar excluidos para pedir la partición en nombre del consorte menor, si los bienes consorciales hubieran sido donados al menor y el donante, haciendo uso de la facultad concedida, hubiera nombrado a persona distinta para su administración y disposición.

En consecuencia, cuando el consorte que quiera pedir la división de los bienes consorciales sea menor, serán sus padres (ambos) los encargados de hacerla en su nombre, con las excepciones que hemos señalado y por fallecimiento o privación de la autoridad familiar de los mismos, serán las personas señaladas en el art. 10 de la Compilación, en virtud de la remisión que el artículo 13.2 hace al 12 y éste a su vez al 10 y, en defecto de unos y otros, actuará el tutor.

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 5.1 de la Compilación, dice al respecto, : "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".

1.- Merino Hernandez, José Luis, *El consorcio foral*, pag. 185.

No es posible en el Derecho aragonés, dice el profesor Delgado[1],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 asistencia 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 Contreras[2]: "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 nos venimos refiriendo. Por lo demás, conecta con la expresión "con voluntad" empleada por los Fueros". Así el término "con asistencia" equivale a "asentimiento".

El artículo 5º, 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 137 de la Compilación. 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 se asistido por las personas que cita el referido artículo 5º de la Compilación, para así tener completa capacidad de obrar; pues, como dice el profesor Delgado Echeverría[3], "cuando dispone este menor, mayor de catorce años, con la asistencia precisa, no requiere el acto autorización judicial

---

1 - Delgado Echeverria, Jesús - *Comentarios a la Compilación*, pag. 483.
2 - Sancho Rebullida, Francisco de Asis y De Pablo Contreras, Pedro - *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón* - pag. 339.
3 - Delgado Echeverria, Jesús - *Comentarios a la Compilación*, pag. 484.

o parental anque 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.

En cuanto a quién presta esa asistencia, veíamos que el artículo 5º atribuye tal función a uno cualquiera de los padres, el tutor o la Junta de parientes.

Parece que en el llamamiento a la asistencia debe observarse el orden que la misma Compilación establece; sin embargo, el registrador Batalla Carilla[1], pone de manifiesto la anomalía que puede representar los supuestos en que la autoridad familiar corresponda 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. Compartimos la opinión de Batalla[2] 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 entendemos, que para la partición de la comunidad consorcial necesitará

1.- Batalla Carilla, Jose Luis - *"La Compilación y el Registro de la Propiedad"*. Jornadas de Derecho Civil Aragonés. Jaca, 1985.
2.- Batalla Carilla - *La Compilación y el Registro de la Propiedad*, op. cit. pag. 69.

asistencia para completar su capacidad, en los mismos términos que hemos visto para el mayor de catorce años, por cuanto este artículo sólo exime de asistencia los actos de administración y no los de disposición, en los que consideramos incluidos la partición de comunidad.

Merino Hernandez[1], distingue respecto a la "calidad" de la asistencia en uno y otro supuesto; estimando que, si se trata de un mayor de catorce años, con vida independiente: "por consecuencia de tener en sus manos, no sólo el poder de disposición (art. 5.1) sino también la administración de sus bienes, podrá actuar libremente en la solicitud de división de los inmuebles consorciales, aunque para el acto de partición sea necesaria la "mera" asistencia de su padre, madre, tutor o Junta de Parientes".

Como antes hemos dicho, y el artículo 5.3 dispone claramente, en este supuesto el mayor de catorce años no tiene la libre disposición de sus bienes, sino solamente la administración de los mismos, y, por otra parte, creemos que la exigencia, de asistencia es siempre de la misma clase, pues no parece haber más de una, que hemos conceptuado de verdadero complemento de la capacidad, y así, consideramos que, implica, no sólo una mera asistencia al acto, sino un verdadero asentimiento al mismo. Ya que, como pone de manifiesto la doctrina más cualificada, entre otros Delgado Echeverría, Sancho Rebullida, Batalla Carilla y De Pablo Contreras, éste es el sentido histórico de la asistencia, dado que en el Fuero de 1564: "Que los menores de veinte años", se utiliza la expresión "con voluntad", que parece claramente hacer referencia a la idea de permiso, autorización o aprobación del acto del menor.

C. Oposición de intereses.

Otra cuestión que podría plantearse en la partición consorcial sería la oposición que en la misma pudiera surgir entre el interés de estos menores, mayores de catorce años y el que en la misma tuvieren las personas llamadas a asistirlos, dado que pueden ser también consortes. Piénsese, por ejemplo, que el abuelo hubiera donado parte de un bien proindiviso a sus nietos y después el padre o madre de éstos herede proindiviso con sus hermanos parte en dicho bien. Estaríamos en este caso ante el supuesto previsto en el apartado 2 del artículo 5 de la Compilación que dice:

---

1 - *El Consorcio Foral*, op. cit., pág. 186.

cuando exista oposición de intereses por parte de uno sólo de los padres, la asistencia será prestada por el otro. Si la oposición de intereses existe por parte de ambos progenitores o con el tutor, la asistencia será suplida por la Junta de Parientes.

Así, por esta previsión de la Compilación no tendría lugar el nombramiento de defensor judicial que preceptúa para estos supuestos el Código Civil en su artículo 163: "Siempre que en algún asunto, el padre o la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar. Si el conflicto de intereses existiera sólo con uno de los progenitores corresponde al otro por ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad".

Vemos, pues, que el Código Civil, al igual que la Compilación, si los intereses contrapuestos son solamente de parte de un progenitor, resuelve semejantemente que el artículo 5, la diferencia está cuando teniendolo ambos, el Código Civil obliga al nombramiento de un defensor judicial para el menor y la Compilación, al dar entrada a la actuación de la Junta de parientes, hace innecesario ese nombramiento.

Inexplicablemente la Compilación no prevé el supuesto para cuando esta oposición de intereses se dé con el menor de catorce años. Así, se plantea la duda de si en tal supuesto habrá que acudir al sistema del Código Civil y pedir el nombramiento de defensor judicial o bien proceder por analogía a llamar a la Junta de parientes. Parece el criterio más lógico acudir a esta segunda solución. De la misma idea participa Batalla y el profesor Delgado[1], quien al respecto dice considerar que el hijo debe ser representado por la Junta de parientes por analogía ex artículo 5°.2. Si se trata de partición de herencia, continúa el profesor, al ser suplido el progenitor incompatible por la Junta de Parientes cabe dudar si, a los efectos del artículo 1060 del Código Civil, está el menor "legalmente representado" o bien se requiere aprobación judicial, como suele entenderse, bajo el Código, para el caso en que se haya nombrado defensor judicial en virtud del artículo 163 del Código Civil.

1.- Delgado Echeverría, Jesús - *Comentarios a la Compilación*, pag. 483.

XI.- FORMA Y PROCEDIMIENTO DE LA PARTICION.

A diferencia del Derecho histórico que, como hemos visto, daba gran importancia a la forma en la partición de los bienes consorciales, la regulación actual de la figura, que hace la Compilación, no exige requisito alguno de formalidad para realizarla.

Tampoco exige forma especial el Código Civil, ni para la partición de la comunidad ordinaria de bienes, ni para la comunidad hereditaria.

En consecuencia, la forma de otorgar la partición consorcial es libre, pudiendo hacerse en cualquiera, por lo menos en principio, lo mismo en escritura pública que privada.

De la misma opinión es Merino Hernandez[1] que al respecto dice: a estos efectos, la existencia de un documento particional, privado o público, no tendrá otro sustantivo valor que el de prueba.

Otra cosa es que se exija que conste en cierta forma para tener acceso al Registro de la propiedad.

La partición consorcial, hoy, al igual que ocurría para el Derecho histórico, puede hacerse por los propios interesados, por árbitros o bien por el juez.

La división puede ser llevada a cabo por los propios consortes y habrá de tenerse en cuenta para la misma las normas que rigen la partición hereditaria, por cuanto el Código Civil, por lo que se refiere a la comunidad ordinaria de bienes, no contiene norma alguna al respecto.

Según la sentencia del T. S. de 18 de febrero de 1987[2] la partición realizada por los propios herederos tiene naturaleza contractual y le son aplicables, el artículo 1261 del Código Civil, en cuanto a los requisitos de existencia y validez, y las normas de nulidad que contienen los artículos 1300 a 1314.

Los consortes habrán de estar todos presentes, en los términos que ya hemos expuesto, requiriendose la unanimidad de los mismos en las operaciones particionales, por lo tanto la mayoría de los consortes no puede obligar a la minoría a pasar por una determinada partición.

---

1 - *El Consorcio foral*, op. cit., pág 194

2 - Citada por Lacruz y Sancho Rebullida - *Derecho de Sucesiones*, pag. 151.

Este requisito de la unanimidad, cuyos inconvenientes eran notorios, ha sido paliado con la reforma del Código Civil llevada a cabo en 1981, por cuanto, el nuevo artículo 1057.2, dá una nueva opción para los herederos (consortes) y así, si representan éstos el 50%, al menos, del haber, pueden obtener del Juez que nombre un contador partidor, que hará la partición, necesitando la misma, en este caso, posterior aprobación judicial.

Esta reforma, es especialmente favorable para la partición consorcial ya, que la misma, no solo evita tener que acudir a un juicio divisorio, con los elevados gastos que supone, sino también evita dilaciones que afectarían muy negativamente sobre la liberación del vínculo que el consorcio implica.

Junto a la partición por los propios interesados, regula el Código Civil, tanto para la comunidad hereditaria (art. 1057.2º) como para la comunidad ordinaria (art. 402) la partición realizada por árbitros o amigables componedores. Clase de partición que también veíamos existía en el Derecho histórico, especialmente señalada por Portolés. Respecto a este tipo de partición, hay dos variantes, como pone de manifiesto la doctrina, la que propiamente se puede llamar tal, que es cuando las partes, litigando en torno a la división, someten su litigio a una tercera persona, comprometiendose previamente a acatar su decisión; y otro tipo, en el cual las partes interesadas, sin que entre ellas existan litigio alguno o desacuerdo, acuerden someterse a la decisión de un tercero en cuanto a la formación de los lotes. La diferencia más importante entre ambos tipos de arbitraje es, según pone de manifiesto el profesor Díez-Picazo[1], que en el primeramente citado (que es el arbitraje propiamente tal), deben cumplirse los preceptos señalados por la ley de arbitraje, cosa que no ocurre en el segundo caso citado. El bando del árbitro está sometido a la posibilidad de recurso que, en cambio, no se produce en el caso de arbitrio de un tercero, en el que no existiría otra alternativa que la de imponer judicialmente la decisión del mismo.

No presenta ninguna particularidad, respecto al consorcio, esta manera de efectuar la partición, ni tampoco la partición judicial que pueden igualmente pedir los consortes, tal como regula el Código Civil, por lo que no consideramos necesario extendernos

---

1- Diez - Picazo, Luis - *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial* - Ed. Tecnos, 1986, pag. 780.

sobre las mismas. Igualmente será de aplicación a la partición consorcial, las normas sobre la obligación que pesará sobre los antiguos consortes de responder de la evicción y saneamiento de los lotes adjudicados a cada uno de ellos, tal como preceptúa el artículo 1069 del Código Civil para los coherederos.

Realizada la partición de los bienes consorciales, queda extinguido el vínculo consorcial y, en consecuencia, los bienes que a cada consorte hubieran correspondido en la misma tienen la consideración de bienes libres.

Pero la partición, no es la única causa de extinción del vínculo consorcial, aunque la Compilación la presente como tal. Existen otros supuestos, que ya veíamos para el Derecho histórico, en que el vínculo queda extinguido sin llegar a hacer precisa la división de los bienes.

Realmente estos supuestos que vamos a ver, son comunes a formas de extinción de comunidades de bienes.

XII.- OTRAS FORMAS DE EXTINCION DEL VINCULO CONSORCIAL.

El vínculo consorcial se extinguiría 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 ocurriría cuando a uno cualquiera de los consortes les son transmitidas por los demás sus cuotas. Es cierto, que según la regulación actual, la prohibición de enajenación es total ya que no se exceptúa de la misma, como ocurría en el Derecho histórico, la posibilidad de que un consorte, sin descendencia, enajene a otro u otros consortes su parte. Parece sin embargo que esta solución sería aceptada hoy día, por cuanto, como dice el profesor Lacruz[1], una vez desaparecida la comunidad se extinguiría cualquier acción de nulidad de las transmisiones de cuota realizadas en favor del consorte, que ahora queda como único titular.

Sin embargo para quien vea el consorcio como una sustitución fideicomisaria *"si sine liberis"*, los hijos habrán de tenerse en cuenta para estas enajenaciones entre consortes, ya que las mismas podrían ser impugnadas por ellos.

1.- *El consorcio foral* ., op. cit., pág. 354.

Otra forma de disolución del vínculo consorcial vendría determinada por la pérdida o destruccion de los bienes consorciales, también por prescripción extintiva o usucapión a favor de un tercero.

Merino Hernandez[1], señala, al respecto, que en el caso de estar asegurados los bienes consorciales destruidos, si los consortes adquieren nuevos inmueble 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 pensamos que la indemnización se subrogaría 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 adquiera otro inmueble, éste no entraría a formar parte del consorcio.

No opinamos así y creemos que la divergencia del criterio tiene su origen en el carácter que asignamos a la comunidad consorcial. Pensamos que la misma tiene, y siempre tuvo, un carácter dinámico, y consecuente con ésto, creemos 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 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.

Otra cosa diferente es cuando todos los consortes enajenan de consumo todo el acerbo consorcial a persona extraña al consorcio, y después se reparten el producto de la venta; Este caso, es semejante a una verdadera división.

1.- *El consorcio foral...*, pág. 183.

1.- ¿Es válido el pacto, realizado por los consortes, de excluir los efectos consorciales sin efectuar la partición de los bienes?

Admite el profesor Lacruz, al igual Merino, que los consortes pueden 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 dice el profesor Lacruz[1], "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". Esta afirmación del profesor guarda estrecha relación con su postura respecto a la disponibilidad del vínculo por los consortes, derivada en último extremo, de considerar las normas que regulan el consorcio como derecho dispositivo. Y así, en otro lugar de su obra[2], matiza su afirmación: "la voluntad de extinguir el vínculo consorcial puede operar con 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 manifiesta Merino Hernandez[3] al considerar la renuncia que al vínculo consorcial hagan unánimemente todos los consortes como forma de extinción del mismo. Viéndolo, Merino, como "un supuesto de exclusión voluntaria de la aplicación de una norma jurídica, que, aunque no encuadrable en el artículo 6º del Código Civil, dado el carácter prohibitivo del artículo 142, sí sería válida para Aragón en base al *Standum est chartae*". Analiza Merino, brillantemente, el concepto de Derecho natural, para terminar concluyendo, "estimamos que la renuncia general al consorcio y sus efectos, no puede ser considerada en sentido estricto como una actuación contraria a norma de carácter imperativo, de las que no admite violación ni renuncia alguna voluntaria". "Creo que esta renuncia podría muy bien hacerse a lo que es propiamente institución consorcial, pero

---

1.- *El consorcio foral* , op. cit., pag. 352.
2.- *El consorcio foral* , op. cit., pag. 338.
3.- *El consorcio foral* , op. cit., págs. 39 y 181.

sin afectar para nada a la comunidad de bienes existente entre los llamados al consorcio". "Los consortes habrían renunciado al consorcio, pero no a la comunidad".

No participamos de esta tesis sostenida por el profesor Lacruz y por Merino Hernandez, por cuanto creemos, y ya lo hemos expuesto en el Capítulo 2º, al tratar del carácter de las normas que rigen el consorcio foral, que la norma es de derecho imperativo para los consortes, y la disponibilidad de éstos sobre el vínculo viene únicamente determinada por la posibilidad de partir que en todo momento tienen. La extinción total del vinculo, fuera de los casos que hemos visto, sólo es posible por la partición de los bienes consorciales, dado que el mismo parece estar basado en la proindivisión, unido al carácter personal de sus miembros. Por otra parte nunca fué admitido en el Derecho histórico.

Ya apuntábamos, en otro lugar, que la única vía, en nuestra opinión, para extinguir el vínculo consorcial, sin perder las ventajas que puede representar la unión de bienes, es 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.

