

Cotitularidad y comunidad

Gesammte Hand o comunidad en mano común (*)

III. LA COMUNIDAD CONYUGAL DE BIENES.

Sería impropediente, y excedería los límites de este trabajo (al par que carecemos de espacio material para ello); hacer aquí un estudio crítico de todas las teorías propuestas para explicar la naturaleza jurídica de la comunidad matrimonial de bienes.

En realidad, la doctrina actual suele coincidir en considerar los gananciales y demás formas de comunidad de bienes como situaciones de patrimonio común. Desechada, por no necesitar siquiera ser refutada, la teoría que atribuye al marido la propiedad de las cosas comunes (1),

(*) Véanse los núms. 214, 215 y 217 de esta REVISTA. Aprovechamos la ocasión para dar la siguiente fe de erratas:

Número 214, marzo de 1946:

Página 154, líneas 25-26; dice: «en igual modo y en desigual medida a varios sujetos»; debe decir: «en igual modo, y en igual o desigual medida, a varios sujetos».

Página 156, línea 28; dice: «no sólo la mano común, sino la comunidad romana y la solidaridad»; debe decir: «no sólo la mano común, la comunidad romana y la solidaridad».

Número 217, junio de 1946:

Página 384, líneas 26-27; dice: «y así lo estiman gran número de autores»; debe decir: «y así lo estima gran número de autores».

Página 388, líneas 28-29; dice: «en nueve millones de hispanorromanos»; debe decir: «en nueve millones el número de hispanorromanos».

(1) Cfr. Roca Sastre: «La comunidad de gananciales: destino de éstos en caso de renuncia», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, marzo 1930, pág. 162; Hernández-Ros Codorníu: «Naturaleza jurídica de la comunidad conyugal. Administración y poder de disposición. ¿Cuándo se transfieren a la mujer?», en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 1943, página 508; vid. Messineo: *La natura giuridica della comunione coniugale dei beni*, Roma, 1921; págs. 5-8.

sólo restan las que construyen la comunidad cónyugo-patrimonial como una sociedad civil o como una persona jurídica distinta de los esposos.

No puede prosperar la tesis que califica la comunidad entre cónyuges de persona moral o jurídica distinta de éstos (1), pues—como nos enseña Ferrara (2)—si la comunidad matrimonial fuese persona jurídica, el patrimonio común sería la exclusiva garantía de los acreedores (3), porque *quod universitas debet singuli non debet*.

Y por lo que se refiere a la teoría que considera la comunidad matrimonial como una sociedad civil (4), son tantas y tan profundas las diferencias que separan ambas instituciones que no parece pueda ser seriamente sostenida (5). Y afirmar que se trata de una sociedad espe-

(1) Con notorio error de técnica sostiene nuestro Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de mayo de 1915, que la sociedad de gananciales constituye una entidad jurídica distinta de la persona física de la mujer. Por el contrario, y con mejor tecnicismo, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en resolución de 11 de octubre de 1941, afirma que «en nuestro sistema hipotecario no existen inscripciones practicadas expresamente a favor de la sociedad de gananciales como persona jurídica, sino que los bienes y derechos aparecen inscritos a nombre del marido o de la mujer, con ciertas circunstancias o datos que permiten su atribución a un grupo patrimonial de fines peculiares y régimen característico» (véanse, en el propio sentido, resoluciones de 12 de mayo de 1924 y 3 de diciembre de 1928). Pone mejor de relieve la naturaleza de dicho régimen el párrafo primero del art. 218 del Reg. Hip. al disponer que «los bienes que, con arreglo a fueros y costumbres, pertenezcieren a la comunidad conyugal, podrán inscribirse como propios de ambos cónyuges». Precepto éste que, en realidad, debiera hacerse extensivo a toda clase de comunidades conyugales.

(2) Ferrara: *Teoría de las personas jurídicas*, pág. 446.

