

Comunidad conyugal continuada

Requisitos para su existencia.—Continuación forzosa y continuación voluntaria (arts. 60 y 61 Comp. arag.)

SUMARIO: I. La continuación del consorcio en el Derecho histórico.—II. La regulación del Apéndice.—III. La Compilación Idea general.—IV. Los supuestos de hecho para la continuación de la comunidad.—V. Continuación pactada en capítulos o dispuesta en testamento.—VI. Continuación cuando queda descendencia. La «presunción de acuerdo tácito» y la notificación de la voluntad en contrario.—VII. Continuación forzosa habiendo descendientes menores de edad.—VIII. Resumen esquemático.

I

LA CONTINUACION DEL CONSORCIO EN EL DERECHO HISTORICO

Documentos aragoneses de época muy temprana—se conoce uno del 825—dan testimonio de que la muerte de uno de los cónyuges no disolvía necesariamente la comunidad matrimonial de bienes. Lo que no es posible deducir con seguridad de los documentos—explica LACRUZ (1)—es si la comunidad (que, a semejanza de otros Ordenamientos jurídicos, debía resultar simplemente del hecho de seguir viviendo en común) se disolvía en todo caso por voluntad de cualquiera de los comuneros o bien era obligatoria para alguno de ellos; ni se tenía lugar de modo exclusivo en los matrimonios con descendencia o también en los que se disolvían sin ella. Pre-

(1) *El régimen matrimonial de los fueros de Aragón*, ADA, 1946, págs. 120 y sigs.

sumiblemente, lo mismo que en el posterior ordenamiento de los fueros, el establecimiento de la comunidad por regla general ocurría existiendo hijos del matrimonio, y era legal e inmediato a la muerte de uno de los cónyuges, salvo que el sobreviviente quisiera dividir los bienes. Los precedentes de la Compilación de Huesca aluden a la comunidad del cónyuge viudo con los hijos del premuerto y no hacen mención de que tuviera lugar con otros herederos. Es decir, las fuentes suponen que la comunidad se continúa con los hijos, y no tratan del caso de que se siga con los herederos del cónyuge premuerto de un matrimonio sin descendencia seguramente porque tal continuación no era obligatoria para ninguna de las partes ni tampoco frecuente.

Los documentos parecen demostrar que lo que continúa es una comunidad dinámica, con un patrimonio capaz de aumentar mediante nuevas conquistas. Todo lo adquirido desde el momento del matrimonio hasta el tiempo de dividir la comunidad continuada ha de incluirse en el caudal partible (2).

Las fuentes de los siglos XII y XIII no regulan la materia de las adquisiciones hechas por el viudo o por los herederos durante la continuación, y es natural, ya que estando los bienes en la mayor parte destinados a los hijos no se plantea el problema de cuáles sean los derechos del viudo sobre los nuevamente adquiridos.

La Compilación de Huesca conserva las reglas anteriores sobre la comunidad continuada. Así, el fuero segundo, *De donationibus*, reproduce la que se halla en una de las recopilaciones privadas sobre las donaciones del viudo continuador de la comunidad a los hijos comunes. Y el fuero primero, *De secundis nuptiis*, vuelve a presuponer, como el de Jaca, que habiendo hijos, la división tiene lugar cuando el sobreviviente va a contraer segundas nupcias, añadiendo después, al final, un párrafo que falta en el Derecho de Jaca y que pone singularmente de relieve cómo la división se efectúa sólo por voluntad del cónyuge sobreviviente y no de los hijos (3).

(2) Fuero 8.º, *De communi dividundo* (copiado a la letra del de Estella): «Si filius remanserit puerulus et postea veniat ad perfectam aetatem et quesierit partem de mobili aut immobili sui patris, de his quae sunt in praesentia habebit partem sui patris...»

(3) «Tamen quocumque pater voluerit dare partem filiis, compellantur filii recipere, si incontinenti vult tradere eis partem ipsorum: aliter compelli non debet, idest si incontinenti nollet eis tradere. Idem est de matre».

Pero, además, el fuero primero, *De iure dotium*, introduce en el Derecho aragonés un principio nuevo: el de conservación, en todo caso por la viuda, de la tenencia de los bienes que hubo juntamente con su marido, es decir, tanto de los consorciales como de los privativos: *Defuncto viro, uxor vidua, licet ab eo filios habuerit, omnia quae simul habuerant possidebit, ea tamen vidua existente. Et licet non accipiat virum, si manifeste tenuerit fornicatorem vel adulterum, amitat viduitatem et dotes ac si duxisset virum.*

Del texto de dicho fuero se desprende que la mujer, tanto si tiene hijos como si no los tiene, debe retener la totalidad de los bienes que poseía juntamente con su marido mientras no contraiga nuevas nupcias y lleve vida honesta. Es dudoso si el fuero pretende atribuir a la viuda con hijos un derecho de usufructo o si le autoriza a continuar la comunidad contra la voluntad de éstos. Prácticamente ocurre lo segundo, por la dificultad de individualizar los muebles y por aplicación de los fueros del título *De secundis nuptiis*. Como quiera que sea, este fuero suele ser citado como fundamental en la concesión por la ley del usufructo de viudedad; usufructo que seguramente desde el momento en que comenzó a regir la norma que lo imponía se restringió a los inmuebles y así permaneció hasta la actual Compilación.

Con la restricción a los inmuebles se trataría quizá de evitar la inevitable confusión que del usufructo universal se produciría con la comunidad continuada; con tal restricción es fácil distinguir en la práctica el ejercicio de la viudedad de la continuación del consorcio: si se usufructúan los inmuebles y se dividen los muebles, o al menos se hace inventario de ellos, hay viudedad legal; si nada cambia en el estado de cosas anterior a la disolución del matrimonio hay comunidad prorrogada. La prórroga de la comunidad depende simplemente del hecho de la indivisión y así no se limita a los hijos.

Mientras que en los fueros, y sobre todo en el derecho vivo, que podemos conocer a través de los documentos más antiguos, la continuación del consorcio parece mostrarse como una forma comunitaria y familiar de explotación de bienes, sobre todo agrícolas, prevaleciendo el aspecto dinámico y productivo; en las observancias prevalece, por el contrario, el momento estático de indi-

visión de unos bienes muebles que no se han inventariado y pasan a primer plano las preocupaciones por la dificultad de la prueba de su pertenencia, obviada con una partición de todos los muebles de que al tiempo de dividir esté en posesión el viudo.

Observancia segunda, *De iure dotium*: *Nota quod de consuetudine Regni est quod mortuo altero coniugum omnia quae superstes expendidit non veniunt in divisione nisi esset factum inventarium de bonis mobilibus.*

Observancia 22.^a, *De iure dotium*: *Item maritus tenetur dividere omnia bona mobilia quae inveniuntur tempore divisionis, non illa quae fuerunt tempore mortis uxoris, nisi factum fuerit inventarium, iurando quod non apartavit aliquid de dictis bonis in fraudem.*

Observancia 57.^a, *De iure dotium*: *Item bona mobilia dicuntur consumpta et habentur pro consumptis quando non constat in quo fuerum possita...*

LA RIPA explica de esta manera la continuación del consorcio: «En llegando el caso de morir uno de ellos, las más de las veces, al menos muchísimas, sucede que no se hace inventario, empara ni otra diligencia relativa a la descripción de los muebles, ni hay quien luego inste la partición; por esto se haya prevenido en nuestras leyes que si ni a instancia del sobreviviente ni de los herederos del difunto no se hace legítima descripción, embargo, inventario u otra cosa que persuada que el sobreviviente o los herederos quieren separarse de la sociedad, continúa ésta no de la misma forma que si sobreviviese el marido, pero poco menos; porque mientras no se separe expresamente o por alguna de aquellas diligencias, puede gastar y consumir de lo que queda, aunque lo que se aumentare deberá entrar y quedar en la comunión» (4).

Si el viudo pasaba a segundas nupcias debía dividir los muebles y entregar su parte a los herederos del primer cónyuge. De no hacerlo así, estos herederos tendrían parte en todo lo que el viudo ganare con su segundo cónyuge, siendo distinta la división según se realizara durante las segundas nupcias, después de éstas o durante terceras o ulteriores.

(4) *Tratado de los derechos de los cónyuges en el matrimonio a los bienes que poseen durante él y de la división de ellos entre los mismos y sus herederos, en Ilustración segunda a los cuatro procesos forales de Aragón, Zaragoza, 1828, páginas 231 y sigs.*

Debe insistirse con RIVAS PÉREZ en que «es la dificultad de prueba, tanto en cuanto al origen de los bienes que existen en el acervo común en el momento de la división como respecto a los que existían al cesar el consorcio lo que constituye la justificación de la comunidad continuada. Los autores clásicos hablan de una presunción de voluntad de continuar el consorcio conyugal por el hecho de no dividir, pero lo que se desprende de las fuentes es que la llamada continuación de la comunidad se encierra en el mismo hecho de la indivisión» (5).