Realmente pensamos que ésto está acorde con el espíritu y la letra del precepto. A más de ser practicado, como ya hemos expuesto, en la época de vigencia de los Fueros.

2.- ¿La simple petición de división se consideraría con virtualidad suficiente para la enajenación por el consorte de su cuota consorcial?

Hemos visto, al hacer el exámen de la parte histórica, que esta excepción a la inalienabilidad de la cuota consorcial no es tema pacífico.

Es Portolés el primero que abiertamente acepta que la sola manifestación, judicial o extrajudicial, de partir realizada por un consorte, sin que a tal manifestación se siga la efectiva partición, se conceptúe como liberación del mismo y ya manifestamos que, en nuestra opinión, es una interpretación errónea de las disposiciones forales.

Merino[1] juzga interesante esta posibilidad, en base a considerar que pueden ser frecuentes en la práctica las dilaciones,

---

1.- *El consorcio foral...*, pág. 120.

por mala fé o por negligencia, de los consortes ante la llamada de uno de ellos a partir; especialmente, añadimos, si el consorte solicitante carece de descendencia.

Admitir abiertamente la excepción puede resultar peligroso, sobre todo si se estima suficiente una interpelación extrajudicial por parte del consorte, como opinaba Portolés.

Sin embargo tiene razón Merino cuando pone de manifiesto la facilidad con que pueden contar los consortes que no deseen partir, en orden a, en base de recursos legales, dilatar la efectiva partición, con perjuicio manifiesto para el consorte que quiere poner fin a la vinculación.

Pensamos que sólo una voluntad deliberadamente rebelde a partir por parte de los otros consortes, haría posible admitir que cesara la inalienabilidad sin efectiva partición.

Pero ¿cómo se determina y por quien, esa voluntad rebelde o maliciosa a partir? imposible dar una regla precisa al respecto. ¿Se podría pedir al juez que libere, en base a ella, el vínculo consorcial? Quizá fuera oportuno, para paliar este posible daño, articular en una futura modificación del art. 142, una disposición semejante a la que opera en el apartado 2 del artículo 149.

El profesor Lacruz[1], considera, en cambio, que la mera solicitud de división, expresada en forma legal, debe bastar, por cuanto estima, que esa voluntad de partir, que implica voluntad de acabar con la situación de comunidad para salir del consorcio, debe tener en relación a éste, una eficacia que no dependa de los obstáculos y dilaciones que puedan ponerse a la división. De esta manera, continúa el profesor, al solicitar la división y poner en movimiento el mecanismo destinado a terminar la situación de comunidad cabe pensar que el solicitante podría manifestar que desde aquel momento entiende concluida la situación del consorcio para él, en todos los aspectos favorables y desfavorables y tal manifestación, siendo expresa (no en otro caso) tendrá la eficacia de liberar su cuota desde entonces del vínculo.

Verdaderamente el tema es complejo y la decisión dificil pues no hay duda que existen circunstancias, como puede ser la previsibilidad de la cercana muerte u otras, menos dramáticas, pero también urgentes, que hagan necesario articular un remedio a la tardanza, aun sin malicia, que casi toda operación particional entraña.

1.- *El consorcio foral...*, pág. 339.

CAPITULO 11º

TRATAMIENTO FISCAL DE LA FIGURA CONSORCIAL

I.- 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 Asso[1], lo considera creado por Pedro II hacia el año 1205, opinión que comparte Zurita[2], Gunnar Tilander[3] al que sigue el profesor Lalinde[4], 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 a conservar la ley y peso de la moneda[5] 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

1.- De Asso, Ignacio - *Historia de la Economía política de Aragón* - Ed. Consejo Superior de Investigaciones científicas - Zaragoza 1947, pag. 293.
2.- Zurita, Jerónimo - *Anales*, libro II, cap. 52.
3.- *Fueros de Aragón*, Tilander, Gunnar, 1937, pág. 219 y 220.
4.- Lalinde Abadía, Jesús. *Fueros de Aragón*, Libreria General. Zaragoza, 1985, pag. 59.
5.- Los cambios en el peso y ley de las monedas eran una fuente importante de ingresos para la Corona. Por las mutationes e innovaciones se suprimía la moneda que circulaba, la cual era cambiada contra un número y por consecuencia una suma menor de monedas nuevas (Gunnar Tilander, nota al F. 265).

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 años[1].

De este impuesto estaban excluidos los infanzones y los eclesiásticos[2]. 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 Observancias[3], los hermanos que tenía los bienes proindiviso, es decir que formaban hermandad (consorcio) sólo tenían que pagar 1 maravedí. No uno 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 monetatici*[4]: *"Et consuetudo non habet locum nisi inter germanos qui no diviserint bona germanitatis"*

---

1 - S y P., I, 328 y en los *Fueros de Aragón*, Ms. BN, Tilander, Lund, 1937, Libro VII, 266. "... obligamos nos mismos et a nuestros herederos et a nuestros successores que todos los habitantes por quiscadaunas causas, valiendo lo suyo X morabedis o di en suso, den e sean tenudos de dar a vos tan sola mientre et a vuestros successores de VII en VII años I morabedi

2 - En la Enciclopedia Temática de Aragón, Historia I, pág. 209, se dice, no obstante, que también los infanzones o de la Orden del Hospital o de la Caballeria del Temple, estaban sujetos a este impuesto. Enténdiendo que sólo los ricos-hombres estaban exentos.

3.- S y P., II, 72; y *Liber nonus, Titulos decimus septimus Observancias del Reino de Aragón...*, Jaime de Hospital (166), pág. 409.

4 - Hospital, Jaime. *Observancias ...*, Liber nonus, titulos decimus septimus (165).

"quod non excusantur a praestatione 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 hermandad[1]: *"Item si duo faciunt de bonis quae habent vel in posterum habebunt instrumentum germanitatis si solvet quilibet unum morabetinum"*. 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 diviserint licet inter se postmodum fecerint communionem bonorum 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 diviserint 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)[2] tendrían que pagar otro morabatino o

---

1.- Eran comunidades que se formaban a ejemplo de las consorciales, mediante contrato.
2.- De Asso. *Economía Política de Aragón...*, pág. 293.

maravedí por estos otros bienes. Así se ve en el caso de tener el consorte viudedad sobre los bienes del cónyuge premuerto: *"tenetur duos morabatinos 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"*[1]. 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 disfrutan los bienes consorciales, por tener el cónyuge supérstite 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 havran bienes asignados respongo que si los fillos tienen aquellos bienes e los spleitan[2] 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, creemos, 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 quisieren, y como consecuencia los bienes podían salir ya de la familia.

Molino[3] hace referencia a este beneficio fiscal establecido para el consorcio, remitiendose a las Observancias 1ª y 2ª del título "Declarationes monetatici", diciendo: *"Fratres plures inter se bona indivisa qualiter solvantur potest los morabetinum"*, con lo que parece indicar la responsabilidad solidaria de los hermanos en el pago del mismo.

También Monsoriu[4] recoge en su Suma, las contestaciones del Justicia de Aragón sobre pago de este impuesto y, respecto al

---

1.- S. y P., II, 72 y *Observancias* Jaime de Hospital..., IX, XVII (173).
2.- Según Gunnar Tilander, "spleitar" significa disfrutar. Vocabulario, T. III, Vidal Mayor, Lund, 1956, v. spleitar.
3.- Molino, *Repertorium*. v. frater, f. 162.
4.- Monsoriu y Calvo, Bernardino - *Resumen de Fueros*, pag. 372.

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"*.

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 Castilla[1] establece: Si un ome e muger an fijos en uno, e muer el padre, o la madre, e fincan suos fijos, todos en uno deben pechar un pecho; e si fijo o fija casare, e algund dellos se fuer de casa, e ovier mueble, o eredat, 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.

Hinojosa[2] y Valdeavellano[3] señalan esta peculiaridad que en la exación de impuestos tenía la comunidad hereditaria entre hermanos, en Castilla yLeón. A tal fin citan el Fuero de San Miguel de Escalada[4], el Fuero del Concejo de Brihuega[5], y el de San Tirso y Castrillino[6]. En todos estos Fueros se establece que los

---

1.- *Fuero Viejo* - Libro V, título II, V - publicado por De Asso y De Manuel - Madrid MDCCLXXI, pag. 127.

2.- Hinojosa, Eduardo - *La Comunidad doméstica en España,* pag. 236 y *Documentos para la Historia de las Instituciones de León y Castilla.* pag. 138 y 105.

3.- Garcia de Valdeavellano, Luis. *La comunidad patrimonial de la familia en el Derecho español medieval*, Estudios medievales de Derecho privado, Sevilla, 1977, pág. 320.

4.- *Fuero de San Miguel de Escalada.* Año 1173: 8.- Si duo vel tres fratres in unum habitaverint unun forum facitant, si vero per eminam aut colodram aliquis eorum cum aliis diviserit, statim singuli forum faciant.

5.- *Fuero del Concejo de Brihuega,* otorgado por el Arzobispo de Toledo, Don Rodrigo, 1221-1229. Fratres vero, qui bona sua non habuerint partiti, tanuem si aliquis illorum uxorem habuerit, vel mulier habuerit maritum et habuerit valia pro qua habuerit pectare, pectem unam pecam et alii fratres similiter, si habuerint valia pro qua debeant pectare, insimul pectent aliam pectam

6.- *Fuero de San Tirso y Castrillino.* Año 1208. 12. Si mortuo patre multi filii remanserint, quodquot in corrales patris fuerint unum forum faciant.

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 veíamos 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 parcierint, 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 Hinojosa[1], "mientras los hermanos fueren solteros y non partieren, non fagan más de un fuero por ella, e después que se casaren o venieren sobre si, que faga cada qual so fuero".

En el Fuero General de Navarra[2], también se observa este beneficio fiscal, "villano si moriere et creaturas deyssare si nuylla ren non partem por una peyta deve pasar".

Este impuesto, según De Asso[3], 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.

II.- EL IMPUESTO DE SUCESIONES. RESOLUCION DE LA DIRECCION GENERAL DE LO CONTENCIOSO DEL AÑO 1917.

Actualmente, como decimos, 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.

---

1 - *Documentos para la Historia de las Instituciones de León y Castilla*, pag. 173.
2 - *Fuero General de Navarra* - Titulo IV - Capítulo XI.
3 - De Asso, Ignacio. *Historia de la Economía Política de Aragón*, pág. 294.

Es en el campo de aplicación del impuesto de sucesiones donde esta figura conservaba, hasta la entrada en vigor de la nueva Ley, importantes beneficios fiscales.

En efecto, tenemos que, según lo preceptuado en el artículo 142 de la Compilación Aragonesa, al ocurrir el fallecimiento de un consorte sin descendencia, su parte acrece 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 adcrescentes, 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 Isábal[1], hasta esa fecha, era opinión general que el acrecimiento entre consortes no devengaba impuesto y seguida la práctica de no exigirlo. Esta opinión y práctica que Isábal nos testimonía, sin duda derivaba de conceptuar 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, sustuvo que la porción vacante acrece a la porción y no a la persona. Siendo la consecuencia obligada de

---

1.- Isábal, Marceliano. R.D.P., año 1918, pág. 305.

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 caracter 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 sustitucion 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 heres 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 2° 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 5° 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 fori*); 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".

Isábal[1] comentando esta Resolución se muestra conforme con la decisión de la Dirección, en cuanto a considerar sujeto a gravamen 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 impuesto[2], 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

---

1.- Isábal, Marceliano. R.D.P., 1918, pag. 305.

2.- Artículo 43. Reglamento del 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 satisfecho el impuesto y aunque no exista reclamación de los interesados, la oficina liquidadora instruirá el oportuno expediente, manifestando los fundamentos de la asimilación y previo informe del Abogado del Estado y del Delegado de Hacienda, se elevará a la Dirección General del ramo para que en su día adopte o proponga la declaración de carácter general que estime precedente.

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, prescinciendo del que éstos tengan con el consorte premuerto; y otra, que para la computación de plazos de presentación ha de arrancarse de la fecha 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 sistematicamente niega la asimilación del consorcio con el instituto de la sustitución.

III.- SITUACION ACTUAL: ESTUDIO DE LA LEY DE SUCESIONES DE 1987 EN SU APLICACION 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. Es decir, que hasta ahora, en esta clase de impuestos no se ha atendido al deseo manifestado por Eiroa Garcia[1] de considerar de justicia que se diera un trato fiscal más benigno a la figura consorcial, como tal comunidad, para compensar la imposición legal de la misma.

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 cuanto al impuesto de sucesiones y transmisiones patrimoniales, en la actualidad rigen los mismos criterios que anteriormente expusimos, referente a la exación del impuesto sobre sucesiones, si bien el resultado final que, con la aplicación de

---

1.- Eiroa Garcia, Emilio. *"Fiscalidad de las Instituciones forales"*, Jornadas de Derecho Civil Aragonés. Jaca, 1985, Ed. Cortes de Aragón, pag. 192.

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 Compilación Aragonesa, tienen en cuenta este derecho de acrecer que el artículo 142 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 adcrescentes 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 de impuesto de sucesiones, 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, si éstos son descendientes menores de veintiún años se le reducirá de la base imponible dos millones de pesetas, más quinientas mil por cada año menos de veintiuno que tenga el causahabiente, sin que pueda exceder esta reducción de seis millones de pesetas. A las adquisiciones por descendientes mayores de veintiuno se le reducirán dos millones, y a las adquisiciones por colaterales de segundo y tercer grado, un millón de pesetas. Lo que resulte, una vez deducidas estas cantidades de la base imponible, será la base liquidable. Esta base liquidable según el artículo 22 de la citada ley se multiplicará por 1 en los dos primeros supuestos antes mencionados y por 1,5882 en el caso de que se trate de colaterales.

Según lo anteriormente expuesto vemos que, en principio, el tratamiento fiscal dado al acrecimiento consorcial resulta muy beneficioso para los consortes, ya que se multiplican por 1, en vez de por 1,5882 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 que el artículo 20 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 del millón de pesetas, que es lo que corresponde a colaterales, si bien multiplicarían, entonces, la base liquidable por 1,5882. También hay que tener en cuenta el carácter progresivo de la tarifa a aplicar (artículo 21) dada la calificación de complementaria que tiene la liquidación por el acrecimiento consorcial.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto y dado que parece depender del valor de los bienes acrecidos el que resulte beneficioso o perjudicial el trato fiscal otorgado al acrecimiento consorcial, hemos realizado curvas representativas, que acompañamos, bajo los números 1, 2, 3 y 4.

Del estudio de las misms vemos que, salvo un tramo en el supuesto de dos hermanos consortes, en el resto de los casos estudiados, la figura foral sale notoriamente perjudicada.

Este resultado, obtenido con la aplicación de la vigente ley de sucesiones, contrasta de manera notable con el que se conseguía bajo la anterior ley, T.R. de fecha 6 de abril de 1967. Así tenemos que en las curvas representativas números 5, 6, 7 y 8, realizadas de acuerdo a dicha ley, puede verse como en todos los supuestos contemplados la liquidación por acrecimiento consorcial resultaba altamente beneficiosa para la figura foral.

Este trato fiscalmente favorable sigue alcanzando a situaciones de acrecimiento consorcial, por cuanto, si el fallecimiento del causante del consorcio ha tenido lugar con anterioridad a la entrada en vigor de la actual ley de sucesiones, se aplica al acrecimiento consorcial la ley que regía al ocurrir dicho fallecimiento, dado el carácter de complementaria que tiene la que se gira por el acrecimiento.