(3) Por el contrario, del art. 1.362 del Código civil, bien claramente resulta que los acreedores de la comunidad, luego de haber hecho excusión de los bienes gananciales, podrán dirigirse contra los bienes del marido y, finalmente, contra la dote inestimada de la mujer.

(4) Esta es, sin embargo—al decir de Castán («Dogmática de la sociedad de gananciales», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, septiembre de 1929, pág. 230)—, la más difundida en la doctrina francesa e italiana, no menos que en la patria. Puede verse la cita bibliográfica en el propio autor, ob. y lug. cit., pág. 230, notas 1 y 2.

(5) Numerosos autores se han preocupado de señalar minuciosamente las destacadas diferencias que separan la sociedad civil de la comunidad de gananciales; por ello, nos creemos relevados de hacerlo. Vid., por ejemplo, Hernández-Ros, ob. y lug. cit., pág. 509.

cial es de una vaguedad y una indeterminación tan grandes que para nada puede servir (1).

En verdad, y para el objeto que nos proponemos, la cuestión queda concretada a si la comunidad existente lo es de tipo romano o germánico (2). Y un estudio objetivo e imparcial del problema lleva al convencimiento de que la mal llamada sociedad de gananciales no es, en el fondo, sino un supuesto específico de la *gesammte Hand*, y que se aleja en sus trazos fundamentales de las características que definen y matizan el condominio romano.

En la moderna doctrina francesa e italiana hay una cierta tendencia favorable a configurar la comunidad conyugal bajo el molde de la *gesammte Hand* (3). Y, asimismo, no faltan en España autores, como Roca Sastre (4), Castán (5) y Hernández-Ros (6), que sustentan idéntico punto de vista.

Si bien, es cierto, tampoco han faltado contradictores de esta tendencia (7), y entre ellos destaca especialmente Messineo, quien, en su conocida monografía *La natura giuridica della comunione coniugale dei beni*, Roma, 1920, ha señalado minuciosamente ciertas diferencias entre la *gesammte Hand* en su forma originaria y la comunidad económico-conyugal. La resistencia a admitir la figura de la comunidad en

(1) Pérez y Castán: *Notas a Kipp-Wolff, Derecho de familia*, volumen I, pág. 417.

(2) Vid. Pérez y Castán, ob. cit., I, pág. 417; y Castán: *Derecho civil*, III, pág. 556.

(3) Así, principalmente, Ferrara: *Teoría de las personas jurídicas*, páginas 440-447; Cicu: *Il Diritto de famiglia*, Roma, 1914, pág. 101; Chironi: «Comunione degli utili fran coniugi», en *Studi e questione di Diritto civile*, III, 1915, págs. 492-499; Masse: *Du caractère juridique de la communauté entre époux dans ses précédents historiques*, París, 1902.

(4) Roca Sastre: «La comunidad de gananciales: destino de éstos en caso de renuncia», en *REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*, marzo, año 1930.

(5) Castán: «Dogmática de la sociedad de gananciales. Efectos de la renuncia a los gananciales efectuada por uno de los cónyuges o sus herederos», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, septiembre 1929; *Derecho civil*, III, págs. 544-547, y Pérez y Castán: *Notas a Kipp-Wolff*, ob. cit., I, pág. 416.

(6) Hernández-Ros: «Naturaleza jurídica de la comunidad conyugal. Administración y poder de disposición. ¿Cuándo se transfieren a la mujer?», en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 1943.

(7) Vid. De Ruggiero, ob. cit., II, págs. 816 y sigs.

mano común lleva a este autor a elaborar una confusa teoría que ha merecido escaso favor en la dogmática, resultando ser "una composición híbrida, indefinida en sus líneas y de utilidad discutible" (1), y "demasiado abstracta y complicada" (2) y (3).