II

LA REGULACION DEL APENDICE (6)

El Apéndice, de acuerdo con sus precedentes (Proyectos 1899 y 1904, Memoria FRANCO y LÓPEZ...), pretendió mostrarse respetuoso con el Derecho de Observancias en tema de continuación de consorcio, introduciendo, sin embargo, algunas modificaciones—bien intencionadas, pero deficientemente realizadas—que pretendían prestar nueva vitalidad a la institución.

Según su articulado, «el fallecimiento de un cónyuge, si el matrimonio ha sido válido y no está decretada la separación de bienes al cesar el consorcio lo que constituye la justificación de la los herederos del finado»; sin embargo, «cuando al morir el marido o la mujer la sociedad conyugal no posea bienes algunos o los que existan sean por su naturaleza infructíferos, o no excedan de las deudas, se entenderá totalmente disuelta». Además, «la muerte del marido o de la mujer determinará la disolución inmediata de la sociedad cuando el superviviente y todos los herederos del finado así lo acuerden, al menos que el finado en su testamento o en capitulación matrimonial haya prohibido a éstos que promuevan la disolución durante la viudez del sobreviviente; prohibición que les obligará, aunque sean herederos forzosos, mientras tanto que el

(5) *Esquema de la comunidad legal continuada aragonesa en el Derecho de los Fueros y Observancias*, en *Homenaje a la memoria de don Juan Moneva y Puyol*, Zaragoza, 1954, pág. 639.

(6) Véase DELGADO ECHEVERRÍA, *La comunidad conyugal continuada en el Apéndice aragonés*, ADA, XIII, págs. 181-295.

viudo no se haga sospechoso de mala administración»; y «no estorbándolo la prohibición antedicha, cualquiera de los herederos del cónyuge finado puede pedir la disolución de la sociedad continuada en lo que le afecta» (art. 53).

Con ello parece que la continuación del consorcio es un efecto automático de la muerte de uno de los cónyuges—siempre que se den los requisitos que hemos visto—, del mismo modo que la comunidad conyugal fue efecto de la celebración del matrimonio. Los autores especulaban, sin embargo, sobre la base de una presunción de voluntad de los interesados, o del viudo o incluso del difunto.

Novedad importante (además de la cesación de la sociedad continuada por el hecho de contraer el supérstite segundas nupcias, a menos que todos los partícipes acordaran proseguirla) fue la introducción del elemento «trabajo en familia». Seguía diciendo el párrafo primero del artículo 53: «Siquiera (esta sociedad continuada) quede circunscrita a los bienes comunes existentes y a los aumentos que con ellos y con los peculiares de cada partícipe se obtengan *trabajando en familia*; de modo que la sociedad continuada no comprenderá los bienes y derechos que durante la continuación adquieran los interesados por separado del caudal común». Este punto, por constituir novedad, por sus defectos técnicos y por sus notables consecuencias prácticas, fue el que mayores dudas y problemas hubo de suscitar.

La intención del legislador del Apéndice al introducir el elemento de «trabajo en familia» (tomado del Proyecto de 1904, artículo 38) parece haber sido evitar las posibles injusticias producidas al atribuir a los herederos la mitad de los productos que el viudo haya adquirido con su propio trabajo, y en esta intención de equidad encuentra su justificación. Pero hay que convenir con LACRUZ en que los problemas que esta encomiable idea del legislador presentaba en la práctica eran muy complejos (7).

La doctrina más extendida entendió que el trabajo en familia era un requisito para la continuación de la comunidad, sin el cual debía considerarse disuelta. «Es el trabajo en familia, con los bienes comunes y con los propios de cada partícipe—escribía CAMÓN AZNAR—, el elemento primordial determinante de la existencia de

(7) LACRUZ-SANCHO, *Derecho de Familia*, Barcelona, Bosch, 1966, pág. 274.

la continuación de la sociedad conyugal» (8). En mi opinión, sin embargo, en la normativa del Apéndice, la comunidad conyugal continúa tanto si los partícipes trabajan en común como en el caso contrario; ahora bien, la presencia o no de este trabajo tendrá consecuencias importantísimas en orden a la composición del patrimonio de la sociedad y, por tanto, sobre los derechos de los partícipes a la disolución de la misma. Puede advertirse la presencia de dos tipos de sociedad continuada, diferenciados precisamente por el elemento «trabajo en familia».

a) Si no hay trabajo en familia, los aumentos que por su cuenta consigan los herederos y el supérstite con sus propios bienes no forman parte de la comunidad. En cuanto a los aumentos producidos por los bienes comunes, pertenecerán al viudo, si tiene viudedad sobre los bienes, y en los que excedan ingresarán en el patrimonio común, como accesiones del mismo, y serán repartibles en su día y caso. Por lo demás, se aplica la regulación legal de la continuación del consorcio, en especial por lo que se refiere a los poderes de representación y gestión del viudo, quien, además, obra con base en los artículos 55-3.º y 71.

b) Si todos los partícipes trabajan en familia se hacen de la sociedad y se dividirán por mitad entre el viudo y los herederos del premuerto en su momento tanto los aumentos de los bienes comunes como los de los privativos de cada partícipe alcanzados en la colatoración del trabajo familiar. En este caso, el usufructo legal del viudo permanece en suspenso: «Cuando la sociedad legal subsista continuada, simultáneamente con la viudedad legal, los aumentos o productos que se obtengan trabajando en familia con los bienes peculiares de cada consorte y con los comunes no pertenecerán exclusivamente al supérstite, sino que acrecerán al caudal divisible en su día y caso» (art. 72, regla 4.ª «En cuanto a los derechos»).

En cualquier caso, «el disfrute de la viudedad legal por el sobreviviente puede coexistir con la sociedad continuada entre éste y los herederos del finado; pero la viudedad universal, al contra-

(8) *Regulación de la sociedad conyugal continuada en Aragón*, en *Homaje a la memoria de don Juan Moneva y Puyol*, Zaragoza, 1954, pág. 232.

rio, determina la inmediata disolución de la sociedad conyugal por muerte de uno de los consortes» (art. 64-2.º).

Ahora bien, en Aragón es normal que el viudo incumpla la obligación de inventario que en el plazo de cincuenta días le imponía el artículo 68 del Apéndice, sin que los herederos se la exijan, disfrutando el viudo de los bienes sin contradicción y sin que se proceda a dividirlos. En estas situaciones de indivisión prolongada, no por anómalas menos reales, aun cuando por fuerza de la interpretación dominante sobre el trabajo en familia no se quisiera ver una verdadera comunidad conyugal continuada, no podía dejarse de apreciar la producción de algunos de sus efectos: en especial la administración por el viudo y la legitimación de éstos en todos los pleitos en que fuera parte la comunidad (sentencias A. T. Z. de 6 de enero de 1957 y 6 de abril de 1961). LORENTE se ocupó de individualizar estas situaciones, hablando en estos casos de «seudo-sociedad conyugal continuada», «consorcio o comunidad *sui generis*», «consorcio continuado o similar» (9).

III

LA COMPILACION. IDEA GENERAL

La regulación del Apéndice era deficiente y objeto de críticas por todos los que de ella se ocuparon. Tampoco podía pensarse en la vuelta pura y simple a las observancias, en las que la preocupación por las dificultades de prueba, el papel casi mágico del inventario y la falta de comprensión de la dinámica de los patrimonios familiares hacían del consorcio prorrogado algo muy cercano a una comunión incidental, una mera situación provisional de indivisión. El camino emprendido por la Compilación puede interpretarse, a la vez, como una vuelta al Derecho consuetudinario más antiguo y una atención realista a los problemas actuales de la economía de la empresa media de carácter familiar.

Además, recogiendo la experiencia de las situaciones de indivisión mantenidas largamente en el tiempo, sobre todo como con-

(9) *La omisión del inventario en la viudedad*, en *Homenaje a la memoria de don Juan Moneva y Puyol*, Zaragoza, 1954, pág. 509.

secuencia práctica del ejercicio de la viudedad, se dedican varias normas a la administración por el viudo en estos supuestos. Aunque no se habla en estos casos de simple indivisión con administración por parte del viudo de comunidad conyugal continuada (expresamente se dice que la comunidad conyugal ha quedado disuelta por muerte de uno de los cónyuges), se les aplica una normativa que recoge el espíritu, y aun parcialmente la forma, de la regulación de observancias: el artículo 53. No me ocupo de estos supuestos en el presente trabajo.