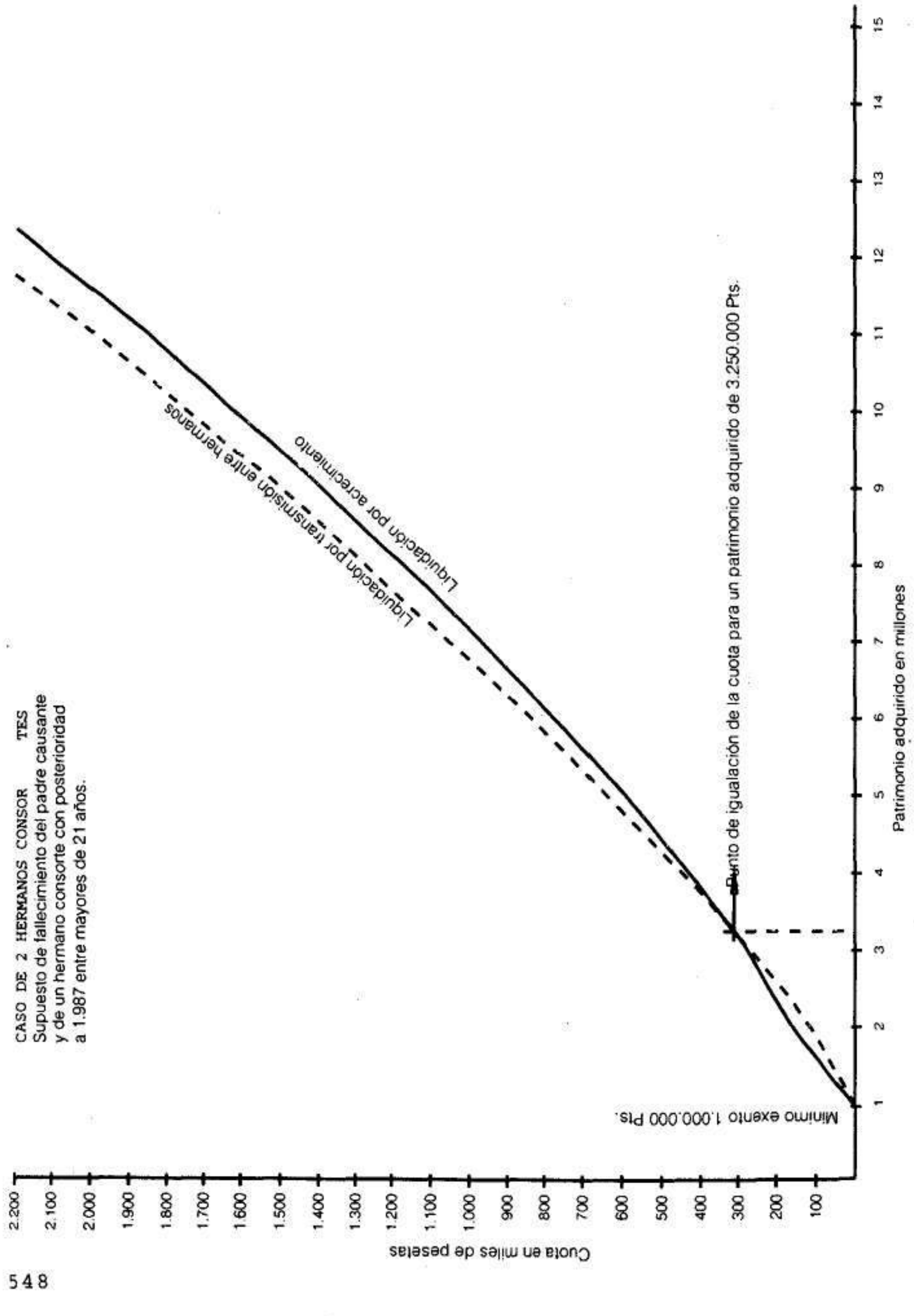
En consecuencia, es preciso manifestar que la vigente ley de sucesiones es altamente perjudicial para esta figura del Derecho Foral, no porque directamente la contemple, y le dé un trato desfavorable, sino porque la ventaja que la misma tenía derivaba de la diferencia de tipo impositivo aplicado a descendientes y colaterales. Esta incidencia fiscal negativa traerá consigo inevitablemente la desaparición en la práctica de la misma. Y no estamos tratando de una figura que haya caido en desuso, por cuanto, según consultas que hemos realizado en las oficinas

liquidadoras del impuesto sobre sucesiones de la Comunidad Aragonesa, se ha puesto de manifiesto que el 0,90 por mil de las liquidaciones presentadas por transmisiones mortis causa, son sobre acrecimiento consorcial, es decir acrecimiento de cuota entre consortes a los que se le ha aplicado, en virtud del artículo 142 de la Compilación Aragonesa, esa especial forma de transmitir.

Teniendo en cuenta lo expuesto entendemos que deberían realizarse las actuaciones necesarias tendentes a conseguir de los órganos competentes, que, dada la acertada calificación que la propia Administración hace del acrecimiento consorcial, como un derecho de acrecer, estime que no hay transmisión alguna, sino mera expansión automática de la cuota propia de cada consorte por desaparición de un cotitular, y consecuente con ésto, exima del pago de sucesiones el acrecimiento consorcial, tal como venía ocurriendo hasta 1917.

IV.- CURVAS REPRESENTATIVAS PARA EL ESTUDIO DE LA APLICACION DE LA LEY DE SUCESIONES DE 1987 Y LA LEY DE SUCECIONES ANTERIORMENTE VIGENTE.

N.º 1

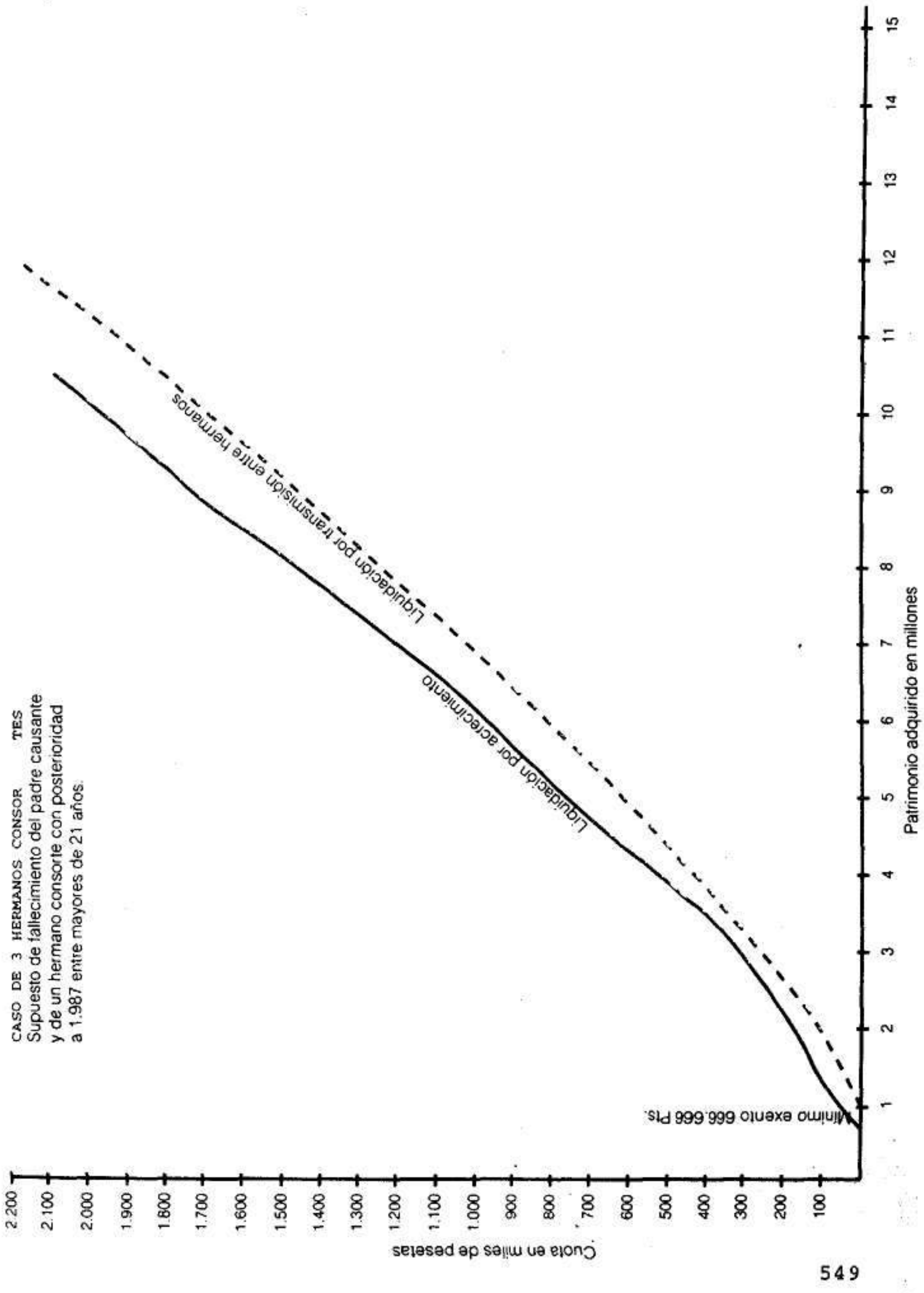


CASO DE 2 HERMANOS CONSOR TES
Supuesto de fallecimiento del padre causante
y de un hermano consorte con posterioridad
a 1.987 entre mayores de 21 años.

N.º 2

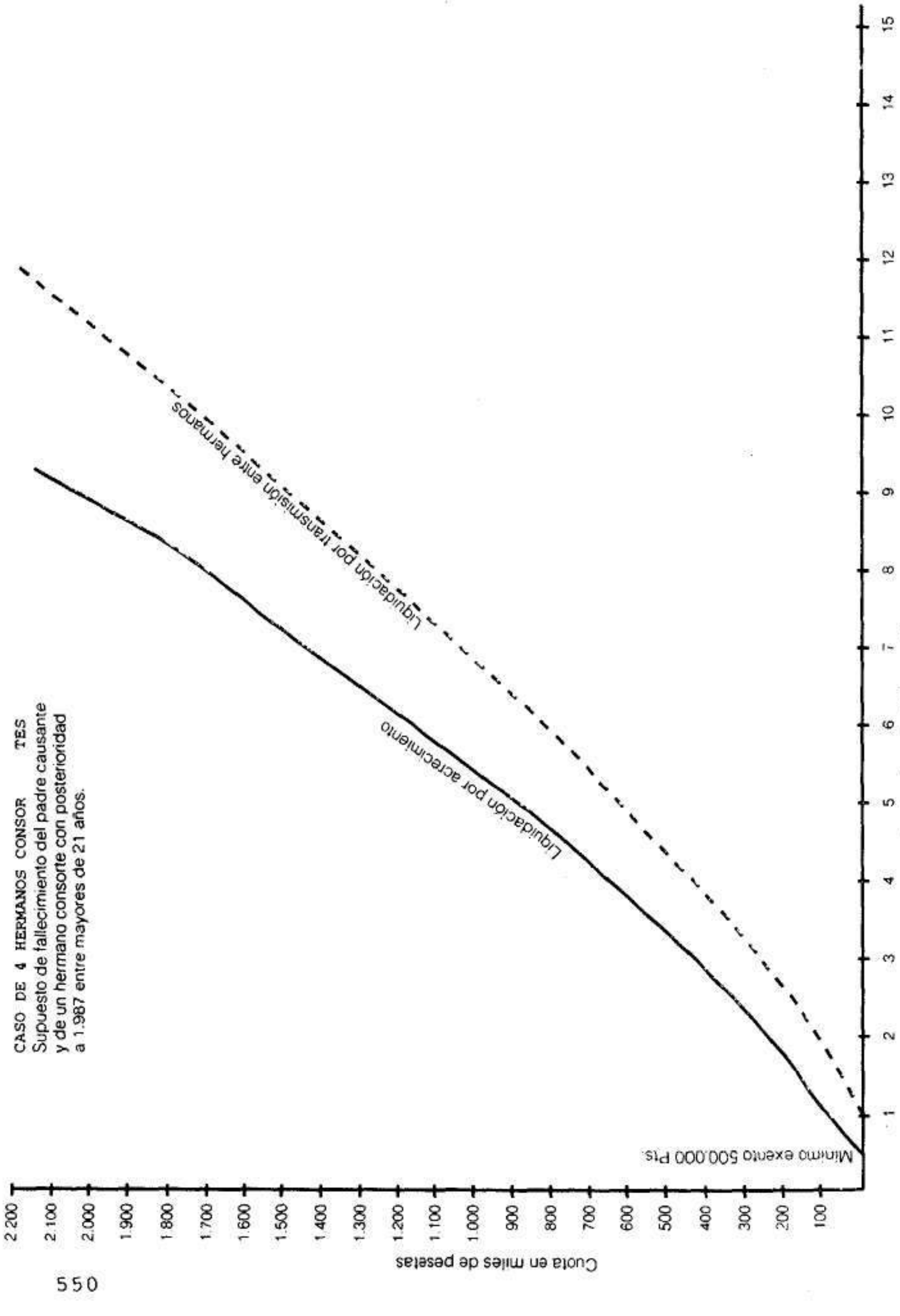
CASO DE 3 HERMANOS CONSORTES

Supuesto de fallecimiento del padre causante y de un hermano consorte con posterioridad a 1.987 entre mayores de 21 años.

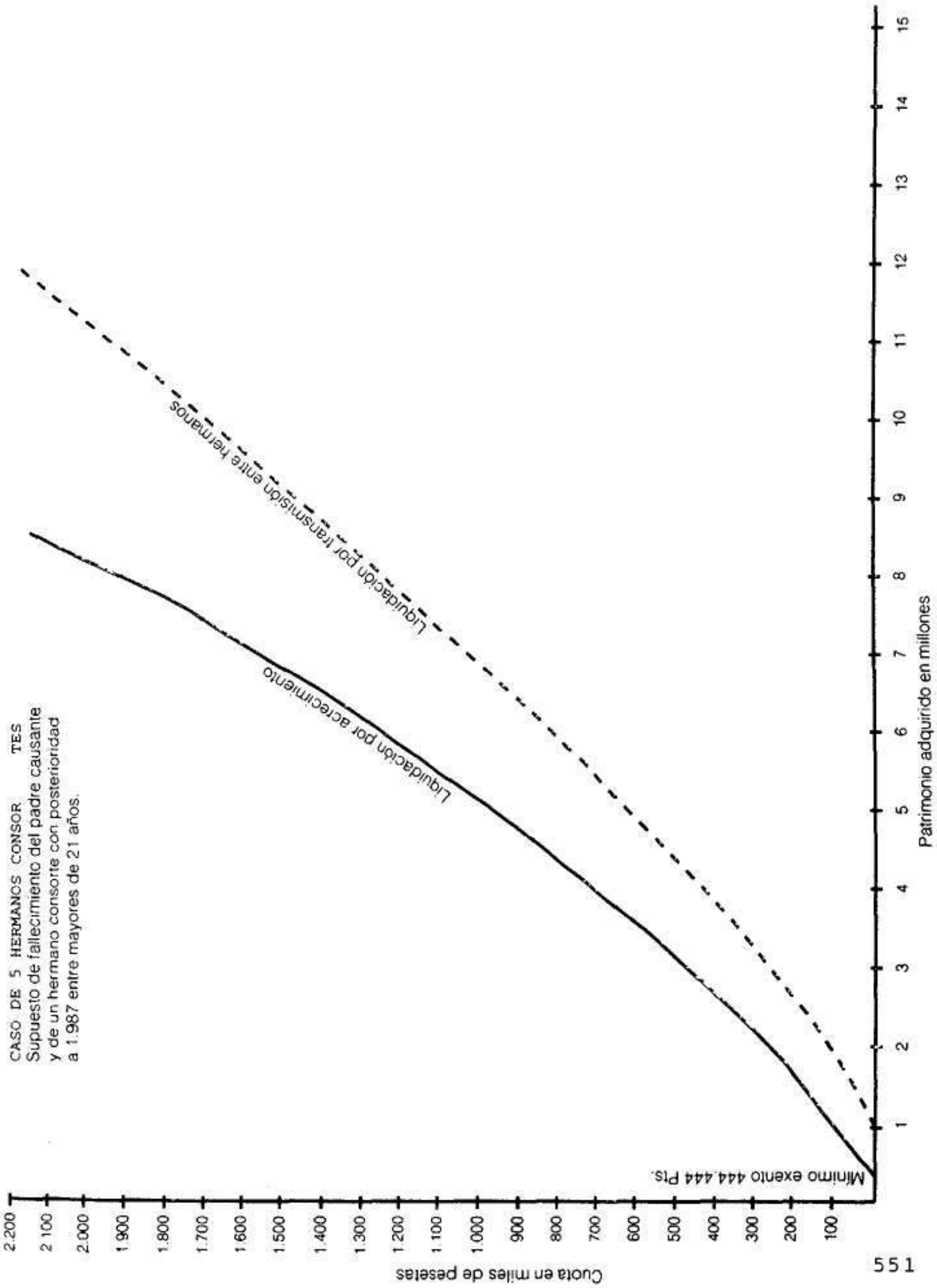


N.º 3

CASO DE 4 HERMANOS CONSOR TES
Supuesto de fallecimiento del padre causante
y de un hermano consorte con posterioridad
a 1.987 entre mayores de 21 años.