Pero, como ya hemos dicho, un estudio analítico de la comunidad matrimonial de bienes nos revela en ella la concurrencia de las notas que suelen reputarse difinitorias de la *gesammte Hand*.

a) En la comunión conyugal *no hay cuotas*, entendidas éstas en el propio sentido del término. El patrimonio pertenece conjuntamente a los cónyuges, éstos son cotitulares del mismo. El Código civil parece, sin embargo, dar a entender lo contrario cuando dispone en su artículo 1.414 que "el marido no podrá disponer por testamento sino de la mitad de gananciales". La literalidad de dicho precepto da por sentado que el marido tiene un derecho actual, o sea, una cuota en los gananciales. Más, en realidad, esto no es así, pues el marido lo único que puede hacer es disponer testamentariamente del derecho indeterminado e incierto que tiene sobre lo que en su día pueda corresponderle en los gananciales al operarse la disolución de la sociedad. En el fondo, el referido artículo 1.414 responde a la característica función que a la cuota-parte está atribuida en la *gesammte Hand* y que ya pusimos antes de manifiesto: es decir, ser una simple determinación hipotética establecida eventualmente en previsión de que la comunidad llegue a disolverse. Por otro lado, si efectivamente se tratara de un cuota, considerada en su sentido romanístico, o sea como porción fija y determinada, constituiría un derecho que formaría parte integrante del patrimonio particular de cada uno de los cónyuges (como ocurre en la *communio romana*), los cuales podrían disponer del mismo (disposición entendida como transferencia real actual), incluso por actos *inter vivos*;

(1) Son palabras de De Ruggiero, ob. cit., II, pág. 819, nota 1.

(2) Así la llama Castán: *Dogmática de la sociedad de gananciales*, página 230.

(3) Rechaza Messineo la tesis de la *gesammte Hand* por estimar que en la comunidad conyugal hay cuotas ideales. Mas esto, sobre ser un error, está en patente contradicción con la indisponibilidad de las mismas. Por su parte, Bonelli (en la recensión crítica a la obra de Messineo, en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1920, vol. I, págs. 422 y sigs.), considera absurdo en Messineo admitir la unidad jurídica del grupo patrimonial y negarle la personalidad. Vid. Ferrara: *Trattato di Diritto civile italiano*, página 451, nota 2.

y esto no es así, puesto que hasta el mismo disfrute se efectúa en forma colectiva e indiferenciada (1) y (2).

b) La comunidad de gananciales y, en general, las comunidades matrimoniales de bienes, *son indivisibles*, de modo que los cónyuges, mientras no desaparezca el vínculo que los une, no pueden pretender la disolución de la sociedad y la división del líquido ganado partible (3).

c) Del mismo modo que los comuneros en la *gesamnte Hand*, los cónyuges están ligados por un *vínculo personal y estrechísimo* de economía única, de vida común, de cohabitación, de unidad espiritual y sexual, que los liga íntimamente y los erige en titulares personalísimos y conjuntos del patrimonio comunal (4). Se da aquí aquel especial

(1) Cfr. Pérez y Castán, ob. y lug. cit., pág. 417; Roca Sastre, ob. y lugar cit., pág. 170; Hernández-Ros, ob. y lug. cit., pág. 510-512; Castán, obra y lug. cit., págs. 234-235.

(2) Ha puntualizado la Dirección general de los Registros, en su notable resolución de 30 de junio de 1927, que «entre las distintas construcciones jurídicas con que la técnica moderna trata de explicar la situación jurídica de la llamada sociedad de gananciales, parece ajustarse a los dictados de nuestro Derecho positivo la que admite una especie de mancomunidad de bienes entre marido y mujer, *sin atribución de cuotas ni facultad de pedir la división* mientras dura la vida en común y con atribución de los poderes de disposición a título oneroso y en ocasiones a título lucrativo, al mismo marido, como jefe económico de la familia, y, excepcionalmente, a la mujer», situación ésta que «es esencialmente distinta de la propiedad proindiviso romana, con cuotas definidas, sujeción al voto de la mayoría y acción para pedir la división de la cosa común».