A la comunidad conyugal continuada se dedica un título, el quinto del libro I, separado del correspondiente al régimen económico matrimonial, con lo que los perfiles de la institución se destacan con notable claridad. Es básica—y constituye novedad—en esta comunidad continuada la exigencia de que los principales ingresos de la sociedad conyugal provengan de explotaciones agrícolas, ganaderas, industriales o mercantiles; esto supuesto, la continuación puede ser forzosa (por pacto en capítulos o disposición en testamento) o voluntaria; esta última, sólo posible si queda descendencia del matrimonio. Se presta notable atención a la presencia de descendientes, llegando a configurar una forma de continuación forzosa cuando entre los descendientes que sucedan en todo o parte de la explotación hubiera alguno menor de edad y no quedaren otros descendientes habidos por cualquiera de los cónyuges en anterior matrimonio.

Además, se hace compatible la comunidad continuada con la viudedad universal; innovación importante, ya que de otro modo la continuación de la comunidad se haría casi ilusoria, supuesta la extensión por ley del usufructo de viudedad a todos los bienes del cónyuge primeramente fallecido.

Los diferentes supuestos de continuación de la comunidad conyugal se regulan en los artículos 60 y 61 (libro I, título V, capítulo primero, «Normas generales»).

Artículo 60. Uno. Continuará entre el sobreviviente y los herederos del premuerto la comunidad existente al fallecimiento de uno de los cónyuges, siempre que los principales ingresos de la sociedad conyugal provengan de ex-

plotaciones agrícolas, ganaderas, industriales o mercantiles:

1.º Obligatoriamente, si así se hubiera pactado en capítulos o dispuesto en testamento mancomunado por ambos cónyuges.

2.º Potestativamente, si, aun sin pacto o disposición, hubiese quedado descendencia del matrimonio.

Dos. La comunidad continuada es compatible con la viudedad universal.

Artículo 61. Continuación con los descendientes.

Uno. En caso de no haberse pactado en capítulos o dispuesto en testamento mancomunado, para la continuación de la comunidad con los descendientes se requiere la voluntad concorde de todos los interesados. Se entenderá que hay acuerdo tácito de continuarla si en el término de un año, a contar del fallecimiento del cónyuge premoriente, ninguno de los interesados notifica en forma fehaciente a los restantes su voluntad en contrario.

Dos. No surtirá efecto la voluntad en contrario si entre los descendientes que sucedan en todo o parte de la explotación hubiera alguno menor de edad y no quedaren otros descendientes habidos por cualquiera de los cónyuges en anterior matrimonio.

IV

LOS SUPUESTOS DE HECHO PARA LA CONTINUACION DE LA COMUNIDAD

La sociedad conyugal tan sólo debe continuar en los supuestos taxativamente señalados por la ley, y nunca en ausencia de alguno de los requisitos legales; la voluntad de los interesados nunca podría configurar, fuera de estos casos, una sociedad como la que la Compilación regula en los artículos 60 y siguientes. Dados estos

requisitos, la voluntad privada puede hacer obligatoria la continuación o bien impedirla o aun alterar dentro de ciertos límites la estructura y el funcionamiento de la comunidad.

En principio el problema es muy simple: cuando se disuelve un matrimonio por muerte de uno de los cónyuges y el régimen económico de este matrimonio comporta un patrimonio común, cuyos principales ingresos provengan de explotaciones agrícolas, ganaderas, industriales o mercantiles, son eficaces los pactos y disposiciones por los que ambos cónyuges hacen obligatoria la continuación; en ausencia de estos pactos o disposiciones, sólo si ha quedado descendencia del matrimonio puede continuar la comunidad, y continuará sin más si ninguno de los interesados notifica a los demás su voluntad en contrario (a esto se reduce, como veremos, el «acuerdo tácito»), y de manera forzosa si entre los descendientes que sucedan en todo o en parte de la explotación hay algún menor de edad. Examinaremos primero los requisitos comunes a todos los casos, que son los que se deducen del párrafo primero del artículo 60, para estudiar después los peculiares de la continuación forzosa y de la potestativa.

Son en cualquier caso requisitos necesarios para la continuación de la comunidad conyugal en Aragón los siguientes:

a) *Muerte de uno de los cónyuges*.—Sólo cuando el matrimonio que dio origen a la comunidad conyugal se disuelve por muerte de uno de los cónyuges puede producirse la continuación de esta comunidad. Se excluyen todos los demás supuestos, tanto de disolución del matrimonio (divorcio vincular, dispensa *super ratum*, privilegios paulino y petrino) como de disolución de la comunidad de bienes (declaración de nulidad, separación de bienes por separación personal, interdicción o ausencia). Las fuentes históricas hablaban siempre de fallecimiento de un cónyuge, sin aludir a otros supuestos ni siquiera para excluirlas. El artículo 60 parte de la misma idea, tan básica, que no desarrolla expresamente, pero que, sin lugar a dudas, recoge al establecer la posibilidad de continuación «al fallecimiento de uno de los cónyuges» «entre el sobreviviente y los herederos del premuerto».

En cuanto a la declaración del fallecimiento de uno de los cónyuges, puesto que produce la apertura de la sucesión del ausente o desaparecido (art. 196 del Código civil), no parece ha-

ber obstáculo en que la comunidad conyugal continúe entre el cónyuge presente y los herederos del declarado fallecido (a menos que con anterioridad se haya instado la separación de bienes consiguiente a la declaración de ausencia). Es más, el régimen de la comunidad continuada es más adecuado para la protección de los eventuales derechos del ausente en caso de que vuelva o se pruebe su existencia que la aplicación del Código civil.

b) *Régimen preexistente de comunidad.*—No es preciso que el régimen de bienes durante el matrimonio haya sido el legal, sino que cualquiera de ellos que comporte un patrimonio común es bastante para sostener la continuación. Por tanto, la continuación de la comunidad es posible también cuando el régimen del matrimonio disuelto haya sido regulado por capitulaciones matrimoniales (que establezcan, por ejemplo, una comunidad universal o reducida a los gananciales, etc.), siempre que los cónyuges no la hayan excluido expresamente en sus pastos y no hayan optado por la separación de bienes.

En el Apéndice derogado, con base en la doctrina desarrollada bajo el Derecho de Observancias, se exigía algo más que la vigencia de un régimen de comunidad en abstracto y la existencia consiguiente de un patrimonio común: se exigía que en el patrimonio hubiese bienes, que éstos fueran fructíferos por naturaleza y que resultasen superiores a las deudas (art. 53-4.º Apéndice). No estaba claro qué debía entenderse por bienes fructíferos por naturaleza (quizá, en la intención del legislador, sólo los que producen frutos naturales, lo cual no resulta muy comprensible), ni cuándo debía resultar la superioridad del activo (requisito que más parecía una reminiscencia de la ya antigua posición jurisprudencial que exigía la liquidación de la sociedad conyugal para apreciar la existencia de bienes gananciales). La Compilación no recoge ninguna de estas exigencias, que en cierto sentido son sustituidos por la muy importante de la procedencia de los ingresos de la comunidad.

c) *Ingresos procedentes de explotaciones agrícolas, ganaderas, industriales o mercantiles.*—Una de las finalidades perseguidas con la continuación del consorcio, quizá la más importante, es la de conservar la cohesión del patrimonio y del grupo familiares, no simplemente prolongar la indivisión—que, en cuanto tal, puede

no responder a ningún interés—, sino mantener los medios de producción con que cuenta el grupo familiar en la misma eficacia económica alcanzada con anterioridad a la muerte de uno de los cónyuges, manteniendo asimismo una similar distribución de los beneficios.

En el terreno económico, la familia no es hoy normalmente, sobre todo en la ciudad, una unidad de producción: hoy es, ante todo, un grupo primario de consumo, con caracteres propios dentro de la economía de mercado (10); pero no se excluye que el grupo familiar pueda desempeñar todavía funciones de entidad productora, principalmente en el sector primario, y en la pequeña empresa de tipo artesano, susceptible de desenvolverse con la sola participación del trabajo del grupo familiar (11).

Por otra parte, el grupo familiar, sin constituirse en unidad de producción, puede, a través de sus miembros, ser titular de los medios de producción y dador de trabajo asalariado, manteniendo estrecha vinculación con la empresa a través de la dirección personal de la misma y la repercusión directa de los resultados de

(10) Y las consecuencias jurídicas de esta función económica serán muy importantes; por ejemplo, en materia de cargas del matrimonio, o de alimentos entre parientes.