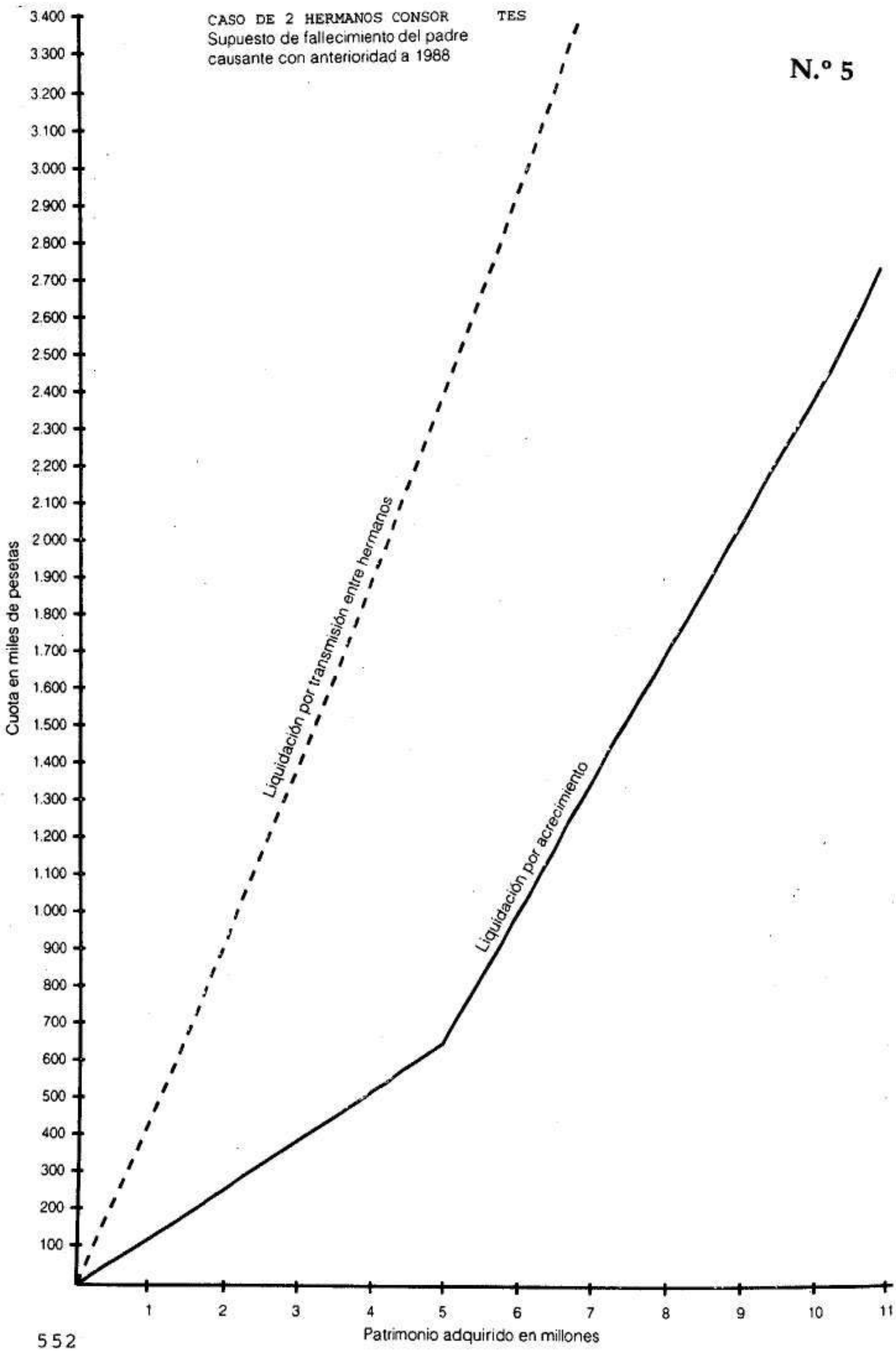


N.º 4


CASO DE 5 HERMANOS CONSOR TES
Supuesto de fallecimiento del padre causante
y de un hermano consorte con posterioridad
a 1.987 entre mayores de 21 años.
Liquidación por acrecimiento
Liquidación por transmisión entre hermanos
Mínimo exento 444.444 Ptas.
Cuota en miles de pesetas
2.200
2.100
2.000
1.900
1.800
1.700
1.600
1.500
1.400
1.300
1.200
1.100
1.000
900
800
700
600
500
400
300
200
100
1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
Patrimonio adquirido en millones

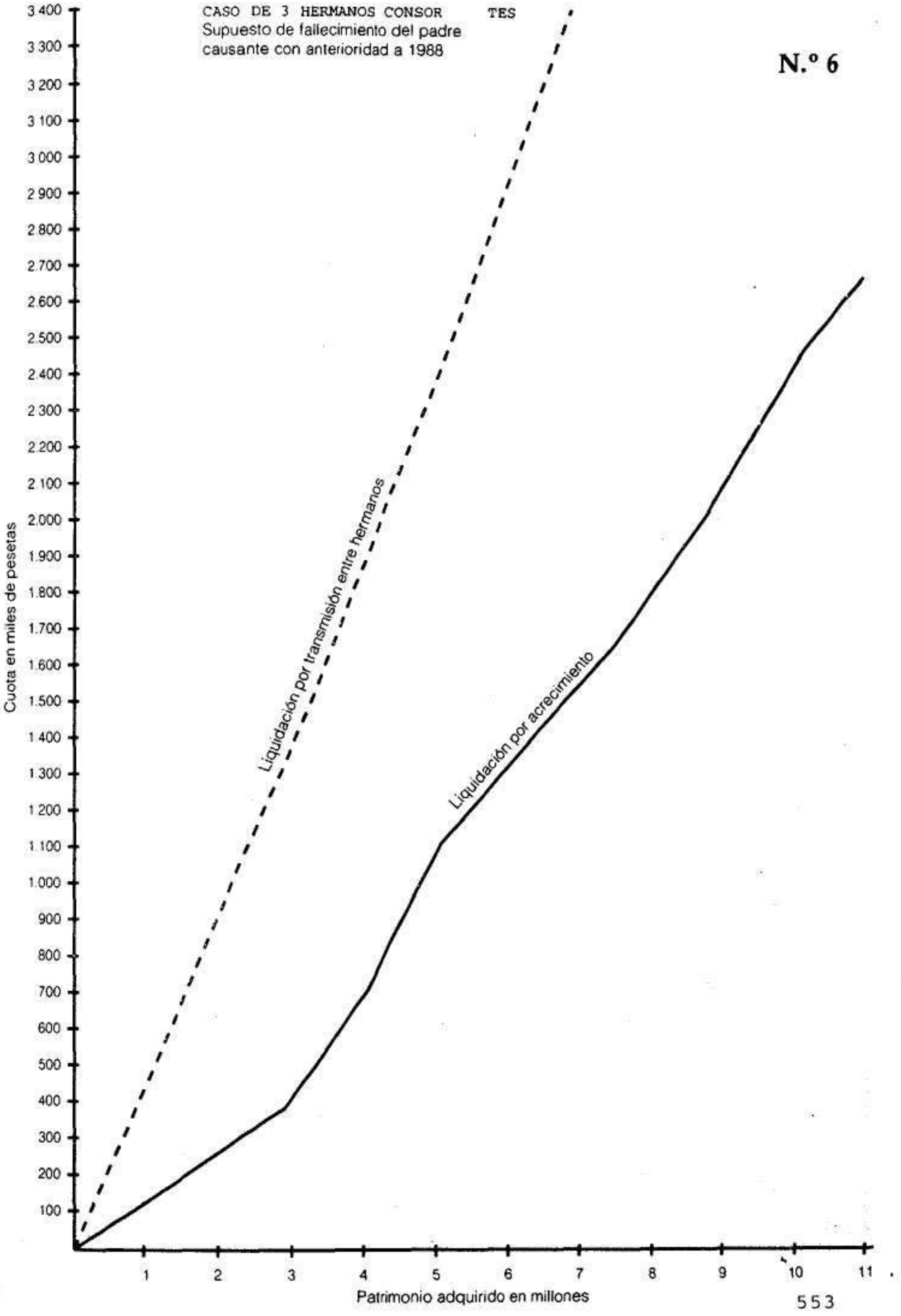
CASO DE 2 HERMANOS CONSOR TES
Supuesto de fallecimiento del padre causante con anterioridad a 1988

N.º 5



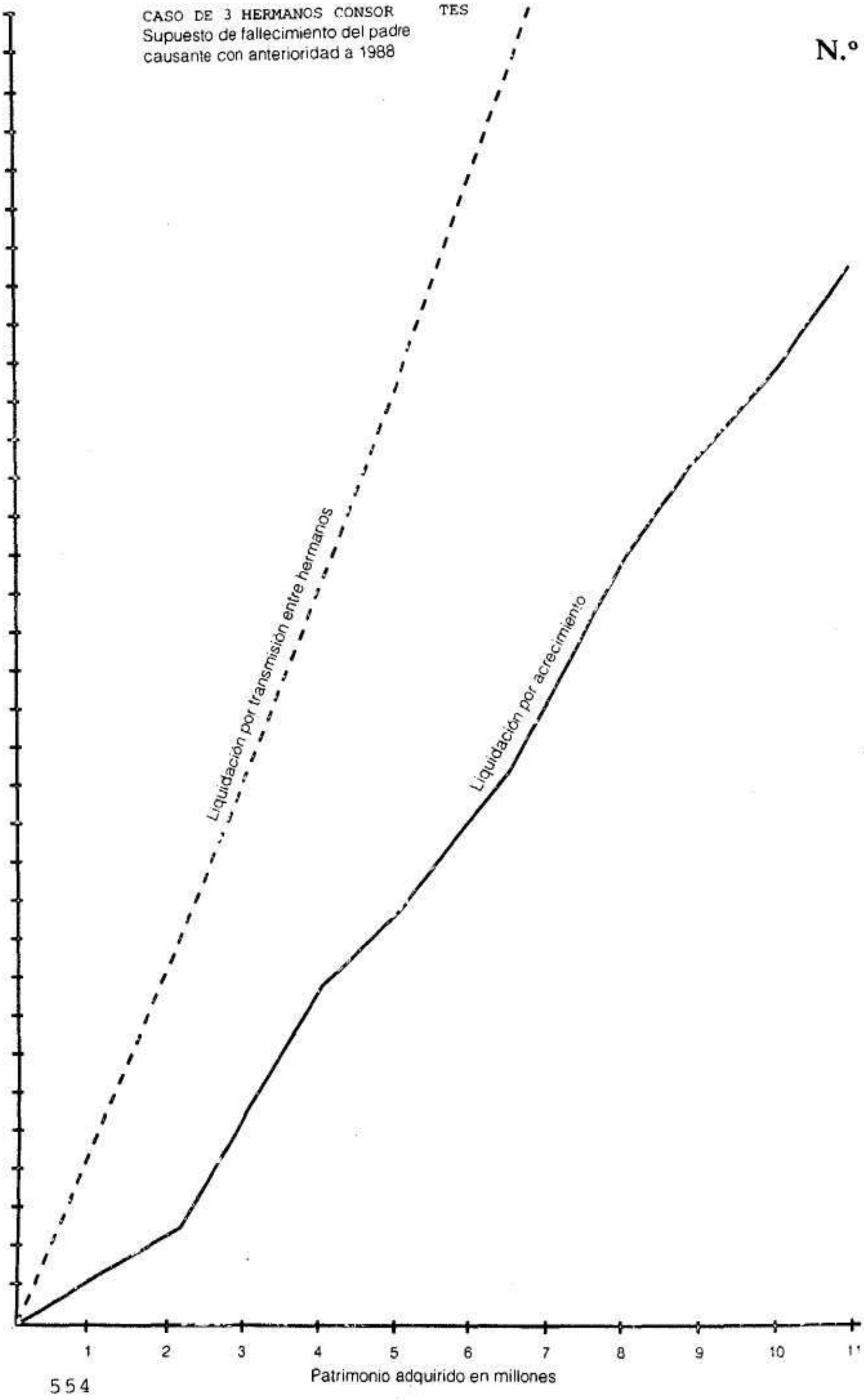
CASO DE 3 HERMANOS CONSOR TES
Supuesto de fallecimiento del padre causante con anterioridad a 1988

N.º 6



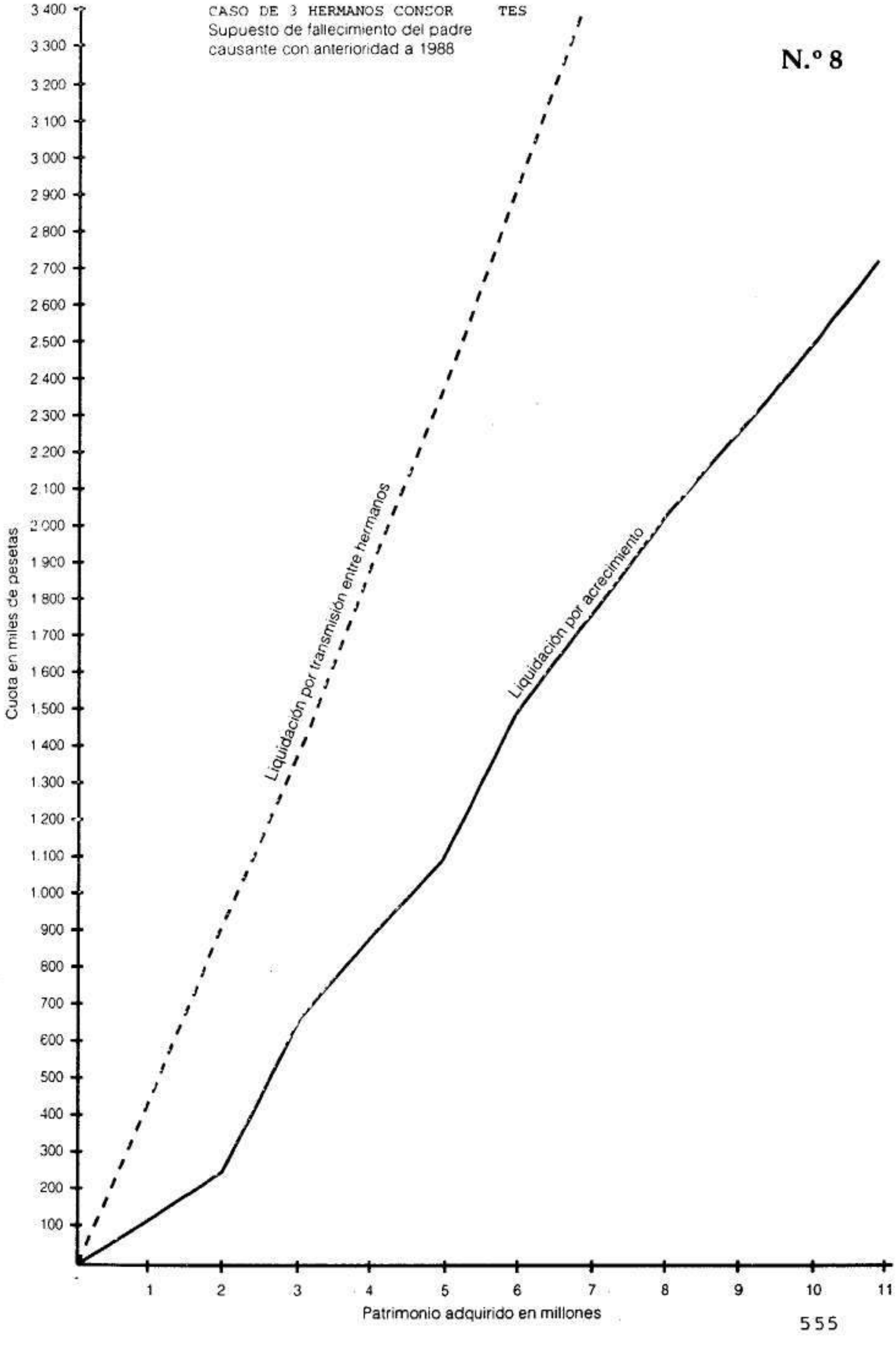
CASO DE 3 HERMANOS CONSOR TES
Supuesto de fallecimiento del padre causante con anterioridad a 1988

N.º 7



CASO DE 3 HERMANOS CONSOR TES
Supuesto de fallecimiento del padre causante con anterioridad a 1988

N.º 8



BIBLIOGRAFIA

I. TEXTOS FORALES

1. *FUEROS DE ARAGON ANTERIORES A LA COMPILACION DE HUESCA.*

- **Fuero de Jaca,** Ramos Loscertales, José Mª. Barcelona, 1927.
- **Fuero de Jaca,** Edición crítica, Molho, Mauricio. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Escuela de Estudios Medievales, Zaragoza, 1964.
- **Compilación Privada de Derecho Aragonés,** publicada por Ramos Loscertales, José Mª. AHDE, I, 1924, pág. 400-408.
- **Recopilación de Fueros de Aragón,** publicada por Ramos Loscertales, José Mª. Textos para el estudio del Derecho aragonés en la Edad Media, AHDE, II, 1925, pág. 491-523.
- **Recopilación de Fueros de Aragón,** publicada por Ramos Loscertales, José Mª. Textos para el estudio del Derecho aragonés en la Edad Media, AHDE, V, 1928, pág. 389-411.