Criterio que el Centro directivo reitera en resolución de 12 de mayo de 1924, al decir que los gananciales «pertenecen al marido y a la mujer en común, es decir, *sin asignación de cuotas*, durante el matrimonio, cualesquiera que sean las facultades que, en orden a su gravamen y enajenación, correspondan a los cónyuges». Vid. también resoluciones de 19 de octubre de 1927, 12 de diciembre de 1935 y 8 de noviembre y 22 de diciembre de 1944.

(3) Así dice el ilustrado Centro que «la extinción de la sociedad de gananciales se halla regida por el carácter personal y de orden público de la unión, en tanto que la acción para pedir la división de la cosa común es característica de la comunidad romana de bienes» (resolución de 13 de septiembre de 1922). Insisten en dicha característica de la indivisibilidad las resoluciones de 30 de junio de 1927, 12 de diciembre de 1935 y 8 de noviembre de 1944, entre otras.

(4) Cfr. Roca Sastre, ob. y lug. cit., pág. 170.

carácter de la *gesammte Hand* de ser, preferentemente, una comunidad personal que repercute y trasciende a la esfera patrimonial. Los cónyuges realizan una vida común de afectos, de sentimientos y de relaciones sexuales: lógico es, pues, que esta completa comunidad de vida en el orden moral y personal se amplíe al ámbito de lo patrimonial, originándose así una comunidad económica por consecuencia y repercusión de una comunión personal preexistente (1).

d) Ha dicho Messineo (2), que la comunidad entre cónyuges no es una *gesammte Hand*, porque en ella no se da el carácter, fundamental en esta última, de *poder no disolverse por muerte de uno de los miembros*. Pero esto que es cierto respecto al Código italiano de 1865, al francés y al español, no puede igualmente afirmarse con relación a nuestras legislaciones forales y ciertos Códigos extranjeros, como el alemán y el suizo, entre otros (3).

Si bien dentro de nuestro Código civil la comunidad conyugal no puede continuarse después del fallecimiento de un cónyuge, en Derecho foral, por el contrario, la sociedad continuada tiene importantes manifestaciones de gran abolengo histórico. Así, en Aragón, la sociedad conyugal no se extingue por el solo hecho de la muerte de uno de los esposos, sino que continúa por ley (4) entre el supérstite

(1) La resolución de 13 de septiembre de 1922 dice que «aunque los bienes de la sociedad conyugal pertenecen al marido y mujer conjuntamente, no es posible confundir la comunidad de gananciales con una copropiedad de tipo romano; en primer lugar, porque la *relación personal de los cónyuges* es, en aquel supuesto, *tan íntima que modifica su estado civil*, mientras que en la copropiedad por cuotas los partícipes se hallan ligados por una relación patrimonial; en segundo término, porque el régimen jurídico del matrimonio impone normas de disposición, uso y administración de los bienes, así como especiales relaciones de responsabilidad, subrogación y distribución que no tienen razón de ser en la copropiedad ordinaria, y, en fin, porque la extinción de la sociedad de gananciales se halla regida por el carácter personal y de orden público de la unión, en tanto que la acción para pedir la división de la cosa común es característica de la comunidad romana de bienes.

(2) Messineo, ob. cit., pág. 170.

(3) Vid. Castán: *Derecho civil*, III, pág. 607; Kipp-Wolff: *Derecho de familia*, vol. I, págs. 44 y sigs.

(4) Dice el artículo 54 del Apéndice foral: «El fallecimiento de un cónyuge, si el matrimonio ha sido válido y no está decretada la separación de bienes, no obsta para que la sociedad continúe entre el supérstite y los he-

y los herederos del difunto; e, igualmente, en el campo de Tarragona se admite que la *associació a compres i millors* subsista en ciertos supuestos (1), no obstante el fallecimiento de algunos de los miembros que la componen; y en la propia Navarra el régimen de conquista puede continuar (y ello constituye su más acusada diferencia frente a los gananciales castellanos) entre el cónyuge viudo y los hijos o herederos, aun en el caso de ulteriores nupcias de aquél.