(11) Mauricio SERRAHIMA (*Derecho de Familia y Derecho de Empresa*, ADA, X, 1959-1960, págs. 409-412) enfoca todo el Derecho familiar catalán bajo el prisma de la empresa familiar agrícola, cuya continuidad pretende proteger aquel Derecho, sobre todo a través de la regulación de la sucesión de los administradores del patrimonio y de la empresa agrícola familiar. Análoga consideración podría hacerse para el Derecho familiar aragonés.

La «casa» aragonesa, como la catalana, la navarra, la casería asturiana y vizcaína, cualesquiera sean sus notables diferencias, coinciden todas en constituir una empresa familiar agrícola (cfr. MARTÍN BALLESTEROS, *La casa en el Derecho aragonés*, Zaragoza, 1944).

En el Derecho común se encuentran numerosas alusiones al trabajo familiar. La Ley de Contratos de Trabajo, de 26 de enero de 1944, excluye de su ámbito de aplicación «los trabajos de carácter familiar, donde solamente estén ocupadas personas de la familia o por ella aceptadas, mientras que los que trabajen no se consideren asalariados» [art. 2.º, a)]. El artículo 4.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos (11 de junio de 1964) se refiere a la «pequeña industria doméstica» ejercitada por el inquilino, su cónyuge, o determinados parientes. El Reglamento de Arrendamientos Rústicos (29 de abril de 1959), al definir el «cultivador directo y personal» (art. 83-3.º) lo amplía al caso en que las operaciones agrícolas se realicen «por los familiares (del arrendador o del arrendatario) en su más amplio sentido, que con él convivan bajo su dependencia económica»; estos familiares son los que el artículo 86 denomina «familiares cooperadores».

En el Derecho agrario puede considerarse como fundamental el concepto de «empresa familiar agrícola».

su gestión sobre los consumos familiares. Puede hablarse también de empresa familiar en este segundo sentido.

En cualquiera de los casos apuntados, las interrelaciones empresa-familia se producen en ambos sentidos. En particular las vicisitudes del grupo familiar producen sus efectos en las actividades de producción: la edad de sus miembros, sus matrimonios, el régimen de bienes de los mismos, la muerte y la transmisión *mortis causa*, etc. Aunque no sin entrar en contradicción con la organización actual de la producción predominantemente a través de las grandes empresas de capitales y la gestión directa del Estado, el Ordenamiento jurídico procura garantizar la continuidad de la empresa familiar, tanto en interés de la familia como de la producción.

En esta perspectiva debe verse la norma que comentamos. Como advierte LORENTE (12), «la alusión a la principal fuente de ingresos de la sociedad conyugal, referida a explotaciones agrícolas, ganaderas, industriales y mercantiles, responde al designio de compaginar el espíritu del Derecho civil aragonés con las exigencias de la civilización industrial y de la economía neocapitalista. La coincidencia del principio de conservación del patrimonio familiar con las consignas sobre estructuras mínimas de las empresas infunde vigencia social a esta institución, que resulta actualizada». El legislador aragonés, con fuerte base en la tradición jurídica de la tierra (el Derecho aragonés se formó en una sociedad en que el grupo familiar de producción agrícola revestía una importancia primordial) ha creado una normativa en la que para casos concretos se asegura la permanencia en el tiempo de las explotaciones familiares (13).

(12) En *Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza*, 1 de julio de 1967, página 96.

(13) Obsérvese además cómo los principios familiares se sobreponen a los puramente económicos en la regulación de las explotaciones familiares: en los artículos 64 y 65 la prestación de trabajo en actividades de dirección o realización viene exigida a los miembros del grupo familiar atendiendo a criterios extraeconómicos, de situaciones personales, capacidades y exigencias del patrimonio; haciéndose depender el derecho de alimentos de cada miembro (o mejor, el derecho a ser atendido en sus necesidades en el seno del grupo familiar) de su efectiva colaboración, medida con los mismos criterios. El grupo familiar es el ámbito humano en que puede aplicarse con normalidad el principio comunista de participación en el trabajo según las propias posibilidades, y participación en los beneficios según las propias necesidades, y a tal criterio se adapta la Compilación en las normas que consideramos.

El primer problema que surge es el del concepto mismo de explotación agrícola, ganadera, industrial o mercantil. La Compilación lo emplea en otros lugares (arts. 39-1.º, 58-2.º, 72-2.º, 102-1.º), pero no pretende en ningún momento definirlo ni da indicación alguna para su determinación. Obsérvese que evita el término de «empresa», utilizando el más anodino de explotación, probablemente para indicar todo conjunto de bienes orgánicamente relacionados entre sí, sobre los que se ejercita una actividad laborativa mediante la cual son susceptibles de producir beneficios.

Si la explotación, ya durante el matrimonio, se desarrollaba bajo la forma de sociedad con personalidad jurídica, parece que debe excluirse la continuación. «Es aventurado todavía—observa LORENTE SANZ (14)—el apuntar soluciones para esta hipótesis; pero bueno será recordar que si la sociedad mercantil constituida con personalidad jurídica cumple todos o casi todos los objetivos de la comunidad continuada (cohesión o conservación del grupo familiar mediante cláusulas de preempción y retracto de participaciones), incluso los de indole económica, no parece que sea necesario ni conveniente que los continuadores de la sociedad conyugal se acojan al régimen de comunidad continuada.» Parece imposible superponer la comunidad conyugal continuada, dada la estructura organizativa de criterio familiar y jerárquico que determina la Compilación, a una sociedad mercantil previamente constituida, quizá entre los mismos familiares, que explote los bienes comunes, ya que su organización y funcionamiento serán diferentes y sometidos a la normativa general de las sociedades mercantiles.

No se acaban con esto los problemas. Es el mismo LORENTE quien prosigue: «La circunstancia constitutiva de que los principales ingresos de la sociedad conyugal procedan de explotaciones agrícolas, ganaderas, industriales o mercantiles hará que incida sobre la comunidad continuada toda la problemática del Derecho de la empresa, especialmente la del usufructo y la sucesión hereditaria en la misma. Deudas, amortizaciones, financiación, capitalización, mejoras, ampliaciones del negocio, creación de otros nuevos, etc., todo ello abre un ancho campo a los estu-

(14) Op. cit., pág. 95.

diosos de los problemas de la comunidad continuada en sus relaciones con el Derecho económico y mercantil; incluido, por supuesto el ordenamiento de las situaciones concursales y la consideración de la comunidad desde el punto de vista tributario. No se olvide que al Impuesto de Renta de Sociedades están sujetas las comunidades de bienes que explotan algún negocio cuyos rendimientos deban ser gravados en el Impuesto Industrial, cuota de licencia» (15). No puedo—por falta de fuerzas—seguir la invitación de este autor tendente al estudio de este interesante aspecto de la comunidad continuada.

Cabe observar—para situar la problemática en sus justos términos—que la explotación puede no pertenecer al patrimonio común, sin que ello obste para que la comunidad continúe. Es decir, se exige que los principales ingresos comunes sean procedentes de una explotación, pero nada se precisa sobre la titularidad de la misma, que lo mismo puede ser común que corresponder al viudo o al cónyuge premuerto como bienes privativos. Y la hipótesis en que la explotación sea ajena a la comunidad no será rara, ya que el apartado primero del artículo 39 considera aportadas al matrimonio como sitios (y, por tanto, las excluye de la comunidad) las explotaciones de que hablamos. No hay, pues, ninguna dificultad en que continúe entre el viudo y sus hijos una comunidad conyugal cuyos principales ingresos procedían de la explotación privativa del cónyuge difunto (antes bien, tal continuación será obligatoria en el supuesto del apartado segundo del artículo 61).

En este caso no hay cotitularidad sobre la explotación, que pertenece íntegramente a los herederos del difunto. El viudo tendrá la posesión y administración de la misma, precisamente en ejercicio de su viudedad; si por cualquier causa carece de ésta, podrá tener como representante legal de sus hijos menores o voluntario de los demás herederos; si tampoco esto, la administración de la explotación corresponde a los titulares o sus representantes. La comunidad continuada alcanza sólo a las ganancias. Si la explotación es propia del sobreviviente, la comunidad conyugal podrá continuar (si ha quedado descendencia del

(15) Op. cit., pág. 99.

matrimonio), pero no se impondrá forzosamente, ya que los descendientes no serán sucesores en la explotación.

Por último, cuando los ingresos procedentes de la explotación se consideren los «principales» de la comunidad conyugal, es cuestión que deberá examinarse en cada caso; con las dificultades consiguientes cuando la continuación se produzca sin acuerdo expreso, ya que los problemas se plantearán, quizá años después, al pretenderse la división. Parece que han de ser principales en forma absoluta (más del 50 por 100 de los ingresos del consorcio), sin que baste con que sean superiores a los de las demás fuentes de ingresos individualmente consideradas.