2. *COMPILACION DE 1247 Y RECOPILACIONES CRONOLOGICAS.*

- **Los Fueros de Aragón,** según el Ms. 458 de la Biblioteca Nacional de Madrid, Tilander, Gunnar, Lund, 1937.
- **Vidal Mayor,** traducción aragonesa de la obra *In excelsis Dei thesauris* de Vidal de Canellas, 3 tomos: I. Introducción; II. Texto; III. Vocabulario, publicado por Gunnar Tilander, Lund, 1956.
- **Fueros de Aragón hasta 1265,** publicado por Lacruz Berdejo, José Luis. ADA, II, 1945, pág. 223-362.
- **Fueros de Aragón de 1265 a 1381,** versión romanceada contenida en el Ms. 207 de la Biblioteca Universitaria de Aragón, publicado por Bergua Camón, Jesus. ADA, V, 1949-59, pág. 455-475.
- **Fueros de Aragón,** versión romanceada contenida en el Ms. 208 de la Biblioteca Universitaria de Aragón, publicados por Lacruz Berdejo, José Luis y Bergua Camón, Jesus. Libreria General, Zaragoza, 1953.
- **Fori Aragonum von Codex von Huesca (1247) bis zur Reform Philipps II (1547),** por Pérez Martín, Antonio. Topos Verlag-Faduz, Liechtenstein, 1979, ed. facsimil de la recopilación cronológica.

3. *EDICIONES DEL DENOMINADO "CUERPO DE FUEROS Y OBSERVANCIAS".*

- **Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón,** Savall y Dronda, Pascual y Penén y Devesa, Santiago. Precedida de un Discurso sobre la legislación foral de Aragón. 2 tomos, Establecimiento tipográfico de Francisco Castro y Bosque, Zaragoza, 1866, Ed. privada con base en las oficiales de 1624 y 1667. Bajo la dirección del profesor Delgado Echeverría se ha realizado, en 1991, una edición facsimilar de ésta, con estudio preliminar y traducciones de los textos latinos al castellano, junto a unos completísimos índices. Edita El Justicia de Aragón.
- **Fueros correspondientes a los diversos Tratados que contiene el tomo 1° vertidos del latin al castellano por los autores del *Derecho y Jurisprudencia de Aragón, en sus relaciones con la legislación de Castilla,*** Martón y Gavin, Joaquin y Santapau y Cardos, 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,** Parral y Cristobal, Luis. Primera traducción castellana completa, 4 tomos, Zaragoza, 1907 (tomo I a III), Valladolid, 1910 (tomo IV). El último tomo no trae numeración, ni el nombre del autor.
- **Fueros y Observancias del Reyno de Aragón,** Edición acordada por los Diputados del Reino, de 1664 (Vol. 1°) y 1667 (Vol. 2°), impresa por Pedro Lanaja y Lamarca; 2° volumen de Observancias y 1° de Fueros, puestos al día, última edición oficial.

4. *COLECCIONES DE OBSERVANCIAS.*

- **Savall y Dronda, Pascual y Penén y Debesa, Santiago:** *Fueros, Observancias (de Martin Díez de Aux) y Actos de Corte del Reino de Aragón,* Tomo 2°, Establecimiento tipográfico de Francisco Castro y Bosque, Zaragoza, 1866.
- **Martón y Gavín, Joaquin y Santapau y Cardos, Francisco:** *Observancias del Reino de Aragón (de Martín Díez de Aux) vertidas del latin al castellano por los autores del "Derecho y Jurisprudencia de Aragón en sus relaciones con la legislación de Castilla",* Imprenta y Libreria de Vicente Andrés, Zaragoza, 1865.
- **Parral y Cristobal, Luis:** *Observancias, consuetudines que Regni aragonum in usu communiter habitas,* Impresor A. Martin Sánchez, Valladolid, 1910. Contiene la traducción de las Observancias de Martin Díez de Aux.
- **Martinez Díez, Gonzalo:** *Dos colecciones de Observancias de Aragón,* AHDE, XLV, 1975, pág. 543-594.
- **Martinez Díez, Gonzalo:** *Observancias del Reino de Aragón de Jaime de Hospital,* Introducción y texto crítico, Caja de Ahorros de la Inmaculada, Zaragoza, 1977.

5. FUEROS RELACIONADOS CON EL DE JACA.

- **Fuero de Estella,** publicado por José María Lacarra. AHDE, IV, pág. 404-425.
- **Fuero de Estella,** publicado por José María Lacarra con la colaboración de Angel J. Martín Duque. Diputación Foral de Navarra, Institución Principe de Viana, Pamplona, 1969.
- **Fuero de San Sebastián,** José María Lacarra con la colaboración de Angel J. Martín Duque. Diputación Foral de Navarra, Institución Principe de Viana, Pamplona, 1969.
- **Fuero General de Navarra.** Amejoramiento del rey Don Phelipe, Amejoramiento de Carlos III. Edición realizada conforme a la obra de D. Pablo Ilarregui y D. Segundo Lapuerta, año 1869, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1964.
- **Fuero General de Navarra.** Estudio y edición de las redacciones protosistemáticas (Series A. b), Dos tomos, por Juan Utrilla Utrilla, Edita Gobierno de Navarra, Pamplona, 1987.
- **Fuero de Tudela,** transcrito por José Luís Lacruz Berdejo, del Ms. 11-2-6-406 de la Real Academia de la Historia.
- **Fuero de la Novenera,** publicado por Gunnar Tilander: *Los Fueros de la Novenera,* Estocolmo, 1951.
- **Fuero de Viguera y Val de Funes,** publidado por José Mª Ramos Loscertales, Salamanca, 1956.

6. 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 historía 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 Excma. 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 Saez; estudio histórico-jurídico por Rafael Gibert; estudio lingüistico y vocabulario por Manuel Alvar. Ed. Excma. 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 Smenjaud, Madrid, 1935.
- **Fueros del Reino León.** Ediciones Leonesas, 1981, T. I "Estudio crítico" por Justiniano Rodriguez 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. publicanlo, con notas históricas y legales los Doctores D. Ignacio Jordán de Asso y del Río y D. Miguel de Manuel Rodriguez, Madrid, MDCCLXXI, por D. Joaquín Ibarra, 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 jurisconsulto Excmo. Sr. D. Victor Covián y D. Juan J. Permanyer, Imprenta Querol, Tortosa, 1912.
- **El Fuero, privilegios, franquezas y libertades del M.N. y M.L. Señorío de Vizcaya,** edita Excma. 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 Academía de la Historia, Madrid, 1847.
- **Fuero de Soria,** publicado por Galo Sánchez en *Fueros castellanos de Soria y Alcalá de Henares,* Madrid, 1919.
- **Fuero de Brihuega,** publicado por Juan Catalina Gencía, Madrid, 1887.

II. OTROS TEXTOS JURIDICOS.

- **El Digesto de Justiniano.** Versión castellana por A. D'Ors, F. Fernández-Tejero, P. Fuenteseca, M. Garcia-Garrido y J. Burillo, 3 tomos, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1968 (el 1º T.), 1972 (el 2º T) y 1975 (el 3º).
- **Liber Judicum 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 DIPLOMATICAS.

BOFARULL Y MASCARO, Próspero:
- *Colección de Documentos inéditos del Archivo General de la Corona de Aragón*, 4, Barcelona, 1849 y i, 1851.

DURAN GUDIOL, Antonio:
- *Colección diplomática de la Catedral de Huesca*, 2 tomos, Edita Escuela de Estudios Medievales de Zaragoza, Zaragoza, 1965.

ESCALONA, Romualdo:
- *Historia del Real Monasterio de Sahagún*, Madrid, 1782.

FLORIANO, Antonio C.:
- *Colección diplomática del Monasterio de Belmonte*, Oviedo, 1960.

IBARRA Y RODRIGUEZ, Eduardo:
- *Documentos correspondientes al reinado de Sancho Ramirez*, Zaragoza, 1913.

LACARRA, José Mª:
- *Colección diplomática de Irache*, Zaragoza, 1969.

LOSCERTALES DE GARCIA DE VALDEAVELLANO, Pilar:
- *Tumbos del Monasterio de Sobrado de los Monjes*, Madrid, 1976, 2 tomos.

MARTIN DUQUE, Angel:
- *Colección diplomática de Obarra*, 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 Tumbo del Monasterio de San Martín de Castañeda*, León, 1973.

RUBIO, Luís:
- *Los documentos del Pilar, s. XII*, Zaragoza, 1971.

SANCHEZ BELDA, Luis:
- *Cartulario de Santo Toribio de Liébana*, Madrid, 1948.

SERRANO, Luciano:
- *Cartulario de San Vicente de Oviedo*, Madrid, 1929.
- *Cartulario de San Millán de la Cogo!la*, Madrid, 1940.
- *Colección diplomática de San Salvador del Moral*, Valladolid, 1906.
- *Cartulario de San Pedro de Arlanza*, Madrid, 1923.

SERRANO SANZ, M.:
- *Noticias y documentos históricos del Condado de Ribagorza hasta la muerte de Sancho Garcés III (Año 1035)*, Ed. Centro de Estudios Históricos, Madrid, 1912.
- *Documentos del Monasterio de Celanova*, RCJS, 1929, pág. 5-47 y 512-524.

UBIETO ARTETA, Agustín:
- *Documentos de Sigena*, Valencia, 1972.

UBIETO ARTETA, Antonio:
- *Cartulario de San Juan de la Peña*, Valencia, 1962, Vol. 1° y 2°.

VIGNAU, Vicente:
- *Cartulario del Monasterio de Esbonza*, Madrid, 1884.

YELA UTRILLA:
- *El Cartulario de Roda*, Lérida, 1932.

IV. OBRAS DE DERECHO CIVIL ARAGONES ANTERIORES AL SIGLO XIX POR ORDEN CRONOLOGICO.

1. SIGLOS XVI y XVII.

MOLINO, Miguel del:
- *Repertorium fororum et observantiarum regni Aragonum, una pluribus cum determinationibus consilii Justitiae Aragonun, practicis atque cautelis eisdem fideliter annexis*, Caesaraugustae, 1585.

SOLER, Jacobo:
- *Suma de los fueros y observancias del noble e ínclito reyno de Aragón*, Zaragoza, 1525. Ed. facsimil Ed. Consejo de Estudio de Derecho Aragonés. Con fecha 22-noviembre-1989, día del fallecimiento del profesor Lacruz Berdejo.

MOLINOS, Pedro:
- *Práctica indiciaria del Reino de Aragón*, 1ª ed., Caesaraugustae, 1575.

PORTOLES, Hieronimo:
- *Scholia sive Adnotationes ad Repertorium Micaelis Molini Super Foris et Observantiies Regni Aragonum,* Auctore Hieronimo Portolés, Juris utriusque Doctore, Caesaraugustae, Anno MDLXXXVII, 1ª parte; las tres partes restantes son de 1588, 1590 y 1592 respectivamente.

PORTOLES, Hieronimo:
- *Tractatus de consortibus ejusdem rei et fideicommisso legali,* Nova editio, Caesaraugustae. No se consigna el año de impresión. La aprobación otorgada en Pamplona por el Licenciado Monreal lleva fecha de 26 de febrero de 1619. Traducido al castellano por Martón y Gavín, Joaquín y así publicado en Zaragoza en 1888.

BARDAJI, Ibando de:
- *Comentarii in quatour Aragonensium Fororum libros,* Caesaraugustae, MDLXXXXII.

MONSORIU, Bernardino de:
- *Summa de todos los Fueros y Observancias del Reyno de Aragón y de las Determinaciones y Prácticas, referidas por nicer Miguel del Molino en su Repertorio,* Zaragoza, 1589. Reimpresa en 1981 por el Colegio de Abogados de Zaragoza.

MONTER DE LA CUEVA, Martín:
- *Desisionum Sacrae Regiae Audientiae Caesaraugustanae civilium Regni Aragonum, discursu theorico et practico compactarum, tomus primus,* Zaragoza, 1598.

ANIÑON, Andrés Serveto:
- *Tractatus de Successionibus ab-intestato juxta Aragoniae leges in tria capita, descendentiu, ascendentium et collateralium tripartitus.* Auctore Egregio D. Andrea Serveto Anignono caesaraugustano utriusque iuris Doctore vigilantissimo, Caesar-augustae, Anno 1671. Traducido al castellano por Martón y Gavín, Joaquin y así publicado en 1888 en Zaragoza.

CASANATE, Luis de:
- *Consiliorum sive responsorum,* Zaragoza, 1606.

SESSE Y PIÑOL, José:
- *Decisionum Sacri Senatus Regii Regni Aragonum, et Curiae Domini Justitiae Aragonum, causarum civilium et criminalium,* edición completa de Francfort, 1619, en dos tomos. Según Latassa hay ediciones separadas, del tomo 1º (161); 2º (1615); 3º y 4º (1624), todas de Zaragoza.

SUELVES Y ESPAÑOL, Juan Cristobal:
- *Consiliorum decissivorum centura prima,* Zaragoza, 1641.
- *Consiliorum decissivorum, post priman centuriam, semi-centuria,* Zaragoza, 1642.
- *Consiliorum decissivorum semicentura secunda,* Zaragoza, 1646.

VARGAS MACHUCA, Juan Crisóstomo de:
- *Decisiones utriusque Supremi Tribunalis Regni Aragoniae,* Nápoles, 1676.

EJEA Y TALAVERO, Luis:
- *Brevis discutio ad intelligentiam fororum Aragoniae de coenis,* Zaragoza, 1678.

LOPEZ MARTINEZ, Juan Luis:
- *Ad nonnullos Aragoniae foros emindationes,* Matriti, 1679.

2. *SIGLO XVIII.*

LISSA Y GUEVARA, Gil Custodio de:
- *Tyrocinium Jurisprudentiae forensis, seu Animadversiones theorico-practicae juxta foros aragonum in IV libros Institutionum iuris imperatoris Iustiniani,* Zaragoza, 1788. La primera edición es de 1703. Esta de 1788 contiene una especie de Apéndice que lleva este epígrafe: *Annotationes ad Tyrocinium iuris D. Aegidii D. Lissa et Nolivos ad praxim apprime conducentes, fere omnes ab eodem Auctore elaboratae.*

FRANCO VILLALBA, Diego:
- *Fororum atque Observantiarum Aragoniae Code sive innodata methodica compilatio iure civile ac canonico fulcita legibus Castellae conciliata et omnigena eruditione contexta,* 2ª ed., Zaragoza, 1743. La primera edición es de 1727.