Este sentido conservador de la comunidad conyugal en nuestras legislaciones forales se explica, sobre todo, por ser un medio que contribuye eficazmente a mantener la cohesión del grupo familiar, a evitar la desmembración del patrimonio, perpetuándolo íntegro e indiviso a través de las generaciones, e impidiendo que venga a menos la *casa*, institución que es el todo del Derecho de familia en las regiones de Fuero (2).

e) "Ciertamente—dicen Pérez y Castán (3)—, el Código civil no recoge la propiedad en mano común en su forma más pura y genuína, que exigiría la *gestión conjunta de los dos cónyuges*; pero esta circunstancia no basta para excluir la figura jurídica de que se trata. La titularidad del patrimonio común reside en la cabeza de cada consorte, si bien el ejercicio está condicionado por la existencia de un órgano de gestión, que ordinariamente desempeña el marido (ar-

rederos del finado, siquiera quede circunscrita a los bienes comunes existentes y a los aumentos que con ellos y los peculiares de cada partícipe se obtengan, trabajando en familia.»

(1) Si la asociación a compras y mejoras se ha constituido por los consortes y sus padres, termina cuando se disuelve el matrimonio de los jóvenes por muerte de la mujer. Si, en la misma hipótesis, mueren los padres, la asociación no se disuelve. Tampoco se disuelve por muerte del marido, salvo en los casos en que muera sin hijos, o que la viuda se separe de la casa; pues en otro caso la asociación continúa entre la viuda, los herederos del marido y los padres de éste. Mas si la asociación o acogimiento se ha pactado sólo entre los cónyuges, se disuelve por muerte de cualquiera de ellos. Vid. Borrell y Soler: *Derecho civil vigente en Cataluña*, IV, Barcelona, 1944, págs. 318-319.

(2) Vid. la maravillosa y sugestiva monografía de Martín-Ballesteros y Costea: *La casa en el Derecho aragonés*, Zaragoza, 1944. Para la casa navarra, vid. la interesante memoria de Yaben y Yaben: *Los contratos matrimoniales en Navarra y su influencia en la estabilidad de la familia*, Madrid, 1916.

(3) Pérez y Castán: *Notas a Kipp-Wolff: Derecho de familia*, I, pág. 417.

título 1.412), y excepcionalmente la mujer o ambos, si así se pacta. Conjuntamente corresponde también a ambos cónyuges la gestión en cuanto exceda de las facultades legales o convencionales concedidas a dicho órgano de disposición y administración (tal es el caso, por ejemplo, de las donaciones que excedan, en el régimen legal de la sociedad de gananciales, los límites taxativamente marcados en el artículo 1.415)."

Y no debe, además, dejarse en olvido que, como se dijo con anterioridad, no es incompatible con la *gesammte Hand* la existencia de un órgano de gestión. El marido, en principio (1), no tiene en la comunidad más derechos que la mujer, pues las facultades que ejerce lo son por delegación, como titular de una función representacional o de un cargo de gestión.

Finalmente, y ello revela una admirable y plausible intuición de nuestras legislaciones forales, el sentir jurídico popular en algunas regiones de Fuero es el de la *necesidad de concurrir ambos cónyuges en cualquier acto de gestión de los bienes comunes* (2). En Aragón fué entre los fueristas opinión bastante generalizada, aunque no unánime, la de haber de intervenir imprescindiblemente la mujer para que el marido pudiera enajenar los bienes comunes (3). La ley IX, título XX, del Fuero de Vizcaya dispone que, constante la comunidad, por existencia de la prole, el marido no puede enajenar los bienes sin el consentimiento de la mujer (4). Y en Navarra, el capítulo XIV,

(1) Roca Sastre, ob. y lug. cit., pág. 170.

(2) Roca Sastre, ídem, pág. 167, nota 1.