V

CONTINUACION PACTADA EN CAPITULOS O DISPUESTA EN TESTAMENTO

En Aragón, como en los demás territorios forales, los capítulos no son simplemente el instrumento en que se realizan las aportaciones de bienes y se establece el estatuto que ha de regir los derechos patrimoniales de los cónyuges durante el matrimonio, sino que contienen tradicionalmente la previsión de todas las eventualidades familiares más allá de la muerte de los cónyuges que los otorgan, asegurando la situación del cónyuge viudo y la sucesión en el patrimonio familiar, tendiendo siempre a la conservación de la casa en manos de las futuras generaciones. Cabe perfectamente en su contenido el establecimiento de la continuación de la comunidad conyugal a la muerte de uno de los cónyuges, prohibiendo a los herederos del premuerto instar la división del consorcio (16).

(16) BARRACHINA (*Derecho foral español*, Castellón, 1911, t. I, pág. 161) admite, para el Derecho de Observaciones, la posibilidad de regular en capítulos esta continuación: «Como en éstas (capitulaciones) pueden establecer los cónyuges todo cuanto tengan por conveniente acerca del régimen económico de la familia y destino de los bienes, no vemos razón que impida que establezcan los pactos de esa asociación familiar, impropriamente llamada legal, en la cual podemos decir continúa, en espíritu, el cónyuge fallecido y siguen estrechados los vínculos del parentesco».

Si la continuación se ha pactado en capítulos, el viudo no podrá pedir la división (división que en el Derecho vigente favorecería sus intereses, ya que pasaría a percibir todos los frutos de los bienes como usufructuario universal, sin compartirlos con los herederos). Tampoco podrán pedirla los herederos—que no son parte en los capítulos—, aunque sean legitimarios, sin que esto deba extrañarnos, ya que con la prohibición de dividir se les favorece con respecto a la situación legal con usufructo del viudo.

A las mismas consecuencias puede llegarse a través de la disposición establecida en testamento por ambos cónyuges (17). Testamento que ha de ser mancomunado (no exigían esto los Anteproyectos: *cfr.* art. 130 Ant. 1962 y art. 126 Ant. 1963), en los que la obligación recíproca de continuar el consorcio habrá de considerarse como constituyendo disposiciones correspectivas o recíprocamente condicionadas a todos los efectos que de este carácter hace derivar la Compilación. No hay inconveniente en que ambos cónyuges en su testamento mancomunado establezcan la continuación para el caso de morir uno de ellos y no el otro.

Puede todavía especularse sobre la continuación impuesta por un cónyuge en su propio testamento a sus herederos. Esta continuación obligatoria, bajo la forma de prohibición de pedir la disolución, estaba prevista expresamente en el Apéndice para mientras el supérstite se conservara viudo y no se hiciera sospechoso de mala administración (arts. 53-2.º y 31-2.º, no del todo coincidentes) (18).

(17) En el testamento de Sancho Galíndez, fechado en 1066 (*cit.* por LACRUZ, *El régimen matrimonial en los fueros de Aragón*, ADA, 1946, pág. 121), se encuentra la siguiente cláusula: *Ego, Sancto Galindiz supra nominato, mando et destino quod si vixerit super me coniugi mea domina Urraca in suos dies tandiu illa fuerit non partant ad illa ullo de suos filios in toto isto quod est supra scripto, nisi illum que illa eis quisierit dare pro grato et sine fortia, et habeat mea anima comendata. Similiter ego Urraca, mando et sic destino ut si vixerit supra me isto seniore meo supra scripto, in suos dies tandiu ille fuerit, non ei partant suos filios nec ullos meos causa, et habet mea anima comendata.*

(18) Decía así el artículo 53-2.º:

«La muerte del marido o de la mujer determinará la disolución inmediata de la sociedad cuando el supérstite y todos los herederos del finado así lo acuerden, a menos que el finado, en su testamento o en capitulación matrimonial, haya prohibido a éstos que promuevan la disolución durante la viudez del sobreviviente; prohibición que les obligará, aunque sean herederos forzo-

La continuación no se le imponía al viudo; esto no podía hacerlo el otro cónyuge por sí solo, ya que sería tanto como privarle unilateralmente del ejercicio de la viudedad legal, sino que se dejaba a la voluntad de éste el continuar o no, sin que los herederos pudieran oponerse. Pienso que tal prohibición sería perfectamente válida en el nuevo Derecho, con límites semejantes a los que tenía en el antiguo, que se impondrían ahora por la vía del artículo 68.

Tanto en el caso de pacto en capítulos como en el de disposición en testamento se requiere que los principales ingresos de la comunidad conyugal provengan de explotaciones agrícolas, ganaderas, industriales o mercantiles. Este requisito parece que ha de darse en el momento del fallecimiento de un cónyuge (siendo indiferente su existencia en el momento de la confección de la capitulación o testamento), funcionando como *conditio iuris* de eficacia. No se precisa, en cambio, que el matrimonio tenga descendencia y menos que ésta viva al morir uno de los cónyuges, con lo que en estos casos, y sólo en estos casos, la comunidad puede estar formada por el viudo y herederos del premuerto no descendientes de ambos.

Por lo demás, es claro que los cónyuges podrán configurar la continuación del consorcio con notable libertad, del mismo modo que pueden hacerlo respecto de la comunidad durante el matrimonio; es difícil señalar con qué límites, pareciendo los más claros los que más inmediatamente derivan de la naturaleza familiar de la institución. Así, no podrán privar de la administración al cónyuge viudo, ni alterar los sujetos de la comunidad (cónyuge viudo y herederos del premuerto) ni admitir la libre disposición de la posición de comunero. Si se traspasan estos límites (o los que se suponga elementos mínimos para que la comunidad continuada no se desnaturalice), la voluntad de los cónyuges puede ser eficaz; pero no podrá hablarse de comunidad conyugal continuada, sino que ésta se convertirá en una comunidad voluntaria

sos, mientras tanto que el viudo no se haga sospechoso de mala administración».

Y el artículo 31-2.º:

«Puede prohibir (el testador) a los descendientes que promuevan la disolución de la sociedad conyugal continuada, mientras el cónyuge superviviente se conserve viudo y no se haga sospechoso de mala administración, salva siempre la obligación de prestar éste a aquellos alimentos adecuados».

o indivisión *sui generis*. Como en toda la vida jurídica, la apariencia no podrá ser desdeñada, especialmente por lo que respecta a terceros (19).

VI

CONTINUACION CUANDO QUEDA DESCENDENCIA. LA «PRE-SUNCION DE ACUERDO TACITO» Y LA NOTIFICACION DE LA VOLUNTAD EN CONTRARIO

Fuera del caso en que la voluntad de los cónyuges haya establecido la continuación, no bastan los requisitos hasta aquí enumerados, sino que es necesario además que haya quedado descendencia del matrimonio; es decir, que éste haya sido fecundo y que en el momento de su disolución todavía viva algún descendiente. Con ello se evitan situaciones, totalmente injustificadas, de continuación del consorcio con herederos extraños a la familia, manteniéndose con mayor pureza el carácter familiar de la comunidad, a la vez que se recogen las tendencias de nuestro Derecho más antiguo (20).

(19) Cfr. LORENTE SANZ, op. cit., pág. 98

(20) Para el Derecho medieval, véase LACRUZ, *El régimen matrimonial de los fueros de Aragón*, ADA, 1946, especialmente pág. 121.

En el Congreso de jurisconsultos aragoneses de 1880 la sección correspondiente hizo al pleno la siguiente propuesta, sobre el tema III del capítulo III del cuestionario: «2.º Caso de que el Congreso no aprecie esta modificación que la sección propone se introduzca en el derecho de viudedad (modificación que consistía en la extensión por ley de la viudedad a los bienes muebles, sin que en tal caso se dé lugar a la continuación de la sociedad conyugal, y que fue aprobada por el Congreso), y que subsista lo que hoy está vigente, o sea, la *sociedad conyugal continuada*, únicamente debe existir cuando los herederos del cónyuge premuerto fueren sus hijos, por lo que respecta a los bienes muebles no inventariados, y aún en este caso sólo continuará durante la vida del cónyuge sobreviviente si permanece viudo.

De modo similar, el Proyecto RIPOLLÉS reducía la comunidad al supérstite y los hijos comunes (art. 128). Sin embargo, el Proyecto GIL BERGÉS la extiende a todos los sucesores del premuerto (art. 38), y el mismo camino siguió el Apéndice (art. 53).