MARTINEZ, Manuel Silvestre:
- *Libreria de Jueces,* 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 los Monitorios* 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 los Monitorios, con un Discurso general acerca de la naturaleza de sus recursos, en que se insiere otro Tratado de los Emparamientos, 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. *BIBLIOGRAFIA ARAGONESA DE LOS SIGLOS XIX Y XX INDICADA POR ORDEN ALFABETICO.*

ALBALADEJO, Manuel:
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Compilación de Aragón,* T. XXXIII, XXXIV, vol. 1º y 2º, Ed. Revista de Derecho Privado.

ALBAREDA, Manuel:
- *Algunas Instituciones de Derecho Aragonés y Navarro* , Zaragoza, 1952.

ALONSO LAMBAN, Mariano:
- *Las formas testamentarias 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 del notariado en la Alta Edad Media de Aragón,* ADA, 1949-50.
- *Noticia informativa sobre el hogar familiar ruso,* Revista de Derecho Notarial, XLIX-L (1965), pág. 232 y ss.
- *Ante la publicación de "Vidal Mayor",* ADA, VIII (1955-56), pág. 295 y ss.
- *La posibilidad de adoptar habiendo hijos legítimos en el genuino Derecho Aragonés,* ADA, VII (1953-54), pág. 69 y ss.

ALONSO MARTINEZ, Manuel:
- *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales,* Madrid, 1884 y 1885, dos tomos.

ARAGÜES PEREZ,
- *Standum est chartae,* B.C.A.Z., nº 63, 1 octubre 1976, pág. 3 y ss.

ARVIZU (de), F.:
- *En torno a un artículo del profesor Lalinde sobre la legítima aragonesa,* Ministerio de Justicia, s/f.

AZPEITIA, Mateo:
- *El consorcio foral, la sociedad técita familiar y la sociedad legal continuada* , Zaragoza, 1904.

BALAGUER, Victor:
- *Instituciones y resyes de Aragón* , Madrid, 1896.

BATALLA GONZALEZ, Manuel:
- *Disponibilidad de los bienes en Aragón cuando existen reserva a favor de los instituyentes o usufructos de viudedad* , ADA, I (1944), pág. 351 y ss.
- *Derecho de la persona y de la familia: del régimen económico conyugal,* B.C.A.Z. (1967-68), pág. 67 y ss.

BELLED HEREDIA, José Mª:
- *La sucesión intestada en el Derecho Aragonés,* RCDI, 1968, pág. 504 y ss.

BERGUA CAMON, Jesús:
- *La viudedad en nuestro Derecho foral* , ADA, XIII (1965-66-67), pág. 418 y ss.

BIBLIOTECA JUDICIAL:
- *Legislación foral de España. Derecho vigente en Aragón* , con prólogo del Excmo. Sr. D. Joaquín Gil Berges, dos tomos, Madrid, 1888.

BLANCAS, Gerónimo:
- *Aragonensium Rerum Comentarii* , Ed. fasc. castellana, Zaragoza, 1878.

BLAS Y MELENDO, Andrés:
- *Derecho Civil Aragonés ilustrado con la doctrina de los autores forales, con el derecho común y con la Jurisprudencia aragonesa del Tribunal Supremo* , 2ª edición, Zaragoza, 1898.

BONILLA Y SAN MARTIN, Adolfo:
- *El Derecho Aragonés en el siglo XII (Apuntes y documentos)* , II Congreso de Historia de la Corona de Aragón, I, Huesca, 1920, pág. 173-294.

CANELLAS LOPEZ, Angel:
- *El Cuadernillo del Pilar* , Miscelánea D. José Mª Lacarra, Zaragoza, 1968.

CASAJUS Y GOMEZ DEL MORAL, Roberto:
- *El Derecho de familia en la Legislación aragonesa* , Discurso leido en la Universidad de Zaragoza el 1º de octubre de 1880. Reimpreso por esta Universidad; con prólogo del Dr. D. Juan Moneva y Puyol y un epílogo del Dr. D. Salvador Minguijon y Adrían, Zaragoza, 1947.

CASALS COLLDECARRERA, Miguel:
- *Doctrina Foral del Tribunal Supremo,* Aguilar, S.A. de ediciones, Madrid, 1952.

CASANATE, Luis:
- *Consiliorum sive responsorum ludovici de Casanate,* Caesaraugustae, MDCVI.

CASTAN TOBEÑAS, José:
- *Aragón y su Derecho (Reflexiones ante la nueva Compilación Civil),* RGLJ, Tomo LIV de la segunda época, núm 5, mayo, 1967, pág. 765 y ss.
- *Derecho civil español, común y foral. Introducción y Parte General,* 7ª ed., Madrid, 1949.

COLEGIO DE ABOGADOS DE ZARAGOZA:
- *Colección de jurisprudencia aragonesa.* De 1968 a 971 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 B.C.A.Z.; desde 1978 hasta hoy como suplemento del "Boletín de los Colegios de Abogados de Zaragoza" (BCAA) (continuación del BCAZ).

COMIN, Pascual:
- *Dictámen que presentó al Congreso de Jurisconsultos aragoneses de 1880.* Contenido en el libro que Martón y Gavín (Joaquín) publicó en 1888 sobre la traducción al castellano de los *Tratados de Sucesiones Intestadas y De los consortes en una misma cosa y fideicomiso legal,* de Aniñón, Lissa y Portolés.

COSTA, Joaquín:
- *Derecho Consuetudinario y Economía Popular de España* , Tomos I y II, Guara editorial, Zaragoza, 1981.
- *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses* , Guara Editorial, Rep. Zaragoza, 1981.
- *Derecho consuetudinario del Alto Aragón,* Madrid, 1880.

CRISTOBAL MONTES, Angel:
- *La sucesión contractual aragonesa* , Pórtico, Zaragoza, 1978.
- *La renuncia a la legítima en el Derecho civil aragonés,* RCDI, 1980, pág. 9.

DE LA FUENTE, Pedro:
- *La interpretación de los Fueros de Aragón* , RDP, XXIX (1945), pág. 312 y ss.

DELGADO ECHEVERRIA, Jesús:
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. De la nulidad de los contratos* , Tomo XVII, Vol. 2º, Madrid, 1981.
- *Relaciones entre ascendientes y descendientes* , Jornadas de Derecho Civil Aragonés, Jaca, 1985, Ed. Cortes de Aragón, Zaragoza, 1986.
- *La comunidad conyugal continuada en el Apéndice Aragonés,* Separata de ADA, XII, 1963-64, pág. 181 y ss.
- *Vidal Mayor, un libro de Fueros del siglo XIII,* estudio introductorio a la edición facsimilar del "Vidal Mayor", Instituto de Estudios Altoaragoneses con el patrocinio de la Diputación de Huesca, pág. 43-81.
- *Los Fueros de Aragón. Fueros, Observancias y Actos de Corte,* Segunda Muestra de Documentación Histórica Aragonesa, Centro de Documentación Bibliográfica Aragonesa, Diputación General de Aragón.
- *El Derecho Aragonés. Aportación jurídica a una conciencia regional* , Alcrudo editor, Zaragoza, 1977.
- *La viudedad aragonesa en el Derecho interregional,* ADA, XVII (1974-75-76), pág. 61 y ss.
- *Joaquin Costa y el Derecho Aragonés (libertad civil, costumbre y codificación)* , Facultad de Derecho de Zaragoza, 1978.
- *Fuentes Jurídicas,* Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón, Zaragoza, 1988, pág. 99-196.
- *De las relaciones entre ascendientes y descendientes,* Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón, Zaragoza, 1988, pág. 405-414.
- *De las relaciones personales,* Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón, Zaragoza, 1988, pág. 415-456.
- *De los bienes de los menores,* Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón, Zaragoza, 1988, pág. 457-491.

DEL PLANO, Juan:
- *Manual del Abogado Aragonés , por un jurisconsulto de Zaragoza,* Madrid, 1842.

DIESTE Y JIMENEZ, Manuel:
- *Diccionario del Derecho civil aragonés,* Madrid, 1869.

EIROA GARCIA, Emilio:
- *Fiscalidad de las Instituciones Forales* , Jornadas de Derecho Civil Aragonés, Jaca, 1985, Ed. Cortes de Aragón, Zaragoza, 1986.

ENCICLOPEDIA JURIDICA SEIX, T. VIII, v. consorcio foral.
ESTUDIOS SOBRE DERECHO SUCESORIO ARAGONES:
- Trabajos del *Seminario de Derecho Foral*, Curso (1985-1986), Departamento de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, Ed. Secretariado de Publicaciones.

FAIREN GUILLEN, Victor:
- *El Derecho Aragonés desde el Decreto de Nueva Planta hasta el Código Civil*, RDP, 1945, pág. 358-369 y 428-435.
- *Notas sobre la técnica fiscal aragonesa*, ADA, I (1944), pág. 239 y ss.
- *El fuero del señorío de Vizcaya en lo civil durante los siglos XVIII y XIX*, RGLJ, Tomo 179, pág. 300 y ss.
- *Partición*, Enciclopedia Jurídica Seix, voz partición.

FONT RIUS, J.M.:
- *Código de Huesca*, Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, IV, Barcelona, 1952, pág. 298-303.

FRANCO Y LOPEZ, 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, escrita con arreglo a lo dispuesto en el Real Decreto de 2 de febrero de 1880*, Zaragoza, 1886.
- *Adición a la Memoria que sobre las Instituciones civiles de Aragón presentó al Gobierno de S.M. en 1880, con arreglo a lo dispuesto en el Real Decreto de 1 de febrero del propio año*, Zaragoza, 1893.

FRANCO Y LOPEZ, Luis y GUILLEN Y CARAVANTES, Felipe:
- *Instituciones de Derecho Civil Aragonés*, Zaragoza, 1841.

FUENTE Y PERTEGAZ, 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, nº 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:
- *Sobre las Observancias aragonesas de Jaime de Hospital*, AHDE, 48 (1978), pág. 565 y ss.

GARCIA-GRANERO FERNANDEZ, Juan:
- *Vidal Mayor: Versión romanciada navarra de la "Maior Compilatio" de Vidal de Canellas*, AHDE, L (1980), pág. 243 y ss.

GIL BERGES, Joaquin:
- *Los mostrencos en el Tribunal Supremo, o sea Estudio sobre la vigencia de las instituciones forales españolas en materia de sucesiones intestadas*, Zaragoza, 1920.

GUTIERREZ 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 Aquisgran*, 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.
- *En torno a la formación del Fuero General de Navarra*, AHDE, L (1980), pág. 93.
- *Notas para la formación de las familias de fueros navarros*, AHDE, X, 1933, pág. 203-272.

LACRUZ BERDEJO, Jose Luis:
- *La claúsula "si sine liberis decesserit" en el Derecho Aragonés*, Libro Homenaje a D. Juan Moneva y Puyol, Estudios de Derecho Aragonés, Zaragoza, 1954.
- *Derecho de sucesión por causa de muerte: De las legitimas; De la sucesión intestada; normas comunes a las diversas clases de sucesión (Artículos 119 a 142 inclusive de la Compilación)*, B.C.A.Z.,1967-68 (24-31), 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 Ibercaja, Zaragoza, 1976.
- *Objetivos y método de la codificación aragonesa*, ADA, XIII (1965-66-67), pág. 311 y ss.
- *Contribución a la metodología del Derecho Privado de Aragón*, Libreria General, Zaragoza, 1946.
- *Sobre la prelación entre Fueros y Observancias*, ADA, III (1946), pág. 357 y ss.
- *El principio aragonés "Standum est chartae"*, separata del Comentario al art. 3° Compilación. También en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, vol. 1°, Zaragoza, 1988.
- *Las legítimas en la Compilación*, R.Cr.D.I., 1968, pág. 536 y ss.
- *Dos textos interesantes para la Historia de la Compilación de Huesca*, AHDE (1947), pág. 531 y ss.
- *Onerosidad y gratuidad en la constitución de la dote*, Revista Jurídica de Cataluña, 1952.
- *El régimen matrimonial de los Fueros de Aragón*, ADA III (1946), pág. 18-152.
- *Algunos caracteres del derecho de viudedad*, ADA, III (1946), pág. 353 y ss.
- *Naturaleza juridica del consorcio conyugal aragonés*, ADA, V (1949-50), pág. 243-348.
- *Los derechos forales*, Revista "Universidad", n° 2, 1948, Zaragoza.
- *La discusión actual en torno a los Derechos forales*, Revista Arbor, n° 31-32, Madrid, 1948.
- *El consorcio foral aragonés*, Moneda y crédito, 1977. Separata del libro homenaje a Emilio Gómez Orbaneja.
- *El principio aragonés "Standum este chartae"*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, ADC, Madrid, 1986.
- *Preterición e injusta desheredación en el Derecho aragonés vigente*, ADC, 1968, pág. 513 y ss.
- *Muebles por sitios o viceversa*, Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón, Zaragoza, 1988, pág. 724-739.
- *Firma de dote*, Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón, Zaragoza, 1988, pág. 744-801.

LACRUZ BERDEJO, José Luis y RAMS ALBESA, Joaquin:
- *La comunidad matrimonial de conquistas en Navarra*, Revista Jurídica de Navarra, 2° Semestre, 1988, Ed. Gobierno de Navarra, pág. 11-34.

LA FUENTE, Vicente:
- *La libertad de testar por Fuero*, Disertación leida en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas el 24 de febrero de 1885. Forma parte del tomo 2° de los *Estudios críticos sobre la Historia y el Derecho de Aragón*, Madrid, 1885.

LALINDE ABADIA, Jesús:
- *Los Fueros de Aragón*, Zaragoza, 1976.
- *Las instituciones de la Corona de Aragón en el siglo XIV*, 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 en el "Privilegio 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. 1°, Zaragoza, 1988, pág. 11 y ss.
- *Algunas precisiones conceptuales sobre la legítima aragonesa*, Separata de AHDE, Madrid, 1985.
- *De la nacionalidad aragonesa a la regionalidad*, ADA, XVI (1972-73), pág. 139 y ss.

LORENTE SANZ, José:
- *El anteproyecto de Compilación y el proyecto de ley en la Comisión General de Codificación y en las Cortes españolas*, ADA, XIII (1965-66-67), pág. 341 y ss.
- *Breve nota sobre la troncalidad en las sucesiones testada y contractual*, ADA (1949050), pág. 449.
- *Disolución y continuación de la comunidad conyugal*, ADA, XIII (1965-66-67), pág. 424 y ss.
- *Crónica de Jurisprudencia*, ADA, XIII (1965-66-67), pág. 511 y ss.
- *Opinión reciente sobre la viudedad*, ADA, III (1946), pág. 345 y ss.
- *Observaciones sobre el principio de disposición de los bienes comunes*, ADA, (1949-50), pág. 433 y ss.
- *Crónica 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: Disolución, liquidación y división de la sociedad conyugal. De la comunidad conyugal continuada*, B.C.A.Z., 1967-68, pág. 87 y ss.

LORENTE SANZ, José y MARTIN-BALLESTERO, Luis:
- *La norma en el orldenamiento jurídico aragonés*, ADA (1944), pág. 35-141.

LOZANO, Ricardo:
- *La viudedad foral aragonesa*, RDP, 1914, pág. 416 y ss.

MAINAR, David:
- *La institución "Casa Aragonesa" y la Compilación*, ADA, XIII (1965-66-67), pág. 415.

MANRESA Y NAVARRO, José Mª:
- *Comentarios al Código Civil*, Tomo I, 6ª ed., Reus, Madrid, 1943.

MARTIN-BALLESTERO Y COSTEA, Luis:
- *La Casa en el Derecho Aragonés*, Ed. Estudios de Derecho Aragonés, Zaragoza, 1944.
- *Los Derechos Hispánicos (comparados a través de la Compilación del Derecho Civil de Aragón)*, ADA, XV (1970-71), pág. 11-87.
- *Más acerca del concepto y naturaleza del "Standum est chartae"*, Estudios Castán, III, Pamplona, 1969, pág. 303.
- *Aragón ante la unificación del Derecho privado*, RDP, marzo, 1944, pág. 209-220.
- *La unificación del Derecho privado en España*, ADC, 1956, T. IX, pág. 505-532.
- *De la viudedad*, B.C.A.Z., 1967-68, pág. 105-126.