(3) Incluso en la actualidad es muy discutido, y nada cabe afirmar en forma concluyente si en Aragón, a partir de la publicación del Apéndice, es aplicable o no el art. 1.412 del Código civil, es decir, si el marido por sí solo puede enajenar a título oneroso los bienes comunes. Los artículos 49 y 63 del Apéndice parecen negar al marido dicha facultad; pero, sin embargo, quizá la opinión más segura, acorde además con el Derecho común y el criterio de la Dirección de los Registros con anterioridad al Apéndice, sea la afirmativa. Vid. el trabajo de López Romero: «Bienes gananciales. ¿Rige en Aragón el artículo 1.413 del Código civil?», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, abril, 1928; también Isábal: «El artículo 1.413 del Código civil y las legislaciones forales», en *Revista de Derecho Privado*, 1919, págs. 197 y sigs.

(4) Ley IX, tit. XX del Fuero de Vizcaya: «Que el Marido no pueda vender sin otorgamiento de la mujer.—Otrosí, dijeron: Que harían de Fuero, y establecían por Ley, que constante matrimonio, el Marido no pueda ven-

título XII, libro III, del Fuero general parecía exigir el consentimiento de ambos esposos para disponer de lo conquistado durante el matrimonio (1). Incluso esta misma era la práctica consuetudinaria seguida en los pueblos extremeños donde rige el Fuero del Baylío hasta que el Tribunal Supremo, y después la Dirección de los Registros, vinieron a sentar doctrina contraria, interpretando erróneamente dicho Fuero en términos tales que—como dice Martínez Pereda (2)—más hubiera valido estimarlo no vigente. Y, finalmente, aunque sea algo que ya sólo pertenece a la historia jurídica, cabe recordar que en el antiguo Derecho foral valenciano, según prácticas consuetudinarias, para enajenar los bienes que integraban la *germania* se exigía el concurso de marido y mujer (3).

Y ciertas legislaciones extranjeras, mucho más progresivas y que han sabido recoger mejor la esencia de la comunidad matrimonial de bienes, requieren la intervención de la mujer para los actos de carácter dispositivo sobre los bienes comunes (4).

IV. LAS COMUNIDADES O CONSORCIOS FAMILIARES DE LAS REGIONES DE FUERO.

La dureza del suelo en ciertas comarcas de algunas provincias españolas aforadas, al par que el sentido conservador y tradicional que inspira la vida familiar de las mismas, imponen como necesidad ineludible la de conservar indivisos y unidos los bienes que componen la hacienda secular de la familia y que han sido poseídos por ésta de

der bienes algunos raizes, muebles y semovientes, que no sean ganados durante matrimonio, pertenecientes en la su mitad a la Muger, sin otorgamiento de la Muger, aunque los bienes provengan de parte de el Marido.»

(1) Capítulo XIV, tit. XII, lib. III del Fuero de Navarra: «... *empero si fuese casado, non puede vender las arras de su muyller, a menos de otorgamiento, nin lo que comprare o ganare con eylla, nin lo que viene de parte deylla.*» Vid. Isábal: «El artículo 1.413 del Código civil y las legislaciones forales», en *Revista de Derecho Privado*, 1919, págs. 204-208.

(2) Martínez Pereda, ob. y lug. cit., pág. 359.

(3) Castañeda: *Estudios sobre la historia del Derecho valenciano y en particular sobre la organización familiar*, Madrid, 1908, pág. 34.

(4) Así, el Código alemán (§§ 1.442, 1.444 y 1.519) y el Código civil suizo (arts. 216 y 239). Igualmente el Código portugués, si bien sólo respecto a los bienes inmuebles (art. 1.119).