La tendencia a reducir la comunidad al solo caso de haber descendientes comunes es compartida por las legislaciones extranjeras que admiten alguna especie de continuación de la sociedad conyugal, como el Derecho alemán, el de los Países Bajos y el de Suiza, con variantes (en el Derecho alemán, todos los descendientes comunes llamados por la Ley a la herencia; en el Derecho suizo, sólo en caso de pacto entre el sobreviviente y los hijos; en los Países Bajos, sólo en favor de los descendientes menores de edad: KIPP y WOLFF, *Derecho de Familia*, pág. 445, ed. esp.).

Obsérvese, con todo, que la condición de miembro de la comunidad deriva de la de heredero del cónyuge difunto y no directamente de la de descendiente del matrimonio. El legislador parece pensar en el supuesto, normal quizá, pero no único, en que, bien por deferirse la herencia *abintestato*, bien por voluntad del causante, los descendientes son herederos y no hay más herederos que ellos; sin reparar en la posibilidad de herederos extraños que concurren con los descendientes e incluso excluyendo a éstos, que pueden ver satisfecha su legítima sin atribución del título de heredero a ninguno de los legitimarios (21).

Si ninguno de los descendientes es heredero, la comunidad no puede continuarse con los descendientes (lo impide el inicio del artículo 60) ni probablemente con los herederos, salvo que se hubiera pactado en capítulos o dispuesto en testamento. Pero siendo heredero alguno de los descendientes—y, en consecuencia, miembro de la comunidad—no debe excluirse que pueda ser miembro también un eventual heredero extraño.

A esta última afirmación podría oponerse la rúbrica del artículo 61, así como el inciso de su párrafo primero «para la continuación de la comunidad *con los descendientes...*», que parecen excluir a cualquier otro partícipe. La opinión afirmativa se apoya en el número 2.º del apartado 1.º del artículo 60 y en la evolución que ha seguido el texto del artículo 61 desde los Anteproyectos; además, en la anormalidad que supondría hacer imposible la continuación cuando los descendientes compartan la herencia con extraños, aun contra la voluntad concorde de todos los interesados; anormalidad que, en su caso, resultaría totalmente contraria a la finalidad pretendida en el apartado 2.º del artículo 61.

El texto del artículo 61, como digo, ha sufrido diversas alteraciones hasta llegar a la redacción definitiva. Alteraciones que, si bien no cambian su sentido general, matizan en varios modos el acuerdo tácito de los interesados y la obligatoriedad de la continuación habiendo descendientes menores de edad.

Para su mejor comprensión, convendrá tener a la vista los antecedentes, incluyendo la parte correspondiente al actual artículo 60.

(21) Supuesto extraño, se dirá, pero muy posible, dentro de la normativa de la Compilación: Véase LACRUZ BERDEJO, en el *Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza*, 1 de julio de 1967, pág. 102.

Anteproyectos de 1962 y 1963. Título V: de la comunidad conyugal continuada. Capítulo primero: Normas generales.

Artículo 130 (126 del Ant. 1963). *Cuándo tiene lugar.*—Al fallecer uno de los cónyuges, constante un régimen de comunidad, si los principales ingresos de la sociedad conyugal proviniesen de explotaciones agrícolas, ganaderas, industriales o mercantiles podrá continuar la comunidad entre el supérstite y los herederos del premuerto: 1.º Cuando se haya pactado así en capítulos o dispuesto por ambos cónyuges en testamento. 2.º Cuando el matrimonio tenga descendencia. La comunidad continuada es compatible con la viudedad universal.

Artículo 131 (127 del Ant. 1963). *Continuación obligatoria.*—La continuación de la comunidad será obligatoria en el caso del número 1.º del artículo anterior y cuando algún descendiente que suceda en todo o en parte de la explotación sea menor de edad y no haya descendientes de otro matrimonio de los cónyuges.

Artículo 132 (128 del Ant. 1963). *Continuación presunta.* (Continuación tácita en el Ant. 1963.)—Con la salvedad de lo prescrito en el artículo anterior, en el caso del número 2.º del artículo 130 (126 del Ant. 1963), la sociedad conyugal se entenderá que continúa si en el término de un año siguiente al fallecimiento de un cónyuge el supérstite no notifica en forma fehaciente a los descendientes partícipes en la explotación, o cualquiera de éstos a aquél y a los demás, su voluntad contraria a la continuación.

En la Comisión de Codificación se introdujeron modificaciones un poco por todo, mejorando en ocasiones el texto (como en el párrafo primero del art. 60) y haciéndolo menos claro (por lo menos a primera vista), sobre todo en el artículo 61. Se llegó así a un primer texto (julio de 1965) en el que, aparte de otros retoques, se refunden en un solo artículo los 127 y 128 del Anteproyecto de 1963, que se titulará «Continuación con los descendientes», en que se requiere la voluntad concorde de los interesados, introduciéndose el acuerdo tácito y dejándose de llamar continuación obligatoria a la que se produce en caso de descendientes menores (22).

(22) Texto de julio de 1965.—*Cuándo tiene lugar.*—Artículo 59. Uno La comunidad existente al fallecimiento de uno de los cónyuges continuará entre el sobreviviente y los herederos del premuerto en cualquiera de los casos siguientes: 1.º Que así se hubiera pactado en capítulos, o dispuesto en testa-

En este texto todavía está muy claro que los herederos extraños también pueden ser partícipes de la comunidad concurriendo con descendientes.

El artículo 61 actual (el 60 pasaría directamente a su forma definitiva) aún sufrirá nuevas redacciones (marzo y mayo de 1966) (23).

Con todos estos textos a la vista (cuyo valor, ciertamente, es el de mero material preparatorio en la tarea legislativa, pero que mientras no tengamos jurisprudencia son la guía más segura para la interpretación) podemos pasar al estudio de la comunidad continuada con los descendientes, y en particular con la naturaleza y especies del acuerdo entre los interesados. Mas en concreto ¿qué es ese «acuerdo tácito»?

Recordemos que en el Derecho de Observancias la continua-

mento por ambos cónyuges mancomunadamente. 2º Que, aun sin pacto o disposición, haya quedado descendencia del matrimonio. Dos. En uno u otro caso la continuación de la comunidad requiere, además, que los principales ingresos de la sociedad conyugal provengan de explotaciones agrícolas, ganaderas, industriales o mercantiles. Tres. La comunidad continuada es compatible con la viudedad universal.

Continuación con los descendientes.—Artículo 60 Uno. En el caso prevenido en el núm 2º del apartado 1 del artículo anterior, para la continuación de la comunidad se requiere la voluntad concorde de todos los interesados. Dos. Se entenderá que hay acuerdo tácito de continuarla, si en el término de un año, a contar del fallecimiento del cónyuge premoriente, ninguno de los interesados notifica en forma fehaciente a los restantes su voluntad en contrario. Tres. Continuará la comunidad, y no surtirá efecto la voluntad en contrario, si entre los descendientes que sucedan en todo o parte de la explotación hubiera alguno menor de edad y no quedaren otros descendientes habidos por cualquiera de los cónyuges en anterior matrimonio.

(23) Texto de marzo de 1966.—*Continuación con los descendientes.*—Artículo 61. Uno. En caso de no haberse pactado en capítulos o dispuesto en testamento mancomunado, para la continuación de la comunidad se requiere la voluntad concorde de todos los interesados, entendiéndose que hay acuerdo tácito de continuarla, si en el término de un año, a contar del fallecimiento del cónyuge premoriente, ninguno de los interesados notifica en forma fehaciente a los restantes su voluntad en contrario. Dos. No surtirá efecto la voluntad en contrario, si entre los descendientes que sucedan en todo o parte de la explotación hubiera alguno menor de edad y no quedaren otros descendientes habidos por cualquiera de los cónyuges en anterior matrimonio.

El texto de mayo deja intacto el párrafo 2º, y en el 1º sustituye «entendiéndose que hay acuerdo...» por «Se entenderá que hay acuerdo...» (precedido de punto y seguido); y, como más importante, introduce el inciso «con los descendientes», después de «para la continuación de la comunidad». En mi opinión, como he indicado en el texto, este inciso no pretende excluir a los herederos extraños, sino evitar que pudiera entenderse posible la continuación aun no habiendo descendientes, ya que el texto de marzo, debido a las alteraciones introducidas, no se hacía expresa referencia al requisito del núm. 2º del apartado 1º del artículo 60 (actual).

ción se produce por el hecho mismo de la indivisión, si bien los autores aducen como fundamento de la misma la voluntad presunta de los herederos y del viudo (24) El Apéndice, en la misma línea, decía que «se presume la sociedad a falta de pacto expreso en contrario» (art. 53).