MARTIN BALLESTERO, Luis y LORENTE SANZ, José:
- *La norma en el orldenamiento jurídico aragonés*, ADA (1944), pág. 70 y ss.

MARTIN COSTEA, Alberto:
- *Del Consorcio Foral*, Imprenta Moderna, Calatayud, sin fecha de edición.

MARTIN RETORTILLO, Cirilo:
- *Liquidación del impuesto de derecho reales de los nombramiento de herederos por comisarios en Aragón*, RDP, 15 (1928), pág. 48-50.
- *El impuesto de derechos reales aplicado a instituciones forales*, RDP, 1945, pág. 435 y ss.

MARTINEZ DIEZ, Gonzalo:
- *En torno a los Fueros de Aragón de las Cortes de Huesca de 1247*, AHDE, L (1980), pág. 69 y ss.

MARTINEZ SARRION, A.:
- *En torno a la familia foral*, R.CR.D.I., 1964, mayo, pág. 380.

MARTON Y GAVIN, Joaquin:
- Prólogo a la traducción de *Tratados de Sucesiones Intestadas* de Aniñón y Lissa y *Tratado de los consortes en una misma cosa y fideicomiso legal* de Portolés, Zaragoza, 1888.
- Traducción de*Tratados de Sucesiones intestadas y de los consortes en la misma cosa y fideicomiso legal según los Fueros de Aragón, publicados en latin por D. Andrés Serveto Aniñón, D. Gíl Custodío de Lissa y Guevara y D. Jerónimo Portolés*, Zaragoza, 1888.

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*, Libreria General, Zaragoza, 1976.
- *El derecho de abolorio 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 viudedad*, ADA, XVI (1972-73), pág. 192-205.

MONER, Joaquin Manuel de:
- *Una voz salida del Congreso de Jurisconsultos aragoneses y sesiones celebradas en Zaragoza en 1880 y 1881*, Rivagorza, Fonz, 1881.

MONEVA PUYOL, Juan:
- *Introducción al Derecho Hispánico*, Colección Labor, s/f 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 económico 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 1°, 1904, Tomo 2°, 1905, Tomo 3°, 1906.

MUÑOZ SALILLAS, Juan:
- *El consorcio foral. Una institución que desapareció del Apéndice vigente y que no debe llevarse al que se proyecta*, ADA, VII (1953-54), pág. 133 y ss.

NAVAL SCHMIDT, Eduardo:
- *Compilación articulada del Derecho foral vigente en Aragón y conclusiones aprobadas por el Congreso de Jurisconsultos 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 familia en la Compilación del Derecho Civil de Aragón (Concepto y principios)*, ADC, T. XX, pág. 697 y ss.
- *Derecho de sucesión por causa de muerte: modos de delación hereditaria; de la sucesión testamentaria; de la sucesión paccionada; de la fiducia sucesoria (arts. 89 a 118 inclusive de la Compilación)*, B.C.A.Z., n° 26, 1967-68, pág. 127 y ss.
- *La insinuación de donaciones en Aragón*, Libro Homenaje a D. Juan Moneva y Puyol, Estudios de Derecho Aragonés, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Zaragoza, 1954.
- *La fiducia sucesoria*, ADA, XIII (1965-66-67), pág. 451.
- *Concepto de Derecho Civil de Aragón*, Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Tomo I, Barcelona, 1950.

PELAYO HORE, Santiago:
- *Los pactos sucesorios*, ADC, Tomo XX, pág. 819 y ss.

PEÑA, Emilio de la:
- *Recopilación por orden de materias de los Fueros y Observancias vigentes en el antiguo Reino de Aragón, adicionada con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y precedida de un Prólogo del Excmo Sr. D. Joaquín Gil Berges*, Zaragoza, 1880.

PEREZ MARTIN, Antonio:
- *El estudio de la recepción del Derecho común en España*, en *Primer Seminario de Historia del Derecho y Derecho Privado*, Bellaterra, 1985.

PROYECTO DE CODIGO CIVIL DE ARAGON (Apéndice primero al Código Civil General), Imprenta del Hospicio, Zaragoza, 1899. 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 conserva 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 citado "Discurso" de Gil Gil y Gil.

RAMS ALBESA, Joaquin:
- *Contratación entre cónyuges*, Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón, Zaragoza, 1988, pág. 614-637.

RIERA AISA, Luis:
- *Consorcio foral*, Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, T. V, Barcelona, 1953.

RIPOLLES Y BARANDA, Mariano:
- *Jurisprudencia civil de Aragón, recopilada y ordenada según el plan del Código civil*, 3 tomos, 1854-1895, Zaragoza, 1897.

RIVAS PEREZ, José Antonio:
- *Notas para el estudio de la influcencia de la Iglesia en la Compilación Aragonesa de 1247*, AHDE, 1950, pág. 759 y ss.
- *Esquema de la comunidad legal continuada aragonesa en el Derecho de los Fueros y Observancias*, Libro Homenaje a D. Juan Moneva y Puyol, Estudios de Derecho Aragonés, Zaragoza, 1954.

ROCA SASTRE, Ramón Mª:
- *Derecho hipotecario*, 4 tomos, Barcelona, 1948.

SAINZ DE VARANDA, Ramón:
- *El retracto gentilicio*, ADA, III (1946), pág. 225-343.
- *Jurisprudencia de Derecho civil aragonés (años 1896-1926)*, ADA, IV, 1947-48.
- *Las normas en el Derecho civil especial de Aragón*, B.C.A.Z., nº 26, 1 julio 1967, pág. 3 y ss.
- *Derecho de la persona y de la familia: de la capacidad y estado de las personas; de las relaciones entre ascendientes y descendientes; de las relaciones parentales y tutelares*, B.C.A.Z., 1967-68, pág. 49 y ss.

SANCHEZ-FRIERA GONZALEZ, Mª del Carmen:
- *El Consorcio foral Aragonés: su reflejo en el Catastro y en el Registro de la Propiedad*. Rev. El Catastro. Abril 1990. pp. 54 y ss. ed. Centro de Gestión Catastral. Mº de Economía y Hacienda.
- *La fiscalidad del Consorcio Foral Aragonés*. Rev. La Gaceta Fiscal, nº extraordinario. Mayo 1991. pp. 23 y ss.
- Comentario en la Sentencia del TS de 12 de noviembre de 1990. CCJC nº 25 pp. 55 y ss.
- *Algunas consideraciones sobre el Consorcio foral Aragonés, al hilo de una sentencia del juzgado de 1ª Instancia de Tarazona* (Zaragoza). Revista jurídica de Navarra, nº 14. Julio-Diciembre 1992, pp. 149 y ss.

SANCHO IZQUIERDO, Miguel:
- *El Derecho natural en el ordenamiento jurídico aragonés*, Libro Homenaje a la memoria de D. Juan Moneva y Puyol, Estudios de Derecho Aragonés, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Zaragoza, 1954.

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís:
- *Significado de la Compilación del Derecho Civil Aragonés*, ADA, XIII (1965-66-67), pág. 287 y ss.
- *La viudedad en el Derecho Civil de Aragón*, ADC, T. XX, pág. 755 y ss.
- *La viudedad aragonesa*, ADA, VIII (1955-56), pág. 9-208.
- *La edad en el Derecho aragonés*, Libro Homenaje a D. Juan MOneva y Puyol, Estudios de Derecho Aragonés, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Zaragoza, 1954.
- *El derecho de abolorio o de la saca*, B.C.A.Z., 1967-68, pág. 213 y ss.
- *De la costumbre*, Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón, Zaragoza, 1988, pág. 197-228.

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asis y DE PABLO CONTRERAS, Pedro:
- *De la capacidad y estrado de las personas*, Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón, Zaragoza, 1988, pág. 301-369.

SAPENA TOMAS, Joaquín:
- *La ausencia en Aragón*, RDP, 39 (1955).
- *El consorcio consuetudinario de gananciales*, ADA, VII (1953-54), pág. 147 y ss.
- *En torno a la Ley de Patrimonio Familiar*, RDP, 1953, nº 438.
- *Ineficacia del negocio jurídico en el Apéndice al Código civil vigente en Aragón*, ADC, Tomo IX, 1956, pág. 118-171.

SERRANO MILLAN, Luciano:
- *Apuntes de Derecho Foral Aragonés*, Cien años de Legislación Aragonesa, Edita el R. e I. C.A.Z., Zaragoza, 1983.

VALENZUELA LARROSA, José y SANCHO DRONDA, José J.:
- *El Apéndice Foral Aragonés a través de la Jurisprudencia*, ADA, III (1946), pág. 375-466.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bautista:
- *La conservación del "fundus instructus" como explotación familiar. Tema básico de los Derechos civiles forales o especiales españoles*, AAMN, tomo XVI, pág. 593-636.
- *La compraventa por mitades indivisas y con pacto de sobrevivencia. Su naturaleza jurídica y su eficacia en el Derecho común y en el Foral catalán*, RDP, 1944, pág. 709-728.

VIDIELLA Y JASSA, Santiago:
- *De la legítima de descendientes en Aragón*, RDP, 1918, pág. 137 y ss.
- *La capacidad jurídica restringida por la edad. Suplementos de la incapacidad y privilegios de los incapaces*, Estudios de Derecho Aragonés, Zaragoza, 1902.

WOLF, Armín:
- *Los "Fori Aragonum" de 1247 y el Vidal Mayor*, AHDE, LIII (1983), pág. 183.

4. BIBLIOGRAFIA NO ARAGONESA, indicada por orden alfabético.

ALBALADEJO GARCIA, Manuel:
- *Curso de Derecho Civil. V. Derecho de Sucesiones*, Bosch, 1982.
- *Sustituciones hereditarias*, Editorial Graficas Summa, Oviedo, 1956.
- *La delación solidaria*, Libro homenaje a Ramón Mª Roca Sastre, V. III, pág. 275-309.

ALONSO, Mª Luz:
- *La sucesión "mortis causa" en los documentos toledanos*, AHDE, L (1980), pág. 941 y ss.

AMOROS GUARDIOLA, M.:
- *Comentarios a la reforma del Código Civil. El nuevo título preliminar del Código y la ley de 2 de mayo de 1975*, Tecnos.

ANGLADA I VILARDEBO, Juan:
- *Leve glosa a un texto roqueño*, Libro homenaje a Ramón Mª Roca Sastre, Ed. Junta de Decanos de los Colegios Notariales, V. III, pág. 263 y ss.

ARANGIO RUIZ, Vicenzo:
- *Historia de Derecho Romano*, 4ª ed., Trad. de la 2ª edic. italiana por Pelsmaeker e Ivañez, Reus, 1980.
- *Instituzioni di diritto romano*, 14ª ed., Nápoles, 1974.
- *Societas re contracta e communio incidens*, Studi Riccobono, IV, Palermo, 1956.

ARIAS RAMOS, J.:
- *Los origenes del contrato de sociedad: consortium y societas*, RDP, 26 (1942), pág. 141 y ss.
- *Derecho romano*, Madrid, 1943.

ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J.A.:
- *Derecho romano*, 2 tomos, Editorial Revista de Derecho Privado, 1988.

ARVIZU (de) y GARRALAGA, F.:
- *La disposición "mortis causa" en el Derecho español de la Alta Edad Media*, Pamplona, 1977.

BELTRAN DE HEREDIA, Pablo:
- *La comunidad de bienes en el Derecho español*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.
- *El derecho de acrecer (negocios inter vivos y mortis causa)*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956.

BERGUA CAMON, Jesus:
- *Ensayo sobre Derecho ibérico (Algo de las noticias que surgen de la epigrafía ibérica)*, Separata del R. e I. Colegio de Abogados de Zaragoza, nº 66, 1 julio 1977.

BINDER, Julius:
- *Derecho de sucesiones*, trad. de la 2ª ed. alemana y anotado conforme al Derecho español por José Luis Lacruz Berdejo, Barcelona, 1953.

BIONDI, Biondo:
- *Insituti fundamentali di diritto ereditario romano*, Milan, 1948.
- *Trattado di Diritto Romano: Successione testamentaria, donazioni*, Milano, 1943, vol. X.

BONET RAMON, F.:
- *Comentario de Sentencia T.S. sobre partición de herencia hecha por el causante, por acto "inter vivos"*, RDP, 1945, pág. 446 y ss.

BONFANTE, P.:
- *Scritti giuridici varii*, III, Milan, 1921.
- *Instituzioni di diritto romano*, Florencia, 1896, traduc. esp. L. Baccí y A. Laroza, Madrid, 1965.
- *Corso di Diritto romano*, II. La proprietá, Roma, 1926.
- *Il ius adcrescendi nel condominio*, Scritti giuridici varii, III, 1926, pág. 434 y ss.

BRAGA DA CRUZ:
- *O Direito de troncalidade e o regime juridico do patrimonio familiar*, t. I, Braga, 1941, T. II, Braga, 1947.

BRUNNER Heinrich y Claudius von Schwerim:
- *Historia del Derecho germánico*, Ed. Labor, 1936.

CAPILLA RONCERO, Francisco:
- *Nulidad e impugnabilidad del testamento*, ADC, T. XI, 1987, pág. 3-88.

CASTAN TOBEÑAS, José:
- *El "modo" en los actos jurídicos*, RDP, 1918, pág. 91 y ss.
- *El problema axiológico en la sucesión testamentaria"*, RGLJ, 1948, nº 1, pág. 5 y ss.
- *Voz sucesión intestada*, Enciclopedia Jurídica Española, Ed. Seix, Barcelona, T. 29, pág. 181.
- *Derecho Civil Español*, T. VI, 1979.

CASTRO (de) y BRAVO, Federico:
- *Derecho agrario de España, notas para su estudio*, ADC, Tomo VII, abril-junio, 1954.
- *El negocio jurídico*, Civitas, 1985.
- *La cuestión foral y el Derecho Civil"*, ADC, julio -sep., MCXLIX, págs. 1.003 y ss.
- *La indemnización por causa de muerte*, ADC, 1956, Tomo IX, pág. 449-504.

CICU, Antonio:
- *El testamento*, trad. y notas al Derecho español por M. Fairén Guillén, Madrid, 1959.

CLAVERO, Bartolomé:
- *El mayorazgo, propiedad feudal en Castilla (1369-1836)*, Ed. Siglo XXI de España editores S.A., Madrid, 1974.

DE DIEGO, Felipe Clemente:
- *Instituciones de Derecho Civil Español*, T. III, Nueva ed. revisada y puesta al día por A. Cossio y A. Gullón, Madrid, 1959.
- *La analogía en el Código Civil español*, RDP, 1914, pág. 369 y ss.
- *El fideicomiso de "eo quod superevit"*, en Derecho Romano, Madrid, 1925.

DELGADO ECHEVERRIA, Jesus:
- *La anulabilidad*, ADC, 1976, pág. 1.021 y ss.
- *Ineficacia e invalidez de los contratos. Elementos de Derecho Civil.* Lacruz-Luna-Delgado-Rivero. II.V.2º Bosch.

DIAZ ALABART, Silvia:
- *El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y límites*, Bosch, Barcelona, 1981.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis:
- *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, T. I y II, Tecnos, Madrid, 1986.
- *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, T. III, 2ª ed., Madrid, 1976.
- *Eficacia e ineficacia del negocio jurídico*, ADC, 1961, pág. 8 y ss.
- *La autonomía privada y el derecho necesario*, ADC, 1956, T. IX, pág. 1.150-1.170.

DUGUIT, León:
- *Las transofrmaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*, versión española de Adolfo G. Posada, Madrid, s/f edición.

ENNECCERUS, Ludwing Kipp Theodor y WOLFF, Martín:
- Traducción de la decimoprimera revisión de Helmut Coing. Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Ramón Maria Roca Santes. Segunda edición al cuidado de Luis Puig Ferriol y Fernando Badosa Coll, Tomo V "Derecho de Sucesiones", Vol. I y II y "Derecho de cosas", Tomo III, vol. 1º, Bosch, Barcelona, 1976.