generación en generación con un cierto carácter vinculatorio. De ahí que, para lograr esta transmisión unitaria de la *casa*, manteniéndola en su más alto valor moral y económico, han surgido ya desde antiguo, y se mantienen aún con extraño vigor, numerosas instituciones jurídicas, extrañas algunas de ellas, anómalas otras, al parecer inconexas y sin ilación entre sí, pero obedientes, en realidad, a una común finalidad, a un solo objetivo: mantener íntegros y unidos los bienes inmuebles que componen el añejo y tradicional patrimonio de una familia, evitar su disgregación y conservar el prestigio y rango de la *casa*, impidiendo su pulverización y el desperdigamiento de los miembros que la componen (1). Nacieron así, y viven aún, los heredamientos catalo-aragoneses, las donaciones *propter nuptias* vasconavarros (que tienen un sentido equivalente al de aquéllos), los fideicomisos familiares, la viudedad aragonesa y el usufructo foral navarro, la sociedad legal continuada, el casamiento en casa, el acogimiento o casamiento a sobre bienes, la dación personal, los consorcios forales, la sociedad familiar y los petrucios gallegos, la legítima reducida de Cataluña y las legítimas *fictas* o puramente formales de Navarra, Vizcaya y Alava, la figura del heredero distributivo y la delegación en la facultad de nombrar heredero, etc., etc.

El estudio y desarrollo de las mismas en su actuación tutelar de la *casa*, el examen de la función trascendente que ésta viene a desempeñar y el peculiar sentido del Derecho de familia de los territorios aforados, darían lugar a ulteriores desenvolvimientos que nos alejarían del tema, teniendo en cuenta, además, que se trata de extremos que ofrecen de por sí materia más que suficiente para estudios independientes.

Por ello, y al objeto concreto de este trabajo, baste con lo indicado.

De todas las instituciones referidas nos interesan especialmente las comunidades domésticas del Alto Aragón, norte de Cataluña y Navarra

(1) Para estos extremos, vid. Martín-Ballester y Costea: *La casa en el Derecho aragonés*, Zaragoza, 1944; Yaben y Yaben: *Los contratos matrimoniales en Navarra y su influencia en la estabilidad de la familia*, Madrid, 1916; Palá Mediano: «Los señores mayores en la familia alto-aragonesa», comunicación en la Segunda Semana de Derecho Aragonés, celebrada en Jaca en 1943. Zaragoza, Lib. General, 1943, págs. 141 y sigs.; Costa: *Derecho consuetudinario y Economía popular de España*; vid. también Prieto Bances: «La casería asturiana», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1941 y 1942.

y ciertas comarcas de Vasconia, la sociedad o compañía familiar gallega y el consorcio foral aragonés.

Las dos primeras puede decirse son nombres distintos de una misma institución: compañía gallega, y comunidad doméstica del Pirineo son los últimos restos de las primitivas agrupaciones gentilicias de la España indígena anterromana: lo que en Cataluña y Aragón es el heredamiento y en Navarra y Vizcaya la donación *propter nuptias*, en Galicia lo es el petrucio. Ambas constituyen una unidad familiar integrada por los padres e hijos, simplemente, o incluso los cónyuges de los hijos: o bien, después de muertos los padres, por el hijo nombrado heredero—el *hereu*—y su esposa, los demás hijos no herederos—segundones, *cabalers*—, los *tiones*, otros parientes, criados, donados, etc. Dicha asociación o agrupación doméstica se encuentra bajo la gestión y administración del jefe de la casa—el *señor*—, que recibe el nombre de *señor mayor* cuando hay nombrado heredero—*señor menor*—, y es quien ejerce todas las funciones directivas y representacionales, actuando personalmente en defensa de los intereses de la casa.

El consorcio foral aragonés es la comunidad en mano común (1) existente entre hermanos y sobre los bienes inmuebles heredados de algún ascendiente, o colateral o consanguíneo, de tal suerte que ninguno de los consortes puede señalar su parte conocida y determinada, estando únicamente autorizada la colectividad para ejercitar los poderes dispositivos y dándose el derecho de acrecer (2) entre los coparticipes si al morir uno de ellos no deja hijos legítimos que le sucedan (3).

(1) Así la consideran Roca Sastre (*Instituciones de Derecho Hipotecario*, 1.^a edic., I, pág. 456) y Palá Mediano y Martín-Ballesterio («El sujeto de derecho en el ordenamiento jurídico aragonés», ponencia oficial en la Segunda Semana de Derecho Aragonés, de Jaca, 1943. Lib. General de Zaragoza, 1943, págs. 87 y sigs., especialmente 94-96). Si bien es innegable no se dan en el consorcio con toda su pureza las líneas genuinas de la *gesammte Hand* en su forma primitiva, ya que las rentas de los bienes indivisos se reparten entre los consortes a prorrata del importe de sus respectivas cuotas, y existe siempre la amenaza disolutoria de la *actio familiae erciscunde*. Pero esto no basta a negar su sustancial coincidencia con la *gesammte Hand*.