Con este planteamiento, en mi opinión, se confunden dos cosas diferentes; a saber: la idea que se hace el legislador sobre la normal conducta, deseos y sentimientos de la generalidad de los destinatarios de la norma, que hacen oportuno mantener la institución del consorcio prorrogado (como, podríamos decir, la viudedad o el beneficio de inventario), y la eficacia de la voluntad de los concretamente interesados en cada caso sobre la continuación del consorcio. La aceptación general de la institución por los aragoneses puede suponerse y sobre esta base mantenerla en el nuevo Derecho en lugar de suprimirla. Pero con ello nada se prejuzga sobre el fundamento o fuente concretos de cada comunidad continuada. En teoría, la continuación de la comunidad conyugal puede ser tanto efecto de la ley, que la determine para cuando se reúnan determinados supuestos de hecho, como de la autonomía negocial de los futuros miembros. En este último caso deberían aplicarse al negocio constitutivo las normas generales de los negocios jurídicos, en particular sobre capacidad de obrar y vicios del consentimiento.

(24) Véase RIVAS PÉREZ, *Esquema de la comunidad legal continuada aragonesa en el Derecho de los Fueros y Observancias*, en el *Libro homenaje a Moneva*, pág. 639.

SÁNCHEZ ROMÁN (*Estudios de Derecho civil*, tomo V, volumen II, pág. 1.583 de la 2.^a edición), que dedica algunas líneas a la comunidad continuada aragonesa, afirma que su fundamento consiste en una «presunción de la voluntad de los interesados, de que subsista entre ellos, aunque modificada, esa especie de sociedad que trae causa y es continuación de aquella conyugal de bienes, convencional o foral, del matrimonio disuelto», y algo más abajo: «su fundamento es la indicada voluntad presunta del sobreviviente».

CAMÓN AZNAR (*Regulación de la sociedad conyugal continuada en Aragón, en Homenaje a la memoria de don Juan Moneva y Puyol*, Zaragoza, 1954, página 228), llega por este camino a definir la sociedad continuada como «la que en Aragón subsiste después del fallecimiento de uno de los cónyuges, por imposición del cónyuge premuerto establecida en testamento o capitulación matrimonial para durante la viudez del sobreviviente o por acuerdo del cónyuge sobreviviente y los herederos».

La S. A. T., Zaragoza, 23 de abril de 1927, afirma como indiscutible que la «esencia, el principio fundamental de la sociedad continuada, es la voluntad de los herederos del cónyuge premuerto de seguir manteniendo la cohesión del patrimonio familiar».

El artículo 61, inspirado en la doctrina anterior (cuyo fallo fundamental he señalado), y queriendo quizá evitar las críticas —mal dirigidas— a las presunciones de comunidad, al exigir la voluntad concorde de todos los interesados parece indicar que la comunidad continuada nace precisamente de un negocio plurilateral de tipo asociativo: negocio que sería eficaz únicamente en presencia de los requisitos exigidos por la ley, pero que, por lo demás, se amoldaría por completo a la disciplina de los actos negociales. Sin embargo, quizá pensando que tal acuerdo no se ha producido nunca en la vida real (25), el legislador introduce, para evitar la inutilidad de su obra, la «presunción de acuerdo tácito».

Ya el término, justamente puesto en cuarentena por la doctrina, nos hace dudar sobre su naturaleza (26).

Viene a la memoria la vieja discusión, ya superada, entre quienes entendían que el régimen matrimonial, en ausencia de capitulaciones, era simplemente un efecto de la ley y quienes pretendían basarlo en un contrato tácito. A pesar de las expresiones utilizadas por el Código civil (*vid.* arts. 1.315-2.º, 1.318-2.º y 1.325) y de la colocación misma de sus preceptos (contrato sobre bienes con ocasión de matrimonio), la tesis contractualista se encuentra totalmente desacreditada (27) por razones semejantes a las que nos llevan a similar conclusión para la comunidad continuada, en el supuesto que nos ocupa.

Entiendo, pues, que en Aragón, fallecido uno de los cónyuges, la comunidad conyugal continúa entre el supérstite y los herederos del premuerto cuando los principales ingresos de aquella pro-

(25) Como observa CAMÓN (ob. cit., pág. 231): «En el momento de proceder a la disolución de la sociedad continuada es cuando surgían los problemas, principalmente para determinar si después de la muerte del primer cónyuge existió o no sociedad continuada, quiénes la formaban y modo de practicar la división y adjudicación del patrimonio; y por ello se atendió principalmente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a resolver el problema de equidad mas que a perfilar una figura jurídica».

(26) Obsérvense las dudas del legislador: en el Ant. 1962 se habla de «continuación presunta»; en el de 1963, de «continuación tácita». En cualquier caso, lo tácito, o lo presunto, no será la comunidad, que, como tal, sólo puede existir o no existir (y no lleva vida silenciosa, salvo en metáfora, ni necesita de conjeturas), sino el negocio constitutivo, el cual, ciertamente, sí podría manifestarse por hechos concluyentes, o por un comportamiento, aun silencioso, expresivo de la voluntad que lo anima.

(27) LACRUZ BERDEJO, *Derecho de Familia, el matrimonio y su economía*, Barcelona, Bosch, 1963, pág. 247.

cedan de explotaciones agrícolas, etc., y haya quedado descendencia del matrimonio, y esto automáticamente, como efecto directo de la ley. El «acuerdo tácito» se desvanece: aunque se pruebe que no lo hubo (por ejemplo, la declaración contraria de uno de los interesados no notificada fehacientemente a los demás, o aun, para mayor claridad, notificada notarialmente a algunos de ellos, pero no a todos) las consecuencias serán las mismas; aunque falte la voluntad concreta y aunque el comportamiento abstencional sea inconsciente (por ejemplo, heredero que no llega a conocer su designación en el plazo de un año a contar desde la muerte del causante), la comunidad continúa. Es irrelevante que haya habido o no voluntad consciente y, en consecuencia, se excluye la aplicación de las normas relativas a la idoneidad del sujeto y de la voluntad, en particular sobre capacidad de obrar y vicios del consentimiento.

No quiere decir esto que la voluntad de los interesados sea irrelevante; antes bien, puesto que la continuación (salvo el supuesto de descendientes menores) es potestativa, pueden el supérstite o los herederos declarar su voluntad en contrario, que evitará la continuación (quizá simplemente provocará la disolución). Pero no es lo mismo decir que la comunidad continúa *porque* lo quieren los interesados que imponer la continuación si no manifiestan (y de forma determinada) su voluntad en contrario, y decir ambas cosas a la vez es contradictorio, ya que se admite que, de no producirse correctamente tal manifestación, la comunidad continuará, aunque los interesados no lo quieran.

En otro sentido será también relevante la voluntad de los interesados, ya que tienen la posibilidad de acordar expresamente la continuación. Será raro que así se haga, pero puede ser útil, si se pretende dar mayor fijeza a la situación y, sobre todo, si se pretende modificar en algo el estatuto legal (dentro de límites que no desnaturalicen la institución); por ejemplo, señalando un término hasta cuyo cumplimiento no pueda pedirse la disolución o concretando las facultades del viudo y la colaboración de los demás partícipes (*vid.* art. 65). Es cierto que tal pacto entre los herederos y el viudo sería igualmente posible aunque nada dijera la ley, y así sucedía bajo el Aréndice derogado (en el que sólo indirectamente tenía una base legal en el párrafo primero del

artículo 72, que se refería a los convenios entre el viudo y usufructuario y los interesados en la propiedad); pero el texto de la Compilación servirá para disipar toda duda, y en este aspecto no resulta del todo inútil.

Veamos ahora esta notificación de la voluntad en contrario. La primera cuestión es la del alcance y efectos de la voluntad contraria. Concretamente, si evita la continuación de la comunidad o disuelve la que hubiera continuado hasta ese momento: eficacia *ex tunc* o *ex nunc*. El texto del artículo 61 parece invitarnos a la primera solución: puesto que para la continuación de la comunidad se requiere la voluntad concorde de todos los interesados, y puesto que se muestra no existir tal acuerdo, no se ha producido la continuación. Si esto es así, la comunidad conyugal quedaría disuelta a la muerte de los cónyuges (*vid.* art. 52-1.º), puesto que no procede la continuación. ¿Qué normas han regido los bienes hasta la notificación? En principio, las mismas que en cualquier caso de disolución por muerte, contenidas en el artículo 53; pero frente a terceros será relevante la apariencia de continuación, en cuya consideración se aplicarán las normas correspondientes de la continuada.