ESPERANZA (de la) MARTINEZ-RADIO, Antonio:
- *Observaciones sobre la eficacia transmisiva y vinculante de la partición extratestamentaria hecha por el testador*, Libro homenaje a Ramón Mª Roca Sastre, V. III, pág. 393 y ss.

ESPIN CANOVAS, Diego:
- *La nulidad absoluta del negocio jurídico y los efectos de la prescripción extintiva y de la usucapión*, ADC, 1970, págs. 519 y ss.

FOSAR BENLLOCH, Enrique:
- *Estudios de Derecho de familia*, T. I, Bosch, Barcelona, 1981.

FRAUCA LLAMAS, Domingo:
- *La representación sucesoria en el Derecho navarro"*, Tesis de la Facultad de Derecho de Zaragoza, Zaragoza, 1956.

GARCIA-BERNARDO LANDETA, Alfredo:
- *Los derechos de cada coheredero en la disposición conjunta y el tracto sucesivo*, Revista de Derecho Notarial, XLIX-L (1965), pág. 83 y ss.

GARCIA DE VALDEAVELLANO, Luis:
- *Bienes muebles e inmuebles en el Derecho español medieval*, Estudios medievales de Derecho privado, Sevilla, 1977.
- *La comunidad patrimonial de la familia en el Derecho español medieval*, Estudios medievales de Derecho privado, Sevilla, 1977.
- *La cuota de libre disposición en el Derecho hereditario de León y Castilla en la Alta Edad Media*, Estudios Medievales de Derecho Privado, Universidad de Sevilla, 1977.

GARCIA GARCIA, Antonio:
- *Nuevos descubrimientos sobre la canonística salmantica del siglo XV*, AHDE, L (1980), pág. 361 y ss.

GARCIA-GALLO Y DE DIEGO, Alfonso:
- *Manual de Historia del Derecho Español*, I, Exposición; II, Metodología histórico-jurídica, Antologia, Madrid, 1959-1962, 2 vols.; 9ª ed., 1982.
- *El carácter germánico de la Epica y del Derecho en la Edad Media española*, AHDE, 25 (195), pág. 583 y ss.
- *Aportación al estudio de los Fueros*, AHDE, 26 (1956), pág. 387 y ss.
- *El problema de la sucesión "mortis causa" en la Alta Edad Media española*, Anales de la Academia Matritense del Notariado, 10 (1959), pág. 247 y ss.

GARCIA GOYENA, Florencio:
- *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Reimp. Zaragoza, 1974.

GARCIA GRANERO, Juan:
- *Cotitularidad y Comunidad. Gesammte Hand o comunidad a mano común*, RCDI, abril, 1946, pág. 227 y ss.

GARCIA VALDECASAS, Guillermo:
- *La adquisición de la herencia en el Derecho español*, RDP, febrero, 1944, pág. 89-122.

GARRIDO DE PALMA, Victor Manuel:
- *Visión notarial del artículo 831 del Código Civil*, Libro homenaje a Ramón Mª Roca Sastre, V. III, pág. 365-392.

GAYO:
- *Instituciones*, nueva traducción por Manuel Abellan Velasco, Juan A. Arias Bonet, Juan Iglesias-Redondo y Jaime Roset, Civitas S.A., 1985

GLASSON:
- *Etude sur les donations a cause de mort*, Paris, 1870.

GONZALEZ, Jerónimo:
- *La comunidad hereditaria*, RCDI, t. VII, 1931, pág. 174 y ss.

GUTIERREZ MASSON, Mª Laura:
- *Del consortium a la societas*, Consortium ercto non cito, 1987.

HERNANDEZ GIL, Antonio:
- *Derecho de acrecer*, Dictámenes, II, 1968, pág. 409 y ss.

HINOJOSA Y NAVEROS, Eduardo:
- *La fraternidad artificial*, Obras: T. I. Estudios de investigación, con un estudio de Alfonso Garcia-Gallo, Madrid, 1948.
- *El elemento germáncio en el Derecho español*, Centro de Estudios Históricos, Madrid, 1915.
- *La comunidad doméstica durante la Edad Media*, La lectura, Año V, nº 55, Madrid, julio, 1905.
- *La España sagrada*, Madrid, 1949.

IGLESIAS, Juan:
- *En torno al fideicomiso familiar catalán*, Ed. Ariel, Barcelona, 1952.

KASER, Max:
- *El concepto romano de la propiedad*, Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado, 8 marzo 1963, Traducción de J. Miquel, AAMN, tomo XVI, pág. 7-21.

LABANDERA BLANCO, Victor:
- *Nulidad, anulabilidad y rescindibilidad en el Código Civil*, RDP, I, pág. 171-182.

LACAL, Pascual:
- *La prohibición de dividir la herencia en nuestro derecho positivo*, R.Cr.D.I., 1931, pág. 577 y ss.

LACRUZ BERDEJO, José Luis:
- *Elementos de Derecho Civil.* III. *Derechos reales.* Volumen segundo: *Situaciones de cotitularidad.* Con la colaboración de Francisco de Asís Sancho Rebullida, Bosch, 1980.
- *Elementos de Derecho Civil.* III. *Derechos reales.* Volumen primero, 2ª parte, con Agustin Luna Serrano y Victor Mendoza Olivan, 2ª ed., Bosch, 1988

LACRUZ BERDEJO, José Luis - LUNA SERRANO, Agustin - RIVERO HERNANDEZ, Francisco:
- *Elementos de Derecho Civil.* I. *Parte General del Derecho Civil*, Volumen tercero, Bosch, 1984.

LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís:
- *Elementos de Derecho Civil.* V. *Derecho de Sucesiones*, Bosch, 1988.

LALINDE ABADIA, Jesus:
- *Derecho Histórico Español*, Barcelona, 1974.

LEZON, Manuel:
- *¿Es válido el pacto de no enajenar los copropietarios de la cosa común sus respectivas partes a extraños a la comunidad?*, RDP, 1918, pág. 370 y ss.

LOPEZ LOPEZ, Jerónimo:
- *La regulación del fideicomiso de residuo en el Código Civil español*, ADC, VIII, pág. 743 y ss.

MALDONADO Y FERNANDEZ DEL TORCO:
- *Herencias en favor del alma en el Derecho español*, Madrid, 1944.

MANRESA Y NAVARRO, José María:
- *Comentarios al Código Civil español*, T. I y T, V. (Sucesiones), 7ª ed., corregida, aumentada y puesta al dia por P. Marin Pérez, Madrid, 1972.

MARIN PEREZ, Pascual:
- *La función social del Registro de la Propiedad*, Libro Homenaje a Roca Sastre, vol. III, pág. 981 y ss.

MARTINEZ GUIJON, José:
- *Alimentos en favor de los ascendientes*, AHDE, L (1980), pág. 206 y ss.
- *La comunidad hereditaria y la partición de la herencia en el Derecho medieval español*, AHDE, 1957-1958, pág. 221 y ss.

MEIJERS, E.M.:
- *Etudes d'Histoire du Droit*, I, Leiden, 1956.

MENENDEZ, Francisco:
- *Ensayo sobre la "venditio rei alienae" en el Derecho clásico y en las legislaciones modernas*, RDP, año II, 15 agosto 1914, pág. 337-351.

MEREA, Paulo:
- *Estudios de Direito privado visigótico;* II. Sobre o testamento hispánico no seculo VI, AHDE, t. XVI, pág. 88.

MINGUIJON, Salvador:
- *Elementos de Historia del Derecho Español*, Ed. Labor S.A., 1953.

MONTANOS FERRIN, Emma:
- *La Familia en la Alta Edad Media española*, Ed. Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1980.

MOZOS (de los) Y DE LOS MOZOS, José Luis:
- *La inexistencia del negocio jurídico*, RGLJ, tomo 208, 1960, pág. 463 y ss.

MUCIUS, Scaevola:
- *Código Civil comentado y concordado extensamente con arreglo a la edición oficial*, Madrid.

NOVOA SEOANE, Ramón:
- *Variaciones sobre el tema Derecho Sucesorio. Naturaleza de la partición de bienes. Alcance del derecho de los mayores de edad de dividir la herencia como tengan por conveniente. Herencia voluntaria*, RDP, 1918 (15 diciembre), pág. 363 y ss.
- *El derecho de representación según el Código Civil. Antinomias aparentes*, RDP, I, pág. 143 y ss.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier:
- *La renuncia a la legítima*, Libro homenaje a Ramón M° Roca Sastre, V. III, pág. 310-364.

ORLANDIS, José:
- *Consecuencias del delito en la Alta Edad Media*, AHDE, 1947, pág. 60.

ORTEGA PARDO, Gregorio:
- *Naturaleza jurídica del llamado "legado en lugar de legítima"*, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1946.

ORTIZ DE ZUÑIGA, Manuel:
- *Jurisprudencia civil de España, conforme a las doctrinas consignadas en los fallos del Tribunal Supremo de Justicia*, Madrid, 1869, dos tomos.

OTERO VARELA, A.:
- *La mejora*, AHDE, 1963, pág. 90 y ss.

PLANITZ, Hans:
- *Principios de Derecho Privado Germánico*, traducción por Carlos Melón Infante; con prólogo de Alfonso García-Gallo, Ed. Bosch, Barcelona, 1957.

PRADA (de) GONZALEZ, José M°:
- *La onerosidad y gratuidad de los actos jurídicos*, AAMN, Tomo XVI, pág. 256 y ss.

PUIG BRUTAU, José:
- *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo V, vol. 1°, 2ª ed., Barcelona, 1975; vol. 2°, 2ª ed., Barcelona, 1977; vol. 3°, 3ª ed., Barcelona, 1983.

PUIG PEÑA, F.:
- *La relación familiar en sentido amplio: Problemas que suscita el parentesco*, RDP, abril, 1948.

REYNA PASTOR DE TOGNERY:
- *Problemas de la asimilación de una minoria: Los mozárabes de Toledo*, Ed. Ariel, Barcelona, 1973.

ROCA SASTRE, Ramón M°:
- *Naturaleza jurídica de la legítima (Teoría de la debita pars valoris bonorum)*, RDP, Marzo, 1944, pág. 185 y ss.
- *La partición hereditaria ¿es acto traslativo o declarativo de propiedad?*, RCDI, n° 57 y 58, 1929, año V, pág. 641 y ss.
- *El derecho de acrecer. Sus aplicaciones en el Derecho sucesorio y fuera de él*, Estudios de Derecho Privado, II, 1948, pág. 217 y ss.
- *Derecho Hipotecario*, T. III, ed. 1948 y 1954.

RODRIGUEZ ADRADOS, Antonio:
- *Donación con reserva de facultad de disponer*, AAMN, T. XVI, pág. 419-478.

RUBIO, José Antonio:
- *Donationes post obitum y donationes reservato usufructo en la Alta Edad Media de León y Castilla*, AHDE, t. IX, pág. 1 y ss.

SAMPER POLO, F.:
- *La disposición "mortis causa" en el Derecho romano vulgar*, AHDE, n° 38 (1968), pág. 87-227.

SANCHEZ, Galo:
- *Curso de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1942.
- *Curso de Historia del Derecho. Introducción y fuentes*, 9ª ed., Madrid, 1960.

SANCHEZ DE LA TORRE, Angel:
- *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Vizcaya*, Estudios de Deusto, 1958, pág. 110 y 420.

SANCHEZ ROMAN, Felipe:
- *Estudios de Derecho Civil*, T. VI, 3 vol., 2ª ed., Madrid, 1910.

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís:
- *Las acciones de petición de herencia en el Derecho español"*, RGLJ, Tomo 213, pág. 261 y ss.

SAVIGNY (de), M.F.C.:
- *Sistema del Derecho Romano actual*, versión castellana de Jacinto Mesia y Manuel Poley y precedida de un prólogo de D. Manuel Durán y Bas, 2ª ed., T. III y IV, Centro Editorial de Góngora, Madrid, s/f.

SERRANO, I.:
- *Los nuevos fragmentos de Gaio*, R.Cr.D.I., 1934, agosto, pág. 589 y ss.

SERRANO ALONSO, Eduardo:
- *La confirmación de los negocios jurídicos*, Madrid, 1976.

SHOM, R.:
- *Instituciones de Derecho privado romano*, Ed. Mitteis-Wnger, trad. esp., 1928.

SIESSE:
- *Contribution à l'étude de la communauté d'héritiers en Droit comparé*, Paris, 1922.

SOLANO Y POLANCO, José:
- *Estudios Jurídicos del Fuero de Vizkaya*, Ed. Excma. Diputación de Vizcaya, Bilbao, 1918.

TORRENT, Armando:
- *Miscelánea (Consortium ercto non cito)*, AHDE, T. XXXIV, pág. 479 y ss.
- *Manual de Derecho Privado Romano*, Zaragoza, 1987.

UNZOLA, Pedro de:
- *Aurora (Comentarios de Rolandino Passaggeri, insigne notario de Bolonia, sobre la Suma del arte notarial)*, versión al castellano de Victor Vicente Vela y Rafael Nuñéz Lagos, Ed. fac. Colegio Notarial, Madrid, 1950.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bautista:
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XI, Madrid, 1978.
- *La donación mortis causa en el Código Civil español*, Anales de la Academia Matritense del Notariado, t. V, pág. 640 y ss.
- *Estudios de Derecho Sucesorio*, V. I, 2ª edición revisada y ampliada, Editorial Montecorvo S.A., 1987.
- *Estudios de Derecho Sucesorio*, V. II, 2ª edición revisada y ampliada, Editorial Montecorvo S.A., 1989.
- *Las fuentes del Derecho según el "apparatus super constitutionibus curiarum generalium cathaloniae" de Tomás Mieres*, Libro Homenaje a Ramón Mª Roca Sastre, Madrid, 1976, pág. 311-492.
- *Los fideicomisos a término y condicionales y la clausula "si sine liberis decesserit" en el Derecho histórico de Castilla y en el Código Civil (Notas a dos discursos)*, ADC, 1956, T. IX, pág. 783-860.
- *Significado jurídico y social de las legítimas y de la libertad de testar*, ADC, 1966, pág. 3 y ss.

XIMENEZ DE EMBUM, Tomás:
- *Ensayo histórico acerca de los origenes de Aragón y Navarra*, Zaragoza, 1878.

ZAPATERO GONZALEZ, Rafael:
- *De la viudedad foral*, Jornadas de Derecho Civil Aragonés, Jaca, 1985, Ed. Cortes de Aragón, Zaragoza, 1986.

V. JURISPRUDENCIA ARAGONESA.

DE 1854 A 1895 - **RIPOLLES Y BARANDA, Mariano:**
- *Jurisprudencia civil de Aragón, recopilada y ordenada según el plan del Código civil*, Zaragoza, 1897, 3 tomos.

DE 1896 A 1926 - **SAINZ DE VARANDA, Ramón:**
- *Jurisprudencia de Derecho civil aragonés (1896-1926)*, ADA, IV, 1947-48.

DE 1926 A 1946 - **SANCHO DRONDA, José Joaquín y VALENZUELA LARROSA, José:**
- *El Apéndice Foral aragonés a través de la Jurisprudencia*, ADA, III, 1946, pág. 375-466.

DE 1950 A 1967 - **BERGUA CAMON, Jesús:**
- *"Foro Aragonés". Jurisprudencia de los Tribunales de Aragón.* En 17 tomos.

DESDE 1968 - **COLEGIO DE ABOGADOS DE ZARAGOZA:**
- *Colección de jurisprudencia*, Complemento al B.C.A.Z.

DESDE 1944 - **LORENTE Y SANZ, José:**
- *Crónica de jurisprudencia aragonesa, Tribunal Supremo y Sala de lo Civil Territorial, en todos los Anuarios del Consejo de Estudios de Derecho Aragonés*, C.S.I.C., ADA.

DESDE 1860 A 1948 - **CASALS-COLLDECARRERA:**
- *Doctrina Foral del Tribunal Supremo*, Aguilar S.A., Madrid, 1952.

FACULTAD DE DERECHO

Este libro se terminó de imprimir
el día 11 de octubre de 1994,
víspera de la festividad
de Nuestra Señora del Pilar,
patrona de la Hispanidad.