(2) En realidad—como hace notar Roca Sastre, ob. cit., I, pág. 456—no se trata de un verdadero derecho de acrecer.

(3) Sobre el consorcio foral, vid. Azpeitia: *El consorcio foral, la sociedad tácita familiar y la sociedad legal continuada*, Zaragoza, 1904; Isábal: «El consorcio foral», en *Revista de Derecho Privado*, octubre 1918; Nicolás S. de Otto: *Derecho foral*, Bosch, Barcelona, 1945, págs. 459-462; y Giménez

Se llama foral dicho consorcio porque nacía de Fuero (es decir, por obra de la ley—*ex foro*—, sin necesidad de estipulación alguna), siempre que se daban las condiciones requeridas (1). El vigente Apéndice aragonés, haciéndose eco de la tendencia desfavorable que hacía dicha institución existía (2), la silencia totalmente; pero, no obstante —al decir de Martín-Ballesteró (3)—, sigue viviendo en la práctica y costumbres de gran número de comarcas aragonesas.

Sustancialmente, esta situación de comunidad es análoga a la existente cuando se nombra un hijo heredero. La única diferencia es que en ésta todas las funciones gestionales y representativas quedan conectadas en el jefe de la casa, en el *hereu*, y en aquélla, por el contrario, dichas facultades o poderes de dirección, administración y disposición se ejercen conjunta y mancomunadamente por todos los comuneros o copartícipes.

Pero, tanto en unas como en otras, se dan en ellas como en ninguna las notas conceptuales de la *gesammte Hand*, en su forma más pura. No es que afirmemos, simplemente, que son manifestaciones de la comunidad en mano común, sino, lo que es más: que son por excelencia las manifestaciones de la misma en nuestro Derecho; constituyen las formas más conspicuas por las que se pone de relieve en nuestro sistema jurídico la propiedad mancomunada; son las representaciones más exactas de la *gesammte Hand* en su forma originaria y primitiva, estando integradas por los mismos elementos y esculpidas por la misma mano, respondiendo a fines idénticos y acusando iguales caracteres. Se da en ellas el vínculo o relación personal, la no extinción de la comunidad por la muerte de uno de los consortes o comuneros, la atribución colectiva de los bienes al mancomún de sujetos, la ausencia de cuotas concretas, transmisibles y enajenables, de tal modo que sólo la colectividad puede disponer, el derecho de acrecimiento, la vida en común

Arnau: *Tratado de Legislación Hipotecaria (Notarias)*, I, Madrid, 1941, página 122.

(1) En el Derecho aragonés anterior al Apéndice estaba regulado por los Fueros *De communi dividundo* y *De consortiebus eiusdem rei*; para el estudio de los mismos, vid. Isábal, ob. y lug. cit., págs. 290-330.

(2) Vid. Isábal, ob. y lug. cit.,

(3) Martín-Ballesteró, ob. cit., pág. 135. Considera este autor que ese ataque al consorcio foral es totalmente injusto, y lo estima fruto de las concepciones individualistas de nuestro Derecho común, trasunto del romano-francés.

la economía única, el cohabitar bajo un mismo techo y hogar, el sentarse a una propia mesa y manteles y comer de un mismo pan, el ser una comunidad de trabajo, de explotación y de consumo, de ganancias y de pérdidas, la imposibilidad de pedir la división mientras dura el vínculo de sangre, de familia, de parentesco o de trabajo, su estabilidad y permanencia y, en suma—como diría Ferrara—, el *abrazar la entera esfera jurídica del sujeto*.

JUAN GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ.

(Continuará.)