Supongamos ahora que el partícipe que notifica la voluntad en contrario es un heredero con intereses minoritarios en la herencia. ¿Se hace definitivamente imposible la continuación entre el supérstite y el resto de los herederos? Tal parece, a primera vista, exigir el texto del artículo 61; pero no resulta muy sensato ni muy coherente, dada la posibilidad que en todo momento tiene un partícipe de separarse (fuera de los casos de continuación forzosa, en que no hay cuestión) (art. 69), sin que su separación, mientras no represente intereses mayoritarios en la herencia (*cfr.* art. 63-2.º), produzca la disolución de la comunidad. Ciertamente, podría argüirse que esta separación de un partícipe está prevista para el tiempo posterior al año, pero que durante éste toda disidencia ha de implicar disolución total. Pero, aparte de que la distinción no tiene base segura (el art. 69 parece que ha de poderse aplicar en todo caso), tampoco el efecto de la disolución total viene exigido por el artículo 61, interpretado en relación con los 68 y 69. Del final del apartado 1.º del artículo 61, interpretado *a contrario*, se deduce que cuando se notifique la

voluntad contraria a la continuación no se entenderá que hay «acuerdo tácito». Pero no ha de obstar para que haya acuerdo expreso entre el viudo y los restantes herederos («voluntad concorde de todos los interesados»), que, por supuesto, no afectará al disidente, pero que será suficiente para que la comunidad continúe entre quienes la pactaron. Obsérvese, además, que en los Anteproyectos (art. 132 del de 1962; art. 128 del de 1963) sólo era relevante la voluntad contraria del supérstite y de los descendientes partícipes en la explotación, con exclusión de cualquier otro interesado.

La manifestación de la voluntad contraria a la continuación parece ser una declaración (negocial) unilateral recepticia, que, cuando entrañe disolución total de la comunidad, puede calificarse de ejercicio de un derecho potestativo. La exigencia de forma fehaciente es oportuna, sobre todo con respecto al viudo, que en la mayoría de los casos quedará en posesión de todos los bienes (28).

El término (mejor plazo) de un año debe considerarse de caducidad.

VII

CONTINUACION FORZOSA HABIENDO DESCENDIENTES MENORES DE EDAD

Hemos tratado ya de la continuación que se produce obligatoriamente por haberse pactado en capítulos o dispuesto en testamento. En aquel caso, la obligatoriedad, para el viudo, dependía de su propia voluntad, y se dirigía más bien a los herederos del premuerto, prohibiéndoles pedir la división.

Pero hay otro supuesto en que el legislador ha creído oportuno obligar al viudo a permanecer en la comunidad, compartiendo así con sus descendientes los rendimientos posteriores de los bienes del matrimonio, en vez de hacerlos propios como efecto del usu-

(28) Para el Derecho alemán, en que el viudo puede siempre poner fin a la comunidad continuada, el negocio de supresión del cónyuge supérstite puede ser declaración unilateral de supresión dirigida al Tribunal de la Herencia en forma públicamente legalizada, o bien contrato judicial o notarial con los descendientes. KIPP y WOLFF, ob. cit., pág. 452.

fructo vidual universal. Y es el caso en que alguno de los descendientes que sucede en todo o en parte de la explotación sea menor de edad y no queden otros descendientes habidos por cualquiera de los cónyuges en anterior matrimonio (art. 61, 2.º).

En los Anteproyectos (arts. 131 del de 1962 y 127 del de 1963) este supuesto se incluía en el mismo artículo que el anterior, denominándose a ambos «continuación obligatoria». En el texto definitivo, y después de las transformaciones que hemos visto, no aparece directamente la declaración de obligatoriedad, pero el alcance del precepto es el mismo: impedir al viudo (también al hijo menor y a los demás partícipes, pero especialmente al viudo, que es el perjudicado) disolver la comunidad y recibir su parte en la misma, ya que recibiría igualmente el resto de los bienes del matrimonio para usufructuarlos. El descendiente menor de edad se ve favorecido, ya que será partícipe de todas las ganancias alcanzadas por el viudo durante la continuación con cualquier clase de bienes, a la vez que se evita que pueda quedar desprotegido por su menor edad ante un usufructuario que incumpla sus obligaciones (ya que, en la práctica, el menor no podrá pedir las garantías adecuadas, ni intervenir en la forma que le concede el artículo 85 y concordantes).

El medio técnico por el que se llega a esta continuación forzosa es criticable, ya que, enlazando el apartado 2.º del artículo 61 con el anterior, se declara ineficaz una voluntad contraria a la continuación, que si no fuera por esta declaración legal de ineficacia, destruiría la «presunción de acuerdo tácito», con lo que la continuación, faltando la voluntad concorde, no podría producirse. Formalmente, la continuación, según el texto legal, se apoya, aun en este caso, en el acuerdo tácito, que así muestra claramente su naturaleza de ficción inútil. Pero no vale la pena insistir. Aunque la técnica sea deficiente, los resultados que se alcanzan son claros y muy aceptables.

Como puede verse, no es necesario para esta continuación forzosa que haya sido prevista en capítulos o en testamento, ni basta con que los principales ingresos de la comunidad conyugal provengan de explotaciones agrícolas, ganadera, industriales o mercantiles, y con que alguno de los partícipes sea un descendiente menor de edad. Además, este descendiente menor ha de ser par-

ticipe precisamente de la explotación, bien sea que ésta perteneciera al patrimonio común, bien al cónyuge premoriente. En este segundo caso, el viudo administra la explotación como usufructuario (ya que, como continuador, sus poderes se reducen a los bienes comunes), pero los frutos ingresan en la comunidad (véase el artículo 63, 1.º).

Si la explotación pertenece exclusivamente al viudo, la continuación no es forzosa, como no lo es cuando queden otros descendientes de anteriores matrimonios.

La menor edad es relevante en el momento de la disolución del matrimonio, sin que la ley especifique los efectos de la mayoría de edad alcanzada durante la continuación forzosa; seguramente desde ese momento, tanto el viudo como cualquiera de los partícipes, pueden pedir la disolución (o la separación, en su caso), pero mientras no lo hagan, la continuación no termina.

Continuación forzosa, por último, no significa que los interesados no puedan disolverla de modo alguno, sino únicamente que no puede disolverse más que por voluntad de todos los interesados, incluido, naturalmente, el menor, en cuya representación actuará su representante legal, o cuando lo sea el viudo, dada la oposición de intereses, un defensor judicial o el Ministerio Fiscal (*cfr.* art. 5.º, 2.º; 68, 2.º, y 165 del C. c.). Negar esta posibilidad de disolución no tiene sentido, ya que los intereses del menor están suficientemente garantizados con la intervención del juez o del Ministerio Fiscal, y la disolución puede venir exigida por conveniencias económicas. El apartado 2.º del artículo 61 no lo impide, ya que se limita a negar eficacia a la voluntad de *uno* de los interesados, callando para el caso ahora planteado.

VIII

RESUMEN ESQUEMATICO

Como resumen de lo hasta aquí expuesto, presento el siguiente cuadro, en el que se recogen los diversos supuestos de continuación de la comunidad conyugal, tal como nos los ha mostrado la precedente investigación:

Primero. Para que continúe la comunidad conyugal entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del premuerto es necesario:

a) Que se disuelva el matrimonio por muerte de uno de los cónyuges.

b) Que exista un patrimonio común en el momento de la disolución del matrimonio.

c) Que los principales ingresos del patrimonio común provengan de explotaciones agrícolas, ganaderas, industriales o mercantiles (aunque la explotación no sea ella misma un bien común).

Segundo. Dados todos estos supuestos, la comunidad conyugal continúa en los siguientes casos:

A) Aunque no haya quedado descendencia del matrimonio:

a) Forzosamente (es decir, sin que pueda disolverse por voluntad de sólo alguno de los partícipes), si así está pactado en capítulos o dispuesto en testamento mancomunado por ambos cónyuges.

b) Forzosamente para los herederos (no para el viudo) si su causante les hubiese prohibido pedir la división.

B) Si hubiese quedado descendencia del matrimonio:

a) Forzosamente (es decir, sin que pueda disolverse por voluntad de sólo alguno de los partícipes) si entre los descendientes que sucedan en todo o parte de la explotación hubiera alguno menor de edad y no quedaren otros descendientes habidos por cualquiera de los cónyuges en anterior matrimonio.

b) Por disposición de la ley, si ninguno de los interesados notifica de forma fehaciente a los restantes su voluntad en contrario, en el plazo de un año, a contar desde el fallecimiento del cónyuge premuerto.

c) Por voluntad concorde de los interesados, si ésta llega a manifestarse válidamente.

JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA.